



Dottorato di Ricerca in Discipline Giuridiche

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN

Sistemi punitivi e garanzie del cittadino

CURRICULUM

XXX Ciclo

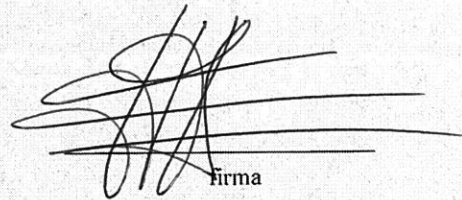
CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

Il principio di legalità penale: Tra il dover'essere e la realtà

Titolo della tesi

Juan Pablo Sierra Piñeros

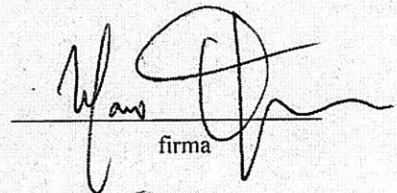
Nome e Cognome del dottorando



firma

Prof. Mario Trapani

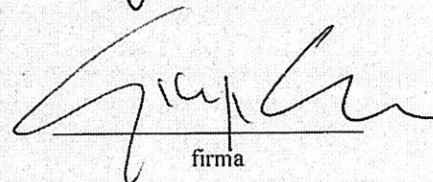
Docente Guida/Tutor: Prof.



firma

Prof. Dr. Giuseppe Grisi

Coordinatore: Prof.



firma

A mi familia, mi mamá y mi hermano, por la espera, paciencia y apoyo en estos duros años.
¡Sin ustedes, nada de esto hubiera sido posible!
¡Sin ustedes, nada de esto hubiera valido la pena!

Agradecimientos:

El proyecto académico que comencé desde mediados del 2014 y que me ha traído -al día de hoy- a presentar esta pequeña contribución académica es el resultado de un sinnúmero de esfuerzos, apoyos e -indudablemente- esperanzas acumuladas por muchas personas en esta aspiración y en mi propia persona; sin lugar a dudas, de no ser por el apoyo de todas ellas la culminación de un doctorado en Italia hubiera sido sólo un sueño, una fantasía idílica que algún día contemplé, pero que jamás pensé hacer realidad.

En primer lugar, debo agradecer a mi familia: a mi mamá y mi hermano (Ángela y Sergio Alejandro). ¡Esto es más suyo que mío! Sin su infinita espera, su inagotable paciencia, su completa entrega y humildad no hubiera tenido las fuerzas, el tiempo y el valor necesarios para enfrentar este desafío. ¡Sin ustedes, nada de esto hubiera sido posible!, ¡Sin ustedes, nada de esto hubiera valido la pena! Sólo espero -con la voluntad de Nuestro Señor- tener el tiempo y las posibilidades de retribuir todo lo que han hecho por mí...

En segundo lugar, quiero agradecer de manera muy especial al Prof. Mario Trapani y a su Señora Esposa, Julieta. Cada día que viví en Roma me sentí como en mi hogar, gracias al afecto con el que siempre me acogieron, con el cariño con el que siempre abrieron las puertas de su hogar, con la entrega absoluta de tiempo, momentos familiares y consejos que hicieron de mis visitas a Roma una experiencia entrañable e inolvidable. ¡Gracias a los dos, pues la Roma que me llevo en el corazón es la Roma que compartí con ustedes! Quiero agradecer también a mis compañeros de doctorado, Gustavo y Guillermo, pues fueron un apoyo moral y anímico en momentos difíciles lejos de nuestro hogar. Con la esperanza de que podamos, algún día, continuar con nuestras “tertulias inacabables”.

En tercer lugar, quiero agradecer de manera personal al Prof. Fernando Velásquez. Su confianza en mí, su motivación para emprender este proyecto y su apoyo durante más de ocho años fueron invaluable y decisivos para llegar a este momento (Hablo de ocho años pues, para mí, todo esto comenzó cuando -como estudiante de pregrado- recibí mis primeras lecciones sobre Derecho penal general de la mano de él). Sin el cariño paternal con el cual me ha guiado -como su estudiante-, jamás hubiera iniciado este doctorado. Quiero expresar, también, mi total agradecimiento al Prof. Christian Wolffhügel quien, de ser un profesor y un jefe, ha pasado a ser un amigo y un compañero en las largas batallas que, día a día, tuve que enfrentar lejos de Colombia, lejos de mi familia; si alguien entiende el sacrificio que este proyecto académico representa, él sin lugar a dudas lo hace, pues también lo ha sufrido.

En cuarto lugar, quiero extender un inmenso agradecimiento al Señor Rector de la Universidad Sergio Arboleda, Dr. Rodrigo Noguera Calderón, y al Señor Decano de la Escuela Mayor de Derecho de la misma Universidad, Dr. Ernesto Lucena, pues su apoyo y confianza en mi trabajo han sido las bases en la que he construido mi formación académica.

A todos los que, con su invaluable amistad, han logrado darme las fuerzas y el coraje necesarios para seguir adelante, para enfrentar este desafío y pensar, con la gracia de Dios, en un mejor futuro, ¡gracias!

INDICE:

TABLA DE ABREVIATURAS:	8
A PROPÓSITO DE ESTA INVESTIGACIÓN	10
CAPÍTULO I	16
Desarrollo histórico del principio de legalidad penal en la construcción continental-europea:	16
1. Introducción:	16
2. Antecedentes históricos anteriores al siglo XVIII:	17
3. Antecedentes históricos posteriores al siglo XVIII:	24
4. El iluminismo y el principio de legalidad penal:	31
4.1. El iluminismo como influencia indirecta del principio de legalidad penal:	32
4.2. El iluminismo como influencia directa del principio de legalidad penal:	34
4.2.1. Inglaterra.	34
4.2.2. Francia.	35
4.2.3. Italia.	38
4.2.4. Alemania.	52
5. El principio de legalidad penal y la historia europea continental después del iluminismo penal:	55
6. El principio de legalidad penal en Italia:	61
6.1. Desarrollo constitucional y legislativo del principio de legalidad penal en Italia:	61
6.2. Desarrollo doctrinal del principio de legalidad penal en Italia:	69
7. El principio de legalidad penal en Colombia:	74
7.1. Desarrollo constitucional y legislativo del principio de legalidad penal en Colombia:	75
7.2. Desarrollo doctrinal del principio de legalidad penal en Colombia:	94
8. Conclusiones históricas del principio de legalidad penal:	108
CAPÍTULO II	114
Concepto y definición del principio de legalidad penal:	114
1. Introducción:	114
2. Concepto del principio de legalidad penal: qué es la legalidad penal:	114
3. Fundamentos del principio de legalidad penal: el porqué de la legalidad penal.	123
4. Componentes del principio: cómo está conformada la legalidad penal.	126
5. Vínculo político del principio de legalidad penal y el concepto de Estado:	129

CAPÍTULO III.....	141
Significados del principio de legalidad penal	141
1. Introducción: para qué sirve el principio de legalidad penal.	141
2. Significado histórico del principio de legalidad penal:.....	141
3. Significado democrático del principio de legalidad penal:	143
3.1. El sentido democrático negativo: la democracia como límite:.....	144
3.2. El sentido democrático positivo: la democracia como fundamento.	145
3.2.1. ¿Y la crisis del principio de legalidad penal?.....	149
3.3. Consecuencias del significado democrático del principio de legalidad penal:.....	163
4. Significado filosófico del principio de legalidad penal:	166
5. Significado de legitimación del principio de legalidad penal:	169
5.1. La legitimación democrática de la ley penal como resultado democrático:.....	171
5.2. La legitimación política de la ley penal como expresión del Estado de derecho:	173
5.3. La legitimación sustancial de la ley penal como límite del poder punitivo:.....	175
5.4. La legitimación institucional de la ley penal como facultad exclusiva del Estado: ...	176
5.5. Balance general y consecuencias del significado de legitimación del principio de legalidad penal:	177
6. Significado de garantía del principio de legalidad penal:	179
6.1. El significado de garantía general, dirigido a todos los ciudadanos:.....	180
6.2. El significado de garantía específico, dirigido al acusado y a la víctima:	186
 CAPÍTULO IV	 188
Consecuencias derivadas del principio de legalidad penal.....	188
1. Introducción:	188
2. El principio de reserva de ley como un límite necesario. Nullum crimen sine lege [democrática]:	190
2.1. Concepto general:	190
2.2. Ratio constitucional respecto del principio de reserva de ley:.....	194
2.3. Fuente jurídica y alcance del principio de reserva de ley:	201
2.4. El principio de reserva de ley y la ley regional en Italia:	203
2.5. ¿Reserva absoluta o reserva relativa?:	204
2.6. ¿Ley penal en sentido formal y también en sentido material? Relaciones del principio de reserva de ley con actos jurídicos emanados por el órgano ejecutivo con valor de ley: ..	210
2.7. Relaciones de la ley penal con los decretos y demás actos normativos emitidos por el órgano ejecutivo:.....	218
2.8. El principio de reserva de ley y las fuentes de derecho penal. Nullum crimen sine lege scripta:	226
2.8.1. La costumbre:	228
2.8.2. La doctrina y los principios generales de derecho:	236
2.8.3. La jurisprudencia:	237

2.9.	La “crisis” del principio de legalidad penal y el principio de reserva de ley:	241
2.9.1.	La jurisprudencia como fuente formal y directa del derecho penal:	241
2.9.2.	El principio de reserva de ley y el “derecho viviente de los jueces”:.....	243
2.10.	Conclusiones respecto del principio de reserva de ley penal:.....	269
3.	El principio de irretroactividad de la ley penal como un asunto lógico. Nullum crimen sine lege praevia:	271
3.1.	Concepto general:	271
3.2.	Ratio constitucional respecto del principio de irretroactividad de la ley penal:	272
3.3.	Fuente jurídica y alcance del principio de irretroactividad de la ley penal:	273
3.4.	Núcleo básico del principio de irretroactividad de la ley penal:.....	274
4.	El principio de prohibición de analogía como una consecuencia natural. Nullum crimen sine lege stricta:	280
4.1.	Introducción:	280
4.2.	Concepto de analogía:.....	282
4.3.	Analogía e interpretación extensiva:.....	285
4.4.	Fundamento normativo de la analogía:.....	291
4.5.	Fundamento jurídico de la prohibición de la analogía en materia penal. Fuente jurídica y alcance del principio:	291
4.6.	Fundamentos extranormativos de la prohibición de la analogía en materia penal:	299
4.7.	Conclusión:	303
5.	Principio de determinación estricta de la ley penal. Nullum crimen sine lege certa:	303
5.1.	Concepto general:	303
5.2.	Fundamento normativo del principio de determinación estricta:	306
5.3.	Fundamentos extranormativos del principio de determinación estricta:	310
5.4.	Alcance del principio de determinación estricta: ¿ley penal, susceptibilidad de ella para ser interpretada o norma penal?	314
5.4.1.	La ley penal:	314
5.4.2.	La susceptibilidad de la ley penal para ser interpretada:	324
5.4.3.	La norma penal, como interpretación judicial de la ley penal:	326
5.5.	Conclusión:	327

CAPÍTULO V..... 344

El principio de legalidad penal y su desarrollo internacional: 344

1.	Introducción:	344
2.	Frente al sistema internacional de derechos humanos:	344
2.1.	Introducción:.....	344
2.2.	Definición del principio de legalidad penal en el sistema internacional de derechos humanos:	345
3.	Frente al derecho comunitario de la Unión Europea:.....	350

3.1. Definición del principio de legalidad penal en el derecho comunitario de la Unión Europea:	350
3.2. Nivel de democracia en el proceso normativo europeo:.....	353
3.3. El TFUE y las normas comunitarias frente al derecho penal:	356
3.3.1. Decisiones cuadro:	356
3.3.2. Reglamentos:	357
3.3.3. Directivas:	359
3.4. Otros aspectos relacionados con el principio de legalidad penal:	362
4. Conclusiones:	363
A MODO DE CONCLUSIÓN. TOMA DE POSTURA	368
1. Frente a la “crisis” del principio de legalidad penal:	368
2. Frente al real contenido del principio de legalidad penal:	375
BIBLIOGRAFÍA:	380

TABLA DE ABREVIATURAS:

REVISTA / PUBLICACIÓN	ABREVIATURA
Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales	<i>Bol. acad. cien. pol. soc.</i>
Cassazione penale	<i>Cass. Pen.</i>
Cuadernos de Derecho Penal	<i>Cuad. der. pen.</i>
Digesto delle discipline penalistiche	<i>Dig. disc. pen.</i>
Digesto delle discipline pubblicistiche	<i>Dig. disc. pubbl.</i>
Diritto Penale Contemporaneo	<i>Dir. pen. cont.</i>
Diritto pubblico	<i>Dir. pubbl.</i>
Enciclopedia del diritto	<i>Enc. dir.</i>
Enciclopedia giuridica	<i>Enc. giu.</i>
European Constitutional Law Review	<i>EuConst</i>
Giurisprudenza costituzionale	<i>Giur. cost.</i>
The Law Quarterly Review	<i>L. Q. Rev.</i>
Journal of International Criminal Justice	<i>Journal Int. Crim. Justice</i>
La Scuola Positiva: Rivista di Criminologia e Diritto Criminale	<i>La Scuola Positiva</i>
Novissimo Digesto Italiano	<i>Noviss. Dig. it.</i>
Quaderni costituzionali	<i>Quaderni cost.</i>
Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno	<i>Quaderni Fiorentini</i>
Rivista di diritto civile	<i>Riv. dir. civ.</i>
Rivista di diritto processuale civile	<i>Riv. dir. proc. civ.</i>
Rivista italiana di diritto e procedura penale	<i>Riv. it. dir. proc. pen.</i>
Rivista italiana di diritto penale	<i>Riv. it. dir. pen.</i>
Rivista trimestrale di diritto e procedura civile	<i>Riv. trim. dir. proc. civ.</i>
The Yale Law Journal	<i>Yale LJ</i>
PALABRA	ABREVIATURA
Artículo	art.
Código Penal colombiano	c.p.c.
Código Penal italiano	c.p.i.
Convención Americana de Derechos Humanos	CADH
Convención Europea de Derechos Humanos	CEDH
Corte Constitucional colombiana	Co. Cos. col.
Corte Constitucional italiana	Co. Cos. it.
Corte de Casación italiana	Co. ca.
Corte Europea de Derechos Humanos	CorDEH
Corte Interamericana de Derechos Humanos	CIDH
Corte Penal Internacional	CPI
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (Colombia)	CSJ col.

Disposizioni preliminari al codice civile	<i>Preleggi</i>
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa)	TFUE
Unión Europea	UE

A PROPÓSITO DE ESTA INVESTIGACIÓN

ALGUNAS PRECISIONES METODOLÓGICAS

Existe una creencia generalizada de que el principio de legalidad penal se encuentra en crisis: “è abbastanza diffuso il convincimento che la legalità penale versi in una situazione di grave crisi”¹. De esta manera, se habla de una crisis estructural que afecta, principal aunque no exclusivamente, al principio de reserva de ley y sus diferentes contenidos². Por supuesto, el término de “*crisis*” dirige la discusión a un ámbito valorativo, y no meramente descriptivo³, razón por la cual no sólo se presenta como lógico sino también como necesario el emprender un estudio dirigido, precisamente, a verificar la valoración crítica que se hace hoy día al principio de legalidad penal.

¿Existe, realmente, una crisis en el principio de legalidad penal? La primera cuestión metodológica frente a este interrogante es definir frente a cuál concepto de “*crisis del principio de legalidad penal*” se parte, pues el término evoca una discusión amplia que debe precisarse. Así pues, por “*crisis en la legalidad penal*” se debe entender -a lo largo del presente trabajo- un concepto donde se aglutina la idea general de que la capacidad regulativa de la ley penal, como acto normativo, se ha visto seriamente afectada por motivos jurídicos, políticos e institucionales dentro y fuera del propio ordenamiento jurídico⁴.

Ahora bien, para contestar si existe realmente esta crisis, se debe estudiar la totalidad del concepto del “principio de legalidad penal” a efectos de comprobar, en los diferentes escenarios en los que se presentan eventuales “crisis”, si tales situaciones existen, cuáles son sus orígenes y qué consecuencias generan en la totalidad del ordenamiento jurídico. Así pues, es lógico que, a efectos de comprobar una pretendida crisis frente a un objeto, lo primero que debe realizarse (metodológicamente) es comprobar el concepto, las características y los componentes de dicho objeto. El principio de legalidad penal será, de esta manera, el objeto principal de estudio del presente trabajo.

Es indiscutible que el principio de legalidad penal es un principio extremadamente complejo⁵; tal complejidad depende de varios factores. El primer factor es, por supuesto, de índole normativo. Al ser un principio jurídico, su consagración constitucional es extremadamente sintética (casi *evocativa*, como lo afirma PINO)⁶, razón por la cual su significado, desarrollo y efectos jurídicos van más allá de su simple reconocimiento normativo; su contenido trasciende o supera la mera

¹ FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, Vol. CXXIII, N° 5, Torino, Giappichelli Editore, 2000, p. 137.

² Cfr. PALAZZO F., *La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris*, in *Revista de Derecho Penal*, N° 25, 2010, p. 104-105.

³ Cfr. PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, LVIII, N° 1, Milano, Giuffrè Editore, 2015, p. 30.

⁴ Con la misma precisión terminológica, véase, PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, Vol. IX, Pisa, Edizioni ETS, 2014, p. 169. En el mismo sentido, RONCO M., *Il principio di legalità*, in RONCO M., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, Zanichelli Editore, II ed., 2010, p. 21.

⁵ PINO G., *Legalità penale e rule of law*, in PINO G.; VILLA V., *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, Società editrice il Mulino, 2016, p. 180.

⁶ *Ibidem*, p. 184.

enunciación textual⁷. Su reconocimiento constitucional y legal son particularmente insignificantes (en términos de extensión) frente al gran desarrollo teórico y jurídico que puede desprenderse del propio principio; el presente trabajo pretende ser una pequeña muestra de la vastedad de temas y contenidos ínsitos dentro de este concepto.

Un segundo factor relacionado con la complejidad de este principio es su naturaleza absolutamente política: el principio de legalidad penal depende de elecciones ético-políticas que afectan su contenido⁸. Es inevitable pensar que, al hablar de este principio, se debe hablar también del tipo y naturaleza de Estado en el cual se encuentra consagrado positivamente, pues más allá del texto que acompaña su reconocimiento jurídico, es su naturaleza política la que determinará inevitablemente el significado preciso de este axioma fundamental.

Por ello, y tal vez en un mayor grado que en otros conceptos jurídicos, el desarrollo de la doctrina se torna en un elemento valioso e imprescindible, pues la información suministrada por las fuentes positivas es insuficiente para estudiar y entender un principio general tan importante en un ordenamiento jurídico como lo es el principio de legalidad penal.

A partir de esta perspectiva surge, inevitablemente, un objetivo secundario no esperado pero sí necesario a efectos de lograr verificar la presunta situación crítica de la legalidad penal. En Colombia, particularmente, no existen en la actualidad monografías especializadas ni estudios numerosos dirigidos exclusivamente a analizar el concepto del principio de legalidad penal⁹. Junto con lo anterior, la situación en relación con manuales y textos guía en materia penal es insuficiente en términos comparativos con aquella encontrada en Italia¹⁰. Así las cosas, se comprueba que -por lo menos para verificar la eventual “*crisis del principio de legalidad penal*” en Colombia- no existen suficientes desarrollos doctrinales que permitan llegar a una conclusión, pues el estado del arte ya se torna insuficiente hoy por hoy para el simple estudio del concepto del principio de legalidad penal.

Sin embargo, y pese a esta situación, se presenta una solución no sólo interesante sino también satisfactoria. El art. 25, inciso 2º de la Constitución italiana y el art. 1 y 2 del Código penal italiano, disposiciones que regulan el principio de legalidad penal (junto con sus diversas consecuencias o subprincipios) al interior del ordenamiento jurídico italiano, tienen un contenido lingüístico similar

⁷ “*ha un contenuto che trascende e supera l’enunciazione testuale espressa. Proprio perché la potenzialità contenutistiche rispetto alla disciplina, la fonte da cui si alimenta il principio non può completamente identificarsi, e tanto meno esaurirsi, nelle stesse fonti da cui promana la disciplina*”. Cfr. PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 1999, p. 5.

⁸ PINO G., *Legalità penale*, op. cit., p. 185.

⁹ De hecho, a la fecha ninguna monografía especializada ha desarrollado el tema del principio de legalidad penal como *objeto principal de investigación*. Se cuentan, sin lugar a dudas, algunos artículos académicos que han sido publicados en Colombia sobre el tema de la legalidad penal, de los cuales vale la pena mencionar un artículo publicado por VELÁSQUEZ en la revista *Nuevo Foro Penal*, en 1986, titulado “*El principio de legalidad jurídicopenal*”. Sin embargo, se trata de aportes parciales que no logran analizar toda la problemática relacionada con este tema.

¹⁰ El desarrollo doctrinal en Colombia ha sido, históricamente, lento y progresivo. Sin embargo, comparando los aportes que otros países pueden ofrecer (como la doctrina española, italiana o alemana), la doctrina colombiana es, más bien, reducida. Como se verá en el desarrollo histórico del principio de legalidad penal en Colombia (*supra*, cap. I, 7.2), desde que fuera publicada la primera obra en el país en 1890, más de 15 autores han contribuido con sus desarrollos doctrinales en materia penal. Sin embargo, sólo muy pocos de ellos han realizado contribuciones sustanciales en relación con el tema específico del principio de legalidad penal; la inmensa mayoría de manuales en Colombia se limitan a reconocer el principio y a exponerlo conceptualmente, análisis que no supera la mera enunciación de sus componentes.

a aquellas normas donde se reconoce el mismo principio en el ordenamiento jurídico colombiano (particularmente, el art. 29, inciso 2º de la Constitución política y el art. 6, incisos 1º y 2º del Código penal). Adicionalmente, ambos Estados se reconocen -por lo menos, a nivel constitucional- como repúblicas democráticas, representativas, fundadas en el respeto de la dignidad humana:

ITALIA:	COLOMBIA:
<p>Art. 1 Cos. ital. <i>“L’Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.”</i></p>	<p>Art. 1 Cos. col. <i>“La Colombia è uno Stato sociale di diritto, organizzata come una repubblica unitaria (...) democratica, partecipativa (...) basata sul rispetto della dignità umana (...).”</i>¹¹</p>
<p>Art. 25, inciso 2º Cos. ital. <i>“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.”</i></p>	<p>Art. 29, inciso 2º Cos. col. <i>“Nessuno può essere giudicato se non in conformità di leggi che precedono l’atto che è accusato (...).”</i>¹²</p>
<p>Art. 1 c.p.i. <i>“Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite.”</i></p>	<p>Art. 6, 1º c.p.c. <i>“Nessuno può essere giudicato se non in conformità di leggi che precedono l’atto che è accusato (...).”</i></p>
<p>Art. 2 c.p.i. Inciso 1º <i>“Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.”</i> Inciso 2º <i>“Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l’esecuzione e gli effetti penali.”</i> Inciso 4º <i>“Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.”</i></p>	<p>Art. 6 c.p.c. Inciso 2º <i>“La legge permissiva o favorevole anche se viene successivamente verrà applicata, senza eccezione, preferibilmente su quella restrittiva o sfavorevoli. Questo vale anche per i condannati.”</i>¹³</p>

Ante la similitud gramatical de las disposiciones que consagran el principio de legalidad penal, y frente a la aproximación estructural del sistema constitucional italiano y colombiano como forma de Estado, el presente trabajo puede contribuir con un análisis del derecho penal colombiano a través del desarrollo ya consolidado por la doctrina italiana, suministrando así no sólo la base teórica esencial y básica para lograr la conclusión aquí propuesta, sino también para ofrecer una base mínima frente a la cual se puedan plantear futuras discusiones en Colombia en relación con el

¹¹ Traduzione libera. La versione originale in spagnolo, dice: *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, (...) democrática, participativa (...) fundada en el respeto de la dignidad humana (...).”*

¹² Traduzione libera. La versione originale in spagnolo, dice: *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (...).”*

¹³ Traduzione libera. La versione originale in spagnolo, dice: *“La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.”*

principio de legalidad penal. Un estudio comparado, *exclusivamente* dirigido hacia el derecho penal italiano, contribuirá a desarrollar, sin lugar a dudas, el mismo concepto de legalidad penal en el derecho penal colombiano. Se trata de un legítimo intento por atraer a la discusión colombiana lo que otrora fuese la mayor influencia europea en el derecho penal nacional: la doctrina italiana.

Como consecuencia de los dos objetivos trazados por la presente investigación, debe realizarse desde ya una última precisión teórica que será asumida a lo largo de la investigación. Y es que ésta se limitará a analizar -dentro del extenso concepto del principio de legalidad penal- el componente *nullum crimen sine lege* incluido dentro de este apotegma sustancial, con lo cual se estudiarán las implicaciones de la legalidad penal únicamente frente a los comportamientos prohibidos, no frente a la sanción penal (*nulla poena sine lege*)¹⁴.

Aunque ambos componentes (*nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*) se encuentran intrínsecamente vinculados, con lo cual pueden fundirse en un único axioma¹⁵, se tratan indudablemente de dos principios diferentes y, por lo tanto, separables entre sí¹⁶. Teóricamente son principios escindibles¹⁷, razón por la que -por lo menos desde una perspectiva metodológica y teórica- la división y el tratamiento separado de ambos componentes se encuentra justificado.

Pero la justificación específica por la cual se pretende analizar sólo el componente *nullum crimen sine lege* obedece a la necesidad de responder al primer objetivo pretendido con esta investigación pues, como se verá, la pretendida “crisis” en el principio de legalidad penal se concentra -casi exclusivamente- en este componente particular. Puede decirse, entonces, que el objeto de estudio será el principio de legalidad penal, en su componente *nullum crimen sine lege*.

Una vez aclarado los objetivos que pretende alcanzar esta investigación, así como el concepto *específico* frente al cual se analizará la ya mencionada “crisis” de la legalidad penal, debe precisarse de qué manera se adelantará tal análisis. En un primero momento se estudiará el principio de legalidad penal como un elemento histórico (posiblemente contingente), frente a lo cual se examinará el devenir histórico del concepto a partir de los orígenes señalados por la doctrina, buscando concretar de manera precisa -en la medida en que ello sea posible- una línea de evolución continua del apotegma de legalidad penal desde que fuera creado teóricamente hasta nuestros días; en tal medida, tal línea de evolución intentará responder a las realidades históricas y políticas tanto

¹⁴ Por supuesto, dentro de este componente *nulla poena sine lege* se incluye no sólo la pena sino también la medida de seguridad, concepto analizado por la legislación italiana (art. 199 del Código penal italiano y art. 25, inciso 3° de la Constitución política italiana). Cfr. VASSALLI G., voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. XI, 1965, p. 503-504; VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, UTET, Vol. VIII, IV ed., 1994, p. 305. También en el ordenamiento jurídico colombiano es reconocida la medida de seguridad como una sanción penal (art. 2, 4, 5 y 69 del Código penal colombiano).

¹⁵ De hecho, casi siempre se encuentran acompañados, VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 495.

¹⁶ En este sentido, PETROCELLI B., *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in PETROCELLI B., *Saggi di diritto penale. Seconda serie*, Padova, CEDAM, 1965, p. 188; MARINI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XXVIII, 1978, p. 950; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 496.

¹⁷ BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionale* (Vol. I), in BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI; A. MELCHIONDA, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 846. Con un mismo enfoque metodológico, PINO G., *Legalità penale*, op. cit., p. 180 (nota al pie 8).

de Italia como de Colombia, razón por la cual se realizará el mismo análisis histórico referido al ordenamiento jurídico de cada país.

En un segundo momento se precisará el concepto del principio de legalidad penal, donde se intentará responder el *qué*, el *por qué* y el *cómo* de este axioma. Con estas interrogantes se analizará su concepto global, así como sus diferentes sentidos específicos, sus fundamentos teóricos y sus componentes, con lo cual la idea de legalidad penal quedará esbozada con una precisión cuanto menos deseable. De igual manera, se estudiarán los vínculos políticos que posee el principio de legalidad penal atendiendo la tipología de Estado, con lo cual se contrastará la existencia particular de cada Estado (Estado totalitario, Estado de derecho, Estado social de Derecho, y Estado democrático de derecho) con el objetivo de verificar cómo tal estructura política puede afectar el sentido y la naturaleza de este principio. En estos puntos se concretará el estudio de la naturaleza *formal* del concepto de legalidad penal.

En relación con la naturaleza *material* del apotegma (análisis que se realizará en un tercer momento), ésta se estudiará a través de diferentes *significados*, con lo cual se buscará precisar el significado histórico, democrático, filosófico, de legitimación y de garantía que tiene el axioma. De manera conjunta a la precisión teórica de tales significados, se analizará -ya, desde este punto- algunas posiciones planteadas en torno a la “crisis” del principio, precisando de esta manera su justificación teórica y sus consecuencias a efectos de asumir una posición crítica en relación con tal escenario.

En un cuarto momento se realizará el estudio de las diferentes consecuencias (o subprincipios) que pueden deducirse del principio de legalidad penal; esto es, el principio de reserva de ley, el principio de irretroactividad de la ley penal, el principio de prohibición de la analogía en el derecho penal, y el principio de determinación estricta de la ley penal. A través del estudio teórico de cada una de estas consecuencias se busca precisar los límites, fundamentos y corolarios de cada subprincipio frente al ordenamiento jurídico italiano y colombiano, momento en el que se deberán analizar de nuevo -dado el estrecho vínculo teórico existente- algunas posiciones que establecen la ya mencionada “crisis” de la legalidad penal, todo ello con el objetivo de contrastar la noción de cada subprincipio con los nuevos planteamientos que señalan e identifican profundas fisuras en los mismos. En este punto también se buscará interpretar la ley penal colombiana, para que de esta manera pueda la doctrina italiana consultada servir como parámetro de valoración frente al reconocimiento jurídico del principio de derecho penal (y de sus consecuencias) en el derecho penal colombiano.

En un quinto momento se realizará un pequeño análisis del impacto del derecho penal europeo frente al ordenamiento jurídico italiano, en relación con el principio de legalidad penal. A tales efectos se estudiará cómo el derecho de la Unión Europea, y las relaciones jurídicas entre ésta e Italia, han modificado los contornos ya trazados frente al axioma objeto de estudio en el derecho penal italiano.

Finalmente, en un sexto momento, se busca exponer algunas conclusiones frente a todo el análisis realizado. A través de una *toma de postura*, se planteará una noción general de qué significa en realidad el principio de legalidad penal para que, a partir de tal punto de partida, especificar el

contenido material del axioma así como la verdadera situación que existe en torno a la pretendida “crisis” de la legalidad penal. Se concluirá si, a efectos de esta crisis, el principio debe ser reformulado y adaptado a la nueva realidad, o si por el contrario debe subsistir tal como se ha desarrollado históricamente hasta la actualidad (de allí que el análisis histórico del principio sea un asunto fundamental).

CAPÍTULO I

DESARROLLO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN LA CONSTRUCCIÓN CONTINENTAL-EUROPEA:

1. Introducción:

Hablar de los antecedentes históricos del principio de legalidad penal es hablar de la historia misma del derecho penal, por lo menos de un derecho penal liberal. Buscar el origen histórico de este principio es buscar el momento clave en que el propio derecho penal intentó limitar el poder punitivo del soberano en defensa de los ciudadanos y de la sociedad; buscar el antecedente histórico del principio de legalidad implica buscar las bases mismas de un derecho penal garantista. El progreso histórico del derecho penal no es más que el lento, continuo -y a veces imperceptible- desarrollo de la legalidad (solidificar el sedimento legal, como lo explica ALIMENA) en contra del arbitrio individual¹.

Debe realizarse, en este punto, una precisión inicial. Si el objetivo que se pretende en este capítulo es encontrar un desarrollo histórico continuo del principio de legalidad penal, éste deberá depender necesariamente del concepto, contenido y significado preciso que se le asigne a este principio, en el derecho penal europeo continental². Atendiendo tal lógica, a lo largo de este capítulo se precisarán algunas cuestiones teóricas y conceptuales de este principio, en aras de explicar por qué una determinada fuente histórica puede ser (o no) un referente directo del principio de legalidad penal. Cuando se desarrolle con más profundidad el alcance de este concepto, se entenderá con mayor contundencia la posición asumida en relación con algunas fuentes históricas discutibles.

La primera precisión debe ser, pues, conceptual. Es claro que al analizar el principio de legalidad penal puedan analizarse fuentes históricas que, en términos amplios, han reconocido garantías sustanciales para la limitación del poder del Estado. Sin embargo, no toda limitación sustancial de dicho poder puede vincularse al concepto de lo que aquí se llama “principio de legalidad penal”³. Así las cosas, la legalidad penal (y el axioma que de ella surge) posee ciertas connotaciones particulares que la diferencian de otras formas de limitación del poder estatal. Hablar de legalidad (en sentido amplio) como límite al arbitrio del poder del Estado no puede ser equiparable a hablar de legalidad penal como principio y límite del poder punitivo del Estado, como concepto que se precisará a lo largo de este trabajo. El significado de la legalidad de las penas (y, por consiguiente,

¹ Véase, ALIMENA B., *Principios de derecho penal*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, Vol. I, 1915, p. 222. En el mismo sentido, VELÁSQUEZ F., *El principio de legalidad jurídicopenal*, in *Nuevo Foro Penal*, Vol. XXXII, 1986, p. 253.

² En el mismo sentido CABRAL, cuando afirma: “sólo es legítimo ubicar un determinado principio pura y exclusivamente en la época en que lo vemos actuar con la fuerza y el sentido de tal dentro de un conjunto dado de ideas, en el cual encaja como pieza necesaria, explicándose al mismo tiempo a través de los otros principios que con él contribuye al (sic) fundamentar la estructura de que forma parte”. Cfr. CABRAL L., *Ubicación histórica del principio “nullum crimen nulla poena sine lege”*, Buenos Aires, Librería Jurídica Valerio Abeledo, 1958, p. 9.

³ Por ejemplo, BALDUZZI y SORRENTINO reconocen que el principio de legalidad penal es un axioma que perfecciona el principio de reserva ya existente (BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XL, 1989, p. 1212), con lo cual ambos conceptos responden a exigencias sustanciales diferentes; mientras el principio de reserva de ley (en sentido amplio) es el género, el principio de legalidad penal es una especie dentro de tal axioma general.

de la determinación de responsabilidad penal) adquiere, pues, un sentido y alcance particular y más intenso, en la medida en que le es exigible una mayor garantía o tutela⁴.

Atendiendo esta diferencia, es difícil encontrar un desarrollo histórico preciso y continuo frente al principio de legalidad penal⁵. Como se verá, la evolución histórica de esta figura es accidentada y, en muchos casos, se desconoce (o, por lo menos se discute) el origen cierto y real de algunos antecedentes jurídicos.

Es casi coincidente la opinión que señala al liberalismo originado en el siglo XVIII en Europa como el origen histórico del principio de legalidad penal⁶; es indudable que este principio tiene un origen político, y no necesariamente penal⁷. Es por ello que no puede encontrarse -con seguridad- un desarrollo histórico continuo de este principio antes de 1700⁸. A pesar de ello, también pueden encontrarse posiciones que, lejos de encontrar el origen histórico de este principio en el movimiento liberal del siglo XVIII, lo encuentran mucho antes que la revolución francesa y el iluminismo⁹. A efectos de contrastar los diferentes antecedentes históricos señalados por la doctrina, el análisis se dividirá en tres partes: por una parte, y en primer lugar, se analizarán las diferentes referencias históricas previas al siglo XVIII; en segundo lugar, se estudiarán los antecedentes posteriores al siglo XVIII, para concluir -en un tercer lugar- con el análisis del iluminismo como posible fuente y origen del principio de legalidad penal.

2. Antecedentes históricos anteriores al siglo XVIII:

Como antecedentes remotos, algunos autores intentan encontrar el origen histórico del principio de legalidad penal en el derecho romano. De hecho, a pesar de que en este derecho se establecieron poderes judiciales extraordinarios para la creación de ofensas penales, siempre se insistió en la necesidad de que los delitos estuviesen predefinidos; dichos poderes obedecieron, de hecho, más a una necesidad real de buscar una definición exacta de cada delito que a una garantía sustancial¹⁰. Se reconoce como un antecedente del principio de legalidad penal -en el derecho romano- la institución de la *quaestiones perpetuae*¹¹. ULPIANO en el *Digesto* (Dig. 50, 16, 131) menciona la necesidad de que los delitos (el *Digesto* habla de penalidades) deben ser expresamente establecidos por la ley:

“poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est”.

⁴ CARLASSARE L., voce *Principio di legalità*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 1. En el mismo sentido, DONNARUMMA M. R., *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*, Padova, CEDAM, 1988, p. 3.

⁵ HALL J., *Nulla Poena Sine Lege*, in *Yale LJ*, Vol. XLVII, Issue 2, 1937, p. 165.

⁶ *Ibidem*, p. 165; VASSALLI G., voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. XI, 1965, p. 497.

⁷ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 2006, p. 74.

⁸ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 497; VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, UTET, Vol. VIII, IV ed., 1994, p. 291.

⁹ PETROCELLI B., *Principi di diritto penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1943, p. 125.

¹⁰ HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 166.

¹¹ PETROCELLI B., *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in PETROCELLI B., *Saggi di diritto penale. Seconda serie*, Padova, CEDAM, 1965, p. 189; PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 131; FERRAJOLI L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 383. Una traducción al inglés de esta disposición se encuentra en la obra de HALL (*Nulla Poena...*): “a penalty is not inflicted unless it is expressly imposed by law, or by some other authority”.

De igual forma, se reconoce que la aplicación rigurosa del derecho penal establecida por Lucio Cornelio Sila (y por el propio Emperador Augusto) puede ser considerado un referente histórico de este principio; ellos reconocieron -antes incluso que los griegos- la prohibición de aplicar prohibiciones de manera retroactiva¹².

Sin embargo, debe reconocerse que el principio de legalidad penal (en su sentido actual) fue un concepto completamente desconocido en el derecho romano¹³. Las mencionadas *quaestiones perpetuae* -que adquirirían naturaleza penal a través de la *lex Acilia* y la *lex Servilia*- eran instituciones vinculadas con una noción más procesal que sustancial, donde se le permitía al juez la extensión analógica al momento de decretar la responsabilidad penal¹⁴. Puede verse así como en el derecho romano le reconocía al juez cierto arbitrio al momento de resolver¹⁵; por ejemplo, el juez podía castigar *ad exemplum legis*¹⁶, permitiéndole tanto en la *coercitio* (actividad pública preventiva de policía) así como en la *poenitio* (actividad represiva pública) la creación de figuras criminales por fuera de la ley¹⁷.

Ni siquiera a través de las disposiciones contenidas en la Ley de las XII Tablas puede encontrarse un antecedente histórico directo con el principio de legalidad penal. A pesar de que dicha disposición definía algunos delitos (como el *perduellio*, el *parricidium*, el prevaricado del ciudadano en el arbitraje o el falso testimonio en procesos civiles), las XII Tablas no establecieron de ninguna manera un límite a la represión penal¹⁸. Es claro, entonces, que no existía en el derecho penal romano una prohibición rigurosa y general como aquella que se deduce del principio de legalidad penal¹⁹; parece una contradicción aceptar cierto nivel de arbitrariedad del juez (con la posibilidad de que éste pueda crear, por analogía, nuevos comportamientos prohibidos) y calificar -al mismo tiempo- dicha arbitrariedad como un antecedente histórico del principio de legalidad penal²⁰.

¹² HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 166.

¹³ Cfr. ZAFFARONI E., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, T. I, 1998, p. 135-136. En el mismo sentido, CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 17-27.

¹⁴ CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 21-23.

¹⁵ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 124. Por ejemplo, frente a la *quaestiones*, “*la causa poteva essere incentrata sull’opportunità o meno di estendere analogicamente il testo normativo*”. Cfr. SCOGNAMIGLIO M., *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Salerno, Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Diritto Pubblico Generale e Teoria delle Istituzioni, Sezione di Teoria Generale del Diritto, Quaderni N° 1, 2009, p. 69-81. En el mismo sentido, CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 23.

¹⁶ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. CONTI, Milano, Giuffrè Editore, XVI ed. aggiornata e integrada, 2003, p. 70; GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano. Introduzione e parte prima. Le norme penali sinteticamente considerate*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. I, II ed., 1950, p. 307; VON LISZT F., *Tratado de derecho penal*, Madrid, Editorial REUS, 1927, p. 94.

¹⁷ CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 18-19; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 497; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 291-292.

¹⁸ Vid. CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 19-20.

¹⁹ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 497.

²⁰ Contradicción en la que incurre, por ejemplo, PETROCELLI, al aceptar como antecedente histórico del principio de legalidad penal el derecho romano (particularmente, el instituto de la *quaestiones perpetuae*) aceptando por otra parte, la existencia de cierto nivel de arbitrariedad en la función decisoria del juez en ese mismo derecho (*Principi*, p. 124; *Appunti*, p. 189). En la misma contradicción parece caer FERRAJOLI, cuando acepta como antecedente histórico la institución de la *quaestiones perpetuae*, aceptando simultáneamente el recurso de analogía en el derecho romano (p. 383). Sin embargo, este autor diferencia entre el *principio de “mera legalidad”* y el *principio de legalidad estricta* (Axiomas A1 y A2) -en el que se incluye la prohibición de analogía (*Derecho y razón*, p. 382)-, reconociéndole a cada uno de tales principios un contenido diferente y un desarrollo histórico diverso. Con esta diferencia, la aparente contradicción parece ser subsanada.

Por si no fuera poco lo anterior, tampoco puede afirmarse que lo reconocido por ULPIANO en el *Digesto* no puede ser considerado un referente del principio *nullum crimen sine lege*; el hecho de que el propio *Digesto* permitiera que una penalidad pudiese ser establecida no sólo por la ley sino por *cualquier otra autoridad* desvirtúa cualquier pretensión de vincular -históricamente- este documento con el principio de legalidad penal. La incompatibilidad del principio de legalidad penal con el derecho romano es substancial, pues el propio principio de libertad personal en el que se basa el axioma de legalidad criminal era desconocido para este derecho²¹.

Si bien es discutible el origen del principio de legalidad penal en el derecho romano, más improbable resulta este origen en el derecho de la edad media²². El juez, como creador de la sentencia (“*Urteilsfinder*”) deducía los preceptos de derecho para emitir su decisión de su propia convicción jurídica (“*Rechtsüberzeugung*”)²³, aplicando así una analogía a partir de la costumbre²⁴.

También se encuentran intentos por ubicar el origen del principio de legalidad penal en el derecho canónico, a través de la máxima “*poena criminis ex tempore legis est, quae crimen inhibuit, nec ante legem nulla rei damnatio est, sed ex lege*”, del cual se derivaría -por lo menos- la prohibición de retroactividad de la ley criminal (deduciendo, lógicamente, como su presupuesto el propio principio de legalidad como reserva de ley)²⁵. Sin embargo, se reconoce que dicha máxima (dentro del derecho canónico) era un valor ético abstracto más que una concreta exigencia dirigida al poder punitivo²⁶, con lo que puede discutirse su real significado histórico frente a la legalidad penal. Además de ello, debe decirse que para la Santa Iglesia Católica, como organización detrás del derecho canónico, son ajenos los presupuestos en los que se basa el principio de legalidad penal, como lo son la separación de poderes, la exigencia de certeza en el derecho o, incluso, las superioridad de las garantías individuales sobre los fines superiores de la Iglesia como vehículo de salvación²⁷. Es lógico que un derecho construido sobre pilares diferentes a los mencionados no haya podido reconocer, en ninguna medida, un antecedente histórico del principio de legalidad penal.

JIMÉNEZ DE ASÚA reconoce como antecedente histórico del principio de legalidad penal la *Charta Magna leonesa*, otorgada por Alfonso, Rey de León y Galicia en 1188²⁸; sin embargo, esta conclusión es un tanto genérica, y este autor no llega a precisar con exactitud en cuál disposición y a través de qué forma o presupuesto se reconoció este principio²⁹.

²¹ En este sentido, véase, CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 27.

²² PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 124. En el mismo sentido, CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 35-50.

²³ VON LISZT F., *Tratado*, op. cit., p. 94.

²⁴ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 497; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 292.

²⁵ BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, a cura di P. Di Lucia, Milano, Giuffrè Editore, 2006, p. 220; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado de derecho penal. Filosofía y ley penal*, Buenos Aires, Editorial Losada, IV ed. actualizada, 1964, p. 383.

²⁶ BOBBIO N., *L'analogia*, op. cit., p. 221.

²⁷ CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 39-40.

²⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 385. En el mismo sentido, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal. Parte general*, Medellín, Librería Jurídica Comlibros, IV ed., 2009, p. 133.

²⁹ El autor cita un aparte referente al tratamiento de la delación en asuntos criminales, pero no explica cómo de dicha disposición puede extraerse un referente histórico del principio de legalidad penal. JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 385-386. Respalda la conclusión acá establecida, afirmando que “*nada parecido al moderno nullum existió tampoco en España*”, véase, CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 57.

Llegados a este momento histórico, debe realizarse un análisis más detenido frente a la Carta Magna, o el “*Magna charta libertatum*” de 1215, y a su posibilidad de ser concebida como antecedente del principio de legalidad penal. Dice el §39 de dicho documento histórico:

“*No freeman shall be taken or [and] imprisoned or disseied or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or [and] by the law of the land*”³⁰.

Frente al contenido de dicho documento político, y atendiendo además su influencia, parte de la doctrina no ha dudado en calificarlo como un antecedente histórico del principio de legalidad penal³¹. Y es que la expresión “*by the law of the land*” parecería reflejar la idea de reserva y garantía subyacente a este principio. Sin embargo, ZAFFARONI -con una acertada observación- entiende que este documento no puede considerarse como un antecedente histórico de este principio, por lo menos no en su concepción actual³². Este autor argentino afirma, por una parte, que el derecho inglés durante gran parte del siglo XX aún conservaba la posibilidad de que los jueces crearan delitos, y fue sólo a partir del caso *Knüller Ltd. v. Director of Public Prosecutions* (en 1973) en el que se reconoció por parte de la Cámara de los Lores que dicho poder residual en cabeza de las cortes para crear delitos o, incluso, ampliar los ya existentes, ya no era posible³³. Ello sin contar con que la analogía y el uso de costumbres fuese permitido -como fuentes de derecho- en este documento histórico³⁴.

ZAFFARONI afirma, incluso, que prácticamente ningún autor inglés ve en la Carta Magna un precedente histórico del principio de legalidad penal. Finalmente, entiende que el principio de irretroactividad no se encuentra constitucionalmente establecido, y que dado los amplios poderes del parlamento inglés éste podría legislar retroactivamente (en materia criminal) en cualquier momento³⁵. Los argumentos esgrimidos por este autor (por lo menos el hecho de que aún en pleno siglo XX se discuta aún la posibilidad de que el juez pueda crear delitos o ampliar los ya existentes) permiten rechazar la posibilidad de que la Carta Magna sea un antecedente histórico del principio de legalidad penal.

³⁰ Vid. MCKECHENIE W. S., *Magna Carta. A commentary on the Great Charter of King John*, Glasgow, James Maclehose and Sons, II ed., 1914, p. 375.

³¹ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 70; BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, G. Priulla Editore, V ed. riveduta e aggiornata, 1962, p. 99; BOBBIO N., *L'analogia*, op. cit., p. 221; CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Vol. I, III ed., 2004, p. 188; FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 383; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios de derecho penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Editorial Suramericana, 1997, p. 98; PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, V ed., 1999, p. 18; PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 124; ROMERO SOTO L. E., *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, Vol. I, 1969, p. 176; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 133; SCARANO L., *I rapporti di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1942, p. 139.

³² ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 132-135. En el mismo sentido, GRISPIGNI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 307; CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 51-52; YACOBUCCI G., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 251.

³³ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 133; CADOPPI A., *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXVI, T. I (Principio di legalità e diritto penale), Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2007, p. 1178; CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, p. 84. Sin embargo, la posición de que a partir del precedente *Knüller Ltd. v. Director of Public Prosecutions* el derecho penal inglés no permite la creación o ampliación de delitos por parte del juez es, por lo menos, discutible. Cfr. GREY J., *Knüller v. Director of Public Prosecutions: A comment*, in *McGill Law Journal*, Montreal, McGill University, Vol. XIX, Issue 1, 1973, p. 133-134.

³⁴ CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 51; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 498.

³⁵ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 133.

La Carta Magna puede ser un antecedente remoto, pero no del principio de legalidad penal sino del concepto “*rule of law*”³⁶; a pesar de ser un concepto amplio, éste puede englobar diversos significados entre los que se incluye el “*rule of law*” como una limitación al poder estatal o como el ideal de un gobierno regido por las leyes y no por los hombres, acorde con la precisión realizada por BARBERI³⁷. Frente a este particular significado del “*rule of law*”, es claro que la Carta Magna (como documento histórico) comparte -en términos muy generales, como luego se precisará- las razones políticas y motivaciones históricas que, luego, generarían el principio de legalidad penal³⁸. En este punto puede radicar la confusión de ver en la *Charta Magna* un referente histórico de este principio.

La *Charta Magna* es, en efecto, un antecedente histórico del principio de reserva de ley en sentido amplio, entendido éste como la exigencia de que el poder político esté vinculado a ciertas reglas jurídicas preexistentes³⁹. Al interpretar la expresión “*per la legge del regno*” (“*by the law of the land*”), contenida en numeral 39 de la “*Magna charta libertatum*” se reconocen, históricamente, por lo menos dos significados a dicha expresión, un significado de carácter técnico y otro de un sentido más popular⁴⁰. Mientras que el significado técnico fue aquel que motivó históricamente la Carta Magna, consistente en proteger los bienes y los súbditos de cualquier arbitrariedad del Rey a través de la exigencia de un juicio previo antes de la ejecución⁴¹ (límite del poder como garantía de los súbditos⁴²), el significado más “popular” fue aquel que se mantuvo en la historia, siendo reconocido por diferentes documentos oficiales posteriores a la Carta Magna. Aquel significado menos técnico fue la consagración del principio de “*due process of law*” como garantía formal dentro del juicio⁴³.

Es claro que la expresión “*by the law of the land*” fue utilizada para proteger las propiedades y a los ciudadanos de cualquier acto arbitrario del Rey⁴⁴, como lo era condenar antes de realizar un

³⁶ Vid. HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 168; RONCO M., *Il principio di legalità*, in RONCO M., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, Zanichelli Editore, II ed., 2010, p. 10; YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit., p. 238.

³⁷ Cfr. BARBERI M., *Possono governare, le leggi? Il dilemma del rule of law*, in AA. VV., *Rule of law. L'ideale della legalità*, a cura di G. PINO; V. VILLA, Bologna, Società editrice il Mulino, 2016, p. 15-21. En el mismo sentido, HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 168; MOCCIA S., *Diritto giurisprudenziale, legislazione e principio di legalità nel mondo di common law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Anno XLII, N° 3, Milano, Giuffrè Editore, 1988, p. 908-910; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 498; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 292-293. En relación con el derecho inglés (de donde surge, precisamente, la *Charta Magna*), DICEY reconoce tres sentidos frente al concepto *rule of law*, ninguno de los cuales logra compaginarse con el concepto de legalidad penal que establecería, luego, el iluminismo europeo en el siglo XVIII. Cfr. DICEY A.V., *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Indianapolis, LibertyClassic, 1982, p. 109-116, 120-121.

³⁸ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 498; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 292-293.

³⁹ Vid. CARLASSARE L., voce *Riserva di legge*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 1. En el mismo sentido, MOCCIA S., *Diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 908.

⁴⁰ MCKECHENIE W. S., *Magna Carta*, op. cit., p. 379.

⁴¹ Sin importar el tipo de juicio; lo realmente importante era la existencia *per se* de tal juicio de manera previa a la ejecución. La cláusula contenida en el numeral 39 respondía a la protección histórica de los bienes y la libertad de los súbditos del arbitrio del Rey sin un juicio previo a la ejecución de la pena. Cfr. MCKECHENIE W. S., *Magna Carta*, op. cit., p. 377.

⁴² VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 292-293.

⁴³ HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 168; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 383; MCKECHENIE W. S., *Magna Carta*, op. cit., 380-381; YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit., p. 251.

⁴⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 383. Así lo entienden, también, BALDUZZI y SORRENTINO, cuando reconocen en la *Charta Magna* un antecedente histórico del principio de reserva de ley, entendido como la “*sottrazione alla competenza e alla prerogativa regia di determinate potestà normative*”, BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge (Enc. dir.)*, op. cit., p. 1212.

juicio, lo cual no implica *per se* la existencia de un principio de legalidad penal; más, parece una limitación al poder estatal (monárquico, en este caso), propio del concepto de “*rule of law*”. Este último concepto (tradicional en los ordenamientos anglosajones) no puede ser utilizado como un sinónimo al principio de legalidad penal⁴⁵; es cierto que tienen algunos elementos en común (como su motivación histórica, la idea de certeza del derecho que ambos conceptos buscan proteger⁴⁶, e incluso la necesidad de respetar las reglas de derecho establecidas previamente⁴⁷), pero también es claro que el principio de legalidad penal -en el sentido continental europeo- establece ciertas exigencias que el concepto “*rule of law*”, históricamente, no considera. En la tradición inglesa, este concepto refleja la idea de supremacía de la ley como concepto regulador del buen gobierno⁴⁸.

El concepto “*rule of law*” no adquiere la misma rigurosidad que si adquiriría, históricamente, el principio *nullum crimen sine lege*; este último principio, al vincularse al derecho penal, adquiere una connotación especial⁴⁹. Se trata de conceptos motivados, históricamente, por las mismas causas políticas, pero que surgen en ordenamientos jurídicos esencialmente diferentes (anglosajón y continental⁵⁰) y responden, además, a diferentes exigencias jurídicas (una historia constitucional diversa); son conceptos disímiles que no pueden confundirse teóricamente⁵¹. Tal como lo explica MOCCIA, lo único que comparten ambos conceptos es su intención subyacente de limitar el poder soberano, dado que el *contesto di riferimento* es completamente diferente⁵²:

*“L’esigenza legalitaria è presente storicamente già molto indietro nel tempo (prima ancora del tradizionale, ma anche diffuso, riferimento alla Magna Charta libertatum, 1215), mas soltanto con il pensiero illuministico-liberale assume decisamente quel definito significato, politico prima que giuridico, che costituisce il contenuto del principio di legalità”*⁵³.

⁴⁵ La confusión conceptual es tan acentuada que incluso se confunde constantemente “*rule of law*” con “*Stato di diritto*”. Cfr. MOCCIA S., *Diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 910.

⁴⁶ Vid. VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 294.

⁴⁷ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 281.

⁴⁸ Vid. BOBBIO N., *Legalità*, in BOBBIO N.; MATTEUCCI N.; PASQUINO G., *Diccionario de política*, Madrid, Siglo veintiuno editores, T. II, XIII ed., 2002, p. 861. *Rule of law* como prohibición de un poder arbitrario, DICEY A.V., *Introduction*, op. cit., p. 109-112.

⁴⁹ BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge* (*Enc. dir.*), op. cit., p. 1212; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 282; CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, Roma, Editori Laterza, Vol. I, VI ed., 2002, p. 34. Se trata de conceptos diferentes pero que comparten un “*rapporto di stretta compenetrazione*”, PINO G., *Legalità penale e rule of law*, in PINO G.; VILLA V., *Rule of law. L’ideale della legalità*, Bologna, Società editrice il Mulino, 2016, p. 214. En contra, TRAPANI M., *Cesare Beccaria y la interpretación de la ley penal. La creación judicial de la norma penal y su control político*, in AA. VV., *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, a cura di F. VELÁSQUEZ; R. VARGAS; J. D. JARAMILLO, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p. 167.

⁵⁰ Por ejemplo: “*our constitution, in short, is a judge-made constitution, and it bears on its face all the features (...) of a judge-made law*”. Cfr. DICEY A.V., *Introduction*, op. cit., p. 116.

⁵¹ Tanto el principio de legalidad penal, así como el concepto de *rule of law*, se desarrollaron en históricas constitucionales diferentes, aun cuando sus ideales políticos fuesen similares. La lucha que se dio contra el poder regio (Inglaterra) no es la misma lucha que se desarrolló en Europa frente al poder absoluto en el siglo XVIII (Francia, principalmente). ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, X ed., 2011, p. 25. Incluso si se considera la *Charta Magna* como un antecedente histórico del principio de reserva de ley en sentido amplio (CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 1) tampoco puede deducirse de ello un vínculo histórico igual de claro con el principio de legalidad penal. Como ya se ha precisado, el concepto del “principio de legalidad penal” no corresponde al concepto de legalidad en sentido amplio, razón por la cual no deben compartir un mismo origen histórico. En este sentido, FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 74 (nota al pie 1).

⁵² MOCCIA S., *Diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 910. Comparte la misma diferencia entre *rule of law* y principio de legalidad penal (aunque, en otros términos), FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p.382-383, con la diferencia entre el principio de mera legalidad y el principio de estricta legalidad; RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, a cura di R. GUERRINI, Torino, Giappichelli Editore, V ed., 2015, p. 67.

⁵³ Cfr. RAMACCI F., *Corso*, op. cit., p. 67.

Sin lugar a dudas, se trata de un juego de palabras, al querer ver como sinónimos el concepto de *lex*, contenido en el §39 de la Carta Magna y la ley como concepto subyacente al principio de legalidad penal; son instituciones jurídicas diferentes, y tal diferencia -casi incompatibilidad- puede verse en la tolerancia de la costumbre como fuente principal de derecho durante y después de la promulgación de la Carta Magna⁵⁴. Si esta asimilación conceptual fuese posible, deberíamos incluso reconocer como referente histórico más remoto del principio de legalidad penal el *Charter of Liberties* proclamado por Enrique I de Inglaterra en el siglo XII, a través del concepto de “*principle of law*”⁵⁵; ello, por supuesto, demuestra el equívoco conceptual en asimilar el principio de legalidad penal con el concepto de “*rule of law*” y, por ende, aceptar como fuente histórica de este principio la *Magna Charta*.

Junto con la *Magna charta libertatum*, uno de los antecedentes históricos más importantes -y también más discutidos- del principio de legalidad penal es la *Constitutio Criminalis Carolina*, promulgada por Carlos V en 1532, en sus artículos 104 y 105. Quienes reconocen la *Constitutio* como un antecedente histórico del principio de legalidad afirman que estableció de manera clara una prohibición contra la analogía⁵⁶; sin embargo, parecen más sólidas las críticas que se le dan a este documento como antecedente del principio de legalidad penal. El solo hecho de que se permitiera al juez recurrir a fuentes extrapenales como la costumbre y la creación de delitos innominados⁵⁷ desvirtúan un vínculo histórico este documento y lo que se conocería a futuro como legalidad penal, por lo menos en su núcleo fundamental, todo ello ante esta “*flagrante contraddizione*”⁵⁸.

Los intentos por conciliar una aparente prohibición de analogía con la utilización de costumbres incriminadoras parecen incongruentes⁵⁹ pues, como se verá, ambas situaciones establecen el mismo escenario que el principio de legalidad penal intenta evitar: la creación judicial del derecho penal. Aún sin entrar a discutir que la *Constitutio Criminalis Carolina* haya prohibido la analogía, sí es discutible que este documento sea una fuente histórica de la cual pueda deducirse el principio de *nullum crimen sine lege*.

Durante los siglos XV hasta el XVII, la situación no cambió de manera sustancial. La analogía era permitida, y la costumbre era fuente de derecho penal. La confusión que existía en esta época es consecuencia del llamado *ancien régime*⁶⁰, confusión que se materializaba por la existencia de diversas fuentes de derecho penal⁶¹. La legalidad penal -como concepto jurídico- era inexistente en

⁵⁴ CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 51.

⁵⁵ HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 168.

⁵⁶ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 383; SCARANO L., *I rapporti*, op. cit., p. 140-141; BOBBIO N., *L'analogia*, op. cit., p. 222; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 133-134; SCOGNAMIGLIO M., *Nullum crimen*, op. cit., p. 34. En contra, reafirmando la posibilidad de una aplicación analógica de la ley mediante la *Constitutio*, véase, CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 59.

⁵⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 128.

⁵⁸ BOBBIO N., *L'analogia*, op. cit., p. 222.

⁵⁹ SCARANO L., *I rapporti*, op. cit., p. 139, 141.

⁶⁰ CADOPPI A., *Perché il cittadino possa “...esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto”*. *Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema de legalità*, in *L'indice penale*, N° 3, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2015, p. 577.

⁶¹ CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 63; CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 577; FILANGIERI G., *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, Napoli, Stamperia di Michele Morelli, 1774, p. 53-60.

el *ancien régime*, por lo que las diversas fuentes jurídicas reconocidas permitían, a su vez, disímiles soluciones judiciales⁶². Reconociendo esta confusión permanente, es entendible cómo el iluminismo constituyó una reacción contra la permanente arbitrariedad en la función judicial⁶³.

No parecen, pues, ser acertadas las posiciones que afirman que, antes del proceso de codificación en Europa, no reinaba el completo arbitrio en la creación de delitos por parte del juez, al estar éste vinculado al precedente jurisprudencial y al concepto emitido por jurisconsultos⁶⁴. RONCO, frente a este problema particular, asevera que el hecho de que existiesen pluralidad de fuentes jurídicas de las cuales se derivara la creación de delitos no puede ser comprendido, históricamente, como un escenario de arbitrio judicial⁶⁵; sin embargo, esta afirmación es discutible. Sí, en efecto, esta libertad normativa asignada al juez en esta época histórica particular no puede ser calificada como arbitrio judicial, tampoco puede calificarse como arbitrarias las potestades normativas asignadas al juez por Alemania durante el régimen nazi, o por la Unión Soviética frente a la creación judicial de delitos.

FILANGIERI, frente a este escenario del *ancien régime*, aseveraba que la cantidad ingente de opiniones jurídicas generaban -de hecho- la libertad necesaria para que el juez decidiera arbitrariamente, desconociendo así la ley como único criterio que debía seguir⁶⁶. Incluso, si se observa el sistema político imperante en dicha época, la existencia de un Estado absolutista es completamente incompatible con la noción de garantía subyacente al principio de legalidad penal: y es que “*el ejercicio del poder represivo [en un Estado absolutista] no pudiera admitir limitaciones en beneficio del súbdito, máxime si se piensa que tales limitaciones hubieran importado la negación del absolutismo, autorizado por la misma fuente divina del poder real, y plantar tal vez la semilla de la propia destrucción*”⁶⁷. Parece indiscutible que no, durante este periodo de tiempo tampoco se reconoció el principio de legalidad penal⁶⁸.

3. Antecedentes históricos posteriores al siglo XVIII:

El principio de legalidad penal tampoco sería reconocido, históricamente, durante el inicio y mediados del siglo XVIII. Por ejemplo, el Código penal de Prusia de 1721 contemplaba la posibilidad de que casos no regulados por el mismo código podían resolverse *ex aequo et bono*; el Código penal bávaro de 1751 permitía la *ex aequitate et analogía juris*; e, incluso, el Código penal austriaco 1769 autorizaba la creación de delitos a través de principios de derecho⁶⁹. Sin embargo, durante la segunda mitad del siglo XVIII inicia en Europa el movimiento codificador de la mano de la irrupción del iluminismo. Así, este movimiento reaccionó contra la incerteza y confusión en la que se encontraba el sistema de fuentes penales durante el absolutismo; la ley -como expresión de la voluntad general- fue vista como expresión de racionalidad⁷⁰. Como eco del iluminismo penal

⁶² CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 580. En el mismo sentido, CATENACCI M., *Il principio di legalità-tipicità fra funzioni di garanzia e rischi di formalismo*, in CATENACCI M., *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, p. 22.

⁶³ CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 580.

⁶⁴ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 8-9.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 8-9.

⁶⁶ Cfr. FILANGIERI G., *Riflessioni*, op. cit., p. 57-60.

⁶⁷ CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 63.

⁶⁸ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 383.

⁶⁹ HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 168.

⁷⁰ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 11.

han sido señaladas diferentes codificaciones europeas, las cuales sí reconocieron expresamente el principio de legalidad penal.

En AUSTRIA, por ejemplo, la *Ley General sobre crímenes y su correspondiente punición (Ley Josefina)*, expedida por José II de Austria en 1787, es un buen ejemplo de ello pues consagró expresamente el principio de legalidad penal y el obligatorio acatamiento del juez a la ley penal⁷¹. Este es, históricamente, el primer código penal donde se prohíbe de manera expresa la analogía en materia penal⁷².

Junto con la anterior codificación austríaca, en PRUSIA la *Ley general para los Estados de Prusia* de 1794, en el §1 reconoció de igual manera el principio de legalidad penal⁷³. Lo mismo harían la Constitución de Prusia de 1850 y Código penal de 1851⁷⁴, junto con el Código penal de 1871⁷⁵.

En 1803 fue expedida, además, el *Código Penal para Crímenes y contravenciones graves de policía*, sancionado por Francisco I de Austria y II del Sacro Imperio Romano Germánico, disposición normativa que fue influenciada por FEUERBACH y por su entonces innovadora formulación de *nullum crimen sine lege*⁷⁶.

Otro ejemplo de codificación penal fue el Código bávaro de 1813 (obra del propio FEUERBACH)⁷⁷. Al ser él su máximo responsable, este código reproduce de manera fidedigna la obra e ideas del autor alemán; de esta manera, en el artículo 1º se reconoció el principio de legalidad penal al establecer la necesidad de que tanto la acción cometida como la omisión fuese prohibida por la ley⁷⁸.

De igual manera, en PORTUGAL, se redactó un proyecto de código penal por parte de MELLO FREIRE, en cuyo título I se reconocía el principio de legalidad y la reserva de ley en materia penal⁷⁹. Incluso, en TOSCANA la legislación de Pedro Leopoldo de 1786, en su artículo 62 realizó el mismo reconocimiento⁸⁰.

Debe ser de particular interés analizar lo sucedido en FRANCIA, pues parece indiscutible que la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 puede considerarse como un referente histórico del principio de legalidad penal⁸¹. Parece ser cierto que la obra de CESARE BECCARIA, "*Dei delitti e delle pene*", influyó en la Asamblea Constituyente que emitiría en 1789 la

⁷¹ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 360. En el mismo sentido, VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 255; SCOGNAMIGLIO M., *Nullum crimen*, op. cit., p. 38.

⁷² HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 168.

⁷³ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 12; VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 255; SCOGNAMIGLIO M., *Nullum crimen*, op. cit., p. 38.

⁷⁴ HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 169; RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 14.

⁷⁵ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 14.

⁷⁶ ZAFFARONI E., *Tratado...*, T. I, op. cit., p. 361.

⁷⁷ HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 169; RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 14.

⁷⁸ FEUERBACH A. V., *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, p. 389-390. Dice dicho artículo: "El que se haga culpable de una acción u omisión no permitida, para lo cual la ley haya conminado un mal determinado, será sometido a este mal como pena".

⁷⁹ Cfr. ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 363-364.

⁸⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 387.

⁸¹ Véase, entre otros, VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 293.

Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano⁸². Tal influencia se vio reflejada en los artículos 6, 7 y 8 de dicha Declaración, donde se consagró de manera expresa el principio de legalidad penal⁸³, momento histórico en el cual este principio adquiere el carácter de “universal”⁸⁴, siendo reconocido como un principio general fundamental para cualquier ordenamiento del mundo⁸⁵. La Declaración -que en su momento fue considerado un documento de naturaleza más política que jurídica⁸⁶- estableció que ningún hombre podía ser acusado, arrestado o detenido salvo en los casos contemplados en la ley y en la forma establecida por ella (artículo 7), castigo que sólo podía darse en virtud de la ley (artículo 8), entendiéndola como la expresión de la voluntad general (artículo 6)⁸⁷. Así, la declaración incorpora tres consecuencias que se derivan del principio de legalidad penal (como se verá posteriormente, *supra*, capítulo IV): la reserva de ley para la creación de delitos (artículo 6 y 7); la idea de ley como expresión democrática (artículo 6); y el principio de irretroactividad de la ley penal para su aplicación (artículo 8)⁸⁸.

El reconocimiento de la reserva de ley para la creación de delitos en esta declaración es una consecuencia de la corriente contractualista vigente en Francia y en toda Europa, pensamiento que sería -en realidad- el origen histórico del principio de legalidad penal. Sin lugar a dudas, esta Declaración es la primera consagración normativa del principio de legalidad penal⁸⁹.

El principio de legalidad, junto con gran parte del contenido incluido en la declaración, pasó a las distintas constituciones revolucionarias en Francia: de esta manera, en el art. 8º de la Constitución francesa de 1791, así como en el art. 14 de la Constitución de 1793 y en el art. 14 de la carta constitucional francesa del año III se consagró este principio⁹⁰. El primer *Code Pénal* francés, expedido en 1791, tuvo como clara influencia todo el movimiento penal de la ilustración -junto con la propia declaración-, al reconocer (entre otros muchos aportes) el principio de legalidad de los delitos⁹¹, a través de los principios de irretroactividad de la ley penal y la lucha contra el arbitrio judicial⁹². Igual influencia tuvo el Código penal francés de 1810, disposición que mantuvo el respeto por el principio de legalidad penal⁹³, aunque otorgó al juez mayor libertad frente a la imposición de penas⁹⁴.

Hasta ahora puede afirmarse que, luego de la segunda mitad del siglo XVIII, el principio de legalidad penal fue reconocido por las diferentes codificaciones que surgieron en Europa. Sin

⁸² LAINGUI A., *Il diritto penale della rivoluzione francese e dell'Imperio*, in AA. VV., *I Codici Preunitari e il Codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, CEDAM, 1999, p. 40-41.

⁸³ *Ibidem*, p. 40; ZAFFARONI E.; ALAGIA A.; SLOKAR A., *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, II ed., 2002, p. 112.

⁸⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 387.

⁸⁵ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 123.

⁸⁶ LAINGUI A., *Il diritto penale*, op. cit., p. 40.

⁸⁷ CATTANEO califica estos tres artículos de la Declaración (junto con el artículo 9) como “*particularmente significativi*”, refiriéndose a la revolución francesa y su influencia en el derecho penal. CATTANEO M., *I principi dell'illuminismo giuridico-penale*, in AA. VV., *I Codici Preunitari e il Codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, CEDAM, 1999, p. 27.

⁸⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 387; RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 12.

⁸⁹ Vid. PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 18.

⁹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 387.

⁹¹ Vid. VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 255; ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 364.

⁹² CATTANEO M., *I principi*, op. cit., p. 28-29.

⁹³ HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 169; RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 14.

⁹⁴ LAINGUI A., *Il diritto penale*, op. cit., p. 50-52.

embargo, vale la pena analizar si la misma situación se dio frente a la revolución de independencia de las colonias británica en América. Es indiscutible que, a través de vínculos directos con la *Carta Magna*, los colonos ingleses llevarían consigo las garantías contenidas en dicho documento⁹⁵. Y es por ello que la doctrina ha afirmado que la *Petition of Rights* de 1774 sería la primera disposición legislativa en desarrollar el principio de legalidad penal⁹⁶. Sin embargo, esta indicación histórica parece, sin lugar a dudas, equivocada; cuando el Primer Congreso Continental (*First Continental Congress*) se reunió en septiembre y octubre de 1774 para enviar al Rey George III una *Declaration of Rights and Grievances*, en ninguna de sus resoluciones se incluye referencia alguna al principio de legalidad, más allá de reafirmar el derecho del pueblo a ser representados por un *legislative council*, entendiendo que tal representación no se daba frente a las colonias inglesas⁹⁷. Visto lo anterior, debe buscarse en otro referente histórico un antecedente al principio de legalidad penal.

JIMÉNEZ DE ASÚA plantea como referentes históricos del principio de legalidad penal la Constitución del Estado de Filadelfia de 1774 (en realidad, se trata de la Constitución de Pennsylvania), la Constitución del Estado de Maryland 1776 y la Constitución del Estado de Virginia de 1776⁹⁸. A pesar de esta afirmación, no se da argumento alguno para soportar esta conclusión, por lo que debe verificarse el contenido de las mencionadas Constituciones estatales; incluso, tal análisis puede realizarse respecto de las trece colonias americanas que darían origen a los Estados Unidos de América. Es interesante observar cómo, antes de la promulgación de la Constitución de los Estados Unidos, las Constituciones de los Estados de Pennsylvania (1776)⁹⁹, Virginia (1776)¹⁰⁰, New Hampshire (1776)¹⁰¹ y North Carolina (1776)¹⁰² reconocieron el concepto de *rule of law* a través de la misma fórmula lingüística utilizada por la *Carta Magna*: “*by the laws of the land*”. La única excepción fue la Constitución del Estado de Maryland (1776) que optó por simplemente prohibir la ley *ex post facto* en materia penal¹⁰³. Incluso, después de redactada la constitución federal, los

⁹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 386.

⁹⁶ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 498; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 293. En el mismo sentido, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, VI ed., 2009, p. 5; VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 255; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 134.

⁹⁷ Resolution 4: That the foundation of English liberty, and of all free government, is a right in the people to participate in their legislative council: and as the English colonists are not represented, and from their local and other circumstances, cannot properly be represented in the British Parliament, they are entitled to a free and exclusive power of legislation in their several provincial legislatures, where their right of representation can alone be preserved, in all cases of taxation and internal polity, subject only to the negative of their sovereign, in such manner as has been heretofore used and accustomed. But, from the necessity of the case, and a regard to the mutual interest of both countries, we cheerfully consent to the operation of such acts of the British Parliament, as are bona fide, restrained to the regulation of our external commerce, for the purpose of securing the commercial advantages of the whole empire to the mother-country, and the commercial benefits of its respective members; excluding every idea of taxation, internal or external, for raising a revenue on the subjects in America, without their consent”. Visto en: <http://www.constitution.org/bcp/colright.htm> [20.07.2017]

⁹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 386-387; VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 255. En el mismo sentido, frente a las constituciones de Virginia y Maryland, véase, VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 293. Suma a estas dos constituciones la de Massachusetts, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 135.

⁹⁹ Cfr. THORPE F. N., *The Federal and State Constitutions. Colonial Charters, and others Organic Laws of the States, Territories, and Colonies now or heretofore forming The United States of America*, Washington D.C., Government Printing Office, Vol. V, 1909, p. 3083.

¹⁰⁰ THORPE F. N., *The Federal*, Vol. VII, op. cit., p. 3813.

¹⁰¹ THORPE F. N., *The Federal*, Vol. IV, op. cit., p. 2455.

¹⁰² THORPE F. N., *The Federal*, Vol. V, op. cit., p. 2788.

¹⁰³ THORPE F. N., *The Federal*, Vol. I, op. cit., p. 1688. Este mismo enfoque fue utilizado por el Estado de Georgia en su constitución. Vid. *Ibidem*, p. 569.

Estados de South Carolina (1778)¹⁰⁴, Massachusetts (1780)¹⁰⁵, Delaware (1792)¹⁰⁶ y Rhode Island (1842)¹⁰⁷ siguieron la misma fórmula lingüística utilizada; solamente los Estados de Connecticut (1818)¹⁰⁸ y New York (1821)¹⁰⁹ utilizaron una fórmula diferente: “*without due course/process of law*”:

CONSTITUCIONES ESTATALES	ARTÍCULO
“by the laws of the land”:	
Constitution of Pennsylvania (1776)	Art. IX. “nor can he be compelled to give evidence against himself; nor can any man be justly deprived of his liberty except <u>by the laws of the land</u> , or the judgment of his peers”.
Constitution of Virginia (1776)	Sec. 8. “that no man be deprived of his liberty, except <u>by the laws of the land</u> or the judgment of his peers”.
Constitution of New Hampshire (1776)	Art. XV. “And no subject shall be arrested, imprisoned, despoiled, or deprived of his property, immunities, or privileges, put out of the protection of the law, exiled, or deprived of his life, liberty, or estate, but <u>by the</u> judgment of his peers, or <u>the law of the land</u> ”.
Constitution of North Carolina (1776)	Art. XII. “That no freeman ought to be taken, imprisoned, or disseized of his freehold, liberties or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty, or property, but <u>by the law of the land</u> ”.
Constitution of South Carolina (1778)	Art. XLI. “That no freeman of this State be taken or imprisoned, or diseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, exiled or in any manner destroyed or deprived of his life, liberty, or property, but by the judgment of his peers, or <u>but by the law of the land</u> ”.
Constitution or Form of Government for The Commonwealth of Massachusetts (1780)	Art. XII. “And no subject shall be arrested, imprisoned, despoiled, or deprived of his property, immunities, or privileges, put out of the protection of the law, exiled, or deprived of his life, liberty, or estate, but <u>by the</u> judgment of his peers, or <u>the law of the land</u> ”.
Constitution of Delaware (1792)	Sec. 7. “(...) nor shall be deprived of life, liberty, or property, unless <u>by the</u> judgment of his peers <u>or the law of the land</u> ”.
Constitution of Rhode Island (1842)	Art. I. Sec. 10. “deprived of life, liberty, or property, unless by the judgment of his peers, or <u>but by the law of the land</u> ”.
“ex post facto law”:	

¹⁰⁴ THORPE F. N., *The Federal*, Vol. VI, op. cit., p. 3257.

¹⁰⁵ THORPE F. N., *The Federal*, Vol. III, op. cit., p. 1891.

¹⁰⁶ THORPE F. N., *The Federal*, Vol. I, op. cit., p. 569.

¹⁰⁷ THORPE F. N., *The Federal*, Vol. VI, op. cit., p. 3223.

¹⁰⁸ THORPE F. N., *The Federal*, Vol. I, op. cit., p. 538.

¹⁰⁹ THORPE F. N., *The Federal*, Vol. V, op. cit., p. 2648.

Constitution of Maryland (1776)	Art. XV. “XV. That <i>retrospective laws</i> , punishing facts committed before the existence of such laws, and by them only declared criminal, are oppressive, unjust, and incompatible with liberty; <i>wherefore no ex post facto law ought to be made</i> ”.
Constitution of Georgia (1789)	Art. IV. Sec. 5. “ <i>no ex post facto law shall be passed</i> ”.
“by due course/process of law”:	
Constitution of Connecticut (1818)	Sec. 9. “In all criminal prosecutions, the accused (...) shall not (...) deprived of life, liberty, or property, <i>but by due course of law</i> ”.
Constitution of New York (1821)	Art. VII. Sec. 7. “nor be deprived of life, liberty, or property <i>without due process of law</i> ”.

Ahora bien, ¿qué llevaría a pensar que las Constituciones de Pennsylvania, Maryland y Virginia pueden ser un antecedente histórico del principio de legalidad penal? Más allá de la redacción ya descrita y de la utilización de la fórmula “*by the law of the land*” utilizada históricamente por la *Magna charta libertatum*, no existe ninguna otra razón histórica o jurídica que permita concluir lo anterior. Es lógico decir que las constituciones estatales reconocieron el principio de legalidad penal sí -correlativamente- se entiende que la Carta Magna es un antecedente histórico de este principio. Pero, si se descarta que dicho documento político constituye un referente directo debe reconocerse que las constituciones estatales no son, tampoco, un antecedente histórico al principio. Así pues, estos documentos deben correr la misma suerte frente a la *Carta Magna*, es decir, el negar cualquier valor como antecedente histórico del principio de legalidad penal.

Ahora bien, el artículo 1, Sección 9 de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 afirma que no se aprobará ninguna ley que imponga una pena de manera automática a un ciudadano (condenar sin forma de juicio, “*bill of attainder*”) ni ninguna ley *ex post facto* (“*No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed*”) ¹¹⁰. Para ZAFFARONI, la prohibición de “*bill of attainder*” reconocería el principio de legalidad procesal, a través de la exigencia de la división de los poderes del Estado, pues se evita que el legislador promulgue leyes condenando o castigando a los ciudadanos sin el trámite de un juicio previo; la prohibición de leyes *ex post facto* es -para este autor argentino- un reconocimiento directo del principio de legalidad penal ¹¹¹, o por lo menos de una de sus consecuencias (principio de irretroactividad). Ambos elementos (leyes *ex post facto* y *bill of attainder*) constituyen restricciones positivas frente a los Estados que harían parte de la unión. De esta manera, la aceptación doctrinal de la Constitución federal de los Estados Unidos de América como un antecedente histórico del principio de legalidad penal es constante ¹¹².

Sin embargo, si partimos de la diferencia ya expuesta entre el concepto “*rule of law*” (cuyo origen histórico se remonta a la “*Magna charta libertatum*”) y el concepto de “*principio de legalidad*”

¹¹⁰ THORPE F. N., *The Federal*, Vol. I, 1909, p. 22.

¹¹¹ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 136.

¹¹² Vid. CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale. Parte generale e Parte speciale*, Padova, CEDAM, III ed., 2007, p. 48; CADOPPI A.; VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, 2004, p. 62; FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 75.

penal”, podemos concluir que los documentos que surgieron como consecuencia de la independencia de los Estados Unidos tienen poca relación histórica con aquel concepto que se desarrolló en el continente europeo. El concepto de “*rule of law*” es compatible con la idea de un derecho jurisprudencial, siendo necesario únicamente que éste sea anterior e independiente del Estado¹¹³, con lo cual es posible -e incluso legítimo- el *judge-made law* por medio del cual “*le norme penali sarebbero state frutto più dell’apporto creativo del magistrato che di una automatica ‘lettura’ della legge*”¹¹⁴.

Es indiscutible que, durante el siglo XVIII, tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido, el derecho penal aún se regía bajo los principios tradicionales del *common law*, mediante la creación de delitos mediante el *judge-made law*¹¹⁵. En Estados Unidos, por ejemplo, esta situación empieza a cambiar solamente con el Código Penal del Estado de Nueva York, aprobado en 1881, consolidándose este proceso de codificación mediante la redacción del *model penal code* realizado por la *American Law Institute* ya en 1962¹¹⁶. En el Reino Unido ya se evidenció cómo la prohibición de creación judicial de delitos sólo se estableció en 1973 mediante la decisión *Knulier Ltd. v. Director of Public Prosecutions*, de la *House of Lords*. Si calificamos como tardío este proceso histórico en Estados Unidos y en el Reino Unido, (atendiendo el momento histórico en el que este mismo proceso se surtió en Europa) es lógico deducir que ni la Constitución de los Estados Unidos de 1787 ni la *Petition of Rights* de 1774, ni las Constituciones estatales de ninguna de las trece colonias americanas son antecedentes históricos del principio de legalidad penal desde una perspectiva continental. O por lo menos, no del principio de legalidad penal cuyo contenido se precisará a lo largo de este trabajo.

Además de estos argumentos, es claro que la independencia política de las colonias americanas del Imperio Británico no significó, correlativamente, una independencia jurídica respecto del sistema del *common law* inglés; de hecho, los abogados ingleses en Estados Unidos conservaron el mismo respeto e importancia hacia el Parlamento tal como se sostenía en la metrópolis europea (frente a la lucha constante de ésta con la corona)¹¹⁷. Así pues, el sistema judicial norteamericano no cambió instantáneamente junto con su independencia política.

El reconocimiento que la Constitución de los Estados Unidos de 1787 hace, en relación con la prohibición de leyes *ex post facto* puede explicarse de dos maneras: se trata del principio de prohibición de irretroactividad connatural a todo el ordenamiento jurídico o, por el contrario, se trata del efectivo reconocimiento de uno de los componentes que conforman el principio de legalidad penal¹¹⁸. Ambas posibilidades son, pues, factibles al tratarse de los dos núcleos esenciales reconocidos al principio de irretroactividad¹¹⁹; sin embargo, es cierto (y, en este caso, más probable)

¹¹³ Cfr. MOCCIA S., *Diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 908.

¹¹⁴ Vid. CADOPPI A., *Common law*, op. cit., p. 1166.

¹¹⁵ Por ejemplo, el *System of Penal Law* (proyecto de codificación penal) compilado para el Estado de Louisiana por Edward Livingston nunca entró en vigencia. Cfr. CADOPPI A., *Common law*, op. cit., p. 1165-1167.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 1172, 1176-1177.

¹¹⁷ Vid. THORPE F. N., *A short constitutional history of the United States*, Boston, Little Brown and Company, 1921, p. 73-74, 77-79.

¹¹⁸ Con este punto de vista, CADOPPI A., *Common law*, op. cit., p. 1200.

¹¹⁹ MAGGIORE G., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, Vol. I, II ed. riveduta e ampliata, 1937, p. 140.

que el reconocimiento del principio de irretroactividad penal pueda reconocerse sin recurrir necesariamente al principio de legalidad penal.

Todo lo anterior lleva a concluir que el desarrollo histórico del principio de legalidad penal tiene su punto culminante en el movimiento codificador que se dio en Europa desde finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX, movimiento que se extendió a otros ordenamientos jurídicos a lo largo del plantea, incluido (como se verá) Colombia. El origen histórico del principio de legalidad penal debe, entonces, buscarse dentro de las causas que generaron este movimiento.

4. El iluminismo y el principio de legalidad penal:

A pesar de que algunos discuten el papel creador del iluminismo frente al principio de legalidad penal (limitándolo a un simple papel de precisión o consolidación histórica, no de creación¹²⁰), puede afirmarse que la inmensa mayoría de la doctrina reconoce en el surgimiento del iluminismo el surgimiento coetáneo de este principio.

Para entender la influencia real del iluminismo en relación con el principio de legalidad penal, debe comprobarse, primero, frente a qué realidad jurídica y cultural actuó este movimiento filosófico. El contexto histórico en el que se desarrolló el iluminismo -respecto del cual combatió- es el derecho del *ancien régime*¹²¹. Dentro de los defectos que poseía este derecho, CADOPPI ha señalado como el más importante (frente al desarrollo del principio de legalidad penal) la confusión existente entre las diversas fuentes de derecho¹²². La legalidad -como concepto jurídico- era inexistente en el *ancien régime*, y las diferentes fuentes que existían, más que dar claridad al juez para la solución del caso concreto, creaban diferentes soluciones que le permitían a éste aprovecharse de esta oscuridad para resolver de manera arbitraria, fundamentándose en la diversidad e incoherencia de las fuentes reconocidas¹²³.

La obra de CESARE BECCARIA es una denuncia pública en contra de la oscuridad que generaba el derecho romano y la *auctoritas doctorum*¹²⁴. En el prólogo “*A chi legge*” de su obra “*Dei delitti e delle pene*”, el autor milanés reconoce el carácter arbitrario de las fuentes jurídicas existentes en el *ancien régime* para administrar justicia, señalando la perplejidad de que el derecho justiniano pudiese ser llamado ley, aplicado para la solución de casos por parte de los jueces¹²⁵.

El iluminismo fue una reacción contra la arbitrariedad de la función judicial existente en el *ancien régime*¹²⁶. De ello puede concluirse que sólo en el periodo de la ilustración se concretó el contenido

¹²⁰ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 124 (quien lo califica como una simple contingencia histórica, fruto de la lucha política del momento, p. 125).

¹²¹ CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 577.

¹²² *Ibidem*, p. 577.

¹²³ *Ibidem*, p. 580.

¹²⁴ Vid. MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 95; PESSINA E., *Elementos de derecho penal*, Madrid, Hijos de Reus Editores, II. ed., 1913, p. 128-129.

¹²⁵ “*Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore, fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co' riti longobardi, ed involte in farraginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi*”. BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Della Raccolta di Cazin, nella strada dei Muratori, Parigi, 1786, p. 3.

¹²⁶ CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 580.

y la estructura que hoy conocemos del principio de legalidad penal¹²⁷. Es indiscutible, entonces, que el principio de legalidad fue el principio modular del derecho penal para la ilustración¹²⁸.

La importancia del iluminismo es clara: la forma contemporánea del derecho penal, como un derecho penal liberal, nace gracias al desarrollo y a las bases sentadas por éste¹²⁹. De esta importancia surge la necesidad de estudiar los presupuestos que estableció el iluminismo respecto del principio de legalidad penal.

Para el iluminismo, existían ciertas normas inmutables que el legislador no podía desconocer; es así como de ese orden objetivo de valores se deriva la legitimidad de una legislación penal¹³⁰. Los esfuerzos teóricos se concentraban, entonces, en el descubrimiento y explicación de tales normas inmutables a efectos de explicar cómo debía ser la naturaleza y los límites de la legislación penal.

Caracterizar a un autor dentro de este momento histórico es un análisis complejo, pero es claro - como lo reconoce ZAFFARONI- que ello debe llevarse a cabo considerando el núcleo más importante de sus ideas y conclusiones, más allá de la disparidad de los planteamientos mantenidos¹³¹. El iluminismo penal se caracterizó, principalmente, por reconocer que el individuo posee, de manera natural, un derecho de libertad que el Estado no puede desconocer; en esa medida, el derecho penal debe construirse atendiendo esa libertad a efectos de no actuar de manera arbitraria¹³². La protección de la libertad es el fundamento principal -aunque no exclusivo- del surgimiento del principio de legalidad penal¹³³.

El iluminismo, como corriente de pensamiento que fue, se desarrolló -intelectualmente- a través de las obras de diferentes autores, quienes partían a su vez de planteamientos previamente establecidos por autores anteriores. Por ello, el orden propuesto a efectos de estudiar la influencia del iluminismo frente al principio de legalidad es el siguiente. En un primer lugar, se estudiarán aquellas obras que tienen una influencia indirecta en el desarrollo y eventual surgimiento del principio de legalidad penal; es decir, aquellas obras que sientan las bases necesarias para que éste surja, pero donde sus autores no lo derivan directamente (por lo menos, no en materia penal). En segundo lugar, se estudiarán aquellas obras que pueden calificarse como una influencia directa respecto del desarrollo histórico del principio de legalidad penal en orden estrictamente cronológico.

4.1. El iluminismo como influencia indirecta del principio de legalidad penal:

El desarrollo del principio de legalidad penal no hubiera tenido lugar sin el contractualismo inglés. La sujeción a la ley por parte del Estado o de quien detenta el poder, el monopolio de éste en la creación del derecho y la división de poderes son presupuestos políticos y filosóficos que, en cierta manera, no pueden separarse del concepto mismo de legalidad penal. Muestra de ello es el planteamiento inicial que realizó T. HOBBS al vincular la noción de ley civil (en contraposición a

¹²⁷ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 70; CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 570.

¹²⁸ YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit., p. 231.

¹²⁹ ZAFFARONI E., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, T. II, 1987, p. 74, 76.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 78.

¹³¹ *Ibidem*, p. 86.

¹³² BETTIOL G., *Diritto penale*, op. cit., p. 30.

¹³³ En contra, PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 125.

la ley natural) a la existencia de un crimen¹³⁴, todo ello a partir de la concepción de un poder soberano: “*crime (...) consisting in the Committing (by Deed, or Word) of that wich the Law forbiddeth, or the Omission of what it hath commanded*”¹³⁵. De esta vinculación de conceptos entre ley civil-crimen¹³⁶ (a través de una definición estrictamente jurídica del delito y de la pena¹³⁷) se desarrolla el postulado de irretroactividad tanto de la prohibición como del castigo asignado por la ley civil¹³⁸. La lógica de esta vinculación es evidente: antes de la ley, no puede existir trasgresión de esa ley, y dado que el crimen depende de dicha trasgresión, es imposible su castigo¹³⁹.

Esta idea general e inicial se limita a una simple sujeción de un crimen a una ley positiva emanada de un poder soberano, sin importar el origen, la naturaleza jurídica o las características que tenga dicho poder.

Más allá de la sujeción del delito a una ley positiva, el principio de legalidad penal surgiría, además, como consecuencia de ciertos presupuestos establecidos previamente respecto de la ley, el poder legislativo y su relación con el Estado. LOCKE, en el tomo II de su libro “*Two treatises of government*” afirmó que el poder legislativo es el poder supremo del Estado¹⁴⁰; por ello, el requisito esencial de toda ley es el consentimiento de la totalidad de la sociedad para la expedición de dicho acto¹⁴¹. Este autor eleva el poder legislativo por encima de los demás poderes del Estado, pues éste es producto de la delegación directa que hace el pueblo, quien en últimas es el único que puede decidir qué tipo de Estado debe conformarse y cuál es el órgano competente para emitir las leyes¹⁴². La ley es aceptada por un consentimiento común con el objetivo de dirimir conflictos, razón por la que los caracteres especiales de la ley deben ser el consentimiento (del cual surge) y la autoridad para ordenar (para lo cual surge)¹⁴³.

Es claro como este último autor ubica al poder legislativo por encima de los demás poderes del Estado. Bajo los mismos presupuestos, ROSSEAU también exaltaría el poder legislativo, pero más que al propio legislador lo hace en relación con la ley. Él afirmó que la ley es fruto de la voluntad general¹⁴⁴, y es sólo gracias a dicha voluntad general por la cual ésta puede obligar a todos los

¹³⁴ HOBBS T., *Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1904, p. 210.

¹³⁵ HOBBS T., *Leviathan*, op. cit., p. 209. Es interesante ver cómo HOBBS establece la necesidad de vincular la existencia de un crimen a una ley civil (ley positiva), reconociendo por lo menos implícitamente el principio de legalidad penal como reserva de ley, pero aceptando, además,

¹³⁶ HOBBS también reconoce una vinculación ley-castigo. Vid. HOBBS T., *Leviathan*, op. cit., p. 225-226.

¹³⁷ MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 60.

¹³⁸ HOBBS T., *Leviathan*, op. cit., p. 212. “*No Law, made after the Fact done, can make it crime: because if the Fact be against the Law of Nature, the Law cannot be taken notice of, before it be made; and therefore cannot be Obligatory*”. De igual forma, HOBBS reconocería -como consecuencia de la irretroactividad de la prohibición criminal- que si el castigo es agravado después de cometido el hecho, tal aumento no puede ser infringido, pues éste ya no sería un castigo sino una “hostilidad”, un acto arbitrario (p. 225): “*If a Punishment be determined and prescribed in the Law it self, and after the crime committed, there be a greater Punishment inflicted, the excesse is not Punishment, but an act of hostility*”.

¹³⁹ “*Harme inflicted for a Fact done before there was a Law that forbad it, is not Punishment, but an act of Hostility: For before the Law, there is no transgression of the Law: But Punishment supposeth a fact judged, to have been a transgression of the Law; Therefore Harme inflicted before the Law made, is not Punishment, but an act of Hostility*” HOBBS T., *Leviathan*, op. cit., p. 226.

¹⁴⁰ LOCKE J., *Two treatises of government*, London, Whitmore and Fenn, Charing Cross, 1821, p. 302.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 302.

¹⁴² *Ibidem*, p. 311-312.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 302-303.

¹⁴⁴ ROUSSEAU, *The Social Contract & discourses*, London, J. M. Dent & Sons, 1923, p. 33.

individuos¹⁴⁵. Incluso llega a afirmar que un Estado sólo puede llamarse república cuando es gobernado por las leyes¹⁴⁶, es decir, gobernado por la voluntad general. Para ROUSSEAU la ley es algo más que un simple acto expedido por el legislador, pues parece ser que en el fondo lo importante para él es el objetivo que cumple la ley: por ser producto de la voluntad general, la democracia es el modo en el que la voluntad de los individuos puede converger con la voluntad general¹⁴⁷. En ese sentido, democracia (como manifestación de la voluntad general pero también de la voluntad individual de cada individuo) y ley son conceptos que se vinculan de manera estrecha.

Los aportes del iluminismo inglés, frente al principio de legalidad penal, también se concretarían en otros puntos relevantes. HOBBS reconoce que, para hacer una ley clara e inequívoca, es necesario utilizar la menor cantidad de palabras posibles en ella, pues precisamente estos signos lingüísticos generan una ambigüedad mayor en la medida en que sean más numerosas¹⁴⁸. De esta manera se ven los aportes iniciales que se concretarían, luego, en el principio de determinación estricta.

Es evidente que se trata de una evolución progresiva. A partir de los planteamientos de HOBBS, frente a la separación de poderes y el vínculo de la ley civil con la existencia de un crimen, LOCKE partiría por afirmar la supremacía del poder legislativo en cuanto poder delegado directamente por el pueblo, con lo cual ROUSSEAU confirmaría, finalmente, la importancia de la ley como producto de la voluntad general, es decir, la ley como producto democrático. Sobre las bases de la sujeción del delito a la ley positiva, la exaltación del poder legislativo por encima de los otros poderes del Estado y la concepción de la ley como producto de la voluntad general, se edificaría el presupuesto de legalidad penal al interior del iluminismo.

4.2. El iluminismo como influencia directa del principio de legalidad penal:

Dentro de las influencias directas del iluminismo, frente al principio de legalidad penal, se estudiarán los siguientes autores: en Inglaterra, J. BENTHAM; en Francia, MONTESQUIEU y J. P. MARAT; en Italia, C. BECCARIA, G. FILANGIERI, G. D. ROMAGNOSI, G. CARMIGNANI, M. P. ROSSI, y F. CARRARA; y, en Alemania, A. V. FEUERBACH.

4.2.1. Inglaterra.

Parece contradictorio citar, como influencia directa del principio de legalidad penal en el iluminismo, a un autor inglés como BENTHAM, teniendo en cuenta el derecho penal en Inglaterra y la poca importancia que su obra tuvo en su propio país¹⁴⁹. Sin embargo, es precisamente su importancia en los países de la Europa continental la que permite afirmar la gran importancia de la obra de este autor inglés para el principio de legalidad penal. BENTHAM -voz realmente aislada en Inglaterra¹⁵⁰- es uno de los más fervientes teóricos que sostuvieron la importancia de la codificación legal.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 37.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 37.

¹⁴⁷ "He, therefore, who draws up the laws has, or should have, no right of legislation, and the people cannot, even if it wishes, deprive itself of this incommunicable right, because, according to the fundamental compact, only the general will can bind the individuals, and there can be no assurance that a particular will is in conformity with the general will, until it has been put to the free vote of the people." ROUSSEAU, *The Social*, op. cit., p. 37.

¹⁴⁸ HOBBS T., *Leviathan*, op. cit., p. 252-253.

¹⁴⁹ Cfr. CATTANEO M., *I principii*, op. cit. p. 24.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 24.

BENTHAM construye la idea de ley a partir del concepto de utilidad¹⁵¹; al ser la felicidad pública el objeto que debe tener en cuenta el legislador, la utilidad se convierte en el principio necesario para el razonamiento lógico de las leyes¹⁵². BENTHAM define la ley como la voluntad o la decisión común de los hombres que se encuentra revestida por un signo exterior¹⁵³. Así, sólo por la voluntad común de los hombres un acto puede calificarse como “delito” cuando es declarado por una ley¹⁵⁴; ley penal y delito son, para él, conceptos vinculados necesariamente, pues sólo expidiendo leyes penales pueden crearse delitos¹⁵⁵. Puede verse ya como BENTHAM empieza a delimitar lo que sería reconocido como el principio de reserva de ley en materia penal al vincular la ley expedida por el legislador con el concepto de delito¹⁵⁶. Lo anterior adquiere aún mayor claridad cuando se observa la crítica constante que este autor inglés realiza sobre el *judge made-law*, afirmando que tal tipo de derecho es, por necesidad lógica, siempre retroactivo *ex post facto*¹⁵⁷.

Además de vincular estos dos conceptos (ley penal-delito), BENTHAM desarrolló también algunas características que debe tener toda ley (incluida, por supuesto, la penal). Dentro de lo que llama “dotes de las leyes”, BENTHAM establece la necesidad de que la ley sea clara, expresando con exactitud la voluntad del legislador; la ausencia de dicha claridad constituye, para él, un defecto que corrompe el estilo de la ley¹⁵⁸. La *claridad* -junto con la *brevedad*- son para BENTHAM las dos dotes esenciales de cualquier ley¹⁵⁹. La claridad se afecta por el carácter ininteligible de las palabras usadas en la ley, por ser incompletas o diferentes atendiendo aquello que quería expresar el legislador, y cuando posee proposiciones extrañas¹⁶⁰.

4.2.2. Francia.

Hablar del iluminismo francés del siglo XVIII es hablar, casi instintivamente, de MONTESQUIEU. En su obra más importante, “*De l'esprit des lois*”, MONTESQUIEU establecería uno de los trasfondos políticos (y filosóficos) más importantes frente al principio de legalidad penal: la democracia. La obra de este autor francés se caracteriza por ser una “*una complessa e articolata teoria delle forme di governo che divenne un punto di riferimento centrale e costante nel dibattito filosofico dell'illuminismo*”¹⁶¹. A partir de este momento las ideas de democracia como poder soberano, ley, garantía del ciudadano, seguridad y derecho penal se encontrarían vinculadas de manera más clara.

¹⁵¹ BENTHAM J., *Compendio de los tratados de legislación civil y penal*, Madrid, Librería de la Viuda de Calleja e Hijos, T. I, 1839, p. 1-3; BENTHAM J., *Theory of legislation*, London, Trübner & Co., 1864, p. 1-4.

¹⁵² BENTHAM J., *Compendio*, T. I, op. cit., p. 1.

¹⁵³ BENTHAM J., *Compendio de los tratados de legislación civil y penal*, Madrid, Librería de la Viuda de Calleja e Hijos, T. III, 1839, p. 7.

¹⁵⁴ BENTHAM J., *Compendio*, T. III, op. cit., p. 7, 8-9.

¹⁵⁵ Vid. BENTHAM J., *Compendio*, T. III, op. cit., p. 12.

¹⁵⁶ Aunque, por supuesto, si verificamos la fecha en la que fue publicada su obra, podremos comprobar que los desarrollos de este autor son, en realidad, posteriores a aquellos realizados por MONTESQUIEU y MARAT, en Francia, y por BECCARIA, FILANGIERI, ROMAGNOSI y ROSSI en Italia.

¹⁵⁷ BENTHAM J., *Truth versus Ashhurst; or Law as it is, contrasted with what it is said to be*, in BENTHAM J., *The works of Jeremy Bentham*, a cura di J. Bowring, Edinburgh, Simpkin, Marshall & Co., Vol. V, 1843, p. 235-236. Con tal conclusión, véase, CATTANEO M., *I principi*, op. cit., p. 24.

¹⁵⁸ BENTHAM J., *Principios de legislación y de codificación*, T. I, op. cit., p. 193.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 193.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 194.

¹⁶¹ IPPOLITO D., *La dimensione politica della questione penale: l'eredità di Montesquieu*, in AA. VV., *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di D. IPPOLITO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 55.

MONTESQUIEU parte de una concepción *iusnaturalista* del ordenamiento jurídico; a diferencia de autores como BECCARIA, LOCKE o ROSSEAU que encuentran en el contrato social el origen del derecho de castigar, MONTESQUIEU lo hace desde el derecho natural cuya fuente principal es Dios¹⁶². El punto central de toda la discusión en la obra de este autor francés se encuentra en la división de las diferentes formas de gobierno: democracia, monarquía y despotismo (Libro III)¹⁶³. En la democracia el poder soberano reside en el pueblo, pues gracias a la ley fundamental de esta forma de gobierno es el pueblo y sólo éste quien puede hacer las leyes (directamente o por medio de representantes)¹⁶⁴.

En el Libro XI de su obra (de las leyes que establecen la libertad política con relación a la constitución), MONTESQUIEU desarrolla la idea de división de poderes como una medida para evitar el abuso natural de la autoridad¹⁶⁵. A partir de esta división (y de sus consecuencias) este autor desarrollaría tres presupuestos que, históricamente, se encuentran vinculados con el principio de legalidad penal: el legislador como único poder autorizado para expedir leyes, la prohibición de analogía como prohibición de interpretación y la exigencia de claridad al definir delitos como presupuesto del principio de determinación estricta.

La división del poder tiene como función proteger a la sociedad frente de ese mismo poder. Por ello, ningún órgano puede ejercer las funciones de dos poderes pues ello llevaría -por inclinación natural- al despotismo. Así, MONTESQUIEU afirma que si un juez (cuya función es impartir justicia en el caso concreto) legislara, sus decisiones sólo podrían calificarse como arbitrarias¹⁶⁶. Con esta división férrea de las actividades de legislar (como acto de creación de la ley) y las actividades de juzgar (como acto de aplicación de esa misma ley) se sentarían las bases políticas de la reserva de ley como consecuencia del principio de legalidad penal. La *riserva di legislazione* es una consecuencia directa del planteamiento de MONTESQUIEU, diseñada como una garantía del ciudadano contra el arbitrio del juez¹⁶⁷.

Frente a la prohibición de analogía, MONTESQUIEU parte de la concepción del juez como mera boca de la ley¹⁶⁸. Con dicha expresión, este autor quiere resaltar la tarea (reducida, como un “poder nulo”¹⁶⁹) que éste tiene de aplicar la ley creada por el poder legislativo. En esa medida se refleja la idea de que éste no puede crear derecho¹⁷⁰, pues los jueces tienen el deber de ajustarse a la letra de la ley¹⁷¹. De esta manera, MONTESQUIEU establece una sujeción completa del juez al texto preciso y literal, negando cualquier posibilidad de que éste (como aplicador de la norma al caso concreto) pueda hacer valoración alguna, es decir, interpretar.

Este autor francés también desarrollaría algunas ideas en relación con el principio de determinación estricta. En el Libro XII de “*De l'esprit des lois*” (de las leyes que constituyen la libertad política

¹⁶² IPPOLITO D., *La dimensione*, op. cit., p. 37; 41-42.

¹⁶³ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, T. I, 1906, p. 36-49.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 21; 27.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 227; YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit., p. 240.

¹⁶⁶ MONTESQUIEU, *El espíritu*, op. cit., p. 230.

¹⁶⁷ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 10.

¹⁶⁸ MONTESQUIEU, *El espíritu*, op. cit., p. 237.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 253.

¹⁷⁰ YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit., p. 241.

¹⁷¹ MONTESQUIEU, *El espíritu*, op. cit., p. 116.

con relación al ciudadano), MONTESQUIEU aclara que en una sociedad la libertad se encuentra dentro de los límites de la ley, pues ésta otorga una seguridad a partir de la previsibilidad de los comportamientos de los demás¹⁷². La libertad política de los ciudadanos se concreta en la seguridad que la ley -como acto emanado del poder legislativo- garantiza; por ello, la libertad política de los ciudadanos depende de la bondad de las leyes criminales¹⁷³. Al analizar los diferentes delitos de lesa majestad reconocidos en diversos Estados, MONTESQUIEU reclama que los delitos no deben ser redactados de manera vaga, precisando el comportamiento que se pretende prohibir¹⁷⁴. Con ello, se estaría exigiendo -por lo menos, de manera implícita- claridad y precisión en la definición de los delitos, a través de una “*univocità semántica*” al momento de redactar la ley¹⁷⁵. La precisión deseada en la ley se concreta, para este autor francés, en leyes que sean concisas, escritas de modo preciso, y cuyo estilo sea sencillo, todo ello en la búsqueda de que las palabras de la ley generen en el hombre las mismas ideas (como si se tratase de una idéntica y única interpretación de dichas palabras)¹⁷⁶.

Con MONTESQUIEU, la libertad política como garantía de los ciudadanos depende de dos límites: del límite que la propia ley debe establecer al momento de definir los delitos (lo cual se cumple con leyes claras y precisas), y del límite que la división de poderes asigna al juez como órgano judicial dentro del Estado. De allí partiría BECCARIA para construir su idea de legalidad penal¹⁷⁷.

La importancia de MONTESQUIEU, frente al principio de legalidad, es indiscutible. VASSALLI, por ejemplo, atribuye a su obra el nacimiento del principio de legalidad penal¹⁷⁸. Esta conclusión no es errónea, pues muchos de los elementos que rodean y enmarcan este concepto (democracia, división de poderes, reserva de ley, sujeción del juez a la ley, libertad política a través de la ley, etc.) surgen directamente de la obra de este autor francés.

Otro autor representante del iluminismo en Francia fue J. P. MARAT. Este autor puede calificarse como el “más revolucionario” dentro de todos los autores del iluminismo (más, incluso, que BECCARIA)¹⁷⁹. A pesar de que es más conocido por sus actividades políticas y periodísticas (con su trágica muerte) durante la revolución francesa, MARAT planteó algunas ideas frente al derecho penal en su obra “*Plan de législation criminelle*”. Este autor parte, como revolucionario, de la concepción natural del Estado y de quien ostenta el poder como un ser tiránico¹⁸⁰; a partir de este punto de partida, define el delito como la violación de las leyes¹⁸¹, vinculando (como ya lo habría hecho BENTHAM) la idea de delito con la existencia de una ley previa.

¹⁷² YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit., p. 240.

¹⁷³ MONTESQUIEU, *El espíritu*, op. cit., p. 271.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 281-285.

¹⁷⁵ IPPOLITO D., *La dimensione*, op. cit., p. 58.

¹⁷⁶ MONTESQUIEU, *El espíritu*, p. 368-370.

¹⁷⁷ La influencia de MONTESQUIEU en la obra de C. BECCARIA es indiscutible, DELITALIA G., *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria*, Torino, Accademia delle Scienze, 1966, p. 122-123; IPPOLITO D., *La dimensione*, op. cit., p. 34.

¹⁷⁸ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 498; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 293.

¹⁷⁹ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. II, op. cit., p. 93.

¹⁸⁰ MARAT J. P., *Principios de legislación penal*, Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1891, p. 8-9. Véase, JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 37.

¹⁸¹ MARAT J. P., *Principios*, op. cit., p. 10.

Sin embargo, MARAT hace una precisión que resulta interesante pues afirma que sólo aquellos reglamentos que han sido establecidos con la participación de todos los miembros del Estado pueden llamarse leyes; el acto que no sea producto de dicha participación común y general de los ciudadanos no es más que un decreto de un tirano¹⁸². Con ello, no sólo vincula la existencia del delito a la ley, sino que le asigna a ésta un carácter estrictamente democrático, con lo cual inicia la idea de legalidad penal como garantía no sólo individual sino también democrática.

Además de todo lo anterior, este autor exige que esas leyes (fruto del acuerdo común de los ciudadanos) sean conformes con aquellas leyes de la naturaleza para que puedan considerarse justas, además de que deben propugnar por el bien común¹⁸³.

MARAT hace una crítica directa a la realidad y estructura del derecho penal de la época, pues califica como “ridículo” y “repugnante” la forma en que los magistrados, usando la costumbre y la “interpretación oscura” de la doctrina, reconocen la existencia de un delito¹⁸⁴. De esta forma, MARAT establece la idea de sujeción a la ley (a las leyes penales del Estado) como un límite al arbitrio de los magistrados y a su caprichosa interpretación de qué es un delito. Por ello, en conjunción con esta idea, la ley debe ser además sencilla, clara, cierta y justa en la formulación de los delitos y de las penas¹⁸⁵. La función preventiva -que MARAT asigna a la ley penal- sólo puede cumplirse a través de estas exigencias, pues no podría de otra manera protegerse la libertad de los ciudadanos sino a través del conocimiento de las leyes por parte de ellos¹⁸⁶. De allí se vincula, también, la idea de la publicación como garantía de los ciudadanos.

4.2.3. Italia.

El camino recorrido por autores franceses como HUME, DIDEROT y ELVEZIO (algunos de ellos iluministas, como el propio MONTESQUIEU) constituye la base de la cual emanó la obra de BECCARIA¹⁸⁷ y -con ella- el inicio del iluminismo penal italiano¹⁸⁸. El padre del derecho penal liberal -y, del principio de legalidad penal- es CESARE BECCARIA. PADOVANI lo caracteriza como “*il piú classico dei classici*”¹⁸⁹, y con razón: “*è la fama stabile e universale che qualifica il classico*”¹⁹⁰, motivo de peso para otorgarle a este autor la connotación del más clásico de los autores clásicos del derecho penal.

¹⁸² “¿Qué es delito? La violación de las leyes: ¿pero son sagradas en ningún Gobierno de la tierra y se pueden mirar como tales, reglamentos en los cuales no han tenido parte todos los miembros del Estado? ¿Semejantes leyes ó reglamentos, no son otra cosa que decretos de un tirano!”. *Ibidem*, p. 10-11.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 11.

¹⁸⁴ “En las instituciones de algunos pueblos bárbaros, en ordenanzas arbitrarias, en costumbres ridículas, en tradiciones añejas, es donde los ministros ponen la regla de lo justo y de lo injusto. Es un espectáculo, á la vez que ridículo repugnante, ver á graves magistrados hojear enormes volúmenes y flotar de autoridad en autoridad para saber qué pensar de un crimen, y decidir después de la libertad, del honor y de la vida de los hombres, bajo la fé de algún oscuro legista ó de algún ignorante comentador y a partir de un juicio inocuo para pronunciar otro más inicuo todavía”. *Ibidem*, p. 27-28.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 28.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 28-29.

¹⁸⁷ SPIRITO U., *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Firenze, G. C. Sansoni Editore, III ed., 1974, p. 42-43.

¹⁸⁸ PESSINA afirma que la obra de BECCARIA anunciaría la llegada de una revolución en el derecho penal. PESSINA E., *Elementos*, op. cit., p. 129.

¹⁸⁹ PADOVANI T., *Cesare Beccaria come classico del pensiero penalistico*, in *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione. La lezione di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè Editore, 2015, p. 40.

¹⁹⁰ *Ibidem*, op. cit., p. 40.

Él -de la mano de los comentarios que VOLTAIRE haría de su obra “*Dei delitti e delle pene*”- sería la piedra angular (“*i pilastri della visione iluministica*”¹⁹¹) de todo el proceso de reforma penal a través del movimiento codificador que, en materia penal, se dio durante todo el siglo XIX¹⁹², como consecuencia de la sensación de omnipotencia frente al legislador que emana la obra de BECCARIA¹⁹³. Por ello, se dice que su importancia es, más que filosófica o teórica, política¹⁹⁴; en su obra se delinear principios, se sugieren reglas razonables de legislación penal, se establecen límites al poder punitivo del Estado, razones que permiten concluir que su obra estaba destinada preferentemente al legislador¹⁹⁵. Pero la obra de BECCARIA no se limita a ser una simple influencia en el proceso codificador pues constituye, además, una obra jurídica fundamental para la comprensión cabal de todos los pensadores penalistas posteriores a él¹⁹⁶.

El principio de legalidad penal nace en la obra de BECCARIA, y de su medio cultural y filosófico¹⁹⁷: “*Dei delitti e delle pene*” constituye “*il primo organico manifesto*” de dicho principio¹⁹⁸. BECCARIA parte de la teoría contractualista, en su vertiente revolucionaria¹⁹⁹, así como de la concepción utilitarista del derecho²⁰⁰, a través de las cuales edifica la primera construcción realmente sistemática en el derecho penal²⁰¹ a través de una idea principal: la fuente del derecho de castigar proviene del contrato social, por lo que éste es el fundamento -político²⁰²- de la coerción penal²⁰³; de tal forma, el carácter universal que posee el contrato social (en la obra de este autor) es la mayor salvaguarda a la libertad y a los derechos individuales²⁰⁴. La libertad del hombre es la garantía principal para BECCARIA.

En la obra de este autor milanés, la tranquilidad y seguridad -medios efectivos para mantener la libertad en el contrato social- se consiguen por medio de las leyes²⁰⁵. La ley es, entonces, la condición necesaria para la convivencia de los hombres en sociedad, resultado de la suma de todas

¹⁹¹ ZAGREBELSKY V., *Cesare Beccaria e la natura della legge*, in *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione. La lezione di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè Editore, 2015, p. 52.

¹⁹² La codificación responde a una finalidad de garantizar el monopolio de las fuentes de derecho en el legislador como poder soberano, con lo cual es entendible la influencia de la obra de BECCARIA en el posterior movimiento codificador en toda Europa. Cfr. *Ibidem*, p. 54-55.

¹⁹³ *Ibidem*, op. cit., p. 52; DELITALIA G., *Cesare Beccaria ...*, op. cit., p. 122.

¹⁹⁴ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. II, op. cit., p. 88. PADOVANI, al contrario, lo califica como un filósofo y reformador del derecho penal. PADOVANI T., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 40.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 41.

¹⁹⁶ SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 41, 56-57. FLORIAN, por ejemplo, diría que gracias a la obra de BECCARIA el derecho penal se eleva a la dignidad de ciencia jurídica. Cfr. FLORIAN E., *Trattato di diritto penale*, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, IV ed. rinnovata, 1930, p. 51.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 570.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 570

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 52; PADOVANI T., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 41; ZAFFARONI E., *Tratado...*, T. II, op. cit., p. 89.

²⁰⁰ Vid. TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 97. A través de este concepto, BECCARIA vincularía en su obra dos ideas centrales: la separación de poderes; y la supremacía de la ley, como expresión de la voluntad general (p. 97).

²⁰¹ SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 41.

²⁰² Cfr. VELÁSQUEZ F., *Beccaria y los límites al derecho de castigar*, in AA. VV., *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, a cura di F. VELÁSQUEZ; R. VARGAS; J. D. JARAMILLO, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p. 341-342.

²⁰³ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, op. cit., p. 6-7. En el mismo sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 34; SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 51; ZAFFARONI E., *Tratado*, T. II, op. cit., p. 91.

²⁰⁴ SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 53.

²⁰⁵ CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 571.

las porciones de libertades sacrificadas por cada uno de sus integrantes²⁰⁶. A través de este punto de partida, BECCARIA deduciría las siguientes consecuencias:

Como primera consecuencia (“*nocciolo duro*” del principio de legalidad para este autor²⁰⁷), reconoce la necesidad de que sólo la ley puede decretar las penas de los delitos, y que tal potestad debe residir de manera exclusiva en el poder legislativo del Estado²⁰⁸:

*“La prima conseguenza di questi principi, è che le sole leggi possano decretare le pene sù i delitti; e questa autorità non può residere che presso il legislatore, che raprassanta tutta la società unita per un contratto sociale. Nessun magistrato, che è parte di società, può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro de la società medesima”*²⁰⁹.

A través de este pequeño texto, BECCARIA establecería -por primera vez, de manera tan clara- varios corolarios. En primer lugar, reconocería la reserva de ley en materia penal al afirmar que sólo ésta puede crear las penas de los delitos²¹⁰; y es que cuando niega la posibilidad de que los magistrados puedan decretar penas a los miembros de la misma sociedad (limita el poder creador del delito) está reconociendo que sólo la ley -como producto del soberano, “*cioè il depositario delle attuali volontà di tutti*”²¹¹- puede imponer penas necesarias. El elemento característico de la obra de BECCARIA es, acorde con DELITALIA, el carácter absoluto de la exigencia de legalidad penal²¹².

De esta manera, la ley penal se convierte en un producto -libremente establecido- de la voluntad humana general, representada por el contrato social²¹³. En la obra de BECCARIA la idea de legalidad penal se vincula con la base filosófica que la inspira, deduciendo de ello una base democrática (o, por lo menos, de representación de la voluntad general) frente a la ley y la definición del delito. En “*Dei delitti e delle pene*” el origen del principio de legalidad penal obedece a un fundamento de representación social.

En segundo lugar, deriva de dicha reserva de ley una garantía pues reconoce que la ley es el único medio jurídico legítimo para crear delitos pues, precisamente, es producto del legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social²¹⁴. Con esta precisión, BECCARIA vincularía la necesidad de limitar la creación del derecho penal con la misma fuente de la que proviene dicho poder: si el poder punitivo proviene del contrato social, sólo éste (o quien lo represente) tendrá la potestad de crearlo, regularlo y limitarlo.

²⁰⁶ BECCARIA C., *Dei delitti*, op. cit., p. 7-8.

²⁰⁷ CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 572.

²⁰⁸ Vid. VELÁSQUEZ F., *Beccaria*, op. cit., 2016, p. 344.

²⁰⁹ BECCARIA C., *Dei delitti*, op. cit., p. 10.

²¹⁰ FERRAJOLI L., *La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria*, in AA. VV., *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, a cura di F. VELÁSQUEZ; R. VARGAS; J. D. JARAMILLO, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p. 22; PADOVANI T., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 41.

²¹¹ BECCARIA C., *Dei delitti*, op. cit., p. 13; DELITALIA G., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 123; SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 53.

²¹² DELITALIA G., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 122.

²¹³ SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 56.

²¹⁴ BECCARIA C., *Dei delitti*, op. cit., p. 8, 13.

Como segunda consecuencia, acoge una posición restrictiva, drástica²¹⁵ (incluso, calificada como ingenua²¹⁶ o absurda²¹⁷) frente a la tarea del juez al momento de aplicar la ley penal, idea de la cual se derivaría la prohibición de la analogía en materia penal²¹⁸. BECCARIA reconoce la necesidad de que sea el juez quien dirima los conflictos en la sociedad (como un tercero imparcial que medie entre el soberano y los integrantes de ésta)²¹⁹, pero niega que ellos tengan el poder de interpretar la ley²²⁰. Entiende que sólo el legislador tiene ese poder, como representante de toda la sociedad, y que el juez debe limitarse a realizar un silogismo perfecto entre la ley expedida por el legislador (como premisa mayor) y la conducta realizada por el acusado (premis menor)²²¹. Cualquier intento por interpretar la ley conlleva su propia corrupción, al alejarse de su contenido real²²². De esta manera, el autor italiano sigue la misma concepción extrema concebida por MONTESQUIEU frente a la actuación automática del juez²²³. Aunque, como veremos, esta posición “extrema” del iluminismo frente a la imposibilidad de interpretación judicial ha sido -históricamente- malinterpretada; el real significado que le asignó BECCARIA a la prohibición de interpretar es bien distinta a aquella que se le quiere reprochar hoy día²²⁴.

Como contramedida a la imposibilidad del juez de interpretar, BECCARIA exigiría -como tercera consecuencia- que la ley penal fuese clara; de esta forma, la claridad de la ley penal evita la arbitrariedad del juez en el proceso penal²²⁵. En el apartado 5 denominado “*oscurità delle leggi*”, él reconoce que tanto la interpretación como la oscuridad de la ley son males que deben evitarse a cualquier lugar²²⁶. BECCARIA señala dos soluciones al problema de la oscuridad de la ley: utilizar un lenguaje claro²²⁷ y exigir que la ley penal sea escrita (“*senza la scrittura una società non prenderà mai una forma fissa di governo, in cui la forza sia un effetto del tutto, e non delle parti, e in cui le leggi inalterabili (se non dalla volontà generale) non si corrompano passando per la folla degl’interessi privati*”²²⁸). Finalmente, BECCARIA condiciona la prevención positiva general de los delitos a la claridad de la ley penal²²⁹.

Así, BECCARIA desarrolló a lo largo de su obra “*Dei delitti e delle pene*” tres consecuencias del principio de legalidad penal: la reserva de ley, la prohibición de analogía (entendida como prohibición completa de interpretar), y la exigencia de determinación estricta, por lo menos en una

²¹⁵ PADOVANI T., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 42.

²¹⁶ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 383; ZAGREBELSKY V., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 53.

²¹⁷ SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 52.

²¹⁸ DELITALIA G., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 124.

²¹⁹ BECCARIA reconoce esa necesidad a través de una ficción: si el soberano (quien tiene el poder de crear leyes), también juzgara a sus súbditos, la sociedad se dividiría en dos partes, una representada por el soberano y la otra, en el acusado. BECCARIA C., *Dei delitti*, op. cit., p. 10-11. En el mismo sentido, DELITALIA G., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 124-125.

²²⁰ BECCARIA C., *Dei delitti*, op. cit., p. 12; SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 51-52.

²²¹ BECCARIA C., *Dei delitti*, op. cit., p. 12-13.

²²² ZAGREBELSKY V., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 53.

²²³ CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 573.

²²⁴ Véase, TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 100.

²²⁵ Vid. FERRAJOLI L., *La actualidad*, op. cit., p. 23.

²²⁶ BECCARIA C., *Dei delitti*, op. cit., p. 17. “*Se l’interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l’oscurità, che trae seco necessariamente l’interpretazione*”.

²²⁷ Esta solución es implícita, en cuanto BECCARIA reconoce que el mal de la oscuridad en las leyes se presenta si éstas están escritas en un lenguaje extraño para los integrantes de la sociedad. *Ibidem*, p. 17.

²²⁸ *Ibidem*, p. 18. Esta exigencia concretaría, en último término, una forma de garantizar la determinación del comportamiento prohibido, CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 574.

²²⁹ BECCARIA C., *Dei delitti*, op. cit., p. 17.

versión embrionaria²³⁰. Así mismo, dedujo algunos de los significados principales del principio de legalidad como lo son su significado democrático y garantista.

Es claro como la idea central en la obra de BECCARIA es la certeza del derecho, entendida ésta como la posibilidad de previsión (*previsibilidad*) del ciudadano frente a los comportamientos prohibidos por la sociedad²³¹. De tal idea de certeza se desprenden, como consecuencias lógicas, la prohibición de interpretación por parte del juez y la igualdad de todos los ciudadanos garantizada por medio de la ley, a través de su carácter general y abstracto²³².

La importancia de BECCARIA traspasa los límites del tiempo; él escribía proyectado hacia un futuro que no conocía, pero que podemos reconocer como nuestro²³³. La obra de este autor es esencial a efectos de poder comprender históricamente el derecho penal²³⁴. Y esa importancia es clara, entre muchos otros elementos, en relación con el principio de legalidad penal y su posterior desarrollo histórico. Si este autor italiano -acorde con FERRAJOLI- ha inaugurado el modelo de poder limitado a través de un pensamiento político constituyente²³⁵, puede decirse sin temor a dudas que también inauguró el principio de legalidad penal como expresión de esa limitación del poder punitivo propio de un pensamiento político constituyente.

El responsable de adecuar a un sistema los principios generales reconocidos por BECCARIA, iniciando así el proceso de codificación del derecho penal a través de un estudio completo y orgánico de sus ideas fue G. FILANGIERI²³⁶, quien en su obra "*La scienza della legislazione*" (texto escrito como un compendio del pensamiento iluminista²³⁷), también contribuyó al perfeccionamiento histórico del principio de legalidad penal. A través de un punto de partida similar al de BECCARIA, FILANGIERI afirmaría que las leyes son expresión de un "pacto social"²³⁸; por ello, en el Libro III, Parte II ("*De' delitti e delle pene*"), Capítulo XXV, establecería como principio general de la legislación criminal (Principio 12) que sólo las acciones pueden ser castigadas cuando éstas hayan sido prohibidas por la ley penal²³⁹.

²³⁰ Cfr. CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 574; TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 106.

²³¹ TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 98.

²³² *Ibidem*, p. 98.

²³³ PADOVANI T., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 41. Con una interpretación contraria: "*La confessata, immediata derivazione dal pensiero francese, e la indeterminatezza dei confini del pensiero del Beccaria nei rapporti con quello dei fratelli Verri, dimostrano la scarsa individualità e personalità della opera di Beccaria e contribuiscono a determinarne l'importanza storica, che è soprattutto quella, già accennata, di logico corollario della teoria del contratto sociale nel campo del diritto penale*" SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 48-49.

²³⁴ SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 56.

²³⁵ Vid. FERRAJOLI L., *La actualidad*, op. cit., p. 16.

²³⁶ SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 59.

²³⁷ BERTI F., *Diritto penale e diritto dell'uomo: il garantismo di Gaetano Filangieri*, in AA. VV., *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di D. IPPOLITO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 115.

²³⁸ FILANGIERI G., *La scienza della legislazione. Libro III, Parte II*, Milano, Dalla Società Tipografica dei classici italiani, T. III-C, 1822, p. 3 (Libro III, Parte II, Cap. XXV). Pero, a diferencia de otros autores, este autor italiano se basa no sólo en teorías contractualistas sino, además, en la concepción de un derecho natural. Así, el Estado no crea un derecho nuevo, sólo transforma el ya existente (derecho natural) en un derecho más seguro. BERTI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 135-136. En el mismo sentido, SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 59-60.

²³⁹ FILANGIERI G., *La scienza*, T. III-C, op. cit., p. 6 (Libro III, Parte II, Cap. XXV): "*finchè la volontà di delinquere non si manifesta, non potrà mai esser punibile, e se si manifesta, non dev'essere punibile, se non quando si manifesta coll'azione dalla legge istessa vietata*". Al violar la ley positiva, quien comete un delito está violando, además, el pacto social del que surge dicha ley positiva. BERTI F., *Diritto penale...*, op. cit., p. 139.

La conservación de la tranquilidad es el fundamento de la legislación para FILANGIERI²⁴⁰. Pero dicha tranquilidad tiene una connotación particular: para este autor, tranquilidad es la confianza que tienen los ciudadanos de no ser perseguido, injustamente, ni por el gobierno o por los jueces, ni por los demás ciudadanos²⁴¹ (tranquilidad como libertad civil²⁴², en el mismo sentido que MONTESQUIEU). De esta manera, el fundamento de la legislación -traducido en el concepto de tranquilidad- no será otro que evitar o limitar la arbitrariedad del Estado. Con ello, la exigencia de que sólo sean castigados aquellos comportamientos definidos por la ley penal se interpreta como un límite a tal arbitrariedad.

Esta última idea es clara en la obra de FILANGIERI. En el Libro III, Parte I, Capítulo X (“*Piano della nuova ripartizione da farsi delle giudiziarie funzioni per gli affari criminali*”), en el art. XII, este autor italiano aclararía que, cuando la ley no prohíbe un determinado comportamiento, dicha omisión hace necesario que el juez resuelva el caso a favor del acusado; establece de manera clara que, entre el mal que se genera por la impunidad del hecho cometido (que, en todo caso puede subsanarse con una nueva ley) y el mal que produce una absurda y perniciosa extensión del poder judicial (“*assurda e perniciosa estensione del giudiziario potere*”), el primer mal debe preferirse, pues el juez debe mantenerse como fiel custodio de la ley²⁴³. La autoridad del juez para imponer una pena es dada por la ley, por lo que él no puede atribuirse a sí mismo ninguna facultad diferente a la que ella misma (la ley penal) le da²⁴⁴.

Además de la incorporación de una noción básica de reserva de ley como la ya comentada, FILANGIERI también desarrolla algunas nociones en relación con la exigencia de determinación de la ley penal. En el Libro III, Parte I (“*Della Procedura*”), Capítulo XIX, cuando analiza el papel del juez en el derecho, este autor asevera que toda ley penal debe caracterizarse por ser exacta y extensa²⁴⁵. La ley debe ser exacta para separar los objetos (es decir, los comportamientos prohibidos de aquellos que no lo son); debe, además, ser extensa para expresar todos los pormenores del comportamiento prohibido²⁴⁶.

Con estas dos exigencias de claridad y extensión, FILANGIERI parece limitar la interpretación del juez pues, de otra manera, esta actividad sería arbitraria²⁴⁷; por ello, establece como principio general de la legislación criminal (Principio 20) que la ley penal deba descender a los pormenores o detalles al momento de describir la conducta prohibida, entendiéndose que es diferente describir un comportamiento humano a determinar un derecho²⁴⁸. No hacer dicha descripción detallada del

²⁴⁰ FILANGIERI G., *La scienza della legislazione. Libro III, Parte I*, Milano, Dalla Società Tipografica dei classici italiani, T. III-A, 1822, p. 3-5 (Libro III, Parte I, Cap. I); FILANGIERI G., *La scienza*, T. III-C, op. cit., p. 10 (Libro III, Parte II, Cap. XXVI).

²⁴¹ BERTI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 117.

²⁴² FILANGIERI G., *La scienza*, T. III-A, op. cit., p. 4-5 (Libro III, Parte I, Cap. I).

²⁴³ FILANGIERI G., *La scienza della legislazione. Libro III, Parte II*, Milano, Dalla Società Tipografica dei classici italiani, T. III-B, 1822, p. 114 (Libro III, Parte II, Cap. XIX, art. XII).

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 114 (Libro III, Parte II, Cap. XIX, art. XII).

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 110 (Libro III, Parte II, Cap. XIX, art. X).

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 110. “*Più: Le leggi criminali, per loro natura, debbono essere molto precise, e molto estese: precise, per separare gli oggetti; estese, per isviluppare ciascheduno di essi. I dettagli, che sono superflui, e perniciosi nelle altre leggi, fono indispensabili nelle leggi criminali, perchè le azioni essendo molto più difficili a determinarsi che i diritti, è necessario descrivere le une, nel mentre che basta definir gli altri*”.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 110.

²⁴⁸ FILANGIERI G., *La scienza*, T. III-C, op. cit., p. 8 (Libro III, Parte II, Cap. XXV).

comportamiento haría que toda interpretación judicial fuese una arbitrariedad perniciosa (“*perniciosissimo arbitrio*”)²⁴⁹. Si la ley es clara, el juez no puede alterarla; pero, si ella es oscura su propia ambigüedad permitiría el arbitrio del juez²⁵⁰.

Los caracteres más importantes de la ley penal son, además de la exigencia de que ésta sea exacta y extensa, la uniformità e eguaglianza²⁵¹. Esa igualdad se ve afectada cuando se le da al juez el derecho de interpretar el espíritu de ésta²⁵². Para FILANGIERI, “*Equità, interpretazione, arbitrio non sono altro, che voci sinonime*”²⁵³. De aquí puede deducirse, entonces, cómo este autor italiano aplica la misma prohibición de interpretación que otrora concluyó BECCARIA²⁵⁴. A partir de la idea de separación de los poderes, afirma que en un *governo moderato* no pueden estar unidas la facultad de juzgar con la facultad de legislar²⁵⁵. Así pues, ¿Cuál es, entonces, la función del juez? Su función es aplicar lo que el legislador ha establecido con *determinatezza* a los hechos sucedidos²⁵⁶: “*Cognizione del Fatto, applicazione litterale della legge: ecco a chi si riducono tutti i doveri d’un Giudice*”²⁵⁷. De esta manera queda clara -por primera vez- el vínculo lógico que existe entre la necesaria *determinatezza* de la ley penal con los límites que el juez debe respetar al momento de interpretarla.

Como puede verse, los planteamientos que desarrolla FILANGIERI en relación con el principio de legalidad penal (reserva de ley, principio de determinación estricta, prohibición del juez de interpretar la ley penal) demuestran la recepción y el posterior desarrollo de las ideas ya establecidas por BECCARIA, pues las obras de ambos autores poseen el mismo contenido sustancial pero, en el caso de FILANGIERI, descritas con una mayor precisión jurídica²⁵⁸.

Ahora corresponde hablar de G. ROMAGNOSI y de sus contribuciones jurídicas en torno al principio de legalidad penal. A efectos de estudiar las ideas de este autor deben analizarse dos de sus obras más importantes, “*Genesi del diritto penale*” y “*Assunto primo della scienza del diritto naturale*”. Su punto de partida es, sin duda alguna, la concepción del derecho natural (a través de un “*giusnaturalismo iluministico*”²⁵⁹). Afirma que el derecho positivo son las normas fijadas por la autoridad humana, pero siempre condicionadas a obtener lo mejor o evitar lo peor²⁶⁰. Un buen derecho positivo -para ROMAGNOSI- es el derecho natural adoptado por la autoridad humana²⁶¹, vinculando así la noción de derecho positivo con un contenido material suministrado por el derecho natural.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 8.

²⁵⁰ FILANGIERI G., *Riflessioni*, op. cit., p. 68.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 29.

²⁵² *Ibidem*, p. 29.

²⁵³ *Ibidem*, p. 32.

²⁵⁴ En este sentido, véase, TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 103.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 42.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 46.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 46.

²⁵⁸ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. II, op. cit., p. 100.

²⁵⁹ NUVOLONE P., *Delitto e pena nel pensiero di G. D. Romagnosi*, in NUVOLONE P., *Trent’anni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1969, p. 350.

²⁶⁰ ROMAGNOSI G., *Assunto primo della scienza del diritto naturale*, Pavia, Presso Pietro Bizzoni, 1827, p. 132-133.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 136.

Este autor niega validez a las teorías contractualistas pues el hombre más que restringir su libertad a través de la asociación común, la adquiere de esa manera²⁶². El hombre no puede concebirse fuera de la sociedad, pero la sociedad es más que el simple producto de la sumatoria de todos los derechos de sus integrantes²⁶³. De tal forma, la obligatoriedad del derecho se da en la medida en que éste incorpora el contenido del derecho natural, y no porque sea producto de la voluntad general²⁶⁴.

ROMAGNOSI es considerado el fundador de todas las corrientes jurídicas que le asignan al derecho penal una función de defensa social²⁶⁵. El derecho de defensa que tiene la sociedad (que surge de la necesidad) no se conforma con la simple suma de los derechos individuales de cada uno de sus integrantes (salvajes en el estado de naturaleza)²⁶⁶; ese derecho de la sociedad es propio, distinto, universal que surge por la necesidad de responder a la agresión cometida²⁶⁷. Así las cosas, el derecho penal no es más que el derecho de defensa habitual que tiene la sociedad contra el delito y su eventual impunidad, amenaza permanente y fuerza destructora de la sociedad²⁶⁸. El derecho penal (como derecho de defensa) busca prevenir dos clases de delitos: los delitos pasados, presupuesto necesario para la imposición de una pena justa a quien lo haya cometido; y, los delitos futuros, como posibilidad de que se cometan (por la misma persona o por otros integrantes de la sociedad), auspiciados por la impunidad que conlleva la ausencia de pena²⁶⁹.

El reconocimiento del principio de legalidad penal en la obra de ROMAGNOSI se efectúa a través de tres formas, una de ellas directa (a través de la propia definición de delito), y las otras dos indirectas.

ROMAGNOSI construye un concepto material de delito, entendido éste como un acto que, gracias a los derechos de los hombres, puede ser castigado por realizarse con inteligencia y libertad de ejecución, nocivo e injusto²⁷⁰. Frente a una concepción formal de delito (como una acción prohibida por la ley civil), ROMAGNOSI parte por afirmar que dicha definición formal es precaria, peligrosa y absurda²⁷¹; sin embargo, a renglón seguido este autor afirmaría que *“Io non ammetto per questo che sia mai lecito di punire una azione non colpita da sanzione positiva nè anche col pretesto che possa essere immorale. Perocchè il magistrato usurperebbe le attribuzioni del legislatore, il quale talvolta punisce azioni non condannate dalla morale, e talvolta lascia alla censura della religione e dell’opinione azioni biasimate dalla morale comune”*²⁷², con lo cual reconoce que la sanción positiva del delito por parte del legislador es presupuesto necesario para su aplicación.

²⁶² SCARANO L., *I rapporti*, op. cit., p. 146-147; SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 69-71; ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 118.

²⁶³ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 121.

²⁶⁴ SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 71-72.

²⁶⁵ FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 53; SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 73-74; ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 120.

²⁶⁶ ROMAGNOSI G., *Genesi del diritto penale*, Milano, Per Francesco Sanvito, 1857, p. 142-143 (Parte II, Cap. XVI, §289).

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 137-138 (Parte II, Cap. XIV, §263-264); ZAFFARONI E., *Tratado*, T. II, op. cit., p. 118-119.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 119-120 (Parte II, Cap. XII, §242-252).

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 148-150 (Parte II, Cap. XVIII, §323-332); NUVOLONE P., *Delitto e pena*, op. cit., p. 351.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 347 (Parte III, Libro II, Cap. I, §555).

²⁷¹ *Ibidem*, p. 365 (Parte III, Libro II, Cap. I, §560).

²⁷² *Ibidem*, p. 367-368 (Parte III, Libro II, Cap. I, §560).

En el §560, en su obra *Genesi del diritto penale*²⁷³, ROMAGNOSI precisa cuatro puntos importantes: el primero, que la definición material de delito (atendiendo el derecho natural) prima sobre cualquier tentativa por limitar la definición a una perspectiva meramente formal, al condicionar la existencia de un delito a la violación de la moral; el segundo, y a pesar de dicha preferencia, el autor entendería que la ley positiva es la encargada de definir qué se entiende por delito, función asignada al legislador; el tercero, la definición formal de delito sería precaria, peligrosa y absurda sólo cuando ésta desconociera el contenido asignado por el derecho natural; y, el cuarto, el magistrado no puede asumir las funciones del legislador, separando así la función de reconocer el delito desde el derecho natural y consagrarlo así en la ley positiva (función atribuida al legislador) y aquella otra función de aplicar y juzgar el acto de un miembro de la sociedad conforme a dicha definición.

De esta primera manera (directa), ROMAGNOSI establece una idea clara de legalidad penal, al entender que una definición formal de delito (como aquellos actos prohibidos por la ley civil) también es posible, siempre que no se desconozca el contenido de la moral. Una segunda forma - ésta, de naturaleza indirecta- se encuentra en la definición que este autor le asigna al concepto de libertad, siguiendo en dicha medida planteamientos anteriores de MONTESQUIEU. Para ROMAGNOSI, no existe libertad cuando un ciudadano es condenado por un procedimiento que no garantiza, verdaderamente, que él es responsable de una acción que las leyes civiles hayan prohibido y castigado como delito²⁷⁴. De tal forma, las penas son la medida de la libertad legal²⁷⁵; así, es una tarea fundamental para el legislador fijar cuáles son los actos que pueden ser sancionados como delito, y cuáles son los límites dentro de los cuales puede moverse el delito²⁷⁶. Con este punto de partida frente a la libertad civil, ROMAGNOSI reconoce un poder exclusivo en cabeza de la ley para definir qué es delito, con lo cual desarrolla la idea de reserva de ley.

La idea de reserva de ley en la obra de ROMAGNOSI se desarrolla, también, en su obra "*Assunto primo della scienza del diritto naturale*". Al momento de definir la ley como un "*comando necessario e notificato di un imperante riconosciuto*"²⁷⁷, este autor estableció dos características que llevan, lógicamente, a concluir la reserva de ley (no exclusiva en materia penal). La primera característica es el elemento de *notificato* de la ley, pues éste es un carácter esencial del concepto²⁷⁸; de esta forma, la obligación del súbdito de obedecer sólo existe cuando él conoce el contenido del precepto sancionado, pues de otra manera existe libertad para actuar²⁷⁹, y dicha notificación sólo se daría cuando el delito es incorporado por una ley civil (siguiendo, como se verá, los planteamientos establecidos por FEUERBACH)²⁸⁰. La segunda característica es el carácter *obbligante* de la ley, pues sin dicha característica, la ley no sería tal²⁸¹. A través de estos dos caracteres que ROMAGNOSI otorga a la ley civil, se deduciría también la existencia de ciertos presupuestos frente a la reserva de ley en

²⁷³ *Ibidem*, p. 363-368 (Parte III, Libro II, Cap. I, §560).

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 481 (Parte III, Libro II, Cap. VII, §647).

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 483 (Parte III, Libro II, Cap. VII, §657).

²⁷⁶ "*Fissare adunque quali sieno gli atti che possono a buon diritto cadere sotto la sanzione, cioè quali veramente sieno i delitti sociali, e quali no; quali sieno i confini entro i quali il delitto si avvolge, e quali oltrepassati, egli non esista più, né punire si possa, egli è un oggetto non solo importantissimo, a il primario pel legislatore che comanda e per i cittadini che ubbidiscono*". *Ibidem*, p. 483 (Parte III, Libro II, Cap. VII, §658).

²⁷⁷ ROMAGNOSI G., *Assunto primo*, op. cit., p. 140.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 141.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 141.

²⁸⁰ En el mismo sentido, BETTIOL G., *Diritto penale*, op. cit., p. 100.

²⁸¹ "*Senza di questa necessità, ossia di questa azione obbligante, la legge non è più legge, ma si risolve in un puro consiglio o in una libera preghiera*". ROMAGNOSI G., *Assunto primo*, op. cit., p. 144.

materia penal, pues sólo una ley civil (expedida por una autoridad humana, un “*imperante riconosciuto*”) cumpliría con tales exigencias.

Junto con los autores precedentes, debe ahora analizarse la obra de P. ROSSI, en su obra “*Trattato di diritto penale*”. Este autor italiano entiende que el ser humano es sociable por naturaleza; la sociedad es un medio para auxiliarse a través de una coexistencia pacífica y un socorro recíproco²⁸². Ante la concepción de la sociabilidad natural del ser humano, ROSSI niega cualquier valor a la teoría del contrato social y a la consecuente cesión de derechos de cada individuo dentro de ésta²⁸³. Su punto de partida (dentro el cual construirá el concepto de delito) es el orden moral, caracterizado por ser eterno, inmutable y preexistente a todas las cosas (incluido el propio ser humano)²⁸⁴.

El principio de legalidad penal se deriva de los límites propios del poder social como respuesta a los ataques sufridos por los individuos. Frente a ello, ROSSI establece la existencia de mandamientos como un medio legítimo para la protección del orden social (junto con otros como la policía preventiva y la instrucción), entendidos estos como la expresión positiva de una ley; así, le corresponde al legislador la precisión clara y circunstanciada de un hecho criminal, pues el mal moral y el mal político no son siempre claros²⁸⁵.

Atendiendo el punto de partida, el concepto de legalidad penal en la obra de ROSSI se desprende del orden moral. Para este autor italiano, la base del derecho punitivo es el derecho moral; la ley positiva (como declaración del poder soberano) no es más que un fragmento de la ley moral²⁸⁶. En este sentido, la ley positiva se establece como un elemento necesario para garantizar -de manera justa- el conocimiento de los ciudadanos respecto de las exigencias derivadas de la ley moral²⁸⁷: “*La legge penale rivela nel medesimo tempo la regola morale, la proibizione politica e la pena legale*”²⁸⁸. Así, a pesar de tener un punto de partida *giusnaturalista*, ROSSI reconoce la necesidad -en términos de justicia- de que las prohibiciones derivadas de la ley moral sean establecidas por medio de leyes positivas, escritas y debidamente publicadas.

Si la ley positiva es un elemento necesario para garantizar el conocimiento de la ley moral, ésta debe ser útil y justa²⁸⁹. La simplicidad, la precisión y la claridad deben ser las notas esenciales de una buena ley positiva²⁹⁰. Para ROSSI, la indeterminación que surge -inevitablemente- del uso de un lenguaje común en la ley penal debe preferirse a la determinación que pueda crearse a través del

²⁸² ROSSI P., *Trattato di diritto penale*, Milano, Per Borroni e Scotti, 1852, p. 146-148.

²⁸³ *Ibidem*, p. 140-142, 152.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 143; FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 59; SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 83, 90. Dichas leyes morales son conocidas (reveladas) por el hombre sólo mediante la razón. *Ibidem*, p. 143.

²⁸⁵ ROSSI P., *Trattato*, op. cit., p. 155-156. A lo largo de su obra, ROSSI mantiene una división clara entre la justicia absoluta que surge del orden moral por la comisión de un delito moral, y una justicia humana que surge por un delito político y cuyo juicio le corresponde al orden político. *Ibidem*, p. 162-164.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 429.

²⁸⁷ “*Niuno non può essere sottomesso con giustizia ad una punizione legale, se non pote aver cognizione della legge morale che infranse (...) Solo per mezzo di fatti, per la preesistenza e la pubblicazione della legge positiva*” *Ibidem*, p. 430.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 431.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 469.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 464.

uso de términos técnicos o científicos muy precisos; el asunto fundamental para este autor es la comprensión que la sociedad pueda tener de la prohibición contenida en la ley positiva²⁹¹.

Además, la legalidad penal puede verse como consecuencia de la definición formal de delito para ROSSI; junto con la definición material de delito²⁹², este autor lo define como la infracción de la ley penal²⁹³. Este autor italiano vincula también la idea de ley positiva emanada necesariamente por un órgano legislativo²⁹⁴, con lo cual (atendiendo las precisiones realizadas de manera previa por BECCARIA) desarrolla una idea germinal de principio de reserva de ley. Para ROSSI, el peligro de errar en torno a la ley positiva disminuye a medida que el número de personas que participan en su elaboración aumenta; de esta forma, las pasiones y las consideraciones personales se compensan, resultando una *“espressione della verità”*²⁹⁵. De esta manera, la arbitrariedad inherente al individuo se limita mediante una asamblea parlamentaria *“che è facile ottenere in ogni Stato di mediocre grandezza, semprecchè non sia viziato il sistema elettorale”*²⁹⁶.

De esta forma, en la obra de ROSSI se ven algunos desarrollos dirigidos a vincular la existencia de un delito (por lo menos, desde una perspectiva formal y política) a la promulgación de una ley emitida por el poder legislativo, vinculando ese delito al contenido suministrado por la ley moral. A pesar de partir de un concepto tan amplio e impreciso como lo es la moral, este autor ve en la legalidad penal un límite al poder del orden social para castigar determinados comportamientos, debido a su naturaleza inmoral. Es el legislador quien posee la facultad para determinar, atendiendo determinadas pautas, qué comportamientos deben interesarle al orden social²⁹⁷; por el contrario, el juez no puede tener ningún poder discrecional para definir o crear un delito (aun cuando el comportamiento sea -o parezca- inmoral): *“Il giudice non deve mai dimenticare, che in caso di dubbio bisogna respingere l’applicazione della legge penale. L’impunità di un delitto è un debole inconveniente, potendo il legislatore esprimere il suo pensiero per tutti i casi avvenire”*²⁹⁸.

Puede deducirse, de la obra de ROSSI, que la existencia de una ley promulgada por el legislador permite al ciudadano el conocimiento previo de una violación de la ley moral, pues no de otra manera puede éste conocer el contenido de la ley moral sino a través de la preexistencia -y publicación- de una ley positiva²⁹⁹.

Otro representante del iluminismo italiano es G. CARMIGNANI. Al igual que ROSSI, CARMIGNANI parte de la concepción de la sociedad como un hecho connatural al hombre, que lo dota de seguridad y prosperidad³⁰⁰. Mientras que, para él, el derecho deriva de la razón, la ciencia del derecho penal

²⁹¹ *Ibidem*, p. 469.

²⁹² *Ibidem*, p. 174-175. ROSSI diferencia, con claridad, el delito político definido dentro de la ley positiva al acto inmoral (p. 172-173; 179-180).

²⁹³ *Ibidem*, p. 172.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 433.

²⁹⁵ *“Il pericolo d’errare diminuisce così a misura che aumenta il numero delle coscienze esaminate. Le deviazioni individuali, i travimenti della passione, debbono compensarsi, ed il risultato deve essere l’espressione della verità”*. *Ibidem*, p. 433.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 435. A pesar de ello, ROSSI discute que sea posible que dicha asamblea parlamentaria pueda discutir y aprobar, en su totalidad, un código penal, dada la discusión que se requeriría para tal fin (p. 454-456).

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 162-165, 459.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 459.

²⁹⁹ Cfr. PESSINA E., *Elementos*, op. cit., p. 203; FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 59.

³⁰⁰ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. II, op. cit., p. 129.

debe buscar la mejor manera de constituir leyes, de aplicarlas e interpretarlas³⁰¹; con ello, el autor diferencia aquello que entiende por *scienza del diritto criminale* (como el derecho penal *da costituirsi*), y la *giurisprudenza criminale* (como el derecho penal *già costituito*)³⁰². CARMIGNANI desarrolla algunos presupuestos frente a la legalidad penal (y la vinculación de la ley escrita con el concepto de delito) en tres escenarios.

El primero de dichos escenarios se da al momento de definir (y limitar) el concepto de libertad civil. Esa libertad civil (que el derecho criminal protege) puede afectarse por los excesos cometidos por los mismos hombres, por la ley o por el magistrado; en el último caso, los magistrados atentarán contra la libertad civil cuando sustituyen con su propio arbitrio las disposiciones de las leyes³⁰³; de esta forma, CARMIGNANI establece, en la ley, un límite a la tarea de interpretación del juez como una garantía a la libertad civil de los ciudadanos, con lo cual sigue los mismos planteamientos establecidos por MONTESQUIEU.

El segundo escenario en el que este autor analiza la legalidad penal se encuentra en el rechazo a una función estrictamente intimidatoria de la pena en el derecho criminal. Afirma, en esa medida, que “*La rimozione dei delitti si procura poi col restringere la natura libertà degli uomini quando per contenere quanto sia possibile nei giusti limiti le umane passioni, ed imporre un freno alla violenza dei disordenati affetti, il legislatore erige in delitti alcune azioni contrarie alla sicurezza sociale e minaccia loro delle pene, il cui terrore basti a resistere alle criminose tentazioni*”³⁰⁴, con lo cual confirma que es el legislador el encargado de erigir determinados comportamientos que van en contra de la seguridad social como delitos, contribuyendo al desarrollo del principio de reserva de ley; pero, no a través de la idea de limitación del poder creador del derecho criminal, pero -cuanto menos- con la idea general de que la creación de los delitos le corresponde al poder legislativo.

Esta última conclusión parece lógica cuando se analiza el tercer y último escenario respecto del cual CARMIGNANI analiza el principio de legalidad penal. La selección de los comportamientos humanos que deben ser considerados como delitos parte de consideraciones políticas, proceso que este autor denomina *imputabilità politica*³⁰⁵. Dicha imputabilità política le corresponde de manera exclusiva al legislador, tanto en su existencia como en su cantidad al momento de crear las leyes criminales, proceso en el que se sacrifica -con igual magnitud- la libertad civil de los ciudadanos³⁰⁶. La ley penal preconstituye la ofensa social a través de la descripción de acciones humanas, señalándole así un carácter jurídico; a través de dicha imputación se indican los hechos que, de manera exclusiva, constituyen la ofensa o el acto prohibido, señalando los límites insuperables que sólo el principio político puede señalar³⁰⁷. Con este concepto, CARMIGNANI diferencia el mal político del simple mal moral³⁰⁸.

³⁰¹ CARMIGNANI G., *Elementi di diritto penale*, Milano, Francesco Sanvito Editore, 1863, p. 2 (§1-2); ZAFFARONI E., *Tratado*, T. II, op. cit., p. 128-129.

³⁰² CARMIGNANI G., *Elementi*, op. cit., p. 10-12 (§24-27).

³⁰³ *Ibidem*, p. 5-6 (§12); SPIRITO U., *Storia ...*, op. cit., p. 76-77.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 7 (§16).

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 32 (§77-78).

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 33 (§80).

³⁰⁷ CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, I fratelli Nistri, T. II, 1831, p. 38.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 33.

Frente a esta imputabilità politica, la imputazione civile no es más que la aplicación de la ley penal que crea el delito³⁰⁹, razón por la cual el magistrado (aplicador de la ley) sólo declara, no imputa, limitando así los poderes del juez en la aplicación de la ley pues él no puede desconocer el principio político, sólo interpretar la ley³¹⁰. La imputabilità politica depende del juicio del legislador, mientras que la imputazione civile (como aplicación de la ley ya constituida) depende del juicio del magistrado, como aplicador de ésta³¹¹. La imputazione civile (actividad del magistrado) se reduce a un juicio en torno a la acción humana prohibida por la ley³¹².

De esta manera, CARMIGNANI establece el principio político como elemento creador del delito, que contiene en su interior las diferentes ofensas sociales. El delito, así entendido por este autor, es una imputación política en cabeza del poder legislativo; por ello, CARMIGNANI define el delito (*nozione giuridica della offesa sociale*) como la “*infrazione della legge della città, garante della sicurezza pubblica, e della privata, verificabile in un fatto dell’uomo, animato da perfetta e diretta intenzione*”³¹³. Frente a esta imputabilità politica, original y primaria, la imputazione civile se establece como la aplicación e interpretación de la ley ya constituida. Ante la naturaleza subsidiaria de la imputazione civile, se entiende cómo CARMIGNANI establece que ésta debe permanecer en los límites señalados por la imputación política; la aplicación de la ley (en cabeza del magistrado) no puede ni sustituir ni mucho menos superar la imputación realizada por el legislador como resultado del principio político.

Son claras las ideas de reserva de ley y de vinculación del juez (en la aplicación de la ley) a lo descrito por el legislador dentro de la obra de CARMIGNANI.

Tal como se inició el estudio de los autores iluministas italianos con el primer clásico (BECCARIA), ahora corresponde terminar el análisis con el último de ellos, F. CARRARA. Encuadrar a CARRARA, en términos filosóficos, es una tarea difícil³¹⁴; sin embargo, puede decirse que él parte de una base *guisnaturalista*, de origen aristotélica donde la sociedad civil no es un hecho histórico, sino una creación humana necesaria³¹⁵. Desde esa perspectiva, el fundamento del derecho de castigar en cabeza de Dios es la justicia, mientras que el fundamento de ese mismo derecho por parte de la sociedad civil está en la ley natural y tiene como función, simplemente, la defensa³¹⁶. Por ello, para este autor la sociedad no es un medio sino un instrumento indispensable de la ley eterna, y así la autoridad y el derecho de castigar se convierten, también, en instrumentos (como una cadena de medios) para cumplir esa ley divina y su propósito final³¹⁷.

³⁰⁹ CARMIGNANI G., *Elementi*, op. cit., p. 32 (§80).

³¹⁰ CARMIGNANI G., *Teoria*, op. cit., p. 39.

³¹¹ CARMIGNANI G., *Elementi*, op. cit., p. 33 (§80).

³¹² *Ibidem*, p. 33 (§81).

³¹³ CARMIGNANI G., *Teoria*, op. cit., p. 51.

³¹⁴ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. II, op. cit., p. 135.

³¹⁵ CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte generale*, Lucca, Tipografia Giusti, III ed. con aggiunte, 1867, p. 8-9; CARRARA F., *Opúsculos de derecho criminal*, Bogotá, Editorial Temis, Vol. I, 1976, p. 87-88; 91-93; NUVOLONE P., *Brevi note metodologiche in tema di scienza del diritto penale*, in NUVOLONE P., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1969, p. 207; ZAFFARONI E., *Tratado*, T. II, op. cit., p. 134; SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 107.

³¹⁶ CARRARA F., *Programma*, op. cit., p. 15-16; CARRARA F., *Opúsculos*, Vol. I, op. cit., p. 91-93; ZAFFARONI E., *Tratado*, T. II, op. cit., p. 138-139.

³¹⁷ CARRARA F., *Opúsculos*, Vol. I, op. cit., p. 92-93.

Ya desde el punto de partida de su obra más importante, “*Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*”, puede verse un desarrollo directo del principio de legalidad penal. NUVOLONE afirma que esta obra se inspira en algunos principios fundamentales, dentro de los cuales se reconoce la distinción entre los “delitos naturales” y los “delitos políticos”³¹⁸.

Junto con autores como ROMAGNOSI y ROSSI, CARRARA establece una definición formal o jurídica de delito³¹⁹, afirmado que es toda “*infrazione della legge dello Stato promulgata per proteggere la sicurezza dei cittadini*”³²⁰. Frente al primer concepto de esta definición, “*infrazione della legge*”, este autor parte por reconocer que ningún acto puede ser castigado si una ley no lo prohíbe; de esta manera, CARRARA afirma que un acto puede ser dañoso y malvado, pero si éste no se encuentra prohibido por la ley no podrá castigar a quien lo comete por la comisión de un delito³²¹. La idea de delito depende, de esta manera, de la infracción de una ley promulgada por un Estado.

Dentro del análisis del delito civil, CARRARA desarrolla tres conceptos dentro de los cuales (al igual que en la obra de CARMIGNANI) se pueden observar algunos presupuestos en torno al principio de legalidad penal. Como punto de partida, este autor diferencia los conceptos de *imputabilità e imputazione*; mientras que el primero es un juicio que se refiere a hechos futuros posibles (o que se prevé como posibles), el segundo concepto gira en torno a hechos pasados como juicio de un comportamiento ya ocurrido³²². De esta forma, se requieren -para CARRARA- ciertas premisas dentro del concepto de delito civil³²³: una primera *imputabilità morale*, una *imputabilità política* y una *imputazione civile*.

Mientras que la *imputabilità morale* se refiere a la determinación del hombre no sólo como causa material de un hecho, sino también causa moral (§3), la *imputabilità política* tiene (para CARRARA) el mismo contenido que para CARMIGNANI, esto es, la declaración de que el sujeto será responsable ante la sociedad por la comisión de un acto previsto; dicha imputabilità se trata de un acto de autoridad, que previendo la posibilidad de la comisión de una determinada acción, la declara delito y la imputa a su autor (§5)³²⁴.

La tercera premisa dentro del delito civil, la *imputazione civile*, tiene como base la *imputabilità politica*, pues a través de dicha imputazione se interpreta la ley promulgada a efectos de declarar si, conforme a la ley, el autor es responsable³²⁵. De tal forma, la *imputabilità política* le corresponde sólo al legislador, mientras que la *imputazione civile* al juez, quien se encuentra sometido a los dictados de la ley³²⁶.

³¹⁸ NUVOLONE P., *Brevi note metodologiche*, op. cit., p. 207.

³¹⁹ Vid. AGUDELO BETANCUR N., *Curso de derecho penal. Esquemas del delito*, Santafé de Bogotá D.C., Ediciones Nuevo Foro, 1998, p. 7; ARENAS A. V., *Comentarios al Código Penal Colombiano. Parte General*, Bogotá, Editorial Temis, IV ed., T. I, 1983, p. 19-20.

³²⁰ CARRARA F., *Programma*, op. cit., p. 39-41 (§23-§27).

³²¹ CARRARA F., *Programma*, op. cit., p. 39 (§23). Véase, AGUDELO BETANCUR N., *Curso*, op. cit., p. 6-7.

³²² CARRARA F., *Programma*, op. cit., p. 29 (§2).

³²³ *Ibidem*, p. 29 (§2).

³²⁴ *Ibidem*, p. 30.

³²⁵ “*Questo giudizio si definisce -un atto pratico di mera ragion civile, col quale si interpreta la legge promulgata secondo i canoni giurisprudenziali, e si giudica un fatto secondo i criteri logici, per dichiarare che alcuno ne è l'autore responsabile in faccia a quella*”. *Ibidem*, p. 31.

³²⁶ *Ibidem*, p. 31-32 (§7 e §9). Confróntese, AGUDELO BETANCUR N., *Curso*, op. cit., p. 4-5.

Como puede verse, CARRARA sigue los mismos lineamientos establecidos previamente por CARMIGNANI, cuando éste diferencia entre la imputabilità política y la imputazione civile. Las consecuencias que se pueden deducir de la obra de CARMIGNANI frente al principio de legalidad penal pueden también inferirse de la obra de CARRARA: es el legislador quien, a través de la *imputabilità política*, selecciona los comportamientos que deben ser prohibidos por la ley civil (ley positiva), siendo estos un límite a la actividad del juez para declarar la existencia de un delito; de esta manera, el juez no puede crear delitos (no puede -como lo dice CARMIGNANI- imputar, sólo declarar). A partir de esta idea, los principios de reserva de ley y de prohibición de analogía tienen un reconocimiento directo en la obra de CARRARA.

A partir de dicha *imputabilità política*, CARRARA define el delito como una infracción o violación a la ley civil, afirmando que “*nessun atto dell’uomo può essergli rimproverato, se una legge non lo vietava*” (§23)³²⁷; por ello, el delito es un ente jurídico, entendido como infracción que depende de la contradicción entre el hecho material cometido y la prohibición establecida por la ley civil (§33 e §34)³²⁸. Para definir el delito debe verificarse dicha contradicción, por lo que la prohibición contenida en la ley positiva (cuya competencia exclusiva se encuentra en cabeza del legislador) hace parte esencial de la definición de delito.

De dicha relación (“*rappporto di contraddizione*”) surge también el principio de no retroactividad de la ley penal³²⁹.

4.2.4. Alemania.

El padre del principio de legalidad penal (y puede decirse, de la concepción de un derecho penal garantista) fue BECCARIA. Pero, ZAFFARONI afirma que el sentido técnico preciso de este principio -enunciado en latín, como aforisma- lo establece por primera vez ANSELM VON FEUERBACH³³⁰, en su “*Tratado de derecho penal alemán*”, a través de tres máximas: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine*, y *nullum crimen sine poena legali*³³¹.

Sin embargo, el reconocimiento que FEUERBACH estableció en relación con el principio de legalidad penal no corresponde, de manera precisa, con el contenido asignado a dicho concepto dentro del desarrollo iluminista ya analizado. La exigencia de legalidad penal se establece -en FEUERBACH- sólo como un presupuesto necesario de la pena atendiendo su función intimidatoria general frente a todos los ciudadanos³³² (principio jurídico penal³³³), sin reconocer en el principio de legalidad una

³²⁷ CARRARA F., *Programma*, p. 39. De igual forma, CARRARA desarrolla la vinculación delito-infracción a la ley (que tendrá como consecuencia el principio de reserva de ley) al concluir que “*un atto diviene delitto solo quando cozza con la legge: può un atto essere dannoso, può essere malvagio; può essere malvagio e dannoso: ma se la legge non lo vieta non può essere rimproverato come delitto a chi lo eseguisce*” (p. 39).

³²⁸ CARRARA F., *Programma*, op. cit., p. 44-45.

³²⁹ *Ibidem*, p. 465.

³³⁰ Vid. VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 293; ZAFFARONI E., *Tratado...*, T. I, op. cit., p. 139.

³³¹ Reconoce a FEUERBACH como la persona que precisó de manera técnica, en primer lugar, el principio de legalidad penal, ZAFFARONI E.; ALAGIA A.; SLOKAR A., *Derecho penal*, op. cit., p. 112.

³³² FEUERBACH A. V., *Tratado*, op. cit., p. 62-63 (§17-§19); FEUERBACH A. V., *The foundations of Criminal Law and the Nullum Crimen Principle*, in *Journal Int. Crim. Justice*, Vol. 5, Issue N° 4, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 1007.

³³³ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 498; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 293.

garantía del ciudadano (fundamento político de éste)³³⁴. Como lo afirma MAGGIORE, este autor alemán mitiga la fuerza de su teoría de intimidación moral a través del principio de legalidad penal, buscando así un límite al arbitrio del juez³³⁵.

FEUERBACH se encuentra en un punto medio que le permite analizar la problemática atinente a la legalidad penal desde una perspectiva diferente: hace parte del movimiento iluminista en cuanto critica filosóficamente el derecho criminal de la época, pero también inicia el movimiento de codificación penal pues en su tratado puede encontrarse, por primera vez dentro de la cultura jurídica occidental, una parte general de derecho penal estructurada³³⁶.

A partir de este punto de partida, FEUERBACH desarrolla la parte filosófica o general del derecho punitivo en el Libro I de su tratado. La necesidad de una coacción psicológica -como presupuesto de la cual se derivará el principio de *nullum crimen sine lege*- se da ante la insuficiencia de una simple coacción física para evitar o impedir la ocurrencia de lesiones jurídicas, las cuales afectan la libertad recíproca como fundamento de la sociedad civil (§8, §10 e §11)³³⁷.

Para evitar la ocurrencia de dichas lesiones, el Estado debe acudir a una coacción psicológica pues los delitos tienen su causa anímica en la sensualidad (como acto que produce placer en quien lo comete); dicho impulso puede cancelarse cuando todos los ciudadanos conocen que, ante la comisión de un hecho prohibido, se impondrá inevitablemente un mal mayor (§13)³³⁸. De tal forma, la convicción general de los ciudadanos de que se impondrá, necesariamente, un mal por la comisión de una lesión jurídica requiere la existencia de una ley previa que así lo establezca, condición que es llamada conminación legal (en inglés, “*statutory threat*”) (§14)³³⁹.

De tal forma, la ley es entendida por FEUERBACH como una consecuencia (pero también, como una condición) necesaria para la imposición de una pena (§14), pues sólo a través del conocimiento previo y general de los ciudadanos respecto del mal a imponer puede intimidarse, de manera general, a todos los hombres como eventuales responsables de lesiones jurídicas (§16)³⁴⁰. La intimidación general es el objetivo que la pena debe buscar; por ello, el fundamento jurídico para su imposición es la misma conminación legal pues sin la ley no puede cumplirse el efecto intimidatorio esperado por FEUERBACH (§17)³⁴¹.

De esta función de la pena (intimidación general de todos los ciudadanos mediante la conminación legal), FEUERBACH concluye que toda pena impuesta por el Estado es una consecuencia jurídica tanto de una lesión como de una ley que conmine un mal sensible (§19)³⁴², con lo cual deduce el

³³⁴ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 14-15.

³³⁵ MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 68.

³³⁶ FEUERBACH A. V., *Tratado*, op. cit., p. 18 (ensayo preliminar de E. ZAFFARONI).

³³⁷ FEUERBACH A. V., *Tratado*, op. cit., p. 58-60; FEUERBACH A. V., *The foundations*, op. cit., p. 1005-1006.

³³⁸ FEUERBACH A. V., *Tratado*, op. cit., p. 60; FEUERBACH A. V., *The foundations*, op. cit., p. 1005-1006.

³³⁹ FEUERBACH A. V., *Tratado*, op. cit., p. 60: “*a law must determine these as the necessary consequence of the deed (statutory threat)*”, FEUERBACH A. V., *The foundations*, op. cit., p. 1007.

³⁴⁰ FEUERBACH A. V., *Tratado*, op. cit., p. 61-62: “*a law must determine these as the necessary consequence of the deed (statutory threat)*”, FEUERBACH A. V., *The foundations*, op. cit., p. 1007.

³⁴¹ FEUERBACH A. V., *Tratado*, op. cit., p. 61-62: “*a law must determine these as the necessary consequence of the deed (statutory threat)*”, FEUERBACH A. V., *The foundations*, op. cit., p. 1007.

³⁴² FEUERBACH A. V., *Tratado*, op. cit., p. 63. “*every legal punishment in the State is the legal consequence of a law, justified by the necessity to uphold external rights and threatening breaches of law with physical evil*”, FEUERBACH A.

principio de legalidad penal. De dicho principio general, este autor deduce tres principios derivados (§20)³⁴³:

- La imposición de una pena presupone una ley penal (*nullum crimen sine lege*), es decir, la ley es el fundamento jurídico de la conminación de una pena.
- La imposición de una pena está condicionada a una acción prohibida (*nulla poena sine crimine*), con lo cual se concluye que la ley, así entendida, vincula la pena con el hecho prohibido (lesión jurídica).
- El hecho prohibido por la ley está condicionado por la pena (*nullum crimen sine poena legali*); de esta forma, es la ley la que vincula la pena con la lesión jurídica cometida.

A través de estos tres principios derivados, FEUERBACH llega a las siguientes conclusiones: primero, la pena presupone la ley penal (*nullum crimen sine lege*), con lo cual queda claro que sin ley no hay pena pues el efecto intimidatorio general que se busca sólo puede cumplirse a través de la ley. La ley es un presupuesto indispensable para la imposición de una pena, entendido como un medio para generar la intimidación general esperada.

Segundo, la imposición de una pena está condicionada a la lesión jurídica (como hecho sancionado) así como la lesión jurídica condiciona la imposición de una pena; ambos conceptos se condicionan mutuamente. Es claro que la ley es un concepto vinculante entre dicha sanción y el hecho conminado (*nulla poena sine crimine*), pues la base de la pena es el comportamiento prohibido (§20); pero, de igual forma, el hecho conminado es un presupuesto jurídicamente necesario para la imposición de la pena (*nullum crimen sine poena legali*) (§20).

A través de estos tres subprincipios derivados, FEUERBACH establece la necesidad de que el hecho conminado (como hecho prohibido) sea establecido previamente por una ley penal, idea de la cual surgirá el principio de reserva de ley y, con éste, la idea general del principio de legalidad penal. Sin embargo, para este autor alemán la idea de legalidad penal no puede separarse de la función de intimidación general que debe buscar la sanción. De tal forma, la legalidad penal es un concepto funcional o instrumental³⁴⁴ en la medida en que cumple con el efecto intimidatorio esperado (todo ello, por supuesto, de acuerdo con la coacción psicológica que debe cumplir el delito)³⁴⁵.

A partir de la coacción psicológica y de su vínculo con el principio de legalidad penal surge de la obra de FEUERBACH una exigencia de certeza frente a la ley, pues es claro que tal coacción sólo puede lograrse a través de la determinación específica (mediante una tipificación concreta) del comportamiento prohibido. De esta manera, pues, la idea de garantía de la ley penal (como tutela de la libertad de los ciudadanos) se vincula con la finalidad política de la función preventivo general que surge, precisamente, de la misma ley penal³⁴⁶. En esta relación coacción psicológica-certeza

V., *The foundations*, op. cit., p. 1007. La expresión “mal sensible” (traducción al español) es traducida al inglés como “*physical evil*”, con lo cual pareciera señalar la naturaleza física del mal, más que su carácter sensible.

³⁴³ FEUERBACH A. V., *Tratado*, op. cit., p. 63; FEUERBACH A. V., *The foundations*, op. cit., p. 1008.

³⁴⁴ MOCCIA S., *El derecho penal entre ser y valor*, M Montevideo, Editorial B de F, 2003, p. 123.

³⁴⁵ MOCCIA, por ejemplo, establece que el aporte fundamental de FEUERBACH es, precisamente, la vinculación del principio de legalidad penal con la teoría de la coacción psicológica, pues éste último concepto ya había sido teorizado de manera previa por PAGANO (a través del concepto de “*contrario motivo*”) y por ROMAGNOSI (a través del concepto de “*contropinta alla spinta criminosa*”). Cfr. MOCCIA S., *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 16.

³⁴⁶ MOCCIA S., *El derecho penal*, op. cit., p. 123-125, 127.

jurídica como garantía se encuentra la enorme contribución de este autor alemán frente al concepto del principio de legalidad penal.

Si el principio de legalidad penal se reduce a (o, cuanto menos, incluye) una cuestión de accesibilidad del comportamiento prohibido por parte de los ciudadanos de manera previa a la comisión del hecho (con la certeza y garantía que de dicha accesibilidad se deriva), puede decirse que FEUERBACH en efecto estableció las bases -por lo menos teóricas y técnicas- del principio de legalidad penal. Sin embargo, el desarrollo seguido por el iluminismo penal parece concluir lo contrario, pues si bien la cuestión desarrollada por FEUERBACH constituye un aspecto fundamental del principio de legalidad penal, la naturaleza lógica y jurídica de este principio no puede limitarse a ser simplemente formal, pues además de la accesibilidad que permite la legalidad penal existen otros valores sustanciales que se encuentran protegidos por este principio, como una *ratio* de representación democrática³⁴⁷, o incluso un significado de verdadera justicia racional.

La importancia de FEUERBACH es fundamental para la delimitación histórica del principio de legalidad penal: conminación legal previa, conocimiento y accesibilidad del hecho conminado, así como intimidación general son conceptos inescindibles en la teoría de FEUERBACH. El aforismo jurídico con el que históricamente se ha identificado el principio de legalidad penal (*nullum crimen sine lege*) tanto en la doctrina continental europea, así como en la anglosajona, proviene de la obra de este autor alemán. Sin embargo, no puede concluirse que la precisión técnica completa de este principio se haya logrado sólo a partir de este autor, pues el concepto delimitado por él no representa la imagen completa que logró conseguir el iluminismo frente a la legalidad penal³⁴⁸.

Limitar el contenido del principio de *nullum crimen sine lege* atendiendo el desarrollo de este autor alemán significa desconocer por completo el contenido ya perfilado que el iluminismo penal logró históricamente.

5. El principio de legalidad penal y la historia europea continental después del iluminismo penal:

Como consecuencia del iluminismo penal (a partir de la segunda mitad del siglo XIX) el principio de legalidad penal mantuvo -como idea y como garantía sustancial- su vigencia, a través de una rigurosa consagración legislativa³⁴⁹. El movimiento codificador (desde la perspectiva del derecho penal) buscaba limitar el poder punitivo del Estado a través de la individualización de todos los diferentes presupuestos de los cuales dependía la responsabilidad penal, razón por la cual la legalidad penal se convirtió en una garantía de la libertad individual³⁵⁰. La nueva relación entre el poder político y la libertad individual generaron que el juez se limitara a ser un órgano de aplicación del derecho penal, no de creación, tal como lo reconoce VON LISZT³⁵¹.

³⁴⁷ Cfr. VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 504.

³⁴⁸ BACIGALUPO E., *Principios de derecho penal. Parte general*, Madrid, Editorial Akal, IV ed., 1997, p. 56. Concluyendo, por el contrario, que la formulación de FEUERBACH sí reconoció los cuatro subprincipios que se derivan del principio de legalidad penal, véase, VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 255-256; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 135.

³⁴⁹ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 479; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 296.

³⁵⁰ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 16.

³⁵¹ VON LISZT F., *Tratado*, op. cit., p. 94.

Durante la segunda mitad del siglo XIX³⁵² y comienzos del siglo XX existió un optimismo casi unánime en el reconocimiento del principio de legalidad como un límite al poder criminal del Estado. VON LISZT afirmaba, incluso, que el principio de legalidad sería reconocido como límite punitivo en los estados socialistas³⁵³. Ese optimismo inicial se vería contrariado cuando el régimen soviético y el régimen nazi -ya en el siglo XX- desconocieran el principio de legalidad penal por razones políticas³⁵⁴.

Sin embargo, y pese a la posición casi unánime de la doctrina en reconocer el principio de legalidad penal como un límite al derecho penal, algunas voces -en realidad, aisladas- propugnaron todo lo contrario. Entre dichas voces se encuentra, por ejemplo, BINDING quien afirmó que el principio de legalidad no tiene ningún sentido dentro del derecho penal³⁵⁵. Este autor alemán reconoció que el principio *nullum crimen sine lege* tiene fundamento normativo (en ese preciso momento histórico) en el art. 1, §2 del Código penal alemán a través de la expresión “*soltanto se questa pena fu stabilita legalmente*”³⁵⁶. Sin embargo, este autor partió de una interpretación amplia del concepto ley, aseverando que cualquier poder jurídico puede emitir una ley -entendida ésta como la simple declaración expresa de un pensamiento jurídico-³⁵⁷. La ley, así definida en la Constitución del Estado (ley como producto del legislador), al igual que aquellos otros actos emitidos por las autoridades de policía o por los jueces (“*dall’ autorità di polizia, dai magistrati delle città*”), tienen la calidad de ley y, por lo tanto, pueden crear delitos³⁵⁸. Ante esta situación, la analogía es un mecanismo válido para la creación de derecho penal objetivo, pues no se trata de una simple interpretación sino que constituye un método jurídico legítimo a través del cual el intérprete deduce el derecho latente³⁵⁹.

Por ello, es lógico que BINDING afirme (atendiendo su punto de partida) que la prohibición de la analogía es una cuestión inoportuna pues con ello el riesgo de dejar impunes delitos graves, por atenerse al texto literal de la ley penal, es aún mayor³⁶⁰. La laguna legal producida por inactividad u omisión del propio legislador debe ser llenada por la analogía, pues la intención del órgano legislativo será siempre evitar dichas lagunas a través de fuentes no escritas³⁶¹.

Al igual que BINDING, existen otros autores con planteamientos similares como CARNELUTTI. Para este autor italiano, el principio de legalidad penal (*nullum crimen sine lege*) debe ser reconsiderado

³⁵² VON LISZT F., *The Rationale for the Nullum Crimen Principle*, in *Journal Int. Crim. Justice*, Vol. V, Issue 4, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 1009-1013.

³⁵³ “*I adhere fundamentally to that Enlightenment tradition. And to the extent the future can be foreseen, I assert that the reshaping of legislation will also adhere to it. The punitive power of the socialist State too will remain legally limited in preconditions and content. The criminal codes will not be replaced by the single clause ‘those dangerous to public safety will be rendered harmless’*”. VON LISZT F., *The Rationale*, op. cit., p. 1010.

³⁵⁴ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 296.

³⁵⁵ Cfr. RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 16.

³⁵⁶ Traducción italiana del artículo, encontrada en BINDING C., *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Roma, Athenaeum, 1927, p. 122-123.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 122. Esto es una consecuencia lógica atendiendo el concepto desarrollado por este autor de norma penal, como una “*proposición de derecho no legislado*”. Vid. KAUFMANN A., *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, p. 12, 313-319.

³⁵⁸ BINDING C., *Compendio*, op. cit., p. 123.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 125.

³⁶⁰ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 16.

³⁶¹ BINDING C., *Compendio*, op. cit., p. 127.

como *nulla poena sine iudicio*, pues la concepción estricta de este principio responde a una hipertrofia de la ley derivada de la incorrecta identidad entre ley y derecho³⁶².

El derecho penal no puede, entonces, limitarse a lo contemplado por la ley penal pues resulta ilógico -para CARNELUTTI- presuponer que todos los comportamientos que deben castigarse se encuentren descritos por la ley (consecuencia de una concepción omnisciente y, por tal razón, equivocada del legislador), entendiendo erróneamente que toda laguna de la ley positiva es querida por éste último³⁶³. Por ello, el juez debe -a través de la equidad- completar la tarea emprendida por el legislador; tal como sucede en la imposición de la sanción penal, el juez tiene libertad para determinar el comportamiento prohibido atendiendo no sólo a la ley sino a otras fuentes jurídicas como la equidad³⁶⁴: “*i principi, che se ne ricavano, debbono restare le colonne d’Ercole del diritto penale*”³⁶⁵, lugar que no le corresponde a la ley positiva.

Junto con CARNELUTTI, SCARANO (en Italia) establece algunos planteamientos en contra del principio de legalidad penal. Es peligroso que la sociedad limite su poder punitivo a través de la firmeza que generan las letras de las leyes, pues éstas -en muchas ocasiones- no se adecuan a las reales exigencias que el derecho penal debe satisfacer³⁶⁶. Los reproches que SCARANO realiza se centran, principalmente, en la prohibición de analogía a través de dos argumentos diferentes. En el primero, SCARANO niega que esta prohibición tenga como origen histórico el iluminismo penal, pues autores como PUFENDOR y TITTMAN reconocieron de manera clara la necesidad de acudir a la analogía en determinadas circunstancias. Además, en el segundo argumento, afirma que esta prohibición no tiene un fundamento lógico pues ni es obligatoria en Estados liberales ni su prohibición es indiscutible en regímenes totalitarios³⁶⁷. La prohibición de analogía es un simple malentendido que no obedece ni a razones históricas claras ni a un particular tipo de Estado.

Otro autor italiano que desconoció el valor histórico y jurídico del principio de legalidad penal en el siglo XX fue MAGGIORE³⁶⁸. Esta posición “totalitaria” de MAGGIORE se fundamenta en la existencia del fascismo italiano como un Estado totalitario³⁶⁹. Inicialmente, en su obra *Principi di diritto penale*, este autor italiano compaginaría la existencia del principio de legalidad penal con la idea de un Estado totalitario (régimen fascista italiano). Así, frente a la revolución fascista de ese entonces, MAGGIORE critica la legislación penal existente (incluido el art. 1 del *Codice Zanardelli*),

³⁶² CARNELUTTI F., *L’equità nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, Anno XIII, N° I, Vol. XII, Padova, CEDAM, 1935, p. 105.

³⁶³ *Ibidem*, p. 110.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 120.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 117.

³⁶⁶ SCARANO L., *I rapporti*, op. cit., p. 134.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 131-142.

³⁶⁸ Sin embargo, debe realizarse una precisión: G. MAGGIORE aceptó en un inicio el valor histórico del principio de legalidad penal en su obra *Principi di diritto penale* (1937), aunque al mismo tiempo criticaba la idea de democracia y respaldaba el fascismo italiano como una fuerza restauradora del orden y la autoridad (*Principi*, p. 99); sin embargo, publicaría un artículo en la *Riv. it. dir. pen.* (1939), donde desconoce completamente el principio de legalidad penal como consecuencia de su respaldo al fascismo italiano. Ya después, en *Diritto penale* (1951), MAGGIORE reconoce el principio de legalidad penal desde una perspectiva de garantía. Se calificará la primera posición como totalitaria (mantenida en *Principi* y en el artículo publicado en la *Riv. it. dir. pen.*), mientras que su posición final (mantenida en *Diritto*) se calificará como liberal.

³⁶⁹ MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, Vol. XI, 1939, p. 143-145. Desde su obra *Principi*, ya en 1937, MAGGIORE califica de manera positiva el régimen fascista italiano: “*Il nuovo clima spirituale determinatosi nel paese, restaurando l’ordine e la gerarchia, l’autorità politica e la pace sociale*”. Cfr. MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 99.

calificándola como “*una legislazione penale, ricca di pregi sí, ma intornata a una mentalità democratico-liberale, in ritardo rispetto al nuovo ritmo dei tempi*”³⁷⁰. De tal manera, subsiste este principio, pero desvinculado completamente de cualquier referente democrático-liberal (es decir, como una garantía del ciudadano).

En esa medida -y atendiendo el estrecho vínculo que existe (o, por lo menos, debe existir para este autor) entre el derecho penal y la política-, el Codice Zanardelli de 1889 se considera una expresión liberal del iluminismo, una idea retrógrada que debe superarse³⁷¹. Este autor también critica el formalismo jurídico que se deriva del llamado método jurídico, formalismo que se aleja de la realidad social convirtiéndose en una “*sterile astrattismo*”³⁷²; el liberalismo y el iluminismo, como su expresión jurídica concreta en Europa, comenten el error de ver en la ley escrita una protección a los derechos del individuo, pues tal noción surge como consecuencia de una presunción equivocada de que el órgano legislativo -elegido democráticamente- es depositario de la voluntad del pueblo³⁷³. Para este autor italiano, el liberalismo sobrevalora la ley y la función legislativa; en un Estado totalitario el derecho no se limita a ser un conjunto de normas abstractas, es más bien la expresión viva e histórica de una política vigente. El método jurídico del liberalismo pasa a convertirse -en un Estado autoritario- en un método jurídico-político³⁷⁴.

Atendiendo este punto de partida, las relaciones entre el juez y la ley penal deben cambiar. El principio *nullum crimen sine lege* -consecuencia histórica del iluminismo- es considerado por MAGGIORE como una tradición no romana, reflejo directo de la teoría de la división de poderes³⁷⁵; en este punto es donde radica -para este autor italiano- el problema, pues la equivocación no está en la teoría que fundamenta el principio de legalidad penal, sino en el modo en que ésta ha sido comprendida. Los poderes del Estado son distintos, pero no están separados pues el poder sólo es uno³⁷⁶:

*“Si può ammettere che la funzione legislativa giudiziaria ed esecutiva siano distinte. L'errore è però quello di considerare queste funzioni come poteri separati, come tanti scompartimenti stagni, quando il potere dello Stato è uno e indivisibile: consiste nel governo effettivo e nella sua sovranità”*³⁷⁷.

Los poderes del Estado son, así, modos de ser de la misma autoridad del Estado, representada a través del gobierno y de su jefe máximo³⁷⁸. La sumisión del juez respecto de la ley (y, en consecuencia, el principio *nullum crimen sine lege* en materia penal) es una consecuencia de la

³⁷⁰ MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 99.

³⁷¹ MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario*, op. cit., p. 149-150. Frente a esta contraposición histórica entre el concepto de Estado liberal-democrático y el Estado totalitario, MAGGIORE califica al primero como una idea superada (“*vecchio Stato*”) (p. 143), mientras que el Estado autoritario es la renovación y superación histórica del primero (p. 143 y 150). La posición totalitaria de MAGGIORE en este artículo es clara e indiscutible.

³⁷² MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario*, op. cit., p. 151-152.

³⁷³ *Ibidem*, p. 152.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 153.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 156.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 156.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 156.

³⁷⁸ La concentración del poder en el jefe máximo del gobierno es una de las notas características de todo Estado totalitario, para MAGGIORE, como suma de fuerzas históricas concentradas en una persona real (en el caso de Italia, en el Duce). (p. 144, 157).

interpretación individual y separada de los poderes del Estado³⁷⁹. Frente a este punto, MAGGIORE afirma:

*“La teoria tradizionalistica della interpretazione trasportata nel diritto penale si riveste di più stretto rigore col divieto dell’analogia. Il principio nullum crimen, nulla poena sine lege poenali si leva come una muraglia insormontabile avanti l’interprete e appare come il Palladio inviolabile della giustizia, e come una norma valevole per tutti i luoghi e per tutti i tempi: un vero «immortale principio». Avanti ad esso s’inchina la dottrina e si genuflettono i codici.”*³⁸⁰.

Como consecuencia de la contradicción que sostiene este autor italiano, entre la existencia de un Estado totalitario y la existencia del principio de legalidad penal, propone la eliminación de este principio del Codice Rocco de 1930. En un Estado totalitario es ilógico que la ley pueda limitar el propio poder del Estado, sólo por *“un malinteso riguardo ai diritti dell’individuo delinquente”*³⁸¹. Para MAGGIORE, la ley que limita el poder del Estado en favor del delincuente (real sofisma en el que incurre el liberalismo) no sería una ley del Estado, sino una contraria a éste³⁸².

Sin embargo, MAGGIORE no acepta que el juez sea libre para interpretar y crear delitos, pues el intérprete -en un Estado totalitario- se encuentra limitado por la voluntad del Estado, expresada no a través de la ley sino a través del *Duce*, con lo cual este autor compara el criterio del “sano sentimiento del pueblo alemán”, fórmula utilizada por el Código penal nazi, a la voluntad del *Duce* como ley de leyes³⁸³. El poder del juez no sería, pues, arbitrario puesto que éste estaría autorizado para interpretar la voluntad del Estado no expresada de manera formal, en razón de una presunción *in dubio pro republica*³⁸⁴. Vista esta posición, es lógico que MAGGIORE concluya que la fórmula contenida en el art. 1 del Codice Rocco debe ser modificada, proponiendo la siguiente modificación normativa:

*“È reato ogni fatto espressamente previsto come reato dalla legge penale e represso con una pena da essa stabilita. È altresì reato ogni fatto che offende l’autorità dello Stato ed è meritevole di pena secondo lo spirito della Rivoluzione fascista e la volontà del Duce unico interprete della volontà del popolo italiano. Tale fatto, ove non sia previsto da una precisa norma penale, è punito in forza di una disposizione analoga”*³⁸⁵.

La legalidad penal, como formalismo jurídico, no se excluye *per se* en la nueva propuesta del art. 1º c.p.i.; sin embargo, a renglón seguido se reconoce que es la voluntad del *Duce* (como único interprete autorizado de la voluntad del pueblo) la que crea el delito. Como se verá al analizar los diferentes significados del principio de legalidad penal (*supra*, cap. III, 2), la posición autoritaria de MAGGIORE en este punto es, por lo menos, lógica al reconocer las características de un Estado totalitario y la imposibilidad de compaginar tal estado de cosas con la existencia del principio *nullum crimen sine lege* como un principio de garantía; no es coherente vincular una garantía liberal en un Estado autoritario y, sólo en ese punto, MAGGIORE no se equivoca.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 157.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 157.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 158.

³⁸² *Ibidem*, p. 158.

³⁸³ *Ibidem*, p. 159.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 159.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 160.

Puede comprobarse como la posición mantenida por BINDING, CARNELUTTI, SCARANO y MAGGIORE responde a la idea de una legalidad sustancial; este concepto ha sido utilizado, históricamente con el claro propósito de eliminar controles o límites formales (como lo es el principio de legalidad penal) a través de concepciones morales³⁸⁶. La idea de que un castigo penal es legítimo aun cuando la conducta cometida no estuviese definida como delito por la ley responde, siempre, a exigencias morales y sociales, frente a la presunta necesidad del castigo penal ante comportamientos socialmente peligrosos³⁸⁷. Los códigos penales soviético y alemán responderían -como se verá a continuación- a la misma lógica moral³⁸⁸.

A pesar de estas posiciones divergentes, puede afirmarse que durante todo el siglo XIX el principio de legalidad penal fue reconocido por la doctrina³⁸⁹. Sin embargo, ya a comienzos del siglo XX este principio sería desconocido por el Código penal soviético de 1922 y la ley alemana de 1935, donde se desconocerían los presupuestos liberales establecidos por el iluminismo penal y por las legislaciones anteriores³⁹⁰. El abandono del principio *nullum crimen sine lege* obedece, en ambos casos, a razones de índole política³⁹¹.

Por su parte, el Código penal soviético de 1922 reconoció, en su art. 10, que el juez no estaba vinculado a una expresa disposición legislativa, con lo cual podía recurrir a la analogía para castigar una acción merecedora de pena³⁹², atendiendo la “*importanza e qualità*” del hecho cometido³⁹³. De la misma manera, el Código penal alemán (ley 28 de junio de 1935) consolidó un abandono completo del principio de legalidad penal³⁹⁴, pues se podía extender por analogía las sanciones penales³⁹⁵, a través de los principios fundamentales del derecho penal y según el sano sentimiento del pueblo alemán³⁹⁶.

Después de la segunda guerra mundial, todos los Estados de Europa reconocieron el principio de legalidad penal como una garantía de los ciudadanos³⁹⁷. Incluso, los tratados internacionales de derechos humanos redactados a partir de la segunda mitad del siglo XX reconocen de manera unánime el principio de legalidad penal. Podría pensarse, pues, que hoy por hoy este principio constituye una garantía indiscutible e inamovible de la cultura jurídica occidental; sin embargo, lejos de tal panorama, la legalidad penal se enfrenta en la actualidad a una crisis, con lo cual es

³⁸⁶ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 282.

³⁸⁷ Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 6.

³⁸⁸ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 282.

³⁸⁹ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 70.

³⁹⁰ BETTIOL G., *Diritto penale*, op. cit., p. 26; PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 123; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 136.

³⁹¹ BETTIOL G., *El problema penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1995, p. 74; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 501.

³⁹² BETTIOL G., *Diritto penale*, op. cit., p. 101. En el mismo sentido, VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 500.

³⁹³ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. I, Nuova edizione completamente aggiornata, 1948, p. 199.

³⁹⁴ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 298. En el mismo sentido, BETTIOL G., *El problema penal*, op. cit., p. 74.

³⁹⁵ BETTIOL G., *Diritto penale*, op. cit., p. 101.

³⁹⁶ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. I, Nuova edizione completamente aggiornata, 1948, p. 197.

³⁹⁷ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 19.

discutible si este principio representa un derecho triunfal del iluminismo o, por el contrario, un resquicio de épocas pasadas y ya superadas históricamente. El objetivo del presente trabajo es comprobar cuál de los dos escenarios es el correcto.

Ahora bien, analizado el desarrollo histórico del principio de legalidad penal en Europa -como consecuencia del iluminismo-, debe analizarse ese mismo desarrollo histórico específicamente en Italia y en Colombia, a efectos de verificar si tal axioma fue reconocido a nivel positivo y a nivel doctrinal.

6. El principio de legalidad penal en Italia:

Atendiendo el análisis histórico hasta ahora perfilado en relación con el principio de legalidad, debe estudiarse de manera específica el desarrollo de este principio en Italia. Dicho análisis se hará en dos escenarios, el primero de naturaleza normativa, y el segundo de naturaleza doctrinal.

6.1. Desarrollo constitucional y legislativo del principio de legalidad penal en Italia:

Corresponde, entonces, hablar de los diferentes códigos penales previos a la reunificación italiana (*Codici preunitarii*), así como del contenido incorporado por el Codice penale de 1889 (*Codice Zanardelli*) y el Codice penale de 1930 (*Codice Rocco*), junto con la Constitución política italiana de 1946.

Los *Codici preunitarii* tuvieron como influencia directa la revolución francesa. Por ello, no es extraño que hayan regulado -en una medida más o menos similar- el concepto de legalidad penal. Por su parte, RONCO reconoce en el primer código preunitario, el **Codice penale del Regno delle due Sicilie de 1819**, un antecedente histórico del principio de legalidad penal, así como una excepción del principio de irretroactividad frente a la ley penal más favorable³⁹⁸. En el Capítulo II (Título II, *Delle regole generali per l'applicazione delle pene*), denominado *Delle pene stabilite posteriormente al reato*, se estableció el art. 60 que afirmó lo siguiente:

*“Niun reato può essere punito con pene che non erano pronunziate dalla legge prima che fosse commesso. Nondimeno se la pena stabilita nel tempo del giudizio, e quella che era fissata nel tempo del reato, fossero diverse fra loro, sarà sempre applicata la più mite”*³⁹⁹.

Sin embargo, incluir la totalidad del principio de legalidad penal en el art. 60 no parece ser una conclusión acertada. Tal como se analizará luego (*supra*, cap. II, 4), el principio de legalidad penal incluye diferentes componentes, dentro de los cuales debe separarse el principio *nullum crimen sine lege* del principio *nulla poena sine lege*. Por la ubicación de la disposición citada (Capítulo II, Título II, *Delle regole generali per l'applicazione delle pene*) y por el contenido literal del artículo se puede concluir que el principio de legalidad penal -por lo menos en su faceta *nullum crimen sine lege*- no fue reconocido directamente en dicha disposición normativa. Este código penal habla de la legalidad y preexistencia de la pena (*“Niun reato può essere punito con pene che non erano pronunziate dalla legge prima che fosse commesso”*), pero no del precepto (es decir, de la conducta

³⁹⁸ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 16.

³⁹⁹ *Codice per lo regno delle due Sicilie*, Parte Seconda (Leggi penali), Napoli, Real Tipografia del Ministero di Stato della Cancelleria Generale, 1819, p. 17.

prohibida). Lo mismo puede decirse de la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley más favorable, que el código limita a la pena más suave (“*Nondimeno se la pena stabilita nel tempo del giudizio, e quella che era fissata nel tempo del reato, fossero diverse fra loro, sarà sempre applicata la più mite*”).

De igual manera, y de acuerdo con la doctrina, el **Codice penale sardo de 1839** reconoció tanto el principio de legalidad penal como el principio de irretroactividad *in peius*, así como el principio de retroactividad de la pena más favorable⁴⁰⁰. En las *Disposizioni preliminari*, el Código sardo estableció el art. 3º, con el siguiente tenor:

“*Nessun reato può punirsi con pene, che non erano pronunziate dalla legge prima che fosse commesso.*

Nondimeno se la pena, che era imposta al tempo del commesso reato, e quella stabilita con una legge posteriore fossero diverse fra loro, sarà sempre applicata la pena più mite”⁴⁰¹.

Al igual que el Codice del Regno delle due Sicilie, el contenido literal de este artículo permite concluir que el principio de legalidad penal -por lo menos en su faceta *nullum crimen sine lege*- no fue reconocido directamente; el Código penal sardo instituyó la legalidad y preexistencia de la pena, no de la conducta prohibida, estableciendo la prohibición de castigar un delito con una pena que no hubiese sido no pronunciada por una ley antes de la comisión del comportamiento prohibido, contenido que se refiere al principio *nulla poena sine lege* (“*Nessun reato può punirsi con pene, che non erano pronunziate dalla legge prima che fosse commesso*”). Lo mismo puede decirse de la posibilidad de aplicación retroactiva, que el código limita a la pena más suave (“*sarà sempre applicata la pena più mite*”). Se trata, sin duda, de la misma fórmula utilizada por el Codice penale delle due Sicilie de 1819.

El reconocimiento histórico expreso del principio *nullum crimen sine lege* en Italia se lograría, finalmente, a través del **Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla de 1850**, en su art. 2º (*Disposizioni preliminari*) que estableció: “*Nessun'azione ed omissione è punibile se non siasi violata una legge penale antecedentemente promulgata*”⁴⁰². El principio de legalidad penal (por lo menos, desde una perspectiva sustancial), fue reconocido en Italia sólo a partir de 1850.

Al igual que este código, el **Codice penale toscano de 1853** reconoció el principio de legalidad penal, así como la excepción de irretroactividad frente a la ley más favorable⁴⁰³. En el Título I (*Disposizioni preliminari*), art. 1º estableció: “*Sono punibili le sole azione positive, o negative, con le quale è stata violata una legge penale, antecedentemente promulgata*”⁴⁰⁴. Es evidente, pues, que esta disposición normativa sí reconoció el principio de *nullum crimen sine lege* al condicionar la existencia y el castigo de los delitos a su definición por parte de la ley (art. 1º y 2º). Junto con este principio, la irretroactividad de la ley penal también fue reconocida a través de la expresión “*antecedentemente promulgata*”.

⁴⁰⁰ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 17.

⁴⁰¹ *Codice penale per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna*, Torino, Stamperia Reale, 1839, p. 1.

⁴⁰² *Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, Parma, Dalla Reale Tipografia, 1850, p. 23.

⁴⁰³ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 16-17.

⁴⁰⁴ *Codice penale pel Granducato di Toscana del 20 giugno 1853*, Ministero de Grazia e Giustizia, p. 3.

Por su parte, el **Codice penale del Regno Lombardo-Veneto de 1852** reconoció también (tal como lo realizó el código siciliano y el código sardo) el principio de *nulla poena sine lege* en su §32, donde afirmó que “*La pena debb'essere determinata precisamente secondo la legge; nè può esserne applicata una più dura o più mite di quella prescritta dalla legge secondo le emerse qualità del crimine e del suo autore*”⁴⁰⁵.

De igual manera, del contenido del art. 1º del **Codice penale di Modena de 1955** puede derivarse también el reconocimiento del principio de legalidad penal, esta vez de manera indirecta⁴⁰⁶. Dicha disposición estableció una definición *formal* de delito, calificándolo como toda acción u omisión prohibida u ordenada por la ley; de tal manera, puede deducirse que sí un delito es sólo aquella acción u omisión prohibida por la ley, sólo la ley puede definir qué comportamientos son, en efecto, delitos. Se trata de una deducción lógica que ya fue utilizada frente al reconocimiento del principio de legalidad penal en la obra de algunos autores del iluminismo penal como ROMAGNOSI o ROSSI.

También se ha afirmado que el **Codice penale sardo di 1859** reconoció tanto el principio de legalidad penal como la prohibición de irretroactividad *in peius*, así como la retroactividad de la pena más favorable⁴⁰⁷. Regulado por el art. 3º, dentro de las *Disposizioni Preliminari*, el **Codice penale sardo di 1859** utiliza la misma fórmula gramatical que el código sardo anterior de 1839, salvo la eliminación de la palabra “*nondimeno*” en el segundo inciso de la disposición⁴⁰⁸. Las mismas conclusiones que se realizaron frente al primer código penal de 1839 pueden hacerse frente al código de 1859, limitando así el reconocimiento expreso realizado por esta disposición legislativa sólo al principio de *nulla poena sine lege*, así como frente a la aplicación retroactiva de la pena más suave.

Sin embargo, este código penal introdujo un nuevo tercer inciso que dispone lo siguiente: “*Se la nuova legge cancella dalla classe dei reati un'azione considerata come reato dalla legge anteriore, cessano di diritto tutti gli effetti del procedimento e della condanna*”⁴⁰⁹. Con esta disposición, además del reconocimiento al principio *nulla poena sine lege*, se estableció la excepción de irretroactividad de la ley penal por favorabilidad al condenado no sólo frente a la sanción penal sino, también, frente al delito.

Con la unificación política de Italia, se extendió por todo el territorio la vigencia de este código (**Codice penale sardo di 1859**), con excepción de la región de Toscana, que mantenía vigente su propio código, y algunas provincias meridionales que mantenían vigente el código sardo anterior de 1839⁴¹⁰.

Hasta este punto histórico se puede concluir que, antes del Codice Zanardelli (1889), el principio de legalidad sustancial (*nullum crimen sine lege*) sólo fue reconocido por tres códigos preunitarios:

⁴⁰⁵ *Codice penale dei crimini, dei delitti e delle contravvenzioni colle ordinanze sulla competenza dei giudizi penali, e col regolamento sulla stampa del 27 maggio 1852 per l'impero d'Austria*, Vienna, Stamperia di Corte e di Stato, 1853, p. 21.

⁴⁰⁶ “*La commissione o l'ommissione di un'azione vietata o comandata dalla legge costituisce un delitto*”. Cfr. *Codice criminale e di procedura criminale per gli Stati Estensi*, Modena, Eredi Soliani Tipografi Reali, 1855, p. 3.

⁴⁰⁷ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 17.

⁴⁰⁸ *Codice penale per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna*, Torino, Stamperia Reale, 1859, p. 11.

⁴⁰⁹ *Codice penale per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna*, Torino, Stamperia Reale, 1859, p. 12.

⁴¹⁰ Cfr. MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 67; ZAFFARONI E., *Tratado...*, T. I, op. cit., p. 376.

de manera explícita, por el **Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla de 1850** (art. 22) y por el **Codice penale toscano de 1853** (art. 1º); y, de manera implícita, por el **Codice penale di Modena de 1955** (art. 1º). En los demás códigos penales no se reconoció este principio. Por supuesto, las consecuencias que se derivan del principio de legalidad penal, como el principio de prohibición de analogía, el principio de reserva de ley, el principio de determinación estricta y el principio de irretroactividad de la ley penal, tampoco tienen un reconocimiento expreso. Solamente el **Codice penale toscano de 1853** (art. 1º) se reconoció expresamente el principio de irretroactividad de la ley penal, mientras que en el art. 3º, inciso 3º del **Codice penale sardo de 1859** se reconoció la retroactividad de la ley penal sustancial más favorable. En contraste con lo anterior, el principio de *nulla poena sine lege* sí fue reconocido históricamente desde 1819 con el **Codice penale delle due Sicilie**.

Después de la reunificación italiana, surge como primera disposición penal nacional el **Codice penale del Regno d'Italia del 1889** (*Codice Zanardelli*). Como lo reconoce CATTANEO, en el *Codice Zanardelli* pueden encontrarse principios surgidos del movimiento iluminista⁴¹¹, entre los que se encuentra el principio de legalidad penal (que este autor italiano lo califica como “*un principio basilare dell'illuminismo giuridico-penale*”⁴¹²). Las disposiciones que lo desarrollan son el art. 1º y 2º.

Dentro del Libro Primo (*Dei reati e delle pene in generale*), en el Título I (*Dell'applicazione della legge penale*), el art. 1º estableció el principio de legalidad penal de la siguiente manera:

“*Nessun può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite*”⁴¹³.

La redacción de esta primera disposición normativa permite concluir varias cosas. Con la expresión inicial “*Nessuno può essere punito*”, queda claro, primero, el reconocimiento explícito del principio *nullum crimen sine lege*, siguiendo así la definición ya contenida por el **Codice penale di Parma** de 1850. De igual manera, también reconoce el principio *nulla poena sine lege*, a través de la expresión “*né con pene che non siano da essa stabilite*”⁴¹⁴.

Sin embargo, queda claro también que para la definición del principio de legalidad penal el *Codice Zanardelli* utilizó un énfasis diferente al que ya habían usado la totalidad de los códigos preunitarios. El *Codice penale di Parma* de 1850 utilizó la expresión “*Nessun'azione ed ommissione è punibile*”; los demás códigos penales utilizaron -frente al principio *nulla poena sine lege*- expresiones similares⁴¹⁵. Con ello, es claro que el reconocimiento del principio de legalidad penal se originó (en Italia) a través de la definición normativa del delito, entendido éste como toda

⁴¹¹ CATTANEO M., *Radici illuministiche del Codice Zanardelli*, in AA. VV., *Il Codice Penale per il Regno d'Italia (1889)*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, CEDAM, 2009, p. XXXIX.

⁴¹² *Ibidem*, p. XXXIX. De esta manera habla del principio de legalidad penal como un aspecto elemental del principio de certeza del derecho.

⁴¹³ *Codice penale e di procedura penale*, Milano, Ulrico Hoepli Editore-Libraio della Real Casa, III ed., 1908, p. 5.

⁴¹⁴ Fórmula similar al Progetto Vigliani y al Progetto Senatorio antes. Cfr. BALDASSARRE P., *Storia scientifica del decennio di preparazione del primo libro del codice penale italiano*, Firenze, Tipografia di L. Niccolai, 1880, p. 14.

⁴¹⁵ El *Codice penale del Regno delle due Sicilie* de 1819 utilizó la expresión “*Nessun reato può punirsi con pene*”; los códigos sardos de 1839 y 1859 utilizaron la fórmula gramatical “*Nessun reato può punirsi*”, similar al *Codice penale toscano* de 1853 (“*Sono punibili le sole azione positive*”) y el *Codice penale del Regno Lombardo-Veneto* de 1852 (“*La pena debb'essere determinata precisamente secondo la legge*”).

violación de la ley penal⁴¹⁶; así las cosas, la legalidad penal (y el principio de legalidad penal) surgió como una consecuencia lógica de la definición *formal* del delito; si el delito es toda violación de la ley penal, ésta es la única que lo puede crear. Sin embargo, el *Codice Zanardelli* de 1889 estableció el principio de legalidad penal definiéndolo como una garantía del ciudadano, apartándose de las fórmulas gramaticales utilizadas previamente⁴¹⁷; así, al afirmar “*Nessuno può essere punito*”, el legislador italiano enfatiza la naturaleza de garantía de este principio, pues supera las tentativas por definir normativamente el delito para establecer -directamente- la existencia de una garantía en cabeza de los ciudadanos. Así pues, la diferencia entre las formulas “*Nessun'azione ed omissione è punibile*” y “*Nessuno può essere punito*” no es una diferencia meramente gramatical.

El cambio producido entre la totalidad de los códigos preunitarios, junto con los diferentes proyectos redactados por las distintas comisiones redactoras previas al *Codice Zanardelli* (por lo menos, hasta el proyecto presentado el 22 de noviembre de 1888)⁴¹⁸ permiten mostrar una misma estructura: el objeto que se limita es el delito a través de diferentes fórmulas (“*nessuna azione od omissione*”; “*nessun fatto è punibile*”; “*vi ha reato, quando*”; etc.), límite que lo impone siempre la ley penal; con la redacción contenida por el art. 1º del *Codice Zanardelli*, aquello que era una simple prohibición (a través de un límite normativo en el concepto de delito) se convirtió en una garantía para los ciudadanos (“*nessuno può essere punito se non per un fatto (...) preveduto dalla legge*”)⁴¹⁹.

Además de la anterior precisión, la redacción contenida en el art. 1º del *Codice Zanardelli* también permite deducir expresa y normativamente -por primera vez en Italia- el principio de determinación estricta, a través de la expresión “*non sia espressamente preveduto come reato dalla legge*”.

Además de todo lo anterior, en el art. 2º del *Codice Zanardelli* se reconoce, también, la prohibición de irretroactividad de la ley penal así como el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, incluyendo tanto el precepto (definición del delito) como la sanción penal:

“*Nessun può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.*”

⁴¹⁶ PAOLI BALDASSARRE, quien estudió los diferentes proyectos y modificaciones previas a la discusión del Código penal italiano de 1889 (que poseían una redacción similar a la de los códigos preunitarios), afirma que en el art. 1º de los diferentes proyectos previos no se estableció ninguna *definizione del reato*, sino más bien la *nozione del reato*, como conjunto de condiciones esenciales y necesarias de punibilidad. BALDASSARRE P., *Storia scientifica del decennio di preparazione del primo libro del codice penale italiano*, Firenze, Tipografia di L. Niccolai, 1880, p. 14-15. Esa misma precisión se utiliza en este texto, aunque la diferencia entre *definizione* y *nozione* no, pues la redacción gramatical utilizada tanto por los códigos preunitarios y por los proyectos previos al *Codice Zanardelli*, más que establecer una simple noción del delito, está -desde una perspectiva normativa- definiendo qué es.

⁴¹⁷ BALDASSARRE reconoce en las fórmulas gramaticales previas al *Codice Zanardelli* una idea de garantía para los ciudadanos. BALDASSARRE P., *Storia scientifica del decennio di preparazione del primo libro del codice penale italiano*, Firenze, Tipografia di L. Niccolai, 1880, p. 14.

⁴¹⁸ Cfr. BALDASSARRE P., *Storia scientifica del decennio di preparazione del primo libro del codice penale italiano*, Firenze, Tipografia di L. Niccolai, 1880, p. 14-18. En el mismo sentido, *Codice penale per il Regno d'Italia, Progetto del Codice penale allegato alla legge 22 novembre 1888 con le modificazioni proposte dalla Sottocommissione e dalla Commissione di revisione e col testo definitivo*, Roma, Stamperia Reale, 1889, p 2-3.

⁴¹⁹ El cambio de perspectiva se dio a través de la modificación propuesta por la Soto-Commissione di revisione del proyecto presentado el 22 de noviembre de 1888. *Codice penale per il Regno d'Italia, Progetto del Codice penale allegato alla legge 22 novembre 1888 con le modificazioni proposte dalla Sottocommissione e dalla Commissione di revisione e col testo definitivo*, Roma, Stamperia Reale, 1889, p 2-3. A partir de dicha propuesta, la fórmula gramatical “*Nessuno può essere punito*” se mantuvo tanto en las modificaciones de la Commissione di revisione así como en el texto final que fue aprobado y que se convirtió en el *Codice Zanardelli*.

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisca reato; e, se vi sia stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.

*Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori siano diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato*⁴²⁰.

Así, el *Codice Zanardelli* reconoció, normativamente, el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, así como el principio de determinación estricta y el principio de irretroactividad de la ley penal, convirtiéndose así en la norma penal más completa en Italia hasta la fecha, atendiendo el contenido y los presupuestos que se derivan del principio de legalidad penal.

El avance logrado por el *Codice Zanardelli* en 1889 en relación con el principio de legalidad penal se mantuvo incólume durante todo el siglo XX. Como se verá, ni siquiera la redacción y promulgación de un nuevo código penal (*Codice Rocco* de 1930) generó cambios a la fórmula gramatical utilizada en 1889. A diferencia de lo que sucedió en Alemania o en la Unión Soviética, en Italia el principio de legalidad penal se mantuvo incólume; ni siquiera el **Progetto Ferri de 1921** (influenciado por la escuela positiva) modificó la concepción de este principio⁴²¹. El art. 1º, inciso 1º de dicho Proyecto conservó la redacción del *Codice Zanardelli* frente a los principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*:

“Nessuno può essere condannato per un fatto, che no sia espressamente preveduto come delitto dalla legge del tempo in cui fu commesso, né sottoposto a sanzioni che non siano da essa stabilite.

Si applica la legge posteriore, se le sue disposizioni siano più favorevoli all'imputato, tranne che si tratti di delinquenti abituali. Per gli infermi di mente ed i minorenni si applica la legge vigente al tempo del giudizio.

*Se vi sia stata condanna per un fatto, che secondo una legge posteriore non costituisce delitto, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali*⁴²².

La propia Comisión redactora expresó en el proyecto la idea de mantener la redacción del *Codice Zanardelli* (y, con ella, el concepto del principio de legalidad penal). Así las cosas, el principio *nullum crimen sine lege*, el principio *nulla poena sine lege*, así como el principio de determinación estricta no fueron modificados por este proyecto. Por el contrario, los cambios más trascendentales se dieron en los incisos 2º y 3º del art. 1º del *Progetto Ferri*, dentro de los cuales se incorporó el art. 2º del *Codice Zanardelli* en relación con el principio de irretroactividad de la ley penal⁴²³.

A pesar de que la idea inicial de la Comisión era establecer la irretroactividad absoluta de todas las leyes penales, incluidas las leyes más favorables para el delincuente⁴²⁴, el proyecto finalmente no

⁴²⁰ *Codice penale e di procedura penale*, Milano, Ulrico Hoepli Editore-Libraio della Real Casa, III ed., 1908, p. 5.

⁴²¹ RONCO M., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 18.

⁴²² COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DELLE LEGGI PENALI, *Progetto preliminare di Codice Penale Italiano per i delitti. Relazione del Presidente Enrico Ferri*, Libro I, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1921, p. 133.

⁴²³ “La prima parte dell’art. 1 del progetto riunisce la norma genérica dell’art. 1 del Codice vigente (*nullum delictum sine lege*) con la prima parte dell’art. 2 c.p. vigente, dando un contenuto positivo alla norma stessa. E sostituisce alle parole “punito” e “pene” le parole “condannato” e “sanzioni”. COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DELLE LEGGI PENALI, *Progetto preliminare di Codice Penale Italiano per i delitti. Relazione del Presidente Enrico Ferri*, Libro I, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1921, p. 15-16.

⁴²⁴ “Il cittadino ha diritto di compiere qualsiasi atto che non sia proibito dalla legge; ma se commette un delitto dovrebbe sottostare alle sanzioni o più miti o più gravi stabilite nella legge imperante al momento del giudizio, sopportando le conseguenze legali del suo modo di agire antisociale ed antiguridico”. Cfr. COMMISSIONE REALE PER

aplicó dicha irretroactividad absoluta, manteniéndose la retroactividad de leyes favorables, manteniéndose como única excepción la situación de los delincuentes habituales. Como puede verse, el cambio realizado por el *Progetto Ferri* de 1921 no es sustancial; se limita, exclusivamente, a un asunto de irretroactividad de la ley penal, exceptuándose dicho principio frente a los delincuentes habituales. Se trata, sin lugar a dudas, de una posición lógica atendiendo la concepción de la escuela positiva frente a la peligrosidad del delincuente.

Finalmente, debe discutirse el contenido del **Codice penale de 1930** (*Codice Rocco*), que desarrolla el principio de legalidad penal en sus art. 1º y 2º. El reconocimiento de este en el *Codice Rocco* es, a primera vista, el mismo que ya hubiera establecido el *Codice Zanardelli* en 1889; los art. 1º y 2º poseen el mismo contenido sustancial y la misma redacción, razón por la cual podría concluirse que ambas disposiciones reconocen el mismo nivel de garantía frente a este principio.

Sin embargo, es innegable que el origen histórico del Código penal de 1930 se debe a un Estado totalitario, como lo fue el régimen fascista. Esto último ha generado que la *ratio* histórica del principio de legalidad penal en dicho código sea un asunto discutible⁴²⁵ (incluso, se trata de un asunto insuperable). Existen, pues, dos posiciones frente a la *ratio* histórica del principio de legalidad penal en el *Codice Rocco*.

Por una parte, se afirma que el reconocimiento del principio de legalidad en este código corresponde a una *ratio* no garantista. En este sentido, la legalidad penal se consideró como un simple mecanismo para garantizar el cumplimiento de la voluntad del Estado; de esta manera, la exclusividad de la ley se consideraba sólo como expresión de la voluntad -insuperable- del Estado⁴²⁶. Así las cosas, el principio de legalidad se mantendría *sub specie auctoritatis*, no *sub specie libertatis*, con lo cual no constituiría una garantía del ciudadano sino, al contrario, una manifestación del poder del Estado⁴²⁷. La inclusión del principio de legalidad en este código obedeció a un respeto del legislador a un principio que ya -en ese momento histórico- había sido aceptado como natural⁴²⁸. Lo anterior parece tener sentido cuando se verifica que el *Codice Rocco* evidencia su cariz autoritario en la tipificación de los delitos en la parte especial⁴²⁹, lo cual es consecuencia directa del reconocimiento del principio de legalidad en su parte general.

LA RIFORMA DELLE LEGGI PENALI, *Progetto preliminare di Codice Penale Italiano per i delitti. Relazione del Presidente Enrico Ferri*, Libro I, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1921, p. 16.

⁴²⁵ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 311-312. En el mismo sentido, PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, VIII ed., 2003, p. 66.

⁴²⁶ En este sentido, CONTENTO G., *Corso*, op. cit., p. 35; NUVOLONE P., *Norme penali e principi costituzionali*, in NUVOLONE P., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1969, p. 682; MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 5-6; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 136; VINCIGUERRA S., *Dal Codice Zanardelli al Codice Rocco. Una panoramica sulle ragioni, il metodo e gli esiti della sostituzione*, in AA. VV., *Il Codice Penale per il Regno d'Italia (1930). Codice Rocco*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, CEDAM, 2009, p. XXVII-XXVIII.

⁴²⁷ BETTIOL G., *El problema penal*, op. cit., p. 73-74. En el mismo sentido, CAMPBELL A. H., *Fascism and Legality*, in *L. Q. Rev.*, Vol. LXII, Issue 1, Oxford, Sweet & Maxwell, 1946, p. 143; PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 1999, p. 217. En este sentido, y frente al art. 1 del c.p.i.: “*duttilità politica del mero principio di legalità (...) che di per sé non risulta di ostacolo ad un disegno politico-giuridico autoritario*”. Cfr. MOCCIA S., *La promessa*, op. cit., p. 34.

⁴²⁸ Vid. BETTIOL G., *El problema penal*, op. cit., p. 73-74.

⁴²⁹ Vid. CATTANEO M.A., *Certeza del diritto soltanto sulla carta e pericolo totalitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XLV, Nº 4, Milano, Giuffrè Editore, 2015, p. 1356; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, CEDAM, 1979, p. 136-137.

Sin embargo, hay quienes ven en el reconocimiento del principio de legalidad en el *Codice Rocco* una *ratio* garantista. De esta manera, el código tiene que dividirse en dos partes completamente diferentes: la primera es la parte general (relacionada con la ley penal), la cual tiene una inspiración democrático-liberal; mientras que, la segunda parte correspondiente a las normas jurídicas donde se tipifican los comportamientos prohibidos (es decir, la parte especial), desarrolla el aspecto más totalitario del Estado en ese momento histórico⁴³⁰.

Esta tesis tiene como respaldo los trabajos preparatorios del *Codice Rocco*, pues estos demuestran el deseo de conservar el principio de legalidad penal como garantía de libertad de todos los ciudadanos⁴³¹. De allí que el nuevo Código penal de 1930 conservaría la fórmula utilizada por el *Codice Zanardelli*: “*essa continuerà a costituire il presidio massimo per la libertà dei cittadini, la quale non può essere penalmente limitata, se non in seguito ad un espresso divieto del legislatore, né con sanzioni che non siano state antecedentemente da questo stabilite*”⁴³².

Ya sea que la *ratio* histórica del principio de legalidad penal en el *Codice Rocco* fuera o no garantista, el asunto -por lo menos en términos jurídicos y prácticos- quedó solucionado con la promulgación de la Constitución política italiana de 1946, pues a partir de dicho texto constitucional el principio de legalidad penal adquiere, indudablemente, una *ratio* garantista de la libertad y los derechos de los ciudadanos⁴³³.

La Constitución política italiana reconoció el principio de legalidad a través del art. 25, inciso 2^o⁴³⁴, cuyo origen histórico ha sido señalado, precisamente, en el iluminismo⁴³⁵:

“*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.*”

Dicha disposición normativa le otorga al principio *nullum crimen sine lege* un valor constitucional (por primera vez en Italia), y no meramente legal⁴³⁶; de esta manera, el axioma de legalidad penal se erige como el fundamento constitucional del entero sistema penal italiano⁴³⁷, un real “*connotato fondante*” del Estado de derecho existente en Italia⁴³⁸. Y es gracias precisamente al carácter rígido de la Constitución italiana que el principio de legalidad penal adquiere una fuerza vinculante para todos los órganos del Estado, incluido el propio órgano legislativo; de esta manera, el principio pasó de una prohibición dirigida sólo para el juez y al órgano ejecutivo (su incorporación se daba sólo

⁴³⁰ BETTIOL G., *Diritto penale*, op. cit., p. 27.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 101.

⁴³² MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale, Progetto definitivo di un nuovo Codice Penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Vol. V, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, p. 19. En el mismo sentido, BETTIOL G., *Diritto penale*, op. cit., p. 101-102.

⁴³³ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 77.

⁴³⁴ Tal reconocimiento es directo, pues como se verá (*supra*, capítulo III) son varias las normas constitucionales de las cuales puede deducirse, directa o indirectamente, las diferentes consecuencias del principio de legalidad penal.

⁴³⁵ NUVOLONE P., *Norme penali e principi costituzionali*, in NUVOLONE P., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1969, p. 682.

⁴³⁶ PAGLIARO A., voce *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XXIII, 1973, p. 1040; PANNAIN R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. I, III ed. completamente rielaborata, 1962, p. 100.

⁴³⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 5.

⁴³⁸ PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, II ed., 2006, p. 102; PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 1999, p. 217.

en una ley ordinaria) a incluir, además, al legislador, todo ello gracias a su reconocimiento en el texto constitucional⁴³⁹.

6.2. Desarrollo doctrinal del principio de legalidad penal en Italia:

Hablar del desarrollo histórico de la doctrina italiana implica, inevitablemente, pensar en las diferentes escuelas existentes desde comienzos del siglo XVIII con BECCARIA hasta llegar a comienzos del siglo XX con las precisiones formuladas por ROCCO, frente al objeto y método de la ciencia del derecho penal. Por ello, los desarrollos doctrinales del principio de legalidad en Italia se clasificarán atendiendo a dicha contingencia histórica, comenzando por el análisis de los autores representantes de la *escuela clásica italiana*.

De esta manera, debe afirmarse que autores clásicos italianos como el propio BECCARIA, junto con ROMAGNOSI, CARMIGNANI, ROSSI y CARRARA desarrollaron el principio de legalidad penal atendiendo a bases filosóficas diferentes (contractualismo o iusnaturalismo), como ya pudo evidenciarse al analizar los desarrollos logrados por el iluminismo en esta materia. Junto a dichos autores debe mencionarse, además, la obra de PESSINA, quien atribuyó a la ley penal la función de precisar el contenido del derecho penal⁴⁴⁰. A partir de dicha función de delimitación, es lógico concluir (como lo hizo este autor) que el derecho penal se limita a lo establecido por la ley⁴⁴¹, con lo cual empezaría a delinearse el vínculo existente entre el derecho penal objetivo (ley penal) y la limitación correlativa al derecho penal subjetivo (potestad punitiva del Estado), vínculo que -posteriormente- ALIMENA, FLORIAN, MANZINI y el mismo ROCCO reconocerían también de manera clara.

Para PESSINA, la ley penal es fruto de la conciencia nacional, de la cual ella emana. La legitimidad de la legalidad penal -atendiendo su origen y su propia existencia- surge de dicha conciencia, resultado genuino de la discusión en la que deben participar todas las opiniones individuales de los miembros de la sociedad⁴⁴². Con ello, este autor italiano recalcó el papel fundamental que juega la democracia (específicamente, el debate democrático) en la construcción del concepto de legalidad penal.

Ahora bien, analizadas ya las contribuciones de la *escuela clásica italiana* frente a la discusión del principio de legalidad penal, debe realizarse la misma tarea frente a la *escuela positivista*. Acorde con BETTIOL, para los positivistas el principio de legalidad penal carecía de sentido, pues aquello que se juzga no es la acción realizada, sino la peligrosidad del sujeto⁴⁴³. Por ello, no tendría ningún sentido la descripción previa de comportamientos prohibidos si aquello que el legislador busca perseguir es la peligrosidad del delincuente⁴⁴⁴.

⁴³⁹ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 311. En el mismo sentido, MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale. Parte general*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 33; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, IV ed. riestampa con addenda integrata, 2012, p. 36-37.

⁴⁴⁰ PESSINA E., *Elementos*, op. cit., p. 204.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 204-205.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 205.

⁴⁴³ BETTIOL G., *Diritto penale*, op. cit., p. 100-101. En el mismo sentido, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 132136.

⁴⁴⁴ BETTIOL explica que ningún positivista haya señalado la necesidad de derogar el principio de legalidad penal por una circunstancia histórica, en la medida en que el ambiente cultural y político no estaba preparado para tal declaración.

Sin embargo, y contraria a la interpretación de BETTIOL, los positivistas italianos sí reconocieron el principio de legalidad penal y su trascendental importancia; el *Progetto Ferri* de 1921 confirma la confianza de la *scuola positiva* frente a la ley penal, aun partiendo de presupuestos y métodos diferentes a la *scuola classica*. La Escuela positivista reconoció el principio de legalidad penal a partir de su fundamento político (esto es, a través de la vinculación de este principio con la idea de un Estado liberal)⁴⁴⁵; en esa medida, ningún otro fundamento (científico o jurídico) permite explicar cómo este principio se mantuvo a pesar del concepto de peligrosidad criminal que manejaba la Escuela positivista⁴⁴⁶.

Como representantes de la *scuola positiva* debe señalarse, en primer lugar, a FLORIAN quien califica el principio de legalidad penal como un pilar (“*palladio*”) de la libertad de los ciudadanos; se trata de un presupuesto necesario anterior del delito y de las penas⁴⁴⁷. De esta manera, este autor italiano vincula el principio de legalidad penal con el derecho penal objetivo, pues el primero es a la vez fuente y medida del éste último⁴⁴⁸.

Al igual que FLORIAN, GRISPIGNI también realizaría contribuciones significativas frente al principio de legalidad penal. Este autor establece un énfasis entre la *colpavolezza* y el principio de legalidad penal, calificándolo como un principio esencial, pero excepcional⁴⁴⁹. Si la *difettosità psichica* es un presupuesto del delito que depende de la existencia de impulsos criminales intensos, la ley penal es la mejor prueba del peligro inherente a la conducta criminal, en la medida en que establece una amenaza de pena previa a la comisión del delito, con lo cual se verifica la *colpavolezza* (en sentido psicológico)⁴⁵⁰.

Luego de estos dos autores italianos, RANIERI -a través de su manual- enfatizaría el significado histórico del principio de legalidad, reconociéndolo como un principio esencial, conforme con la actual conciencia jurídica. Señalaría, además, que los intentos históricos -legales y doctrinales- que buscan desconocer este principio no han tenido resonancia alguna⁴⁵¹.

Por su parte, E. FERRI reconoció el principio de legalidad penal como una de las características más importantes del derecho penal en los países civilizados, auténtica reacción a las aberraciones que sucedieron antes de la revolución francesa (Principio IV)⁴⁵². En esa medida, la ley penal genera dos obligaciones diferentes: es una norma vinculante tanto para el ciudadano (norma prohibitiva) como para el juez, en el entendido de que éste debe actuar conforme a ella (se encuentra obligado a su

⁴⁴⁵ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 498; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 293.

⁴⁴⁶ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 6. En el mismo sentido, VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 498; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 293.

⁴⁴⁷ FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 179.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 179-180.

⁴⁴⁹ GRISPIGNI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 307-308. Aunque, no especifica las razones o motivos por los cuales puede excepcionarse el principio.

⁴⁵⁰ GRISPIGNI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 307-308.

⁴⁵¹ RANIERI S., *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, T. I, 1975, p. 51-53.

⁴⁵² FERRI E., *Principios de derecho criminal*, Madrid, Editorial Reus, 1933, p. 34. Esta posición no lleva a FERRI a aceptar que el derecho objetivo limita el derecho subjetivo o potestad punitiva del Estado; dicha potestad de castigar en cabeza de la sociedad (que más que derecho implica un deber) no se limita por el derecho objetivo que ella misma emite. Cfr. FERRI E., *Principios de derecho criminal*, Madrid, Editorial Reus, 1933, p. 113-116.

contenido)⁴⁵³. Ambos vínculos se concretan en las diversas prohibiciones negativas (*neminem laedere*) que imponen las leyes penales; de esta manera surge la potestad del ciudadano de hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley⁴⁵⁴. A partir de la ley penal se concretaría tanto el conocimiento del ciudadano respecto de las conductas prohibidas, así como la garantía o libertad de realizar cualquier comportamiento no prohibido⁴⁵⁵.

Para este autor italiano, del principio de separación de poderes (como axioma político y jurídico) surge la garantía de libertad a través del respeto a la ley escrita: si aquello que se juzga es el hecho y no el delincuente, sólo a través de la ley pueden señalarse las condiciones específicas que califican o excusan un delito⁴⁵⁶. En su obra “*Sociologia criminale*” afirmaría que:

“*Senza di ciò si apre l'adito all'arbitrio individuale, si toglie ogni base alla eguaglianza giuridica dei cittadini e si arrischia di pagare con troppi abusi e soprusi i rari beneficii, che da tale onnipotenza dei giudici potrebbero aversi e dalla mera possibilità dei quali altri si lascia sedurre, non elevandosi al di sopra dei fatti isolati*”⁴⁵⁷.

Por su parte, ALIMENA (representante de la *terza scuola*) reconoció que el ciudadano tiene el derecho de limitar la exigencia del Estado (y, por lo tanto, su propia responsabilidad) atendiendo sólo a las obligaciones que la norma penal impone; de ello se deduciría, como ya lo habría reconocido ya FERRI, que el ciudadano tiene el derecho de hacer todo lo que la norma no prohíbe⁴⁵⁸. La norma penal no sólo limita el derecho penal objetivo (como lo reconocería luego MANZINI⁴⁵⁹), sino también el derecho penal subjetivo, es decir, la potestad jurídica del Estado para castigar: el Estado sólo puede castigar los comportamientos prohibidos por una ley penal, restringiendo su derecho de castigar frente a los demás comportamientos (que, al no estar prohibidos por ley penal, están permitidos para el ciudadano)⁴⁶⁰. Con esta precisión histórica realizada por ALIMENA, queda clara la naturaleza también sustancial (y no, meramente formal) del principio de legalidad penal.

Para hablar de la *escuela técnico jurídica*, es preciso iniciar con los planteamientos que hiciese A. ROCCO respecto del principio de legalidad penal. En su trabajo *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, este autor italiano reconocería una diferencia esencial en el derecho punitivo previo al establecimiento de una ley positiva; afirma que, al ser el derecho de castigar un poder “político” (*strafgewalt*), originariamente era absoluto e ilimitado; pero, al estar regulado por la ley positiva, este poder debe limitarse, convirtiéndose así en un poder jurídico, en una verdadera facultad o posibilidad (real derecho subjetivo) en cabeza del Estado⁴⁶¹.

La existencia de un poder político soberano es, para ROCCO, un presupuesto indispensable del derecho penal; y tal derecho subjetivo preexiste al derecho penal objetivo (la ley penal positiva)

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 113.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 125.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, 1933, p. 128.

⁴⁵⁶ FERRI E., *Sociologia criminale*, Torino, Fratelli Bocca Editori, IV ed., 1900, p. 800.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 799.

⁴⁵⁸ ALIMENA B., *Principios*, op. cit., p. 221.

⁴⁵⁹ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. I, Nuova edizione completamente aggiornata, 1948, p. 189.

⁴⁶⁰ ALIMENA B., *Principios*, op. cit., p. 224.

⁴⁶¹ Cfr. ROCCO A., *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Prato, Tipografia Giachetti, 1904, p. 5-6, 9.

aunque ésta tiene la función de limitar y regular -precisamente- ese derecho “político” que denomina *potere punitivo*⁴⁶².

Por su parte, V. MANZINI -como otro representante de la *escuela técnico jurídica*⁴⁶³- reconoció en el art. 1º del *Codice Rocco* el principio *nullum crimen sine lege* no sólo como una garantía esencial para el ciudadano (garantía del ciudadano en la medida en que éste puede conocer los límites de su libertad), sino además como una garantía de justicia objetiva, puesto que al limitar, a través de la ley penal, la potestad de crear delitos e imponer sanciones se garantiza que el proceso de creación del delito se dé siempre preventivamente, sin saber a ciencia cierta a quién se aplicará; de tal manera, queda excluida cualquier *impulsividad* en la creación de la ley⁴⁶⁴. La legalidad penal, así entendida para MANZINI, comporta un principio de doble garantía: garantía de libertad y garantía de justicia objetiva.

Resuelto, históricamente, la discusión entre las diferentes escuelas, queda por analizar -en este punto específico- los autores italianos más recientes al fin de la segunda guerra mundial, a efectos de verificar -desde una perspectiva histórica- los avances doctrinales logrados en el principio de legalidad penal a propósito de la recién expedida Constitución política italiana de 1946. Por ello, se analizarán sólo las contribuciones de PANNAIN, GRANATA, MAGGIORE, PETROCELLI y BETTIOL.

Por su parte, PANNAIN es el primero autor italiano que habla del principio de legalidad penal como un principio constitucional en cuanto legalidad en la aplicación de las penas⁴⁶⁵, todo ello como consecuencia del reconocimiento realizado por el art. 25 de la Constitución italiana. Ve, en la ley como manifestación de la voluntad del Estado, la fuente inmediata más importante del derecho penal objetivo⁴⁶⁶. Siguiendo a este autor, GRANATA partiría por afirmar que el principio de legalidad es uno de los principios basilares de la civilización jurídica moderna (“*moderna civiltà giuridica moderna*”), constituyendo fundamento de todo el derecho penal⁴⁶⁷. Recordando los Códigos penales alemán de 1935 y soviético de 1922 afirmó, de manera categórica, que cualquier intento por controvertir el valor del principio de legalidad penal contrastaría con las exigencias jurídicas básicas de un derecho penal moderno⁴⁶⁸, concluyendo que: “*Non vi possono e non vi potranno mai essere reati se non determinati dalla legge ed un altro grande principio si ricollega in maniera insopprimibile a questa fondamentale materia: quello della irretroattività della norma penale*”⁴⁶⁹.

A pesar de su posición totalitaria inicial, MAGGIORE también aceptaría el valor histórico y jurídico del principio de legalidad penal en el periodo de la postguerra. En su obra, *Principi di diritto penale*, este autor italiano enfatizó el vínculo existente entre este concepto y cierto tipo de “*civiltà*”; el

⁴⁶² ROCCO A., *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Prato, Tipografia Giachetti, 1904, p. 9-10.

⁴⁶³ Incluso, se ha afirmado que V. MANZINI, junto con A. ROCCO y E. MASSARI son “*i sommi sacerdoti del tecnicismo giuridico*”. Cfr. CALVI A. A., *Ugo Spirito Criminalista*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. III-IV, T. II, Firenze, Università degli Studi di Firenze, 1974-1975, p. 823.

⁴⁶⁴ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. I, Nuova edizione completamente aggiornata, 1948, p. 200.

⁴⁶⁵ PANNAIN R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. I, III ed. completamente rielaborata, 1962, p. 100.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 99-100.

⁴⁶⁷ Cfr. GRANATA L., *Compendio di diritto penale italiano. Parte generale*, Roma, Edizione dell’Ateneo, 1953, p. 31.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 33.

principio de legalidad penal depende, así, de la concepción de un Estado democrático-liberal⁴⁷⁰. Esa posición neutral, limitada a vincular este principio con cierto contexto histórico surgido del iluminismo europeo, sería modificada con una primera posición donde le desconocería cualquier valor al interior de un Estado totalitario (*infra*, 5). Sin embargo, en su obra *Diritto penale*, MAGGIORE propugnaría por reconocerle al principio de legalidad penal un valor intrínseco, afirmando que éste se funda en el respeto de la dignidad de la persona humana⁴⁷¹. El desconocimiento de la legalidad penal como garantía se convierte -para MAGGIORE- en una inexcusable y desacertada idea de “máxima de autoridad” en los Estados totalitarios⁴⁷²; lo que otrora fueron sabios ejemplos de superación de viejas nociones jurídicas del iluminismo (el Código soviético y el Código alemán nazi), pasaron a calificarse como “inexcusables retrocesos del derecho”⁴⁷³. Por ello, es natural que este autor califique el principio de legalidad penal como una “gloriosa conquista de la conciencia jurídica”⁴⁷⁴.

PETROCELLI, por su parte, calificó inicialmente el principio de legalidad penal como un principio histórico contingente, resultado de la lucha política que se libró durante el iluminismo⁴⁷⁵. En la misma obra, *Principi*, reconoce que este principio, además de ser un resultado histórico producto de la revolución política que se vivió en el siglo XVIII, es un principio moral y una exigencia lógica de cualquier ordenamiento jurídico⁴⁷⁶. De manera posterior, afirmaría que se trata de un principio fundamental de la cultura jurídica actual, garantía de la libertad de todos los ciudadanos y de la certeza del derecho⁴⁷⁷. A pesar de que lo califica -en un inicio- como un principio de orden, cuya existencia le interesa en primera medida al Estado⁴⁷⁸, precisaría luego que tal principio es incompatible con regímenes despóticos pues evita la utilización arbitraria de la pena como un medio para constreñir o limitar la libertad del ciudadano⁴⁷⁹.

Finalmente, y en relación con el análisis histórico del principio de legalidad penal en Italia, BETTIOL diferenciaría entre fuentes formales y fuentes sustanciales del derecho penal (éstas últimas caracterizadas por ser la materia con la cual el legislador crea la ley, que no puede ser otra -para este autor- que la moral y el derecho natural⁴⁸⁰). Dentro de las fuentes formales, BETTIOL afirmó que tanto la Constitución italiana como el Código penal le otorgaban a la ley penal una preeminencia absoluta en el derecho penal⁴⁸¹; el principio de legalidad penal se estructura, así, en un principio que ni el legislador puede desconocer ni mucho menos derogar⁴⁸². Este autor italiano considera este axioma como un asunto ya decantado históricamente, puesto que durante todo el siglo XIX fue reconocido innumerablemente por las diversas codificaciones penales en Europa y gran parte del mundo⁴⁸³.

⁴⁷⁰ MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 105.

⁴⁷¹ MAGGIORE G., *Derecho penal*, Bogotá, Editorial TEMIS, Vol. I, 1985, p. 140.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 141.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 141.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 141.

⁴⁷⁵ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 125.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 125.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 187.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 126.

⁴⁷⁹ PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 187-188.

⁴⁸⁰ BETTIOL G., *Diritto penale*, op. cit., p. 93-98.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 99.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 99.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 99-100.

A pesar de las tentativas más recientes por desconocer o derogar este principio (para la época de BETTIOL, se habla del Código penal alemán de 1935 y el Código penal ruso de 1922), él reconoció un vínculo inescindible entre el principio de legalidad penal y la dignidad humana, con lo cual al desconocer el primero se desconoce -automáticamente- el segundo: “*Sino a tanto che potremo ancora credere nella dignità della persona umana, dovremo così postulare come dogma il principio nullum crimen, nulla poena sine proevia lege penali*”⁴⁸⁴. Vinculado con la protección de la dignidad humana, la legalidad penal se estructura en un requisito sustancial para una verdadera justicia racional⁴⁸⁵.

La libertad del ciudadano se consigue a través de leyes ciertas y precisas (*libertas sub lege*)⁴⁸⁶, razón por la que el principio de legalidad penal, además de ser un límite al legislador y al juez, es una garantía del ciudadano; así, el Codice penale de 1930 (a pesar de ser producto de un Estado totalitario) se mantuvo fiel al significado de garantía del principio de legalidad penal⁴⁸⁷.

Este es el panorama del principio de legalidad penal luego del fin de la segunda guerra mundial.

7. El principio de legalidad penal en Colombia:

Analizado el desarrollo histórico del principio de legalidad penal en Italia, debe realizarse el mismo examen en relación con la legislación colombiana. A tales efectos, este examen se dividirá, por una parte, en el análisis legal y constitucional del principio, mientras que -por otra parte- se hará el respectivo análisis doctrinal. Sin embargo, debe reconocerse que el desarrollo histórico de este principio en Colombia puede resultar más complejo. Esta circunstancia se debe, esencialmente, a la naturaleza legal y constitucional del principio y la convulsionada historia jurídica y política de Colombia⁴⁸⁸. A lo largo de toda la época republicana, Colombia ha contado con 12 constituciones nacionales, sin incluir las diferentes constituciones provinciales y federales que existieron durante determinados periodos de tiempo; además de estos textos constitucionales, Colombia también ha contado con 6 códigos penales y 4 proyectos de código que jamás se expidieron. Es notable la cantidad de fuentes jurídicas que han existido en Colombia durante los anteriores 207 años.

Atendiendo esta realidad histórica, debe realizarse una precisión en relación con el análisis realizado frente a la realidad jurídica colombiana: se ha intentado trazar un análisis histórico similar al realizado frente a Italia, con lo cual el marco temporal estudiado se concentra en la época de la república, es decir, desde 1810 hasta el día de hoy⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 103.

⁴⁸⁵ Cfr. BETTIOL G., *El problema penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1995, p. 62-73.

⁴⁸⁶ Para BETTIOL la ley cierta y precisa es el pilar de la libertad del hombre. BETTIOL G., *Diritto penale*, op. cit., p. 103.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 101.

⁴⁸⁸ VELÁSQUEZ retrata de la siguiente manera convulsionado periodo: “*Durante esta fase solo se han sucedido pugnas intestinas por el poder, enmarcadas en las disputas liberal-conservadoras que han desatado guerras, inestabilidad institucional, atraso y subdesarrollo; los privilegios han sido usufructuados por diversos y escogidos núcleos familiares, que los han transmitido de generación en generación, con el consecutivo ascenso de la miseria, el descontento social, la violencia, el terrorismo y la criminalidad organizada*”. Cfr. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 418. En el mismo sentido, VELÁSQUEZ F., *El derecho penal colombiano y la ley importada*, in *Nuevo Foro Penal*, Vol. XXXVIII, 1987, p. 431.

⁴⁸⁹ En la dogmática penal colombiana se han establecido diferentes etapas históricas para clasificar el desarrollo del derecho penal nacional. *Ibidem*, p. 429.

7.1. Desarrollo constitucional y legislativo del principio de legalidad penal en Colombia:

Con el proceso de independencia de las colonias españolas, iniciaría -conjuntamente- la emancipación jurídica de éstas con la metrópolis. Como resultado de dicho movimiento revolucionario, durante los primeros años de la república se expidieron diferentes constituciones republicanas. Sin embargo, es interesante observar como el proceso de independencia de la Nueva Granada (de manera conjunta con el mismo proceso gestado en Venezuela) tuvo como clara inspiración la filosofía liberal del iluminismo, y con ella, trajo consigo toda la doctrina política de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y los movimientos revolucionarios sucedidos en Francia y en Norteamérica⁴⁹⁰.

La historia política de la naciente República de la Nueva Granada, en sus inicios, puede dividirse en dos épocas; por una parte, se ha denominado como *primera república* los años transcurridos entre 1811 -fecha en la que da inicio de la independencia- hasta 1816, cuando comienza el proceso de reconquista de la Corona Española sobre el territorio granadino; por otra parte, se denomina *segunda república* la independencia readquirida a través de la Batalla de Boyacá el 7 de agosto de 1819.

Sin lugar a dudas, la mayor discusión que se dio durante los primeros años de independencia -y que marcaría la historia política y constitucional del país durante todo el siglo XIX- fue el enfrentamiento político entre centralismo y federalismo en el país⁴⁹¹; ello generó la existencia de numerosas constituciones regionales que cada provincia del Reino de Nueva Granada se dieron durante todo el lapso de la *primera república*⁴⁹².

La primera constitución regional de la *primera república* fue la **Constitución de Cundinamarca**, promulgada el 4 de abril de 1811. A pesar de ser una constitución monárquica -pues el Rey Fernando VII continuaba siendo el Jefe de Estado-, es claro que estableció en su Título XII, art. 1º, los derechos del hombre, dentro de los cuales incluyó en su numeral 14 lo que sería la fórmula gramática que, por excelencia y con algunas modificaciones, utilizarían los textos constitucionales colombianos para reconocer el principio de legalidad penal, siguiendo así el art. 7º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. De esta manera, estableció que “*Ninguno*

⁴⁹⁰ Lo reconoce así RESTREPO PIEDRAHITA: “*La filosofía liberal del iluminismo, el espíritu de las revoluciones norteamericana y francesa, la doctrina política de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y, específicamente, la seducción por el sistema federal estadounidense, fueron las fuentes de inspiración de los independentistas de Caracas y Santafé*”. Cfr. RESTREPO PIEDRAHITA C., *Primeras constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, II Ed., 1996, p. 23. Lo anterior es evidente, gracias a la traducción al español de dicha Declaración por parte de Antonio Nariño, publicación que fue fundamental en todo el proceso de independencia neogranadino. Cfr. POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones de Colombia*, Bogotá, Imprenta de Echeverría Hermanos, 1892, p. 1; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 137.

⁴⁹¹ RESTREPO PIEDRAHITA C., *Primeras constituciones*, op. cit., p. 45.

⁴⁹² Lo explica con claridad POMBO y GUERRA: “*la Junta Suprema dirigió circulares á las provincias á fin de que eligiesen Diputados para componer un Cuerpo Constituyente de Cundinamarca, á razón de uno por cada Provincia. Las respuestas que obtuvo Santafé fueron bien diferentes, pues algunas Provincias se declararon enemigas de Cundinamarca y se mostraban celosas de su hegemonía, desconocida hasta Julio de 1810. Se engañaron por desgracia nuestros padres queriendo proclamar la federación a imitación de los Estados Unidos (...) Y así las Provincias se dividieron respecto de la invitación de Santafé, y desde aquí comenzaron las soberanías con sus rivalidades (...) A tal estado llegaron las cosas, que formaron Juntas independientes Cartagena, Antioquia, Citará, Popayán, Cali, Neiva, Mariquita, Pamplona, Casanare y Tunja*”. Cfr. POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones*, op. cit., p. 4.

*puede ser llamado á juicio, acusado, preso, arrestado, arraigado ni confinado, sino en los casos y bajo las formas prescritas por la Constitución ó la ley*⁴⁹³. Incluso, a pesar de la expedición de otra constitución de Cundinamarca -esta vez, republicana- en 1812, nada cambió frente a este reconocimiento, pues en su art. 1º (Título preliminar) se consagró el numeral 17 que establecía: *“ninguno puede ser castigado antes de ser oído legítimamente y juzgado por la ley promulgada antes de haberse cometido el delito*⁴⁹⁴.

A pesar de que la redacción de los anteriores numerales siembra dudas sobre el real reconocimiento del principio de legalidad penal -pues, parece consagrar más bien el derecho de debido proceso- es claro que, por una parte, en la Constitución monárquica de Cundinamarca de 1811 se hablaba de *casos prescritos por la ley*, como condición indispensable para ser llamado a juicio, acusado o condenado, situación en la que puede incluirse -sin lugar a dudas- la necesidad de definir el comportamiento prohibido. Por otra parte, cuando la Constitución republicana de Cundinamarca de 1812 estableció la necesidad de ser *juzgado por una ley promulgada antes de haberse cometido el delito*, establece la misma necesidad de predeterminación normativa del comportamiento prohibido. Así pues, parece ser coherente la conclusión de que ambos textos constitucionales sí reconocieron el principio de legalidad penal⁴⁹⁵, máxime cuando ambas disposiciones constitucionales tuvieron como influencia el art. 7º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

En ese mismo año se expediría, además, la **Constitución de Tunja** el 9 de diciembre de 1811, sin lugar a dudas la primera constitución republicana de Colombia⁴⁹⁶. Esta Constitución siguió la misma línea trazada por la Constitución provincial de Cundinamarca, reconociendo de forma análoga el principio de legalidad penal. Por su parte, en su art. 8º afirmó que ningún hombre puede ser arrestado o condenado *“sino en los casos y bajo las fórmulas prescritas por la ley”*⁴⁹⁷; en ese mismo artículo calificó además a quien ejecuta o solicita una orden arbitraria (es decir, por fuera de lo prescrito por la ley) como delincuente. Es interesante observar que esta Constitución de Tunja conservaría -como lo harían las demás constituciones nacionales durante toda la historia republicana de Colombia- la definición mantenida por el art. 1º, numeral 14 de la Constitución de Cundinamarca respecto del axioma de legalidad penal.

De manera conjunta a la similitud existente entre ambos textos constitucionales, la Constitución del Estado de Tunja agregaría una nueva disposición normativa más clara frente al principio de legalidad penal. Así, el art. 11 *ejusdem* afirmó el derecho de toda persona de ser *juzgada por una ley promulgada antes de haberse cometido el delito*, redacción que sería luego transcrita por la Constitución republicana del Estado de Cundinamarca de 1812. Pero, además de dicha precisión, el

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 51-52.

⁴⁹⁴ Véase, POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones de Colombia*, Bogotá, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, T. II, 1951, p. 7.

⁴⁹⁵ Con esta conclusión, frente a la Constitución de Cundinamarca de 1811, véase, VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 258. Esta conclusión parece más evidente cuando se verifica que ambas constituciones -monárquica y republicana- reconocieron en el poder legislativo la potestad de dictar, interpretar y derogar las leyes. Cfr. POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones*, op. cit., p. 28 (Constitución monárquica de Cundinamarca, Título VI, art. 1º, numeral 20); POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones*, T. II, op. cit., p. 19 (Constitución republicana de Cundinamarca, Título IV, art. 1º, numeral 30).

⁴⁹⁶ RESTREPO PIEDRAHITA C., *Primeras constituciones*, op. cit., p. 77.

⁴⁹⁷ URIBE VARGAS D., *Las Constituciones de Colombia*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, T. I, 1977, p. 388.

artículo también reconoció de manera directa el principio de irretroactividad de la ley penal y, con él, aceptó una definición formal de delito al establecer la siguiente fórmula:

*“Las leyes que castigan acciones que precedieron a su existencia, y que sólo por ellas han sido declaradas criminales, son injustas, tiránicas e incompatibles con la libertad; así, ninguna ley civil ni criminal puede tener efecto retroactivo”*⁴⁹⁸.

Es incuestionable, pues, que la Constitución del Estado de Tunja reconoció el principio de legalidad penal⁴⁹⁹. Por su parte, la primera Constitución del Estado de Antioquia, promulgada el 21 de marzo de 1812, mantendría la misma redacción que los arts. 8 y 11 de la Constitución de Tunja, reiterándolos en sus arts. 9º y 12⁵⁰⁰. La consagración del axioma de legalidad penal se mantuvo incólume⁵⁰¹. De igual manera, la segunda Constitución de Antioquia de 1815 también reconocería el principio de legalidad penal en su art. 7º, siguiendo la misma redacción que los anteriores dos textos constitucionales, y manteniendo -casi inmodificable- el contenido del art. 7º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano como su referente histórico. Incluye, además, un art. 10 donde reconoció el principio de irretroactividad de las leyes no sólo penales sino también civiles⁵⁰², tratándose de una transcripción parcial del art. 11 de la primera Constitución de Antioquia. De manera novedosa, en el Título VI, art. 1º, la Constitución de Antioquia de 1815 estableció el principio *nulla poena sine lege* al determinar que el poder judicial se encontraba facultado, en materia penal, para imponer a los delincuentes sólo las penas establecidas por la ley⁵⁰³.

Sin embargo, no es sino hasta la promulgación de la **Constitución de Cartagena** el 14 de junio de 1812 cuando se da un reconocimiento directo e indiscutible al principio de legalidad penal, por lo menos del principio de reserva de ley como una de sus consecuencias. De esta manera, el art. 23 de dicha constitución confería el carácter de injusta, opresiva e inconsistente con un Gobierno libre la creación de leyes que buscaran castigar como delitos ciertos comportamientos cometidos antes de su entrada en vigencia; además de lo anterior, dicha disposición constitucional reconocía el carácter estrictamente normativo del delito, determinando que sólo la ley puede calificar como delito un comportamiento humano⁵⁰⁴, siguiendo en este sentido la Constitución del Estado de Tunja de 1811.

Durante el 1814, solamente se promulgó la **Constitución de la provincia de Popayán**, el 17 de julio. Se trata de un texto constitucional único, que se apartó de lo ya definido por las demás constituciones provinciales en relación (entre muchos otros aspectos) el principio de legalidad penal. Esta constitución, en su Cap. XIII, estableció todo un acápite relacionado con *Disposiciones*

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 389.

⁴⁹⁹ VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 258.

⁵⁰⁰ URIBE VARGAS D., *Las Constituciones*, op. cit., p. 423.

⁵⁰¹ VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 258.

⁵⁰² POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones*, T. II, op. cit. p. 342.

⁵⁰³ URIBE VARGAS D., *Las Constituciones*, op. cit., p. 659.

⁵⁰⁴ Decía el art. 23 *ejusdem*: “*Toda ley hecha para castigar acciones cometidas antes de que existiese, y que no hayan sido declaradas crímenes por leyes anteriores, es injusta, opresiva e inconsistente con los principios fundamentales de un Gobierno libre*”. Cfr. POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones*, T. II, op. cit. p. 101. Resulta interesante mencionar, frente a este texto constitucional, la forma en que reafirmó el principio de separación de poderes. De esta manera, en su art. 24 (Título I) estableció: “*Con el importante objeto de que el Gobierno del Estado, sea, en cuanto pueda ser, un Gobierno de leyes y no de hombres, el departamento legislativo jamás ejercerá los poderes ejecutivo ni judicial; ni el Ejecutivo los poderes legislativo ni judicial; ni el Judicial los poderes legislativo, ni ejecutivo; excepto algún caso particular expresado en la Constitución*”. Cfr. RESTREPO PIEDRAHITA C., *Primeras constituciones*, op. cit., p. 99.

relativas a los juicios criminales; en su art. 115 afirmaría que: “La ley y no el juez es el que juzga, absuelve o condena; por lo que la misma debe arreglar la administración de justicia en lo criminal para el breve y debido seguimiento del proceso y pronto castigo de los delitos”. Se trata, no sólo de una disposición normativa inédita -que no reproduce la fórmula ya predefinida por las demás constituciones provinciales (en un claro influjo del movimiento revolucionario francés del siglo anterior)-, sino además clara al asignar a la ley, y no al juez- el juzgamiento, con lo cual puede concluirse (por lo menos, implícitamente) la necesidad de que sea precisamente tal ley la que defina los comportamientos prohibidos.

La **Constitución del Estado de Mariquita**, promulgada en 1815, seguiría la línea trazada por las constituciones de Cundinamarca, Tunja y Antioquia frente al reconocimiento del principio de legalidad penal; aunque, debe reconocerse que este texto constitucional es más generoso en disposiciones frente al tema. Así, por ejemplo, demarcaría el sentido de garantía del principio de legalidad penal afirmando, en su art. 12, que “la ley debe proteger así la libertad pública como la de cada individuo en particular contra la opresión de los que gobiernan”⁵⁰⁵, con lo cual es clara la influencia del iluminismo europeo en la elaboración de esta constitución regional. Además de ello, dispuso en su art. 13 el mismo reconocimiento que otrora realizaron las demás constituciones de Cundinamarca, Tunja y Antioquia al afirmar que “Ninguno debe ser acusado, aprehendido, puesto en prisión, despojado de su libertad (...) sino conforme a la ley y según las fórmulas prescritas por ella”⁵⁰⁶. Además, esta constitución fue novedosa al establecer, a renglón seguido, en su art. 14, que “todo acto ejecutado contra un hombre fuera de los casos y sin las fórmulas que la ley determina, es arbitrario y tiránico”⁵⁰⁷; se trata, sin lugar a dudas, de una disposición que complementa la anterior y hace aún más evidente el reconocimiento del principio de legalidad como una indiscutible garantía en cabeza de los ciudadanos. El art. 21 se encargaría de reiterar la necesidad de una ley penal que establezca, de manera previa, el comportamiento prohibido al calificar como tiránica una ley retroactiva (reconociendo, así, el principio de irretroactividad de la ley penal)⁵⁰⁸.

Finalmente, la **Constitución de Neiva** promulgada el 31 de agosto de 1815 (última constitución provincial de la época de la *primera república*⁵⁰⁹) estableció en su Título I, art. 1º el principio de legalidad penal; así, el numeral 9 de dicha disposición reitera la fórmula utilizada por las demás constituciones provinciales, con una clara influencia de la Declaración de los derechos del hombre de 1789. De igual manera, en su numeral 12 transcribe el art. 11 de la Constitución del Estado Soberano de Tunja de 1811, reconociendo que toda ley que castiga una acción cometida antes de su entrada en vigencia es tiránica, injustas e incompatibles con la libertad, estableciendo así el principio de irretroactividad de la ley penal⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ Vid. POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones*, T. II, op. cit. p. 293.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 294.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 294.

⁵⁰⁸ Art. 21: “Ninguno debe ser juzgado, ni castigado antes de haber sido oído o llamado legalmente, y en virtud de una ley promulgada antes de haber cometido el delito. La ley que castiga delitos cometidos antes de su publicación es tiránica; el efecto retroactivo dado a la ley es un crimen”. *Ibidem*, p. 295.

⁵⁰⁹ RESTREPO PIEDRAHITA C., *Primeras constituciones*, op. cit., p. 144.

⁵¹⁰ Afirma el art. 1º, numeral 9: “Ningún hombre puede ser acusado, preso, arrestado, arraigado o confinado, sino en los casos y bajo las fórmulas prescritas por la ley”.

Afirma el art. 1º, numeral 12: “Ninguno debe ser castigado ni juzgado sino después de haberse oído y convencido legalmente y en virtud de una ley promulgada antes de cometerse el delito. Las leyes que castigan acciones que precedieron a su existencia y que sólo por ellas han sido declaradas criminales, son injustas, tiránicas e incompatibles con la libertad: así, ninguna ley civil ni criminal puede tener efecto retroactivo.” Cfr. *Constitución del Estado libre de*

En resumen, puede decirse que las diferentes constituciones provinciales de la *primera república* reconocieron el principio de legalidad penal, todo ello a través de transcripciones que hicieran de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, redactada en Francia más de 30 años antes; la única excepción, como ya se indicó, es la Constitución de la provincia de Popayán, que definió el principio de legalidad penal apartándose por completo de la definición ya contenida por la Declaración, y que fuera repetida por los demás textos constitucionales. Es indiscutible, además, la influencia de todo el movimiento iluminista y revolucionario que en la Europa continental se dio durante la segunda mitad del siglo XVIII y parte del siglo XIX, influencia que se haría sentir en el nacimiento republicano de lo que sería, décadas después, la República de Colombia.

A pesar de la “aparente” independencia de la Nueva Granada en la época de la *primera república*, no es desconocido que ciertas regiones se mantuvieron fieles a la Corona Española, razón por la cual la promulgación de la **Constitución de Cádiz** de 1812 en España (o Constitución *pepa*, al ser promulgada durante la festividad de San José el 19 de marzo de 1812) también rigió en algunos sectores de la Nueva Granada en tal época. En dicha constitución no se encuentra un reconocimiento explícito al principio de legalidad penal, más allá de lo establecido el art. 287 *ejusdem* que afirmó:

*“Ningun español podrá ser preso, sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión”*⁵¹¹.

El reconocimiento no es ni siquiera implícito, pues la redacción deja bastantes dudas sobre el verdadero reconocimiento de un *derecho* o *garantía* concretado en una idea de legalidad penal. Ni siquiera el art. 247 puede considerarse un referente histórico lejano de este principio, pues a pesar de ser un verdadero derecho en cabeza de todo español, dicha disposición normativa reconoció el derecho de juez natural más no aquel otro de legalidad penal⁵¹².

Ahora bien, con la independencia militar y definitiva de lo que otrora fuese el Virreinato de la Nueva Granada y la Capitanía de Venezuela en 1819 por el General Simón Bolívar, se convocó a un Congreso que se reunió en la ciudad de Santo Tomás de Angosturas, con la idea de unir ambos territorios y conformar la Gran Colombia; con tal intención se expidió la *Ley fundamental de la República de Colombia*, el 17 de diciembre de 1819. Pero, no fue sino hasta 1821 cuando el Congreso se reunió para expedir la **Constitución de Cúcuta** del mismo año.

Frente a este texto constitucional, VELÁSQUEZ ha precisado los arts. 158, 166 y 167 como disposiciones constitucionales que reconocieron el principio de legalidad penal⁵¹³; sin embargo, uno de dichos artículos no contempla el concepto acá delimitado respecto de este principio. El art. 158

Neiva, revisada en el año de 1815, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015, p. 4-5. Visto en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucion-del-estado-libre-de-neiva-1815/> [10.10.2017]

⁵¹¹ Constitución política de la monarquía española, promulgada en Cádiz á 19 de marzo de 1812, Cádiz, Imprenta Real, 1812, p. 79-80.

⁵¹² Dice el art. 247: “Ningun español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el Tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley”. Cfr. Constitución política de la monarquía española, promulgada en Cádiz á 19 de marzo de 1812, Cádiz, Imprenta Real, 1812, p. 70.

⁵¹³ VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 258; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 137. De la misma manera, pero sólo frente al art. 167, véase, CANCINO A. J., *Obras completas*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, T. I, 1999, p. 97.

de la Constitución de Cúcuta de 1821 reconoció el derecho de que “*todo hombre debe presumirse inocente hasta que se declare culpado con arreglo a la ley*”⁵¹⁴; si bien dicha disposición establece, en efecto, la necesidad de que la responsabilidad penal sea establecida por la ley, no refiere de manera específica a que el comportamiento humano sea necesariamente determinado por ella o, incluso, que la pena también sea precisada únicamente por la ley penal (para hablar del reconocimiento del principio *nulla poena sine lege*); pero, es posible deducir de la expresión “*con arreglo a la ley*” tales exigencias frente al comportamiento prohibido y frente a la pena.

Sin embargo, tales exigencias son establecidas con una mayor concreción en el art. 167 *ejusdem*, donde se utiliza la misma fórmula ya empleada por las constituciones provinciales, con una clara influencia de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789; es en esta disposición constitucional donde se reconoce, de manera directa y clara, el principio de legalidad penal al afirmar la necesidad de que toda privación de la libertad se realice en virtud de una ley previa al delito o acción realizada⁵¹⁵, con lo cual no sólo se establece el principio *nullum crimen sine lege* (indirectamente, también, el principio *nulla poena sine lege*) sino, además, el principio de irretroactividad de la ley penal.

A pesar de lo anterior, el art. 166 -que se ha referenciado como un antecedente histórico del principio de legalidad penal- no reconoció ni directa ni indirectamente este principio; sin lugar a dudas, esta disposición normativa instauró el principio del debido proceso al afirmar que “*Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales sino por los tribunales a quienes corresponda el caso por las leyes*”⁵¹⁶. Sin embargo, poco o nada afirmó sobre la necesidad de que el comportamiento prohibido o la sanción penal fueran definidos previamente por la ley penal, razón por la cual no constituye un referente histórico del principio de legalidad penal; por supuesto, esta conclusión se justifica -o, cuanto menos, se torna coherente- atendiendo a los componentes que se reconozcan de este principio (es decir, al *cómo* está conformado), análisis que se hará en otro momento (*supra*, capítulo II, 4). En resumen, es evidente que la Constitución de Cúcuta de 1821 reconoció, en sus arts. 158 y 167 el principio de legalidad penal.

A pesar de la expedición de la primera constitución nacional, se mantuvo al interior del ordenamiento jurídico nacional la legislación existente en la época de la colonia, es decir, las Leyes de Indias expedidas por la Corona Española; esta situación continuó con la expedición de la Ley 13 de 1825 que estableció la vigencia, en ausencia de normas expedidas por el legislador, de las ordenanzas reales, las recopilaciones y las Siete Partidas⁵¹⁷.

En 1823, por encargo del entonces vicepresidente de la Gran Colombia, el General Santander, se estableció una comisión especial para crear un proyecto de legislación civil y penal propia para la

⁵¹⁴ URIBE VARGAS D., *Las Constituciones de Colombia*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, T. II, 1977, p. 733.

⁵¹⁵ Afirmaba este artículo: “*Nadie podrá ser juzgado, y mucho menos castigado, sino en virtud de una ley anterior á su delito ó acción (...)*”. URIBE VARGAS D., *Las Constituciones*, T. II, op. cit., p. 734; POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones*, op. cit., p. 141.

⁵¹⁶ URIBE VARGAS D., *Las Constituciones*, T. II, op. cit., p. 734.

⁵¹⁷ Vid. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 419. Se trata de un período intermedio entre la creación de un nuevo ordenamiento jurídico y el antiguo derecho español, dentro del proceso de independencia de la Corona España. Cfr. ARBOLEDA F., *La codificación penal colombiana en el contexto latinoamericano*, in *Nuevo Foro Penal*, Vol. XXXVIII, 1987, p. 439-440.

república naciente, comisión de la cual surgió el **primer proyecto de Código penal**⁵¹⁸. Este primer proyecto tuvo como influencia casi exclusiva el Código penal español de 1822⁵¹⁹; es indiscutible que, ya a partir de este primer proyecto, se reconoce en Colombia la importancia del principio de legalidad penal; en su artículo 5º se afirmaba: “A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que le señale ley promulgada antes de su perpetración”⁵²⁰. Además del reconocimiento indiscutible del principio de legalidad penal (por lo menos, respecto de la sanción penal), el art. 1º de dicho proyecto también partiría de un concepto formal de delito como violación de la ley⁵²¹.

En 1826 el Congreso aprobó un Código penal que, finalmente, fue objetado por el poder ejecutivo, por lo que nunca entró a regir⁵²². Sin embargo, en ese mismo año el Secretario Restrepo reconocía la imperiosa necesidad de que el país contará con un código penal propio, puesto que la “triste herencia de España en estas materias es conjunto de penas bárbaras y arbitrarias”⁵²³.

Así, entrarían a regir otras dos constituciones en Colombia, 1830 y 1832, sin que se promulgara un Código penal nacional. Y es que, entre estas dos constituciones se dieron cambios políticos e históricos fundamentales para la historia del país, pues la Gran Colombia -como república conformada por lo que en época de la colonia fue el Virreinato de la Nueva Granada y la Capitanía General de Venezuela- se disolvió en 1831, volviendo a la división territorial mantenida antes del proceso de independencia. Así, de la Gran Colombia se retornó a la Nueva Granada, esta vez como república, siendo necesario un nuevo texto constitucional (esta vez, la Constitución de Nueva Granada de 1832).

De esta manera, ambos textos constitucionales -la **Constitución de la Gran Colombia de 1830** y aquel otro texto constitucional de la **Nueva Granada de 1832**) reconocieron el principio de legalidad penal a través de la misma fórmula literal, con clara influencia de las anteriores constituciones (nacionales y provinciales), y de la Declaración de los derechos del hombre de 1789⁵²⁴. Así, por parte de la Constitución de la Gran Colombia, se reconoció el principio en el Título XI (denominado *De los derechos civiles y de las garantías*), en su art. 146; por parte de la

⁵¹⁸ QUIJANO A., *Ensayo sobre la evolución del derecho penal en Colombia*, Bogotá, Imprenta y Librería de Medardo Rivas, 1898, p. 76-77. En el mismo sentido, GÁLVEZ ARGOTE C., *Siglo y medio de codificación penal. Las motivaciones reales de los códigos penales colombianos*, in *Nuevo Foro Penal*, Vol. XXXVIII, 1987, p. 452-453; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 420.

⁵¹⁹ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 420.

⁵²⁰ Vid. *Proyecto de Código penal para Colombia, tomado con las variaciones necesarias, del que se presentó a las cortes españolas por una comisión en el año 1821*, Bogotá, Imprenta de la República, 1823, p. 1.

⁵²¹ “Es delito todo acto cometido u omitido voluntariamente y á sabiendas, con mala intención y con violación de la ley”. Cfr. *Ibidem*, p. 1.

⁵²² Vid. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 420. A pesar de que este código nunca rigió, es interesante ver cómo se definió el principio de legalidad penal en dicho “proyecto de código penal”. Este principio (en su componente *nulla poena sine lege*) se encontraba reconocido por el art. 2º que afirmaba: “No se impondrán nunca otras penas, que las que señale alguna ley publicada antes de cometer la violación á que se impongan”. El segundo inciso de dicho artículo reconocía el componente *nullum crimen sine lege* al disponer: “Cuando se cometa alguna acción, que aunque parezca punible no está comprendida en este código, ó en alguna ley, no se procederá de ningún modo contra el que la cometió y el juez respectivo dará cuenta a la alta corte de justicia para que la ponga en consideración del congreso”. Véase como se reduce cualquier posibilidad de creación judicial del delito, estableciendo la posibilidad de que la alta corte de justicia (previa comunicación del juez conoedor del caso) le señalara al congreso la necesidad de crear un nuevo delito para evitar una determinada impunidad.

⁵²³ QUIJANO A., *Ensayo*, op. cit., p. 88.

⁵²⁴ Cfr. URIBE VARGAS D., *Las Constituciones*, T. II, op. cit., p. 772, 821.

Constitución de la Nueva Granada, su reconocimiento se dio en el Título X (*Disposiciones generales*), en su art. 191⁵²⁵.

En 1833, luego de la promulgación de la Constitución de la Nueva Granada, se realizó un nuevo proyecto de código penal⁵²⁶, proyecto que constituyó la base esencial para la aprobación y promulgación del primer código penal de Colombia, el **Código penal de 1837**⁵²⁷, fuente jurídica que tuvo como principal influencia, en el mismo grado, los códigos penales de España de 1822 y Francia de 1832⁵²⁸. Antes de la expedición de este código penal, la legislación penal española continuaba rigiendo en la Nueva Granada⁵²⁹, pese a los intentos realizados por el Estado para dotar al país de una legislación propia.

Comparando el Proyecto diseñado en 1833 frente al contenido finalmente aprobado en el Código penal de 1837, puede decirse que no se realizaron modificaciones sustanciales en relación con el principio de legalidad penal, siguiendo con la definición ya trazada por el proyecto de código penal de 1826. De esta forma, el art. 4º tanto del proyecto como del Código penal definieron el principio de legalidad penal de la siguiente manera:

*“Ningun delito ó culpa pueden ser castigados con penas que no hayan sido señaladas por una lei publicada antes de su perpetración”*⁵³⁰.

Si bien puede reconocerse en esta disposición la consagración explícita del principio *nulla poena sine lege* (no de la misma manera frente al principio *nullum crimen sine lege*⁵³¹), el art. 5º es claro en reconocer -por primera vez en Colombia, de manera legal y no sólo constitucional- este último principio a través de la siguiente redacción: *“Cuando se cometa alguna acción que, aunque parezca punible, no tenga señalada pena por la lei, no se procederá contra el que la cometió, i el juez respectivo dará cuenta à la suprema corte de justicia por el conducto regular, para que lo manifieste al Congreso”*⁵³², siguiendo la misma redacción que la utilizada por el Proyecto de Código penal de 1826.

⁵²⁵ El texto constitucional decía lo siguiente, compartiendo la misma redacción que la Constitución de 1830: *“Ningún granadino será juzgado ni penado sino en virtud de una ley anterior a su delito, y después de habersele citado, oído y convencido en juicio”*. Por supuesto, la expresión *granadino* cambió pues en la Constitución de 1830 era, por el contrario, *colombiano*. Con esta conclusión, VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 258; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 137. Puede concluirse lo mismo frente a la Constitución de la Gran Colombia de 1830 al reconocer, con el mismo tenor literal, el principio de legalidad penal.

⁵²⁶ *Proyecto de Código penal para la República de la Nueva Granada, acordado por el Consejo de Estado el año de 1833 para presentarlo al Congreso en sus próximas sesiones*, Bogotá, Imprenta de Nicomedes Lora, 1833. En relación con su importancia, QUIJANO A., *Ensayo*, op. cit., p. 95-97.

⁵²⁷ CANCINO A. J., *Obras*, op. cit., p. 31; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 421.

⁵²⁸ Vid. GUTIÉRREZ ANZOLA J., *El Código Penal de 1837*, in *Nuevo Foro Penal.*, Vol. XXXVIII, 1987, p. 425. En el mismo sentido, ROMERO SOTO L., *El Código Penal de 1837: marco histórico de su vigencia*, in *Nuevo Foro Penal.*, Vol. XXXVIII, 1987, p. 414; VELÁSQUEZ F., *El derecho penal colombiano*, op. cit., p. 432. Haciendo énfasis en una influencia mayor frente al Código penal francés de 1810, véase, ARBOLEDA F., *La codificación*, op. cit., p. 444; CANCINO A. J., *Obras*, op. cit., p. 32.

⁵²⁹ Vid. VELÁSQUEZ F., *El derecho penal colombiano*, op. cit., p. 431.

⁵³⁰ *Colección de las leyes i decretos expedidos por el Congreso constitucional de la Nueva Granada en el año de 1837*, Bogotá, Imprenta de Jose Antonio Cualla, 1837, p. 93.

⁵³¹ Conclusión coherente si se revisa la redacción del art. 5º (adicional) que tendría luego el Código penal de 1873. Reconociendo, tanto en el art. 4º como en el art. 5º el principio de legalidad penal, CANCINO A. J., *Obras*, op. cit., p. 97; VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 258.

⁵³² *Colección de las leyes i decretos expedidos por el Congreso constitucional de la Nueva Granada en el año de 1837*, Bogotá, Imprenta de Jose Antonio Cualla, 1837, p. 93.

El art. 4º no reconoce explícitamente el principio *nullum crimen sine lege* pues es claro que la disposición se refiere a la pena, afirmando que ningún delito o culpa podrán ser castigados con penas que no hayan sido previamente establecidas, con lo cual la nota característica (y el sometimiento al principio de legalidad penal) se da frente a la pena, no de manera directa frente a lo que el código penal llama delito o culpa⁵³³. Sin embargo, el art. 5º sí es claro en reconocer el principio de legalidad penal *de manera indirecta* al prohibir a los jueces establecer como delitos comportamientos que no estuviesen definidos de tal manera por la ley.

Así, el legislador granadino reconoce dos consecuencias del principio de legalidad penal; la primera consecuencia es que, aún ante la posibilidad de impunidad, el juez no se encontraba legitimado para “crear” el delito, debiendo por el contrario informar de tal situación a la suprema corte de justicia, quien era el órgano encargado de comunicar tal situación al congreso. La segunda consecuencia clara es que la definición de qué se entiende por delito no surge de consideraciones personales del juez, sino de la calificación formal de un comportamiento como delictivo por parte de la ley. Esta última consecuencia es coherente con lo establecido por el Código penal en su art. 1º cuando afirma que es delito la voluntaria y maliciosa violación de la ley, estableciendo para este concepto una definición formal clara.

Con la expedición y vigencia del primer código penal nacional, se daría –de nuevo- un cambio constitucional en el país, fruto de la necesidad de fortalecer el poder ejecutivo ante la guerra civil que sufría el país (la *Guerra de los Supremos* o *Guerra de los Conventos*)⁵³⁴; por supuesto, el cambio también fue animado por las ideas conservadoras que el nuevo Presidente Pedro Alcántara Herrán representaba para el país. Así, se expidió la **Constitución de la Nueva Granada de 1843** que, de manera sustancial, nada modificó frente al reconocimiento del principio de legalidad penal. Sin lugar a dudas, la constitución retornó a la redacción establecida por las constituciones provinciales; el art. 158 de esta constitución (ubicado en el Título XII, *Disposiciones varias*) establecía que “*Ningún granadino podrá ser arrestado, detenido o reducido a prisión, sino por la autoridad, en los casos y modos prevenidos por la ley*”⁵³⁵. Junto con la anterior disposición constitucional, esta constitución reconoció además -por primera vez en la histórica constitucional del país, por lo menos de manera explícita- el principio *nulla poena sine lege* al afirmar en su art. 158 que ningún ciudadano podía ser condenado por una pena que no estuviera señalada por ley anterior al hecho cometido, redacción que no deja dudas sobre su reconocimiento⁵³⁶.

El reconocimiento del principio de legalidad penal tampoco cambió con la llegada de **una nueva constitución en 1853**, consecuencia directa de la llegada al poder del partido liberal. En dicho texto constitucional se hace, a diferencia de las constituciones precedentes, un especial énfasis al principio, al reconocer que se trata de una garantía de todos los ciudadanos⁵³⁷; denominado como garantía de seguridad personal, el principio de legalidad penal se reconoció en el art. 5º, numeral 2º

⁵³³ En contra, reconociendo el principio de legalidad penal tanto en el art. 4º como en el art. 5º, véase, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 137.

⁵³⁴ En este sentido, POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones*, op. cit., p. 262.

⁵³⁵ URIBE VARGAS D., *Las Constituciones*, T. II, op. cit., p. 858.

⁵³⁶ Decía el art. 158: “*Ningún granadino (...) podrá imponérsele pena que no esté señalada al hecho por que se le juzga, por ley anterior al mismo hecho*”. Cfr. POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones*, op. cit., p. 258.

⁵³⁷ El art. 5º de la Constitución de 1953 comenzaba así: “*La República garantiza a todos los granadinos*”. Cfr. URIBE VARGAS D., *Las Constituciones*, T. II, op. cit., p. 772, 868.

al reconocer a los granadinos la garantía de no ser detenido, arrestado o confinado sino “*por motivo puramente criminal conforme a las leyes*”⁵³⁸.

Las dificultades políticas que por entonces atravesaba la República de la Nueva Granada continuaron hasta desencadenaron un cambio constitucional radical. Inicialmente, con el gobierno del Presidente Mariano Ospina Rodríguez, el país inició el camino hacia un estado federal con la creación de la **Confederación Granadina, con una constitución promulgada en 1858**, posibilitando así una mayor autonomía a los Estados soberanos (Antioquia Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander⁵³⁹). En esta situación, el principio de legalidad penal fue reconocido en el art. 56, numeral 1º de dicha constitución⁵⁴⁰; la disposición es única en cuanto a su redacción, mucho más clara y contundente que cualquier otra anterior, pues por primera vez a nivel constitucional se reconocía (en su Capítulo V, titulado “*De los derechos individuales*”) la necesidad de que los hechos por los cuales se podía arrestar o detener a una persona debían ser determinados por “*leyes preexistentes*”⁵⁴¹, con lo cual el reconocimiento al principio *nullum crimen sine lege*, junto con el principio de irretroactividad de la ley penal, es indiscutible.

Con una nueva guerra civil entre los años de 1860 a 1862, y la disputa entre el gobierno central y los Estados soberanos que demandaban un mayor poder y libertad, con la victoria militar de estos últimos en cabeza de Tomás Cipriano de Mosquera se crearía un nuevo Estado denominado **Estados Unidos de Colombia, con una constitución promulgada para tal efecto en 1863**. Dicha constitución reafirmó y aumentó los poderes de los Estados soberanos frente al poder central, manteniendo incólume el sistema federal ya consagrado con la Constitución de la Confederación granadina de 1853⁵⁴². Frente al principio de legalidad penal, esta constitución lo reconoció sin lugar a dudas en su art. 15, numeral 4º⁵⁴³; de esta manera, y calificándolo expresamente como un derecho individual, se estableció la imposibilidad de detener a ningún ciudadano sino “*en virtud de leyes preexistentes*”, todo ello como un derecho a la seguridad personal⁵⁴⁴.

Las Constituciones de 1858 y de 1863, así como la nueva estructura neofederal del país permitió que “*los nueve Estados soberanos se dieran sus propios códigos penales, vaciados sobre el de 1837, con sus modificaciones, e introduciéndole a veces reformas, aunque no sustanciales*”⁵⁴⁵. La definición contenida en el Código penal de 1837 frente al principio de legalidad penal permaneció

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 868; POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones*, op. cit., p. 268.

⁵³⁹ La anterior situación resulta evidente contrastando el art. 1º de la Constitución de la Conferación Granadina de 1858: “*Los Estados (...) se confederan a perpetuidad; forman una nación soberana, libre e independiente*”. Cfr. URIBE VARGAS D., *Las Constituciones*, T. II, op. cit., p. 891.

⁵⁴⁰ VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 258; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 137.

⁵⁴¹ Vid. URIBE VARGAS D., *Las Constituciones*, T. II, op. cit., p. 906; POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones*, op. cit., p. 303; RESTREPO PIEDRAHITA C., *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, III Ed., 2003, p. 322.

⁵⁴² Afirmaba el art. 1º de la Constitución de los Estados Unidos de Colombia: “*Los Estados Soberanos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima (...) se unen y confederan á perpetuidad consultando su seguridad exterior y recíproco auxilio, y forman una Nación libre, soberana é independiente*”. Cfr. POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones*, op. cit., p. 323.

⁵⁴³ En tal sentido, véase, VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 258; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 137.

⁵⁴⁴ Afirmaba el art. 15, numeral 4º: “*Es base esencial e invariable de la Unión entre los Estados el reconocimiento y la garantía (...) de los derechos individuales que pertenecen a los habitantes y transeúntes en los Estados Unidos de Colombia, a saber: 4º La seguridad personal, de manera que (...) ni ser presos o detenidos sino por motivo criminal o por vía de pena correccional (...) y todo esto en virtud de leyes preexistentes*”. Cfr. URIBE VARGAS D., *Las Constituciones*, T. II, op. cit., p. 934-935; RESTREPO PIEDRAHITA C., *Constituciones políticas*, op. cit., p. 350.

⁵⁴⁵ Vid. VELÁSQUEZ F., *El derecho penal colombiano*, op. cit., p. 433.

intacta frente a los códigos penales de los diferentes Estados soberanos⁵⁴⁶. La única diferencia sustancial que se dio fue la introducción -por parte de algunos Estados soberanos- del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, tal como sucedió con el Código penal del Estado soberano de Antioquia de 1868, donde se adicionó al art. 5º un segundo inciso que afirmaba: “*Pero cuando la lei imponga menor pena, o cuando suprima absolutamente la pena que ántes estaba señalada al hecho u omisión, se aplicara la lei posterior*”⁵⁴⁷.

La situación no cambió tampoco frente a la expedición de los **códigos penales de 1873 y de 1890**. Frente al Código penal de 1873 (titulado Código penal de los Estados Unidos de Colombia), puede observarse que mantuvo la misma redacción establecida por el Código penal de 1837, respecto de los art. 4º y 6º⁵⁴⁸; la adición de un nuevo art. 5º (“*Ningun acto al cual no se haya señalado previamente pena por la lei de la Union, puede tenerse como delito de la competencia del orden jeneral*”) corresponde, en realidad, a la limitada vigencia del nuevo código, puesto que bajo la nueva estructura constitucional del país (federal), este código sólo regía en aquellos territorios controlados por el gobierno central⁵⁴⁹.

El Código penal de 1873 también acepta una definición formal del delito, siguiendo el concepto ya trazado por el código de 1837, aunque realiza unas pequeñas variaciones semánticas al mismo: “*Es delito la voluntaria i maliciosa violacion de la lei por la cual se incurre en alguna pena*”⁵⁵⁰.

Ahora bien, el Código penal de 1890 realiza algunos cambios frente al principio de legalidad penal. La definición de este principio se encuentra en el art. 12, que establece:

“Para que pueda aplicarse una pena, por cualquier hecho u omisión, es preciso que haya sido señalada por ley preexistente.

*No obstante, si la pena fuere disminuida por ley posterior, se aplicará la nueva ley; y si fuere cambiada, el reo puede escoger entre las dos leyes la que mejor le convenga. Si la ley posterior suprime la pena, no puede aplicársele la que señalaba la anterior, y se entiende rebajado lo que les falte a los que la están cumpliendo”*⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ Véanse, por ejemplo, los Códigos penales de los Estados soberanos de Cundinamarca (1858) y Bolívar (1862 y 1873), en los cuales se conserva la misma redacción de los art. 4º y 5º del Código penal de 1837, frente al principio de legalidad penal. Cfr. *Código Penal del Estado Soberano de Bolívar*, Bogotá, Imprenta de Medardo Rivas, 1878, p. 3; *Código Penal del Estado Soberano de Bolívar, expedido por la Asamblea Lejislativa en las sesiones de 1861 i 1862*, Cartagena, Imprenta de Ruiz e Hijo, 1862, p. 5-6; *Los doce codigos del Estado de Cundinamarca*, Bogotá, Imprenta de Echeverría Hermanos, T. III, 1859, p. 223.

⁵⁴⁷ *Código Penal del Estado Soberano de Antioquía, expedido por la lejislatura de 1867*, Bogotá, Imprenta de Ortiz Malo, 1868, p. 7.

⁵⁴⁸ Art. 4º: *Ningun delito o culpa puede ser castigado con penas que no hayan sido señaladas por una lei publicada ántes de su perpetración.*

Art. 5º: *Cuando se cometa alguna accion que, aunque parezca punible, no tenga señalada pena por la lei, no se procederá contra el que la cometió, i el Juez respectivo dará cuenta a la Corte Suprema federal, por el conducto regular, para que lo manifieste al Congreso.* Cfr. *Código Penal de los Estados Unidos de Colombia (Lei 112 de 26 de junio de 1873), por el Congreso de 1873*, Bogotá, Imprenta de Medardo Rivas, 1873, p. 3.

⁵⁴⁹ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 423.

⁵⁵⁰ *Código Penal de los Estados Unidos de Colombia (Lei 112 de 26 de junio de 1873), por el Congreso de 1873*, Bogotá, Imprenta de Medardo Rivas, 1873, p. 3.

⁵⁵¹ *Código penal colombiano, sexta edición dirigida por Eduardo Rodríguez Piñeres*, Bogotá, Librería Colombiana Camacho Rondan y Cia S.A. y Librería Americana Concha y Michelsen, 1934, p. 1.

La anterior disposición reconoció solamente, en su primer inciso, el principio *nulla poena sine lege*, tal como lo hicieron los códigos penales anteriores⁵⁵². Sin embargo, en el segundo inciso se reconoce, por primera vez a nivel nacional, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, incluida una peculiar fórmula de favorabilidad entre diversas leyes penales, donde el reo es el encargado de escoger “*la que mejor le convenga*”. Así mismo, el art. 13 *ejusdem* establece la misma definición del principio de *nullum crimen sine lege* que ya había sido reconocida por los anteriores códigos penales⁵⁵³.

Sin lugar a dudas, ambos códigos (1873 y 1890) fueron “*refundiciones*” del anterior Código de 1837⁵⁵⁴, razón por la cual poco o nada cambió entre los cambios legislativos propiciados en estos tres momentos históricos frente al principio de legalidad penal. El único cambio sustancial que se dio entre estos códigos fue la introducción del art. 12, 2º co. del Código penal de 1890 donde se reconoce el principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

Tras ganar la guerra civil de 1885, Rafael Nuñez daría inicio al periodo político que se conoce como la *regeneración*, por medio del cual se buscó la unificación del país a través de un estado centralizado, con una nueva constitución y una nueva estructura política y jurídica. Así las cosas, fruto de la *regeneración conservadora* se emitirían dos importantes textos normativos que influirían en el principio de legalidad penal. El primero de ellos fue, por supuesto, la **Constitución de Colombia de 1886**.

En dicho texto constitucional, el principio de legalidad fue reconocido -esencialmente- por tres normas diferentes. En primera medida, esta constitución reconocería el principio de legalidad en el art. 26, que establecía:

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme á leyes preexistentes al acto que se le impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

¿Cómo debe interpretarse este artículo? Sin lugar a dudas, se trata de una formulación novedosa en el país, pues ningún texto constitucional o legal definió antes, de esta manera, el principio de

⁵⁵² Con una interpretación diferente, reconociendo el principio *nullum crimen sine lege* en dicha disposición, véase, ARBOLEDA F., *La codificación*, op. cit., p. 445; CANCINO A. J., *Obras*, op. cit., p. 98; PÉREZ L. C., *Tratado de derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, T. I, 1967, p. 318-319.

⁵⁵³ “Art. 13: *Cuando se cometa una acción que parezca digna de castigo y no lo tenga señalado en la ley, se dará cuenta al Gobierno para que pueda llenarse el vacío*”. *Código penal colombiano, sexta edición dirigida por Eduardo Rodríguez Piñeres*, Bogotá, Librería Colombiana Camacho Rondan y Cia S.A. y Librería Americana Concha y Michelsen, 1934, p. 1. VELÁSQUEZ concluye también el reconocimiento del principio de legalidad penal en el Código penal de 1890, pero a partir del ya mencionado art. 12 y del art. 16, que afirmaba: “*Siempre que la ley castigue la ejecución de un acto se entiende éste prohibido. Siempre que imponga alguna pena por la omisión de un acto, se considera que hace obligatoria su ejecución*”. Cfr. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 137. Sin lugar a dudas, este artículo establece -indirectamente- una definición formal de delito (como acción prohibida por la ley penal), razón por la cual, por lo menos tangencialmente, dicha disposición sí reconocería el principio de legalidad penal. Sea como fuere, el reconocimiento del principio *nullum crimen sine lege* es indiscutible en este código penal, ya sea a través del art. 13 o a través del 16. Por ello, es inexacta, por lo tanto, la conclusión de BERNATE OCHOA, pues si bien el art. 12 del Código penal de 1890 se limitó a definir el principio *nulla poena sine lege*, el principio de legalidad penal en relación con el delito fue reconocido por el art. 13 (o por el art. 16), con lo cual no es correcto afirmar que “*El Código Penal de 1890 restringía el principio de legalidad a la pena*”. Vid. BERNATE OCHOA F., *El Código Penal Colombiano de 1890*, in *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. VI, Issue 2, 2004, p. 548.

⁵⁵⁴ VELÁSQUEZ F., *El derecho penal colombiano*, op. cit., p. 431. En el mismo sentido, ARBOLEDA F., *La codificación*, op. cit., p. 445; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 424-426.

legalidad penal⁵⁵⁵. Puede afirmarse, además, que la redacción no es unívoca como aquella contemplada por el Código penal de 1837 (art. 5º) ni como lo sería, luego, el art. 1º de los códigos penales de 1936 y 1980⁵⁵⁶. Y es que, cuando la Constitución establece que *nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes*, puede estar refiriéndose únicamente a leyes procesales que regulen, particular y exclusivamente, el proceso penal⁵⁵⁷. Aunque se trata de una interpretación restrictiva y -como se verá, injustificada-, es claro que el tenor literal permite, en cierta medida, ese tipo de interpretaciones.

Sin embargo, y a pesar de no ser el reconocimiento tan directo como aquel establecido por el art. 1º del Codice Zanardelli o el Codice Rocco, el art. 26 de la Constitución política de 1886 (junto con la Constitución política de 1991 y el Código penal del 2000, que mantendrían la misma redacción) reconoce sin lugar a dudas el principio de legalidad penal en su vertiente de *nullum crimen sine lege*; es decir, la preexistencia de la ley penal como prohibición de un determinado comportamiento humano⁵⁵⁸. Las razones de tal interpretación son, pues, las siguientes.

Si se realiza una interpretación sistemática del art. 26 *eiusdem* con las demás disposiciones de la Constitución, puede verificarse que, de manera conjunta con el art. 28 se prohíbe cualquier tipo de *efecto retroactivo penal*, con lo cual es necesario que la prohibición penal exista de manera previa al acto cometido, aún en tiempos de guerra⁵⁵⁹. Además, si se interpreta que la exigencia de ser juzgado conforme a la ley preexistente es una garantía tendiente a conocer, precisamente, la ley prohibitiva o penal⁵⁶⁰, es evidente que para garantizar dicho conocimiento la ley prohibitiva debe existir también de manera previa al hecho. Finalmente, si la expresión inicial del artículo incluyera, únicamente, la necesidad de que las leyes de carácter procesal existiesen antes de cometido el hecho, la última parte de la disposición carecería de sentido por ser una innecesaria repetición (“*observando la plenitud de las formas propias de cada juicio*”), con lo cual una interpretación sistemática de la propia disposición permite afirmar la inclusión de los principios de *nullum crimen sine lege* e, incluso, el principio *nulla poena sine lege*, en el art. 26 de la Constitución de 1886.

⁵⁵⁵ El origen histórico de este artículo puede encontrarse, tangencialmente, en el desarrollo constitucional de España. Desde la Constitución de la monarquía española de 1837 (art. 7º), pasando por la Constituciones de 1845 (art. 9), 1856 (art. 8º) y 1869 (art. 11) se establecería, en cabeza de todo español, el siguiente derecho: “*Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el Juez ó Tribunal á quien, en virtud de leyes anteriores al delito, compete el conocimiento, y en la forma que éstas prescriban*”. Cfr. *Constitución democrática de la nación española, promulgada el día 6 de junio de 1869*, Madrid, Imprenta de «El Imparcial», 1869, p. 9. Es notable la influencia de las constituciones españolas frente a la definición del principio de legalidad penal en la Constitución política colombiana de 1886; sin lugar a dudas, el texto constitucional colombiano constituyó una mejora sustancial de aquello definido por la Constitución española de 1869, en su art. 11.

⁵⁵⁶ Con la misma conclusión, pero solamente frente al Código penal de 1936, PÉREZ L. C., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 319.

⁵⁵⁷ Con esta interpretación, frente a dicha disposición constitucional, véase, ARENAS A. V., *Comentarios al Código Penal Colombiano. Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, II ed., 1968, p. 14; ARENAS A. V., *Comentarios*, T. I, 1983, op. cit., p. 16.

⁵⁵⁸ Véase, VELÁSQUEZ F., *Consideraciones sobre los principios rectores de la ley penal colombiana*, in *Nuevo Foro Penal*, Vol. XXI, 1983, p. 612.

⁵⁵⁹ Con esta interpretación, véase, SAMPER J.M., *Derecho público interno en Colombia. Comentario científico de la Constitución de 1886*, Bogotá, Imprenta de “La Luz”, T. II, 1886, p. 52-53: “*Nadie puede ser penado, aun en tiempos de guerra, sino con arreglo á la ley, orden ó decreto que contenga la prohibición previa de un acto, y determine la pena correspondiente á la infracción; de suerte que no es admisible el efecto retroactivo penal (...) nadie podrá ser penado por ningún hecho, si antes de su ejecución no estuvo prohibido y no se le había asignado la pena correspondiente*”.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 49.

Por una parte, y en segunda medida, el principio *nullum crimen sine lege* también puede deducirse del art. 23 del texto constitucional⁵⁶¹. Este artículo estableció que “*Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes*”. De esta manera, se incorporó la definición ya tradicional de este principio, mantenida por la inmensa mayoría de textos constitucionales precedentes, que tiene como influencia directa el propio art. 7º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Atendiendo el contenido de esta disposición (conjuntamente con el art. 20 *ejusdem*⁵⁶²), parece que -por lo menos, indirectamente- se reconoce también la necesidad de que toda pena de prisión debe ser declarada únicamente por los motivos previamente definidos por la ley, motivos entre los que puede incluirse -entre muchos- la prohibición previa del comportamiento cometido⁵⁶³.

En tercera medida, la Constitución política de 1886 también reconoció el principio de irretroactividad así como el principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Por una parte, el principio de irretroactividad se reconoce implícitamente del ya analizado art. 26 *ejusdem*, al reconocerse la garantía de ser juzgado sólo mediante leyes preexistentes; además, se reconoce también de manera explícita mediante el art. 28 que afirma que, aún en tiempos de guerra, nadie podrá ser penado *ex-post facto*. El principio de retroactividad de la ley penal más favorable, por otra parte, es reconocido explícitamente a través del art. 26, 2º co., disposición normativa que contiene una definición original (por lo menos en su redacción) frente a este principio⁵⁶⁴, redacción que ha logrado mantenerse incólume hasta el día de hoy. De esta manera, la Constitución reconocía que “*la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*”⁵⁶⁵, redacción que se mantuvo frente al Proyecto de código penal de 1927, a los códigos penales de 1980 y 2000, así como en la Constitución política de 1991.

Puede concluirse, así, que el principio de legalidad penal fue reconocido por la Constitución política de 1886 a través de los arts. 23, 26 y 28⁵⁶⁶.

El segundo documento que influiría en el principio de legalidad penal, fruto de la *regeneración conservadora* de 1886, fue la **Ley 153 de 1887**, con la cual se buscó adicionar y reformar los códigos nacionales. El art. 43 y 44 *ejusdem* establecieron (y siguen estableciendo, pues es discutible si tales

⁵⁶¹ De la misma manera lo ha hecho la doctrina italiana -específicamente, frente al principio de determinación estricta- a través del art. 11 de la Constitución de 1946, que posee idéntica redacción (*supra*, cap. IV, 4.5).

⁵⁶² “*Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas*”.

⁵⁶³ En este mismo sentido, implícitamente, PÉREZ PINZÓN Á. O., *Algunas notas sobre el principio de legalidad*, in AA. VV., *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, a cura di J. E. VALENCIA, Bogotá, Editorial Temis, 1987, p. 96-97.

⁵⁶⁴ Se afirma la originalidad de la redacción de esta disposición normativa puesto que no se ha encontrado, históricamente, un referente previo que haya podido servir de inspiración para el contenido propuesto y aprobado para la Constitución política de 1886.

⁵⁶⁵ Frente a la aprobación de este principio, se afirmó: “*Es de regla y doctrina universal que las leyes no tengan efectos retroactivos, lo que quiere decir que no han de tener acción hacia atrás ó lo pasado, si con ello vulneran derechos adquiridos. Pero también se reconoce que las leyes pueden tener tal efecto, por justa razón de clemencia ó templanza en el rigor legal, cuando su objeto es favorecer á algunos ó muchos sin perjudicar á otros (...) En estos casos, por una razón de convivencia y filantropía, la segunda parte del artículo 26 manda que la ley permisiva ó favorable, aun cuando sea posterior al hecho ejecutado, prevalezca sobre la restrictiva ó desfavorable. Nada más puesto en razón ó más cristiano*”. Vid. SAMPER J.M., *Derecho público*, op. cit., p. 49-50.

⁵⁶⁶ Cfr. FERNÁNDEZ CARLIER E., *Estructura de la tipicidad penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, III ed., 1999, p. 76. Con excepción del art. 23, véase, VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 263.

disposiciones normativas se encuentran derogadas, pues la ley se encuentra aún vigente) disposiciones relacionadas no sólo al principio de retroactividad de la ley penal más favorable, sino que, incluso, establecieron el principio de *nullum crimen sine lege*. El art. 43, por su parte, afirma que frente a las leyes penales que definen y castigan delitos, la ley preexistente prefiere a la ley *ex post facto* en materia penal, afirmando además que nadie puede ser juzgado o castigado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Sin embargo, el art. 44 reconoce también que en materia penal la ley favorable prima sobre la desfavorable, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito.

Antes de la expedición del Código penal de 1936 (código posterior al existente Código penal de 1890 durante el proceso de la *regeneración*), el Congreso de la República aprobó un proyecto de código penal elaborado en 1912 por J. V. CONCHA, proyecto que seguía la estructura y principios establecidos por el Código penal italiano de Zanardelli de 1890⁵⁶⁷. A pesar de que fuera aprobado por el Congreso (Ley 109 de 1922), la Corte Suprema de Justicia solicitó un aplazamiento de su vigencia con lo que, al final, este código no rigió jamás⁵⁶⁸. A pesar de la situación descrita, el **fracasado Código penal de 1922**⁵⁶⁹ reconoció con una expresión semántica diferente el principio de legalidad penal; así, el art. 1º, inciso 1º *ejusdem* reconoció tanto el principio *nullum crimen sine lege* como el principio *nulla poena sine lege* de la siguiente manera⁵⁷⁰:

“En ningún tiempo se podrá juzgar ni castigar a nadie si no de conformidad con una ley promulgada y vigente a tiempo de ejecutarse el hecho que motiva el juicio, que defina tal hecho como punible y que le señale pena.”

De igual manera, el art. 4º de la misma disposición reconocía el principio de retroactividad de las leyes penales más favorables⁵⁷¹. El mismo fracaso del Código penal de 1922 lo compartió, luego, el **Proyecto de Código penal de 1927**, realizado por los italianos A. CORDOVA, DELLA VECCHIA y GHEDINI, misión técnica italiana contratada por el entonces presidente de Colombia, Abadía Méndez⁵⁷². Este proyecto -de influencia exclusivamente clásica- fue desechado por las severas críticas que la doctrina nacional le realizó⁵⁷³. Sin embargo, es interesante verificar como este proyecto definió el principio de legalidad penal; en el art. 1º *ejusdem* se define este principio de la siguiente manera:

⁵⁶⁷ CANCINO A. J., *Obras*, op. cit., p. 34-35; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 426.

⁵⁶⁸ BERNATE explica, así, el porqué este Código penal nunca entró a regir en el país: “*sin embargo, nunca entró a regir pues se pensó que resultaba contrario a las tesis imperantes en Europa, relacionadas con las propuestas de Enrico Ferri, quien para 1921 había ya presentado en Italia su proyecto de Código Penal.*” Cfr. BERNATE OCHOA F., *El Código*, op. cit., p. 557.

⁵⁶⁹ Con este calificativo, véase, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 426-428; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, p. 267.

⁵⁷⁰ En el mismo sentido, CANCINO A. J., *Obras*, op. cit., p. 98.

⁵⁷¹ Art. 4º: “*La Ley penal que prive de carácter de criminoso a un hecho definido como tál, la que suprima o aminore una pena, y la que en cualquier forma modifique favorablemente para el reo las disposiciones penales, se aplicará, desde que éntre en vigencia, a quienes se hallen procesados, y aun a los que sufran ya una condena. A estos últimos se les reducirá la pena que sufran a la señalada por la ley nueva, o serán puestos en libertad incondicionalmente, cuando el hecho que hubiere ejecutado deje de ser punible. Incumbe hacer esta reducción al Juez o Tribunal que falló el proceso en última instancia.*”

⁵⁷² BERNATE OCHOA F., *El Código*, op. cit., p. 557; CANCINO A. J., *Obras*, op. cit., p. 37; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 428.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 557; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 429. Sin embargo, hay quienes señalan que este Proyecto, en realidad, se basó en el Proyecto Ferri de 1921, por lo que su influencia sería netamente positivista. Vid. GUTIERREZ GÓMEZ J., *Comentarios al Código Penal Colombiano*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1940, p. 8.

“Ninguno puede ser condenado por un hecho que no haya sido expresamente definido como delito o contravención por la ley vigente al tiempo en que fue cometido, ni sometido a penas que no hayan sido establecidas por ella”⁵⁷⁴.

Sin lugar a dudas, se trata de una simple traducción del art. 1º del *Codice Zanardelli* expedido en Italia ya en 1890. La misión italiana contratada en 1927 se limitó -por lo menos frente al principio de legalidad penal- a traducir y transcribir el contenido ya establecido por la legislación italiana, sin cambio alguno. Así pues, son válidas frente al Proyecto de código penal de 1927 las mismas conclusiones realizadas frente al *Codice Zanardelli* (*infra*, 6.1). Así, al afirmar “*Ninguno puede ser condenado*”, la misión italiana quiso enfatizar (como ya lo hiciera la legislación italiana) la naturaleza de garantía de este principio, pues va más allá de una simple definición normativamente del delito, para establecer -directamente- la existencia de una garantía en cabeza de los ciudadanos. De igual manera, y a través del uso de esta definición gramatical, por primera vez en Colombia se reconocería (no oficialmente, pues el proyecto jamás sería aprobado) el principio de determinación estricta de la ley penal, al establecer que el hecho debía estar definido como delito de manera expresa. Incluso, esta expresión puede llevar a deducir de igual manera el reconocimiento del principio de prohibición de analogía⁵⁷⁵.

La misma transcripción realizó el Proyecto en el art. 2º frente al principio de retroactividad de la ley penal más favorable, frente a lo dispuesto por la Constitución de 1886. De esta manera, el Proyecto solamente agregó a lo ya establecido por el texto constitucional que la ley penal más favorable también se aplicaría a las personas ya condenadas⁵⁷⁶.

Luego de los intentos por modificar la ley penal mediante este último Proyecto, finalmente a través de la Ley 20 de 1933 se crearía la Comisión Nacional de Asuntos Penales y Penitenciarios que, a través de los juristas LOZANO Y LOZANO y REY, elaboraría el proyecto que fue aprobado por el Congreso de la República a través de la Ley 95, convirtiéndose de esta manera en el **Código penal de 1936**.

Sin lugar a dudas, este Código penal fue altamente influenciado por la escuela positivista italiana⁵⁷⁷. De tal magnitud fue esta influencia que el art. 1º del Código penal de 1936 respetó la definición literal establecida precedentemente en Italia para el principio de legalidad penal (tanto en el Proyecto Ferri de 1921 así como en el *Codice Rocco* de 1930), desconociendo de la misma manera la redacción que la Constitución política de 1886 ya establecía frente al mismo principio, en sus arts. 26 y 28⁵⁷⁸:

⁵⁷⁴ Proyecto de ley sobre código penal y exposición de motivos de dicho proyecto presentados al gobierno por la misión penal, Imprenta Nacional, Bogotá, 1927, p. 17.

⁵⁷⁵ Con la misma conclusión, pero frente al art. 1º del Código penal de 1980 (con la misma redacción), véase, VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 264.

⁵⁷⁶ Proyecto de ley sobre código penal y exposición de motivos de dicho proyecto presentados al gobierno por la misión penal, Imprenta Nacional, Bogotá, 1927, p. 17.

⁵⁷⁷ ARBOLEDA F., *La codificación*, op. cit., p. 446; BERNATE OCHOA F., *El Código*, op. cit., p. 558; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 430.

⁵⁷⁸ Por ello, es un error afirmar que el art. 1º del Código penal de 1936 “reprodujo literalmente el pertinente de la Constitución” de 1886, pues es evidente que se tratan de dos artículos con redacciones diferentes. Con este error, CARDENAS P., *La reforma penal*, Bogotá, Editorial Kelly, 1973, p. 31. Sin embargo, la diferencia es meramente formal, simplemente en la redacción de ambas disposiciones normativas, pues el contenido se mantuvo incólume.

*“Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella”*⁵⁷⁹.

Es claro que, al compartir la misma expresión utilizada por el Proyecto de código penal de 1927 (*expresamente*), el art. 1º de este código penal reconoce por primera vez en Colombia el principio de determinación estricta de la ley penal (junto con los principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*)⁵⁸⁰. De igual manera, para la definición del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, el Código se decantó por desconocer el contenido de la legislación italiana para, en su lugar, utilizar el art. 2º propuesto por el Proyecto de código penal de 1927, con lo cual se reconoció que *“la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”*⁵⁸¹. Para la elaboración de este código se discutió la utilidad de mantener el principio de retroactividad de la ley penal más benigna frente a “criminales incorregibles”⁵⁸², con lo cual se demostraría la clara inspiración de este código penal en el Proyecto Ferri de 1921, y no en el *Codice Rocco*⁵⁸³.

Pero aún faltarían dos nuevos códigos penales. Por una parte, y a través del Anteproyecto de código penal de 1974 y el Proyecto de 1978, el entonces presidente de la República (Turbay Ayala) expediría el **Código penal de 1980** mediante Decreto-ley 100 del mismo año⁵⁸⁴. Además de ser la primera (y única vez) en el que se expidió en el país un Código penal por medio de una delegación al poder ejecutivo (cuestión que ha sido reprochada por la doctrina nacional⁵⁸⁵), este código tuvo como influencia histórica el Código penal tipo para Latinoamérica que, a su vez, se veía influenciado por la doctrina alemana⁵⁸⁶.

⁵⁷⁹ *Código Penal (Ley 95 de 1936)*, editado, concordado y anotado por José Antonio Archila, Bogotá, Editorial Cromos, 1938, p. 1. Al contener la expresión “infracción” y no los términos “delitos o contravenciones” utilizado por el Proyecto de código penal de 1925 (en Colombia), este proyecto puede descartarse como una influencia histórica directa para la definición del principio de legalidad en el Código penal de 1936.

⁵⁸⁰ GUTIERREZ GÓMEZ J., *Comentarios*, op. cit., p. 39. Frente al reconocimiento del principio de determinación estricta (frente al Código penal de 1980, análisis que es válido para el código de 1936 al contar con la misma redacción): “La exigencia según la cual el hecho debe ser expresamente previsto como punible implica rechazar la terminología tácita, ilimitada, vaga, etc., pues lo expreso es lo “claro, patente, especificado””. Cfr. PÉREZ PINZÓN Á. O., *Algunas notas*, op. cit., p. 97.

⁵⁸¹ *Código Penal (Ley 95 de 1936)*, editado, concordado y anotado por José Antonio Archila, Bogotá, Editorial Cromos, 1938, p. 2.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 2-6.

⁵⁸³ Con la misma conclusión, pero en relación con todo el Código penal (y no sólo en atención al principio de legalidad penal), véase, ARENAS A. V., *Comentarios*, T. I, op. cit., p. 22-23; GUTIERREZ GÓMEZ J., *Comentarios*, op. cit., p. 8-9; VELÁSQUEZ F., *El derecho penal colombiano*, op. cit., p. 434.

⁵⁸⁴ Vid. CANCINO A. J., *Obras*, op. cit., p. 40-44.

⁵⁸⁵ “Como prueba de que los principios demoliberales se quedaban en el papel, el estatuto fue expedido por el órgano ejecutivo que acudió al expediente de la “reserva delegada” contemplado en la Constitución política entonces vigente; para ello, la clase gobernante se asesoró solo de juristas -más preocupados por amparar sus prebendas burocráticas y la defensa del status quo- y olvidó amplios conglomerados sociales, no situados precisamente en la cúspide de la pirámide social”. Vid. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 434.

⁵⁸⁶ ARBOLEDA F., *La codificación*, op. cit., p. 444; VELÁSQUEZ F., *El derecho penal colombiano*, op. cit., p. 436; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos*, op. cit., p. 269-270.

Como novedad legislativa, el Código penal de 1980 incorporó a la legislación penal nacional un título inicial denominado “*De las normas rectoras de la ley penal colombiana*”⁵⁸⁷. En dicho título se incorporó no sólo una definición del principio de legalidad penal sino también el reconocimiento del principio de retroactividad favorable al acusado, e incluso -por primera vez, de manera independiente- el principio de determinación estricta de la ley penal y el principio de prohibición de analogía.

Frente a la definición del principio de legalidad penal, debe decirse que este código penal mantuvo la redacción contenida en el Código penal previo de 1936, modificando únicamente la expresión “*infracción*” por “*punible*”⁵⁸⁸. De la misma manera, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable continuó con la misma redacción contenida en el Proyecto de 1927, ésta vez reconocido en el art. 6° (favorabilidad). Pero, de manera conjunta a estos dos artículos, el Código penal de 1980 reconoció además -y por primera vez en Colombia- el principio de prohibición de analogía en el derecho penal a través del art. 7°, que establecía: “*Salvo las excepciones legales, queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley penal.*” De la misma manera, el art. 3° (denominado, erróneamente, tipicidad⁵⁸⁹) estableció el principio de determinación estricta al afirmar que “*La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca*”⁵⁹⁰.

De manera extraña, este código también reconocería explícitamente -por primera vez, a nivel legislativo - el principio de irretroactividad de la ley penal, pero lo haría en el artículo correspondiente al principio de conocimiento de la ley penal. De esta manera, en el art. 10° el legislador colombiano afirmó que “*en ningún caso tendrá vigencia la ley penal antes de su promulgación*”.

Ahora bien, en **1991** -con ocasión del movimiento de la séptima papeleta- se convocó a una Asamblea Constituyente con el propósito de expedir una nueva constitución política, ante la difícil situación que atravesaba el país, fruto del conflicto armado interno y del narcotráfico. A pesar de que, con la Asamblea Constituyente, el país esperaba expedir una constitución novedosa y diferente a la ya existente Constitución política de 1886, frente al principio de legalidad penal la situación fue diversa, pues lejos de modificar la consagración de este principio, el nuevo texto constitucional adoptó la misma redacción contenida en el art. 26 *ejusdem*. De esta manera, desde los diferentes proyectos que se redactaron respecto del título constitucional relacionado con los derechos y

⁵⁸⁷ “no son más que la positivización de principios decantados por la doctrina y considerados básicos para la construcción de los estatutos penales propios de los Estados de Derecho”. Cfr. ARBOLEDA F., *La codificación*, op. cit., p. 447.

⁵⁸⁸ Art. 1°: “Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”

⁵⁸⁹ Entendiendo que la tipicidad, más que un principio, se trata de una categoría dogmática consecuencia del principio de legalidad penal, véase, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 146-147. En contra de esta posición se encuentra Carrasquilla, quien sí considera la tipicidad como un principio asimilando este concepto con el principio de determinación estricta, CARRASQUILLA J. F., *Principios y normas rectoras del derecho penal*, Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 1998, p. 163 y s.s.

⁵⁹⁰ Vid. PÉREZ PINZÓN Á. O., *Algunas notas*, op. cit., p. 98-101. En contra del reconocimiento positivo de este principio, en cuanto “*es perfectamente inútil, y no tiene explicación, pues se pretende dar una norma al legislador sobre la forma como se debe expedir la ley penal, y si es el mismo legislador el que se aconseja así mismo, ¿entonces qué objeto tiene esa explicación?*”. Vid. CARDENAS P., *La reforma*, op. cit., p. 32. Es claro que con esta crítica CARDENAS vería, implícitamente, la necesidad de que el principio de determinación estricta fuera reconocido no legal sino constitucionalmente.

libertades⁵⁹¹, se optó por mantener el mismo texto que estableció la Constitución política de 1886 frente al principio de legalidad penal; finalmente, en la ponencia presentada por la subcomisión segunda de la Comisión primera -encargada para presentar, precisamente, un proyecto de texto de este título- se optó por transcribir (con ligeras modificaciones) los arts. 23 y 26 de la Constitución de 1886 en los nuevos arts. 5º y 6º⁵⁹².

Finalmente, ambos textos serían aprobados en los arts. 28 y 29, donde fue finalmente consagrado el principio de legalidad penal. Debe afirmarse, como ya ha quedado en evidencia, que el reconocimiento constitucional que hiciera la nueva Constitución política de 1991 a este principio no difiere, sustancialmente, de aquel reconocimiento que ya hubiera realizado la Constitución política de 1886, máxime cuando la redacción del arts. 23 y 26 *eiusdem* es casi completamente la misma que aquella aprobada en los arts. 28 y 29 de la Constitución de 1991.

Por último, llegaría el **Código penal del 2000** a través de la promulgación de la Ley 599 del 2000 (código vigente en la actualidad), disposición normativa que define el principio de legalidad penal en el art. 6º, inciso 1º, manteniendo la misma redacción establecida en el art. 29 de la Constitución política de Colombia de 1991 (“*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*”). Como ya se ha analizado en las Constituciones políticas de 1886 y 1991, tal redacción recoge tanto el principio *nullum crimen sine lege*, el principio *nulla poena sine lege*, como el principio de irretroactividad de la ley penal. A pesar de que el reconocimiento del principio de legalidad penal no es tan claro como sí lo fue, por ejemplo, la redacción de los códigos penales de 1936 y 1980 -fruto de la transcripción hecha de los códigos penales italianos-, ya se ha visto como desde la Constitución de 1886 esta expresión literal reconoce no sólo el principio de debido proceso, sino también el principio de legalidad penal -como preexistencia de ley penal que establezca el hecho como delito- y la necesidad de que tal ley prohibitiva sea previa al acto cometido. Las mismas conclusiones pueden realizarse frente al Código penal del 2000, máxime cuando -a través de una interpretación sistemática- el mismo art. 6º, 1º co. *eiusdem* establece que “*la preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco*”. Con esta disposición normativa, el legislador quiso precisar, primero, que cuando la ley

⁵⁹¹ La primera propuesta o proyecto fue presentado por los constituyentes pertenecientes al partido político Alianza Democrática M-19. En el art. 38 de dicho proyecto, titulado como principio de legalidad, se afirmaba que “*Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por violaciones a la Constitución y a la ley*”, con lo cual se mantenía la redacción original del art. 20 de la Constitución política de 1886. Por su parte, el art. 39, núm. 4º (garantías procesales) establecía que “*Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a detención, prisión o arresto, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, proferido con las formalidades legales y expedido por motivos previamente definidos en la ley como delito*”, siguiendo en este punto la redacción del art. 23 *eiusdem*. Sin embargo, esta propuesta sí modificó ligeramente la redacción del núm. 6 del art. 39, lugar en el que se definió el principio de legalidad de la siguiente manera: “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a la ley preexistente, con la plenitud de las formas propias que cada juicio y ante juez o tribunal competente*”. Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, SECRETARÍA GENERAL, *Exposición de motivos de la lista nacional Alianza Democrática M-19*, Proyecto N°. 50, 8 de marzo de 1991, p. 23-24.

Por el contrario, el segundo proyecto (propuesto por los constituyentes Horacio Serpa Uribe, Guillermo Perry Rubio y Eduardo Verano de la Rosa, optaron por seguir la misma redacción contenida por el art. 26 de la Constitución política de 1886, manteniendo así el mismo reconocimiento constitucional frente al principio de legalidad penal. Mantuvieron, de igual manera, la redacción del art. 23 *eiusdem*, aunque realizando ligeras variaciones en su contenido. Vid. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, SECRETARÍA GENERAL, *Proyecto de acto reformatorio de la Constitución Política de Colombia*, Proyecto N°. 84, 8 de marzo de 1991, p. 3.

⁵⁹² ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, SECRETARÍA GENERAL, *Ponencia de la Subcomisión segunda de la comisión primera frente al proyecto de nueva carta de derechos, deberes, garantías y libertades*, 11 de abril de 1991, p. 1-2.

penal (y, por supuesto, la Constitución) habla de que *nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes*, no se está haciendo referencia exclusiva a las leyes procesales sino, además, a las leyes penales que definen el comportamiento como prohibido, pues de otra manera la expresión *“la preexistencia de la norma también se aplica”* no tendría sentido de no aceptarse esta conclusión. De igual manera, segundo, el legislador quiso garantizar que incluso las normas jurídicas que complementan los llamados tipos penales en blanco deben cumplir con el principio de irretroactividad.

De igual manera, el 2º co. de ese mismo art. 6º *ejusdem* reconoce el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, manteniendo la misma redacción establecida por la Constitución de 1886 (*“La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados”*). Finalmente, en lo que respecta al principio de determinación estricta, el Código penal del 2000 lo reconoce explícitamente en el art. 10, siguiendo la redacción mantenida por el código de 1980 (cometiendo, además, el mismo error al denominar dicho artículo como tipicidad); sin embargo, esta vez la ley penal exige, además de que la ley sea inequívoca, que sea *expresa* y *clara*, estableciendo las características básicas estructurales del tipo penal⁵⁹³, con lo cual la actual disposición es mucho más precisa y copiosa en contenido que el artículo de la legislación anterior. Incluso, y ésta es sin lugar a dudas una diferencia sustancial entre la legislación italiana y la colombiana, el legislador nacional reconoce que en los tipos penales de omisión impropia, el deber también tiene que ser reconocido y delimitado, claramente, por la Constitución política y por la ley (art. 10, 2º co. *ejusdem*)⁵⁹⁴.

7.2. Desarrollo doctrinal del principio de legalidad penal en Colombia⁵⁹⁵:

La doctrina jurídicopenal inicia en Colombia a partir de 1896, con la obra de J.V. CONCHA⁵⁹⁶. Es así que, antes del Código penal de 1890, no existió dogmática alguna frente al derecho penal. A partir de este autor se da inicio a la *fase clásica* en la doctrina colombiana⁵⁹⁷, fase que se extiende hasta 1930, aproximadamente. Ya desde este punto es evidente la influencia notable que ha tenido la doctrina italiana en Colombia; solamente, con la expedición de los Códigos penales de 1980 y 2000 la doctrina alemana sería la preponderante en la discusión nacional.

⁵⁹³ Art. 10, 1º co.: *“La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal”*.

⁵⁹⁴ Art. 10, 2º co: *“En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley”*.

⁵⁹⁵ Antes de iniciar con este punto, deben realizarse dos precisiones iniciales. La primera tiene relación con el contenido desarrollado, pues mientras en el acápite correspondiente a la *doctrina italiana* se limitó el análisis a las nociones generales y más amplias del principio, frente a la *doctrina colombiana* el análisis se extenderá a todos los temas atinentes al principio de legalidad penal, incluyendo las fuentes del derecho penal y los demás subprincipios que se derivan de éste; esta diferencia de enfoque tiene como justificación el limitado desarrollo doctrinal frente al principio en Colombia (con pequeñas pero fundamentales excepciones en la doctrina nacional, a propósito del vigente Código penal del 2000), situación que no se presenta en Italia. La segunda precisión que debe realizarse es que, al igual que con la doctrina italiana, el análisis histórico en este capítulo no mencionará toda la doctrina colombiana, pues la restante será objeto de análisis a lo largo del presente trabajo. Autores como CARRASQUILLA y VELÁSQUEZ serán citados constantemente en los siguientes capítulos (por ejemplo, en el capítulo correspondiente a las consecuencias del principio de legalidad penal), pues ambos doctrinantes realizaron contribuciones sustanciales frente a la interpretación de la ley penal en relación con este principio.

⁵⁹⁶ Vid. VELÁSQUEZ F., *El derecho penal colombiano*, op. cit., p. 433.

⁵⁹⁷ A lo largo de este punto se mantendrá la clasificación realizada por VELÁSQUEZ, en relación con el desarrollo doctrinal del derecho penal colombiano. Véase, VELÁSQUEZ F., *El derecho penal colombiano*, op. cit., p. 434-437; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 448-457; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos*, op. cit., p. 275-276.

El primer doctrinante colombiano en el derecho penal fue, sin lugar a dudas, J. V. CONCHA, quien publicó en 1897 su obra *Tratado de derecho penal*⁵⁹⁸. De esta manera, y frente al Código penal de 1890, este autor colombiano reconocería que todo delito debe tener señalada una pena establecida por la ley, siendo éste un elemento esencial de su definición⁵⁹⁹; de esta manera, CONCHA reconocería el principio de *nulla poena sine lege*. En fin, este autor colombiano también partiría de un concepto formal del delito, entendiéndolo como una acción u omisión violatoria de la ley⁶⁰⁰.

Además de los desarrollos descritos, este autor colombiano mencionó la cláusula que trae el Código penal de 1890, en su art. 13º, donde se le imponía al juez la obligación de dar cuenta al Gobierno de la existencia de un hecho que no estuviera definido como delito por la ley penal, cuando debiera estarlo⁶⁰¹; a través del análisis de dicha prescripción normativa, dedujo la existencia del principio de legalidad penal puesto que “*el juez tiene el deber de calificar el hecho como lo ha calificado la ley, sin modificación de ninguna especie*”⁶⁰².

Después de la importación de la escuela clásica del derecho penal italiano de la mano de J. V. CONCHA, llegaría una posición mixta entre ésta última y la escuela positivista (también italiana) a través del autor A. ARAGÓN⁶⁰³. Este autor, a través de su obra *Elementos de criminalología y ciencia penal*, se limitó -frente al principio objeto de estudio- a comprobar la existencia del mismo a través del aforismo *nullum crimen sine lege*, afirmando que no puede existir delito sin ley previa que lo defina⁶⁰⁴, con lo cual -pese al reducido análisis que evidencia este principio en su obra- puede verse en la obra de este autor el primer reconocimiento doctrinario explícito en Colombia del principio de legalidad penal.

Junto con todo lo anterior, ARAGÓN afirmaría que la costumbre no puede invocarse como fuente de derecho para la imposición de castigos, ni aun para la inaplicación de la ley penal⁶⁰⁵. Además, interpretando la Ley 153 de 1887, reconoció el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, con lo cual “*la ley penal colombiana se halla dentro del criterio de la justicia y de las normas del Derecho Público, porque no hay razón para exigir el cumplimiento de una pena que la nueva ley (declarativa del interés social) ha considerado insostenible por lo draconiana y excesiva*”⁶⁰⁶.

Luego de los autores precedentes (CONCHA y ARAGÓN), se daría inicio a la *fase del positivismo* en la doctrina penal colombiana, fase que inició con la obra GUTIÉRREZ GÓMEZ, en 1940⁶⁰⁷. A través de su obra, *Comentarios al Código Penal Colombiano* (específicamente, al Código penal de 1936)

⁵⁹⁸ Vid. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 449.

⁵⁹⁹ CONCHA J. V., *Tratado de derecho penal y comentarios al Código Penal colombiano*, París, Sociedad de Ediciones Literarias y Artísticas, IV. Ed., s.f., p. 26.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 26.

⁶⁰¹ ARAGÓN A., *Elementos de criminalología y ciencia penal*, Popayán, Imprenta del Departamento del Cauca, 1934, p. 50-51.

⁶⁰² *Ibidem*, p. 51.

⁶⁰³ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 450.

⁶⁰⁴ ARAGÓN A., *Elementos*, op. cit., p. 47.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 48.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 53-54.

⁶⁰⁷ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 451.

este autor reconocería -mediante la noción normativa o legal de delito⁶⁰⁸- la necesidad de vincular el concepto del principio de legalidad penal con la definición de *ley* de acuerdo con el Código civil de 1886 (como declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida por la Constitución); de esta manera, la ley penal refleja la voluntad del Estado de prohibir y castigar penalmente un determinado comportamiento, “*la ley penal es la declaración estatal de las acciones punibles y de las sanciones*”, siendo expresión del derecho penal objetivo⁶⁰⁹. De igual manera, y siguiendo la idea ya trazada por ROCCO en Italia, este autor reconocería que el derecho penal subjetivo (como derecho del Estado a castigar) se debe necesariamente traducir en el derecho penal objetivo, a través de la ley penal, con lo cual el poder del Estado se limita mediante el conjunto de leyes penales que determinan los diferentes delitos⁶¹⁰.

GUTIÉRREZ GÓMEZ afirmó, por primera vez dentro de la doctrina colombiana, que la ley penal es una *garantía* para todos los integrantes de la sociedad: para el delincuente y para los demás ciudadanos no delincuentes, para el Estado, e incluso para la víctima del delito, pues la ley penal “*establece el derecho al resarcimiento de los perjuicios causados por la infracción*”⁶¹¹.

Dentro de la *fase del positivismo* en la dogmática penal colombiana debe mencionarse a L. C. PÉREZ, quien a través de sus tres principales obras planteó importantes desarrollos respecto del principio de legalidad penal⁶¹². Este autor dedujo de la ley penal dos naturalezas diferentes, una de carácter intrínseca y otra extrínseca. Frente a la primera naturaleza, afirmó que la ley penal limita las actividades dañosas, con lo cual previene y limita también la intervención de las autoridades⁶¹³. Incluso, y a través del materialismo histórico de Marx y Engels, PÉREZ reconoce que el Estado dicta la ley penal con el objetivo de proteger la libertad⁶¹⁴ (ésta, como un concepto histórico y cultural⁶¹⁵). Fruto de este enfoque histórico-materialista (que se dio al final de su obra) terminaría por concluir, frente a la ley penal, que ésta no puede encarnar ningún ideal de justicia en una sociedad caracterizada por una riqueza repartida de manera desigual⁶¹⁶.

Para este autor, el origen histórico del principio no puede trazarse hasta la Carta Magna de 1215 (aunque, en un inicio así lo afirmó)⁶¹⁷. La razón fundamental para esta conclusión fue, esencialmente, la idea de que este documento histórico obedeció a una lucha política diferente; y, además, el concepto de “*ley de la tierra*” a la que se refería tal documento no podía ser otra que la costumbre, fuente tradicional del derecho medieval y de la nobleza de Inglaterra en ese momento; la noción de *ley*, tal cual se predica del principio de legalidad penal, no existía en ese momento

⁶⁰⁸ “*Nuestro legislador, siguiendo en sus lineamientos generales la noción transcrita del proyecto Ferri, estatuyó de forma parecida la noción legal del delito, agregándole otra sustancialmente distinta, como es la de responsabilidad. En el fondo, se dijo: es delito el hecho que esté sancionado como tal en el código, y quien ejecute ese hecho es responsable ante la misma ley*”. GUTIERREZ GÓMEZ J., *Comentarios*, op. cit., p. 62.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 37.

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 37-38.

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 38.

⁶¹² Aunque, como lo precisa VELÁSQUEZ, a partir de la primera edición de su obra *Manual de derecho penal*, PÉREZ iniciaría por ubicarse dentro de la fase de la dogmática penal. Vid. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 451, nota al pie 126.

⁶¹³ PÉREZ L. C., *Manual de derecho penal. Partes general y especial*, Bogotá, Editorial Temis, VI ed., 1977, p. 29; PÉREZ L. C., *Derecho penal. Parte general y especial*, Bogotá, Editorial Temis, T. I, 1981, p. 57.

⁶¹⁴ PÉREZ L. C., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 290.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 54-61.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 295.

⁶¹⁷ PÉREZ L. C., *Derecho penal*, T. I, op. cit., p. 59.

histórico⁶¹⁸. Por ello, para PÉREZ el principio *nullum crimen sine lege* se originó sólo a partir del periodo de la ilustración⁶¹⁹.

Además de estos desarrollos, L. C. PÉREZ reconoció este principio como una garantía general para el ciudadano⁶²⁰, principio universal que garantiza que ni la moral ni la costumbre pueden servir como fuente para la existencia de delitos, función asignada sólo a la ley expedida por el legislador⁶²¹. Sin embargo, a pesar de ello, este autor reconoce el valor de la costumbre *praeter legem* en relación con causas de inculpabilidad o de justificación, permitiendo ello un reforzamiento (y no una afectación) a la garantía contenida en el principio de legalidad penal⁶²².

Es interesante observar como este autor colombiano reconoció, por primera vez en la dogmática nacional, el valor del principio de legalidad penal no sólo a través del código penal o de la Constitución nacional, sino además de normas internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, del Pacto Internacional y de la Convención Americana, igualando el principio reconocido en dichos instrumentos internacionales con aquel establecido por la constitución y la ley penal nacional⁶²³.

Este autor también identificó en la ley positiva la existencia del principio de determinatezza, al exigir que el hecho delictivo fuera *expreso* (claro, patente, especificado); además, deduce de dicha expresión el principio de prohibición de analogía⁶²⁴. Sin embargo, esta exigencia de claridad en la ley penal la denomina -impropiamente- como principio de tipicidad, y no de determinatezza⁶²⁵. Frente a este principio, el autor colombiano critica su inclusión en el Código penal, pues su destinatario es necesariamente quien redacta la ley, razón por la cual “*carecerá de la eficacia esperada, como no se recurra a las garantías constitucionales, especialmente las de los arts. 23, 26 y 28 de la Carta, de donde se deriva la obligación de describir previamente el hecho y de terminar (sic) la pena*”⁶²⁶. Con ello, el autor parece intuir que el principio de legalidad penal requiere necesariamente un reconocimiento constitucional, y no solamente legal, para su concreta y efectiva aplicación.

Luego de L. C. PÉREZ, corresponde hablar ahora de VÁSQUEZ ABAD, otro representante de la *fase del positivismo* en Colombia. Este autor, en su *Tratado de Derecho Penal Colombiano*, reconoce -junto con PÉREZ y GUTIÉRREZ GÓMEZ- el principio de legalidad penal a través del art. 1º del Código penal de 1936, reconociendo el mismo principio también en el art. 26 de la Constitución política de 1886⁶²⁷. Sin embargo, este autor no realiza ningún análisis adicional sobre el asunto, más allá del mero reconocimiento positivo del principio.

⁶¹⁸ PÉREZ L. C., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 300.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 301.

⁶²⁰ PÉREZ L. C., *Manual*, op. cit., p. 30; PÉREZ L. C., *Derecho penal*, T. I, op. cit., p. 59-60.

⁶²¹ PÉREZ L. C., *Manual*, op. cit., p. 32; PÉREZ L. C., *Derecho penal*, T. I, op. cit., p. 64; PÉREZ L. C., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 319-320.

⁶²² PÉREZ L. C., *Derecho penal*, T. I, op. cit., p. 58.

⁶²³ *Ibidem*, p. 64-65.

⁶²⁴ PÉREZ L. C., *Manual*, op. cit., p. 32; PÉREZ L. C., *Tratado*, T. I, op. cit., p. 319.

⁶²⁵ PÉREZ L. C., *Derecho penal*, T. I, op. cit., p. 65.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 65.

⁶²⁷ VÁSQUEZ ABAD A. M., *Tratado de Derecho Penal Colombiano*, Medellín, Ediciones “Universidad Pontificia Bolivariana”, 1948, p. 11.

Vendría luego, en 1950, C. LOZANO Y LOZANO con su obra *Elementos de derecho penal*, quien - con claras influencias de la escuela positiva italiana, particularmente de FERRI⁶²⁸- reconoció, frente al Código penal de 1936, que el delito debía entenderse como una violación de la ley penal. Sin lugar a dudas, se trata de una definición de delito que permite a los ciudadanos saber aquello que pueden y no pueden hacer, así como informar a los diferentes servidores públicos qué comportamientos deben castigar⁶²⁹. Sin embargo, para LOZANO Y LOZANO, esta definición formal no satisface a la ciencia del derecho penal, pues esta ciencia debe tener como propósito, precisamente, descubrir y precisar la naturaleza del delito⁶³⁰.

En un intento por definir el delito, afirmó que el “*choque de un acto humano exterior con la ley vigente constituye concretamente la infracción*”⁶³¹. Pero, más que analizar la necesidad de que la infracción esté establecida en la ley, LOZANO Y LOZANO analizó (en el apartado correspondiente al principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimine*) las fuerzas -moral y física- que se requieren para la existencia de un delito, según la escuela clásica italiana⁶³², sin mencionar la necesidad de que el delito -como descripción del hecho- esté previamente establecido en la ley penal.

Sin embargo, este autor sí analizaría el principio de legalidad penal, reconociéndolo como una garantía inseparable de la noción de libertad, pues la ley penal traza el límite entre lo prohibido y lo permitido⁶³³; de esta manera, afirma que “*nada podría ser más arbitrario y antijurídico que imponer una sanción por virtud de un hecho que previamente todos los ciudadanos no hubieran podido saber que estaba prohibido*”⁶³⁴. Es interesante observar cómo LOZANO Y LOZANO dedujo el principio de legalidad penal no sólo de los art. 26 y 28 de la Constitución política de 1886, sino también del art. 20 (“*Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes (...)*”) y 23 (“*Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto (...) sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes*”)⁶³⁵, interpretación particular que acá se comparte.

Frente al asunto de la interpretación de la ley penal, este autor afirmarí que la analogía se encuentra prohibida por el derecho penal, todo ello como consecuencia del principio de legalidad penal⁶³⁶, pues para esa época el Código penal de 1936 no contemplaba, explícitamente, tal prohibición. Sobre el tema específico, afirmó que “*él [el principio *nullum crimen sine lege*] no consiente al juez traspasar el límite de los hechos y sanciones fijados en el código penal. En todos los demás casos no hay ley preexistente, requisito expresamente exigido por nuestra constitución, artículo 28*”⁶³⁷. Es claro que LOZANO Y LOZANO es el primer autor colombiano que reconoció, como consecuencia

⁶²⁸ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 452.

⁶²⁹ LOZANO Y LOZANO C., *Elementos de derecho penal*, Bogotá, Ediciones Lerner, II ed., 1961, p. 116.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 116.

⁶³¹ *Ibidem*, p. 118.

⁶³² *Ibidem*, p. 118-121.

⁶³³ *Ibidem*, p. 382.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 382.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 383.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 409.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 409.

del principio de legalidad penal, el principio de prohibición de analogía, teniendo como fundamento constitucional la exigencia de una ley *preestablecida o preexistente*.

Siguiendo la misma corriente doctrinaria que LOZANO Y LOZANO⁶³⁸, encontramos a GÓMEZ PRADA, con su obra de *Derecho penal colombiano, Parte general*. De esta manera, este autor partiría por afirmar que, en el derecho penal, es la ley sustantiva la encargada de determinar cuáles hechos son delictivos y qué sanciones les corresponden⁶³⁹. De esta manera, este autor recoge la idea original de PESSINA al afirmar que la ley es la forma o expresión del derecho, confirmándose dicha idea para el derecho penal a partir del art. 1º del Código penal de 1936 y de los arts. 26 y 28 de la Constitución política de Colombia de 1886⁶⁴⁰. A través de este punto de partida (con claros tintes positivistas), GÓMEZ PRADA reconoció que ni el ejercicio de los derechos ni el cumplimiento de los deberes pueden practicarse bajo el capricho de cada ciudadano, pues en tal escenario sólo podría surgir el imperio de la arbitrariedad⁶⁴¹. Este autor califica, de esta manera, al principio de legalidad penal como el paladín de las libertades políticas y la carta magna de los inocentes, principio que obedece a exigencias de justicia absoluta⁶⁴², con lo cual esbozaría -sin desarrollarlo- el significado filosófico de este principio (tal como se analizará posteriormente, *supra* cap. III, 4).

De igual manera, GÓMEZ PRADA reconoce -siguiendo en este sentido a ARAGÓN y L. C. PÉREZ- la imposibilidad de considerar la costumbre como fuente del derecho penal⁶⁴³. También reafirma el principio de irretroactividad de la ley penal junto con su correlativa excepción de retroactividad de la ley penal más favorable⁶⁴⁴. Frente al principio de irretroactividad de la ley penal, GÓMEZ PRADA afirma que se trata de un asunto de justicia pues no “*se puede exigir a los ciudadanos que acomoden su conducta a normas que no han sido promulgadas, dicho de otro modo, no se puede quebrantar la ley que no existe*”⁶⁴⁵, con lo cual parece compartir la idea original de CARRARA de ver en la irretroactividad de la ley penal una consecuencia lógica del principio de legalidad penal. Por su parte, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable también lo deduce del principio de legalidad puesto que, si la intención del legislador es no sancionar un hecho o disminuir la pena de un delito, la retroactividad de la ley penal más favorable respetaría precisamente esa voluntad, expresada en la ley penal más reciente⁶⁴⁶.

Luego de LOZANO Y LOZANO y de GÓMEZ PRADA, llegaría BARRIENTOS RESTREPO, cuya obra *Elementos de derecho penal* se caracterizaría por una posición mixta de la escuela clásica y positivista italiana, con raíces cristianas⁶⁴⁷. En su obra, este autor colombiano reconoció el principio de legalidad penal (“no hay delito sin ley previa”) a través del aforismo *nullum crimen sine poena lege*, junto con el principio de legalidad para la sanción penal y el principio de legalidad procesal. Afirma, frente a lo que denomina principios básicos del derecho penal, que “*todo nace de la ley, o*

⁶³⁸ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 452.

⁶³⁹ GÓMEZ PRADA A., *Derecho penal colombiano. Parte General*, Bogotá, Editorial Temis, II ed., 1959, p. 74.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 74.

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 75.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 75.

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 77.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 88-93.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, p. 89.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 90.

⁶⁴⁷ Cfr. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 452.

*sea, la única fuente del derecho penal es la ley penal*⁶⁴⁸. Por ello es lógico que afirme -a renglón seguido- que ni la costumbre, ni la jurisprudencia tienen fuerza de ley o carácter obligatorio⁶⁴⁹. BARRIENTOS reconoce, además, que el arbitrio judicial (como poder creador de delitos) no es posible en el derecho penal colombiano⁶⁵⁰; afirma -sobre el particular- que “*reconocer a los jueces tal facultad sería regresar al absolutismo más perfecto y dejar al individuo a merced de la arbitrariedad*”⁶⁵¹.

A pesar de que este autor colombiano descarta que el art. 11 del Código penal de 1936 establezca una definición formal de delito⁶⁵² (lejos de lo aquí afirmado), BARRIENTOS sí reconoce que la infracción penal debe estar prevista en la ley, pues de lo contrario no existiría delito⁶⁵³. Al ser la ley penal la única fuente del derecho penal es indiscutible su necesidad, pues ella constituye una garantía de libertad individual y, al mismo tiempo, límite del *ius puniendi* del Estado; sin ley, el Estado juzgaría arbitrariamente⁶⁵⁴, con lo cual mantendría la misma posición establecida previamente, en Italia, por CARRARA, ROCCO y ALIMENA.

¿Qué se entiende, entonces, por ley penal? A través de la definición de *ley* contenida en el art. 4° del Código civil, entendida como la declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma establecida por la Constitución nacional, este autor colombiano concluye que *ley* -en el derecho penal- debe ser un concepto que aglutine los actos expedidos por el Congreso⁶⁵⁵, con lo cual -y sólo a partir de este autor- empieza a surgir la idea del principio de reserva de ley como consecuencia del principio de legalidad penal. A pesar de ello, BARRIENTOS reconoce que los decretos-leyes que regulan materias penales, los decretos extraordinarios dictados en estado de sitio también son también fuentes del derecho penal⁶⁵⁶.

Este autor también reconoce el principio general de irretroactividad de la ley penal, como un asunto teórico de justicia elemental pero, también, como un asunto práctico en términos procesales, todo ello de acuerdo con el art. 3° del Código penal de 1936⁶⁵⁷. De la misma manera reconoció el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, atendiendo el mismo código penal y la Ley 153 de 1887⁶⁵⁸. Sin embargo, el reconocimiento del principio de irretroactividad (y, en términos generales, del principio de legalidad penal) parece contradecirse en la obra de BARRIENTOS cuando afirma que “*no será verdadera ley la que deje de sancionar hechos reconocidos intrínsecamente inmorales, esto es, hechos constitutivos de delito, en el orden natural, y que violan derechos individuales o sociales, pues tales normas no serían ordenación de la razón*”⁶⁵⁹. Reconoce, de esta manera, la existencia de ciertos delitos naturales que deben ser reconocidos por la ley ante su

⁶⁴⁸ BARRIENTOS RESTREPO S., *Elementos de derecho penal*, Bogotá, Colección Jurídica Bedout, III ed., 1977, p. 212.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, p. 211, 213.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, p. 214.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 211.

⁶⁵² *Ibidem*, p. 274.

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 276.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 210.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 209, 212-213.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 213.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 225-229.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 229-230.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 209.

carácter intrínsecamente malo en términos morales⁶⁶⁰, con lo cual parece partir de un concepto de legalidad sustantiva afinada en el derecho natural.

Sin embargo, la existencia de delitos naturales parece relacionarse más con el carácter justo o injusto de la ley penal más que con la posibilidad de castigar tales hechos aun cuando no sean descritos por una ley emitida por el Congreso, máxime cuando reconoce -siguiendo a CARRARA y a CARMIGNANI- la inclusión de una *imputabilidad legal* dentro de la definición del delito según el Código penal de 1936⁶⁶¹.

Sin llegar a clasificarse como *positivista*, la obra de A. V. ARENAS es fundamental para la ciencia del derecho penal colombiano⁶⁶². A través de sus obras, *Comentarios al Código penal* y *Compendio de derecho penal*, este autor realizaría contribuciones importantes frente al principio de legalidad penal. A través del art. 1º del Código penal de 1936 reconoce lo que denomina como una *garantía criminal*, en cuanto derecho de todo individuo de no ser condenado por hechos no definidos previamente por la ley penal⁶⁶³, mismo análisis que realiza frente al Código penal de 1980 donde el principio de legalidad es reconocido en su art. 1º y 11⁶⁶⁴. ARENAS reconoce, además, que esta *garantía criminal* se encuentra reconocida por la Constitución política de Colombia de 1886, en su art. 28⁶⁶⁵. Frente a la doble naturaleza constitucional y legal de esta garantía, afirma que la ley debe someterse a lo definido por la constitución⁶⁶⁶, con lo cual concluye -como ya lo había hecho L. C. PÉREZ- las consecuencias que se derivan del reconocimiento constitucional del principio de legalidad penal.

Es interesante ver cómo, frente a la fórmula gramatical utilizada por el art. 26 de la Constitución política de 1886 (que luego se repetiría en la Constitución de 1991 y en el Código penal del 2000), este autor reconoció en dicha disposición solamente una *garantía judicial*, entendiéndola como el principio de *nemo damnetur nisi per legale iudicium* (derivado del principio de legalidad procesal), sin incluir en el texto constitucional la *garantía criminal* que implica el principio de legalidad penal⁶⁶⁷. Aunque, el mismo autor parece contradecirse cuando, a renglón seguido y sólo unas páginas después de afirmar lo anterior, reconoce que:

“estos postulados [incluidos aquellos del principio nullum crimen sine lege] informan el contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional [de 1886] cuando dice que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el tribunal competente y observando la plenitud de las formas... propias del juicio, de manera que, si el hecho atribuido al sindicado se halla erigido en delito por la ley penal, ese acto será materia de represión; pero si por olvido del legislador se omitió consagrarlo como delito, aunque el acto hiera los sentimientos de la sociedad no es motivo de sanción, pues

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 263-264.

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 272.

⁶⁶² VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 452.

⁶⁶³ ARENAS A. V., *Comentarios*, 1968, op. cit., p. 13; ARENAS A. V., *Compendio de derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967, p. 9.

⁶⁶⁴ ARENAS A. V., *Comentarios*, T. I, op. cit., p. 18.

⁶⁶⁵ ARENAS A. V., *Comentarios*, 1968, op. cit., p. 13; ARENAS A. V., *Comentarios*, T. I, op. cit., p. 16.

⁶⁶⁶ ARENAS A. V., *Comentarios*, 1968, op. cit., p. 13.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 14; ARENAS A. V., *Comentarios*, T. I, 1983, op. cit., p. 16; ARENAS A. V., *Compendio*, op. cit., p. 9.

*no le es dado al juzgador (dentro de la función de interpretar y aplicar la ley), crear delitos, ni sancionar hechos con disposiciones que propiamente no contemplan el hecho”*⁶⁶⁸.

A pesar de tratarse de una cita jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, el autor parece compartir la idea expuesta por el alto tribunal, con lo cual parece confundir, finalmente, la fuente constitucional de la cual se predica el principio de legalidad penal, si este principio puede o no deducirse del art. 26 de la Constitución política de 1886.

ARENAS también reconoce que la *garantía criminal* va en contra del arbitrio judicial, pues lo primero que debe verificar el juez es que el hecho sea definido como delito por una ley previa⁶⁶⁹, arbitrio que por el contrario sí es legítimo -bajo ciertos límites- frente a la imposición de la sanción penal⁶⁷⁰.

Junto con L. C. PÉREZ, este autor colombiano reconocería el principio de determinatezza, señalando que la descripción de los comportamientos prohibidos por el derecho penal a través de fórmulas abiertas no es suficiente; es necesario, por el contrario, describir concretamente el hecho, a efectos de que la tipicidad (en realidad, el principio de determinatezza) garantice la efectividad del principio de reserva de ley⁶⁷¹. Así pues, es necesaria la expedición de leyes claras, precisas y técnicamente redactadas⁶⁷².

Frente al Código penal de 1980, este autor afirmó que “*en materia penal no puede hablarse ordinariamente de vacíos que deban llenarse mediante la aplicación de otras disposiciones, por analogía*”⁶⁷³, con lo cual -aplicando el art. 7º- reconoce el principio de prohibición de analogía en el derecho penal. Como única excepción a dicha prohibición, ARENAS reconoció aquella contemplada por el art. 65, frente a las circunstancias de atenuación punitiva⁶⁷⁴, sin llegar a reconocer la analogía *in bonam partem*

Además de todo lo anterior, este autor colombiano reconocería -siguiendo la totalidad de la doctrina- el principio de irretroactividad junto con el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, todo ello de conformidad con el art. 26 de la Constitución política de 1886 y el art. 6º del Código penal de 1936⁶⁷⁵.

Finalmente, dentro de la *fase del positivismo* en el derecho penal colombiano debe mencionarse la obra de MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de derecho penal*, publicada en 1962. A partir de la conciencia nacional -como fuente de producción-, la única fuente inmediata del derecho penal es la ley positiva, pues ella es emanada por el órgano legislativo, “*único que puede declarar delictiva una conducta y establecer una pena para ella*”⁶⁷⁶, todo ello de acuerdo con el art. 26 de la

⁶⁶⁸ Cfr. ARENAS A. V., *Comentarios*, T. I, 1983, op. cit., p. 18.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 16; ARENAS A. V., *Comentarios*, 1968, op. cit., p. 14; ARENAS A. V., *Compendio*, op. cit., p. 9-10.

⁶⁷⁰ ARENAS A. V., *Comentarios*, T. I, 1983, op. cit., p. 17-18; ARENAS A. V., *Compendio*, op. cit., p. 10.

⁶⁷¹ ARENAS A. V., *Comentarios*, T. I, 1983, op. cit., p. 25.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 25.

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 35.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 37.

⁶⁷⁵ ARENAS A. V., *Comentarios*, T. I, 1983, op. cit., p. 30; ARENAS A. V., *Compendio*, op. cit., p. 10.

⁶⁷⁶ MESA VELÁSQUEZ L. E., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 1962, p. 54.

Constitución política de 1886 y del art. 1º del Código penal de 1936⁶⁷⁷. Incluso, llega a afirmar, frente a este principio, que su desconocimiento “*es síntoma indudable de tiranía de uno o de otro tipo*”⁶⁷⁸, con lo cual queda evidenciada la noción de *garantía* que MESA VELÁSQUEZ le asigna al principio de legalidad penal y su estrecho contenido político.

Este autor parece confundir los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, asimilándolos en uno solo, pues afirma que gracias a dicho principio la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina no pueden “*invocarse para darle carácter criminoso a un hecho penal no reprimido expresamente en la ley*”⁶⁷⁹; éstas son fuentes mediatas que pueden tener una utilidad, desde una perspectiva político criminal, al momento de la elaboración de las leyes penales⁶⁸⁰.

Finalmente, este autor también reconoce el principio de prohibición de analogía frente al Código penal de 1936, afirmando que “*los hechos no comprendidos claramente en la ley son impunes, por inmorales o dañinos que se les suponga*”⁶⁸¹. Es interesante, en este punto, resaltar como autores como el propio MESA VELÁSQUEZ, junto a BARRIENTOS y ARENAS, reconocieron la prohibición de analogía en el derecho penal aun cuando tal principio no tenía un reconocimiento positivo en la ley penal, como sucedió con el Código penal de 1936; fue solamente hasta el Código penal de 1980 cuando -en su art. 7º- se reconoció explícitamente dicha prohibición.

Después de este último autor, iniciaría en Colombia la *fase dogmática* del derecho penal⁶⁸² con la obra de GAITÁN MAHECHA, *Curso de derecho penal general*. Este autor colombiano reconoció - como ya lo hubiera reconocido la doctrina nacional unánimemente- que, como consecuencia del principio de legalidad penal, la única fuente del derecho penal es la ley, razón por la cual ni la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina son fuentes de derecho⁶⁸³. Por primera vez en la doctrina colombiana, GAITÁN MAHECHA afirmarí, explícitamente, que el principio de prohibición de analogía en el derecho penal surge como un desarrollo del principio de reserva, consecuencia además del art. 26 de la Constitución y el art. 1º del Código penal⁶⁸⁴, con lo cual no sería necesario su reconocimiento expreso. Además, y también por primera vez, reconocería que la prohibición de analogía tiene como excepción, la analogía *in bonam partem* en los casos de justificación, impunidad e inimputabilidad⁶⁸⁵, posición que -como se verá- otros autores como REYES ECHANDÍA, ROZO ROZO, CARRASQUILLA y VELÁSQUEZ seguirían.

Siguiendo de cerca ideas del CARRARA, este autor reconocería en el principio de irretroactividad penal una garantía esencial de todo ciudadano, como un asunto de elemental justicia, pues no sería justo presumir como conocida una ley que no ha sido promulgada⁶⁸⁶: “*la promulgación constituye una de las garantías ciudadanas esenciales en todo régimen de derecho; pensar que una ley rige*

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 56.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 54.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, p. 54-55.

⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 57.

⁶⁸² “*Con tal denominación se quiere designar el período transcurrido entre 1963 y el momento actual, sin que ello signifique una ruptura brusca con el lapso anterior*”. Cfr. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 453.

⁶⁸³ GAITÁN MAHECHA B., *Curso de derecho penal general*, Bogotá, Ediciones Lerner, 1963, p. 44.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 54.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, p. 62.

sin haber sido publicada, es suponer que los ciudadanos deben conocer la ley antes de estar en posibilidad de ello”⁶⁸⁷. Señala además como fuente jurídica de dicho principio el art. 52 del recién promulgado Código político y municipal a través de la Ley 4 de 1913 (“*la ley no obliga sino en virtud de su promulgación*”) ⁶⁸⁸. Frente al principio de retroactividad de la ley penal más favorable, GAITÁN MAHECHA reconoce también un principio de justicia⁶⁸⁹.

Después de la obra de GAITÁN MAHECHA, llegaría REYES ECHANDÍA con su obra *Derecho penal, Parte general*, donde afirmó que “*un derecho penal sin normas positivas que señalen las figuras delictivas y puntualicen las sanciones, no tiene sentido alguno*”⁶⁹⁰. El principio de legalidad penal constituye una garantía para todos los ciudadanos, razón por la cual no puede admitir ningún tipo de excepción, teniendo un reconocimiento constitucional directo a partir del art. 26 de la Constitución política de 1886⁶⁹¹. Por supuesto, a partir del principio de legalidad penal la jurisprudencia, la doctrina e incluso -siendo ésta la primera vez que es mencionada esta fuente- las convenciones o tratados internacionales sólo pueden ser fuentes mediatas de derecho penal⁶⁹².

Frente a la costumbre no llegaría a conclusiones diferentes a las ya reconocidas por la doctrina en ese momento⁶⁹³. Sin embargo, REYES ECHANDÍA sí traería a la discusión nacional la clasificación mantenida por la doctrina italiana en relación con la costumbre, dividiéndola en *praeter legem*, *contra legem* o *secundum legem*; así, frente a la primera clase de costumbre, negaría cualquier valor como fuente de derecho; en relación con la segunda clase, su validez como fuente dependería de que no violar el principio de legalidad penal, con lo cual las costumbres que beneficien al acusado pueden ser reconocidas como fuente; finalmente, las costumbres *secundum legem* son reconocidas como fuentes subsidiarias del derecho penal, en la medida en que amolda la ley positiva a nuevas realidades sociales⁶⁹⁴.

A pesar del contenido del art. 7º del Código penal de 1980, donde no establece diferencia alguna al momento de prohibir cualquier forma de aplicación analógica (diferencia esencial frente al código penal anterior de 1936), REYES ECHANDÍA reconocería en el ordenamiento jurídico nacional la analogía *in bonam partem*⁶⁹⁵. Siguiendo a GÓMEZ PRADA, este autor colombiano también afirmaría que el principio de irretroactividad es un corolario obligatorio del principio de legalidad penal⁶⁹⁶, teniendo como fundamento no sólo un aspecto jurídico (constitucional, en el art. 26 y 28 de la Constitución política de 1886; legal, a través del art. 1º del Código penal de 1980 y del art. 43 de la Ley 153 de 1887), sino también lógico pues si la función de la pena es preventiva (especial), los ciudadanos deben contar con la posibilidad de conocer la prohibición penal antes de cometer el hecho⁶⁹⁷. Por su parte, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable se fundamenta

⁶⁸⁷ *Ibidem*, p. 58.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 57.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 67-68.

⁶⁹⁰ REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, XI ed., 1987, p. 49; REYES ECHANDÍA A., *Obras completas*, Bogotá, Editorial Temis, T. I, 1998, p. 49.

⁶⁹¹ REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 50; REYES ECHANDÍA A., *Obras*, op. cit., p. 50.

⁶⁹² REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 48-49.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 51-52.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 58-59.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, p. 60.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 61.

en un principio humanitario, pues sería contrario a “*un elemental y humano sentido de justicia la aplicación de la norma incriminadora precedente*”⁶⁹⁸.

Con la obra posterior de ROMERO SOTO (*Derecho penal. Parte general*), en 1969 “*logra la ciencia penal colombiana su más alto punto; esta investigación constituye, sin discusión, la más elaborada y pulida construcción dogmática de cuentas se hicieran en esta época en el país*”⁶⁹⁹, importancia y calidad que se verían reflejados -además- frente al desarrollo del principio de legalidad penal. Partiendo de un fundamento filosófico (desarrollado por COSSIO y JIMÉNEZ DE ASÚA en Argentina), ROMERO SOTO reconoce en el principio de legalidad una restricción indiscutible puesto que, al no existir una igualdad real entre el delito y la pena, debe establecerse un límite a la pena (como elemento irracional) a través de un precepto racional que debe ser la ley penal⁷⁰⁰; sin lugar a dudas, este autor colombiano mencionaría así el significado filosófico que tiene este axioma fundamental (*supra*, cap. III, 4). Además de este fundamento filosófico, también reconoce un fundamento científico, pues para que la pena produzca verdaderos efectos es imprescindible que el hecho prohibido esté definido previamente, a efectos de garantizar los derechos no sólo del delincuente sino de cualquier ciudadano⁷⁰¹. Con ello, es evidente que ROMERO SOTO vea en el principio de legalidad penal un límite insuperable para combatir la arbitrariedad del gobernante⁷⁰².

Además de los desarrollos anteriores, este autor colombiano fue el primer doctrinante colombiano que -citando a GRISPIGNI- califica como consecuencias del principio de legalidad los diferentes subprincipios que de éste se deduce, como la prohibición de analogía, el principio de irretroactividad de la ley penal, la inadmisibilidad de la costumbre como fuente de derecho y la imposibilidad de que un reglamento no delegado contenga normas penales⁷⁰³. Frente a la analogía, para este autor no se trataría de una absoluta prohibición sino, más bien, de una limitación necesaria atendiendo las particulares características del derecho penal⁷⁰⁴, todo ello bajo el entendido de que “*interpretar la ley para aplicarla a un caso particular, es, inevitablemente, un proceso analógico, en que lo que se busca no es la absoluta identidad entre el caso y la norma, sino su mayor semejanza*”⁷⁰⁵. Con ello, este autor parece asimilar la analogía con la interpretación sistemática extensiva, con lo cual -por supuesto, bajo tal punto de partida- la prohibición de dicha interpretación sería imposible.

Pero, más allá de razones estrictamente jurídicas, este autor afirmararía que esta prohibición atendería a razones políticas, ante la amenaza para la libertad de los ciudadanos que implicaría el uso de la analogía en el derecho penal⁷⁰⁶, estableciendo así un *principio político* frente al cual la prohibición de la analogía se estructura en una salvaguarda de los derechos individuales⁷⁰⁷. Pero, junto con este *principio político*, incluiría otros principios para justificar el tratamiento particularmente especial que el derecho penal tendría respecto de la analogía; de esta manera, los *principios de odiosidad* y

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 62.

⁶⁹⁹ Vid. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 454.

⁷⁰⁰ ROMERO SOTO L. E., *Derecho penal*, op. cit., p. 176.

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 176-177.

⁷⁰² *Ibidem*, p. 177.

⁷⁰³ *Ibidem*, p. 177.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, p. 204-205.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 205.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 203.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, p. 205.

favorabilidad también generarían la necesidad de prohibir la analogía *in malam partem* y permitir, correlativamente, la analogía *in bonam partem*⁷⁰⁸.

ROMERO SOTO relaciona, además, un *principio de excepcionalidad* presuntamente desarrollado por la doctrina italiana, citando al respecto autores como BOSCARRELLI y GRISPIGNI⁷⁰⁹. Al contrario de lo afirmado por este autor, debe decirse que la excepcionalidad a la que se refiere la doctrina italiana citada frente a la analogía obedece al contenido del art. 16 *Preleggi*, disposición normativa existente en Italia, la cual vincula la prohibición de la analogía sólo frente a normas excepcionales (*supra*, cap. IV, 4.4). Como puede verse, se trata de un análisis incorrecto de los desarrollos doctrinales italianos frente a la analogía, pues más que un *principio de excepcionalidad*, lo que en realidad se interpreta es la legislación italiana sobre el tema, legislación que frente a la analogía en materia penal no se compaginaba -para 1969- ni se compagina en la actualidad con la legislación colombiana. El análisis realizado por ROMERO SOTO, si bien coherente con la legislación y con la doctrina nacional precedente, parte de un análisis doctrinal equivocado, pues se acogen desarrollos doctrinarios de Italia desconociendo el contexto legislativo particular del cual surgieron.

Después de la obra de ROMERO SOTO, debe señalarse la publicación del *Manual de derecho penal* de ESTRADA VÉLEZ, en 1972. En su manual, el principio de legalidad penal surge como consecuencia del pensamiento iluminista del siglo XVIII, reconociéndolo además como un postulado indiscutible e irrenunciable en un Estado liberal y democrático⁷¹⁰, con lo cual ESTRADA VÉLEZ señalaría por primera vez en Colombia el significado histórico particular de este principio (*supra*, cap. III, 2). De este axioma se derivarían, además, los demás principios como el principio *nulla poena sine lege, nemo iudex sine lege y nulla poena sine iudicio legale*⁷¹¹, con lo cual este autor parece dividir estos principios entre sí, dándole más prioridad al primero sobre los demás. Termina por afirmar que el principio de legalidad es una “*conquista inapreciable del Derecho Penal moderno*”⁷¹².

Frente al tema de las fuentes del derecho (y como consecuencia del principio de legalidad penal) este autor mantendría las mismas conclusiones señaladas por la doctrina nacional precedente, en relación con la naturaleza *mediata* de fuentes como la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina⁷¹³. La misma situación se presente frente al análisis del principio de prohibición de analogía, donde ESTRADA VÉLEZ reconocería -como consecuencia del principio de legalidad- la imposibilidad de permitir en el ordenamiento jurídico colombiano la *analogia iuris* como la *analogia legis*, exceptuando dicha conclusión sólo frente a la analogía *in bonam partem*⁷¹⁴.

De igual manera, este autor también reconocería el principio de irretroactividad penal como un asunto justificado en términos políticos y jurídicos, políticos pues la aplicación retroactiva no produciría ninguna utilidad diferente a castigar a una persona por un hecho que no se encontraba

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 205-206.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 201-202, 206.

⁷¹⁰ ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, II ed., 1986, p. 46; ESTRADA VÉLEZ F., *Manual de Derecho Penal. La norma, el delito, el delincuente*, Medellín, Editorial Pequeño Foro, 1972, p. 41-42.

⁷¹¹ ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 46; ESTRADA VÉLEZ F., *Manual*, op. cit., p. 41-42.

⁷¹² ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 46; ESTRADA VÉLEZ F., *Manual*, op. cit., p. 42.

⁷¹³ ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 38-39.

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 47-48.

prohibido por la ley penal al momento de su comisión, jurídicos por consecuencia directa del principio de reserva de ley reconocido por la Constitución de 1886⁷¹⁵. Por supuesto, VÉLEZ también reconocería la legitimidad del principio de retroactividad de la ley penal más favorable⁷¹⁶.

Después de ESTRADA VÉLEZ, debe mencionarse la obra ROZO ROZO con sus *Comentarios de derecho penal general* (1978). Para señalar el significado de garantía inherente al principio de legalidad penal este autor colombiano afirmarí: “*La ley, generalmente es una amenaza y una promesa; amenaza, porque cometida la falta viene la sanción; promesa, porque la autoridad estatal no podrá imponer castigos superiores a los determinados previamente por la ley*”⁷¹⁷. De esta manera, se señalan dos de las muchas garantías derivadas de la ley penal; por una parte, garantía para la víctima en cuanto garantiza en términos normativos la imposición de una penal, pero también garantía para el condenado en la medida en que determina el límite de su responsabilidad penal. Para ROZO, la fuente inmediata y, en esencial, única del derecho penal es la ley positiva⁷¹⁸, garantía básica de la persona pues la ubicación de este principio en el texto constitucional de 1886 (título III sobre los derechos civiles y garantías sociales) así lo demuestra⁷¹⁹.

Este autor también rechazaría -junto con GÓMEZ PRADA, BARRIENTOS y ARENAS- el arbitrio judicial, como consecuencia del principio de legalidad penal: “*al Juez no se le ha facultado para dictar e imponer normas de carácter penal, sino solamente para interpretarlas. Ni el juez convertido en legislador, ni el legislador en Juez, sino cada uno dentro de su órbita propia*”⁷²⁰.

Finalmente, debe mencionarse la obra de *Teoría general del delito*, de FERREIRA DELGADO (1988), quien -a propósito del análisis de la categoría dogmática de la tipicidad- realizaría también algunas precisiones frente al principio de legalidad penal, específicamente frente al principio de determinación estricta. De esta manera, para este autor colombiano la ley penal debe definir lingüísticamente el hecho prohibido, pues es la única forma de hacer la prohibición inequívoca, como lo exige el principio de determinación estricta; por ello, al ser un texto lingüístico -convertido en una estructura oracional- la tipicidad penal es el fundamento y protección del “*régimen de derecho en que vive una democracia*”⁷²¹, vinculando de esta manera el principio de determinación estricta (como causa) con la tipicidad (como consecuencia), frente a la existencia de un Estado democrático de derecho.

A través de la tipicidad penal (diferente a cualquier exigencia de precisión contenida en las demás ramas del derecho) se establecen parámetros rígidos de los diferentes comportamientos prohibidos, con lo cual se erige el margen lingüístico redactado por el legislador como uno de los límites más importantes del derecho penal: “*la tipicidad resulta, por lo mismo, un marco dentro del cual se encierra la conducta prohibida, y fuera del cual se mueve libremente el súbdito de la ley*”⁷²².

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 48-49.

⁷¹⁶ ESTRADA VÉLEZ F., *Manual*, op. cit., p. 49.

⁷¹⁷ ROZO ROZO J., *Comentarios de derecho penal general*, Bogotá, Universidad Santo Tomas, 1978, p. 134.

⁷¹⁸ *Ibidem*, p. 135.

⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 146.

⁷²⁰ *Ibidem*, 1978, p. 139.

⁷²¹ FERREIRA DELGADO F., *Teoría general del delito*, Bogotá, Editorial Temis, 1988, p. 87.

⁷²² *Ibidem*, p. 88.

8. Conclusiones históricas del principio de legalidad penal:

Son varias las conclusiones históricas provisionales que pueden deducirse en este punto en torno al principio de legalidad penal y su desarrollo histórico. La discusión frente a algunas fuentes históricas respecto de este concepto deja, en primera medida, un asunto claro. Hablar de legalidad penal en términos generales implica asimilar diferentes conceptos que cumplen un rol común: constituyen, en términos más o menos amplios, límites al poder soberano frente al ciudadano, reales garantías en cabeza de estos últimos. Sin embargo, y a pesar de este núcleo común básico, se trata de conceptos diferentes que no pueden confundirse. De ser esta asimilación correcta, se debería partir por un concepto de *ley* en sentido tan amplio que deberíamos concluir que nunca, a lo largo de la histórica, se ha dado una infracción sin una regla previa que reconociera o estableciera el derecho violado⁷²³.

Partiendo de la existencia de diferentes conceptos o realidades jurídicas a las cuales pueden asignársele el rótulo de “principio de legalidad penal”, es necesario precisar -desde ya- qué se entenderá por tal concepto. Partiendo de la idea desarrollada por LICCI⁷²⁴, es claro que frente al principio de legalidad (específicamente, el principio de reserva de ley) existen sólo en Europa tres genotipos diferentes en torno a los cuales se puede aglutinar la discusión⁷²⁵. El primer genotipo (como concepto de legalidad vinculado históricamente) es aquel desarrollado por la doctrina italo-alemana a partir del siglo XVII, caracterizado por reconocer en la legalidad un límite interno de naturaleza lógica, verdadero límite impuesto por el Estado contra sí mismo; el segundo genotipo es aquel surgido durante el periodo revolucionario en Francia, frente al cual la legalidad surge como un elemento necesario para superar el antiguo régimen absolutista concretado en el *ancien régime*, con una clara intención de constituir un límite externo de garantía contra el arbitrio del juez; finalmente, el tercer genotipo histórico europeo del principio de legalidad penal se identifica con la idea de legalidad surgida en Inglaterra, a partir del *common law*, donde la ley es entendida como un límite de garantía contra el arbitrio del órgano ejecutivo (poder regio)⁷²⁶.

El modelo italo-alemán del principio de legalidad penal se fundamenta en una *ratio* de certeza, el modelo francés tiene como base una *ratio* de garantía en relación con el juez, mientras que el modelo inglés se erige bajo una *ratio* de garantía frente al órgano ejecutivo⁷²⁷.

A pesar de que el punto de partida de LICCI es correcto, su conclusión no. El concepto de legalidad penal no es un concepto universalmente asimilable, pues depende del contexto histórico y cultural del cual surge. Sin embargo, los genotipos italo-alemán y francés del principio de legalidad penal, identificados ambos por LICCI, son en realidad un mismo concepto. No es correcto concluir que la idea de garantía como reserva legislativa, a partir de su representación democrática, es exclusiva del concepto de legalidad penal surgido en Francia, ni que la doctrina italo-alemana establece este

⁷²³ Con esta misma conclusión, véase, CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 11.

⁷²⁴ LICCI G., *Figure del diritto penale. Lineamenti di una introduzione al sistema punitivo italiano*, Torino, Giappichelli Editore, 2008, p. 118; LICCI G., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, Giappichelli Editore, 2006, p. 241.

⁷²⁵ Este autor italiano entiende por genotipo aquellos conceptos jurídicos que pueden aglutinar un mismo desarrollo histórico, compartiendo -por tanto- una misma justificación política. Implícitamente, LICCI G., *Figure*, op. cit., p. 120; LICCI G., *Modelli*, op. cit., p. 241-244.

⁷²⁶ LICCI G., *Figure*, op. cit., p. 120; LICCI G., *Modelli*, op. cit., p. 241-244.

⁷²⁷ LICCI G., *Figure*, op. cit., p. 120.

principio sólo desde una perspectiva de certeza, como un límite interno lógico de autolimitación del poder del Estado⁷²⁸. Ambas ideas (certeza y garantía) fueron reconocidas simultáneamente por autores italianos como BECCARIA, CARMIGNANI, ROSSI e incluso CARRARA, con lo cual la pretendida diferencia entre ambos “genotipos” es discutible.

Así pues, aunque pareciera ya evidente, el punto fundamental para diferenciar el principio de legalidad penal en la construcción europea-continental de otros sistemas o genotipos -para utilizar la misma expresión que LICCI- es el concepto que se le asigne al término *ley*. Es claro que el principio de legalidad penal se edifica en torno a la ley penal, entendida ésta como una disposición general, emitida por el poder representativo que, en la mayoría de los casos, es el poder legislativo⁷²⁹.

El principio de legalidad penal acá precisado tiene como claro origen histórico (atendiendo su precisa concepción actual) el iluminismo como movimiento filosófico surgido en Europa⁷³⁰, y la revolución que éste generó en el derecho continental a través del movimiento codificador⁷³¹. A pesar de las diferencias conceptuales entre todos los autores, existe un núcleo común que se ha perfilado históricamente, y del cual ha surgido el concepto actual del principio, y sus diferentes consecuencias.

Con diferentes corrientes filosóficas, se ha construido la idea de reserva de ley en materia penal⁷³². Es claro que el impulso más importante lo dio la teoría del *contractualismo* y sus diferentes vertientes: autores como MONTESQUIEU (como límite del poder y consecuencia de la separación de poderes por él mantenida), BECCARIA (como consecuencia de la exigencia de libertad que sólo puede limitarse con el poder punitivo), pasando por LOCKE, ROSSEAU, MARAT, FILANGIERI y CARMIGNANI consagraron -en términos relativamente similares- la facultad exclusiva del poder legislativo en la creación de delitos. De igual forma, pensadores *giusnaturalistas* como ROMAGNOSI, ROSSI y CARRARA llegaron a la misma conclusión desde enfoques enteramente diferentes; de esta manera, a partir de una definición formal de delito asumieron una elección política a favor de las garantías individuales del ciudadano⁷³³. La idea de reserva de ley se mantiene aún vigente, demostrando la influencia e importancia del iluminismo penal en este punto⁷³⁴.

Este principio de reserva de ley se reconoce, además, frente a la idea de vinculación del juez a la ley. MONTESQUIEU, BECCARIA, CARMIGNANI y CARRARA (estos dos últimos autores a través de la

⁷²⁸ *Ibidem*, p. 119; LICCI G., *Modelli*, op. cit., p. 243.

⁷²⁹ CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 11.

⁷³⁰ “sólo la filosofía política del siglo XVIII (...) satisface las condiciones propuestas con relación al principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Cfr. CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 70.

⁷³¹ Por ejemplo, PESSINA reconoce que una característica del movimiento codificador del Siglo XIX es la concepción de la ley penal como medio para frenar el arbitrio judicial. PESSINA E., *Elementos*, op. cit., p. 135. La idea de la legalidad penal como límite de la actuación del juez (y como monopolio del órgano legislativo) siguió la suerte del movimiento codificador europeo.

⁷³² Dentro del iluminismo pueden encontrarse, por lo menos, dos corrientes distintas: por una parte, una teoría *contratualista* como reivindicación de los derechos del individuo (entre estos, la libertad); y, por otra parte, una teoría *giusnaturalista* que acepta la existencia de un derecho ideal, racional y origen divino. SPIRITO U., *Storia*, op. cit., p. 36-39.

⁷³³ MANTOVANI, por ejemplo, afirma que la llamada *legalità formale* es una elección política a favor de las garantías del ciudadano. Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 4.

⁷³⁴ CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 592.

diferencia entre imputabilità política e imputazione civile) reconocen la dependencia de la función de interpretación judicial a la existencia previa del delito en la ley penal.

Además del principio de reserva de ley, otros aspectos vinculados con el principio de legalidad penal también fueron establecidos por el iluminismo penal, tales como la prohibición de analogía entendida como prohibición general de no interpretar (MONTESQUIEU y BECCARIA) o como posibilidad de interpretar, pero ajustada a límites reconocidos previamente por la ley (MARAT, FILANGIERI, CARMIGNANI). El principio de taxatividad también fue desarrollado por el iluminismo: desde sus comienzos, con BENTHAM, y a través de BECCARIA, MARAT, MONTESQUIEU y ROSSI, se exigirían requisitos de claridad y univocidad semántica en la definición de los delitos para evitar así la oscuridad de la ley y, con ello, la interpretación arbitraria de los jueces.

Además de lo anterior, el iluminismo también reconoció diferentes contenidos al principio de legalidad penal. A través de la idea de protección a la libertad civil de los ciudadanos (MONTESQUIEU, BECCARIA, FILANGIERI, CARMIGNANI, ROMAGNOSI) o a través de la necesidad de evitar actos arbitrarios (MARAT, FILANGIERI), el principio de legalidad penal se entendió como una garantía. De igual forma, el principio de legalidad penal se desarrolló como un principio democrático, a través de la figura del legislador como representante de la sociedad. Ya fuera a través de LOCKE (desarrollando la teoría contractualista), ROSSEAU o BECCARIA (reconociendo la idea de ley como producto de la voluntad general), MONTESQUIEU (entendiendo el poder legislativo como el único autorizado para expedir leyes) o MARAT (comprendiendo la ley como límite de la arbitrariedad del poder), la legalidad penal se vinculó de manera estrecha a la idea misma de democracia, y del legislador como representante de la voluntad general de los integrantes del Estado.

El principio de legalidad penal también se desarrolló como un mecanismo para lograr una función preventiva de la pena, vinculado así la legalidad penal con la idea de accesibilidad general y previa del comportamiento prohibido a todos los ciudadanos. MARAT, BECCARIA, CARRARA y, de manera especial, FEUERBACH, reconocerían en la legalidad penal un elemento necesario para lograr el conocimiento de los comportamientos prohibido por parte de los ciudadanos.

Las ideas que surgen de todo el movimiento iluminista están en la base del desarrollo histórico del derecho en Europa (y, por influencia directa, de los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica) respecto del derecho codificado⁷³⁵. Hablar de iluminismo penal es hablar, casi automáticamente, de derecho codificado y, consecuentemente, del actual concepto del principio de legalidad penal⁷³⁶.

Atendiendo la evolución histórica del iluminismo, puede decirse que el principio de legalidad penal nace de la obra de MONTESQUIEU, tal como lo reconoce VASSALLI⁷³⁷. Pero, este mismo principio se concretaría para el derecho penal -atendiendo su sentido y alcance actual- sólo con la publicación

⁷³⁵ CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 594; ZAGREBELSKY V., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 52.

⁷³⁶ “cualquiera de estos sistemas [previos a la ilustración] pudo, pues, desconocer la noción de la legalidad sin que por ello resultara afectada la base de la construcción. Inténtese, en cambio, abandonar el principio dentro de la concepción de ideas propias de la filosofía de la Ilustración y el edificio todo caerá, por la quiebra de sus dos pilares fundamentales: garantías individuales y división de poderes”. Cfr. CABRAL L., *Ubicación*, op. cit., p. 72.

⁷³⁷ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 498; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 293.

de la obra de BECCARIA. Es este último autor italiano el padre de todo el concepto de legalidad penal que existe aún hoy día, como el concepto global que se precisará en los capítulos siguientes⁷³⁸.

El concepto de legalidad surgido de la *Magna charta libertatum (rule of law)* responde a exigencias jurídicas diferentes, razón por la cual no puede ser confundida como una fuente histórica del principio acá precisado. La misma suerte corre la *Costitutio Criminalis Carolina*, las diferentes constituciones de los Estados Unidos y, en general, cualquier documento que se remonte de manera previa al iluminismo penal del siglo XVIII.

Ahora bien, frente al desarrollo histórico del principio de legalidad penal en Italia debe afirmarse que su reconocimiento, a nivel legal, fue inmediato frente al surgimiento del iluminismo penal, como consecuencia directa de la revolución francesa de 1789. De manera explícita, el componente *nullum crimen sine lege* fue reconocido por el Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla de 1850, en su art. 2º, así como en el Codice penale toscano de 1853, en su art. 1º; implícitamente también fue reconocido por el art. 1º del Codice penale di Modena de 1955. El reconocimiento de las consecuencias que pueden derivarse del principio de legalidad penal, por otra parte, no fueron reconocidos de la misma manera, pues solamente en el Codice penale del Regno delle due Sicilie de 1819, el Codice penale sardo de 1839 (y también aquel de 1859) se reconoció la retroactividad de la ley penal más favorable en relación con la sanción penal; lo mismo sucedió con el reconocimiento expreso del principio de prohibición de irretroactividad de la ley penal, pues solamente el Codice penale toscano de 1853 lo consagró en su art. 1º. Es evidente la ausencia de un tratamiento normativo frente a estos subprincipios, situación que fue solucionada mediante la unificación nacional y el *Codice Zanardelli de 1886*.

El *Codice Zanardelli* constituye el pilar fundamental desde el cual se erigiría, históricamente, el principio de legalidad penal en Italia. Cuando FLORIAN afirmó que el *Codice Zanardelli* es técnicamente perfecto⁷³⁹, tal calidad puede predicarse también del art. 1º y 2º frente al principio de legalidad penal. A través de estas dos disposiciones normativas este código penal reconoció tanto el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como todas las consecuencias del principio de legalidad penal, el principio de reserva de ley, el principio de irretroactividad, el principio de prohibición de analogía y el principio de determinación estricta de la ley penal.

A partir de la idea que se desprende de esta disposición normativa -idea que aparece, en gran medida, de la fórmula gramatical utilizada-, el *Codice Rocco* de 1930 y la Constitución política italiana de 1946 reconocerían en el principio de legalidad penal no como un simple límite formal del derecho penal, sino como una garantía sustancial en cabeza de los ciudadanos⁷⁴⁰.

En relación con el desarrollo histórico del principio de legalidad penal en Colombia, puede afirmarse que -a diferencia del caos legal y constitucional existente durante toda la época republicana- el reconocimiento de este axioma fue, más bien, un asunto pacífico, ininterrumpido y

⁷³⁸ Es atinada la conclusión de VELÁSQUEZ cuando, al analizar el desarrollo histórico del principio de legalidad penal, afirmó frente a MONTESQUIEU y BECCARIA que “*estos dos últimos pensadores son en realidad “los padres” espirituales del axioma de legalidad*”. Vid. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 134.

⁷³⁹ FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 152.

⁷⁴⁰ En contra de esta conclusión, FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 705, quien afirma que la definición contenida en el art. 1 del Codice Rocco (frente al principio de legalidad penal) es excesivamente breve e imprecisa.

constante. Sin lugar a dudas, el principio de legalidad penal hace parte de nuestra tradición juridicopolítica⁷⁴¹, pues ya desde el primer texto constitucional del país (Constitución provincial del Estado de Cundinamarca de 1811) se reconoció el principio *nullum crimen sine lege*⁷⁴². Es interesante observar como la fórmula literal utilizada por el art. 7º de la Declaración de los derechos del hombre de 1789 fue recogida por esta constitución y -a partir de tal fecha- fue reiterada de manera ininterrumpida por todas las demás constituciones, tanto provinciales como nacionales; de hecho, el art. 28 de la Constitución política de Colombia de 1991 (texto actual) tiene como origen histórico remoto el art. 1º, numeral 14 de la Constitución provincial del Estado de Cundinamarca de 1811 y, con ella, la propia Declaración de los derechos del hombre.

Sin embargo, fue sólo a través de la Constitución de 1886 cuando se incorporó una nueva definición del principio, de manera conjunta a la ya histórica definición constitucional del apotegma; en el art. 26 se reconoce, así, el derecho de todo ciudadano de no ser juzgado sino sólo de acuerdo con las leyes preexistentes, consagración que se ha mantenido intacta hasta la actualidad gracias al art. 29, inciso 2º de la Constitución política de 1991. Esta consagración tiene como influencia directa el derecho constitucional español, específicamente en el art. 11 de la Constitución española de 1869. Es evidente que las influencias históricas de la definición constitucional del principio de legalidad penal en Colombia son, por excelencia, la Declaración de los derechos del hombre y el derecho constitucional español. Puede parecer contradictorio, pero -de manera específica frente a este axioma- se recoge la influencia del derecho *que fundamentó nuestra independencia* (revolución francesa) y el peso del derecho *que consolidó nuestras raíces culturales* (España como cultura hispánica).

De igual manera, a nivel legislativo la influencia extranjera en el derecho penal colombiano puede diferenciarse claramente en tres fases diferentes, en relación con el axioma de legalidad penal. Una primera fase que se concentra en los códigos penales de 1837, 1873 y 1890, frente a los cuales no es claro el influjo ni del derecho español ni del derecho francés frente a la definición del principio de legalidad penal. Todo ello en cuanto que, consultado el Código penal español de 1822 y el Código penal francés de 1832, no se encuentra ninguna definición que, ni siquiera de manera indirecta, pueda asimilarse a la definición *negativa* contenida en estos tres códigos penales: “*Cuando se cometa alguna acción que, aunque parezca punible, no tenga señalada pena por la lei, no se procederá contra el que la cometió, i el juez respectivo dará cuenta à la suprema corte de justicia por el conducto regular, para que lo manifieste al Congreso*”. Se trata de una definición que no tiene parangón en ninguno de dichos textos legales (que son identificados como la influencia histórica del primer código penal colombiano de 1837). Puede ser que la definición ofrecida por estos códigos penales frente al principio de legalidad penal sea una propuesta novedosa del legislador colombiano, pues no ha sido posible trazar influencia histórica que la vincule.

⁷⁴¹ En el mismo sentido, véase, PÉREZ PINZÓN Á. O., *Algunas notas*, op. cit., p. 98. Incluso, este autor concluye lo anterior solamente a través del reconocimiento del principio en la Constitución política de 1886 y el Código penal de 1936. La conclusión es aún más evidente visto todo el desarrollo histórico del principio de legalidad penal a lo largo de la historia republicana de Colombia, y que aquí se ha expuesto sucintamente. Con la afirmación de que se han reconocido, de manera general, a la totalidad de ciudadanos el derecho a la seguridad personal (que, en realidad se concreta en el mismo principio de legalidad penal), véase, POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones*, op. cit., p. 414.

⁷⁴² Tal reconocimiento se mantiene a lo largo de las 6 constituciones provinciales restantes.

De igual forma, el derecho penal colombiano presenta una segunda fase (contenida en los códigos penales de 1936 y 1980) donde el influjo del derecho penal italiano es evidente. Tan directa resultó ser la influencia de Italia durante este periodo de tiempo que la definición del principio de legalidad penal fue una copia idéntica del art. 1 del *Codice Zanardelli* y del *Codice Rocco*. Finalmente, la tercera y última fase puede encontrarse en el Código penal del 2000 (vigente al día de hoy), donde la influencia extranjera frente a la definición del axioma puede encontrarse en el derecho constitucional español, pues este texto legislativo copió, de manera literal, la definición del apotegma contenida en el art. 29 de la Constitución política de 1991.

En definitiva, y a pesar del influjo constante del derecho penal de otros países, es indudable que el principio de legalidad penal ha acompañado la historia constitucional, política y jurídica de Colombia desde su propia existencia como república independiente.

CAPÍTULO II

CONCEPTO Y DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL:

1. Introducción:

Analizado ya el desarrollo histórico del principio de legalidad penal, debe precisarse qué se entiende por tal concepto. Son varios los puntos conceptuales que se analizarán en relación con este principio; para ello, y en atención a la necesaria claridad de la discusión, el tema se dividirá en cuatro puntos diferentes. El primero de ellos, como es apenas lógico, parte por enunciar los diferentes sentidos o definiciones que se le pueden dar al concepto de “*principio de legalidad penal*”, con lo cual se respondería a la pregunta *qué es* este principio.

El segundo punto por desarrollar va dirigido a analizar los fundamentos o las funciones que se han reconocido, históricamente, al principio de legalidad penal, contestando así la pregunta *qué funciones cumple* (o, incluso, el *porqué* de este concepto). En relación estrecha con las funciones deducidas del axioma de legalidad penal, se procederá a precisar, como tercer punto, los diferentes contenidos o componentes que pueden extraerse precisamente de dichos fundamentos, con lo cual se estudiará la estructura del principio de legalidad penal, es decir, *cómo está conformado este principio*.

Finalmente, en cuarto lugar, se desarrollarán las relaciones políticas que tiene el principio de legalidad penal con las diferentes formas de Estado, a efectos de verificar en cuál forma de Estado logra materializar todo su sentido jurídico.

2. Concepto del principio de legalidad penal: *qué es la legalidad penal*:

Antes de iniciar con el análisis del principio de legalidad penal (intentando, así, responder a la pregunta *qué es la legalidad penal*), deben realizarse algunas precisiones teóricas frente al concepto de *principio* pues, aunque tal el asunto pueda llegar a ser controversial¹, es indiscutible que se trata de una claridad fundamental; no puede afirmarse que el principio de legalidad penal es, de hecho, un principio jurídico sólo a través de su nombre pues el simple *nomen iuris* no es suficiente para poder identificarlo y, mucho menos, calificarlo como tal².

Sin lugar a dudas, un principio es una clase de norma jurídica³, siempre y cuando se entienda por ésta cualquier “*enunciado dirigido a guiar el comportamiento*”⁴. La discusión sobre las diferencia entre un principio y las demás normas jurídicas -distinción en todo caso polémica⁵- ha generado la

¹ Con calificativos como *escurridizo* y *controversial*, véase, GUASTINI R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1999, p. 144.

² COMANDUCCI P., *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*, in *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Vol. XXI, Issue 2, Universidad de Alicante, 1998, p. 92.

³ COMANDUCCI P., *Principios jurídico*, op. cit., p. 90; GUASTINI R., *Distinguiendo*, op. cit., p. 142.

⁴ Con esta definición amplia de norma, GUASTINI R., *Distinguiendo*, op. cit., p. 143.

⁵ (“*la determinación con respecto a otras cosas tales como los valores es oscura; la terminología, vacilante*”). ALEX Y R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 82-83.

existencia de dos claras posiciones contrapuestas que buscan encontrar una separación clara entre ambos conceptos⁶ y, con ello, una definición lógica de qué es un principio jurídico.

Una primera posición plantea una separación *fuerte* entre ambos conceptos, arguyendo que la diferencia entre estos es un presupuesto ontológico, por lo que una norma es principio por su propia naturaleza inherente; lo mismo sucede con las demás normas jurídicas⁷. Por el contrario, una segunda posición se decanta por una separación *flexible* que califica la diferencia no como un asunto ontológico, sino como una realidad relativa, en cuanto que la diferencia entre ambos elementos es meramente gradual, y no absoluta⁸.

Atendiendo las anteriores posiciones (y acogiendo una posición ontológica del asunto), es necesario reconocer que la definición de principio es un asunto que no encuentra un punto en común dentro de la doctrina; a pesar de que las múltiples diferencias comparten elementos similares, la calificación que se hace de un principio jurídico depende, con necesidad, de cada autor en particular. Así, por ejemplo, para DWORKIN un principio es un *estándar* que debe ser observado, no para favorecer una situación deseable, sino porque se trata de una exigencia emanada de la justicia, la equidad e, incluso, de la moral⁹.

Para GUASTINI y COMANDUCCI un principio es una elección valorativa, ya sea en la fase de producción o aplicación del derecho¹⁰. Por ello, más que un elemento constitutivo, los principios jurídicos se limitarían a ser un reconocimiento de valores¹¹. Sin lugar a dudas, el principio jurídico es fuente y fundamento del derecho¹², razón por la que -acorde con ALEXYS- puede entender como un *mandato de optimización*, pues son normas que ordenan algo que se debe hacer de la mejor forma posible, razón por la cual su cumplimiento no puede ser evaluado en términos absolutos, sino calificado por grados¹³. Por ello, los principios serían normas *condicionales* “*derrotables*” en la medida en que pueden aceptar -en su aplicación- excepciones implícitas¹⁴.

Sin lugar a dudas un principio jurídico es una expresión clara de ciertos valores ético-jurídicos de una comunidad particular¹⁵, razón por la cual tiene un peso o una importancia específica¹⁶.

Hasta este punto del análisis, es claro el porqué el principio de legalidad penal es, de hecho, un principio jurídico. Incluso, puede afirmarse que es -además- un *derecho fundamental* en cuanto está

⁶ Aclarando ambas teorías, COMANDUCCI P., *Principios jurídico*, op. cit., p. 94.

⁷ A favor de una separación fuerte, ALEXYS R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 86-87, DWORKIN R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, II ed., 1989, p. 77-80.

⁸ A favor de una separación flexible, COMANDUCCI P., *Principios jurídico*, op. cit., p. 95-96; GUASTINI R., *Distinguiendo*, op. cit., p. 146-148.

⁹ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 72.

¹⁰ COMANDUCCI P., *Principios jurídico*, op. cit., p. 96.

¹¹ GUASTINI R., *Distinguiendo*, op. cit., p. 149.

¹² CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Editorial Temis, Vol. II, 1989, p. 5.

¹³ Ésta constituiría una diferencia entre los principios y las reglas, en tanto que las reglas sí deben ser cumplidas o no (su cumplimiento no está sometido a grados). Cfr. ALEXYS R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 86.

¹⁴ GUASTINI R., *Distinguiendo*, op. cit., p. 149.

¹⁵ CARRASQUILLA J. F., *Principios y normas rectoras del derecho penal*, Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 1998, p. 24, nota al pie 9.

¹⁶ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 77-78.

enunciado en el capítulo correspondiente a los derechos y garantías tanto en la constitución italiana como en la colombiana¹⁷.

Se ha llegado a calificar el principio de legalidad como un *principio fundamental*¹⁸, vinculado a la integración y coherencia del sistema¹⁹. Los *principios fundamentales* se caracterizan (y su desarrollo depende) de un determinado contexto histórico; surgen a través de una evolución progresiva y a partir de los *principios materiales o constitutivos*²⁰.

Indirectamente, es calificado por GUASTINI como una *metanorma* o *norma de segundo grado*, pues regula la aplicación del derecho²¹ (en este caso, específicamente del derecho penal). También de manera indirecta se puede decir que el principio de legalidad penal es una *norma fundamento* en la medida en que, por una parte, sirven de fundamento a otras normas y, por otra parte, no requieren fundamento alguno²². Como lo califica FERRAJOLI, se trata de un principio o axioma que estructura y permite un *sistema de garantía* (SG)²³.

Ahora bien, luego de precisar el concepto del principio de legalidad penal (como principio jurídico y derecho fundamental), debe reconocerse que, en cuanto a su contenido, la legalidad penal como axioma tiene dos sentidos, uno negativo y otro positivo; dentro de éste último podemos encontrar, además, un sentido positivo formal y otro de índole material. El concepto de este axioma se desarrollará conforme a esta estructura.

El sentido negativo del principio de legalidad penal es el más evidente o explícito. Es *negativo* en la medida en que se concreta en una prohibición²⁴: no puede imponerse una pena por la comisión de un comportamiento cuya punibilidad no haya sido establecida por una ley penal²⁵, en cuanto ésta (la ley penal) debe describir, de manera previa y expresa el comportamiento prohibido²⁶. De esta manera, este principio busca circunscribir a través de la ley penal la determinación de la “*sfera del penalmente relevante*”²⁷.

¹⁷ ALEXY establece un *criterio formal* para la determinación de una disposición de derecho fundamental, aseverando que serán todas las disposiciones enunciadas en el capítulo correspondiente a los derechos fundamentales de la Ley fundamental alemana. Cfr. ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 65-66.

¹⁸ YACOBUCCI G., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 94, 126. De la misma manera, por lo menos implícitamente, GUASTINI R., *Distinguiendo*, op. cit., p. 152.

¹⁹ YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit., p. 98.

²⁰ YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit., p. 100-101, 126.

²¹ Cfr. GUASTINI R., *Distinguiendo*, op. cit., p. 149.

²² Frente a esta característica, GUASTINI reconoce que los principios son normas “*caracterizantes*” del orden jurídico. *Ibidem*, p. 151.

²³ FERRAJOLI L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 34.

²⁴ VASSALLI G., voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. XI, 1965, p. 495; VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, UTET, Vol. VIII, IV ed., 1994, p. 283.

²⁵ BELING E., *Il significato del principio: “nulla poena sine lege poenali” nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, in *La Giustizia Penale*, Vol. XXXVIII, N° 1, Roma, 1931, p. 319; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 495; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 283.

²⁶ PETROCELLI B., *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in PETROCELLI B., *Saggi di diritto penale. Seconda serie*, Padova, CEDAM, 1965, p. 188.

²⁷ MARINI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XXVIII, 1978, p. 955.

A través de este sentido negativo, la ley penal puede verse como condición previa y necesaria para la imposición de responsabilidad penal²⁸, como la necesaria base legal para el ejercicio del poder punitivo del Estado²⁹. Es, sin lugar a dudas, un presupuesto necesario e indispensable para la existencia de delitos y sanciones penales³⁰. De esta manera, y a través de su *sentido negativo*, el principio de legalidad penal adquiere una naturaleza lógicamente necesaria, presupuesto que se analizará posteriormente en el significado filosófico de este principio³¹ (*supra*, cap. III, 4).

En este sentido negativo, la legalidad penal constituye un límite del poder punitivo establecido para proteger la libertad del ciudadano³². Por ello, la ley penal es un concepto *condicionante* respecto de la actividad de interpretación y aplicación del juez respecto de la existencia de un delito³³, con lo cual es evidente la creación de una garantía penal sustancial negativa en cabeza de los ciudadanos³⁴. Este primer sentido se resume en una *exigencia de no hacer*, como prohibición de no aplicar una pena o establecer una responsabilidad penal por un hecho no contemplado por la ley penal. El sentido negativo del principio de legalidad penal puede reducirse (así lo ha hecho, por ejemplo, FERRAJOLI) al axioma *nullum crimen sine lege*³⁵.

El segundo sentido (esta vez, positivo) del principio de legalidad penal no es tan evidente ni explícito. Este sentido surge al analizar el espíritu del iluminismo del cual brota el axioma de legalidad penal: es decir, la necesidad de precisar, de manera específica, todo comportamiento prohibido³⁶. Este sentido se concreta, por el contrario, en una *exigencia de hacer específica*, pues de otra manera sería suficiente -a efectos de respetar el principio de legalidad penal- establecer fórmulas gramaticales generales en la ley que sólo intenten legitimar en la apariencia una *indeterminatezza legislativa*³⁷.

Ese *convvenzionalismo penale* -como exigencia positiva- se encuentra al interior de una epistemología garantista (acorde con FERRAJOLI) como rechazo a una determinación abstracta de los comportamientos prohibidos³⁸, epistemología que establece -en lo que interesa al principio de legalidad penal- dos exigencias mínimas, pero lógicamente necesarias: por una parte, el carácter

²⁸ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 91-92.

²⁹ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 2. Este autor italiano, por ejemplo, denomina principio de legalidad para hablar del sentido negativo (mínimo) que el axioma de legalidad penal debe tener (*Riserva di legge*, p. 1).

³⁰ FLORIAN E., *Trattato di diritto penale*, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, IV ed. rinnovata, 1930, p. 179; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado de derecho penal. Filosofía y ley penal*, Buenos Aires, Editorial Losada, IV ed. actualizada, 1964, p. 336.

³¹ Véase en ese sentido, PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 188.

³² Cfr. FERRAJOLI L., *La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria*, in AA. VV., *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, a cura di F. VELÁSQUEZ; R. VARGAS; J. D. JARAMILLO, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p. 26.

³³ Vid. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 95.

³⁴ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 12.

³⁵ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 91-93.

³⁶ BELING E., *Il significato del principio*, op. cit., p. 319-320.

³⁷ *Ibidem*, p. 319.

³⁸ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 63. De hecho, para este autor italiano, dentro de un *sistema de garantía* (SG) los principios que lo conforman -dentro de los cuales se encuentra el principio de legalidad penal, como axiomas A1 y A2- forman en conjunto un esquema epistemológico dirigido a garantizar el mayor grado de racionalidad a través de la limitación del poder punitivo del Estado, y protegiendo así correlativamente a la persona contra cualquier decisión arbitraria de éste. Cfr. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 34.

formal o legal de la definición del delito; y, por otra parte, el carácter empírico o fáctico de la definición del comportamiento prohibido³⁹. Tales exigencias concretan los dos sentidos positivos del principio de legalidad penal.

Frente a la primera exigencia (es decir, el *sentido positivo formal* del principio de legalidad penal) pueden deducirse, a su vez, dos consecuencias diferentes. Por una parte, a partir del principio de legalidad penal el delito se concibe como un comportamiento formalmente indicado por la ley⁴⁰. La definición *formal legalista* del delito (se habla, también de *legalità formale*⁴¹) es corolario del principio de legalidad penal; las definiciones formales de delito -como violación de la ley penal- realizadas por ROMAGNOSI, ROSSI y CARRARA, frente a la doctrina italiana, así como las definiciones en el mismo sentido expresadas por las legislaciones penales colombianas e italianas, son muestras claras del vínculo histórico y lógico existente entre esta definición del delito y el axioma de legalidad penal.

La misma historia se ha encargado de demostrar cómo una definición formal del delito se justifica al contrastarla con los peligros que conlleva (y, que en efecto ha generado históricamente) cualquier definición sustancial del concepto⁴². En este sentido, el delito se debe definir como una proposición normativa emanada del legislador⁴³. El liberalismo, a través de la legalidad, busca priorizar el método de creación del derecho frente a su eventual contenido, todo ello con el objetivo de proteger la libertad política de los ciudadanos⁴⁴. Conceptos como la justicia, la verdad, la moral o la naturaleza no pueden conferirle a un hecho relevancia penal; dicha tarea está reservada de manera exclusiva a la ley penal, pues de otra manera se evidenciaría una clara confusión entre derecho y moral⁴⁵. En esta medida, el *sentido positivo formal* del principio de legalidad penal concretaría la máxima establecida por HOBBS: *auctoritas, non veritas facit legem*.

Frente a este sentido positivo formal, BOSCARRELLI afirma que se trata de un concepto tautológico; hablar de conducta ilícita (como conducta prohibida) implica, necesariamente, la violación de una norma jurídica, razón por la cual se trata de conceptos inherentemente vinculados⁴⁶. Un delito es inconcebible sin ley violada, afirma este autor italiano⁴⁷. Sin embargo, lo que ahora parece ser un concepto tautológico (casi un pleonasma), antes de la existencia del principio de legalidad penal era un vínculo inexistente; el delito podía ser calificado y definido sustancialmente sin límite alguno a partir de una *legalità sostanziale*⁴⁸. BOSCARRELLI, sin embargo, señala un punto fundamental en el desarrollo histórico del principio de legalidad penal: la descripción e individualización de los comportamientos prohibidos en la ley se convierte, así, en un presupuesto necesario para la determinación de la responsabilidad penal y, por consiguiente, para la aplicación de la pena.

³⁹ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 34; FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 63.

⁴⁰ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 35. En el mismo sentido, RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, a cura di R. GUERRINI, Torino, Giappichelli Editore, V ed., 2015, p. 44.

⁴¹ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, VI ed., 2009, p. 4.

⁴² FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 704.

⁴³ MARINI G., voce *Nullum crimen* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 950-960.

⁴⁴ CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, Roma, Editori Laterza, 2013, p. 9-10.

⁴⁵ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 35-36, 42.

⁴⁶ BOSCARRELLI M., voce *Nullum crimen sine legge*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 1.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 1.

⁴⁸ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 6.

De este *sentido positivo formal* del principio de legalidad penal (casi como un concepto tautológico) surge su significado filosófico como requerimiento de verdadera justicia racional. Sólo a partir del axioma de legalidad penal puede exigirse que cualquier definición de delito (incluso material) no desconozca el carácter formal de la ley como fuente única de creación de las prohibiciones penales⁴⁹: “*la qualità “reato” non si trova nel fatto, ma è prodotta dalla norma che punisce chiunque compia quel fatto*”⁵⁰.

El *sentido positivo formal* también ha generado -como segunda consecuencia- que el derecho penal objetivo se edifique a través de un conjunto limitado de leyes penales que determinan, de manera muy específica, los comportamientos prohibidos. En la actualidad, el ámbito de punibilidad en materia penal se concreta por medio de la descripción pormenorizada de los diferentes comportamientos prohibidos⁵¹. Por ello, es lógico que el principio de legalidad penal se encuentre vinculado de manera muy estrecha con la idea de “*tipicità*” en el derecho penal (sin que sean, por supuesto, conceptos análogos)⁵². Si la *tipicità* es la exigencia de uno “*schema rigido e oggettivamente definito*”⁵³, tal esquema se entiende como un elemento necesario en el derecho penal gracias al principio de legalidad.

Esta exigencia histórica ha fijado el modo de ser (la forma) de las legislaciones penales de los ordenamientos jurídicos de Europa⁵⁴ y, en consecuencia, de gran parte de Latinoamérica, incluida Colombia. De esta manera, el principio de legalidad penal influye en la metodología jurídica que, hoy en día, regula el derecho penal⁵⁵. El hecho de que el derecho penal esté conformado por un conjunto de *fattispecie* (que predeterminan diferentes comportamientos humanos a través de la descripción pormenorizada de sus diferentes elementos objetivos y subjetivos⁵⁶) es una característica particular del derecho penal que surge como consecuencia del principio de legalidad penal⁵⁷, y que no es compartida por ninguna otra rama del derecho. No es desacertado afirmar que este principio tiene una influencia mayor -mucho más importante- en las disposiciones normativas de la parte especial (particularmente, en las diferentes *fattispecie*), lugar en donde se toman decisiones de política legislativa mucho mayores y donde los intereses sociales deben tener una mayor tutela⁵⁸; aunque, tampoco puede desconocerse su influencia real en los artículos contenidos en la parte general de los códigos penales nacionales.

⁴⁹ Cfr. BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. XIX, 1973, p. 13.

⁵⁰ RAMACCI F., *Corso*, op. cit., p. 10.

⁵¹ BELING E., *Il significato del principio*, op. cit., p. 320; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 282.

⁵² VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 495; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 282.

⁵³ MARINUCCI G., voce *Consuetudine*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. IX, 1961, p. 503.

⁵⁴ Entendido como un carácter “*indefettibilmente*” presente en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, VASSALLI G., voce *Tipicità*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XLIV, 1992, p. 535.

⁵⁵ BELING E., *Il significato del principio*, op. cit., p. 319; MARINUCCI G., voce *Consuetudine (Enc. Dir.)*, op. cit., p. 503.

⁵⁶ Vid. VASSALLI G., voce *Tipicità (Enc. Dir.)*, op. cit., p. 535.

⁵⁷ BELING E., *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires, Librería El Foro, 2002, p. 73; BELING E., *Il significato del principio*, op. cit., p. 320. En el mismo sentido, FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 851.

⁵⁸ PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini; C. E. Paliero, Milano, Giuffrè Editore, 2006, Vol. I, p. 518-519.

Por ello, a pesar de ser categorías autónomas y completamente diferentes, el vínculo que existe entre el principio de legalidad penal (*causa*) y la *tipicità* (*efecto*) “è un dato necessario”⁵⁹. El principio de reserva de ley (y con éste, el principio de legalidad penal) no tendría ningún significado en la práctica si no estuviera articulado a través de la *tipicità*⁶⁰. De esta relación de interdependencia causa-efecto entre estos dos conceptos, surgen naturalmente algunas consecuencias, que pueden resumirse en las siguientes seis:

La primera consecuencia que se deriva de esta relación es clara: a través de la elaboración, selección y redacción de las *fattispecie*, el poder legislativo mantiene el monopolio frente a la determinación del ámbito de punibilidad en el derecho penal. Es indiscutible que, quien elige cuáles comportamientos deben ser penalmente relevantes es el legislador, a través de la redacción de las diferentes *fattispecie*⁶¹. De esta manera, el derecho penal “*lavora con tipi e pensa per tipi*”⁶², dado que es la *tipicità* el método normativo que mejor logra garantizar que sólo la ley sea la encargada de definir los comportamientos prohibidos en el derecho penal⁶³. De esta manera, la *tipicità* se convierte en la característica esencial del delito⁶⁴.

La segunda consecuencia surge de la metodología asumida por el derecho penal, pues la imposición de una pena sólo puede darse a través de un proceso de subsunción del hecho sucedido en la realidad con la descripción abstracta establecida por el legislador en la *fattispecie* concreta⁶⁵. De esta manera, sólo así se concreta la exigencia de definición normativa del delito en la ley penal para la aplicación de la pena. Esta conformidad con la descripción abstracta de la *fattispecie* es la forma más apropiada para garantizar el fundamento jurídico de certeza que se deriva del principio de legalidad penal⁶⁶.

La tercera consecuencia es consecuencia lógica de la anterior. Al establecerse la responsabilidad penal sólo mediante la subsunción de la conducta cometida en la descripción abstracta de la *fattispecie*, es lógico que exista un *numerus clausus* en relación con los comportamientos prohibidos, pues precisamente sólo a través de nuevas *fattispecie* puede el legislador aumentar el ámbito de punibilidad en materia penal⁶⁷. De esta manera, la delimitación entre lo lícito y lo ilícito en materia penal lo establece un criterio formal como lo es la predeterminación estricta de los comportamientos prohibidos⁶⁸. De todo lo anterior se concluye que, como consecuencia del principio de legalidad, no hay diferencia alguna entre ley (penal) y derecho (penal) objetivo⁶⁹.

⁵⁹ VASALLI G., voce *Tipicità* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 535. En el mismo sentido, CATENACCI M., *Il principio di legalità-tipicità fra funzioni di garanzia e rischi di formalismo*, in CATENACCI M., *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, p. 23, 27.

⁶⁰ FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, UTET Giuridica, 2008, p. 66.

⁶¹ Vid. BELING E., *Esquema*, op. cit., p. 73; BELING E., *Il significato del principio*, op. cit., p. 320-321; BELING E., *La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1944, p. 5. En el mismo sentido, BETTIOL G., *El problema penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1995, p. 63; CATENACCI M., *Il principio di legalità-tipicità*, op. cit., p. 23-24; FIORELLA A., voce *Reato*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XXXVIII, 1987, p. 800;

⁶² MARINUCCI G., voce *Consuetudine* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 503.

⁶³ CATENACCI M., *Il principio di legalità-tipicità*, op. cit., p. 28.

⁶⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 13.

⁶⁵ CATENACCI M., *Il principio di legalità-tipicità*, op. cit., p. 26-27.

⁶⁶ CATENACCI M., *Il principio di legalità-tipicità*, op. cit., p. 28. Por ello, la determinación estricta (como consecuencia del principio de legalidad penal) se materializa a través de la tipificación de las conductas prohibidas. Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 62.

⁶⁷ BELING E., *Esquema*, op. cit., p. 73; BELING E., *Il significato del principio*, op. cit., p. 320-321.

⁶⁸ Cfr. CATENACCI M., *Il principio di legalità-tipicità*, op. cit., p. 22, 27-28.

⁶⁹ BATTAGLINI G., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, III ed., 1949, p. 24.

Dicho aumento del ámbito de punibilidad sólo puede realizarse a través de nuevas *fattispecie*, no a través de cláusulas generales de prohibición⁷⁰, siendo ésta la cuarta consecuencia. Y es que resulta indiscutible que la *tipicità* constituye el punto intermedio necesario entre el principio de reserva de ley y el principio de determinación estricta⁷¹, pues garantiza -de la misma manera- que sea la ley la única fuente legitimada para crear *fattispecie*, las cuales (a su vez) deben ser redactadas de manera clara y precisa.

Como quinta consecuencia de la relación *causa-efecto* del principio de legalidad penal con el concepto de *tipicità*, que a su vez es resultado de las anteriores dos consecuencias, puede afirmarse que una acción que el legislador no ha contemplado en una *fattispecie* no es un delito (concretándose así el sentido negativo del principio *nullum crimen sine lege*)⁷². De este límite se deduce -necesariamente- la prohibición correlativa de que el juez pueda crear delitos a través de la adecuación de un caso similar en una *fattispecie* que, taxativamente, no lo contempla⁷³. La existencia de un delito depende de su prohibición en la ley penal, a través de la descripción de un comportamiento en una determinada *fattispecie*.

Finalmente, la sexta consecuencia que se puede derivar en este punto es que, al momento de establecer las diferentes *fattispecie*, el legislador realiza una valoración tendiente a determinar el ámbito de punibilidad del derecho penal, separando los comportamientos lícitos de aquellos declarados expresamente ilícitos⁷⁴. Queda claro, así, que las decisiones político criminales de criminalización se encuentran en cabeza del órgano legislativo, no del poder ejecutivo ni del judicial, poderes encargados de asumir decisiones político criminales diferentes a la elección política de cuáles comportamientos deben prohibirse en el derecho penal. Puede decirse, incluso, que las decisiones político criminales de los órganos del Estado diferentes del legislativo dependen de la decisión original de éste de criminalizar un determinado comportamiento mediante su redacción en una *fattispecie*. Sólo de esta manera se vincula esta clase de decisiones con el órgano legislativo, centro de legitimación democrática⁷⁵, pues a través de la selección de las *fattispecie* se decide, correlativamente, el ámbito de punibilidad del derecho penal.

Atendiendo lo anterior, y de acuerdo con CATENACCI, la *tipicità* cumple dos funciones específicas, en relación con el principio de legalidad penal. Por una parte, tiene una función legitimante pues la justificación para la imposición de una pena se encuentra, precisamente, en la descripción abstracta del comportamiento prohibido en la ley penal, y en su subsunción con el hecho cometido. Por otra parte, tiene una función aseguradora pues brinda una garantía a los ciudadanos frente a los límites claros del poder punitivo del Estado en un momento determinado⁷⁶.

⁷⁰ BELING E., *Il significato del principio*, op. cit., p. 320-321.

⁷¹ Vid. FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 66-67.

⁷² BELING E., *Il significato del principio*, op. cit., p. 320-321; BELING E., *La dottrina*, op. cit., p. 5.

⁷³ BETTIOL G., *El problema*, op. cit., p. 63; FIORELLA A., voce *Reato* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 800; PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXVI, T. I (Principio di legalità e diritto penale), Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2007, p. 1307.

⁷⁴ BELING E., *Il significato del principio*, op. cit., p. 320-321; BELING E., *La dottrina*, op. cit., p. 5.

⁷⁵ CATENACCI M., *Il principio di legalità-tipicità*, op. cit., p. 17.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 29.

Junto al *sentido positivo formal* ya analizado, el principio de legalidad penal posee un sentido también *material*, que se concreta en la necesidad de una definición fáctica y descriptiva del comportamiento prohibido⁷⁷. Este sentido se concreta, en primera medida y de acuerdo a la posición de FERRAJOLI, a través de la concepción regulativa y no constitutiva de la ley penal⁷⁸; en tal sentido, ésta -como prohibición normativa- sólo puede tener como contenido una acción, por lo que su naturaleza es óptica⁷⁹, de allí que la individualización del comportamiento prohibido no se puede realizar sólo a través de juicios de valor, siendo necesarios procesos descriptivos⁸⁰. De esta naturaleza se desprende la necesidad de que el legislador -para precisar el comportamiento prohibido- deba describir un hecho, y lo deba hacer además de manera precisa.

La naturaleza óptica de la ley penal (como prohibitiva sólo de comportamientos humanos) y su inexorable afectación a la libertad personal generan en el legislador la obligación de utilizar una técnica específica al momento de describir las diferentes fattispecie a efectos de que tales prohibiciones -contenidas sólo en la ley penal (*sentido positivo formal*)- sea válida⁸¹. Se trata, sin lugar a dudas, de límites sustanciales que afectan la forma en que tal prohibición debe realizarse, pues al tratarse de condiciones definidas por la ley penal para imponer una sanción punitiva tienen incidencia directa en la dignidad humana⁸².

Así, se concreta una obligación por parte del legislador de definir de manera suficientemente clara y determinada el comportamiento prohibido⁸³. Por ello, las exigencias que se derivan de este sentido positivo hacen que la ley penal se entienda no sólo como un elemento condicionante sino también como elemento *condicionado*, en la medida en que se establecen exigencias y requisitos al legislador al momento de describir los comportamientos prohibidos por medio de la ley penal; se trata, sin lugar a dudas, de una particular técnica de calificación penal⁸⁴, que genera como consecuencia el principio de determinación estricta.

Sin lugar a dudas, a pesar de ser tener una naturaleza formal, el principio de legalidad penal genera exigencias y condiciones indiscutiblemente sustanciales, pues la selección de las fuentes legítimas más idóneas para conformar el derecho penal genera, necesariamente, que tal elección sea de carácter sustancial⁸⁵. El principio de legalidad penal es un *principio formal con efectos sustanciales*, pues es a través de un aspecto formal (la elección de las fuentes jurídicas) la forma en la que genera sus efectos sustanciales, la descripción precisa y exacta de comportamientos humanos como objeto de prohibición del derecho penal.

Al ser un elemento *condicionado* para la ley penal, es claro que el sentido positivo material del principio de legalidad penal depende de su incorporación en la Constitución política de un Estado;

⁷⁷ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 34; FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 63. En el mismo sentido, MARINUCCI G., voce *Consuetudine* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 503.

⁷⁸ Cfr. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 35.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 35.

⁸⁰ MARINUCCI G., voce *Consuetudine* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 503.

⁸¹ Vid. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 379-380.

⁸² Implícitamente, reconociendo un aspecto sustancial en el principio de legalidad penal en la protección de la dignidad humana a través de la limitación de las fuentes de derecho, PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, II ed., 2006, p. 91.

⁸³ FIORELLA A., voce *Reato* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 800.

⁸⁴ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 95.

⁸⁵ PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 1999, p. 200.

de lo contrario, la exigencia de *determinatezza*, más que una exigencia jurídica, se estructura como una aspiración meramente ético-política⁸⁶. Como principio reconocido en la Constitución política, tanto en Italia como en Colombia, se trata de una norma vinculante tanto para el juez como para el legislador e incluso el poder ejecutivo⁸⁷. Se trata, sin lugar a dudas, de un vínculo sustancial que obliga a todos los poderes públicos del Estado⁸⁸. Pero, como principio reconocido sólo en la ley, el principio de legalidad penal sólo sería un principio directivo, un programa político no vinculante para el legislador que éste se impondría a sí mismo y que impondría -como imperativo que no admite desviaciones ni evasiones- al juez⁸⁹. De esta manera, el principio de legalidad penal tendría como real destinatario al poder judicial y al poder ejecutivo, excluyendo al legislador⁹⁰.

3. Fundamentos del principio de legalidad penal: el *porqué* de la legalidad penal.

Precisado el concepto y los sentidos que pueden darse al principio de legalidad penal, es necesario estudiar los diferentes fundamentos que se le han dado a este principio. Dentro de los fundamentos del principio de legalidad penal se pretende organizar, de manera más o menos coherente, las razones (si se quiere, el *porqué*) detrás de este principio. Sobre este punto, puede afirmarse que las diferentes razones enunciadas por la doctrina pueden estructurarse en cuatro fundamentos diferentes: un fundamento jurídico de certeza, un fundamento político de garantía, un fundamento orgánico de control, y un fundamento racional de justicia.

Atendiendo el *fundamento jurídico de certeza*⁹¹, el principio de legalidad penal responde, pues, a exigencias de seguridad jurídica ante la necesidad de saber, con precisión, cuál es el contenido de lo prohibido⁹², en cuanto que para el derecho penal dicha seguridad se vincula de manera estrecha con la fijación del contenido jurídicopenal en leyes escritas, estrictas y previas al hecho juzgado⁹³. La ley penal, dada su expedición y promulgación, se caracteriza por su particular publicidad y su estabilidad en el tiempo, razones por las cuales garantiza un nivel de igualdad más o menos estable entre los diferentes ciudadanos⁹⁴, con lo cual el principio de legalidad penal busca convertirse en un límite del arbitrio del soberano y del juez⁹⁵.

A través de la exigencia de certeza, el principio de legalidad penal se vincula, de manera específica, a una finalidad de la pena muy precisa, como lo es la prevención general⁹⁶. Se busca garantizar, así, las condiciones mínimas de conocimiento y motivación de un sujeto para la imposición de

⁸⁶ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 9.

⁸⁷ MAGGIORE G., *Derecho penal*, Bogotá, Editorial TEMIS, Vol. I, 1985, p. 139. En el mismo sentido, también, TRAPANI M., voce *Legge penale*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XVIII, 1990, p. 2.

⁸⁸ TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2.

⁸⁹ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 139-140.

⁹⁰ Vid. TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2.

⁹¹ PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 187; RONCO M., *Il principio di legalità*, in Ronco M., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, Zanichelli Editore, II ed., 2010, p. 5.

⁹² Cfr. ZAFFARONI E., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, T. I, 1998, p. 140.

⁹³ BACIGALUPO E., *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999, p. 75; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal. Parte general*, Medellín, Librería Jurídica Comlibros, IV ed., 2009, p. 131.

⁹⁴ PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, Vol. IX, Pisa, Edizioni ETS, 2014, p. 173-174.

⁹⁵ FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 179.

⁹⁶ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 290.

responsabilidad penal⁹⁷. Por ello, sin legalidad no hay -consecuentemente- certeza, y al no darse ésta última, es prácticamente imposible que un Estado pueda garantizar libertad política⁹⁸. Es claro que, a través del fundamento jurídico de certeza, el principio de legalidad busca desarrollar la exigencia de accesibilidad del conocimiento previo de la ley penal, propia de la teoría de la coacción psicológica de la pena de FEUERBACH. Como ya pudo evidenciarse (*infra*, cap. I, 4.2.4) -y ahora se comprueba-, el desarrollo teórico expuesto por este autor alemán, si bien fundamental para el desarrollo del principio de legalidad penal, no constituye la totalidad del concepto que, desde el iluminismo, tiene este axioma cardinal para el derecho penal.

Ahora bien, al estar vinculado con una concepción liberal de Estado, el principio de legalidad penal adquiere también un *fundamento político de garantía*⁹⁹ de una “*peculiarissima esigenza*”, lo que le confiere a la ley penal el lugar privilegiado que, aun hoy día, mantiene¹⁰⁰. La función de garantía del principio de legalidad penal tiene, en esta medida, tanto una perspectiva formal como sustancial¹⁰¹. Por una parte, la perspectiva formal del fundamento político de garantía de este principio se concreta en la exigencia de predeterminación (por medio la ley) de los comportamientos penalmente prohibidos, todo ello desde una perspectiva de protección a la libertad de los ciudadanos¹⁰².

En esa medida, es inmanente a este principio una noción de garantía, entendido como un baluarte de los ciudadanos contra el poder omnipotente del Estado¹⁰³, como el límite legal del poder punitivo del Estado¹⁰⁴. De esta manera la legalidad penal representa, sin lugar a dudas, el límite, la medida, pero también la garantía de todo ciudadano frente a su libertad, pues el ciudadano tiene plena libertad para hacer aquello que no se encuentre prohibido por el derecho penal (es decir, aquello que es calificado por el ordenamiento jurídico como lícito)¹⁰⁵. El carácter general y abstracto de la ley constituye, sin lugar a dudas, una garantía para el ciudadano pues evita que un órgano diferente al legislativo pueda crear una *fattispecie* en un caso concreto; así, el principio de legalidad penal es un presupuesto de imparcialidad e independencia en la administración de justicia¹⁰⁶.

La determinación de la responsabilidad penal de una persona surge de un precepto impersonal que evita la arbitrariedad del juez encargado de juzgar el comportamiento cometido¹⁰⁷, razón por la cual la ley penal representa una garantía de justicia objetiva¹⁰⁸. De allí que el fundamento de garantía del

⁹⁷ DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, N° I, Bologna, il Mulino, 2008, p. 6; MARINI G., voce *Nullum crimen* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 951.

⁹⁸ Cfr. CALAMANDREI P., *Non c'è libertà*, op. cit., p. 11.

⁹⁹ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 498; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 293.

¹⁰⁰ En este sentido, PALAZZO F., *Legalità penale*, op. cit., p. 1284.

¹⁰¹ FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, Vol. CXXIII, N° 5, Torino, Giappichelli Editore, 2000, p. 137.

¹⁰² Vid. CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, Roma, Editori Laterza, Vol. I, VI ed., 2002, p. 34; FIANDACA G., *La legalità penale*, op. cit., p. 137; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. I, Nuova edizione completamente aggiornata, 1948, p. 200; PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, V ed., 1999, p. 19.

¹⁰³ PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 187; VON LISZT F., *The Rationale for the Nullum Crimen Principle*, in *Journal Int. Crim. Justice*, Vol. V, Issue 4, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 1009-1013.

¹⁰⁴ VON LISZT F., *The Rationale*, op. cit., p. 1009.

¹⁰⁵ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 140.

¹⁰⁶ MARINI G., voce *Nullum crimen* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 950-951.

¹⁰⁷ MARINI G., voce *Nullum crimen* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 950-951.

¹⁰⁸ En este sentido, véase, MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 200.

principio de legalidad penal se encuentre vinculado con el principio de división de poderes y la sujeción del juez a la ley escrita¹⁰⁹.

Todo lo anterior demuestra que, frente al derecho penal, subsiste la idea de que la ley otorga una garantía necesaria para lograr un equilibrio entre el ciudadano y el Estado, que detenta el poder punitivo¹¹⁰. Se trata, sin lugar a dudas, de una necesidad inherente de protección del ciudadano contra el poder punitivo -de otra manera, ilimitado- del Estado.

Por otra parte, la perspectiva sustancial de este fundamento político de garantía vincula el principio de legalidad penal con la legitimación democrática de la ley como acto normativo idóneo para establecer las diferentes *fattispecie*¹¹¹. De esta manera, el procedimiento democrático y el hecho de que la ley sea un producto de la voluntad general (representado en el órgano legislativo) permite que las decisiones penales (que afectan la libertad personal) sean equilibradas¹¹² y, por lo demás, legítimas. Esta perspectiva sustancial se concreta, sin lugar a dudas, en el significado democrático del principio de legalidad penal, que se estudiará luego (*supra*, cap. III, 5).

Como tercer fundamento del principio de legalidad penal, debe mencionarse el *fundamento orgánico de control*, pues este axioma se entiende como una ley directiva, como un programa que se le impone al legislador y al juez¹¹³. En esa medida, este principio puede concebirse como un programa que se le impone a todos los poderes del Estado, no sólo al ejecutivo y al judicial sino, incluso, al legislador. Finalmente, el cuarto fundamento del principio de legalidad penal se concreta en un asunto de justicia racional (*fundamento racional de justicia objetiva*), pues es la ley penal - como acto general, abstracto, previo y, por lo tanto, independiente- la que permite imponer en un caso concreto una pena, sanción penal que de ser aplicada de otra manera sería injustificada, ilegítima o desproporcional. Se habla, por supuesto, del significado filosófico del principio de legalidad penal que se estudiará en el siguiente capítulo (*supra*, cap. III, 4).

Analizados los cuatro fundamentos que la doctrina ha asignado al principio de legalidad penal, debe decirse que todos estos fundamentos, en realidad, pueden agruparse como fundamentos de garantía, compartiendo la opinión de PINO¹¹⁴. De esta manera, el fundamento jurídico de certeza es un *fundamento de garantía formal*, viendo así la ley penal como un acto normativo que, teniendo en cuenta sus características particulares, garantiza seguridad jurídica a los ciudadanos; el fundamento político de garantía es un *fundamento de garantía procedimental* al ver en la ley penal un acto normativo que garantiza, por un lado, la aplicación de justicia imparcial ante su carácter abstracto y general, y por otro lado, la aplicación de un derecho penal legítimo al ser, precisamente, un producto de la discusión democrática; el fundamento orgánico de control es un *fundamento de garantía sustancial negativa* al aceptar que la ley penal es un límite o control de las actuaciones de todos los poderes del Estado; y, finalmente, el fundamento racional de justicia objetiva es un

¹⁰⁹ Cfr. FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 2006, p. 75.

¹¹⁰ PALAZZO F., *Legalità penale*, op. cit., p. 1284.

¹¹¹ FIANDACA G., *La legalità penale*, op. cit., p. 137-138.

¹¹² PINO G., *L'insostenibile*, op. cit., p. 174.

¹¹³ MAGGIORE G., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, Vol. I, II ed. riveduta e ampliata, 1937, p. 104.

¹¹⁴ Con la misma clasificación, aunque sin incluir el fundamento orgánico de control y el fundamento racional de justicia (pues el autor no los reconoce), PINO G., *L'insostenibile*, op. cit., p. 175.

fundamento de garantía sustancial positiva, en la medida en que la ley penal se convierte en un imperativo lógico necesario para la imposición, justa y legítima, de una sanción penal.

La idea de legalidad penal y su noción de garantía trasciende todos los fundamentos inherentes del principio, llegando a constituir la totalidad del concepto.

4. Componentes del principio: cómo está conformada la legalidad penal.

Analizadas ya las interrogantes de qué es el principio de legalidad penal y por qué es necesario dicho principio, debe examinarse el asunto relacionado con los componentes del principio de legalidad penal, esto es, el *cómo* está conformado este principio.

Tradicionalmente, se han incluido como componentes de este principio diferentes elementos, casi siempre a través del aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*; sin embargo, alguna parte de la doctrina incluye otros aspecto al principio de legalidad penal a través de otros aforismos como *nulla poena sine crimine*, *nemo iudex sine lege* o incluso *nemo damnetur nisi per legale iudicum*, razón que lleva a verificar si el contenido asignado al principio de legalidad penal es, en todos los casos, correcto.

En primera medida, a través de la expresión *nullum crimen sine lege* se reconoce en el derecho penal la prohibición de que exista un delito sin una expresa formulación de la ley¹¹⁵, razón por la que ésta -la ley penal- es la base fáctica de la potestad punitiva del Estado¹¹⁶. Esta prohibición se da frente al comportamiento prohibido, no sólo frente a la norma incriminadora (la cual establece las condiciones de punibilidad) sino además incluso cualquier norma jurídica que establezca cualquier presupuesto (objetivo o subjetivo) que condicione la punición de un determinado comportamiento¹¹⁷.

De esta manera, la ley penal es vista como presupuesto necesario del delito¹¹⁸. En ese sentido, el juez no puede condenar por un hecho si no se comprueba antes (MAGGIORE habla de una comprobación previa prejurídica) la existencia de una ley penal que así lo prohíba¹¹⁹. En este aforismo se encuentra condensado el sentido negativo ya analizado del principio de legalidad penal (*infra*, 4).

Por su parte, la expresión *nulla poena sine lege* se refiere más a un principio de retribución¹²⁰. También se concreta en una prohibición¹²¹, pero consistente en que no puede imponerse una pena que no esté determinada por la ley¹²². De esta manera, se exige así la determinación concreta de dos elementos frente a la sanción penal: contenido (naturaleza) y extensión (cantidad o magnitud)¹²³.

¹¹⁵ FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 180.

¹¹⁶ MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 196.

¹¹⁷ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 283.

¹¹⁸ FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 180.

¹¹⁹ MAGGIORE G., *Principi di diritto penale*, op. cit., p. 105; MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 140.

¹²⁰ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 24.

¹²¹ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 496.

¹²² FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 180.

¹²³ PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 188-189; MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 196; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 283; VON LISZT F., *The Rationale*, op. cit., p. 1009-1013, p. 1012.

Sin embargo, y a diferencia del principio *nullum crimen sine lege* en relación con el comportamiento prohibido, la cantidad o magnitud de la sanción penal no debe estar específicamente determinada por la ley penal, pues puede ser definida de manera flexible¹²⁴. Ello obedece a que el principio *nulla poena sine lege* no es -a diferencia del principio *nullum crimen sine lege*- una exigencia lógicojurídica necesaria para la imposición de una sanción penal; para el cumplimiento de la ley penal el sujeto no debe conocer la cantidad exacta de la pena, únicamente el hecho de que el comportamiento está prohibido y es objeto de una sanción¹²⁵. El principio de *nulla poena sine lege* se establece, así, con una mayor elasticidad¹²⁶ pues se establece -en un ordenamiento jurídico- “*non con la forza della logica assoluta, certo col criterio di ragione sufficiente, di predeterminare la durata minima e massima della misura*”¹²⁷.

Frente a estos dos principios, aunque intrínsecamente vinculados entre sí (con lo cual pueden fundirse en un único principio¹²⁸), se tratan de dos principios diferentes; y, por lo tanto, separables entre sí¹²⁹. El objeto de estudio del presente trabajo se limita, únicamente, al primero de ellos.

Frente al aforismo *nulla poena sine crimine*, la doctrina le ha asignado dos contenidos diferentes. Por una parte, se incluye la prohibición de no aplicar pena sino como consecuencia de un delito¹³⁰, idea de FEUERBACH) de lo cual se deduce la naturaleza estrictamente normativa del delito, definición de la cual puede deducirse el principio *nullum crimen sine lege*. Éste sería, sin lugar a dudas, en el antecedente lógico-normativo del principio *nullum crimen sine lege*. Por otro lado, también se ha querido incluir en esta expresión la prohibición de que no pueden aplicarse penas diferentes a aquellas establecidas en la ley penal. Por ello, la ley penal debe determinar, frente a la pena, algunos presupuestos mínimos, en cuanto a su cualidad, cantidad y duración¹³¹. Sin lugar a dudas, según este segundo enfoque esta expresión incluiría el mismo contenido que el principio *nulla poena sine lege*. Así pues, este aforismo nada agrega frente al concepto del principio de legalidad penal, más allá de incluir la definición normativa de delito.

A pesar de que los apotegmas anteriores hacen parte -en términos amplios- del principio de legalidad penal, la situación es discutible frente a las expresiones *nemo iudex sine lege* y *nemo damnatur nisi per legale iudicium*. Por una parte, la primera expresión incluye la prohibición de que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley¹³², razón por la cual

¹²⁴ BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionale* (Vol. I), in BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI; A. MELCHIONDA, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 847-848; NUVOLONE P., *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in NUVOLONE P., *Ultimi scritti (1981-1985)*, a cura di M. PISANI, Padova, CEDAM, 1987, p. 171.

¹²⁵ NUVOLONE P., *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale*, in *La Scuola Positiva*, Anno LXVI, 1956, p. 242.

¹²⁶ Cfr. VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 503.

¹²⁷ NUVOLONE P., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 242. En el mismo sentido, BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 847-848.

¹²⁸ De hecho, casi siempre se encuentran acompañados, VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 495. Existe, entre ambos conceptos, una “*intima connessione logica*”, VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 283.

¹²⁹ En este sentido, PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 188; MARINI G., voce *Nullum crimen* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 950; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 496.

¹³⁰ FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 180; MAGGIORE G., *Principi di diritto penale*, op. cit., p. 105; MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 140.

¹³¹ MAGGIORE G., *Principi di diritto penale*, op. cit., p. 105; MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 140.

¹³² JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 382-383; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 142.

incluye los límites necesarios dentro de los cuales puede desarrollarse la jurisdicción¹³³; sin duda alguna, se trata del principio de debido proceso (“*legalidad del proceso*”)¹³⁴. Por otra parte, la expresión *nemo damnetur nisi per legale iudicium* incluye el principio del juez natural¹³⁵, expresión de civilidad jurídica y garantía de igualdad¹³⁶. Autores como MANZINI, MIR PUIG, JIMÉNEZ DE ASÚA y VELÁSQUEZ incluyen en la definición del principio de legalidad penal los límites a los que debe someterse la actividad de la jurisdicción penal¹³⁷, con lo cual introducen límites procesales al principio de legalidad penal. El principio de legalidad, así entendido, incluiría no sólo garantías penales sino además garantías procesales (e, incluso, garantías penitenciarias)¹³⁸.

A pesar de esta posición, es claro que los principios “*Nemo iudex sine lege*” y “*Nemo damnetur nisi per legale iudicium*” se refieren propiamente al proceso penal¹³⁹, no a la ley penal. Si fueran componentes del principio de legalidad penal, el principio de debido proceso así como el principio de juez natural harían parte de él, siendo consecuencias directas de éste. Con este punto de partida, incluso las garantías penitenciarias se incluirían en el principio de legalidad penal¹⁴⁰, con lo cual la noción y el alcance de este axioma fundamental sería ampliado de manera desproporcionada e injustificada. Se trata de una diferencia meramente formal: todos son principios rectores del derecho penal, pero en términos sustanciales responden a exigencias diferentes. Tan es así que puede respetarse el principio de legalidad penal sin debido proceso (violando la garantía del juez natural, por ejemplo), así como puede violarse el principio de legalidad penal a través de un proceso respetuoso de la Constitución y la ley.

Es indiscutible que los *privilegios procesales* y los *privilegios de ejecución* son garantías; lo discutible es que todo este cúmulo de garantías hagan parte del principio de legalidad penal, por el simple hecho de ser garantías. Sí así fuera, el garantismo penal comenzaría, se limitaría y acabaría con el principio de legalidad penal, por lo menos desde una perspectiva procesal y de ejecución de penas. Lo anterior lo demuestra, además, la evolución histórica del principio de legalidad penal frente a la evolución del principio de debido proceso, evolución que se ubica en escenarios históricos y políticos enteramente diferentes.

¹³³ MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 196.

¹³⁴ VELÁSQUEZ F., *El principio de legalidad jurídicopenal*, in *Nuevo Foro Penal*, Vol. XXXII, 1986, p. 262.

¹³⁵ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 142.

¹³⁶ NUVOLONE P., *Legalità penale*, op. cit., p. 171-172; NUVOLONE P., *Legalità, giustizia e difesa sociale*, in NUVOLONE P., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1969, p. 450.

¹³⁷ MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 196.

¹³⁸ Vid. CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 147-149; CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal fundamental*, op. cit., p. 19; CEREZO MIR J., *Curso de derecho penal español*, Madrid, Editorial Tecnos, VI ed., T. I, 2005, p. 204-206; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 383; MIR PUIG S., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Editorial Reppertor, IX ed., p. 109-112; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 139-143; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, p. 79.

¹³⁹ FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 181.

¹⁴⁰ Con este punto de partida, incluyendo en el principio de legalidad penal las siguientes garantías penitenciarias: *no hay pena sin adecuado tratamiento penitenciario; no hay pena sin tratamiento humanitario; no hay pena sin resocialización*. Cfr. VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 262. Con esto, puede evidenciarse la extensión injustificada de este punto de partida, generando que el tratamiento penitenciario y el cumplimiento de los fines de la pena sean un asunto relacionado con el principio de legalidad penal.

5. Vínculo político del principio de legalidad penal y el concepto de *Estado*:

Existe una relación estrecha entre el tipo de Estado y el principio de legalidad penal. El derecho penal refleja como ninguna rama del derecho las características de un determinado momento histórico y cultural, por lo que es un fiel reflejo de los valores políticos que estructuran un Estado¹⁴¹. En esa medida, es imposible separar los conceptos de legalidad penal con la existencia de un determinado tipo de Estado¹⁴². Por ello, es indispensable indagar en qué tipo de Estado el principio de legalidad penal logra cumplir, a cabalidad, con sus funciones y expectativas.

La discusión debe partir de un punto inicial, y es la incompatibilidad completa del principio de legalidad penal con un Estado totalitario¹⁴³. El principio *nullum crimen sine lege* es un concepto originado del iluminismo, vinculado así a una concepción democrático-liberal de Estado; por ello, es lógico que en un Estado totalitario no sea necesario (ni coherente) este límite formal¹⁴⁴. Pero, ¿cómo identificar un Estado totalitario?

La cuestión, limitada sólo frente al principio de legalidad penal, puede dividirse en dos escenarios. En un sentido político, un Estado totalitario puede identificarse por varios factores, entre los cuales pueden enumerarse varios: por ejemplo, la concentración del poder en una persona¹⁴⁵ (Duce, en el régimen fascista; Führer, en el régimen nazista; o, simplemente, el líder, en el régimen comunista soviético). De la misma manera, en un Estado totalitario el estado lo controla todo, incluso la moral¹⁴⁶, razón por la cual -como es apenas lógico- un régimen democrático no es necesario, por lo que o no existe o puede existir pero sólo formalmente, a través de la existencia de un partido político único¹⁴⁷. POPPER, por ejemplo, califica un régimen totalitario (en su caso, tiránico) como la ausencia de instituciones públicas que permitan un cambio de gobernante sin la necesidad de acudir a revoluciones, muchas veces de naturaleza violenta; la ausencia, por ejemplo, de elecciones generales democráticas (como salvaguarda) es la nota característica de un régimen tiránico¹⁴⁸.

De igual manera, en un Estado totalitario el poder público es sólo uno; la división del poder es inexistente, vinculando todo a la persona que ostenta el poder¹⁴⁹. Puede también afirmarse que en esta clase de estados el individuo pertenece al Estado enteramente, exigiéndole a éste una voluntad fiel¹⁵⁰, razones adicionales para considerar el principio de legalidad penal como innecesario en tal sistema político.

¹⁴¹ BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, G. Priulla Editore, V ed. riveduta e aggiornata, 1962, p. 27; BETTIOL G., *El problema*, op. cit., p. 55.

¹⁴² VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 290.

¹⁴³ Frente a esto, BETTIOL (*Diritto penale*, p. 102) afirma que “*in sostanza tra le premesse di uno Stato totalitario e il principio di legalità sussiste un irriducibile contrasto*”. En el mismo sentido, MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, Vol. XI, 1939.

¹⁴⁴ MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario*, op. cit., p. 157.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 144.

¹⁴⁶ BETTIOL G., *El problema*, op. cit., p. 73; MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario*, op. cit., p. 144.

¹⁴⁷ MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario*, op. cit., p. 144.

¹⁴⁸ POPPER K. R., *The Open Society and Its Enemies*, Vol. I (*The Spell of Plato*), London, Routledge & Kegan Paul LTD, III ed., 1957, p. 124.

¹⁴⁹ MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario*, op. cit., p. 144.

¹⁵⁰ Cfr. BETTIOL G., *El problema*, op. cit., p. 72-73.

En sentido jurídico, el modelo autoritario se caracteriza por aplicar una epistemología inquisitiva o antigarantista con relación al principio de legalidad penal. Esa epistemología se materializa a través de un *sustancialismo penal* que define el delito como una acción antisocial o inmoral, desconociendo cualquier concepción (o incluso límite) formal¹⁵¹. Una concepción de esta naturaleza desvirtúa cualquier valor o importancia a la ley penal como elemento para definir qué se debe entender por delito, lo que lleva inexorablemente a fundamentar la relevancia penal de cualquier comportamiento humano (o, incluso, ni siquiera de un comportamiento humano sino de determinada peligrosidad abstracta del delincuente) en cualquier “*verdad sustancial*” como criterio determinante¹⁵²; así las cosas, no es inusual encontrar conceptos como la “equidad” (CARNELUTTI), “la necesaria lucha contra la impunidad” (BINDING), la “necesaria actividad creativa del juez” e incluso conceptos políticos ausentes de todo contenido jurídico como “la voluntad soberana del Duce” (MAGGIORE) como criterios utilizados para establecer, sustancialmente, el ámbito de punibilidad del derecho penal.

De igual manera, como consecuencia de ese *sustancialismo penal* (una real *legalità sostanziale*), el modelo autoritario no vincula con ningún criterio preestablecido la definición de delito, con lo cual la justicia estará siempre sometida a la buena voluntad (e interpretación) de quien ostenta el poder punitivo del Estado¹⁵³. De esa manera, el modelo autoritario incurre en la más grande contradicción, pues al intentar introducir en la definición de delito sólo criterios sustanciales, tal definición queda sometida al arbitrio personal de quien juzga¹⁵⁴, con lo cual nada controla la aparente definición *sustancial* del delito.

Visto todo lo anterior, es lógico que en un modelo autoritario la legalidad penal constituya un simple medio para salvaguardar una estructura social y política predefinida por quienes ostentan el poder; la ley se reduce a ser un instrumento que busca conservar cierto *status quo* en atención a determinados fines colectivos, para garantizar la voluntad del poder político¹⁵⁵. Es por ello que la legalidad penal no puede considerarse jamás como un límite a la intervención estatal¹⁵⁶ en un Estado totalitario; como lo explica PALAZZO, la ley penal -en un Estado totalitario- no es expresión de la voluntad general sino, por el contrario, un medio del Estado para oprimir a quien gobierna¹⁵⁷. Sin lugar a dudas, la llamada *legalità sostanziale* propia de un Estado totalitario concreta una elección política específica a efectos de garantizar la defensa social sobre cualquier otro valor¹⁵⁸.

Por ello, en un Estado totalitario en el que subsista el principio de legalidad penal y, subsecuentemente, la existencia de *fattispecie*, éstas se redactan de manera genérica, lo que permite la utilización de la analogía para aplicar justicia¹⁵⁹. Visto todo lo anterior, es más que evidente la incompatibilidad absoluta del principio de legalidad penal con un Estado totalitario.

¹⁵¹ Vid. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 41; MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 6.

¹⁵² FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 42.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 103.

¹⁵⁴ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 103.

¹⁵⁵ Vid. CONTENTO G., *Corso*, op. cit., p. 35; LOMBARDI G., voce *Legalità e legittimità*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. IX, 1968, p. 581-582; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, CEDAM, 1979, p. 109-110.

¹⁵⁶ Cfr. BETTIOL G., *El problema*, op. cit., p. 73.

¹⁵⁷ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 133.

¹⁵⁸ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 6.

¹⁵⁹ Cfr. BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 720-721. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 108.

Al contrario de lo que sucede con un Estado totalitario, el principio de legalidad penal es un presupuesto ideológico, puede decirse un atributo, de un Estado de derecho¹⁶⁰, vínculo que se materializa de cuatro maneras, entendidas como condiciones necesarias que el principio de legalidad penal exige, y de cuya existencia depende.

La primera condición que el principio de legalidad penal requiere es una condición *orgánica*, materializada en el principio de división de los poderes públicos¹⁶¹. Esta teoría es consecuencia del iluminismo, y de la corriente doctrinal que establece como fundamento del derecho de castigar el contrato social¹⁶². De este principio surgió, naturalmente, la idea de que el juez sólo debe estar sometido a la ley; con ello, se reconoce la independencia del juez de los otros poderes del Estado¹⁶³, en la medida en que la actividad del juez se limita sólo por la ley, no por los demás poderes del Estado.

Esta condición *orgánica* es un principio lógico y no meramente político, pues sólo a través de la división de poderes el juez puede ser realmente juez, entendido como una persona imparcial encargada de administrar justicia¹⁶⁴. FILANGIERI lo expresa de una manera clara: en un *governo moderato* no pueden estar unidas la facultad de juzgar con la facultad de legislar¹⁶⁵. A través del principio de división de poderes se logra establecer entre la identificación de la fuente sustantiva en la que se basa la responsabilidad penal y la decisión final del juez una *regula iuris* diferente que es determinada por un órgano diverso; así, uno es el órgano que establece la *regula iuris* que establece la responsabilidad penal (el órgano legislativo) y otro el órgano que juzga conforme a tal regla (el órgano judicial). Sin este principio, el juez individualizaría, al mismo tiempo, tanto la *regula iuris* (identificando la fuente sustantiva aplicable) así como la solución concreta al caso¹⁶⁶. Es claro que sin un principio de división de poderes se corre el riesgo de llegar o aplicar una legalidad sustantiva, lo que derivaría en un autoritarismo penal.

De la mano de su naturaleza política y lógica, el principio de división de poderes también es un principio jurídico, puesto que la función de certeza asignada a la ley conlleva necesariamente la posibilidad práctica de que cualquier ciudadano pueda conocer si un determinado comportamiento es lícito o no; en esa medida, la existencia de la ley exige la existencia y división de dos funciones: una función legislativa (encargada de determinar la licitud o ilicitud del comportamiento), y una función judicial (encargada de determinar la comisión del hecho descrito en la ley)¹⁶⁷.

¹⁶⁰ CATENACCI M., *Il principio di legalità-tipicità*, op. cit., p. 17; PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 18.

¹⁶¹ DOGLIANI M., *Il principio*, op. cit., p. 7. En el mismo sentido, DONNARUMMA M. R., *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*, Padova, CEDAM, 1988, p. 7; VELÁSQUEZ F., *El principio*, op. cit., p. 258.

¹⁶² TRAPANI M., *Cesare Beccaria y la interpretación de la ley penal. La creación judicial de la norma penal y su control político*, in AA. VV., *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, a cura di F. VELÁSQUEZ; R. VARGAS; J. D. JARAMILLO, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p. 104. En el mismo sentido, PAGLIARO A., voce *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XXIII, 1973, p. 1040.

¹⁶³ NUVOLONE P., *Legalità, giustizia*, op. cit., p. 446.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 446. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 206-207.

¹⁶⁵ FILANGIERI G., *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, Napoli, Stamperia di Michele Morelli, 1774, p. 42.

¹⁶⁶ PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 94-96.

¹⁶⁷ Vid. CALAMANDREI P., *Non c'è libertà*, op. cit. p. 14.

Por ello, resulta justificado afirmar que este principio es *indiscutibile* en un Estado democrático de derecho¹⁶⁸, pues sólo los ciudadanos, como titulares de la soberanía del Estado, pueden limitar sus derechos fundamentales (entre estos, la libertad) a través de sus representantes, elegidos democráticamente¹⁶⁹. Es clara la existencia de un vínculo natural entre este principio (división de poderes) y los principios de soberanía popular y representación política¹⁷⁰. El principio de legalidad penal depende, entonces, de la idea de división de poderes¹⁷¹.

La segunda condición que el principio de legalidad penal requiere es una condición *sustancial*, puesto que este principio se considera presupuesto necesario para el respeto a la dignidad humana¹⁷². De esta manera, existe un vínculo inescindible entre el principio de legalidad penal y la dignidad humana, con lo cual al desconocer el primero se desconoce -correlativamente- la segunda¹⁷³.

La tercera condición frente a la cual el principio de legalidad penal depende es una condición *jurídica*, concretada a través de una Constitución política, y de los límites establecidos por ella. Es indiscutible que el principio de legalidad penal tiene una "*natura squisitamente costituzionale*"¹⁷⁴, razón por la cual es lógico que este principio dependa, también, de la naturaleza constitucional del Estado, y de lo regulado por dicho texto superior¹⁷⁵.

Una primera mirada al asunto pareciera revelar que la *constitucionalización* de principio de legalidad penal pareciera ser opcional, máxime cuando se trata de un principio fruto del iluminismo cuyas bases conceptuales surgieron en un momento histórico en el que la constitución no tenía el valor ni la importancia que hoy por hoy tiene. Así pues, ¿por qué es una condición obligatoria? Son, en esencia, dos razones las que permiten justificar esta posición.

La primera razón es una razón de orden lógico, y se trata de la diferencia que existe entre un principio reconocido sólo en un texto legislativo frente a un principio reconocido en una Constitución política (cuando ésta es, por supuesto, rígida). Si un principio es reconocido solamente en la ley ordinaria implica un límite para todos los poderes públicos, excepto para el órgano legislativo. Éste puede legislar aún en contra del principio, derogándolo implícita o explícitamente. De esta manera, el reconocimiento exclusivo del principio de legalidad penal por medio de una ley generaría una especie de *autolímite* al legislador, quien podría, legítimamente, desconocerlo directamente o indirectamente, transfiriendo la competencia para crear *fattispecie* al órgano

¹⁶⁸ NUVOLONE P., *Legalità, giustizia*, op. cit., p. 446.

¹⁶⁹ TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 104.

¹⁷⁰ SALMONI F., *Legalità (costituzionale) e forma di Stato: aspetti teorici e profili pratici di due concetti apparentemente in crisi*, in *Riv. Dir. Cost.*, N° 9, Torino, Giappichelli Editore, 2004, p. 109-110.

¹⁷¹ El vínculo entre estas dos teorías es tan evidente que las críticas y posiciones en relación con la presunta "*crisis de la legalidad*" se vinculan, casi siempre, con críticas referidas a la "real" división del poder en los Estados actuales. Cfr. DOLCINI E., *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: Principi-cardinale dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato?*, in AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, CEDAM, 2005, p. 63.

¹⁷² BETTIOL G., *Diritto penale*, op. cit., p. 103; MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 140.

¹⁷³ BETTIOL G., *Diritto penale*, op. cit., p. 103.

¹⁷⁴ NUVOLONE P., *Norme penali e principi costituzionali*, in NUVOLONE P., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1969, p. 678.

¹⁷⁵ Vid. VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 497.

ejecutivo¹⁷⁶, o incluso reduciendo, suspendiendo o derogando las garantías inherentes a este principio¹⁷⁷.

Por otra parte, si un principio es reconocido en una constitución política se convierte en un límite para todos los poderes públicos del Estado, incluyendo el órgano legislativo. De esta manera, la ley penal se consideraría legítima sólo en la medida en que esté conforme -en términos sustanciales- con la Constitución política¹⁷⁸; a través de dicho vínculo puede fundamentarse el principio de legalidad penal como condición de justicia sustancial¹⁷⁹.

La *constitucionalización* del principio de legalidad penal es necesaria si se espera que el principio de legalidad penal obligue (y limite) a todos los poderes públicos del Estado¹⁸⁰. Sólo de esta manera se logra una vinculatoriedad completa del principio a todo el Estado; así, el poder público no sólo estaría conferido por la ley sino, además, limitado y condicionado por ella¹⁸¹. A través de una constitución rígida se garantiza el principio de legalidad penal no sólo vinculando al juez con la ley, sino también estableciendo la reserva de ley¹⁸², concepto que vincula por igual tanto al órgano legislativo como al judicial. Puede decirse que el principio de reserva de ley (como consecuencia que se deriva del principio de legalidad penal, *supra*, cap. IV, 2) depende de su reconocimiento constitucional.

La única forma jurídica para vincular y obligar a todos los poderes públicos del Estado (incluido el poder legislativo) es la existencia de una norma positiva superior que así lo establezca¹⁸³. En esa medida, el presupuesto de garantía y de separación de poderes (connatural al principio de legalidad penal) sólo se logra de manera completa y efectiva a través de la incorporación de este principio en el texto constitucional.

Es indiscutible que la incorporación constitucional del principio de legalidad penal es necesaria¹⁸⁴, especialmente a efectos de materializar el *sentido positivo material* de este axioma penal¹⁸⁵, y para establecer -de manera obligatoria- el principio de la reserva de ley¹⁸⁶.

La segunda razón por la cual puede justificarse la idea de que la *constitucionalización* del principio de legalidad penal es una condición obligatoria, hoy por hoy, es una razón de orden jurídico. A través de la incorporación constitucional de este principio no sólo se logra su vinculatoriedad frente a todos los poderes del Estado, sino además su inderogabilidad frente a éstos e, incluso, frente a la mayoría democrática. El triunfo del principio democrático se da a partir de un modelo de Estado

¹⁷⁶ Vid. TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2. En esa medida, la omnipotencia del legislador es contraria al concepto de la Constitución política. DOGLIANI M., *Il principio*, op. cit., p. 8.

¹⁷⁷ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 8-9.

¹⁷⁸ Vid. FERRAJOLI L., *Garantismo y Estado de Derecho*, in FERRAJOLI L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 94.

¹⁷⁹ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 358.

¹⁸⁰ Se habla, por ello, de una *legalità costituzionale*, SALMONI F., *Legalità (costituzionale)*, op. cit., p. 112.

¹⁸¹ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 856.

¹⁸² DOGLIANI M., *Il principio*, op. cit., p. 12.

¹⁸³ Cfr. DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli Editore, II ed., 2011, p. 76; FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 8-9.

¹⁸⁴ Vid. FERRAJOLI L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, IV ed., 2004, p. 354-355.

¹⁸⁵ Vid. CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2.

¹⁸⁶ DOGLIANI M., *Il principio*, op. cit., p. 12.

constitucional, pues éste logra conciliar una protección a los derechos individuales y las diferentes razones de estado que justifiquen una limitación a los mismos¹⁸⁷.

La idea de una *inderogabilidad* del principio de legalidad penal, aun en un Estado democrático, surge de la diferencia entre un concepto formal de democracia frente a otro de naturaleza sustancial, diferencia mantenida por FERRAJOLI. Por una parte, la democracia *formal* responde al *quién* y al *cómo* de las decisiones democráticas¹⁸⁸; es decir, justifica el método de formación de las decisiones públicas que se le atribuyen al pueblo, como poder soberano, a través de una mayoría¹⁸⁹ (*quién*), así como las normas y controles formales que disciplinan la forma en que la decisión democrática debe ser tomada, como expresión de la mayoría¹⁹⁰ (*cómo*). Esta democracia *formal* es expresión de la soberanía popular, como fuente de legitimación, constituyendo sin lugar a dudas una *conditio sine qua non* sin la cual no puede existir la democracia. Sin embargo, se trata de un concepto insuficiente en un Estado constitucional¹⁹¹.

En este tipo de Estado, el poder del pueblo -expresado democráticamente- no es absoluto dado que la autenticidad de la voluntad popular depende de una real libertad en la que el pueblo (como soberano) pueda expresarse, libertad que sólo puede garantizarse mediante la existencia y el respeto de las libertades fundamentales¹⁹². Por ello, es lógico afirmar que la democracia no puede afectar aquello que, de manera esencial, la garantiza. Es por ello que, junto a la democracia *formal* (asunto en todo caso también irrenunciable), FERRAJOLI ha construido la noción de una democracia *material* o *sustancial* que responde a *qué* se decide a través de una decisión democrática¹⁹³. Por ello, para este autor italiano los principios y derechos fundamentales constituyen un límite a los poderes de la mayoría, límites que -al constituir una garantía de tutela para todos los ciudadanos- deben ser respetados aún contra una decisión democrática¹⁹⁴.

Este concepto de democracia *sustancial* exige, lógicamente, establecer una *sfera del non decidibile*, frente a normas sustanciales contenidas en la Constitución política¹⁹⁵. La democracia sustancial concreta, así, una garantía negativa, una prohibición de derogar algunas partes de la constitución por parte del legislador¹⁹⁶: “*che cosa non è licito (...) decidere, per qualunque maggioranza*”¹⁹⁷. De esta manera, el principio de legalidad penal, real garantía de todos los ciudadanos, sólo puede ser garantizado a través de un concepto de democracia *sustancial*, pues así ni siquiera la mayoría

¹⁸⁷ PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 97.

¹⁸⁸ FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 22; FERRAJOLI L., *Il paradigma della democrazia costituzionale*, in FERRAJOLI L., *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. IPPOLITO; F. MASTROMARTINO, Napoli, Editorial Scientifica, 2015, p. 42.

¹⁸⁹ FERRAJOLI L., *Il paradigma*, op. cit., p. 41.

¹⁹⁰ FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 22; FERRAJOLI L., *Il paradigma*, op. cit., p. 42; FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. II, *Teoría de la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 9.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 10.

¹⁹² *Ibidem*, p. 11.

¹⁹³ Vid. FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 22.

¹⁹⁴ FERRAJOLI L., *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, in FERRAJOLI L., *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. IPPOLITO; F. MASTROMARTINO, Napoli, Editorial Scientifica, 2015, p. 14.

¹⁹⁵ FERRAJOLI L., *Il paradigma*, op. cit., p. 49; FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 9.

¹⁹⁶ FERRAJOLI L., *Il paradigma*, op. cit., p. 56-57. Ya se verá luego, en la parte conclusiva, cómo la Corte Constitucional colombiana ha estructurado un concepto tangencialmente similar a la democracia *sustancial*, denominándola *teoría de la sustitución de la constitución*, dentro de la cual es factible, lógico e incluso esperable incluir el principio de legalidad penal como una garantía inderogable.

¹⁹⁷ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 10.

democrática tiene legitimidad para modificar o suprimir su reconocimiento en la Constitución política; y, de la misma manera, se dota al principio de legalidad penal de un particular *contenido material* en la medida en que éste tampoco puede contradecir o limitar los demás derechos fundamentales de los ciudadanos¹⁹⁸.

Finalmente, la segunda condición que el principio de legalidad penal requiere es una condición *ideológica*, en la medida en que este principio debe envolver siempre, sin ninguna excepción, una noción de garantía¹⁹⁹. De esta manera, vuelve a la discusión la idea de que la legalidad penal tiene un fundamento político, vinculado con una concepción liberal de Estado²⁰⁰, pues de dicho fundamento surge la idea de garantía, como una técnica de tutela dirigida a minimizar la violencia punitiva²⁰¹. El garantismo penal se vincula al iluminismo²⁰², por lo que esta condición es una parte *inherente* del principio de legalidad penal.

En resumen, y vistas las cuatro condiciones de las que depende este principio, puede decirse que sea cual sea el tipo de Estado de que se trata, éste debe garantizar los siguientes elementos:

- Condición *orgánica*: División y separación de los poderes del Estado.
- Condición *sustancial*: Respeto a la dignidad humana.
- Condición *jurídica*: Existencia de una constitución política de naturaleza rígida, que permita:
 - La *vinculatoriedad* del principio frente a todos los poderes del Estado.
 - La *inderogabilidad* del principio frente a todos los poderes del Estado, y frente a cualquier decisión democrática.
- Condición *ideal*: Ideal de ley como garantía de todos los ciudadanos.

Ahora bien, determinadas ya las condiciones indispensables que se requieren para la consagración -no meramente formal, sino también material y real- del principio de legalidad penal, debe precisarse ahora cuál tipo de Estado logra cumplir a cabalidad con todas ellas. Ya se han analizado las razones que excluyen la posibilidad de que un Estado totalitario garantice siquiera una de las anteriores condiciones; ahora deben analizarse los otros tipos de Estado que se han perfilado a partir del siglo XVIII²⁰³.

¹⁹⁸ Como fundamento histórico del principio, confróntese, CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 142.

¹⁹⁹ PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 187.

²⁰⁰ HALL J., *Nulla Poena ...*, op. cit., p. 189; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 498; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 293.

²⁰¹ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 852.

²⁰² FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 3.

²⁰³ En este punto, existe alguna confusión doctrinal frente a la existencia de estos tipos de estados, no en atención a la caracterización de cada uno de ellos, sino más bien en su denominación. A la fecha, la doctrina no ha logrado unificar la denominación con la cual se refiere a cada Estado, aun cuando los contornos históricos, políticos y jurídicos son más o menos claros. Por ejemplo, conceptos como *rule of law*, *statu di diritto* son utilizados como sinónimos de Estado constitucional. Cfr. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 856. Así pues, el presente trabajo no contribuirá con la tarea de unificar la denominación de los diferentes tipos de Estado (no es ésta la intención), pero sí se intentará, a través del marco jurídico y político de cada estado, concluir cuál -o cuáles- pueden garantizar las condiciones necesarias frente al principio de legalidad penal.

El primer tipo de Estado que se analizará es el Estado de derecho, que también ha sido denominado como Estado liberal de derecho, *Stato legislativo di diritto*²⁰⁴, *Rechtsstaat*, etc. El Estado de derecho se concreta en dos elementos fundamentales²⁰⁵: por una parte, se caracteriza por establecer un conjunto de límites y prohibiciones a los poderes públicos, de manera general y abstracta por medio de la ley, para la tutela de la libertad de los ciudadanos²⁰⁶. De esta manera, se concreta la idea de gobierno sometido o regulado por las leyes (*sub lege*)²⁰⁷, sin ir más allá. Por otra parte, el Estado liberal de derecho se encuentra vinculado no sólo por medio de la ley, sino por la mayoría democrática (como representación de la soberanía del pueblo²⁰⁸); en esa medida, el poder legislativo -que representa a dicha mayoría democrática- es quien controla a los demás poderes públicos.

De esta manera, y en relación con las diferentes condiciones del principio de legalidad penal, debe decirse que frente a la primera condición *orgánica*, el Estado de derecho se funda en la idea de separación de poderes²⁰⁹. En esta tipología de estado surge el principio de legalidad *en sentido amplio*, entendido como la sujeción de los diferentes poderes públicos a la ley, sin incluir el poder legislativo²¹⁰. Toda actividad del Estado se encuentra subordinada a las leyes generales y abstractas emitidas por el Parlamento o Congreso (como representante del pueblo, en quien reside la soberanía del Estado)²¹¹. Pero, como consecuencia de lo anterior, se verifica una omnipotencia de dicho órgano y de la ley, ésta última como expresión del poder soberano²¹²; por ello, sólo los poderes ejecutivos y judicial se encuentran sometidos a la ley²¹³.

Por tal razón, esta condición *orgánica* se encontraría parcialmente cubierta a través de un Estado liberal de derecho. Situación que, sin embargo, no se produce frente a la condición *sustancial* del principio de legalidad penal, pues para un Estado liberal de derecho, el respecto a la dignidad humana es un presupuesto necesario, condición que se cumple de manera completa.

Asunto diferente resulta la condición *jurídica* del principio de legalidad penal. La validez de la ley se establece sólo a partir de su conformidad con las normas jurídicas (otras leyes) que regulan su

²⁰⁴ FERRAJOLI L., *Garantismo*, op. cit., p. 65. Se diferencia el Estado liberal de derecho al simple Estado de derecho, expresión que se reduce a una fórmula carente de significado sustancial, y que fue utilizada por los Estados totalitarios para calificarse a sí mismos; el Estado liberal de derecho, por el contrario, sí posee una connotación sustancial particular. Vid. ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, X ed., 2011, p. 21-23.

²⁰⁵ CARLASSARE L., voce *Principio di legalità*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 2.

²⁰⁶ Vid. FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 16; FERRAJOLI L., *Lo stato di diritto*, op. cit., p. 3.

²⁰⁷ BOBBIO N., *¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?*, in BOBBIO N., *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 124. En el mismo sentido, FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 852; FERRAJOLI L., *Garantismo*, op. cit., p. 65; FERRAJOLI L., *Lo stato di diritto*, op. cit., p. 3; FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisprudenziale*, in *Criminalia*, Vol. VI, Pisa, Edizioni ETS, 2011, p. 80.

²⁰⁸ FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 138.

²⁰⁹ FERRAJOLI L., *Una rifondazione garantista della separazione dei poteri*, in FERRAJOLI L., *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. IPPOLITO; F. MASTROMARTINO, Napoli, Editorial Scientifica, 2015, p. 69; ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil*, op. cit., p. 23.

²¹⁰ CARLASSARE L., voce *Principio di legalità* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2; FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 17; FERRAJOLI L., *Lo stato di diritto*, op. cit., p. 8.

²¹¹ FERRAJOLI L., *Garantismo*, op. cit., p. 66.

²¹² CARLASSARE L., voce *Principio di legalità* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2. En el mismo sentido, ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil*, op. cit., p. 23.

²¹³ Vid. CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2. En contra, CALAMANDREI, quien afirma que en los Estados liberales las leyes se encuentran condicionadas, necesariamente, al respeto de ciertos valores *intrínsecamente insuprimibles*, CALAMANDREI P., *Non c'è libertà*, op. cit. p. 28.

producción²¹⁴. La ley es el parámetro de reconocimiento del derecho existente, como modelo *paleo-giuspositivista*²¹⁵; de esta forma, la legitimidad de la ley penal (ante la ausencia de un texto superior que otorgue alguna validez sustancial) se analiza sólo sobre un plano ético-jurídico, pero no sobre un plano jurídico²¹⁶.

Lo anterior significa que el principio de reserva de ley en materia penal (como garantía) se reduce así a una simple legalidad formal, sin control alguno por parte de una norma jurídica de mayor jerarquía²¹⁷. El *Statuto albertino* (en Italia) es un ejemplo claro de una constitución flexible que, siendo derogable por el propio legislador, no constituía en realidad un límite superior ni ejercía control algún frente a la actividad del poder legislativo, y a la ley como acto emanado de éste²¹⁸. La constitución política (como fuente jurídica vinculante para las demás normas de derecho) es inexistente en un Estado de derecho: ésta es la más importante diferencia entre este tipo de Estado y el Estado constitucional de derecho. Por esta razón, la tercera condición *jurídica* que necesita el principio de legalidad penal no se logra concretar a través de un Estado de derecho.

Finalmente, frente a la cuarta condición *ideal* de este principio, puede decirse que la ley, en un Estado de derecho, implica una noción de garantía: por cuanto se establece el monopolio estatal del uso de la fuerza con el fin de excluir o minimizar la violencia²¹⁹, en cuanto límite del arbitrio²²⁰. Se concluye, así, que las garantías de igualdad e imparcialidad frente a la ley se concretan incluso en un Estado liberal de derecho; no dependen, por tanto, del carácter constitucional del Estado²²¹.

Sin embargo, dicho ideal constituye más un axioma político más que jurídico, pues no puede ser impuesto como obligación al legislador²²². En esa medida, la ley se concibe como tutela contra los abusos del poder ejecutivo y judicial, pero no del poder legislativo²²³. Por ello se cumple, parcialmente, esta condición del principio de legalidad penal.

A pesar de que algunos autores afirman que el principio de legalidad penal es propio de un Estado de derecho²²⁴, al no materializar las cuatro condiciones indispensables de este principio resulta difícil compartir dicha aseveración. Por el contrario, este principio no es completamente compatible con esta clase de estado, pues es necesario que el principio adquiera una valoración material valorativa²²⁵.

²¹⁴ FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 20.

²¹⁵ FERRAJOLI L., *Lo stato di diritto*, op. cit., p. 4, 8.

²¹⁶ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 9.

²¹⁷ Cfr. CARLASSARE L., voce *Principio di legalità* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 4.

²¹⁸ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 1. En el mismo sentido, TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 1-2.

²¹⁹ FERRAJOLI L., *Garantismo*, op. cit., p. 91-92.

²²⁰ FERRAJOLI L., *Lo stato di diritto*, op. cit., p. 8.

²²¹ “non si tratta di novità concettuali specificamente legate alla rigidità della Costituzione, ma solo di rafforzamenti - per quanto importanti- divieti già noti all'ordinamento”. DOGLIANI M., *Il principio*, op. cit., p. 12.

²²² Cfr. FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 25.

²²³ CARLASSARE L., voce *Principio di legalità* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 3.

²²⁴ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 498; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 293.

²²⁵ YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit., p. 231.

Ahora bien, frente al segundo tipo de estado, el Estado social de derecho, éste se caracteriza por establecer prestaciones positivas que son esencialmente discrecionales y contingentes²²⁶. Se trata, sin lugar a dudas, de un *Welfare State*²²⁷. Por esta razón, el Estado social de derecho no desarrolla una normatividad específicamente propia, motivo por el que no produce una estructura institucional garantista diferente a la del Estado liberal de derecho²²⁸. Es claro que este tipo de estado no produce cambio alguno frente a lo ya concluido respecto del principio de legalidad penal y el Estado de derecho, puesto que “*no da vida a un garantismo jurídico-social en añadidura al garantismo jurídico-liberal de los tradicionales derechos individuales de libertad*”²²⁹.

Finalmente, debe analizarse el denominado Estado constitucional de derecho, donde existe una sujeción del derecho a una constitución política, documento jurídicamente vinculante frente a las demás fuentes de derecho, razón por la cual existen, al interior de este estado, límites sustanciales al derecho positivo²³⁰. Frente a la primera condición *orgánica* del principio de legalidad penal debe afirmarse que, en un Estado constitucional de derecho, la ley penal se mantiene como monopolio estatal²³¹; los poderes del Estado se encuentran sometidos a ella, pero tal sujeción se encuentra condicionada a que ésta (la ley) sea constitucionalmente válida²³².

Así, todos los poderes del Estado (incluido el poder legislativo) se encuentran sometidos a la constitución política²³³. Sólo a través de este límite indiscriminado puede verificarse tanto el *sentido positivo material* del principio de legalidad penal²³⁴, así como el principio de reserva de ley, situación que permite afirmar el completo cumplimiento de esta condición *orgánica* del principio de legalidad penal en un Estado constitucional de derecho.

No hay lugar a dudas de que la segunda condición *sustancial* de este principio también se cumple en un Estado constitucional de derecho; mal podría hablarse de un estado de esta naturaleza que no se base en el respeto a la dignidad humana de todo ser humano. Sencillamente, en dicha hipótesis, dejaría de ser tal estado constitucional para convertirse en algo más.

Frente a la tercera condición *jurídica* del principio de legalidad penal, debe afirmarse que la ley no sólo es un referente condicionante sino, además, un elemento condicionado por los vínculos jurídicos sustanciales existentes con la constitución política²³⁵. Por ello, en este tipo de Estado se concreta la idea de un gobierno no sólo sometido a las leyes (*sub lege*), sino también limitado mediante la ley (*per lege*)²³⁶. De esta manera la validez de la ley no se limita a un escenario meramente formal, pues ésta debe ser válida desde una perspectiva también sustancial, en relación con el contenido y los límites que determina el texto constitucional²³⁷.

²²⁶ FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 16.

²²⁷ FERRAJOLI L., *Garantismo*, op. cit., p. 66.

²²⁸ *Ibidem*, p. 66.

²²⁹ *Ibidem*, p. 68.

²³⁰ FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 19.

²³¹ FERRAJOLI L., *Lo stato di diritto*, op. cit., p. 10.

²³² FERRAJOLI L., *Lo stato di diritto*, op. cit., p. 11.

²³³ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2; ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil*, op. cit., p. 34.

²³⁴ Vid. CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2.

²³⁵ FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 19; FERRAJOLI L., *Garantismo*, op. cit., p. 94.

²³⁶ Cfr. BOBBIO N., *Gobierno*, op. cit., p. 124. De igual manera, véase, FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 852.

²³⁷ FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 21; FERRAJOLI L., *Garantismo*, op. cit., p. 95.

En un Estado constitucional de derecho puede hablarse, entonces, de validez *sustancial* de la ley, surgiendo así el concepto de legalidad *en términos sustanciales*²³⁸ (concepto que no es el mismo de *legalidad sustancial*, propio de los Estados totalitarios). Con este concepto quiere indicarse que la norma de reconocimiento del derecho existente en este tipo de estado no es la ley, sino la constitución, razón por la que se trata de un modelo *neo-giuspositivista*²³⁹; gracias al carácter rígido de la constitución, se establece una heterolimitación del poder legislativo por medio de dicho texto superior²⁴⁰. El principio de legalidad penal se establece, de esta manera, en un parámetro de legitimación de toda acción del Estado, incluido el legislador²⁴¹, puesto que la ley penal debe ser compatible con las normas constitucionales, no sólo en un sentido formal sino también desde una perspectiva sustancial (todo ello a través de una interpretación constitucionalmente vinculada)²⁴². La ley penal (tanto en su contenido, forma como en razón de su competencia exclusiva) constituye también un límite para el legislador, con lo cual tiene plena aplicación no sólo el *sentido material positivo* del axioma de legalidad penal, sino también el principio de reserva de ley²⁴³.

Además de todo lo anterior, la existencia de una constitución rígida implica una concepción no sólo formal sino también sustancial de democracia²⁴⁴. Esta democracia *sustancial* limita la omnipotencia que surge de la mayoría democrática, representada por el voto popular²⁴⁵, garantizando de la misma manera la *inderogabilidad* del principio de legalidad penal. De esta manera, el Estado constitucional de derecho garantiza, de manera plena, la tercera condición *jurídica* de este principio.

¿Qué sucede, pues, con la cuarta condición *ideal* del principio? Sin lugar a dudas, esta condición se encuentra vinculada, estrechamente, con la naturaleza constitucional del principio de legalidad penal. El axioma *nullum crimen sine lege* ha adquirido, históricamente, dos significados diferentes. En un primer momento, cuando su reconocimiento se dio sólo a nivel legislativo, su significado de garantía se limitaba a un contenido propio de un principio político no vinculante frente al poder legislativo; en un segundo momento, cuando su reconocimiento pasó a ser de naturaleza constitucional, la garantía que incorporó este principio pasó a ser jurídica y, por lo tanto, vinculante para todos los poderes del estado²⁴⁶. Es por ello que la naturaleza constitucional del principio de legalidad penal debe ser considerada como una característica esencial del concepto²⁴⁷. Este concepto de garantía va de la mano, tal como se verá, con el concepto de *riserva di legge costituzionale* como límite absoluto de la mayoría democrática (*supra*, cap. IV, 2.6).

Visto todo lo anterior, es claro que el principio de legalidad penal (en su concepción actual), y a efectos de garantizar las cuatro condiciones de las cuales depende, sólo puede adquirir una real aplicación en un Estado constitucional de derecho. Por ello, GUASTIANI afirma que un concepto de legalidad formal es suficiente para un Estado de derecho, pero no para un Estado constitucional de

²³⁸ FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 66.

²³⁹ FERRAJOLI L., *Lo stato di diritto*, op. cit., p. 4.

²⁴⁰ TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2.

²⁴¹ DONNARUMMA M. R., *Il principio*, op. cit., p. 9.

²⁴² CARLASSARE L., voce *Principio di legalità* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 4; FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 66.

²⁴³ Cfr. CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2.

²⁴⁴ FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*, op. cit., p. 20.

²⁴⁵ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 11; FERRAJOLI L., *Lo stato di diritto*, op. cit., p. 14.

²⁴⁶ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 25.

²⁴⁷ Vid. CARLASSARE L., voce *Principio di legalità* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 4.

derecho, pues en éste último sería necesario extender el concepto de legalidad a un sentido material²⁴⁸, sentido que actualmente tiene el principio de legalidad penal. De la misma manera, FERRAJOLI entiende que sólo un Estado constitucional es capaz de garantizar, por una parte, en un plano formal, la subordinación de todos los poderes del Estado (incluido el poder legislativo) a la ley; y, por otra parte, en un plano sustancial, la vinculación de todos los poderes del Estado (incluido el poder legislativo) a la garantía de los derechos fundamentales²⁴⁹.

Principio de legalidad penal y Estado constitucional de derecho son, pues, conceptos vinculados estrechamente.

²⁴⁸ GUASTINI R., *Legalità*, op. cit., p. 140.

²⁴⁹ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 856.

CAPÍTULO III

SIGNIFICADOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

1. Introducción: *para qué sirve el principio de legalidad penal.*

En el capítulo anterior, se analizaron diferentes aspectos relacionados con el principio de legalidad penal. Por una parte, se estudió el concepto del principio de legalidad penal (*qué es*), revisando tanto su sentido positivo como negativo. También se examinaron los fundamentos y los componentes del principio, respondiendo así a las interrogantes del *por qué* y *cómo* de este axioma. Finalmente, se estudió el vínculo político que tiene este principio en relación con el Estado, reconociendo que sólo a través de un Estado constitucional de derecho la legalidad penal adquiere su completo valor jurídico, cumpliéndose así las cuatro condiciones necesarias para su existencia material.

Ahora bien, a lo largo del presente capítulo deben estudiarse (de manera independiente) los diferentes fundamentos axiológicos o *rationes* que se derivan del principio de legalidad penal, que acá se denominaran significados (*qué significa el principio de legalidad penal*, como cualidad o valor). Y es que el principio de legalidad penal tiene, sin lugar a dudas, diferentes significados; éstos a su vez contestan la pregunta de *para qué* sirve este principio, cuál es su *ratio* o función al interior del derecho penal. Por ello, se trata de asuntos sustanciales que generan, inevitablemente, opciones valorativas¹. Es por ello que el principio de legalidad penal no se limita a tener una naturaleza formal; tiene, además, una naturaleza sustancial en la medida en que responde a diferentes significados o alcances².

A lo largo de este trabajo se ha elegido utilizar la expresión *significados* para reflejar, precisamente, el contenido sustancial del principio de legalidad penal. *Significados* pues este principio, en atención a sus diversas finalidades, responde a una *ratio* diferente, con lo cual su significado político y jurídico cambia. Así pues, el principio de legalidad penal puede tener hasta cinco significados: un significado histórico, filosófico, democrático, de legitimación y de garantía.

2. Significado histórico del principio de legalidad penal:

Es claro que el principio de legalidad penal tiene un primer significado histórico: “*il potere normativo penale è espressione del potere sovrano*”³. Como todo concepto, su esencia se encuentra ligada a su época, a las pretensiones que lo formaron y al entorno cultural imperante del que surgió. Es indiscutible, pues, que este concepto tiene una matriz político institucional⁴.

¹ PINO G., *Legalità penale e rule of law*, in PINO G.; VILLA V., *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, Società editrice il Mulino, 2016, p. 183.

² Puede afirmarse que el análisis realizado en el capítulo precedente corresponde a un análisis formal del principio de legalidad penal, mientras que el presente análisis recoge valoraciones del mismo concepto desde una perspectiva material.

³ Vid. PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, VI ed., 2015, p. 89.

⁴ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale. Parte general*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 33; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, IV ed. ristampa con addenda integrata, 2012, p. 37.

El principio de legalidad penal tiene un valor particular pues refleja el cambio de paradigma histórico que se generó durante la segunda mitad del siglo XVIII; como lo reconoce GRISPIGNI, el principio de legalidad penal “*riceve la sua vera significazione ove lo si consideri storicamente e cioè in rapporto a tempi in cui esso non vigeva*”⁵. Este principio generó una transformación en la forma y la metodología del derecho penal europeo a partir del siglo XVIII⁶.

Por ello, es claro que este axioma es una consecuencia directa del iluminismo y, por lo tanto, vinculado a la idea de un Estado democrático-liberal⁷; de allí, que este principio tenga un valor esencialmente político⁸. La sede natural de origen del principio de legalidad penal no puede ser otra que el Estado liberal, pues representa la garantía más importante de las libertades individuales contra cualquier acto arbitrario del poder⁹. El liberalismo, desde una perspectiva política, busca ser el sistema más idóneo para garantizar -de la mejor manera posible- la libertad política de los ciudadanos, y por ello propone la legalidad como un método de creación normativa del derecho para cumplir tal expectativa¹⁰:

“*Si assume che il potere di punire, di fatto illimitato nelle sue origini storiche, per virtù della statuizione di norme fosse stato circoscritto e quindi esso pure trasformato nel diritto soggettivi dello Stato*”¹¹.

Pero, además, el principio de legalidad penal también depende de la existencia de un Estado democrático de derecho¹², pues es a partir de la democracia como el órgano legislativo se convierte en expresión del pueblo entero y soberano; de esta manera, se legitima desde una perspectiva política la legalidad penal frente al control democrático respecto de las decisiones políticas criminales asumidas por el Estado¹³. El principio de legalidad penal -en su estructura actual- no es posible por fuera de un Estado liberal y democrático de derecho.

Es coherente -desde este punto de vista- que los autores que respaldaron históricamente los Estados totalitarios del siglo XX criticaran este principio, y reconocieran la incoherencia de exigir garantías de claro origen liberal en tales Estados¹⁴; en cuanto a su significado histórico, el principio de legalidad penal tiene un valor relativo, pues depende de cierto tipo de “*civiltà*”¹⁵. Por ello, es lógico que el principio *nullum crimen sine lege* -desde una perspectiva histórica- sea objeto de valoraciones positivas o negativas, dependiendo del contexto histórico en el que se realiza tal valoración.

⁵ GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano. Introduzione e parte prima. Le norme penale sinteticamente considerate*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. I, II ed., 1950, p. 307.

⁶ Cfr. BELING E., *Il significato del principio: “nulla poena sine lege poenali” nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, in *La Giustizia Penale*, Vol. XXXVIII, N° 1, Roma, 1931, p. 319.

⁷ GRASSO P., *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione Italiana*, Milano, Giuffrè Editore, 1972, p. 2; MAGGIORE G., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, Vol. I, II ed. riveduta e ampliata, 1937, p. 105; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, VI ed., 2009, p. 4-5; VASSALLI G., voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. XI, 1965, p. 498; VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, UTET, Vol. VIII, IV ed., 1994, p. 293.

⁸ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 290. En el mismo sentido, GRASSO P., *Il principio*, op. cit., p. 2.

⁹ BETTIOL G., *El problema penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1995, p. 63.

¹⁰ Vid. CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, Roma, Editori Laterza, 2013, p. 9-10.

¹¹ Cfr. GRASSO P., *Il principio*, op. cit., p. 3-4.

¹² Sinónimo de Estado constitucional de derecho, tal como se analizó en el capítulo pasado.

¹³ Vid. MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 33; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 36-37.

¹⁴ MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, Vol. XI, 1939, p. 160.

¹⁵ MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 105.

Las valoraciones negativas del principio de legalidad penal pueden agruparse, en un primero momento, en aquellas concepciones totalitarias que rechazaron de manera contundente este concepto. MAGGIORE, por ejemplo, calificó este principio como el “*ultimo relitto di una mentalità sorpassatta*”¹⁶, denotando así un carácter temporal y anticuado del concepto frente a la nueva realidad política que significó el fascismo italiano. Es claro que no existe necesidad alguna del principio *nullum crimen sine lege* en un Estado totalitario, pues el principio de legalidad penal es, por antonomasia, un concepto liberal y garantista¹⁷.

Las valoraciones positivas del principio de legalidad penal le atribuyen un cambio de paradigma histórico positivo: el principio es entendido, en este punto, como una “*gloriosa conquista de la conciencia jurídica*”¹⁸, como la conquista de nuestra *civiltà giuridica*¹⁹, incluso como el “*patrimonio común de la humanidad*”²⁰. Se trata de un principio que lucha contra la arbitrariedad del Estado, pues éste ya no puede utilizar la pena (y, correlativamente, el derecho penal) como un medio para constreñir la libertad del ciudadano sin importar si el comportamiento realizado se encuentra prohibido, previamente, por una ley²¹.

Sin lugar a dudas, desde su significado histórico, el principio de legalidad penal hace parte del patrimonio jurídico común de todo el mundo occidental²².

Se reconoce al principio de legalidad penal como aquel principio conforme con la actual conciencia jurídica, a pesar de los intentos históricos producidos en el siglo XX por desconocerlo²³.

3. Significado democrático del principio de legalidad penal:

El principio de legalidad penal no puede limitarse a una concepción estrictamente formal (como límite a las fuentes del derecho penal). Su significado va más allá de las exigencias formales y sustanciales que se derivan de una definición normativa del delito a través de la ley penal. ¿Por qué el delito debe ser definido por la ley y no por cualquier otro acto normativo? Si el único significado predicable del principio de legalidad penal es el de garantía, es claro que muchas otras fuentes normativas cumplirían, en un grado más o menos similar, la misma previsibilidad del comportamiento²⁴. Piénsese, por ejemplo, en los decretos emitidos por el poder ejecutivo. La

¹⁶ MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario*, op. cit., p. 160.

¹⁷ “*Esso può perdere invece il suo valore nei regimi autoritari, quando la necessità di reprimere alcuni fatti dannosi alla vita dello Stato non può arrestarsi innanzi alle barriere della legalità*”. Cfr. MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 105. De igual manera, PETROCELLI B., *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in PETROCELLI B., *Saggi di diritto penale. Seconda serie*, Padova, CEDAM, 1965, p. 187-188.

¹⁸ MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 141. En el mismo sentido, afirmando que se trata de un principio jurídica de la cultura jurídica, PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 187.

¹⁹ CATENACCI M., *Il principio di legalità-tipicità fra funzioni di garanzia e rischi di formalismo*, in CATENACCI M., *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, p. 4.

²⁰ En este sentido, VELÁSQUEZ F., *El principio de legalidad jurídica penal*, in *Nuevo Foro Penal*, Vol. XXXII, 1986, p. 253; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal. Parte general*, Medellín, Librería Jurídica Comlibros, IV ed., 2009, p. 132.

²¹ PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 187-188. En el mismo sentido, BETTIOL G., *El problema*, op. cit., p. 63.

²² Véase, PALAZZO F., *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium iuris*, N° 3, Padova, CEDAM, 1996, p. 276.

²³ RANIERI S., *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, T. I, 1975, p. 51.

²⁴ Vid. FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXVI, T. I (Principio di legalità e diritto penale), Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2007, p. 1250-1251.

Constitución política (de Italia, art. 25, inciso 2º; y de Colombia, art. 29, inciso 2º) confina la definición del delito a la ley -como norma producida por el legislador- porque existe un significado detrás de esa restricción normativa.

El significado o *ratio* democrática del principio de legalidad penal responde, pues, a tal limitación constitucional: “*il principio penalistico di legalità deve, nell’ambito de una democrazia, orientarsi anch’esso in senso democratico*”²⁵. El mismo origen histórico del principio de legalidad penal en los Estados liberales materializa este significado democrático, según CALAMANDREI: “*non saprei concepire un sistema che sia liberale senza essere democratico*”²⁶.

Ahora bien, lejos de estudiar ahora el principio de reserva de ley reconocido tanto en el texto constitucional italiano como aquel otro colombiano (de similar tenor), debe analizarse primero el significado democrático del principio de legalidad penal. Es interesante ver cómo las críticas dirigidas por parte de la doctrina a la *ratio* democrática de este principio afectan, en la misma medida, al principio de reserva de ley, con lo cual ya puede concluirse una cuestión esencial: sólo a través del significado democrático del principio de legalidad penal, su consecuencia -el principio de reserva de ley- tiene sentido. Si partimos de otros significados o contenidos del principio en cuestión, el asunto respecto de la ley penal (y su exclusividad en la materia penal) no es ni clara, ni lógica ni mucho menos necesaria. El principio de reserva de ley (y, por consiguiente, el mismo principio de legalidad penal) dependen del significado democrático que de éste se derive y, por consiguiente, cualquier crítica dirigida a limitar, suspender o eliminar la *ratio* democrática en esta materia conduciría -quíralo o no quien así lo afirme- a limitar, suspender y eliminar en la misma medida el principio de reserva de ley.

Por ello, en este punto se aglutinarán todas las críticas que la doctrina ha expuesto frente a la *ratio* democrática del principio de legalidad penal, con las cuales se ha demostrado un “aparente” escenario de crisis frente a este principio²⁷. Es “aparente” tal escenario -como acá se describe- toda vez que dichas críticas adolecen de incongruencias lógicas y racionales que desvirtúan la aparente crisis en la que se encuentra, hoy día, el principio de legalidad penal.

El significado democrático del principio de legalidad se concreta en dos sentidos, uno positivo (más claro, y que ha sido objeto de mayor desarrollo por parte de la doctrina), y el otro de carácter negativo, menos claro y cuyo desarrollo ha sido más bien reducido.

3.1. El sentido democrático negativo: la democracia como límite:

El principio de legalidad penal tiene un primer sentido democrático negativo, como *límite* de una decisión democrática. A través de un concepto sustancial de democracia, propio de un Estado constitucional de derecho, se limita la omnipotencia que surge de la mayoría democrática,

²⁵ *Ibidem*, p. 1248. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Riserva di legge*, op. cit., p. 276-277.

²⁶ CALAMANDREI P., *Non c’è libertà*, op. cit., p. 32.

²⁷ También se verá cómo las críticas a la *ratio* democrática del principio de legalidad penal tienen, como trasfondo político y jurídico, una crítica directa a la democracia como forma de gobierno, escenario que -lejos de ser novedoso- ya ha sido discutido desde comienzos del siglo XIX. Cfr. KELSEN H., *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Editorial Labor, 1934, p. 49.

representada por el voto popular²⁸. Este concepto de democracia establece una *sfera del non decidibile* frente a normas sustanciales contenidas en la Constitución política²⁹. La democracia sustancial concreta una garantía negativa, como prohibición de derogar algunas partes de la constitución por parte del legislador³⁰: “*che cosa non è licito (...) decidere, per qualunque maggioranza*”³¹.

El principio de legalidad penal, reconocido en un texto constitucional, se edifica como una garantía inderogable de todos los ciudadanos, pues ni siquiera la mayoría democrática tiene legitimidad para modificar o suprimir su reconocimiento de la Constitución política, máxime cuando se trata de una garantía y un derecho fundamental. Así pues, el significado democrático del principio de legalidad penal incluye su *inderogabilidad* absoluta, aún contra una decisión democrática: la democracia como límite.

3.2. El sentido democrático positivo: la democracia como *fundamento*.

En este sentido, el principio de legalidad penal se entiende como el *resultado* de un debate democrático (vinculado con la legitimidad democrática que luego se analizará). En un sentido sustancial, la decisión sobre la prohibición penal de un comportamiento específico le compete, como obligación, al órgano legislativo pues, en un sistema democrático, sólo la ley penal puede ser el resultado de todos los intereses afectados con tal prohibición, garantizando mediante la discusión democrática una tutela de derechos políticamente equilibrada³².

La democracia en su connotación más tradicional (democracia formal) representa una fuente de legitimación de este principio, al ser expresión de la soberanía popular expresada mediante el voto de la mayoría³³. La ley, como producto del procedimiento legislativo, aparece como el instrumento más adecuado para garantizar los derechos de los ciudadanos y sus límites necesarios, especialmente frente al derecho de libertad personal³⁴.

Ahora bien, es claro que una democracia directa o permanente no es concebible como presupuesto del principio de legalidad penal³⁵. Por ello, el significado democrático de este principio exige, necesariamente, acoger un concepto de democracia representativa, pues ante el carácter ideal -y,

²⁸ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 11; FERRAJOLI L., *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, in FERRAJOLI L., *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. IPPOLITO; F. MASTROMARTINO, Napoli, Editorial Scientifica, 2015, p. 14.

²⁹ FERRAJOLI L., *Il paradigma della democrazia costituzionale*, in FERRAJOLI L., *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. IPPOLITO; F. MASTROMARTINO, Napoli, Editorial Scientifica, 2015, p. 49; FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 9.

³⁰ FERRAJOLI L., *Il paradigma della democrazia*, op. cit., p. 56-57; PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXVI, T. I (Principio di legalità e diritto penale), Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2007, p. 1293.

³¹ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 10.

³² Vid. CONTENTO G., *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Il Foro Italiano*, Vol. CXI, Anno CXIII, Roma, 1988, p. 485.

³³ Cfr. FERRAJOLI L., *Il paradigma della democrazia*, op. cit., p. 42.

³⁴ Cfr. FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1251.

³⁵ Se trata, sin lugar a dudas, de un concepto ideal, modelo clásico de un gobierno frente al cual el pueblo se da a sí mismo la ley. En la democracia directa, las instituciones deben representar -de manera directa- la voluntad del pueblo, en una “*continua rispondenza*”. El vínculo directo permite que, en todo momento, la voluntad de los representados corresponda perfectamente con aquella del cuerpo electoral. Cfr. PAJNO S., *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, N° II, Bologna, il Mulino, 2005, p. 471-473.

por lo tanto, irrealizable- de una democracia directa, las instituciones electorales representativas constituyen un medio para garantizar que el pueblo tome sus propias decisiones³⁶. Como no es posible una democracia directa, debe recurrirse a una representativa en la cual un cuerpo electoral represente al pueblo y su voluntad general³⁷.

Es claro que tal representatividad es una abstracción mediante la cual se busca explicar la relación entre los parlamentarios (como miembros elegidos del órgano legislativo) con los electores, relación que constituye la máxima expresión de la democracia³⁸. Por ello, la democracia representativa cuenta con tres elementos sin los cuales, sencillamente, no podría existir. El primero de dichos elementos es, por supuesto, el *pueblo*; éste, como titular de la así llamada voluntad general, se estructura como un postulado ético-político, constituyendo una ficción aceptada que no puede criticarse sin criticar -correlativamente- la figura de la democracia³⁹.

El segundo elemento es la existencia de una *voluntad general*, concepto ideal y unidad política que se conforma por la suma de todos los individuos mediante la representatividad⁴⁰. Finalmente, el tercer elemento -encargado, por lo demás, de unir los dos elementos anteriores- es el *órgano de representación*. La democracia representativa se vincula de manera directa con aquel órgano público y constitucional que representa al pueblo y a la voluntad general que de él surge. A pesar de que los conceptos de democracia y de legislador no son idénticos, al no ser posible una democracia directa en los actuales estados modernos, el órgano legislativo es la única forma real en la cual el ideal democrático puede realizarse⁴¹. El parlamento o congreso, como órgano representativo de la voluntad popular, pondera los intereses que se ven afectados con una decisión político criminal⁴², punto en el que se encuentra su legitimidad para asumir esa función particular.

A través de la elección democrática de los miembros del parlamento, ellos representan al pueblo que los ha elegido precisamente para tal función; así, la discusión parlamentaria de determinados asuntos puede reservarse al órgano legislativo en cuanto representan al pueblo, aun indirectamente⁴³. Se trata, sin lugar a dudas, del único medio realizable atendiendo la actual realidad sociocultural, el tamaño de los Estados y el número de sus ciudadanos⁴⁴.

A pesar de todo lo anterior, el propio concepto de la democracia representativa ha sido objeto de críticas constantes, las cuales intentan reducir el significado democrático del principio de legalidad penal. Y es que la representatividad es, sin lugar a dudas, una ficción política -y, también jurídica- por medio de la cual el pueblo (como poder soberano) puede exteriorizar su voluntad a través del

³⁶ *Ibidem*, p. 474.

³⁷ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, T. I, 1906, p. 230; PAJNO S., *Considerazioni*, op. cit., p. 501.

³⁸ GROSSO C. F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, Vol. VI, Pisa, Edizioni ETS, 2011, p. 128.

³⁹ PAJNO S., *Considerazioni*, op. cit., p. 478.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 476.

⁴¹ Así lo explica KELSEN: "aunque la democracia y el parlamentarismo no son idénticos, no cabe dudar en serio - puesto que la democracia directa no es posible en el Estado moderno- que el parlamentarismo es la única forma real en que puede plasmar la idea de la democracia dentro de la realidad social presente". KELSEN H., *Esencia*, op. cit., p. 50.

⁴² FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1251.

⁴³ GROSSO C. F., *Il fascino discreto*, op. cit., p. 125.

⁴⁴ Vid. KELSEN H., *Esencia*, op. cit., p. 50-51, 64; PAJNO S., *Considerazioni*, op. cit., p. 474.

órgano legislativo⁴⁵. Así, la democracia se funda en un engaño pues tal representación no justifica ni legitima al órgano legislativo, atendiendo la soberanía y su titularidad en el pueblo⁴⁶.

Entre tales críticas pueden enumerarse las siguientes. Se afirma, por una parte, que entre la decisión tomada por el órgano legislativo y la decisión real de los electores existen diferencias radicales que negarían cualquier vínculo real de representatividad. Además, frente a la analogía que se realiza idealmente entre la representatividad democrática (como elemento de justicia) y el bienestar de los ciudadanos representados, se ha llegado a afirmar que se trata de una ilusión iluminista ya desvirtuada⁴⁷, “ficción” desmontada incluso por la historia.

Sin embargo, también han existido intentos por mantener -a pesar de las críticas mencionadas- el valor y la importancia de la democracia representativa. Así, se ha revalorado el concepto de representatividad, vinculándolo con el concepto de partidos políticos. De esta manera, a pesar de que la ley penal no es expresión de una democracia directa, al ser un producto de deliberaciones colectivas que involucran al órgano legislativo -como cuerpo colegiado conformado por la totalidad de las personas elegidas democráticamente- sí resulta ser una consecuencia esperada de la democracia representativa⁴⁸. De lo contrario, el legislador debería contar con instrucciones o poderes particulares para tomar, en cada caso, una decisión frente a cada proyecto de ley discutido⁴⁹.

Debe reconocerse en la discusión un punto esencial: las elecciones democráticas (de cuyos resultados finales surge la representación del pueblo en el órgano legislativo) son el instrumento constitucional y políticamente aprobado para que el pueblo (como poder soberano) pueda expresar su voluntad, entre muchos otros; considerar que dicha representatividad no se compagina con conceptos etéreos e indemostrables como la “opinión pública” o la “sociedad civil” son “*tentativas, constitucionalmente ‘subversivas’ de la minoría política de derrotar la voluntad de la mayoría democráticamente elegida*”⁵⁰. La constitución política establece el sistema democrático y establece, además, los mecanismos institucionales para ejercerlo; mal podría decirse que sistemas no controlables, maleables e indeterminados pueden afectar la legitimidad de un sistema institucional, controlable y constitucionalmente vigente.

El debate parlamentario entre partidos políticos, a través de una discusión pública, materializa el principio de respuesta no contingente que debe regir el derecho penal, como principio de limitación funcional dentro del poder punitivo del Estado⁵¹. El principio de legalidad penal -como resultado

⁴⁵ Kelsen H., *Esencia*, op. cit., p. 52-53.

⁴⁶ Realizando esta crítica histórica (sin compartirla), véase, *Ibidem*, p. 56-60.

⁴⁷ TRAPANI M., voce *Legge penale*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XVIII, 1990, p. 3. En el mismo sentido, PALAZZO F., *La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris*, in *Revista de Derecho Penal*, N° 25, 2010, p. 105.

⁴⁸ Vid. BOBBIO N., *Democracia representativa y democracia directa*, in BOBBIO N., *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 34. En el mismo sentido, GROSSO C. F., *Il fascino discreto*, op. cit., p. 125.

⁴⁹ Mostrando la incongruencia de tal situación, véase, MONTESQUIEU, *El espíritu*, op. cit., p. 231.

⁵⁰ En este sentido, TRAPANI M., *Cesare Beccaria y la interpretación de la ley penal. La creación judicial de la norma penal y su control político*, in AA. VV., *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, a cura di F. VELÁSQUEZ; R. VARGAS; J. D. JARAMILLO, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p. 176.

⁵¹ BARATTA A., *Principios de derecho penal mínimo*, in BARATTA A., *Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam*, Montevideo, Editorial B de F, 2004, p. 308.

democrático del debate parlamentario- constituye un límite funcional del poder punitivo en un Estado constitucional de derecho. La ley penal, como producto de una deliberación colectiva del órgano legislador, es una decisión tomada por la mayoría de los miembros que fueron elegidos - precisamente- para tomar tales decisiones. Cada parlamentario se encuentra legitimado para votar atendiendo su posición política particular (por la cual fue elegido), así como el propio interés general⁵², frente a lo cual no puede realizarse reproche alguno. De esta manera, “*il nucleo essenziale della democrazia dunque non è che a decidere sia il popolo, ma che il popolo decida chi debba decidere*”⁵³.

Por ello, frente a las críticas entre la ficción de la representatividad y la diferencia entre la elección del órgano legislativo y la “real” voluntad del pueblo como soberano, se perfilan dos elementos que sin lugar a dudas logran, si no acabar, por lo menos mitigar las críticas existentes en este punto. El primer elemento consiste en comprender la representatividad, como ficción no en términos de ciudadano-parlamentario, como persona finalmente escogida para hacer parte del órgano legislador; por el contrario, la representatividad debe darse entre los ciudadanos y los partidos políticos⁵⁴. De esta manera, se logra la representación de todos los grupos políticos⁵⁵; con ello, la mencionada diferencia entre voluntad del representado (ciudadano) y la voluntad del representante se atenúa.

El segundo elemento que mitiga las críticas radica en estructurar la representación de los partidos políticos dentro del órgano legislativo a través de un sistema proporcional, pues “*la influenza de las minorías tendrá mayor fuerza en la medida en que a través de un sistema de representación proporcional, las vigoricé*”⁵⁶. La representación de los partidos políticos de manera proporcional, al interior del órgano legislativo, logra un objetivo esencial: la diferencia de opinión genera -en la mayoría de los casos- que ningún partido cuente con una mayoría absoluta al interior del parlamento, con lo cual se genera la necesidad de realizar coaliciones entre diferentes partidos, coaliciones que exigen a su vez la necesidad de acordar o colaborar entre las diferentes ideologías políticas⁵⁷. El sistema proporcional garantiza, además, que la diferencia ideológica de la sociedad cuente con una correspondencia mayor en el órgano representativo del parlamento, con lo cual las elecciones de política criminal allí asumidas atenderían dicha diferencia⁵⁸.

Es por ello que el punto central de la democracia representativa, en un intento directo por mitigar las críticas aducidas a ésta, es la existencia y valor de los partidos políticos al interior de un Estado democrático⁵⁹. Un partido político es, entonces, el instrumento por medio del cual los diferentes ciudadanos hacen parte del proceso de deliberación y, por lo tanto, de la discusión parlamentaria⁶⁰.

⁵² Vid. BOBBIO N., *Democracia representativa*, op. cit., p. 37.

⁵³ PAJNO S., *Considerazioni*, op. cit., p. 487.

⁵⁴ En contra, precisamente, de esta posición, GROSSO C. F., *Il fascino discreto*, op. cit., p. 127. Este autor afirma que la elección a través de partidos políticos es un reflejo menos fiel del cuerpo social y sus diferentes opiniones; mientras la representatividad formal se mantiene, la representatividad sustancial no lo hace, distorsionándose a través de la unión de diferentes ideas incompatibles a través de los partidos políticos.

⁵⁵ KELSEN H., *Esencia*, op. cit., p. 90.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 90.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 91.

⁵⁸ DE VERO G., *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, Vol. I, II ed., 2012, p. 231-232.

⁵⁹ Cfr. PAJNO S., *Considerazioni*, op. cit., p. 478.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 478.

A través de una democracia vinculada con la existencia de partidos políticos, la representatividad esperada del órgano legislativo pasa de cada parlamentario elegido democráticamente al partido político al cual se encuentra inscrito, representando así un conjunto de posiciones jurídicas, de interés y de identidad de pensamiento en los que puede existir mayor afinidad con el ciudadano votante. De esta manera, el partido político se convierte en el punto de encuentro entre el parlamento (como órgano representativo) y el pueblo, permitiendo así una mayor participación democrática de los ciudadanos⁶¹.

A través de esta precisión realizada por KELSEN, el vínculo entre el principio democrático y el principio de legalidad penal no se encuentra en la voluntad general (como ficción abstracta que representa al pueblo, como soberano) y su representación en el órgano parlamentario; por el contrario, tal cuerpo legislativo refleja o representa las diferentes fracciones, ideales o pensamientos de la sociedad a través de los diferentes partidos políticos que discuten en ella⁶². Así, de una ficción abstracta de *voluntad general*, como concepto uniformador, se pasa a una realidad fraccionada (pero real) conformada por los partidos políticos, “*gli unici soggetti in grado di rendere il popolo capace di agire*”⁶³.

Sin embargo, uno de los puntos más discutidos del significado democrático del principio de legalidad penal es, precisamente, el sistema de partidos políticos en la actualidad⁶⁴. Para PALAZZO, por ejemplo, los partidos políticos son elementos *autoreferenziali* excesivos que reducen el rol participativo de las minorías, rígidamente divididos en ideologías que generan inevitablemente coaliciones⁶⁵. Sin embargo, si la democracia representativa no se concreta a través de partidos políticos (en sustitución de una representatividad individual que difícilmente logra ser coherente), entonces ¿de qué otra manera puede la democracia conformar la representatividad que le es exigida?

3.2.1. ¿Y la crisis del principio de legalidad penal?

A pesar de todo lo anterior, es claro que la llamada *crisis de la legalidad* afecta, especialmente, al principio de reserva de ley a través del significado democrático del principio de legalidad penal⁶⁶. Así, se ha llegado a calificar como un *mito* la democracia parlamentaria-representativa gracias a la confrontación (aparentemente ya fallida) frente a la sociedad globalizada y *massmediatica*⁶⁷:

“Su questo punto ci sarebbe molto da riflettere e da dire: con una sintesi espressiva, si potrebbe dire che stiamo assistendo a un movimento evolutivo che va dalla democrazia verso i diritti fondamentali. Un movimento, questo, che trae alimento dal crescente e tormentato disincanto nei confronti del “mito” della democrazia parlamentare-

⁶¹ Vid. DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli Editore, II ed., 2011, p. 77.

⁶² PAJNO S., *Considerazioni*, op. cit., p. 479.

⁶³ *Ibidem*, p. 479.

⁶⁴ GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p. 24. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 1999, p. 231.

⁶⁵ PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 231.

⁶⁶ Esta afirmación de DI GIOVINE respecto de la crisis de la democracia, del legislador y de la necesidad de acudir a la jurisprudencia como nuevo parámetro normativo resume bastante bien la discusión: “*Nell’inermità del legislatore, incapace di apprestare risposte legislative tout court ovvero di apprestarne di appaganti (tali cioè da rispecchiare un vasto e razionalmente motivabile consenso sociale), il compito di risolvere i conflitti è naturalmente ricaduto sulla magistratura: l’unica, innanzitutto, obbligata a rendere giustizia; l’unica, in secondo luogo, nelle condizioni di farlo, in virtù della peculiare posizione in cui si trova (...)*”. Cfr. DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, N° 1, 2013, p. 180.

⁶⁷ PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 4.

rappresentativa, messa a dura prova dalla società globalizzata e massmediatica. Così che si ricerca la salvaguardia della persona direttamente nell'affermazione dei diritti, saltando la mediazione costituita dalla (ormai inadeguata) mediazione della legge democratica"⁶⁸.

Los problemas teóricos de aceptar una real representatividad parlamentaria frente a la voluntad general de los ciudadanos, la tiranía de la mayoría absoluta en las discusiones parlamentarias frente a una minoría inoperante, la incapacidad de los partidos políticos para discutir en dicha sede, la existencia de otros lugares de discusión pública por fuera del órgano legislativo y el actual fenómeno mediático de los medios de comunicación son algunos de los factores mencionados para describir la actual crisis de la democracia (y, correlativamente, del principio de legalidad penal)⁶⁹. A partir de esta crisis, se desconoce el valor de la ley penal dentro de los actuales ordenamientos jurídicos: "*non c'è più nulla da trasmettere, se la democrazia si è corrotta, allora anche la legalità entra in crisi*"⁷⁰.

Sin embargo, y pese a las críticas dirigidas al principio de legalidad penal y a su inherente valor democrático, deben tenerse en cuenta cinco puntos esenciales que, lejos de respaldar la pretendida *crisis del principio de legalidad penal*, logra reestablecer en él un nuevo valor casi indiscutible. Son cinco puntos con los cuales se intenta dar respuesta a la presunta crisis que atraviesa la democracia hoy por hoy y, con ella, la legalidad penal:

Lejos de lo hasta ahora afirmado, la democracia (frente al principio de legalidad penal) no puede reducirse a ser una democracia de simples mayorías. Por ello, en *el primer punto* se debe recalcar que la legalidad penal puede representar un resultado democrático desde dos perspectivas diferentes. Ésta puede encarnar, por una parte, el resultado democrático (l'*autoritas* de la que habla PALAZZO⁷¹) de una posición política que represente la voluntad de la mayoría de los ciudadanos. De esta manera, a través de un concepto *radical* de democracia⁷², la legalidad penal puede verse como el producto de una decisión tomada por quien representa la mayoría electoral en un Estado.

Sin embargo, lejos de lo anterior, el principio de legalidad penal no reconoce un valor democrático radical. Si el principio de legalidad penal busca limitar la libertad de interpretación que tiene el juez, tal limitación hermenéutica puede generar conflictos y antagonismos sociales cuando la selección de los comportamientos prohibidos por medio de la ley penal se da, exclusivamente, como resultado de una mayoría electoral, desconociendo así el carácter multifacético de la sociedad en la actualidad⁷³. La mayoría democrática, aunque necesaria, no es suficiente para legitimar la compleja decisión de prohibir determinados comportamientos:

"in società in cui la molteplicità degli interessi socialmente rilevanti e il pluralismo dei valori circolanti siano l'espressione di una sana e matura vitalità sociale tenuta in

⁶⁸ *Ibidem*, p. 4.

⁶⁹ PALAZZO F., *Legalità penale*, op. cit., p. 1291-1293.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 1291.

⁷¹ Vid. PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini; C. E. Paliero, Milano, Giuffrè Editore, 2006, Vol. I, p. 535-538.

⁷² Con este calificativo, *Ibidem*, p. 535-536.

⁷³ *Ibidem*, p. 536.

equilibrio da una generale metodo di consensualità, il compito del diritto si fa davvero complesso”⁷⁴.

Por ello, reducir el valor democrático del principio de legalidad a una tiranía o dictadura de la mayoría es, simplemente, un error. Este principio también constituye un límite a las actividades del órgano ejecutivo, aun cuando el Presidente (ya sea en un régimen presidencialista o parlamentario) ostenta dicha calidad como consecuencia de una decisión democrática mayoritaria⁷⁵.

El principio de legalidad penal limita, también, al poder ejecutivo aun cuando éste representa a la mayoría de ciudadanos que lo eligió democráticamente. Así pues, la esencia democrática ínsita en el principio de legalidad penal no surge de la simple valoración de una mayoría electoral, sino que consiste en la discusión pública entre dicha mayoría y otras aquellas minorías democráticas también representadas en un cuerpo colegiado⁷⁶; la discusión pública de las propuestas y la participación de todos los sectores políticos, incluidos los representantes de la mayoría y de las minorías elegidas democráticamente dentro del órgano legislativo, constituyen la esencia real del significado democrático del principio de legalidad penal. De esta manera, tal como lo señala PAJNO, los actos de gobierno no son decisiones democráticas⁷⁷.

Esta exigencia democrática adicional se demuestra por el texto constitucional de Italia y Colombia. Por su parte, en Colombia el Presidente de la República es elegido democráticamente, de manera directa, de acuerdo con el art. 190 del texto constitucional. Si el significado democrático del principio de legalidad penal fuese, simplemente, el respeto por la mayoría democrática, el Presidente podría -en ejercicio de sus funciones constitucionales- emitir leyes penales prohibiendo determinados comportamientos. En Italia, el sistema parlamentario reconocido en su constitución demuestra con mayor contundencia el significado democrático *especial* del principio de legalidad penal. Si en un sistema parlamentario existe una “*consonanza d’indirizzi politici*” entre el parlamento y el gobierno (de acuerdo con el art. 83 de la Constitución política italiana), la legalidad penal adquiere así una connotación especial en cuanto que, en ausencia de oposición en el gobierno, será el parlamento el órgano idóneo para tomar decisiones en materia penal al contemplar tanto una mayoría como una minoría democráticamente elegida, asegurando así la participación de la oposición⁷⁸.

Una crítica reiterada frente a la democracia, en relación con el principio de legalidad penal, se realiza frente a los casos de caudillaje en cabeza del jefe de gobierno (*leaders*)⁷⁹; dichas situaciones generan problemas en la medida en que al ser gobiernos con una mayoría legislativa que pueden rozar la unanimidad, afectan la independencia del parlamento, haciendo que las contribuciones críticas de las minorías sean desconocidas⁸⁰; se habla, de esta manera, de una dictadura de la

⁷⁴ *Ibidem*, p. 537.

⁷⁵ AA. VV., *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. DE VERO, Torino, Giappichelli Editore, 2010, p. 4.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 4.

⁷⁷ PAJNO S., *Considerazioni*, op. cit., p. 508. En el mismo sentido, KELSEN H., *Esencia*, op. cit., p. 103-105.

⁷⁸ BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XL, 1989, p. 1214.

⁷⁹ ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, Vol. VII, Pisa, Edizioni ETS, 2012, p. 318.

⁸⁰ Vid. FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisprudenziale*, in *Criminalia*, Vol. VI, Pisa, Edizioni ETS, 2011, p. 85; PALAZZO F., *Riserva di legge*, op. cit., p.

mayoría negando por ello todo sentido al principio de reserva de ley en un Estado parlamentario como lo es Italia⁸¹. Sin embargo, y a pesar de que el fenómeno dista de ser el ideal, debe recordarse que este tipo de situaciones no afecta, de manera directa, la discusión parlamentaria al interior del órgano legislativo; el caudillo, sí se quiere dicha denominación, debe poner en movimiento a otro órgano estatal para materializar su voluntad a través de la ley, pues la dialéctica entre mayoría y minoría al interior del órgano legislativo constituye una barrera eficaz (en la mayoría de los casos) para mitigar este riesgo inherente a todo régimen democrático⁸². Y, aun cuando en la realidad dicho riesgo no logre ser eliminado, la minoría aun contará con funciones de control político frente a las actividades de la mayoría, con lo cual la situación se mantendría dentro de los cauces constitucionales y democráticos.

También se critica el significado democrático del principio de legalidad penal a través del hecho de que toda reforma penal, en la actualidad, se realiza a través de decretos ley, por lo que al parecer el significado democrático se reduce a una simple mayoría representada en el órgano ejecutivo⁸³. Al contrario de lo que se pretende deducir con esta situación, es clara la contradicción de la propia doctrina cuando, por una parte, reconoce la posibilidad de que un decreto ley pueda ser considerado fuente de derecho penal (se verá, *supra*, cap. IV, 2.6) y cuando, por otra parte, se critique el carácter democrático de dicha decisión; lo criticable en este punto no es la democracia, como se intenta concluir, sino la posibilidad de que un decreto ley pueda ser una fuente legítima de acuerdo con el art. 25, inciso 2º Cos. ital.

Cuando la doctrina reconoce que la *ratio* de garantía ínsita en este artículo se protege a través de decretos ley comete una contradicción evidente que, luego, asume para criticar la esencia del significado democrático del principio de legalidad penal. Frente a esta situación sólo una opción es posible (para ser coherentes con el punto de partida asumido): o la democracia tiene una implicación real en el derecho penal (a través de la *ratio* de garantía del art. 25 *ejusdem*), con lo cual un decreto ley no se encuentra legitimado para ser fuente de derecho penal; o, se parte de un concepto más flexible de democracia, con lo cual el uso de un decreto ley (por las razones aducidas por la doctrina) es perfectamente compatible con la *ratio* constitucional establecida, y por lo tanto -al ser compatible con las garantías del principio- tal significado democrático (más flexible) no puede ser objeto de crítica alguna.

Así las cosas, el significado democrático incluido en el principio de legalidad penal supera el mero formalismo electoral, en el sentido de que no legitima cualquier decisión asumida por quien fue elegido democráticamente; la democracia que surge del principio de legalidad penal trasciende la mayoría electoral (como base de legitimación política) para concretarse en el momento específico

277. FIANDACA, por ejemplo, califica como una crisis di “*perversa accentuazione (...) l’egemonia politica berlusconiana*”, con lo cual -aparte del claro matiz ideológico y político incluida en tal calificación- expresa una preocupación por el fenómeno del caudillismo en el órgano ejecutivo (p. 85). Vid. FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1257.

⁸¹ Cfr. GRANDI C., *Riserva di legge*, op. cit., p. 16-17.

⁸² “Desde luego, el Gobierno, forma jurídicopolítica de caudillaje, puede influir esencialmente en la legislación. Sin embargo, es característico el hecho de que haya de poner en movimiento a otro órgano para procurarse la base de su actuación. Pero el mecanismo el aparato parlamentario, caracterizado por la antítesis de mayoría y minoría, erige, aun para los Gobiernos apoyados en la mayoría, una barrera eficaz, lo que representa una diferencia no despreciable respecto de aquel régimen político en que el mismo gobernante estatuye las leyes que él mismo lleva a la práctica mediante la organización ejecutiva a sus órdenes”. KELSEN H., *Esencia*, op. cit., p. 112.

⁸³ PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 232-233.

de la discusión parlamentaria de quienes fueron elegidos electoralmente, sean representantes de la mayoría o de la minoría.

Ahora bien, si el significado democrático del principio de legalidad penal no se limita a respaldar una mayoría democrática, ¿cuál es entonces el alcance de dicho significado? Como *segundo punto* en la discusión debe afirmarse que la democracia, como significado del principio de legalidad penal, tiene dos componentes diferentes que la caracterizan: la ley penal como resultado de un órgano electoral conformado por una mayoría y una minoría (*dialéctica entre las diferentes posiciones políticas*), y la participación popular en la voluntad del legislador (*discusión pública de las propuestas*)⁸⁴.

La *discusión pública de las propuestas* es un elemento esencial al interior del significado democrático del principio de legalidad penal, pues a través del proceso legislativo se logra materializar un doble control democrático: el primero, a través de la opinión pública; y, el segundo, a través del control político de la oposición⁸⁵. De esta manera, sólo a través de la discusión pública de las propuestas puede materializarse el proceso dialéctico necesario entre la mayoría y la minoría, ambas escogidas democráticamente, al interior del órgano legislativo⁸⁶. A través de la discusión pública se concreta, en la realidad, varios fenómenos; por una parte, se efectúa la función de colaboración (y, subsidiariamente, de control político) de la minoría legislativa, frente a las decisiones de política criminal que tome la mayoría. Por otra parte, la democracia, y la ley penal como producto de ella, se materializan a través de la discusión pública como una salvaguarda institucional efectiva contra cualquier decisión arbitraria que la mayoría desee adoptar⁸⁷; de lo contrario, la efectividad de la ley penal para evitar decisiones arbitrarias se reduciría notoriamente⁸⁸. Y es que solamente a través de la discusión pública se puede lograr, en la realidad, el proceso dialéctico-contradictorio que busca concretarse al interior del órgano legislativo. Sin la discusión pública de los diferentes intereses políticos en juego, la esperada conciliación de ideas entre mayoría y minoría (y, por lo tanto, la esencia democrática al interior de la ley como resultado normativo de dicha discusión) simplemente no existiría.

Además del debate dialéctico al interior del órgano legislativo, a través de una discusión pública pueden materializarse también un efectivo control por parte de la opinión pública⁸⁹. El carácter público de la discusión convierte al órgano legislativo en un “*luogo, cioè, dalle pareti trasparenti, che consentono di osservare dall'esterno, momento per momento, che cosa si sta preparando da parte di chi detiene il potere*”⁹⁰.

Sin lugar a dudas, la *discusión pública de las propuestas* es el medio, el escenario idóneo que permite el siguiente elemento del significado democrático del principio de legalidad penal: *la*

⁸⁴ BARATTA A., *Principios*, op. cit., p. 307.

⁸⁵ PALAZZO F., *Riserva di legge*, op. cit., p. 277.

⁸⁶ FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1251. En el mismo sentido, DOLCINI E., *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: Principi-cardinale dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato?*, in AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, CEDAM, 2005, p. 69.

⁸⁷ Cfr. DOLCINI E., *Il carattere*, op. cit., p. 69.

⁸⁸ Vid. PALAZZO F., *La legalidad*, op. cit., p. 107.

⁸⁹ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 77-78; GRANDI C., *Riserva di legge*, op. cit., p. 18.

⁹⁰ DOLCINI E., *Il carattere*, op. cit., p. 71.

dialéctica entre las diferentes posiciones políticas. Y es que, en relación al debate parlamentario, la doctrina lo ha calificado como un “*proceso dialéctico*”⁹¹, un “*gioco democrático*”⁹² en el que se confronten las diferentes posiciones políticas en discusión⁹³. De acuerdo con un pensamiento liberal-democrático, el principio de legalidad penal permite el desarrollo de un proceso dialéctico y contradictorio entre la mayoría y la minoría en una democracia, proceso que permite una reflexión especial referente a las razones que llevan a calificar un comportamiento humano como delito⁹⁴. A través de la discusión democrática de la mayoría y la minoría, se logra ese proceso dialéctico que busca no sólo convencer al otro sino, aceptando dicha posibilidad, ser convencido⁹⁵.

La ley penal, así entendida, no se limitaría a ser el simple resultado de una decisión mayoritariamente tomada en una democracia; *la consensualità* necesaria para llegar a tal decisión - como ejercicio del poder legislativo- es el método así como el objetivo que la legalidad penal busca garantizar⁹⁶. De esta manera, se evidencia el vínculo que existe entre el principio de legalidad penal con el principio de reserva de ley: la ley penal, como acto de representación del órgano parlamentario, es un acto que vincula tanto a las mayorías como a las minorías que han participado en su discusión, con lo cual se concreta el significado democrático *específico* del principio de legalidad penal⁹⁷.

Es una contradicción, por tanto, entender que este proceso dialéctico que se da al interior de un órgano legislativo implicará -como su objetivo- la consecución de verdades absolutas y elevadas, expresadas éstas en la ley discutida⁹⁸. Considerar que por medio del proceso dialéctico legislativo se lograrán *per se* decisiones más justas y verdaderas es un error; como se verá a continuación, el proceso legislativo busca establecer los medios idóneos para lograr una discusión pública de la cual pueda darse una conciliación o transacción de diferentes posiciones ideológicas⁹⁹. Las leyes *más* justas o ajustadas *más* a la verdad son un resultado esperable (racionalmente)¹⁰⁰ pero no exigido ni necesario en el proceso dialéctico-contradictorio que se da al interior de un órgano legislativo; la discusión aumenta la posibilidad de lograr tales aspiraciones que, de otras formas, no se podrían

⁹¹ CALAMANDREI P., *Non c'è libertà*, op. cit., p. 33; GALLO M., *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, Giappichelli Editore, Vol. I, 1999, p. 48; KELSEN H., *Esencia*, op. cit., p. 85-86; RONCO M., *Il principio di legalità*, in RONCO M., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, Zanichelli Editore, II ed., 2010, p. 5.

⁹² FERRAJOLI L., *Il paradigma della democrazia*, op. cit., p. 49.

⁹³ Vid. FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1253.

⁹⁴ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 48. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Testo*, op. cit., p. 536-537. Frente al mismo proceso dialéctico-contradictorio, en tratándose del régimen democrático en general, véase, KELSEN H., *Esencia*, op. cit., p. 97.

⁹⁵ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 48.

⁹⁶ FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1251; PALAZZO F., *Testo*, op. cit., p. 536.

⁹⁷ Vid. BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge* (*Enc. dir.*), op. cit., p. 1214; CARLASSARE L., voce *Riserva di legge*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 2.

⁹⁸ “*Y si tiene algún sentido profundo el proceso especial, dialéctico-contradictorio del Parlamento, sólo puede consistir en que llegue a resultar una síntesis de la contraposición entre la tesis y la antítesis de los intereses políticos. Esto no significa el logro de una verdad «más elevada» o absoluta, ni la conquista de un valor absoluto también y superior en cuanto tal a los intereses del grupo, como erróneamente se atribuye al parlamentarismo, confundiendo su realidad con su ideología, sino solamente el logro de una transacción*”. Cfr. KELSEN H., *Esencia*, op. cit., p. 86.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 86.

¹⁰⁰ Confróntese, FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1251.

lograr, pero allí termina este aporte¹⁰¹. Por ello, es lógico pensar que aún con una discusión parlamentaria profunda no se garantiza que la ley penal sea racional, eficaz y equilibrada¹⁰².

En ese juego dialéctico, es claro que tanto la mayoría como la minoría democráticamente elegidas, al interior del órgano legislativo, tendrá una función particular que deberá cumplir. La mayoría democrática, por supuesto, es el principio funcional de la ley penal como decisión democrática. La mayoría, en un órgano legislativo, es quien toma las decisiones y, por lo tanto, quien emite las leyes. Sin este principio (de carácter funcional), simplemente las decisiones democráticas no podrían realizarse. Es indiscutible que una ley, aprobada por la mayoría, vincula a todos los ciudadanos de un Estado, incluso a aquellos pertenecientes a la oposición¹⁰³. Sin este principio sería imposible cualquier régimen democrático, pues de otra manera se requeriría siempre la unanimidad en la aprobación de una ley, escenario utópico irrealizable.

Sin embargo, tal como lo precisa KELSEN, la existencia de la mayoría presupone, necesariamente, la existencia correlativa de una minoría¹⁰⁴; en esa medida, el derecho de la mayoría (como, por ejemplo, su protección) implica también el derecho de proteger a la minoría en un órgano legislativo¹⁰⁵.

Si bien la mayoría es quien decide, no lo hace de cualquier manera. El principio de mayoría no consiste en un triunfo de la posición que ostente un mayor número de votos (aunque, en la realidad pueda parecer así). A través del principio de la mayoría la sociedad se divide, frente a cada discusión parlamentaria, en dos grupos antagonistas que lucha por su propia posición y su propia victoria¹⁰⁶. De esta manera (para KELSEN), a través del órgano parlamentario se reducen posiciones o tendencias de opinión diferentes, consolidando así dos grupos diferenciados que pueden llegar a la esencia de la discusión parlamentaria: la transacción y conciliación de ideas¹⁰⁷. Para este autor “*todo procedimiento parlamentario con su técnica, con sus controversias dialécticas, discursos y réplicas, argumentos y refutaciones, tiende a la consecución de transacciones*”¹⁰⁸.

La búsqueda de la conciliación de ideas contrapuestas (a través de la discusión pública) y la búsqueda de un equilibrio es el verdadero sentido del principio de mayoría¹⁰⁹, con lo cual se entiende por qué el órgano ejecutivo (aun siendo su líder elegido democráticamente) no puede tomar decisiones democráticas. La colaboración mayoría-minoría no puede significar la existencia de un derecho de impedimento de la minoría para evitar la aprobación de leyes: si ello fuera así, quien realmente predominaría sería la minoría, desconociendo la decisión legítima de la mayoría parlamentaria¹¹⁰.

¹⁰¹ Con este punto de partida, CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Vol. I, III ed., 2004, p. 190.

¹⁰² Cfr. FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1259.

¹⁰³ TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 172.

¹⁰⁴ Cfr. KELSEN H., *Esencia*, op. cit., p.81.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 81.

¹⁰⁶ *Ibidem* p. 84.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 84-85.

¹⁰⁸ *Ibidem*, 1934, p. 85.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 86-97. En el mismo sentido, FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1253.

¹¹⁰ En este sentido, TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 173.

Ahora bien, si la mayoría democrática actúa como principio funcional, la minoría lo puede hacer de dos maneras; la primera de ellas, como principio de colaboración (principio esencial y principal). El debate dialéctico entre la mayoría y la minoría exige que las decisiones democráticas no se tomen por la fuerza; lejos de decidir en atención a su carácter mayoritario, el principio funcional de la mayoría busca la transacción y conciliación entre diferentes ideas. Para que pueda darse una discusión, es necesaria la existencia de otro grupo de personas que piense diferente, con lo cual la discusión parlamentaria genera *per se* garantías a los diferentes grupos minoritarios, para que éstos puedan manifestarse y hacer públicas sus ideas¹¹¹.

El carácter mayoritario del órgano legislativo genera que la minoría no tenga la función (ni puede tenerla, atendiendo su propia naturaleza de oposición) de constituir una alternativa de gobierno. Sin embargo, la minoría sí puede -y debe- realizar una función de colaboración pues debe auxiliar de manera efectiva a la mayoría en la deliberación pública, todo ello con el propósito de que las decisiones asumidas por el órgano legislativo tengan una mayor correspondencia con el contenido real de la voluntad popular¹¹²; no, de otra manera, se logra asegurar una ponderación (esperada en un Estado constitucional de derecho) respecto de la real necesidad de prohibir determinado comportamiento humano¹¹³. Las funciones de la oposición (como minoría) no pueden limitarse a realizar un control crítico de lo propuesto por la mayoría, debe ofrecer soluciones alternativas que permitan una discusión y, eventualmente, una conciliación de ideas y una codecisión entre diferentes partidos políticos¹¹⁴. PAJNO, con claridad, explica esta función de apoyo de la minoría:

“l’assemblea dovrà cercare di superare il principio maggioritario nel suo significato funzionale, poiché solo in tal modo si otterranno decisioni veramente democratiche. Se l’indice della «democraticità» di una decisione collettiva è la corrispondenza del suo contenuto alla volontà popolare, è evidente che la democraticità sarà tanto maggiore quanto minore è il dissenso rispetto alla decisione stessa. Al principio di maggioranza non si potrà rinunciare -se non altro per ragioni funzionali, poiché evita lo stallo decisionale- ma saranno predisposti gli strumenti necessari perché esso sia in concreto superato, mediante la ricerca del compromesso, della consociazione del vote trading, che avviene mediante il collegamento di decisioni”¹¹⁵.

Pese al ideal que plantea el debate dialéctico y el rol de colaboración que debe cumplir la minoría, es indiscutible que frente a una mayoría consolidada, la oposición pudiera no encontrarse en grado de tutelar eficazmente al ciudadano, pues su decisión (en atención a su rol de colaboración) en nada afectaría la decisión finalmente asumida¹¹⁶; de esta manera, el poder de la minoría sería nulo, insuficiente o inadecuado para producir reales efectos¹¹⁷. Sin embargo, a pesar de que el control ejercido por la minoría en la discusión pública de la ley penal puede no ser efectivo, tampoco puede desconocerse que el escenario parlamentario es, *per se*, un control institucional reconocido por la

¹¹¹ Vid. KELSEN H., *Esencia*, op. cit., p. 86.

¹¹² “La decisione adottata in tal modo -e dunque, la decisione adottata nell’ottica del costante «superamento» del principio di maggioranza nei suoi differenti significati- è la decisione democratica”. Cfr. PAJNO S., *Considerazioni*, op. cit., p. 502; FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1253. En contra, PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 232.

¹¹³ FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, Vol. CXXIII, N° 5, Torino, Giappichelli Editore, 2000, p. 137.

¹¹⁴ FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1253.

¹¹⁵ PAJNO S., *Considerazioni*, op. cit., p. 502.

¹¹⁶ TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 4.

¹¹⁷ GRANDI C., *Riserva di legge*, op. cit., p. 18, 26.

constitución política nacional para oponerse precisamente a la decisión mayoritaria del órgano legislativo¹¹⁸, misma constitución que garantiza correlativamente ciertos límites inderogables para proteger, precisamente, a todos los ciudadanos. De hecho, el Estado democrático permite - precisamente a través de sus propias reglas de juego- que quien hoy sea una minoría representativa en el órgano legislativo, mañana sea una mayoría que pueda exigir el respeto de sus propios derechos¹¹⁹.

Ahora bien, si bien el principio de colaboración es la principal función debe cumplir la minoría democrática, ésta también puede asumir un principio de control político (como principio accidental y accesorio), pues si la minoría y la mayoría no pueden conciliar ideas a través del proceso dialéctico que implica el procedimiento legislativo (ya sea por decisión de la mayoría o, incluso, de la minoría), ésta última tiene, además, una función esencial de control político. Algunos autores consideran que la función de la oposición, como minoría, no es la de influir en el proceso de decisión de la mayoría democráticamente elegida en un órgano legislativo; por el contrario, su deber es controlar las decisiones que dicha mayoría asuma, y señalar los diferentes aspectos negativos de las mismas¹²⁰. En esa medida, lejos de la esperada conciliación de ideas y posiciones ideológicas, la minoría tendría como única función la de realizar un control político de las posiciones asumidas por la mayoría, con lo cual la participación de la oposición en el órgano legislativo se estructuraría en un factor de equilibrio contra una eventual tiranía de la mayoría¹²¹.

Ahora bien, si bien es cierto que la minoría puede, y debe realizar tal control político, reducir su función legislativa a dicho punto, exclusivamente, es desalentador e incoherente. Desalentador, pues de esta manera se reconoce la imposibilidad (en un Estado de derecho) de lograr una conciliación de ideas diferentes, con lo cual se evidencian así problemas de índole social, cultural y educativa, más que de naturaleza jurídica; incoherente, pues, si llegase a ser así, el órgano legislativo podría conformarse únicamente por los representantes elegidos por la mayoría, reduciendo el trabajo de la minoría a un control externo adicional (prototipo de una auditoría), con lo cual la democracia se vería reducida ostensiblemente. O quién podría juzgar, igual de democrática, una ley que es discutida (¿realmente, habría discusión alguna?) y aprobada por un órgano legislativo unánime¹²². Una decisión unánime, en un órgano legislativo, anula cualquier valor democrático de la ley penal.

De lo anterior se deduce que el control que debe realizar la minoría al interior de la discusión parlamentaria debe hacerse precisamente al interior de ésta; a través de un principio de publicidad, la minoría tiene la posibilidad de poner en conocimiento de la sociedad el comportamiento y las decisiones asumidas por la mayoría¹²³. Por ello, la función política de control de la minoría frente a las decisiones de la mayoría, debe ser de carácter accidental y accesorio, en la medida en que su principal función de armonía y colaboración con la mayoría no funcione.

¹¹⁸ Vid. BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. XIX, 1973, p. 43.

¹¹⁹ CALAMANDREI P., *Non c'è libertà*, op. cit., p. 32.

¹²⁰ PAJNO S., *Considerazioni*, op. cit., p. 490.

¹²¹ Cfr. DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 77.

¹²² KELSEN afirma lo siguiente, con lo cual el punto parece claro: “*La conciencia de que la ley uno tiene que acatar ha sido formulada por sus elegidos, y que se ha llegado a ella con su asentimiento, o siquiera con su participación, más o menos influente, crea cierta predisposición a la obediencia*”. Vid. KELSEN H., *Esencia*, op. cit., p. 95.

¹²³ Vid. DOLCINIE., *Il carattere*, op. cit., p. 76; DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, N° I, Bologna, il Mulino, 2008, p. 16.

Ya se han analizados los dos primeros puntos que intentan responder las múltiples críticas dirigidas al significado democrático del principio de legalidad penal. Se ha visto cómo el valor democrático de la ley penal no puede limitarse a una democracia radical, como simple resultado de una mayoría legislativa; al contrario, el significado democrático de este principio exigiría una discusión pública del problema político criminal por resolver, a través de un debate dialéctico entre las diferentes posiciones ideológicas, debate que debe realizarse en el órgano legislativo, como órgano constitucionalmente legitimado para tal función. Pero, estos dos primeros puntos -ya de por sí, suficientes- no son los únicos que pueden mencionarse para demostrar el real valor democrático de la ley penal. El *tercer punto* a tener en cuenta parte por reconocer en la ley penal una función de garantía, como una razonable salvaguarda institucional efectiva contra la tiranía (“*reasonably effective institutional safeguard against tyranny*”), atendiendo su valor democrático.

Una de las críticas realizadas en torno al significado democrático del principio de legalidad penal es pensar que la ley penal, por ser una decisión asumida por la mayoría elegida democráticamente, será *per se* buena; por el contrario, se señala la posibilidad de que aún la mayoría tome decisiones arbitrarias, con lo cual el principio de legalidad penal no tendría ningún valor de garantía que pueda deducirse de su naturaleza democrática¹²⁴. Frente a esta hipótesis, que lejos de ser inimaginable puede presentarse de manera reiterada en una sociedad democrática, la solución planteada por POPPER corrige adecuadamente lo que él mismo identificó como una paradoja de soberanía (“*self contradictory theory of sovereignty*”)¹²⁵. El hecho de que una decisión democrática tomada por la mayoría pueda ser tiránica no es, pues, inusual; la mayoría puede, incluso, decidir que un tirano sea quien los gobierne, con lo cual el principio de la mayoría, como poder soberano, tendría una paradoja insalvable (*paradox of freedom* o *paradox of democracy majority-rule*)¹²⁶. Los planteamientos iluministas, bienintencionados por lo demás, se presentan insuficientes para demostrar la necesidad de *democraticità* en la ley penal.

Por ello -y a través de un cambio de perspectiva en clave política¹²⁷- se deben diferenciar dos tipos de gobiernos: los primeros son aquellos en donde sus instituciones públicas aseguran el cambio de soberano sin necesidad de recurrir a una revolución o un derramamiento de sangre, (por ejemplo, a través de elecciones democráticas generales)¹²⁸; los segundos, son aquellos que no cuentan con tales instituciones, razón por la cual en éstos el cambio de soberano se logra sólo a través de revoluciones

¹²⁴ Por ejemplo, para TRAPANI al existir una mayoría consolidada, la oposición no se encontraría en grado de tutelar eficazmente al ciudadano, pues su decisión contraria en nada afectaría la decisión finalmente asumida. Vid. TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 4. En el mismo sentido, FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1258.

¹²⁵ POPPER K. R., *The Open Society and Its Enemies*, Vol. I (*The Spell of Plato*), London, Routledge & Kegan Paul LTD, III ed., 1957, p. 123.

¹²⁶ POPPER explica esta paradoja de la siguiente manera: “*The so-called paradox of freedom is the argument that freedom in the sense of absence of any restraining control must lead to very great restraint, since it makes the bully free to enslave the weak*”. *Ibidem*, p. 265. En el mismo sentido la explica KELSEN, en los siguientes términos: “*Es el paradójico privilegio de la democracia: poder darse a sí misma su sentencia de muerte, con sus propios métodos de elaboración de voluntad política*”. KELSEN H., *Esencia*, op. cit., p. 148.

¹²⁷ POPPER argumenta que la pregunta que debe responder el concepto de soberanía no es, ¿quién debe gobernar? (“*Who should rule?*”), sino, ¿cómo pueden organizarse las instituciones políticas para prevenir que malos o incompetentes soberanos hagan demasiado daño? (“*How can we so organize political institutions that bad or incompetent rulers can be prevented from doing too much damage?*”). Cfr. POPPER K. R., *The Open*, op. cit., p. 121.

¹²⁸ “*the social institutions provide means by which the rulers may be dismissed by the ruled, and the social traditions ensure that these institutions will not easily be destroyed by those who are in power*”. *Ibidem*, p. 124.

(muchas veces, violentas). Los primeros tipos de gobiernos son, pues, democráticos; mientras que los segundos son tiranías o dictaduras¹²⁹.

En esa medida, se estructura una “*theory of democratic control*” por medio de la cual lo esencial en un régimen democrático es la existencia de métodos que impidan -o, por lo menos, luchen- contra cualquier acto arbitrario: “*does not proceed, as it were, from a doctrine of the intrinsic goodness or righteousness of majority rules, but rather from the baseness of tyranny; or more precisely, it rests upon the decision or upon the adoption of the proposal, to avoid and to resist tyranny*”¹³⁰. De esta manera, una democracia debe contar con métodos institucionales, razonables y efectivos de control (verdaderas salvaguardas) contra decisiones arbitrarias que provengan, incluso, de la mayoría democráticamente elegida (“*reasonably effective institutional safeguards against tyranny*”)¹³¹.

Junto con otros mecanismos o instituciones públicas, la ley penal -como resultado de una discusión pública entre la mayoría y la minoría al interior del órgano legislativo- se estructura en una salvaguarda institucional contra actos o decisiones arbitrarias. ¿La ley penal no garantiza decisiones político criminales correctas? Pues, la inexistencia de la ley penal como única fuente del derecho penal de seguro tampoco las garantizaría, pero -por lo menos-, constituye una salvaguarda institucional para evitar el arbitrio que una decisión político criminal sin control político o democrático sí puede generar.

Al entender la democracia como un mecanismo de protección contra decisiones arbitrarias, se concreta el *cuarto punto* dirigido a controvertir la aparente crisis del principio de legalidad penal; y este punto se refiere a un fenómeno que se ha optado por denominar *inevitabilidad democrática*. A pesar de las críticas constantes al significado democrático del principio de legalidad penal algo parece claro: el valor democrático asignado a la asamblea legislativa, que refleja y representa -aun imperfectamente- la composición del cuerpo electoral, no puede prescindirse¹³². Renunciar al órgano legislativo conllevaría a la renuncia explícita de la democracia funcional y, con ella, al Estado constitucional de derecho.

De esta manera, la ley expedida por una instancia legislativa es resultado de dicho valor democrático irrenunciable; por ello, la ley (incluida aquellas penales) representa también el valor democrático irrenunciable en un Estado constitucional de derecho: “*il principio di legalità, in questo quadro, è un elemento irrinunciabile al fine di garantire la democraticità del sistema. Esiste una sola fonte che sia reale espressione della volontà democratica, ed è la legge formatasi all’interno delle assemblee rappresentative*”¹³³. Sin lugar a dudas, y atendiendo el contexto político en la actualidad, tanto la democracia como su producto (la ley) son valores irrenunciables en un Estado constitucional de derecho; siendo irrenunciables, la discusión debe dirigirse, por lo menos frente al principio de legalidad penal, a la propuesta de mejores opciones o mecanismos que la ley para garantizar lo que ella, hoy día, ofrece.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 124.

¹³⁰ POPPER K. R., *The Open*, op. cit., p. 125.

¹³¹ *Ibidem*, p. 125.

¹³² Vid. PAJNO S., *Considerazioni*, op. cit., p. 507.

¹³³ *Ibidem*, p. 507.

Finalmente, el *quinto punto* que permite refutar las diferentes críticas al valor democrático de la ley penal se encuentra en el vínculo de este significado con el significado de legitimación. Debido a las limitaciones de algunos derechos fundamentales que impone el derecho penal, es necesario que la potestad penal se fundamente en un consenso estrictamente democrático que vincule -de esa manera- a los ciudadanos con el Estado, quien detenta la potestad penal¹³⁴. La decisión política (“*intrinseca politicità*”) respecto de cuáles comportamientos deben prohibirse es de tal trascendencia que, además de política, debe ser democrática¹³⁵.

Atendiendo estos cinco puntos, puede afirmarse -justificadamente- que el “verdadero” significado democrático del principio de legalidad penal implica la discusión irrenunciable (en un Estado constitucional de derecho), pública y permanente de las decisiones político criminales que se deseen implementar, entre la mayoría funcional y la minoría (ésta última, con funciones de colaboración, principalmente, y control, subsidiariamente) que legitima el poder punitivo del Estado, configurándose, así, en un mecanismo institucional de salvaguarda contra cualquier decisión arbitraria.

El *punto cuarto* que se ha explicado es claro: la *democraticità* de la ley penal es, atendiendo el contexto jurídico y político de un Estado constitucional de derecho, irrenunciable; cualquier crítica para eliminar o, cuanto menos, limitar el valor democrático de la ley penal conlleva a una crítica -en el mismo sentido- a la democracia representativa que, en el contexto constitucional italiano y Colombia- se vincula al órgano legislativo por excelencia (y, en materia penal, de manera exclusiva). Es fácil criticar ciertos aspectos lógicos, jurídicos e incluso empíricos de la actual realidad legislativa, tanto en Italia como en Colombia, pues lejos de ser escenarios hipotéticos o, cuanto menos reducidos, la crisis en la calidad del órgano legislativo, de las leyes y de la discusión parlamentaria parece haber llegado a la inmensa mayoría de Estados democráticos.

Sin embargo, también es cierto que es más fácil criticar la libertad una vez conseguida, que antes de tenerla; a pesar de las inherentes dificultades que un régimen democrático puede tener, cualquier otra opción política implica *per se* otras tantas de mayor peso, con lo cual la inevitabilidad de la democracia parece ser, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, indiscutible hoy día. Es prudente recordar, en este punto, las palabras de KELSEN, donde deja clara esta situación:

*“La lucha por el parlamentarismo era la lucha por la libertad política. Este hecho se olvida hoy, con frecuencia, dirigiendo críticas, muchas veces injustas, contra el parlamentarismo. Una vez conquistada la libertad -que se ha llegado a considerar como natural-, no apreciándola, por lo tanto, debidamente y que, sin embargo, tiene su garantía en el parlamentarismo, se cree poder renunciar a ella como valor político”*¹³⁶.

Sin embargo, a pesar de considerar el valor democrático como un valor irrenunciable, no significa que éste no pueda ser modificado o precisado, específicamente frente a la ley penal como única fuente normativa del derecho penal. Dichas modificaciones o precisiones serán más o menos necesarias atendiendo la magnitud de las críticas realizadas. En este punto, la doctrina habla de una

¹³⁴ LOMBARDI G., voce *Legalità e legittimità*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. IX, 1968, p. 578; PAJNO S., *Considerazioni*, op. cit., p. 505-506; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 27.

¹³⁵ PALAZZO F., *Testo*, op. cit., p. 519.

¹³⁶ Vid. KELSEN H., *Esencia*, op. cit., p. 50-51.

crisis profunda en el principio de reserva de ley, crisis grave que afecta la representación política del órgano legislativo y su legitimidad como institución¹³⁷.

A efectos de organización, estas críticas pueden clasificarse en dos grupos. Un primer grupo, exógeno o material, confluyen todos aquellos reproches que atienen a la *realidad* del sistema democrático en la actualidad, es decir, a factores sociales, culturales, educativos, etc., que escapan de la órbita jurídica o constitucional; por otra parte, un segundo grupo, endógeno o formal, donde se ubican aquellas críticas jurídicas a la *ratio* democrática del principio¹³⁸.

Frente al primer grupo, la doctrina ha señalado, entre otras, la ineptitud del parlamento como órgano o lugar donde se realiza el ejercicio de la discusión democrática; la pérdida de la capacidad innovadora del órgano legislativo; la debilidad estructural de los partidos políticos (derivando en una política populista, casi caudillista); la reducción del nivel cultural de los políticos profesionales y la consecuente pérdida de calidad en la ley; el fenómeno (cada vez más alarmante) de la corrupción política; la utilización del parlamento para la expedición de leyes *ad personam*¹³⁹; la existencia de poderes invisible de grupos de interés; el fenómeno de *mass media*; etc.¹⁴⁰.

Dentro de este conjunto de críticas exógenas cabe analizar, por separado, algunas. Se ha llegado a afirmar, por ejemplo, que la crisis de los partidos políticos ha generado un fenómeno de mediatización o populismo exacerbado (“*politica pop*”) que modifica el valor de la opinión pública, “*trasformandola da luogo di dibattito e di controllo sul potere in un insieme anonimo di individui facilmente manipolabili dai leaders politici, dagli esperti di comunicazione e dai media*”¹⁴¹. Este tipo de argumentos tienden a ser *per se* superfluos: al criticar al ciudadano y su facultad de debatir o proponer, se realiza una generalización no demostrable empíricamente; tampoco se ofrecen soluciones directas a dicha situación. Sea o no sea de esa manera la realidad¹⁴², nada se gana con utilizar tales juicios categóricos para rechazar la necesidad de un debate público en la discusión de las leyes nacionales, pues ni son demostrables empíricamente ni, aun siendo situaciones verdaderas, lograrían destruir la necesaria instancia democrática en la expedición legislativa.

Frente a esta situación, la solución jurídica planteada por la doctrina, casi unánime, ha sido el “*diritto vivente dei giudici*”, donde se aumenta cada vez más el rol protagónico de la actividad de interpretación “creativa” del juez¹⁴³. Así, se desplaza el rol creativo del derecho penal de la ley - como producto democrático- al juez -como sujeto profesional-. Ya se verá, al momento de analizar

¹³⁷ Vid. ZANON N., *Su alcuni problemi*, op. cit., p. 317. En el mismo sentido: “*la legge non sempre assicura oggi la miglior tutela dei diritti individuali e la più puntuale interpretazione dei bisogni della società*”. Cfr. PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, II ed., 2006, p. 100.

¹³⁸ Se sigue así, indirectamente, la clasificación mantenida por ZANON (*Su alcuni problemi...*, p. 317).

¹³⁹ A través de la expresión *leggi ad personam*, DOLCINI aglutina las reiteradas tentativas del órgano parlamentario para beneficiar a ciertas personas individuales a través de leyes generales y abstractas. Cfr. DOLCINI E., *Il carattere*, op. cit., p. 67. En el mismo sentido, GROSSO G., *La crisi della legalità*, in *Riv. dir. civ.*, VI, N° 1, Padova, CEDAM, 1960, p. 597-598.

¹⁴⁰ Véase, FIANDACA G., *Crisi della riserva*, op. cit., p. 85; GARGANI A., *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, Vol. VI, Pisa, Edizioni ETS, 2011, p. 104; GROSSO C. F., *Il fascino discreto*, op. cit., p. 127; PALAZZO F., *Riserva di legge*, op. cit., p. 277-279; ZANON N., *Su alcuni problemi*, op. cit., p. 318-320.

¹⁴¹ Cfr. FIANDACA G., *Crisi della riserva*, op. cit., p. 89. En el mismo sentido, frente a un control iluso de la opinión pública, GRANDI C., *Riserva di legge*, op. cit., p. 42.

¹⁴² Puede, incluso, reconocerse como real esta descripción de la actual calidad de la discusión democrática.

¹⁴³ FIANDACA G., *Crisi della riserva*, op. cit., p. 85.

el principio de reserva de ley, los diferentes planteamientos que esta posición establece (*supra*, cap. IV, 2.9.2).

Frente al segundo grupo de factores (estos de carácter endógeno), la doctrina señala factores de tipo democrático y de tipo jurídico, en términos generales. Frente al primer grupo de factores, GARGANI afirma -por ejemplo- que el principio democrático y representativo (frente al derecho penal) se encuentra en una “*inarrestabile decadenza politico-istituzionale*”¹⁴⁴. Esa decadencia se produciría por los factores exógenos ya mencionados, generando una desvinculación total entre la titularidad del poder político (representado por el órgano legislativo) y los reales centros de decisión que no se encuentran más en el pueblo, como ficción del poder soberano¹⁴⁵. De esta manera, el órgano legislativo no puede garantizar que aquello que decide por medio de la ley guarde coherencia con la voluntad real del pueblo como elector¹⁴⁶.

En este punto sólo debe hacerse una pregunta: sí el órgano legislativo no puede garantizar una real representatividad de los intereses del pueblo como poder soberano, entonces ¿quién? O mejor aún, ¿acaso esta crítica quiere redireccionar la toma de decisiones político criminales a otra institución del Estado, modificando de la misma manera el poder soberano?

En relación con los factores de tipo jurídico, se establece el actual rechazo a la idea de vincular la noción de “derecho” con el principio de soberanía, ante la existencia de una pluralidad de “ordenamientos jurídicos” coexistentes¹⁴⁷; de esta manera, un ordenamiento jurídico no tendría ya que tener, como presupuesto para su legitimidad, la necesidad de que sea emitido o creado por un poder soberano.

Debe afirmarse que la existencia de la pluralidad actual de ordenamientos jurídicos depende, todos y sin excepción, precisamente de la soberanía de cada Estado. La aceptación de determinados compromisos internacionales, y la eventual “perdida” de la soberanía y poder de un Estado sólo pueden darse como una modalidad de renuncia propia de soberanía; es decir, a pesar de la eventual contradicción, el hecho de que un Estado pierda soberanía frente determinadas organizaciones internacionales (como las Naciones Unidas, la Unión Europea, los tribunales de protección internacional de derechos humanos, etc.) significa que el Estado renunció -voluntariamente- a tales esferas, por lo que la soberanía continua siendo el criterio legitimador no sólo de las actividades internas del Estado, sino también de la comunidad internacional.

Además, ninguna de las aparentes “dificultades” señaladas logra desconocer un aspecto fundamental: en la actualidad, y conforme con nuestro sistema constitucional de garantías, la democracia y la ley penal (como acto normativo resultado del debate legislativo) representan las formas de legitimación, por excelencia, frente a las decisiones de política criminal. Ninguno de los factores *exógenos* ni *endógenos* logra modificar dicha realidad política y jurídica; al día de hoy, discutir la legitimidad democrática del principio de legalidad penal es discutir, ineludiblemente, la propia naturaleza democrática del Estado de derecho, con lo cual se deberá proponer (no sólo

¹⁴⁴ Cfr. GARGANI A., *Verso*, op. cit., p. 102. En el mismo sentido, GRANDI C., *Riserva di legge*, op. cit., p. 24.

¹⁴⁵ GARGANI A., *Verso*, op. cit., p. 106.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 106.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 100.

criticar) una opción constitucional, legal y política adecuada, que supere las dificultades que la democracia presenta al día de hoy. Si se le exige perfección al sistema democrático, se debe proponer como solución un sistema jurídico y político *perfecto* que logre conseguir aquello que la democracia se ve incapacitada de lograr.

3.3. Consecuencias del significado democrático del principio de legalidad penal:

Como se ha visto, el significado democrático del principio de legalidad penal no se limita a un aspecto positivo; incluye, además, un aspecto negativo. Así, de la unión de ambos aspectos puede lograrse un significado democrático sólido que conteste las críticas que la doctrina ha realizado en torno a la suficiente legitimación del órgano legislativo para tomar las diferentes decisiones político criminales en un Estado constitucional de derecho.

La discusión pública y dialéctica entre la mayoría y la minoría parlamentaria constituye el punto de partida esencial para hablar de legalidad penal. A este aspecto se deben sumar otros tantos: primero, la inevitabilidad democrática, por lo menos en nuestro escenario político y constitucional actual; segundo, la posibilidad (real, en muchos Estados; teórica, en otros¹⁴⁸) de que la democracia (y la ley, como su producto normativo) constituye un mecanismo de salvaguarda para proteger la libertad y el propio Estado constitucional de derecho; tercero, y es el punto esencial en la discusión, al ser el principio de legalidad penal un vínculo también constitucional, este principio vincula y obliga tanto al juez como al legislador; al juez, al establecerle un parámetro normativo frente al cual -interpretando la norma- resuelve cada caso concreto; por otra parte, al legislador, al establecer cómo límite del *ius puniendi* que sólo los comportamientos definidos por él mismo mediante una ley pueden ser, en efecto, castigados.

En esa medida, ni el legislador ni por supuesto la Corte Constitucional se encuentran legitimados para desconocer tal principio. Tal como le corresponde al órgano parlamentario desarrollar y proteger la libertad de los ciudadanos mediante la ley penal, le comete a la Corte Constitucional proteger a esos mismos ciudadanos frente a cualquier intento por sobrepasar la Constitución desconociendo el principio de legalidad penal¹⁴⁹. De esta manera se logra, como lo plantea FIANDACA, una democracia constitucional en la que el parlamento y la Corte Constitucional son coprotagonistas del proceso democrático¹⁵⁰; el primero, como representante del pueblo, legitimado para *decidir* en clave político criminal; el segundo, como garante de la Constitución, legitimado para *controlar* la ley penal y su contenido.

Adicionalmente, la legitimación política de la ley penal debe depender de que el órgano legislativo atienda criterios empíricos-científicos verificables al momento de tomar una decisión penal; no todo debe estar librado a la discrecionalidad política¹⁵¹. De esta manera, la racionalidad y calidad de la ley penal puede mejorarse a través de la escucha y participación de voces expertas (doctrina, jueces, etc.) que permitan potenciar la discusión parlamentaria; de otra manera, se materializa una “*chiusura autoreferenziale*”¹⁵² que no contribuye ni a la sociedad ni, por supuesto, al sistema penal.

¹⁴⁸ Pensemos, por ejemplo, en el gravísimo caso de Venezuela y su “actual sistema democrático”.

¹⁴⁹ Con una solución similar, FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1258.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 1267.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 1255.

¹⁵² *Ibidem*, p. 1260.

Atendiendo el significado democrático del principio de legalidad penal puede concluirse que, la ley penal adquiere un doble significado: se trata de un producto democrático y, de la misma manera, un objeto protegido por la misma democracia. Según su sentido positivo, la ley penal es producto de la discusión pública, del debate dialéctico entre mayoría y minoría parlamentaria, al interior del órgano legislativo, razón por la cual legitima las restricciones a la libertad que el derecho penal genera; de igual manera, según su sentido negativo, el principio de legalidad penal es un objeto protegido por la propia democracia pues se trata de un elemento *inderogable* al interior de un Estado constitucional de derecho. Puede decirse, pues, que el contenido de la prohibición penal y la determinación del ámbito de punibilidad se asigna al juego democrático; pero, la posibilidad de hacer tal asignación, no.

Este significado democrático genera, por supuesto, algunas consecuencias directas frente al contenido, los presupuestos y las consecuencias que se derivan del principio de legalidad penal. La primera consecuencia, respecto del principio de reserva de ley, es que fuentes jurídicas diferentes a la ley (aun cuando la constitución las asimile formalmente) no cumplirían este significado democrático. Es claro que los decretos ley y los decretos legislativos no pueden ser fuentes jurídicas en el derecho penal, pues en esta rama del derecho se exigiría un concepto *valorado* de ley que incluya, como ya se ha visto, el debate público y dialéctico entre la mayoría y la minoría elegida democráticamente, elementos que materialmente no cumplen ambos actos normativos expedidos por el órgano ejecutivo.

La discusión pública, entre mayoría y minoría representativa en un órgano legislativo, busca llegar -a través de colaboración y control político- al mejor resultado posible; la aspiración en un régimen democrático es, pues, lograr que las leyes cuenten con el mejor contenido posible, todo ello gracias a la discusión necesaria para llegar a acuerdos entre los diferentes partidos políticos. Sin embargo, se ha llegado a afirmar que el significado democrático del principio de legalidad penal puede ofrecer, en el mejor de los casos, una garantía sólo procedimental (una mera posibilidad de control democrático), siendo imposible garantizar la *intrínseca* bondad de las leyes promulgadas¹⁵³.

Bajo este punto de vista, la discusión parlamentaria puede ofrecer exclusivamente una garantía procedimental pero no de contenido, función última que tiene -por el contrario- la Corte Constitucional¹⁵⁴. Se trata, sin lugar a dudas, de una afirmación *a priori* injustificada pues, ¿por qué la Corte Constitucional puede brindar una garantía en el contenido de las leyes penales que, por el contrario, no puede garantizar el legislador? El legislador, como cualquier poder del Estado, se encuentra sometido también a la Constitución política, y se encuentra en la misma posibilidad de realizar un control de contenido frente a las decisiones de política criminal asumidas.

A pesar de este punto de partida, debe reconocerse que la discusión parlamentaria resulta ser la mejor forma para lograr dos objetivos: el primero, y el más importante, es el medio idóneo para lograr una conciliación de ideas entre diferentes opiniones que puedan llegar a existir en una sociedad; es claro que sin discusión no hay garantía de conciliación. El segundo objetivo es,

¹⁵³ PALAZZO F., *Legalità penale*, op. cit., p. 1294, 1322. En el mismo sentido, GRANDI C., *Riserva di legge*, op. cit., p. 17-20.

¹⁵⁴ GRANDI C., *Riserva di legge*, op. cit., p. 19-20.

precisamente, lograr a través de dicha conciliación, y mediante la discusión pública, la promulgación de las *mejores* leyes posibles. Es incuestionable que esto último sucede en raras ocasiones, pero es igualmente innegable que el régimen parlamentario logra establecer las instituciones y el procedimiento idóneo para lograr estos resultados. El *ideal* de un sistema parlamentario es que la discusión pública y el debate genere, como consecuencia, leyes mejores, más claras y más justas. Ese *ideal* no se materializa constantemente en la *realidad*, y por ello cualquier crítica dirigida en este sentido al significado democrático del principio de legalidad debe ofrecer otro sistema institucional que logre, *ideal y realmente*, mejores resultados que el debate democrático. Ni el juez con su interpretación, ni el poder ejecutivo con sus funciones constitucionales, ni las organizaciones internacionales con sus ideales programáticos logran materializar de mejor manera el ideal que ellos mismos aspiran, pues todos ellos se enfrentan a dificultades materiales que imposibilitan tales ambiciones.

Si se crítica la democracia por no materializar sus aspiraciones ideales, lo mismo podemos decir del régimen constitucional actual, de la división de poderes, de la existencia misma del Estado social de derecho, con lo cual llegaríamos a la conclusión de que nada sirve, y que todo debe ser modificado. Ésta es, sin lugar a dudas, la segunda conclusión que puede deducirse del significado democrático del principio de legalidad penal.

Ahora bien, la tercera consecuencia de este significado se encuentra vinculada con el rol de la minoría en el órgano legislativo. Es claro que, a pesar del carácter dialectico-contradictorio de la discusión parlamentaria y de la esperada transacción entre la mayoría y la minoría, entre mayor sea la primera, menos incidencia tendrá la segunda en la discusión y eventual aprobación de la ley penal¹⁵⁵. Si es necesaria la participación de la minoría en la discusión democrática, su participación no sólo debe ser necesaria sino que, además, debe ser fundamental, sin que ello llegue a afectar de manera desproporcional el poder funcional inherente de la mayoría. De esta manera, la participación de la oposición (como minoría democráticamente elegida) debe ser lo suficientemente importante para garantizar la discusión pública que el principio de legalidad penal busca proteger, pero no para evitar (o dificultar en demasía) la toma de una decisión democrática en materia penal. Es necesario, así, un justo medio. Es coherente, como lo afirma parte de la doctrina, introducir en el texto constitucional mayorías cualificadas para aprobar leyes penales que introduzcan *fattispecie* o modifiquen aquellas ya existentes¹⁵⁶. Ésta, sin lugar a dudas es la solución *de lege ferenda* en Italia.

Sin embargo, en Colombia la situación es diferente. Puede pensarse que esta solución también es *de lege ferenda*, pues la Constitución política colombiana no establece una mayoría cualificada para la aprobación de una ley penal, interpretación que ha mantenido la Corte Constitucional colombiana¹⁵⁷. Sin embargo, ello discutible; VELÁSQUEZ, con razón, afirma que atendiendo el art. 150, literal a) de la Cos. col., las leyes penales deben ser aprobadas como *leyes estatutarias*, al regular (o más precisamente, limitar) la libertad como derecho fundamental¹⁵⁸; dichas *leyes estatutarias*, de acuerdo con el art. 153 *ejusdem*, deben ser aprobadas por mayoría absoluta. Vale la

¹⁵⁵ Con ello, se discute la idoneidad del procedimiento legislativo. Cfr. FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1258.

¹⁵⁶ DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 232; FIANDACA G., *Crisi della riserva*, op. cit., p. 86.

¹⁵⁷ Co. Cos. col., C-013/93, 21 de enero de 1993; C-313/94, 7 de julio de 1994; C-055/95, 16 de febrero de 1995; C-646/01, 20 de junio de 2001; C-193/05, 3 de marzo de 2005; C-319/06, 25 de abril de 2006.

¹⁵⁸ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 225-226; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, p. 78, 136-137.

pena agregarle a dicha argumentación las razones acá expuestas para soportar, con mayor contundencia, la necesidad de que la ley penal sea expedida, en Colombia, mediante *ley estatutaria*. Así pues, la solución propuesta es, en realidad, *de lege data*, acorde con la interpretación planteada. Lo que no parece coherente, en todo caso, es establecer con contundencia una exigencia política de la democracia constitucional frente al principio de legalidad penal y limitar tal exigencia a una ley ordinaria¹⁵⁹, habida cuenta de la posibilidad que el texto constitucional colombiano permite mediante el art. 150, literal a).

4. Significado filosófico del principio de legalidad penal:

El principio de legalidad penal también tiene un significado filosófico¹⁶⁰, y tal significado surge de dos presupuestos: por una parte, surge de la naturaleza jurídica de la ley penal como *imperativo lógicamente necesario*, que conforma una verdadera justicia racional (carácter lógico); y, por otra parte, surge también de la necesidad de garantizar un presupuesto de proporcionalidad indispensable entre el delito (como comportamiento prohibido) y la sanción penal (como su consecuencia). Frente a este último presupuesto filosófico del principio de legalidad penal (carácter axiológico), COSSIO - autor argentino y máximo representante de la teoría egológica- reconoce que existe una “*necesidad de hacer inteligibles los fenómenos del derecho*”¹⁶¹. Así, mientras dicha inteligibilidad puede lograrse en las ciencias naturales a través de la causalidad, la naturaleza normativa (y no enunciativa) de la legalidad jurídica impedirían esa situación en el derecho¹⁶²; todo ello es consecuencia de la diferencia óptica entre la conducta del hombre (inteligible por la norma jurídica) y la naturaleza (inteligible por los datos empíricos)¹⁶³.

En esa medida, no es jurídicamente inteligible un delito si no está típicamente incriminado en la ley penal. La legalidad penal se convierte en una condición -además, de naturaleza indispensable- atendiendo una lógica formal; sin la correspondiente *normación* no es posible la inteligibilidad jurídica de un comportamiento prohibido. La legalidad, así entendida, es una condición sustancial indispensable¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Con esta posición, CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal fundamental*, op. cit., p. 152, 160, 192.

¹⁶⁰ Vid. GUALTIERI G., *Il valore della legge e i fattori pratici della legalità*, Padova, CEDAM, 1939, p. 3. Frente al significado filosófico de la legalidad, este autor afirma: “*La stessa legalità, poi, oltre ad essere un formidabile compito di polizia, è un problema filosofico*” (p. 5). JIMÉNEZ DE ASÚA, en su *Tratado*, afirma que el único planteamiento que establece un significado filosófico al principio de legalidad penal es COSSIO a partir de la teoría egológica. Sin embargo, pueden encontrarse planteamientos en este sentido en las obras de BRICOLA, CARRASQUILLA, RONCO, HALL, NUVOLONE, BETTIOL acá citadas.

¹⁶¹ COSSIO C., *La “causa” y la comprensión en el derecho*, Buenos Aires, Juarez Editor, IV ed., 1969, p. 120. A pesar de la presunta contradicción que puede darse frente a una teoría que acepta el valor filosófico del principio de legalidad penal, pero reconoce de igual manera el papel creador del juez en el derecho, es claro que la teoría egológica (y, con ella, COSSIO) establece un significado filosófico bastante sólido al principio de *nullum crimen sine lege*. Las críticas que pueden hacerse al planteamiento expuesto por este autor deben superar la valoración estrictamente ideológica del derecho -como él mismo señala-, para analizar desde la axiología el valor real y lógico del planteamiento. De esta manera, para responder a las críticas realizadas a la teoría egológica y a la presunta contradicción entre ésta y el respeto al principio de legalidad penal, COSSIO argumenta que la valoración ideológica del derecho (y, dentro de éste, del derecho penal) es una posición contraria a la ciencia (p.79-83), y en esa medida, concluir *a priori* que sólo el derecho penal liberal es derecho penal es una valoración estrictamente ideológica, carente de valor científico y crítico (p. 80). COSSIO C., *El principio “nulla poena sine lege” en la axiología egológica*, in *Bol. acad. cien. pol. soc.*, Caracas, T. XII, 1947.

¹⁶² COSSIO C., *La “causa”*, op. cit., p. 120.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 127-128.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 121. En el mismo sentido, FERRAJOLI L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, IV ed., 2004, p. 362.

Es la ley penal la que establece una representación como antecedente y otra representación como consecuente, integrando así hechos y conductas con una sanción jurídica específica, elementos que de otra manera no estarían integrados¹⁶⁵. La legalidad cumple así una función lógico formal¹⁶⁶, pues exterioriza (determina, concreta) la relevancia jurídica de un hecho¹⁶⁷.

Desde esta perspectiva, la condición indispensable de la legalidad penal se soporta en dos fundamentos¹⁶⁸. El primero, como ya se analizó, es la necesaria inteligibilidad jurídica del comportamiento, con lo cual sigue -por lo menos, en el trasfondo filosófico- la posición inicial de FEUERBACH frente a la coacción psicológica y la necesidad de conminación penal. De esta manera, el principio de legalidad penal representa, desde un plano epistemológico, un elemento cognoscitivo respecto del ámbito de punibilidad¹⁶⁹.

El segundo fundamento es de naturaleza racional y ontológica, pues para COSSIO las sanciones penales no tienen ni identidad ni equivalencia -como valoración racional- entre el contenido de la sanción y el contenido del deber transgredido (la conducta prohibida), a diferencia de las sanciones de forzoso cumplimiento y la indemnización como otras especies de consecuencias jurídicas¹⁷⁰. Con ello, el delito y el deber trasgredido son términos incomparables¹⁷¹; JIMÉNEZ DE ASÚA habla, en este punto, de desigualdad jurídica intrínseca¹⁷². La imposición de una pena (que afecta la dignidad humana) exige un principio superior que vincule, por una parte, a quien recibe el castigo así como, por otra parte, a quien lo profiere, principio que, además, limite la medida de la pena que se impone¹⁷³.

La única forma de dotar de racionalidad las sanciones penales es a través de una ley que señale la sanción, pues sin ésta el acto sería lícito¹⁷⁴; la existencia de la ley penal evita que el poder punitivo

¹⁶⁵ COSSIO C., *La "causa"*, op. cit., p. 121.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 124-125.

¹⁶⁷ Pero -y ese es, tal vez, el aporte fundamental de la teoría egológica-, la inteligibilidad que concreta la norma jurídica no es suficiente pues se necesita una comprensión de los hechos mismos (p. 125). Para la inteligibilidad de un delito no es suficiente, entonces, su descripción en una ley penal, pues es necesaria la comprensión de los hechos que (normativamente) conforman ese delito (p. 125). La exigencia lógico-formal que cumple la norma se complementa con la valoración del hecho empírico (que es de naturaleza egológica), es decir, como una introspección a la personalidad de quien lo comete (p. 125-129). El juez o, en términos generales el jurista, interpreta la cadena de hechos materiales que sucedieron para lograr ver la personalidad de quien los comete (p. 129, 135). *Ibidem*.

¹⁶⁸ Estos dos fundamentos también son compartidos por CARRASQUILLA (autor colombiano), quien los aglutina dentro de lo que denomina *fundamento racional* o *fundamento filosófico* del principio de legalidad penal. Cfr. CARRASQUILLA J. F., *Principios y normas rectoras del derecho penal*, Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 1998, p. 143-144; CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal fundamental*, op. cit., p. 189. Sin embargo, es claro que ese fundamento racional (acá entendido como un completo significado filosófico) va más allá de la simple racionalidad interna esperable de la ley penal, pues su naturaleza *imperativa* la dota de mayor contenido, motivo por el cual el significado filosófico del principio de legalidad penal no se limita sólo a estos dos fundamentos (*carácter axiológico*). Lo anterior significa que, si bien el punto de partida de este autor colombiano es esencial, el significado filosófico del principio de legalidad penal no puede limitarse a este primer presupuesto filosófico; es necesario un segundo presupuesto filosófico (*carácter lógico*), tal vez más importante que el primero (CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 143-144).

¹⁶⁹ Cfr. FERRAJOLI L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 851, 869-871.

¹⁷⁰ COSSIO C., *El principio*, op. cit., p. 98-99.

¹⁷¹ COSSIO C., *El principio*, op. cit., p. 99. Afirma que las sanciones penales son "*sanciones profundamente irracionales*", pues "*no hay relación racional entre entuerto y sanción, ni tampoco en las penas entre sí*".

¹⁷² JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado de derecho penal. Filosofía y ley penal*, Buenos Aires, Editorial Losada, IV ed. actualizada, 1964, p. 380.

¹⁷³ RONCO M., *El principio*, op. cit., p. 25.

¹⁷⁴ COSSIO C., *El principio*, op. cit., p. 99.

del Estado se convierta en una violencia desordenada y subversiva¹⁷⁵. De allí surge, pues, el segundo presupuesto filosófico del principio de legalidad penal, en cuanto que de esta manera se concreta la función del principio de legalidad de conformar una verdadera justicia racional, en la medida en que sin ley que prohíba un comportamiento no hay posibilidad de imponer una sanción desde una perspectiva de justicia (carácter lógico).

De esta manera, la existencia de una norma prohibitiva es *conditio sine qua non* indiscutible para la imposición de una sanción penal¹⁷⁶; por ello, se entiende la función de garantía que cumple la *fattispecie*, pues ésta tiene como propósito fijar con extremo rigor la frontera entre lo lícito y lo ilícito (*garantietatsbetand*)¹⁷⁷. El principio de legalidad penal (y su consecuencia directa, la definición normativa del delito a través de la *fattispecie*) soportan la racionalidad interna de todo el derecho penal en un Estado democrático; y, de igual manera, la ley penal se convierte en expresión de una justicia abstracta y necesaria, enlazándose con un concepto de equidad¹⁷⁸.

NUVOLONE reconoce que el principio de legalidad es una *esigenza logica giuridica* atendiendo la naturaleza *norma-comando* de la ley penal¹⁷⁹; este tipo de normas jurídicas imponen una sanción jurídica por la omisión o la comisión de un determinado comportamiento, razón por la cual sin una norma que determine la obligación de actuar u omitir algo no existirá ni el deber de acatar nada (pues no existe nada que acatar) ni la posibilidad de sancionar algo. Este autor explica la esencia lógico jurídica del principio de legalidad penal de la siguiente manera:

*“Il principio di legalità sia connaturale all’essenza logica della norma-comando: il comando presuppone necessariamente la possibilità di obbedire al medesimo; ma si può obbedire solo quando, a priori, il contenuto del comando può essere conosciuto, e quindi ben precisati i confini tra il lecito e l’illecito”*¹⁸⁰.

Comprendiendo la naturaleza imperativa de la norma penal¹⁸¹, es indiscutible que dentro de su esencia lógica se encuentra la potencialidad de ser conocida pues el cumplimiento correcto de un orden depende -con necesidad- de la posibilidad lógica de que tal orden sea conocida con una claridad suficiente¹⁸². De esa manera, el principio *nullum crimen sine lege* busca un sentido de

¹⁷⁵ Vid. BETTIOL G., *El problema*, op. cit., p. 62.

¹⁷⁶ En contra, “*Non vi è alcuna vera ragione per la quale un atto socialmente dannoso non espressamente previsto dalla legge penale non possa essere punito. Che i primi a scuotere tale pregiudizio siano stati i russi è una verità che bisogna riconoscere e dalla quale non bisogna trarre soverchie ragioni di diffidenza. Dal punto di vista giuridico la rivoluzione russa rappresenta la punta estrema di quel movimento di reazione contro il monopolio legislativo, che caratterizza il nostro secolo; seguendo i loro temperamento, i russi hanno esasperato la reazione fino all’assurdo, a ciò non toglie che vi siano dei buoni germi nella loro nascente legislazione*”, CARNELUTTI F., *L’equità nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, Anno XIII, N° I, Vol. XII, Padova, CEDAM, 1935, p. 116.

¹⁷⁷ BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionale* (Vol. I), in BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI; A. MELCHIONDA, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 833.

¹⁷⁸ Vid. BETTIOL G., *El problema*, op. cit., p. 56-57.

¹⁷⁹ NUVOLONE P., *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale*, in *La Scuola Positiva*, Anno LXVI, 1956, p. 239. En el mismo sentido, NUVOLONE P., *Norme penali e principi costituzionali*, in NUVOLONE P., *Trent’anni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1969, p. 683.

¹⁸⁰ NUVOLONE P., *Il principio di legalità*, op. cit., p. 239.

¹⁸¹ Es claro que el significado filosófico acá delimitado del principio de legalidad penal surge de una concepción imperativista de la ley penal. En este sentido, CATENACCI M., *Il principio*, op. cit., p. 10.

¹⁸² BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 814.

justicia que pretende (y logra) ser el verdadero: la legalidad penal es, sin duda alguna, la manifestación concreta de un ideal abstracto y absoluto de justicia¹⁸³.

Por ello, la prohibición penal no puede valorarse en términos de igualdad o identidad entre sus extremos (vale decir, entre el bien jurídico afectado por el delito y la pena a imponer al responsable), razón por la cual dicha desigualdad jurídica intrínseca del sistema debe restringirse, función que cumple el principio de legalidad penal¹⁸⁴. La legalidad penal logra -o, cuanto menos, busca lograr- una verdadera justicia racional en el plano axiológico: “*es verdadera justicia en el plano de la axiología pura*”¹⁸⁵.

Los caracteres lógico y axiológico del principio de legalidad penal son consecuencia de la propia naturaleza prohibitiva de la ley penal, en el sentido de que la prohibición de un comportamiento (como límite a la libertad de los ciudadanos) sólo existe en la medida en que así lo establezca una norma jurídica; la ley penal es, simultáneamente, un imperativo negativo que establece una prohibición penal y una condición sustancial de justicia racional¹⁸⁶. Autores como FERRI y ALIMENA han destacado como, sin ley penal que establezca la prohibición de un determinado comportamiento, tal prohibición simplemente no existiría, demostrando así la necesidad lógica y axiológica de la ley penal como manifestación del comportamiento prohibido.

Sin embargo, el significado filosófico del principio de legalidad penal no se limita a la mera existencia de un *comando giuridico*; se requiere, además, que la existencia del mandato legal sea previa al comportamiento realizado (exigencia de irretroactividad) y que éste sea descrito de manera expresa (determinación suficiente)¹⁸⁷. Sólo a través de la existencia previa de una norma jurídica determinada puede cumplirse con una verdadera justicia racional en el derecho penal.

El vínculo existente entre el significado histórico y el significado filosófico del principio de legalidad penal es evidente: un Estado totalitario no necesita, políticamente, ninguna justificación racional al ejercicio de su poder punitivo, razón por la cual este principio es indiferente; por el contrario, un Estado democrático sí requiere legitimar el ejercicio de todos sus poderes¹⁸⁸, con lo cual el principio de legalidad penal constituye un mecanismo de legitimación política.

5. Significado de legitimación del principio de legalidad penal:

¿Por qué el principio de legalidad penal tendría alguna relación con la legitimación?, ¿qué tipo de relación tienen la legitimidad y la legalidad en materia penal? Los problemas de legitimidad política y moral del derecho penal son, inexorablemente, los problemas de legitimidad del Estado como

¹⁸³ MAGGIORE G., *Derecho penal*, Bogotá, Editorial TEMIS, Vol. I, 1985, p. 141; HALL J., *Nulla Poena Sine Lege*, in *Yale LJ*, Vol. XLVII, Issue 2, 1937, p. 185.

¹⁸⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 380-381. Y es que resulta claro que “*en tanto que es racional la actitud de extender el bien, frente al mal solo es racional la actitud de limitarlo al máximo posible*”, función que desempeña el principio de legalidad penal. Cfr. CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal fundamental*, op. cit., p. 189.

¹⁸⁵ COSSIO C., *El principio*, op. cit., p. 90.

¹⁸⁶ Cfr. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 362-363.

¹⁸⁷ PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 188.

¹⁸⁸ Cfr. BETTIOL G., *El problema*, op. cit., p. 74.

monopolio organizado de la fuerza¹⁸⁹. Ello es así pues se entiende que la coacción es connatural al poder -es un elemento ínsito de éste-¹⁹⁰, y en esa medida es una manifestación más del poder social¹⁹¹. Esa coactividad garantiza la vigencia del poder político a través de la amenaza y la imposición de determinadas consecuencias negativas¹⁹² (penas y medidas de seguridad en materia penal), pero de la misma manera genera ciertas exigencias.

Así, se exige que la coacción (como lo es el poder que la utiliza) sea legítimo en su ejercicio y uso, pues es lógico entender que una coacción legítima sólo puede provenir de un poder igual¹⁹³. De esa manera, la coacción que se ejerce por quien detenta el poder debe ser calificada como legítima, asunto que inmediatamente lleva a analizar la racionalidad de dicha manifestación de poder¹⁹⁴; hablar de legitimidad en una medida coactiva realizada por el poder implica reconocer la racionalidad de aquello exigido¹⁹⁵.

Éstas, por supuesto, son cuestiones que le interesan a la ciencia del derecho penal en general, pero interesan también a efectos de analizar el principio de legalidad penal en la medida en que éste puede contribuir a legitimar el uso del *ius puniendi* en cabeza del Estado¹⁹⁶. El principio de legalidad penal tiene una importancia política fundamental en la medida en que, en un Estado de derecho, el ejercicio del poder punitivo depende del ordenamiento legal, razón por la cual el principio de legalidad penal sería una instancia legitimadora primaria de la potestad penal del Estado, pues en ella se reducen los parámetros y criterios necesarios para formalizar y concretar tal coacción¹⁹⁷.

Una primera precisión que debe realizarse, en este punto, corresponde a la diferencia entre los conceptos de legitimidad y legalidad, pues parte de la doctrina divide tales nociones¹⁹⁸. BOBBIO, por su parte, considera que el asunto de la legitimidad y la legalidad debe diferenciarse; a pesar de ser ambos atributos del poder, estos responden a dos modos diferentes de justificar el poder de quien gobierna¹⁹⁹. Por una parte, la legitimidad se refiere a la titularidad del poder y a su justificación; en tal efecto, verifica si quien ostenta el poder lo hace a través de un justo título (si es, en pocas palabras, un poder legítimo); por otra parte, la legalidad sólo justifica el ejercicio que se hace de

¹⁸⁹ YACOBUCCI G., *La deslegitimación de la potestad penal. La crítica al poder sancionador del Estado*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, p. 65. El problema de legitimidad que se discute acá es de naturaleza política; no se trata, pues, de una discusión referente a una legitimidad jurídica, problema que se reduce a verificar la plena efectividad de un ordenamiento jurídico. Véase, en ese sentido, TRAPANI M., *Consideraciones sobre la legitimación y los límites del derecho penal*, in AA. VV., *Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, a cura di D. ARAQUE, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, p. 755-756.

¹⁹⁰ YACOBUCCI G., *La deslegitimación*, op. cit., p. 34.

¹⁹¹ ZAFFARONI E., *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 1998, p. 20.

¹⁹² Cfr. YACOBUCCI G., *La deslegitimación*, op. cit., p. 36.

¹⁹³ Vid. YACOBUCCI G., *La deslegitimación*, op. cit., p. 36.

¹⁹⁴ LOMBARDI G., voce *Legalità (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 577; ZAFFARONI E., *En busca*, op. cit., p. 20.

¹⁹⁵ YACOBUCCI G., *La deslegitimación*, op. cit., p. 35.

¹⁹⁶ De esta forma se concreta el carácter legitimador que tiene el principio de legalidad penal atendiendo su contenido valorativo. Al respecto, y frente a dicho carácter frente a todo principio jurídico, véase, CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 82.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 83; VON LISZT F., *The Rationale for the Nullum Crimen Principle*, in *Journal Int. Crim. Justice*, Vol. V, Issue 4, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 1009-1013, p. 1012; YACOBUCCI G., *La deslegitimación*, op. cit., p. 56-57.

¹⁹⁸ CARLASSARE L., voce *Principio di legalità*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 1.

¹⁹⁹ BOBBIO N., *Sul principio di legittimità*, in BOBBIO N., *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. GRECO, Torino, Giappichelli Editore, 2012, p. 67-68. En el mismo sentido, BOBBIO N., *Legalità*, in BOBBIO N.; MATTEUCCI N.; PASQUINO G., *Diccionario de política*, Madrid, Siglo veintiuno editores, T. II, XIII ed., 2002, p. 860-861.

dicho poder, con lo cual se exige que el poder se ejerza de una manera justa (dentro del marco de la ley)²⁰⁰. Puede existir un poder legítimo que lo ejerza de manera ilegal, como existir un poder ilegítimo que lo ejercite de manera legal, con lo cual la diferencia entre legalidad y legitimidad estaría justificada.

Sin embargo, en el derecho penal quien ejerce el poder punitivo de manera ilegal se está ilegitimando como titular de tal derecho, por lo que la ilegalidad conlleva la ilegitimidad, y viceversa, como se verá a continuación. La ley penal es una instancia de legitimación desde cinco perspectivas diferentes:

5.1. La legitimación democrática de la ley penal como resultado democrático:

Si la legitimación de un poder exige calificar a quien lo detenta como un poder “legítimo” (justificando así el título o la titularidad del poder, en las palabras de BOBBIO), el principio de legalidad penal legitima el *ius puniendi* del Estado a través de la democracia²⁰¹. En este entendido, al ser la ley penal resultado de la discusión democrática, ella es la instancia que legitima el derecho penal. No se habla acá, por supuesto, de la legitimación del poder punitivo como si se tratara de un poder independiente del Estado (un cuarto poder); se trata de la legitimación del poder punitivo del Estado como poder *connatural* de éste -ejercido tanto por el poder ejecutivo, legislativo y judicial- que tiene como primer límite (y primer presupuesto de legitimación) la ley penal como producto de la discusión democrática. El significado democrático del principio de legalidad penal legitima el *ius puniendi* del Estado.

La legalidad penal se vincula, así, con la democracia de tal manera que la legitimidad del poder punitivo se concreta en la ley como producto democrático; la legalidad, más que una mera exigencia formal, materializa la efectiva previsión de los diferentes intereses afectados con la intervención del *ius puniendi* del Estado²⁰²; entre estos, logra legitimar la limitación de la libertad civil como un derecho fundamental de todo ciudadano²⁰³, logrando así un vínculo funcional entre la ley penal y la tutela efectiva de derechos que se deriva de ella²⁰⁴.

¿Por qué el significado democrático de la ley penal puede ser considerada una instancia de legitimación del poder punitivo del Estado? Son dos razones las que permiten soportar el vínculo existente entre este particular significado del principio de legalidad penal y su inherente valor legitimante. La primera razón se concreta en la idea de que la democracia es el valor específico que logra llenar la brecha que existe entre la aspiración del pueblo de lograr justicia y el contenido específico y real del poder punitivo del Estado²⁰⁵. Por ello, la voluntad popular, así entendida, constituye un criterio de legitimación al vincular la decisión del poder soberano del pueblo con

²⁰⁰ BOBBIO N., *Sul principio*, op. cit., p. 67-68. En el mismo sentido, BOBBIO N., *Legalità*, op. cit., p. 860-861; CARLASSARE L., voce *Principio di legalità* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 1; DOGLIANI M., *Il principio*, op. cit., p. 1; LOMBARDI G., voce *Legalità* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 577; SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, raccolte da E. RINALDI, Torino, Giappichelli Editore, 2001, p. 5.

²⁰¹ Véase, TRAPANI M., *Consideraciones*, op. cit., p. 761-762; LOMBARDI G., voce *Legalità* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 578.

²⁰² CARLASSARE L., voce *Principio di legalità* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 5.

²⁰³ GROSSO C. F., *Il fascino discreto*, op. cit., p. 136.

²⁰⁴ Vid. DOGLIANI M., *Il principio*, op. cit., p. 15.

²⁰⁵ CARLASSARE L., voce *Principio di legalità* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2.

aquellas consecuencias normativas que genera el derecho penal. Y es que, precisamente, gracias a la democracia el poder legislativo tiene la legitimidad para tomar decisiones político criminales por medio de la ley penal²⁰⁶.

La segunda razón, quizá la más importante, es considerar la ley como resultado democrático como un asunto de legitimación del *ius puniendi* del Estado. La ley penal es la única fuente de derecho que puede legitimar el poder punitivo del Estado desde una perspectiva democrática; todo ello, por supuesto, como consecuencia de la teoría del contrato social²⁰⁷. Ella, atendiendo su carácter funcional, es resultado de la discusión que realiza el único árbitro legitimado para resolver los diferentes conflictos ideológicos que pueden producirse al interior de una sociedad, frente a una decisión político criminal²⁰⁸, el órgano legislativo, precisamente atendiendo su representación democrática. De esta manera, la idea de *representación democrática* es la base de legitimación más importante en un Estado constitucional de derecho; la misma constitución (como fuente jurídica superior y garantía política de todos los ciudadanos) es consecuencia de una decisión democrática (asamblea constituyente, como representante del constituyente primario).

Pero, además de todo lo anterior, la democracia es la técnica de convivencia, por excelencia, dirigida a la solución no violenta de conflictos²⁰⁹. En esa medida, sólo a través del debate democrático puede lograrse (por lo menos, idealmente) la *minimización de la violencia punitiva* como fundamento esperado del derecho penal; si sólo debe existir la violencia legal mínima, necesaria para prevenir formas más graves de castigo social ante la comisión de los delitos, tal violencia legal mínima se logra -o, por lo menos, se *espera* lograr- por medio del debate parlamentario, democráticamente concebido: la violencia legal democráticamente establecida es un criterio de legitimación del derecho penal²¹⁰. Esta legitimación democrática se vincula, de manera inescindible, con aquella otra legitimación institucional del principio de legalidad penal.

En contra de esta posición (que puede calificarse, con razón, como ideal) se ha señalado el fenómeno del populismo punitivo, como una realidad concreta que desvirtuaría cualquier legitimación de la ley penal a través del debate democrático y su esperado límite punitivo. Sin embargo, ya se ha reconocido (cuando se estudió el significado democrático del principio de legalidad) que otros enfoques diferentes del asunto, como el llamado "*diritto vivente dei giudici*" no logran, de hecho, ninguna solución satisfactoria, pues los mismos jueces interpretan de manera extensiva, en clave político criminal, con el objetivo de proteger bienes jurídicos y en contra de la persona acusada. Así pues, la crítica sobre el actual populismo punitivo y su materialización en un sistema democrático nada dice frente a éste último, más allá del reconocimiento que su objetivo ideal es difícilmente alcanzable; al contrario, esta situación debe reafirmar el necesario carácter democrático de la ley penal, pues resulta ser el medio más eficaz para lograr, de hecho, la minimización de la violencia punitiva. Pensar que el "*diritto vivente dei giudici*" -o cualquier otro mecanismo acrítico y con

²⁰⁶ "*riposare ogni legittimità del potere su una investitura proveniente dal basso, per cui i governanti sono liberamente scelti, o quanto meno, coscientemente accettati dai governanti*" LOMBARDI G., voce *Legalità* (Noviss. Dig. it.), op. cit., p. 578.

²⁰⁷ TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 107. Esta idea, que representa una confianza optimista, tiene un claro origen iluminista, LOMBARDI G., voce *Legalità* (Noviss. Dig. it.), op. cit., p. 578.

²⁰⁸ Cfr. DOGLIANI M., *Il principio*, op. cit., p. 15-16.

²⁰⁹ Vid. FERRAJOLI L., *Garantismo y Estado de Derecho*, in FERRAJOLI L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 92.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 93-94.

ausencia de un verdadero debate público que aglutine las diferentes posturas ideológicas de la sociedad-, puede luchar contra el populismo punitivo es una posición, francamente, aún más *ideal* e inalcanzable que cualquier reproche realizado contra la ley como producto del debate democrático.

De esta manera, la legalidad penal se convierte en un límite funcional del poder punitivo en razón de dos características de la ley: su supremacía normativa, y en cuanto acto de representación democrática²¹¹. En un Estado constitucional y democrático de derecho, la ley se considera legítima en la medida en que representa la discusión pública de quienes ostentan la calidad de representantes del pueblo; de esta manera, la legitimidad democrática de una ley penal implica, por lo menos en términos formales, una legitimidad constitucional de igual jerarquía:

*“In un ordinamento democratico, ispirato al principio della sovranità popolare, in cui la legge è deliberata dai rappresentanti del popolo, la legalità tende evidentemente a coincidere con la legittimità, dovendosi ritenere legittima la legge in virtù della sua derivazione”*²¹².

5.2. La legitimación política de la ley penal como expresión del Estado de derecho:

El principio de legalidad penal tiene un sentido predominantemente político²¹³. Y es que el principio de *nullum crimen sine lege* comparte en su esencia, aunque no se limita por ello, el valor inherente del “*rule of law*” en el ámbito penal²¹⁴, pues a través de la reserva de ley confina la aplicación del poder del Estado; si el “*rule of law*” busca restringir o limitar la discrecionalidad del poder, el principio de legalidad penal se edifica como el límite formal (y garantía sustancial) más importante del poder punitivo del Estado²¹⁵, puesto que al restringir el contenido del derecho penal a determinadas reglas jurídicas (límite formal) logra la máxima certeza posible (garantía sustancial): “*Rechtsstaat can mean no more than attainment of the maximum possible certainty through implementation of specific rules. It means no less*”²¹⁶.

Como condición sustancial del derecho penal (significado filosófico), el principio de legalidad penal cumple una función de *incorporación limitativa* a través de la cual confina el poder punitivo del Estado pero, al mismo tiempo, lo justifica²¹⁷. Mejor aún: el poder punitivo es legítimo en la medida en que es confinado por la ley penal.

La legitimidad puede predicarse no sólo del Estado (como poder), sino también referida al ejercicio de ese mismo poder. En esa medida, éste se encuentra subordinado a ciertos valores (enfoque claramente ideológico) que determinan la legitimidad o no de su ejercicio²¹⁸. Es por esta razón que la legitimación es una cuestión subjetiva que depende, necesariamente, del contexto histórico²¹⁹. A pesar de que no es fácil identificar un tipo de gobierno particular en donde el principio de legalidad

²¹¹ CARLASSARE L., voce *Principio di legalità* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 1.

²¹² Vid. SORRENTINO F., *Lezioni*, op. cit., p. 5.

²¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 98; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 290.

²¹⁴ HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 182.

²¹⁵ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 131. En el mismo sentido, CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 119-120.

²¹⁶ HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 182.

²¹⁷ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 363.

²¹⁸ Vid. CARLASSARE L., voce *Principio di legalità* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 1.

²¹⁹ LOMBARDI G., voce *Legalità* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 578.

penal sea una exigencia legitimante, es una falacia desconocer que la incorporación de este principio en un ordenamiento jurídico no depende de determinadas fuerzas políticas²²⁰.

El principio de legalidad penal es una consecuencia (incluso, puede decirse que es una obligación) en gobiernos liberales²²¹; como consecuencia de la sujeción de todos los poderes del Estado sólo frente a la ley, los conceptos de legalidad y legitimidad coinciden pues la ley es entendida no sólo como criterio de legalidad sino también de justificación²²²; en otras palabras, es legal y legítima la decisión que se tome sólo de acuerdo con la ley. En este caso, hablar de legalidad y de legitimidad sería una tautología²²³, y por lo tanto carece de sentido diferenciar ambos conceptos.

Sin embargo, parece ser que la existencia de un Estado liberal de derecho no es suficiente²²⁴. En un Estado constitucional de derecho, la legitimidad de una decisión debe comprobarse atendiendo a los valores que son representados por el texto constitucional, y aceptados por la comunidad social²²⁵. Si la Constitución política no sólo representa la fuente jurídica superior de todo el ordenamiento, sino además constituye su instancia de legitimación por excelencia²²⁶, en esa medida el principio de legalidad penal constituiría un parámetro de legitimidad política no sólo por generar un límite formal al poder punitivo del Estado, sino además por ser *per se* un límite de todo poder público, dado su reconocimiento constitucional.

Por ello, el significado de legitimación política del principio de legalidad penal se concreta, precisamente, en la lealtad o coherencia que debe tener el ejercicio del poder punitivo de acuerdo con los valores inherentes de un Estado democrático de derecho, por dos razones básicas. Y es que, en primera medida, el principio de legalidad penal implica un límite sustancial del derecho penal pues confina el poder punitivo del Estado a lo establecido exclusivamente por la ley, como producto democrático; es claro que este axioma es una fuente de legitimación política en un Estado constitucional de derecho puesto que, al ser producto de una discusión democrática, la ley permite justificar precisamente tales decisiones de política criminal atendiendo el carácter público y discursivo del proceso que llevó a la toma, precisamente, de tal decisión²²⁷. Es por ello que, a través de este significado -y de manera conjunta con el significado democrático - debe excluirse del derecho penal la ley en sentido material, pues los actos expedidos -unilateralmente- por el órgano ejecutivo no ostentan la legitimación política que, por el contrario, le es inherente a toda ley producto del debate legislativo.

En segunda medida, el apotegma de legalidad también es en sí mismo un límite sustancial pues, al estar reconocido en la Constitución política, representa un valor que ningún poder del Estado puede

²²⁰ HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 185-187. El principio de legalidad penal depende del tipo de Estado, Cfr. VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 290.

²²¹ HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 189.

²²² LOMBARDI G., voce *Legalità* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 578.

²²³ *Ibidem*, p. 579.

²²⁴ *Ibidem*, p. 578-579.

²²⁵ *Ibidem*, p. 579.

²²⁶ Vid. SALMONI F., *Legalità (costituzionale) e forma di Stato: aspetti teorici e profili pratici di due concetti apparentemente in crisi*, in *Riv. Dir. Cost.*, N° 9, Torino, Giappichelli Editore, 2004, p. 112.

²²⁷ Vid. FIANDACA G., *Legalità penale*, op. cit., p. 1250. En el mismo sentido, MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 33; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 37. En Colombia, a través del *sentido o fundamento político* del principio de legalidad penal, CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 117, 141.

desconocer. Se trata, sin lugar a dudas, de esa esfera de lo no decidible de la que habla FERRAJOLI²²⁸; la positivización de los derechos fundamentales (entre ellos, el principio de legalidad penal) condiciona la legitimidad de todo el Estado a su efectivo cumplimiento, todo ello como consecuencia de esa democracia sustancial que consagra la Constitución política²²⁹.

5.3. La legitimación sustancial de la ley penal como límite del poder punitivo:

El poder punitivo del Estado deriva de la Constitución política, como producto del poder soberano del propio Estado. En esa medida, la ley penal -que se encuentra condicionada, evidentemente, por el texto constitucional- fundamenta pero, además, limita el poder punitivo del Estado. La legalidad penal es considerada como un referente legitimante dentro del Estado de derecho, como mecanismo que permite superar la arbitrariedad del poder a través de la existencia (y acatamiento) del ordenamiento jurídico preestablecido²³⁰. Y es que la legitimación del poder punitivo debe darse en atención no sólo a consideraciones fácticas²³¹ sino también basado en consideraciones valorativas o normativas²³².

Del principio de legalidad penal surge la pretensión punitiva del Estado pues la definición y determinación de los comportamientos prohibidos en la ley constituye la base de la criminalización; pero, también, constituye el límite de la pretensión punitiva del mismo Estado²³³, pues para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos a través del uso de la fuerza (por medio del derecho penal), el Estado debe respetar correlativamente esos mismos derechos fundamentales, indiscutibles límites jurídicos vinculantes también para él²³⁴. En esa medida, es indiscutible como el principio de legalidad penal es fuente, pero también medida del derecho de castigar en cabeza del Estado²³⁵.

El derecho penal objetivo limita la potestad punitiva del Estado (es decir, el derecho penal subjetivo), pues éste sólo puede castigar aquellos comportamientos que sean prohibidos expresamente por la ley penal²³⁶. Como lo reconocen varios autores italianos (PESSINA, FERRI, etc.), el derecho penal objetivo limita correlativamente al derecho penal subjetivo.

Así, el principio de legalidad penal logra armonizar dos intereses inicialmente contrapuestos: por una parte, el interés de la sociedad de perseguir al delincuente y castigarlo y, por otra parte, el interés de proteger la libertad del individuo. Como lo afirma FERRAJOLI, el principio de legalidad penal permite un equilibrio entre dos extremos opuestos: evita, por una parte, la total impunidad de los delitos (como interés de la sociedad de perseguirlos) y, por otra parte, impide la existencia de técnicas punitivas arbitrarias (como interés de la persona investigada y, eventualmente, acusada)²³⁷;

²²⁸ FERRAJOLI L., *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*, in FERRAJOLI L., *Epistemología jurídica y garantismo*, Ciudad de México, Fontamara, 2004, p. 267-268.

²²⁹ *Ibidem*, p. 272.

²³⁰ YACOBUCCI G., *La deslegitimación*, op. cit., p. 81.

²³¹ ZAFFARONI E., *En busca*, op. cit., p. 33.

²³² YACOBUCCI G., *La deslegitimación*, op. cit., p. 39.

²³³ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 336; TRAPANI M., *Consideraciones*, op. cit., p. 765.

²³⁴ TRAPANI M., *Consideraciones*, op. cit., p. 765.

²³⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 336.

²³⁶ En este sentido, véase, ALIMENA B., *Principios de derecho penal*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, Vol. I, 1915, p. 224.

²³⁷ FERRAJOLI L., *El paradigma garantista*, op. cit., p. 19.

así, la ley penal también se establece como protección dirigida al más débil (el acusado) frente a una violencia extrapunitiva -y, por lo tanto, arbitraria- por parte del más fuerte (en este caso, la sociedad)²³⁸. Por ello, para VON LISZT, esa armonía -materializada por el principio de legalidad penal- es la tarea más importante de toda sociedad ordenada²³⁹.

5.4. La legitimación institucional de la ley penal como facultad exclusiva del Estado:

Una consecuencia que se deriva del principio de legalidad penal es que sólo las penas reconocidas por la ley (por comportamientos también prohibidos por ella) pueden imponerse a los ciudadanos²⁴⁰. La legalidad penal legitima, también, la sanción penal, razón por la cual es ilegítimo (y no sólo ilegal) el llamado *ius puniendi parainstitucional*.

El principio de legalidad penal también legitima el poder punitivo al limitarlo al ámbito y control de la ley; así, la función punitiva sólo puede ejercerse “dentro del marco del derecho penal vigente”²⁴¹, por lo que el *ius puniendi* al margen de la legalidad (torturas, desapariciones y acciones ilegales realizadas por fuerzas de la policía o de fuerzas militares oficiales o parainstitucionales) deben considerarse *per se* ilegítimas²⁴². BARATTA reconoce en esta función legitimadora la existencia de un principio intrasistemático de limitación formal del derecho penal, aplicación directa de un requisito mínimo de respeto de los derechos humanos en la ley penal²⁴³. Así, queda aún más clara la vinculación del principio de legalidad penal (como instancia legitimadora) con la existencia de un específico tipo de Estado, pues no todo Estado busca (y logra) el respeto de los derechos humanos.

Esta última forma de legitimación del poder punitivo (haciendo ilegítimo el *ius puniendi* por fuera del marco de la ley) parecería, en principio, ajena a la modernidad pues, ¿cómo puede existir en pleno siglo XXI, y en un Estado constitucional y democrático de derecho un poder punitivo por fuera del marco de la ley, ajeno al control del Estado? La realidad, en este caso, supera cualquier pretensión de modernidad. En países como Colombia, el poder punitivo *parainstitucional* es una realidad indiscutible: fuerzas militares por fuera del Estado, como organizaciones narcotraficantes y terroristas, fuerzas paramilitares y milicias urbanas controlan y ejercen un poder punitivo por fuera de la ley²⁴⁴. La realidad en Italia, aunque no tan contundente, no contrasta con aquella colombiana pues diversos grupos mafiosos controlan actividades criminales de tal magnitud que pueden crear, subrepticamente, un real poder punitivo encargado de imponer sanciones²⁴⁵. La realidad demuestra que los (a veces llamados simples) límites formales sí generan efectos sustanciales y legitimantes en la realidad. En esa medida se demuestra cómo, en este caso, la

²³⁸ *Ibidem*, p. 48.

²³⁹ VON LISZT F., *The Rationale*, op. cit., p. 1009-1013, p. 1010.

²⁴⁰ Vid. PESSINA E., *Elementos de derecho penal*, Madrid, Hijos de Reus Editores, II. ed., 1913, p. 205.

²⁴¹ BARATTA A., *Principios*, op. cit., p. 305. En el mismo sentido, DOGLIANI M., *Il principio*, op. cit., p. 6.

²⁴² BARATTA A., *Principios*, op. cit., p. 305.

²⁴³ *Ibidem*, p. 304-306.

²⁴⁴ Debe rescatarse, de manera particular, la investigación que realizó recientemente LONDOÑO BERRÍO (2016), precisamente sobre el fenómeno del *pluralismo punitivo en el sistema penal del Estado*. A partir del estudio de un caso (La Comuna 13 de Medellín, Antioquia (Colombia), del 2000 al 2010), pudo analizar los diferentes sistemas punitivos existentes, en ese mismo lugar y en el mismo momento histórico: un sistema punitivo de las milicias, un sistema punitivo paramilitar, y un sistema punitivo del Estado. LONDOÑO BERRÍO H. L., *Sistemas punitivos y derechos humanos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2016, p. 133-366.

²⁴⁵ Vid. FERRAJOLI L., *Garantismo y Estado de Derecho*, op. cit., p. 109.

legalidad penal implica *per se* legitimidad. Por ello, la ley penal se convierte en un instrumento que busca limitar la violencia institucional²⁴⁶.

5.5. Balance general y consecuencias del significado de legitimación del principio de legalidad penal:

Pero, a pesar de considerar la legalidad penal como un referente legitimante del propio Estado de derecho y de su *ius puniendi*, se afirma que la legalidad estrictamente formal no es suficiente para legitimar la coacción que el Estado realiza a través del derecho penal²⁴⁷. Y es que si bien el cumplimiento de los procedimientos previos establecidos para el desarrollo del poder es un modo de legitimar el derecho penal²⁴⁸, es claro que el principio de legalidad penal sólo permitiría cumplir una racionalidad procedimental, no de contenido, limitándose a un “*formalismo legitimante*”²⁴⁹. De esta manera, la legitimidad dependería no sólo de aspectos formales sino también de la referencia axiológica a determinados contenidos básicos como la bondad, la justicia, el bien común²⁵⁰.

El principio de legalidad, así entendido, sería un concepto insuficiente que debe ser complementado por otros principios con contenido material (*principios materiales*), como los principios de bien común político y dignidad humana²⁵¹. Se habla, así de un *principio de legalidad constitucional* en el que, además de respetar presupuestos formales de procedimiento y competencia para la emisión de leyes, se requiere el contraste del contenido de dichas disposiciones con el texto constitucional²⁵². Así las cosas, la cuestión de la legalidad se diferenciaría de la cuestión de legitimidad (como lo afirma BOBBIO), con lo cual la simple legalidad del derecho penal no puede ser, al mismo tiempo, una instancia de legitimación: la legalidad del poder permite justificar el ejercicio de éste, es decir, verificar que dicho ejercicio se realice dentro de los límites establecidos por la ley (cuestión meramente formal), pero la legitimidad responde a un problema de titularidad del poder, con lo cual se debe verificar sí, quien detenta dicho poder, tiene un justo título para hacerlo (cuestión material)²⁵³. La titularidad del poder se diferencia, así, del ejercicio de éste.

Frente a la aparente imposibilidad del principio de legalidad formal para legitimar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado existen dos posiciones. La primera, que permite complementar el concepto de legalidad penal a efectos de que pueda legitimar el derecho penal; y una segunda, que excluye cualquier posibilidad legitimadora del principio de legalidad penal. En la primera posición encontramos, por ejemplo, a YACOBUCCI²⁵⁴ y en términos muy generales, puede también ubicarse en esta posición la mayoría de autores que apoyan el “*diritto vivente dei giudici*”, pues en cierta medida relativizan el concepto de legalidad penal para complementarlo luego con otros elementos sustanciales, con lo cual, se reduce significativamente el alcance del principio de legalidad penal para, asignárselos por el contrario a otros conceptos, en apariencia sustanciales, que sí lograrían

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 95.

²⁴⁷ ZAFFARONI E., *En busca*, op. cit., p. 24.

²⁴⁸ YACOBUCCI G., *La deslegitimación*, op. cit., p. 70.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 82.

²⁵⁰ YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit., p. 250.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 231, 292.

²⁵² GUASTINI R., *Legalità*, op. cit., p. 142.

²⁵³ BOBBIO N., *Sul principio*, op. cit., p. 68.

²⁵⁴ YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit. Por ejemplo, afirma que “*el sentido procedimental o formal no puede satisfacer por sí sólo todo lo que pretende de la legitimación de la legalidad, aunque resulta una exigencia básica*” (p. 259).

legitimar el derecho penal. La ley penal se entiende, de esta manera, en un elemento formal que debe ser complementado, casi un obstáculo por superar.

En la segunda posición encontramos, por ejemplo, a ZAFFARONI, quien niega la posibilidad de que la legalidad formal (como un simple proceso normativo) por sí misma logre legitimar el *ius puniendi*, pues ésta es insuficiente frente a la realidad que posee el propio sistema penal como mecanismo de control social vertical militarizado, aunado a la propia selección arbitraria del legislador frente a la realidad social²⁵⁵. La realidad detrás de la criminalización superaría los simples límites formales impuestos por el Estado.

Ahora bien, ¿cuál es la posición que debe asumirse? En realidad, ninguna de las dos. A veces, aquello que justifica la titularidad del poder (su legitimidad) también justifica el ejercicio correcto del mismo (su legalidad). Esto último sucede en el derecho penal, puesto que no puede hablarse de una diferencia entre legitimidad y legalidad; hablar de legalidad penal conlleva, necesariamente, a hablar de legitimidad del poder punitivo del Estado. El poder soberano, para ejercer el *ius puniendi*, debe contar con una legitimidad democrático-constitucional en la medida en que es la ley (autorizada por la Constitución política) la encargada de fijar no sólo los parámetros de actuación del sistema penal, sino que además establece los fundamentos de tal poder: sin ley penal no habría derecho penal objetivo, con lo cual el Estado no podría, de forma legítima, ejercer el *ius puniendi*, poder que precisamente la Constitución política le asigna pero, también, condiciona.

Por fuera de la ley penal el ejercicio del *ius puniendi* no es ni legítimo ni legal. Así las cosas, la legalidad que justifica el ejercicio del poder punitivo también justifica su propia existencia, es decir, la titularidad de ese poder en cabeza del Estado. Se trata, sin lugar a dudas, de una *legalità legitimante* pues la ley penal justifica (dada su connotación democrática y garantista) la existencia del poder punitivo y, correlativamente, su ejercicio²⁵⁶.

Este concepto de *legalità legitimante* no implica un reduccionismo del concepto de legitimidad, convirtiéndolo en un simple asunto de legalidad²⁵⁷; por el contrario, el planteamiento propone ampliar el alcance del concepto de legalidad (sólo en el derecho penal) para incluir en la ley penal, como función de legitimación, dos tipos de justificación: la justificación del ejercicio del poder punitivo en un Estado constitucional de derecho; y, la justificación de la titularidad de tal poder punitivo en cabeza de dicho Estado.

Lo anterior no significa, por supuesto, que dicha *legalità legitimante* sea suficiente para legitimar ni la titularidad ni el ejercicio del poder punitivo, pues el principio de legalidad penal debe vincularse a otros principios reconocidos en la Constitución política, como el de culpabilidad y el

²⁵⁵ Con tal interpretación, YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit., p. 27; ZAFFARONI E., *En busca*, op. cit., p. 24. Describiendo esa misma realidad, en Italia, FERRAJOLI L., *Garantismo y Estado de Derecho*, op. cit., p. 109.

²⁵⁶ “*Questa definizione del nucleo storico del principio mostra con chiarezza che solo con la formulazione del potere legale-razionale come tipo particolare di potere legittimo, la legalità, da requisito dell’esercizio del potere, diventa titolo della sua legittimazione*”. Cfr. DOGLIANI M., *Il principio*, op. cit., p. 2.

²⁵⁷ Criticando tal reduccionismo, BOBBIO N., *Sul principio*, op. cit., p. 68.

de ofensividad²⁵⁸. Sólo de esta manera puede determinarse la *ratio intrínseca di giuridicità* de los delitos, como instancia de racionalización del poder punitivo del Estado²⁵⁹.

El principio de legalidad penal se transforma en una condición previa, positiva y necesaria de los demás principios exigidos por la Constitución política, con lo cual su aparente carácter meramente formal adquiere, en realidad, una connotación sustancial. A pesar de la realidad selectiva del sistema penal y a pesar de las deficiencias sustanciales de un derecho penal verticalizado y fuertemente selectivo (la crítica realizada por ZAFFARONI no es, pues, descabellada), el hecho de que tal sistema se encuentre sometido a las leyes (éstas, de origen democrático y sometidas a su vez a la Constitución política) hace que tal sistema criminal sea, por lo menos, más legítimo que cualquier otro sistema penal *parainstitucional* que no tenga ningún límite constitucional o legal. Siempre será mejor un sistema deficiente pero limitado y fundamentado en la democracia que uno que no esté sometido a ningún control. La función legitimadora del principio de legalidad penal, aunque insuficiente, es necesaria.

6. Significado de garantía del principio de legalidad penal:

Hablar del significado de garantía del principio de legalidad penal implica, con necesidad, definir primer qué se entiende por *garantía*. Es clara y contundente la definición suministrada por FERRAJOLI, al definirla como una expresión jurídica por medio de la cual se identifica o caracteriza cualquier técnica normativa que tenga como objetivo tutelar un derecho subjetivo²⁶⁰.

Atendiendo la anterior definición es claro que la función de garantía del principio de legalidad penal tiene dos naturalezas diferentes: por una parte, genera una garantía jurídica que implica certeza en cuanto al significado y precisión de los comportamientos prohibidos²⁶¹. Por otra parte, también implica una garantía política en cuanto requerimiento de seguridad jurídica²⁶².

Por ello, dentro de un modelo garantista (o, como lo califica FERRAJOLI, un SG o *sistema de garantía*) los principios que lo conforman -dentro de los cuales se encuentra el principio de legalidad penal- forman en conjunto un esquema epistemológico que buscan garantizar el mayor grado de racionalidad a través de la limitación del poder punitivo del Estado, pugnando así contra cualquier decisión arbitraria²⁶³. El principio de legalidad penal es uno de los principios (axiomas A1 y A2, según este autor italiano) que permite dicho sistema; de allí su significado de garantía.

Como se verá, el contenido de garantía de este principio es abundante, razón por la cual se ha optado por agrupar su análisis de la siguiente manera; en un primer momento, se analizará el significado

²⁵⁸ Frente a este punto, afirma FERRAJOLI: “Cada una de las implicaciones deónticas -o principios- de que se compone todo modelo de derecho penal enuncia, por tanto, una condición *sine qua non*, esto es, una garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena: no, téngase en cuenta, una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio castigar, sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido, o está prohibido, castigar”. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 92.

²⁵⁹ RONCO M., *El principio*, op. cit., p. 6-7.

²⁶⁰ Vid. FERRAJOLI L., *El paradigma garantista*, op. cit., p. 3.

²⁶¹ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 379; PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 187.

²⁶² Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 379; ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 140.

²⁶³ Vid. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 34. Al formar parte de un particular esquema epistemológico, es claro que el valor de garantía del principio de legalidad penal tiene un vínculo histórico e ideológico. Cfr. SORRENTINO F., *Lezioni*, op. cit., p. 4.

de garantía *general* que tiene el principio de legalidad penal, mientras que, en un segundo momento, se estudiará el significado de garantía *específico* que tiene el axioma de legalidad penal.

6.1. El significado de garantía *general*, dirigido a todos los ciudadanos:

A través de expresiones metafóricas (por lo demás, justificadas), se ha afirmado que el principio de legalidad es el baluarte²⁶⁴, el “*palladio de la libertà politica*”²⁶⁵ de todos los ciudadanos contra el poder omnipotente del Estado. Por ello, el principio de legalidad penal se edifica como una garantía para quienes no han delinquido, es decir, para el entero conjunto de ciudadanos en un Estado, garantía que se traduce en no ser perseguido arbitrariamente²⁶⁶, es decir, por fuera de la ley penal. Desde un plano político, el principio de legalidad penal se estructura como una técnica de tutela que busca minimizar el poder punitivo del Estado²⁶⁷.

De esta manera, es claro que el principio de legalidad penal es una garantía de la libertad de todos los ciudadanos²⁶⁸ y, de tal forma, la ley penal es expresión de tutela de los derechos de los no desviados²⁶⁹. Pero, teniendo claro lo anterior, deben estudiarse diferentes aspectos relacionados con el alcance de garantía del este principio.

Y es que, como garantía general, el principio de legalidad protege al ciudadano de diferentes situaciones potencialmente riesgosas, punto que intenta responder a la pregunta, *¿de quién* protege el principio de legalidad penal? La primera situación riesgosa contra la que intenta proteger el axioma de legalidad penal es la mayoría democrática²⁷⁰, atendiendo el reconocimiento del principio de legalidad penal en el texto constitucional del Estado, vinculando así el significado democrático del principio con este significado de garantía. De esta manera, tanto en su *sentido positivo* como en su *sentido negativo*, el principio de legalidad penal implica -dado su significado democrático- una garantía de los ciudadanos contra la mayoría democrática; incluso, dado su reconocimiento constitucional como derecho fundamental (*sentido positivo*), este principio también constituye una garantía contra un movimiento político unánime que intente derogar el propio principio, siempre -claro está- que subsista la Constitución política y su predominante valor jurídico y político²⁷¹.

Por si no fuera suficiente, el principio de legalidad penal constituye una instancia de protección contra el propio poder punitivo del Estado, ante la potencialidad de convertirse en un poder arbitrario²⁷², razón por la cual es lógico que este principio vaya en contra de regímenes

²⁶⁴ BATTAGLINI G., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, III ed., 1949, p. 23; VON LISZT F., *The Rationale*, op. cit., p. 1009-1013, p. 1010.

²⁶⁵ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. CONTI, Milano, Giuffrè Editore, XVI ed. aggiornata e integrata, 2003, p. 69; ANTONISEI F.; CONTI L., *Istituzioni di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 35; FLORIAN E., *Trattato di diritto penale*, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, IV ed. rinnovata, 1930, p. 179.

²⁶⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 336.

²⁶⁷ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 851.

²⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 336.

²⁶⁹ FERRAJOLI L., *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, Torino, Gruppo Abele e Edizioni Scientifiche Italiane, 1985, Vol. 3, p. 512.

²⁷⁰ PALAZZO F., *Testo*, op. cit., p. 536-537.

²⁷¹ Por supuesto, de la propia naturaleza constitucional del principio de legalidad penal, éste depende de la existencia de la Constitución política y del sistema jurídico (y también político) que la legitiman. Si la Constitución política deja de existir, el principio de legalidad penal correrá la misma suerte jurídica.

²⁷² BELING E., *Il significato*, op. cit., p. 319.

despóticos²⁷³. También constituye una garantía contra la sociedad (representada, por ejemplo, por el *Leviathan*²⁷⁴), y contra el arbitrio del juez, pues en comparación con otras fuentes del derecho, la ley cumple con exigencias de certeza y objetividad, constituyéndose la ley penal en una herramienta para luchar contra la arbitrariedad del juez²⁷⁵.

Ahora bien, vistas las diferentes situaciones riesgosas que busca proteger el principio de legalidad penal, a través de su significado de garantía, se debe indagar el porqué es la ley penal, y no cualquier otra fuente de derecho, la encargada de cumplir con dicho aspecto de garantía, asunto problemático y donde se aglutinan -junto en el significado democrático- las críticas más penetrantes contra este principio. ¿Cómo la ley penal logra concretar el significado de garantía del principio de legalidad penal?²⁷⁶

Son varias las razones que permiten justificar que es, precisamente, la ley la fuente jurídica más idónea para ofrecer mayores garantías que cualquier otra fuente de derecho. El primer grupo de razones que permiten soportar la anterior aseveración (que, para realizar un análisis más organizado se denominarán *condiciones*) se vinculan con el concepto de *ley como condición previa al hecho*. La primera condición (*condición A*) puede verse el conocimiento previo de la ley penal, a través de la posibilidad de conocer aquello que es lícito o ilícito en un momento específico²⁷⁷. De esta forma, al limitar la libertad por medio de la ley penal, el ciudadano tiene el derecho de ser tratado conforme a ella, razón por la cual aquello que no está prohibido está -para el ciudadano- permitido²⁷⁸; de esta garantía surge la conciencia de los ciudadanos (traducida en términos de tranquilidad y confianza legítima) de que no serán castigados por conductas no definidas por la ley penal²⁷⁹. Por ello, la ley penal erige una *esfera intangible de libertad* que el Estado no puede desconocer²⁸⁰.

Con este punto de partida, es claro cómo se vincula el *sentido positivo formal* del principio de legalidad penal con el fundamento jurídico de certeza, el fundamento político de garantía y el significado filosófico del principio de legalidad penal.

La segunda condición (*condición B*) que justifica el significado de garantía de la ley penal como condición previa al hecho, es la exigencia de que la prohibición penal se limite a comportamientos verificables empíricamente; y es que la condición nominal-empírica de lo prohibido, a través de la ley, representa una garantía en materia penal²⁸¹. Por si no fuera poco, la tercera condición (*condición C*) se concreta en la predeterminación normativa de las conductas prohibidas, que va de la mano -como se verá-, con la *condición I*; así, la ley penal es el primer instrumento que delimita el poder punitivo, permitiendo así la minimización de la violencia arbitraria que surge, inevitablemente, del

²⁷³ PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 187. Sin que se trate de una situación absolutamente inmodificable, pues un régimen despótico puede utilizar el propio principio de legalidad penal para afectar la libertad de los ciudadanos.

²⁷⁴ VON LISZT F., *The Rationale*, op. cit., p. 1009-1013, p. 1010.

²⁷⁵ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 6.

²⁷⁶ En este punto, se seguirá la clasificación mantenida por PINO, aunque complementándola y solucionando algunas contradicciones que permitirán llegar a una conclusión radicalmente diferente a la propuesta por dicho autor italiano. Cfr. PINO G., *Legalità penale*, op. cit., p. 190-193.

²⁷⁷ RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, a cura di R. GUERRINI, Torino, Giappichelli Editore, V ed., 2015, p. 10, 70.

²⁷⁸ FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 179.

²⁷⁹ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 69; ANTONISEI F.; CONTI L., *Istituzioni*, op. cit., p. 35.

²⁸⁰ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 65.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 64.

propio derecho penal²⁸². El principio de legalidad penal es, de esta manera, un límite a la acción de todos los poderes públicos del Estado²⁸³.

Además de las condiciones de garantía que pueden deducirse de la condición previa de la ley penal, en relación con el comportamiento prohibido, existen otras tantas condiciones que establecen el significado de garantía del principio de legalidad penal, esta vez vinculadas con el concepto de *ley penal como acto normativo*²⁸⁴. La cuarta condición (*Condición D*) se vincula, de manera estrecha, con el carácter general y abstracto de la ley penal, es decir sus características esenciales. De esta manera, ante sus características de generalidad y abstracción, la ley es igual para todos los ciudadanos quienes tienen las mismas posibilidades de conocer el carácter prohibitivo de un comportamiento²⁸⁵, impidiendo que se generen privilegios o discriminaciones que, de otra manera, podrían darse con mayor facilidad. A través del principio de legalidad penal, se concreta la real y efectiva prevención de los delitos por medio de la previsibilidad de los comportamientos prohibidos por parte de los ciudadanos²⁸⁶.

De manera conjunta a esta cuarta condición, se suman otras tres que enfatizan el especial mecanismo de publicación de la ley penal (*condición E*), su estabilidad relativa en el tiempo (*condición F*), así como su inherente control de legitimidad por parte de la Corte Constitucional (*condición G*), todas ellas vinculadas a la noción de la ley penal como un acto normativo. Pero, además: de estas cuatro condiciones, se suman dos que constituyen la esencia y la base de la noción de garantía de la ley penal como acto jurídico. Por una parte, la octava condición de garantía (*condición H*) se concreta en la igualdad que surge de la ella, como presupuesto de igualdad jurídica para todos los ciudadanos²⁸⁷. En esta medida, el principio de legalidad penal tutela a todos los ciudadanos por igual, contra actos arbitrarios o excesivos en materia penal²⁸⁸. La legalidad penal se entiende, así, como un doble concepto garantía-límite: es garantía para los ciudadanos en la medida en que, limitando la libertad de los ciudadanos, también limita el poder punitivo del Estado²⁸⁹; la ley penal es, de esta manera, el instrumento jurídico que restringe de manera recíproca tanto la libertad de los ciudadanos como el derecho penal objetivo del Estado. Por ello, es indiscutible que el principio de legalidad penal es la garantía principal de libertad política en un Estado democrático²⁹⁰.

Y es que la suma de las diferentes *fattispecie* en un ordenamiento jurídico señalan la frontera entre lo lícito y lo ilícito, lo prohibido y lo permitido, con lo que constituyen un límite al poder punitivo del Estado y garantía correlativa de los derechos de los ciudadanos²⁹¹.

La novena condición (*condición I*) se concreta en el concepto de ley penal como un criterio objetivo e independiente, frente al juez, que permite una definición más justa del delito. Atendiendo el

²⁸² FERRAJOLI L., *Garantismo y Estado de Derecho*, op. cit., p. 113.

²⁸³ SORRENTINO F., *Lezioni*, op. cit., p. 4.

²⁸⁴ PINO reconoce las primeras cuatro condiciones de garantía de la ley penal como acto normativo, es decir, las condiciones D, E, F y G. Cfr. PINO G., *Legalità penale*, op. cit., p. 190-191.

²⁸⁵ FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 179; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 6.

²⁸⁶ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 17-18; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 28.

²⁸⁷ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 65-66.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 18.

²⁸⁹ Por ello, FLORIAN afirma que el principio de legalidad penal es la “*fonte e misura del diritto penale oggettivo*”. Cfr. FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 179.

²⁹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios ...*, op. cit., p. 99. En el mismo sentido, PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 187.

²⁹¹ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 833.

significado filosófico del principio de legalidad penal ya estudiado, éste conlleva una garantía de aplicación judicial, pues el juez debe demostrar los diferentes elementos de los cuales depende la responsabilidad penal de una persona aplicando sólo la ley²⁹². Por ello, la condena debe estar basada únicamente en las reglas jurídicas fijadas previamente al acto cometido²⁹³.

Y es que el carácter formal y empírico de la definición del delito se consigue sólo a partir de la ley penal, real garantía que constituye una forma de *epistemología garantista*, evitando así la creación de un delito, por parte de un juez, ante la existencia de un hecho meramente inmoral, y estableciendo, por el contrario, la sujeción de éste a la ley como medio de referencia de las condiciones fácticas necesarias para la verificar la existencia de un delito²⁹⁴. Al exigir que sólo las acciones descritas específicamente en la ley penal puedan ser consideradas como delito, se excluye cualquier otra consideración ontológica o extralegal; criterios como la verdad, la justicia o la moral no pueden ser criterios determinantes para la existencia del delito²⁹⁵. La definición formal del delito (*definizione normativistica*) es un parámetro de garantía al expresar un criterio rígido y predeterminado para la valoración de aquello prohibido por el derecho penal²⁹⁶, razón por la cual se vincula esta condición con aquella otra identificada como *condición C*.

Por ello, a pesar de que pueda considerarse la interpretación judicial como una la verdadera *norma penal* (y, por lo tanto, expresión de lo realmente prohibido o permitido), es claro que el baremo de opciones interpretativas válidas que el juez puede asumir lo determina, en primera instancia, la definición formal del delito. Aun reconociéndole al juez una libertad interpretativa, la garantía que ofrece la legalidad penal (y, que, en definitiva, es la única que puede ofrecer, ya que la prohibición de interpretación constituye, en su propia esencia, una imposibilidad absoluta) se concreta en ser el punto de partida normativo de tal interpretación; se evita, así, las decisiones judiciales arbitrarias en cuanto constituyen creación *real* de un delito no definido normativa y formalmente.

De esta manera, entre la opción de que sea el juez quien determine si un comportamiento debe ser prohibido o sea el legislador quien determine esto, la segunda opción es, sin lugar a dudas, la más objetiva, imparcial, justa e independiente.

Finalmente, se encuentran otras cuatro condiciones que justifican, con mayor peso, el significado de garantía en la ley penal, con un alcance mayor al conseguido por cualquier otra fuente jurídica, incluida la interpretación judicial. Y es que *la ley penal como producto de un procedimiento democrático*²⁹⁷ establece una serie de condiciones específicas que otorgan a la ley penal, y no a ninguna otra fuente de derecho, el significado de garantía que tiene precisamente el principio de legalidad penal. Al ser un producto del órgano representativo del poder soberano (*condición J*), la ley penal otorga una garantía sustancial única. Pero, por si no fuera poco, el hecho de que sea resultado de un procedimiento democrático, a través de una discusión pública, verdadera dialéctica

²⁹² VON LISZT F., *The Rationale*, op. cit., p. 1009-1013, p. 1012.

²⁹³ *Ibidem*, p. 1012.

²⁹⁴ Cfr. FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 63-64.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 65.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 84.

²⁹⁷ PINO reconoce las primeras dos condiciones de garantía de la ley penal como producto de un procedimiento democrático (Condiciones J y K). Cfr. PINO G., *Legalità penale*, op. cit., p. 192-193.

entre mayoría y minoría²⁹⁸, garantiza con mayor énfasis su significación de garantía (*condición K*). Por su naturaleza política, la ley es el resultado de un equilibrio político a través de una mayoría operante²⁹⁹.

Pero, además de todo lo anterior, y como la decimosegunda condición (*condición L*), debe reconocerse que a través de la ley (y el procedimiento legislativo) puede lograrse -eventualmente- el cumplimiento del principio de fragmentariedad en el derecho penal, con lo cual se posibilita la existencia de un *derecho penal mínimo*. Por el contrario, a través de una definición sustancial del delito, ello no es posible, o en el mejor de los casos, improbable, como luego se verá (*supra*, cap. IV, 2.9.2). Finalmente, como decimotercera y última condición (*condición M*), debe afirmarse que la ley penal, al ser el producto de una discusión parlamentaria, logra legitimar el derecho penal pues las decisiones político criminales son asumidas por quienes representan el poder soberano del Estado. De esta manera, es el mismo poder soberano quien determina los límites de su propia libertad, vinculando así el significado de garantía con el significado de legitimación del principio de legalidad penal.

Así pues, a través de las anteriores trece condiciones el principio de legalidad penal puede concretar su alcance de garantía. Frente a un punto de partida similar, PINO concluyó como garantías deducidas del principio de legalidad penal las siguientes:

PROPUESTA DE G. PINO³⁰⁰:			
¿Cómo el principio de legalidad penal concreta su significado de garantía?			
Evitar la posibilidad de leyes penales persecutorias.	Establecer las condiciones necesarias para que el uso del derecho penal sea imparcial.	Establecer las condiciones necesarias para garantizar el conocimiento potencial.	Permite mecanismos de control contra abusos.
Sumatoria de las siguientes condiciones: <i>Ley penal como acto normativo:</i> Condición D <i>Ley penal como producto de un procedimiento democrático:</i> Condición K	Sumatoria de las siguientes condiciones: <i>Ley penal como acto normativo:</i> Condición D y E	Sumatoria de las siguientes condiciones: <i>Ley penal como acto normativo:</i> Condición E y F	Sumatoria de las siguientes condiciones: <i>Ley penal como acto normativo:</i> Condición E y G <i>Ley penal como producto de un procedimiento democrático:</i> Condición K

Es claro, a partir de este panorama, el porqué PINO concluye que las garantías derivadas de la ley penal como producto democrático son exageradas³⁰¹; de allí a que concluya que la ley penal no debe

²⁹⁸ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 767.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 768.

³⁰⁰ Se utiliza como parámetro de comparación la propuesta de este autor italiano pues, de toda la doctrina consultada, resulta ser la más completa en relación con la noción de garantía vinculada al principio de legalidad penal.

³⁰¹ PINO G., *Legalità penale*, op. cit., p. 216.

ser, pues, el punto central del principio de legalidad penal, en una tentativa por compatibilizar este principio con el *rule of law* anglosajón (*supra*, cap. IV, 2.9.2)³⁰².

Sin embargo, la conclusión a la que llega PINO en torno al significado de garantía es, por lo menos, incompleta, por no decir incorrecta. En realidad, son muchos otros los elementos que pueden deducirse del significado de garantía de este principio, además de los cuatro ya reconocidos por este autor italiano. Además de consolidarse el significado de garantía de este principio a través de otros elementos a los ya delimitados por este autor italiano, las otras condiciones enumeradas permiten concluir que el carácter normativo de la *ley penal* no es un asunto irrelevante y que, por el contrario, puede constituir el núcleo esencial del significado de garantía del principio de legalidad penal:

PROPUESTA PERSONAL:	
¿Cómo el principio de legalidad penal concreta su significado de garantía?	A través de cuáles condiciones lo puede hacer:
Evitar la posibilidad de leyes penales persecutorias o <i>altamente</i> injustas.	Sumatoria de las siguientes condiciones: <i>Ley penal como condición previa al hecho:</i> Condición A, B, y C. <i>Ley penal como acto normativo:</i> Condición D, H y I. <i>Ley penal como producto de un procedimiento democrático:</i> Condición J y K.
Establecer las condiciones necesarias para que el uso del derecho penal sea imparcial.	Sumatoria de las siguientes condiciones: <i>Ley penal como condición previa al hecho:</i> Condición C. <i>Ley penal como acto normativo:</i> Condición D, E, H e I. <i>Ley penal como producto de un procedimiento democrático:</i> Condición J.
Establecer las condiciones necesarias para garantizar el conocimiento potencial.	Sumatoria de las siguientes condiciones: <i>Ley penal como condición previa al hecho:</i> Condición A, B y C. <i>Ley penal como acto normativo:</i> Condición E, F y H.
Permite mecanismos de control contra abusos.	<i>Ley penal como acto normativo:</i> Condición E, G y I. <i>Ley penal como producto de un procedimiento democrático:</i> Condición J y K.
Legitima el derecho penal, y con éste, la limitación de la libertad personal.	Sumatoria de las siguientes condiciones: <i>Ley penal como condición previa al hecho:</i> Condición B y C. <i>Ley penal como acto normativo:</i> Condición D, H y I. <i>Ley penal como producto de un procedimiento democrático:</i> Condición J, L y M.
Establece un parámetro objetivo y seguro que no depende del mismo órgano que	Sumatoria de las siguientes condiciones: <i>Ley penal como condición previa al hecho:</i> Condición B y C.

³⁰² *Ibidem*, p. 202-222.

decidirá la responsabilidad penal del ciudadano.	<i>Ley penal como acto normativo:</i> Todas las condiciones. <i>Ley penal como producto de un procedimiento democrático:</i> Condición J.
--	--

Es evidente, visto lo anterior, que el significado de garantía depende de que sea la ley penal, y no cualquier otra fuente jurídica, la encargada de reglamentar el derecho penal; no sólo las condiciones previas que deben existir antes de la prohibición normativa de un comportamiento, sino también las características que se pueden deducir de la ley penal contando con su inevitable carácter democrático dotan, con pleno valor, el significado de garantía acá expuesto. Ninguna otra fuente de derecho (la jurisprudencia, por ejemplo) logra avalar las instancias de garantía enumeradas, pues ellas implicarían sacrificios totales frente a dos formas de concretar el significado de garantía (legitimar el derecho penal, y con éste, la limitación de la libertad personal; y, establece un parámetro objetivo y seguro que no depende del órgano que decidirá la responsabilidad penal del ciudadano), y genera otros tantos sacrificios parciales frente a las restantes formas de concretar tal significado.

Sólo la ley penal logra legitimar el derecho penal, y con éste, la limitación de libertad personal que puede producirse, además de constituir un real mecanismo de control que permite garantizar una justicia penal mucho más objetiva e independiente, pues a través de la predeterminación normativa de las conductas prohibidas a través de la ley penal, la definición del derecho penal objetivo (y con él, de la frontera entre lo lícito y lo ilícito) queda en cabeza de un órgano diferente a aquel que juzgará un determinado comportamiento; si es el juez quien determina tal frontera, no sólo será juez sino también parte, no tendrá sólo la condición de juez sino además de “protector de la sociedad” y “actor legitimado” para establecer decisiones político criminales en salvaguarda de la colectividad social. En este punto radica, sin lugar a dudas, el aspecto más importante dentro del significado de garantía del principio de legalidad penal; éste es el aspecto de garantía más importante, y no -por el contrario- aquel asunto “sacrificable” en aras de compaginar este principio con el *rule of law*³⁰³.

Sin lugar a dudas, la ley penal es una *Charta Magna* de todo ciudadano que lo protege contra el poder arbitrario del Estado³⁰⁴. El principio de legalidad penal garantiza, así, el paradigma metajurídico del *diritto penale minimo* (tal como lo propone FERRAJOLI) como fundamento del derecho penal, pues la legalidad penal -a través de su significado de garantía- evita el arbitrio (como reacción informal, espontánea y salvaje de la sociedad) y minimiza la violencia punitiva³⁰⁵.

6.2. El significado de garantía *específico*, dirigido al acusado y a la víctima:

El significado de garantía del principio de legalidad penal también tiene un aspecto *específico*, dirigido esta vez no a los ciudadanos de manera general, sino por el contrario al acusado y a la víctima. Frente al acusado³⁰⁶, el significado de garantía se concreta de dos formas. Por una parte, el

³⁰³ Con este punto de vista (además contradictorio), *Ibidem*, p. 222. Por ejemplo, a pesar de rechazar la democracia como elemento de garantía, asegura que la accesibilidad penal de la prohibición es mucho más fácil a través de una *riserva di codice* (¿?) (p. 223).

³⁰⁴ BELING E., *Il significato*, op. cit., p. 319. En el mismo sentido, BACIGALUPO E., *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999, p. 46.

³⁰⁵ Cfr. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 332; FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 19.

³⁰⁶ Rechazada por ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 69; ANTONISEI F.; CONTI L., *Istituzioni*, op. cit., p. 35.

principio de legalidad penal constituye una garantía para el presunto delincuente, pues éste -a través de la ley penal- puede saber cuáles comportamientos se encuentran, efectivamente, prohibidos: del principio de legalidad surge la pretensión subjetiva del delincuente de no ser castigado por un comportamiento no definido por la ley penal³⁰⁷. El Estado tiene el derecho de castigar al delincuente, esto es indiscutible, pero el delincuente también tiene el derecho (es su garantía y derecho) de ser castigado sólo de acuerdo con la ley, dentro de los límites allí establecidos³⁰⁸. Este es un aspecto de garantía del principio de legalidad penal largamente olvidado, pues más que un mero formalismo, la legalidad penal constituye un derecho del acusado, con lo cual ni siquiera el juez -en atención a oscuras valoraciones sustanciales- puede desconocer.

Por otra parte, la ley penal se entiende, así, en una protección contra la violencia arbitraria de la sociedad, quien tiene derecho a exigir justicia frente a la comisión de un delito, pero dentro de los límites del poder punitivo del propio Estado; la ley penal es la ley de garantía del más débil³⁰⁹.

Por ello, para VON LISZT, el Código penal es la *Charta Magna* del delincuente³¹⁰. Más allá de entender el principio de legalidad como un *mal necesario* (enfoque que puede asumirse, al establecer un énfasis de garantía frente al presunto delincuente)³¹¹, que el principio de legalidad penal constituya una garantía también para el acusado demuestra que se trata, precisamente, de un derecho constitucional que todo ciudadano -culpable o no- tiene en su cabeza.

De la misma manera, del principio de legalidad penal también surge una garantía para la víctima del delito, pues constituye la pretensión punitiva y reparadora que el Estado le otorga para buscar justicia y reparación por el delito cometido³¹². La ley penal -al definir el comportamiento prohibido, también reglamenta el derecho de indemnización del daño que tiene la víctima por la ocurrencia del delito³¹³. Sin ley penal que defina un delito, no existiría delito; y, sin delito, no existiría ningún deber de reparar a la víctima por el hecho ocurrido.

³⁰⁷ FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 179; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 336.

³⁰⁸ VON LISZT F., *The Rationale*, op. cit., p. 1010. Sin embargo, también se critica este enfoque, véase, BACIGALUPO E., *Principios de derecho penal. Parte general*, Madrid, Editorial Akal, IV ed., 1997, p. 58-59; BACIGALUPO E., *Principios*, op. cit., p. 46.

³⁰⁹ En este sentido, FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 48.

³¹⁰ “*the Criminal Code is the criminal’s Magna Charta*” VON LISZT F., *The Rationale*, op. cit., p. 1009-1013, p. 1010. En el mismo sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios ...*, op. cit., p. 92-93; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 16.

³¹¹ En este sentido, BACIGALUPO E., *Principios*, op. cit., p. 46.

³¹² FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 335; FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 179; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado...*, op. cit., p. 336.

³¹³ FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 179.

CAPÍTULO IV

CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

1. Introducción:

En los dos capítulos anteriores se han analizados los diferentes elementos relacionados con el principio de legalidad penal en relación con su definición formal y material. De esa manera, se analizó el concepto del principio de legalidad penal (*qué es*), tanto su sentido positivo como negativo, se examinaron los fundamentos y los componentes del principio, respondiendo al *por qué* y al *cómo* de este axioma. De la misma manera, se estudió el concepto sustancial del principio, analizando los diferentes significados o fundamentos axiológicos que se derivan del principio de legalidad penal, los cuales se concretan en un significado histórico, un significado democrático (positivo y negativo), un significado filosófico, un significado de legitimación y otro de garantía que, de manera conjunta, logran dar al principio de legalidad penal su real sentido material.

Corresponde ahora analizar el contenido de ese principio de legalidad penal¹, contenido que se concreta en las siguientes cuatro consecuencias², que poseen vínculos lógicos y jurídicos estrechos³: el principio de reserva de ley; el principio de irretroactividad de la ley penal; el principio de prohibición de analogía; y, el principio de determinación estricta.

Debe realizarse, de manera previa al desarrollo de cada una de las consecuencias derivadas del principio de legalidad penal, una primera precisión. Algunos autores diferencian, entre estas consecuencias, algunas que harían parte de un cierto *universalismo rationale* frente al principio de legalidad penal, pues su reconocimiento es universal y generalizado en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales; dentro de este universalismo se encontrarían, por ejemplo, la exigencia de *accessibilità* de la prohibición y el principio de irretroactividad⁴. Por otro lado, existirían

¹ Véase, PETROCELLI B., *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in PETROCELLI B., *Saggi di diritto penale. Seconda serie*, Padova, CEDAM, 1965, p. 191-192. Aunque discutida, la inmensa mayoría de doctrina comparte este contenido, asignándole diferentes nombres; en esencia, sigue siendo la misma clasificación. VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, UTET, Vol. VIII, IV ed., 1994, p. 284-285.

² Término acuñado en la doctrina por ANTOLISEI (*Manuale di diritto penale. Parte generale*, p. 67; *Istituzioni di diritto penale*, p. 34), aunque este autor italiano analiza la prohibición de analogía como un alcance práctico del principio de legalidad penal, más que una consecuencia directa de éste. También utiliza la expresión *conseguencias del principio de legalidad penal*, BACIGALUPO E., *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999, p. 44. CADOPPI, por ejemplo, los llama “*sottoprincipi*” del principio de legalidad penal, donde incluye un interesante análisis histórico de cómo estos cuatro subprincipios tienen origen en las obras de BECCARIA y BENTHAM. Cfr. CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale. Parte generale e Parte speciale*, Padova, CEDAM, III ed., 2007, p. 49; CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, 2004, p. 63-64. Estas consecuencias derivadas del principio de legalidad penal se deducen de la doctrina italiana y alemana que descompone de esa manera el principio de legalidad penal; la doctrina de los demás países europeos no establece esta clasificación tan clara. Cfr. LICCI G., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, Giappichelli Editore, 2006, p. 240.

³ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 312-313.

⁴ Vid. PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 1999, p. 203-206. Incluso, frente a la discusión del principio de legalidad penal frente al desarrollo del derecho comunitario, se ha realizado esta misma diferencia entre un cierto componente universal y ahistórico del principio de legalidad penal (como sería el conocimiento de la norma, su determinación y su interpretación razonable) y ciertos elementos históricos y políticos, como es el principio de reserva de ley. Cfr. BERNARDI A., *All' indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni cost.*, Vol. XXIX, Issue 1, Bologna, il Mulino, 2009, p. 43-45; PALAZZO F., *La legalidad penal en la Europa de Amsterdam*, in *Revista de Derecho Penal*, N° 3, 1999, p. 37.

consecuencias del principio de legalidad vinculadas más estrechamente con ciertas condiciones históricas o políticas, razón por la cual no tendrían un reconocimiento universal, tratándose más bien de un *relativismo storico*; dentro de esta hipótesis se encontrarían el principio de reserva de ley y el principio de determinación estricta⁵.

De esta manera, la *accessibilità (anima della legalità)* no dependería del tipo de norma jurídica ni del órgano legitimado para emitirla, por lo que incluso el órgano judicial podría garantizar tal núcleo esencial del principio de legalidad penal; en los ordenamientos jurídicos del *common law*, por ejemplo, tal *accessibilità* se garantiza mediante el *stare decisis*⁶. De esta manera, “*sembra appagare esigenze strettamente funzionali alla stessa natura del meccanismo punitivo, e pertanto rispondere ad una dimensione in un certo senso universale della legalità*”⁷.

Por el contrario, el principio de reserva de ley es calificado como una categoría histórica y no lógica del derecho penal, por lo que podría ser abandonado en cualquier momento⁸ a través de una reforma constitucional en tal sentido. Se trataría de una categoría relativa en cuanto su especial vínculo histórico⁹. La reserva de ley sería aquella consecuencia (de todas aquellas que conforman el principio de legalidad penal) que más condicionada se encuentra, desde una perspectiva histórica¹⁰. Las otras consecuencias del principio de legalidad penal (determinación estricta, prohibición de analogía e irretroactividad) pueden ser calificadas como el componente más universal del principio de legalidad penal¹¹.

A pesar de la pretendida lógica interna de esta división, es claro que la diferencia entre un componente universal y un componente relativo frente a ciertas consecuencias o subprincipios derivados del principio de legalidad penal es meramente caprichosa. Toda construcción jurídica, por el hecho de ser creación humana predicable de un momento cultural y social concreto es, sin lugar a dudas, una construcción histórica y, por lo tanto, relativa. Si la diferencia pretendida fuese correcta, todas las categorías jurídicas (incluidas otras tantas como la existencia misma de un Estado constitucional de derecho, o la existencia de la democracia) serían categorías relativas por ser producto de un devenir histórico. Ello llevaría a concluir que todo el derecho es relativo, y nada podría ser categorizado como un universalismo racional.

La diferencia histórica, pues, no dice nada frente a esta presunta clasificación de las diferentes consecuencias del principio de legalidad penal. Es indiscutible que existen ciertos núcleos de

⁵ PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 203-206. GROSSO C. F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, Vol. VI, Pisa, Edizioni ETS, 2011, p. 136. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium iuris*, N° 3, Padova, CEDAM, 1996, p. 276; PINO G., *Legalità penale e rule of law*, in PINO G.; VILLA V., *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, Società editrice il Mulino, 2016, p. 202.

⁶ Vid. PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 203.

⁷ *Ibidem*, p. 205.

⁸ Cfr. GROSSO C. F., *Il fascino discreto*, op. cit., p. 136. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Riserva di legge*, op. cit., p. 276.

⁹ PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 205.

¹⁰ Cfr. PALAZZO F., *La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris*, in *Revista de Derecho Penal*, N° 25, 2010, p. 106. En el mismo sentido, entendiendo el principio de reserva de ley como la dimensión “*più spiccatamente storico-contingente*”, PINO G., *Legalità penale*, op. cit., p. 202; GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p. 7.

¹¹ GRANDI C., *Riserva*, op. cit., p. 7-8.

garantía que el principio de legalidad penal posee (concepto ya precisado, *infra.*, cap. I, 2; cap. IV. 1) y que son compartidos por otros sistemas de garantías, como lo es -en efecto- la *accessibilità* de la prohibición, la irretroactividad y, en términos muy amplios, el principio de que quien juzga un delito no debe crearlo¹². Pero, desarticular los elementos de un concepto, para hablar de componentes más universales que otros, no significa nada. Por ejemplo, también hay quien ve en el principio de irretroactividad una “*preziosa conquista della civiltà giuridica*”¹³, con lo cual se debería concluir el carácter también relativo de este principio, junto con el principio de reserva de ley.

Si el principio de reserva de ley es un principio histórico (lo cual no puede negarse) puede también afirmarse que se trata de un principio coherente con un Estado liberal, en atención con su propia estructura político y jurídica y con su inherente *ratio* de garantía¹⁴. Así pues, ¿acaso se afirma que un principio garantista propio de un Estado liberal es histórico y, por lo tanto, contingente? Si ello es así, la misma suerte relativa deberá correr el propio Estado liberal y la noción de garantía, siendo éstas nociones históricas y, por lo tanto, contingentes también.

Además de ello, tal análisis no tiene en cuenta el dato esencial que todo jurista debe considerar, esto es, la ley positiva. Discutir la utilidad *de lege ferenda* del principio de reserva de ley es claramente posible; sin embargo, calificar tal concepto como un *relativismo storico* para distinguirlo de otros conceptos “universales” -y, por lo tanto, presuntamente inmodificables-, en un pretendido intento por demostrar la posibilidad cuanto menos teórica de modificarlo o, incluso, eliminarlo del ordenamiento jurídico¹⁵ es un error por lo menos *de lege data*, pues si ambos conceptos tienen la misma fuente jurídica (esto es, la Constitución política), ¿qué hace que uno de ellos sea universal y el otro accidental?

Como se verá, la discusión no debe dirigirse a verificar cuál componente o consecuencia del principio de legalidad penal es universal y cual relativa, para de allí extraer conclusiones (éstas, o erróneas o incongruentes). El asunto, en realidad, consiste en realizar un análisis valorativo tendiente a verificar de todas las opciones existentes cuál es la mejor opción, para proponer así soluciones *de lege ferenda* en relación con la actual situación del ordenamiento jurídico nacional.

2. El principio de reserva de ley como un límite necesario. *Nullum crimen sine lege [democratica]*:

2.1. Concepto general:

Antes de verificar el concepto y significado del principio de reserva de ley, es necesario analizar antes las relaciones de este principio -como consecuencia- con el principio de legalidad penal -como principio causa-. En realidad, dicha relación se analiza desde dos posiciones diferentes; por una parte, existe una posición más estrecha que reconoce en el principio de reserva de ley la “contracara”

¹² Este principio es respetado incluso en los sistemas del *common law*, pues es claro que el juez está sometido a un precedente jurisprudencial nuevo, por lo que difícilmente es él el legitimado para crear *ab initio* un delito.

¹³ Vid. RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, a cura di R. GUERRINI, Torino, Giappichelli Editore, V ed., 2015, p. 118.

¹⁴ Cfr. PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, VI ed., 2015, p. 90.

¹⁵ Con la posición más clara al respecto, véase, PINO G., *Legalità penale e rule of law*, in PINO G., *Legalità penale*, op. cit.

del principio de legalidad penal; así, ambos conceptos son el anverso y el reverso de una misma moneda, como lo explica ZAFFARONI¹⁶. Se trata de dos manifestaciones diferentes de la misma garantía de legalidad¹⁷. Pero, por otra parte, existe una posición más amplia que reconoce que las relaciones entre el principio de legalidad penal y el principio de reserva de ley se limitan al *sentido negativo* del primer concepto, ya precisado en el segundo capítulo del presente trabajo. La exclusión de ciertas normas jurídicas, emanadas por determinados órganos del Estado (por ilegitimidad constitucional) es el sentido negativo del principio de legalidad penal que compartiría con el principio de reserva de ley¹⁸. Aunque no parezca lógico, ambas posiciones son correctas, pues parten de conceptos diferentes del mismo principio de reserva de ley.

Y es que el principio de reserva de ley, como concepto, puede definir dos cosas diferentes: puede definir las relaciones entre los diferentes órganos del Estado, o puede definir las relaciones entre los diferentes actos normativos. El principio de reserva de ley atiende, en primera medida, no a la relación de las diferentes normas jurídicas en materia penal; al contrario, este axioma regula las relaciones entre los diferentes órganos o poderes del Estado de los cuales se emanan las diferentes normas jurídicas¹⁹. Sin embargo, esta *ratio* histórica original ha perdido valor frente a la concepción actual que ve, en el axioma de reserva de ley, una relación entre los diferentes actos normativos emitidos como la ley y los decretos expedidos por el poder ejecutivo²⁰.

Cuando se habla del principio de reserva de ley atendiendo la relación que debe existir entre los diferentes órganos del Estado, se hace referencia -de manera particular, en el derecho penal- al vínculo especial que debe existir entre la función asignada al legislador de aquella otra función estipulada al juez²¹. Por ello, el modo en que opera la reserva de ley en la relación legislador-juez se concreta en dos consecuencias del principio de legalidad penal: por una parte, el principio de determinación estricta y, por otra parte, en el límite de la correlativa discrecionalidad judicial en la interpretación de la ley penal (lo que se encuentra vinculado con el principio de prohibición de analogía).

Así las cosas, el principio de reserva de ley exige, por parte del órgano legislativo, la determinación precisa del contenido regulado por la ley penal, todo ello para reducir los niveles de discrecionalidad por parte del juez al momento de aplicar dicha ley penal²². Por ello, el axioma de reserva legal constituye el *sentido positivo material* del principio de legalidad penal, a través de la exigencia de

¹⁶ Cfr. ZAFFARONI E., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, T. I, 1998, p. 139.

¹⁷ ZAFFARONI E.; ALAGIA A.; SLOKAR A., *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, II ed., 2002, p. 112.

¹⁸ Cfr. MARINI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XXVIII, 1978, p. 952.

¹⁹ Frente a esta precisión, CARLASSARE L., voce *Riserva di legge*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 2.

²⁰ *Ibidem*, p. 3.

²¹ Vid. BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XL, 1989, p. 1217; CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 7.

²² CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 7. Entendiendo tal *discrecionalidad* desde un sentido débil -según la precisión realizada por DWORKIN-, como vaguedad o dificultad de aplicar la norma preexistente. Vid. DWORKIN R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, II ed., 1989, p. 84-85.

determinación estricta de la ley penal por parte del legislador, así como la prohibición de analogía por parte del juez, reduciendo de esta manera los niveles de discrecionalidad del operador judicial²³.

Pero, desde una segunda perspectiva (es decir, el principio de reserva de ley como relación entre los diferentes actos normativos), este principio estudia, primero, cuáles actos normativos pueden cobijarse bajo el rótulo de “ley penal” así como, segundo, las relaciones de dicha “ley penal” con otros actos normativos secundarios como los decretos expedidos por el órgano ejecutivo. Sin lugar a dudas, este segundo enfoque es el que mayoritariamente acoge la doctrina al discutir el principio de reserva de ley. Éste es, también, el enfoque elegido para desarrollar el concepto en este trabajo.

Ahora bien, una de las características que el principio de reserva de ley comparte con el principio de legalidad penal es su origen histórico, pues surge del movimiento codificador: este movimiento limitó el derecho penal a aquel derecho escrito como única fuente del derecho penal, razón por la cual la legislación penal se consideraba completa y, por lo tanto, exclusiva²⁴. En esa medida, este principio se vincula con una idea liberal, que ve en la ley un instrumento de tutela de la libertad²⁵, motivo por el cual responde a una exigencia de racionalidad en el ejercicio del *ius puniendi*²⁶.

Sin lugar a dudas, en este segundo sentido, se trata de un principio²⁷ (también ha sido calificado como una meta-norma²⁸), una real norma jurídica de competencia normativa²⁹ que, dado su significación jerárquica, se vincula estrechamente con la Constitución política, tratándose de un instituto constitucional³⁰. El principio de reserva de ley tiene, al igual que el principio de legalidad penal, un *sentido positivo* y uno *negativo*³¹, en una verdadera combinación de una autorización (*sentido positivo*) y una prohibición (*sentido negativo*)³².

En primera medida, el *sentido positivo* de este principio se concretaría en la exigencia básica de que todo el contenido del derecho penal (el derecho penal objetivo, en otras palabras) debe ser disciplinado y desarrollado sólo a través de la ley³³. Desde esta perspectiva, el principio de reserva de ley genera la necesidad de que la regulación efectiva y completa de todo el derecho penal se realice sólo a través de la ley³⁴. A través del significado democrático del principio de legalidad penal, la elección sobre la prohibición de un comportamiento humano se debe discutir al interior de una institución que encarne la máxima expresión de representatividad política³⁵; al atribuir el

²³ Sin embargo, hay autores que limitan el vínculo del principio de reserva de ley entre el órgano legislativo y el órgano judicial frente a la *ratio* democrática que lo motiva. Vid. PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, CEDAM, 1979, p. 44-45.

²⁴ VON LISZT F., *Tratado de derecho penal*, Madrid, Editorial REUS, 1927, p. 94.

²⁵ Vid. CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2.

²⁶ ZAFFARONI E.; ALAGIA A.; SLOKAR A., *Derecho penal*, ob. cit., p. 112.

²⁷ GALLO M., *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, Giappichelli Editore, Vol. I, 1999, p. 38; GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, Vol. I, 2014, p. 29.

²⁸ GUASTINI R., voce *Riserva di legge*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, UTET, Vol. IX, IV ed., 1994, p. 164.

²⁹ BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge* (*Enc. dir.*), op. cit., p. 1209.

³⁰ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2.

³¹ BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge* (*Enc. dir.*), op. cit., p. 1207.

³² En este sentido, véase, GUASTINI R., voce *Riserva di legge* (*Dig. disc. pubbl.*), op. cit., p. 164.

³³ Vid. CARLASSARE L., voce *Principio di legalità*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 1.

³⁴ Cfr. BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge* (*Enc. dir.*), op. cit., p. 1207.

³⁵ Vid. GROSSO C. F., *Il fascino discreto*, op. cit., p. 125.

monopolio jurídico en materia penal al órgano legislativo, se asegura una mayor legitimación política en la toma de decisiones político criminales al interior del Estado³⁶.

Pero, en segunda medida, el principio de reserva de ley también concreta otro *sentido negativo*, tendiente a excluir tanto otras fuentes jurídicas escritas diferentes a la ley, así como fuentes jurídicas no escritas³⁷. Es así como la reserva de ley tiene un significado de exclusión: existe, sin lugar a dudas, un monopolio legislativo de la producción normativa en materia penal³⁸; con claridad, MANZINI expresa esta idea en las siguientes palabras: “*le incriminazioni sono esclusivamente riservate alla legge stessa, con tutte le altre conseguenze che derivano della regola*”³⁹. Así, el principio de reserva de ley concreta su *sentido negativo* al establecer una prohibición o límite de que otras fuentes jurídicas diferentes a la ley puedan regular el derecho penal⁴⁰.

De este sentido negativo se entiende la doble función que cumple el principio de reserva de ley: por una parte, evita el arbitrio judicial a través de la exclusión de fuentes sustanciales en el derecho penal, sometiendo así al juez a la ley; por otra parte, evita el arbitrio del poder ejecutivo al limitar también fuentes jurídicas escritas diferentes a la ley, como lo serían los decretos expedidos por este órgano del poder estatal⁴¹.

De este *sentido negativo* surge, para el principio de reserva de ley, su necesaria naturaleza constitucional⁴², pues éste es el único documento jurídico que puede atribuir, a una determinada materia específica (como el derecho penal), una competencia normativa exclusiva al legislador a través de la ley⁴³. Sin tal atribución constitucional, la reserva de ley carecería de obligatoriedad para los diferentes órganos del Estado.

Este principio es, sin lugar a dudas, un instituto constitucional que responde a diversas exigencias. La primera, una exigencia de garantía, se concreta en la tutela que materializa el principio de reserva de ley frente a los derechos individuales⁴⁴. Esa tutela se concreta -vista la constitucionalidad del principio de legalidad penal- en el control de legitimidad que puede realizar la Corte Constitucional frente a las leyes penales emitidas por el órgano legislador⁴⁵. Una segunda exigencia de democracia, en cuanto que la ley, como acto de representación del órgano parlamentario, vincula y tutela tanto a las mayorías como a las minorías que han participado en su discusión, con lo cual se concreta el

³⁶ FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXVI, T. I (Principio di legalità e diritto penale), Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2007, p. 1250.

³⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, VI ed., 2009, p. 41.

³⁸ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 314. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Riserva di legge*, op. cit., p. 276.

³⁹ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. I, Nuova edizione completamente aggiornata, 1948, p. 182.

⁴⁰ BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge (Enc. dir.)*, op. cit., p. 1208.

⁴¹ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 41-42.

⁴² En los mismos términos, MARINI G., voce *Nullum crimen (Enc. Dir.)*, op. cit., p. 951.

⁴³ Cfr. CARLASSARE L., voce *Riserva di legge (Enc. giu.)*, op. cit., p. 2; DE FRANCO R. G., voce *Riserva di legge*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. XVI, 1969, p. 105; TRAPANI M., voce *Legge penale*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XVIII, 1990, p. 2.

⁴⁴ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge (Enc. giu.)*, op. cit., p. 2; DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli Editore, II ed., 2011, p. 76; GUASTINI R., voce *Riserva di legge (Dig. disc. pubbl.)*, op. cit., p. 166-167.

⁴⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 42; MARINUCCI G., voce *Consuetudine*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. IX, 1961, p. 502.

significado democrático del principio de legalidad penal⁴⁶. De esta manera, el principio de reserva de ley no sólo representa un valor institucional, sino también un valor democrático pluralista⁴⁷.

Además, este axioma concreta una tercera exigencia -también democrática- en el sentido de sustraer del poder de la mayoría contingente un asunto que se encuentra limitado por una *riserva di legge costituzionale*⁴⁸; de esta manera, y al ser una prolongación de la misma constitución, el principio de legalidad penal es -en sí mismo- un asunto sometido a reserva de ley (en este caso, reserva constitucional), con lo cual no puede ser modificado aun democráticamente. De esta manera, se concreta no sólo la democracia sustancial que hace parte de todo Estado constitucional de derecho (tal como lo contempla FERRAJOLI), sino también el significado democrático (en su sentido negativo) del principio de legalidad penal como límite y garantía inderogable democráticamente.

Sin lugar a dudas, a través del principio de reserva de ley se elimina (o, por lo menos se busca eliminar) cualquier posibilidad de discrecionalidad en la emisión de actos normativos diferentes para prohibir comportamientos⁴⁹, todo ello bajo la idea de que la ley, a pesar de todas sus deficiencias, es considerada como la fuente jurídica que mayores garantías genera para el ciudadano⁵⁰. Esta confianza en la ley como acto normativo se ha justificado, sin lugar a dudas, a través de un temor: siendo la función penal la más delicada de entre todas las otras funciones que tiene el Estado, y atendiendo la naturaleza de los derechos afectados por el derecho penal, existe un mayor temor (justificado) a la arbitrariedad del poder del Estado⁵¹, escenario en el que la ley cumple un papel mediador entre la necesidad de castigar determinados comportamientos humanos y la necesidad de evitar la discrecionalidad en el uso de dicho poder punitivo.

2.2. Ratio constitucional respecto del principio de reserva de ley:

Es indiscutible que el principio de reserva de ley requiere un reconocimiento constitucional. Por tal razón, su contenido y alcance dependerá, necesariamente, de la *ratio* que la Constitución política le reconozca al principio de reserva de ley⁵². Así pues, debe analizarse la *ratio* reconocida por ambos textos constitucionales, tanto por el colombiano (art. 29) como por el italiano (art. 25), frente a esta consecuencia del principio de legalidad penal.

Frente a la situación italiana, la discusión parece estar parcialmente resuelta. Una primera posición reconoce en el art. 25, inciso 2º Cos. ital. una *ratio* de certeza frente al principio de reserva de ley

⁴⁶ Vid. BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge* (*Enc. dir.*), op. cit., p. 1214; CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2; CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Manuale*, op. cit., p. 63; CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Elementi*, op. cit., p. 65; MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 42.

⁴⁷ BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge* (*Enc. dir.*), op. cit., p. 1214; GROSSO C. F., *Il fascino discreto*, op. cit., p. 128; GUASTINI R., voce *Riserva di legge* (*Dig. disc. pubbl.*), op. cit., p. 167.

⁴⁸ BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge* (*Enc. dir.*), op. cit., p. 1210.

⁴⁹ CARLASSARE L., voce *Principio di legalità* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 1.

⁵⁰ RONCO M., *Il principio di legalità*, in Ronco M., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, Zanichelli Editore, II ed., 2010, p. 5.

⁵¹ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado de derecho penal. Filosofía y ley penal*, Buenos Aires, Editorial Losada, IV ed. actualizada, 1964, p. 338.

⁵² La doctrina italiana denomina con la expresión *ratio* la función o el enfoque que la norma constitucional le asigna a una determinada consecuencia del principio de legalidad penal. Por ello, a lo largo del análisis de estas diferentes consecuencias se analizará la *ratio* constitucional de cada una, con lo cual se intentará responder cuál es la función que el texto constitucional le asigna a cada subprincipio.

(*certezza del diritto*). Sin embargo, dicha posición ha sido fuertemente criticada por la doctrina nacional. Por una parte, se ha afirmado que si la certeza es la *ratio* del art. 25, inciso 2º, en realidad en todas las hipótesis la certeza estarían garantizada por fuentes jurídicas diferentes a la ley, pues el conocimiento del comportamiento prohibido exigiría como presupuesto lógico la existencia previa de la norma jurídica que lo prohíbe (real función de certeza del principio de irretroactividad); dicho conocimiento puede darse tanto en leyes emitidas por el legislador así como en decretos emitidos por el poder ejecutivo, razón por la cual la reserva de ley no estaría *per se* estructurando una mayor seguridad a los ciudadanos⁵³.

*“È questo il principio che rende possibile la certezza del diritto e, come si è visto, la sua osservanza non ha nulla a che fare con la tipologia della regola il cui contenuto deve essere certo, cioè preventivamente conoscibile”*⁵⁴.

Si la *ratio* a la que responde el art. 25 Cos. ital. es la certeza, ésta puede garantizarse aun a través otras normas jurídicas secundarias, como los reglamentos expedidos por el poder ejecutivo⁵⁵, o incluso por la jurisprudencia de la Corte de Casación. VINCIGUERRA reconoce que las consecuencias que se generan desde esta *ratio* se contraponen, directamente, con el diseño político que se reconoció en el texto constitucional italiano, tendiente a sustraer al gobierno de la actividad creadora de derecho penal, reservado las decisiones más importantes en esa esfera al órgano parlamentario⁵⁶. Se recalca, así, la esencial importancia de la definición de la *ratio* constitucional en tratándose de la relación de la ley penal con los decretos emitidos por el órgano ejecutivo.

Por ello, la *ratio* de certeza no se aplica -frente al art. 25, inciso 2º Cos. ital.- en relación con el principio de reserva de ley; pero, como se verá luego (*supra*, 3.2 y 5.2), sí tiene sentido frente a los principios de irretroactividad y determinación estricta reconocidos también por ese mismo artículo constitucional⁵⁷.

Ahora bien, a pesar de que la doctrina rechaza -con razón- una pretendida *ratio* de certeza constitucional frente al principio de reserva de ley, dicho rechazo no debe ser completo. El art. 25, inciso 2º Cos. ital. se fundamenta en una *ratio* de certeza, aunque en una menor medida frente a la otra *ratio* de garantía reconocida por el mismo texto constitucional. No puede negarse que la certeza depende del tipo de norma jurídica que establezca la prohibición penal; la doctrina ha reconocido, por ejemplo, como la decodificación existente en materia penal en Italia afecta, de manera directa, la certeza y el conocimiento de los ciudadanos frente a las leyes penales⁵⁸. Si ello es así, significa que la certeza que se predica de la ley penal no busca ser, pues, única sino solamente la mayor posible. Los caracteres de generalidad y abstracción, inherentes a toda ley emitida por un órgano legislativo, permiten que el conocimiento de los ciudadanos frente a su contenido sea más fácil y,

⁵³ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 47-48; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 35; GRANDI C., *Riserva*, op. cit., p. 12.

⁵⁴ GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 35. En el mismo sentido, TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 3.

⁵⁵ Vid. DELITALIA G., *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria*, Torino, Accademia delle Scienze, 1966, p. 123-124; LICCI G., *Figure del diritto penale. Lineamenti di una introduzione al sistema punitivo italiano*, Torino, Giappichelli Editore, 2008, p. 121; VINCIGUERRA S., *Le leggi penali regionali. Ricerca sulla controversa questione*, Milano, Giuffrè Editore, 1974, p. 18.

⁵⁶ VINCIGUERRA S., *Le leggi*, op. cit., p. 18.

⁵⁷ Vid. TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 3.

⁵⁸ CATENACCI M., *Il principio di legalità-tipicità fra funzioni di garanzia e rischi di formalismo*, in CATENACCI M., *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, p. 12-13.

con ello, mayor la certeza que la ley, como fuente jurídica, genera. Parece ser que la *ratio* de certeza no puede ser aquella predominante ni decisiva frente al principio de reserva de ley, pero tampoco puede descartarse completamente frente al monopolio legislativo asignado por la Constitución política italiana.

Sin embargo, es claro que la *ratio* fundamental del principio de reserva de ley, al interior del art 25, inciso 2° Cos. ital., es una *ratio* de garantía: “*il procedimento legislativo (...) sia in un ordinamento liberal-democratico il mezzo più idonea a garantire la libertà e i beni fondamentali dei singoli*”⁵⁹. De esta manera se vincula el principio de reserva de ley con el significado de garantía del principio de legalidad penal, todo ello a través de la *condición J* que ya fue individualizada en el capítulo anterior, al desarrollar este significado. De esa manera, el monopolio de las leyes penales se estructura bajo el entendido de que éstas afectan derechos fundamentales de gran magnitud para los ciudadanos (el derecho a la libertad, por ejemplo)⁶⁰. Por ello, y ante la magnitud de los derechos fundamentales afectados, la ley se establece como una garantía de protección de los ciudadanos⁶¹.

Esta posición parece estar más de acuerdo con la ubicación normativa del art. 25, pues al encontrarse en la Parte I, Título I de la Constitución (derechos y deberes de los ciudadanos), la disposición busca proteger la personalidad y la libertad de los estos⁶², protección que no logra evidenciarse a través de una simple *ratio* de certeza.

Parece, pues, claro que la *ratio* de garantía se encuentra reconocida en el art. 25, inciso 2° Cos. ital., pero hasta el momento no se ha explicado por qué la ley (entre todos los actos normativos posibles) es el medio encargado de garantizar, precisamente, la libertad de los ciudadanos, ¿Por qué la ley se convierte en una garantía de protección de la libertad civil como derecho fundamental de los ciudadanos?

Se han ensayado dos tesis diferentes a efectos de justificar la elección realizada por la Constitución política frente a la ley. La primera es la *tesis del carácter idóneo del órgano legislativo*. A través de esta teoría, se justifica esta elección atendiendo a que el procedimiento legislativo constituye el medio idóneo para lograr dos objetivos esenciales; el primero, garantizar la libertad de todos los ciudadanos al reducir al máximo el margen de arbitrariedad de las decisiones político criminales asumidas al momento de prohibir determinado comportamiento⁶³; el segundo, impedir que el derecho penal se convierta en una herramienta de opresión contra la minoría o de persecución sobre determinados grupos sociales⁶⁴. Desde esta perspectiva, el procedimiento legislativo (y la ley penal, como su producto) constituye el puente idóneo entre el significado de garantía y el significado democrático del principio de legalidad penal (*infra*, cap. III, 4 y 6.1), pues no se trata de un asunto

⁵⁹ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 48. En el mismo sentido, GRANDI C., *Riserva*, op. cit., p. 13.

⁶⁰ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 48.

⁶¹ BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionale* (Vol. I), in BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI; A. MELCHIONDA, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 770; BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. XIX, 1973, p. 39. En el mismo sentido, PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 192.

⁶² Vid. NUVOLONE P., *Le leggi penali e la costituzione*, Milano, Giuffrè Editore, 1953, p. 22.

⁶³ VINCIGUERRA S., *Le leggi*, op. cit., p. 18-19. En el mismo sentido, FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 2006, p. 78; MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 42.

⁶⁴ FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, UTET Giuridica, 2008, p. 56.

meramente formal; la democracia, en el derecho penal, adquiere connotaciones de garantía a través del procedimiento de debate y discusión parlamentaria.

La discusión parlamentaria garantiza, por lo menos frente a los otros poderes del Estado, el ejercicio menos abusivo posible del derecho penal⁶⁵. Sin lugar a dudas, la distinción entre lo penalmente relevante y los comportamientos irrelevantes es una elección fundamental: para el derecho penal (como decisión político criminal), tal distinción es asumida por el parlamento, como órgano de representación democrática, y no por cualquier otro órgano estatal⁶⁶.

La segunda tesis que se ha encargado de fundamentar la elección de la ley como fuente exclusiva del derecho penal es la *tesis del carácter representativo del órgano legislativo*. La razón esencial por la cual se justifica la elección del poder legislativo como aquel poder legitimado para expedir el derecho penal objetivo (por medio de la ley penal) es la representatividad democrática que posee⁶⁷. Bajo el actual panorama constitucional y político, es el órgano legislativo el medio elegido para garantizar la libertad del ciudadano a través de la expedición de leyes dada su inherente representatividad política y democrática, aún a pesar de sus indiscutibles imperfecciones⁶⁸. Se parte, así, de una inspiración eminentemente iluminista para reflejar en dicha representatividad un ideal de justicia y bienestar, pues ¿cómo podría el representante del pueblo obrar en contra de su propio representado?⁶⁹.

Además de dicho ideal de justicia, la justificación democrática de la ley penal también se encuentra en la dialéctica generada entre mayoría y minoría que sólo se logra dentro del parlamento (como se verificó al analizar el significado democrático del principio de legalidad penal, *infra*, cap. III, 3.2.1 y 3.3), puesto que “*il Parlamento è l'unica sede in cui le voci discordi dell'opposizione possono far valere le loro istanze, e contrastare la «dittatura della maggioranza»: fino a che non sarà stato escogitato altro più valido espediente costituzionale, la garanzia delle libertà individuale dovrà, dunque, rimanere affidata al principio della stretta, assoluta riserva di legge*”⁷⁰.

Sin embargo, ambas tesis son objeto de profundas y atinadas críticas que perjudican el enfoque democrático asignado a la elección de la ley penal. Por una parte, tal como ya se analizó en el capítulo precedente (*infra*, cap. III, 3.2.1), se discute hoy por hoy el carácter idóneo de la ley penal como mecanismo de discusión de las elecciones político criminales, ante la grave crisis institucional, política y cultural que afrontan las democracias occidentales en la actualidad. Esta situación (crisis, como la califica la doctrina), genera que la ley -como producto normativo del legislador- sea, entre las diferentes fuentes de derecho- la menos idónea para garantizar la libertad de los ciudadanos. Sin embargo, ya se ha visto cómo la aparente crisis no genera, desde ninguna perspectiva, que se afecte la idoneidad de la ley penal como el mejor mecanismo institucional con el que cuenta un Estado constitucional de derecho para garantizar la libertad de los ciudadanos. Aun

⁶⁵ GRANDI C., *Riserva*, op. cit., p. 16.

⁶⁶ LICCI G., *Figure*, op. cit., p. 121.

⁶⁷ DELITALIA G., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 124; DE VERO G., *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, Vol. I, II ed., 2012, p. 108; MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 42.

⁶⁸ Cfr. BRICOLA F., voce *Teoria generale* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 39; BRICOLA F., *Teoría general del delito*, Buenos Aires, Editorial B de f, 2012, p. 136.

⁶⁹ DELITALIA G., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 124. En el mismo sentido, VINCIGUERRA S., *Le leggi*, op. cit., p. 19.

⁷⁰ DELITALIA G., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 124. Con el mismo fundamento dialéctico, DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 108; MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 42.

con las evidentes falencias del debate parlamentario, ninguna otra fuente jurídica diferente a la ley garantiza, ni indirecta ni mucho menos directamente, un debate donde se aglutinen las diferentes posiciones políticas e ideológicas de la sociedad; ni siquiera el juez, como concedor del derecho y custodio de la administración de justicia, logra aglutinar en su decisión un debate libre, público, transparente y democrático que garantice la elección político criminal asumida. Puede criticarse cuanto se quiera la ley penal, la democracia y la calidad actual del debate parlamentario, pero es claro que la democracia (y la ley, como su producto) posee un valor intransferible dentro de un Estado constitucional de derecho; los *puntos dos, tres y cuatro* que se analizaron dentro del significado democrático del principio de legalidad penal (*infra*, cap. II, 3.2.1) demuestran con suficiencia la anterior aseveración.

Ahora bien, por otra parte, las críticas también se dirigen a controvertir la *tesis del carácter representativo del órgano legislativo*⁷¹. Por ejemplo, frente al ideal planteado de que la representatividad democrática de la ley refleja valores como la justicia y el bienestar de los ciudadanos representados, se ha llegado a afirmar que se trata de una ilusión iluminista ya desvirtuada, “ficción” desmontada incluso por la historia. Incluso, se ha concluido que esta tesis no logra justificar la naturaleza actual del principio de reserva de ley, como un vínculo también obligatorio para el legislador, todo ello como consecuencia de la rigidez constitucional.

La doctrina también ha criticado este enfoque al afirmar que, si se trata de una mayoría consolidada, la oposición no se encuentra en grado de tutelar eficazmente al ciudadano, pues su decisión contraria en nada afectaría la decisión finalmente asumida. Por si no fuera poco, se ha llegado a señalar, con acierto, que una ley arbitraria puede surgir también de la aprobación conjunta tanto de la mayoría como de la oposición.

Las anteriores críticas, lejos de desvirtuar la *tesis del carácter representativo del órgano legislativo*, sólo generan la necesidad de que ésta sea complementada con cuatro fundamentos diferentes. Frente al primer fundamento, y vistas las críticas que se han realizado en torno al poco control real de la minoría frente a las decisiones democráticas tomadas por una eventual mayoría absoluta o consolidada, el control -más que real o democrático- se concreta en un control político de las minorías en el órgano legislativo⁷², tal como ya se analizó. A pesar de que el control ejercido por la minoría en la discusión pública de la ley penal no sea muchas veces efectivo, no puede desconocerse que tal mecanismo es un control o instrumento democrático razonablemente efectivo, reconocido por la constitución para oponerse a la decisión mayoritaria del órgano legislativo⁷³. De esta manera, el control de la opinión pública y de la minoría (no como controles *inevitablemente* efectivos, sino *potencialmente* efectivos) logra concretar este primer fundamento respecto de la *ratio* de garantía en la ley penal como producto del órgano representativo del poder soberano.

El segundo fundamento que busca reforzar la tesis de representatividad de la ley penal se concreta en el control de constitucionalidad de ella de acuerdo a los vínculos y valores reconocidos por la Constitución política. Así, la *ratio* de garantía se concreta en el control de legitimidad constitucional

⁷¹ Con un resumen de todas las críticas dirigidas a esta tesis, véase, TRAPANI M., voce *Legge penale (Enc. giu.)*, op. cit., p. 3.

⁷² Cfr. TRAPANI M., voce *Legge penale (Enc. giu.)*, op. cit., p. 4.

⁷³ Vid. BRICOLA F., voce *Teoria generale (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 43.

que realiza la Corte Constitucional⁷⁴, lo que garantiza el límite de contenido establecido por el texto constitucional al legislador. A pesar de que este fundamento no comparte una inspiración democrática⁷⁵, la realidad es que -tal como se analizó frente al significado democrático del principio de legalidad penal (*infra*, cap. III, 5), precisamente éste es el sentido negativo de este significado: la democracia sustancial concreta una garantía negativa, como prohibición de derogar algunas partes de la Constitución por parte del legislador⁷⁶, control que realiza precisamente la Corte Constitucional.

El tercer fundamento es de naturaleza democrática, que se concreta en el potencial control de mérito que el poder soberano puede realizar sobre la ley penal mediante el recurso del referendo popular abrogativo⁷⁷, situación que no sucede con ninguna otra fuente de derecho. Finalmente, el cuarto fundamento establece la naturaleza inderogable e irrenunciable de la ley penal como producto democrático (punto que surge del fenómeno de *inevitabilidad democrática* ya analizado frente al significado democrático del principio de legalidad penal); y es que, si la función de garantizar los límites de la libertad que establece el derecho penal no le corresponde a la ley, como acto normativo expedido por el órgano legislativo, ¿entonces cuál acto normativo expedido por cuál órgano constitucional se encargaría de dicha función? Reconociendo las imperfecciones del procedimiento legislativo, no existe otra forma más idónea para garantizar que las limitaciones a la libertad del ciudadano (por lo menos, en apariencia) sean legítimas, pues su función -precisamente- es evitar abusos por parte del órgano ejecutivo (e incluso, del órgano judicial)⁷⁸.

La justificación de la elección de la ley como la única y exclusiva fuente de derecho encargada de regular el derecho penal se encuentra en el carácter representativo del órgano legislativo, que a través del debate democrático entre las diferentes posiciones políticas e ideológicas, y del *potencial* control de la minoría democráticamente elegida y de la opinión pública, constituye el mecanismo idóneo para garantizar la *razonabilidad* de las decisiones político criminales tomadas, al garantizar cuanto menos un espacio institucional y legitimado constitucionalmente para debatir, precisamente, dichas cuestiones.

Es por ello que resulta indiscutible, hoy en día, que el art. 25, inciso 2º Cos. ital. reconoce una *ratio* de garantía en la ley penal, frente al principio de reserva de ley, todo ello a través del vínculo de este principio con el significado democrático del principio de legalidad penal. Sin embargo, también resulta razonable atribuir a la misma disposición constitucional, y frente al principio de reserva de ley, una *ratio* de certeza cuanto menos mínima, pues no parece correcto desconocer que las características de la ley -como su carácter de generalidad y abstracción- generan inevitablemente

⁷⁴ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 78; TRAPANI M., voce *Legge penale (Enc. giu.)*, op. cit., p. 4; MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 42.

⁷⁵ Vid. PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, II ed., 2006, p. 106; PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 227-228.

⁷⁶ FERRAJOLI L., *Il paradigma della democrazia costituzionale*, in FERRAJOLI L., *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. IPPOLITO; F. MASTROMARTINO, Napoli, Editorial Scientifica, 2015, p. 56-57; PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXVI, T. I (Principio di legalità e diritto penale), Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2007, p. 1293.

⁷⁷ TRAPANI M., voce *Legge penale (Enc. giu.)*, op. cit., p. 4. En el mismo sentido, MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 42.

⁷⁸ Vid. DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 108. MANTOVANI califica la reserva de ley como el *medio constitucionalmente menos peligroso*, Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 42.

mayor certeza respecto del conocimiento de los comportamientos prohibidos; no se trata, como lo ve parte de la doctrina, de un asunto indiferente, pues la ley -a diferencia de las otras fuentes de derecho- posee en su esencia la potencialidad de ser conocida por la totalidad de los ciudadanos, lo que le otorga indudablemente una función de certeza *especial* que otras fuentes jurídicas no pueden garantizar⁷⁹.

Ahora bien, ¿cuál es la *ratio* reconocida por la Constitución política colombiana en el art. 29, inciso 2º respecto del principio de reserva de ley? Frente a este particular asunto, ni la doctrina ni la jurisprudencia nacional han realizado ninguna contribución directa a efectos de determinar, frente a la disposición constitucional, la *ratio* específica atribuida al principio de reserva de ley⁸⁰. Se encuentra, tangencialmente, el reconocimiento histórico que la doctrina colombiana ha realizado -incluso, desde el Código penal de 1936- del principio de legalidad penal como una *garantía* para los ciudadanos⁸¹, situación que también ha sido definida por la Corte Suprema de Justicia colombiana⁸², pero tal reconocimiento es de por sí insuficiente para establecer la *ratio* constitucional del principio de reserva de ley. Sin embargo, los mismos desarrollos realizados en Italia (y, por lo tanto, también las conclusiones derivadas de tales desarrollos) pueden utilizarse para analizar el contexto constitucional en el que se reconoce el principio de reserva de ley en la Constitución política colombiana.

Así las cosas, es indiscutible que la *ratio* del principio de reserva de ley en la constitución colombiana es una *ratio* de garantía, con una mínima y reducida *ratio* de certeza. Y es que el principio de legalidad penal se encuentra reconocido por la Constitución colombiana en sus arts. 28 y 29, ambos ubicados en el Título II (denominado *De los derechos, las garantías y los deberes*), Capítulo I (*de los derechos fundamentales*); al reconocerse explícitamente la legalidad penal como un derecho fundamental y una garantía individual, es inherente a ella una *ratio* de garantía tal como ha sido perfilada por la doctrina italiana. Ello es aún más evidente cuando se ve cómo dicha *ratio* surge del significado democrático del principio de legalidad penal, significado que es igualmente predicable de los contextos constitucionales de Italia y de Colombia.

⁷⁹ La *potencialidad* de la ley para ser conocida por todos los ciudadanos no la tiene, en la misma magnitud, ni la jurisprudencia, ni la costumbre ni mucho menos la doctrina, pues se trata de fuentes de derecho altamente especializadas, concretas y muy específicas, que no cuentan con los mismos medios institucionales para ser conocidas por la generalidad de ciudadanos, medios con los que sí cuenta la ley a través de la publicación en el diario oficial del Congreso de la República.

⁸⁰ Sin lugar a dudas, se trata de un enfoque particular establecido por la doctrina italiana que aún, a la fecha, no ha sido reconocida en Colombia, razón elemental para que no se haya siquiera iniciado la discusión.

⁸¹ En ese sentido, véase, GUTIERREZ GÓMEZ J., *Comentarios al Código Penal Colombiano*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1940, p. 38; PÉREZ L. C., *Manual de derecho penal. Partes general y especial*, Bogotá, Editorial Temis, VI ed., 1977, p. 30; PÉREZ L. C., *Derecho penal. Parte general y especial*, Bogotá, Editorial Temis, T. I, 1981, p. 59-60; LOZANO Y LOZANO C., *Elementos de derecho penal*, Bogotá, Ediciones Lerner, II ed., 1961, p. 382; GÓMEZ PRADA A., *Derecho penal colombiano. Parte General*, Bogotá, Editorial Temis, II ed., 1959, p. 75; BARRIENTOS RESTREPO S., *Elementos de derecho penal*, Bogotá, Colección Jurídica Bedout, III ed., 1977, p. 210; ARENAS A. V., *Comentarios al Código Penal Colombiano. Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, II ed., 1968, p. 13; ARENAS A. V., *Compendio de derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967, p. 9; ARENAS A. V., *Comentarios al Código Penal Colombiano. Parte General*, Bogotá, Editorial Temis, IV ed., T. I, 1983, p. 18 (De hecho, este autor nombra el principio de legalidad penal como *garantía criminal*); MESA VELÁSQUEZ L. E., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 1962, p. 54; REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, XI ed., 1987, p. 49; REYES ECHANDÍA A., *Obras completas*, Bogotá, Editorial Temis, T. I, 1998, p. 49; ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, II ed., 1986, p. 49.

⁸² CSJ col., 24 de enero del 2007, Rad. 24.638; 9 de febrero del 2006, Rad. 23.496.

2.3. Fuente jurídica y alcance del principio de reserva de ley:

Sin embargo, habiéndose verificado la *ratio* constitucional del principio de reserva de ley, no se ha analizado aún, precisamente, a partir de cuales disposiciones constitucionales se deduce la existencia de esta consecuencia del principio de legalidad penal.

En Italia, por una parte, se han ensayado diferentes posiciones tendientes a encontrar la disposición constitucional que reconocería de manera directa el principio de reserva de ley. Se ha indicado que este principio se constitucionalizó junto con el principio de irretroactividad de la ley penal en el art. 25, inciso 2º Cos. ital.⁸³, a través de la expresión “*in forza di una legge*”, contenida en dicho apartado normativo. De igual manera, también se ha reconocido la reserva de ley en materia penal en el art. 13 *ejusdem*⁸⁴, al reconocer que toda privación de la libertad debe realizarse sólo por motivo previamente definido por la ley.

Por su parte, en el c.p.i. también se reconoce el principio de reserva de ley en el art. 1, a través de los siguientes apartados del artículo en cuestión: “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente preveduto come reato dalla legge*, né con pene che non siano da essa stabilite”, norma que -atendiendo su valor exegético en relación con el art. 25, inciso 2º Cos. Ital.- ha sido calificada como una norma constitucional de naturaleza material⁸⁵.

Visto todo lo anterior, es claro que el reconocimiento constitucional y legal del principio de reserva de ley es claro; al utilizar las expresiones “*in forza di una legge*” y “*espressamente preveduto come reato dalla legge*”, resulta evidente concluir que sólo la ley -como acto normativo- puede definir los comportamientos prohibidos, con lo cual el principio de reserva de ley tiene una consagración directa en el ordenamiento jurídico italiano.

Ahora bien, la situación es similar frente al ordenamiento jurídico colombiano, pues tanto la Cos. col. como el c.p.c. reconocen de manera directa el principio de reserva de ley. La Cos. col., en su art. 29, inciso 2º, y el c.p.c. en el art. 6, inciso 1º, utilizando la misma fórmula gramatical, reconocen este principio al afirmar que “Nadie podrá ser juzgado sino *conforme a leyes preexistentes* al acto que se le imputa”, consagración directa del principio de reserva de ley.

El análisis precedente permite verificar las disposiciones constitucionales y legales que reconocen el principio de reserva de ley. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de dicho principio? Cuestión más compleja es determinar el alcance con el cual se reconoce este principio. Una primera posición concluye del artículo 25, inciso 2º Cos. ital. una reserva de ley *explícitamente* referida sólo a las leyes penales con eficacia constitutiva, es decir, aquellas disposiciones normativas que vinculan un precepto (conducta o comportamiento humano) con una consecuencia sancionatoria⁸⁶; por el

⁸³ BOSCARRELLI M., voce *Nullum crimen sine legge*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 1; GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 38; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 1.

⁸⁴ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 6.

⁸⁵ PAGLIARO A., *Legge penale*, in *Il diritto penale fra norma e società*, *Scritti 1956-2008*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. III, 2009, p. 323. En el mismo sentido, PAGLIARO A., *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Il diritto penale fra norma e società*, *Scritti 1956-2008*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. III, 2009, p. 292-293; PAGLIARO A., *Sommario del diritto penale italiano. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 38.

⁸⁶ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 785; GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 38; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 29; TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 9.

contrario, frente a las demás leyes penales con diferentes eficacias⁸⁷, la reserva no surgiría de manera explícita sino implícitamente de acuerdo con la *ratio* de garantía contenida en el art. 25 constitucional⁸⁸.

Quienes reconocen que el principio de reserva de ley también cobija a las diversas disposiciones normativas con eficacia modificativa y extintiva⁸⁹ establecen un argumento de orden lógico-constitucional: las normas modificativas o extintivas (definidas y establecidas por fuentes jurídicas diferentes a la ley) proyectan sus efectos a las normas constitutivas de ilícitos penales y a las normas sancionatorias⁹⁰. De esa manera, permitir que otros actos normativos diferentes a las leyes generen tales efectos consentiría que éstas puedan modificar o, incluso, derogar leyes emanadas del órgano legislativo. Se trata de un argumento lógico, que busca reconocer el diferente valor normativo asignado por la Constitución política frente a la ley ordinaria en relación con otras fuentes jurídicas de inferior valor⁹¹.

Pero, quienes no reconocen el punto anterior, establecen una diferencia pues la reserva de ley en materia penal tendría un valor relativo; de esa manera, el sistema de fuentes no cambiaría (y no lo puede hacer, por ser un requisito constitucional), pero sí el valor absoluto de la ley penal en dichas normas⁹². Por ello, el principio de reserva de ley afectaría sólo las leyes penales incriminadoras (aquellas que crean delitos) y las leyes penales *in malam partem* para el acusado. La *ratio* de garantía del principio limitaría su alcance a estas dos clases de leyes penales⁹³.

Ya se verá, durante el análisis del principio de reserva de ley y las diferentes fuentes de derecho, el real alcance de este principio; la posición correcta frente a su alcance debe ser un punto de partida intermedio entre las dos posiciones ya analizadas; es evidente que un acto normativo diferente a la ley no puede modificar o derogar la ley misma, todo ello como consecuencia del valor que la propia constitución le asigna a este acto normativo. Pero, también es evidente que a través de una *ratio* de garantía el principio de reserva de ley no debe tener un alcance absoluto, a efectos de evitar el uso de disposiciones jurídicas *in bonam partem*. Dentro de esta perspectiva, y a efectos de que el alcance de este principio sea coherente con la *ratio* constitucional a él asignada, debe reconocerse *cierta influencia, mínima*, de otras fuentes jurídicas diferentes de la ley penal, influencia que -en todo caso- siempre será indirecta, a través de una ley que permita o autorice tal situación. Con ello quiere decirse que las demás fuentes de derecho tendrán eficacia en el derecho penal en la medida en que

⁸⁷ Por ejemplo, leyes penales con eficacia modificativa, que aumentan o disminuyen los límites de las sanciones penales por imponer; y las leyes penales con eficacia extintiva, que establecen las diferentes causas extintivas del delito y de la pena.

⁸⁸ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 38.

⁸⁹ PAGLIARO A., *Legge penale*, op. cit., p. 328-329. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 112; PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 228-229; PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 98.

⁹⁰ En el caso de disposiciones normativas abrogativas, se tratan sin lugar a dudas de elementos negativos del “*fatto típico di reato*”, generando así un efecto negativo que contribuye a la individualización de la norma penal incriminadora real. Por ello, tienen plena aplicación frente al art. 25, 2º co. Cos. ital. Vid. TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 9.

⁹¹ BOScareLLI M., voce *Nullum crimen* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2; BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 787; GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 56; LICCI G., *Figure*, op. cit., p. 126; PAGLIARO A., *Sommario*, op. cit., p. 43-44.

⁹² BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 790-792.

⁹³ DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 234. En el mismo sentido, MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale. Parte general*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 40; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, IV ed. ristampa con addenda integrata, 2012, p. 53.

una ley penal, con eficacia modificativa o extintiva, así las autorice (por ello, también se puede hablar de *eficacia modificativa o extintiva delegada*)⁹⁴.

Frente al principio de reserva de ley en el ordenamiento jurídico colombiano, la situación no difiere sustancialmente a la ya relatada frente al derecho penal italiano. Y es que, tal como sucede con la legislación italiana, el reconocimiento constitucional y legal del principio de reserva de ley se limita a su consagración positiva, sin reconocerle ningún alcance o límite, asunto que fue dejado a posteriores desarrollos doctrinales y jurisprudenciales. Así pues, es perfectamente predicable la misma conclusión en relación con el derecho penal colombiano.

Analizado el concepto, la *ratio* constitucional y el alcance del principio de reserva de ley tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como el italiano, corresponde analizar los diferentes corolarios que se derivan del reconocimiento constitucional de este principio. Así, se debe indicar la discusión existente -particularmente, en Italia- frente a la relación de la ley penal nacional frente a una eventual eficacia de la ley regional como ley con efectos incriminatorios. De la misma manera, se verificará si lo reconocido por ambos textos constitucionales es una reserva absoluta o reserva relativa, con lo cual se buscará trazar una línea más clara frente al alcance de este principio. De igual forma, se debe concretar el principio de reserva de ley frente a sí reconoce como fuente de derecho válida no solo la ley penal en sentido formal sino, también, en sentido material, con lo cual se analizarán las relaciones del principio de reserva de ley con los actos jurídicos emanados por el órgano ejecutivo con valor de ley. Finalmente, se verificarán las consecuencias del principio de reserva de ley frente a las diferentes fuentes de derecho en materia penal.

2.4. El principio de reserva de ley y la ley regional en Italia:

Lo primero que debe precisarse, en este punto, es que la discusión respecto de la ley regional y su posibilidad de ser una ley con efectos incriminatorios se reduce al ordenamiento jurídico italiano. En Colombia, el texto constitucional sencillamente no permite que los departamentos puedan emitir leyes⁹⁵.

La posición doctrinal casi unánime se decanta por afirmar que sólo la ley estatal puede tener efectos incriminatorios⁹⁶. Las razones, sin embargo, son múltiples. Se afirma que reconocer a la ley regional la posibilidad de crear normas penales incriminatorias implicaría una violación del principio de igualdad (art. 3 Cos. ital., en conjunción con el art. 117) frente a la libertad personal⁹⁷. Ante la

⁹⁴ Existen leyes penales que -además de modificar o extinguir- autorizan a otras fuentes jurídicas a generar efectos en el derecho penal. Por supuesto, la cuestión de si existe una ley penal con efectos de incriminación y autorizativa (como lo sería una ley que delegue la creación de un delito a un decreto emitido por el órgano ejecutivo, por ejemplo) es bastante diferente, cuestión que se analizará a lo largo del presente capítulo.

⁹⁵ De acuerdo con el régimen constitucional colombiano, son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, de acuerdo con el art. 286 Cos. col.. De acuerdo con el principio de subsidiaridad (art. 288 *ejusdem*), los departamentos no pueden expedir leyes regionales, pues la facultad legislativa le compete, de manera exclusiva, al Congreso de la República.

⁹⁶ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. CONTI, Milano, Giuffrè Editore, XVI ed. aggiornata e integrata, 2003, p. 73; RANIERI S., *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, T. I, 1975, p. 54.

⁹⁷ CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, Roma, Editori Laterza, Vol. I, VI ed., 2002, p. 38; DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 244; GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 39; PAGLIARO A., *Legge penale*, op. cit., p. 326-327; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 319-320; VINCIGUERRA S., *Le leggi*, op. cit., p. 34.

afectación de un derecho fundamental tan importante como la libertad individual, surge la exigencia de disciplinar uniformemente el derecho penal en todo el territorio del país⁹⁸. Además, se ha alegado que una facultad incriminadora directa frente a las regiones contraría la prohibición que éstas tienen de adoptar leyes o procedimientos que limiten el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos (art. 120, 2º e 3º co. Cos. ital.)⁹⁹. Por si no fuera poco, la doctrina italiana acude al propio art. 25, inciso 2º Cos. ital., acudiendo al concepto de “ley”¹⁰⁰. En este sentido, a través de la propia *ratio* política de este artículo constitucional, se ha deducido la imposibilidad de que las leyes regionales puedan crear delitos¹⁰¹. Se alega, además, una indiscutible razón política, determinando que es el Estado italiano -y no las regiones- el que tiene la potestad penal, pues es éste el verdadero ordenamiento “soberano”, expresión de la legitimidad que se requiere para poder emitir leyes penales¹⁰².

Por supuesto, las razones aducidas por la doctrina se establecieron antes de la reforma constitucional sucedida en el 2001 al art. 117, inciso 2º Cos. ital., momento en el que la Constitución fijó una posición clara¹⁰³. De esta manera, puede afirmarse que permitir a las leyes regionales la posibilidad de crear delitos (mediante normas incriminadoras) es una “*impossibilità assoluta*”¹⁰⁴. Aun considerando la independencia de las regiones, Italia sigue siendo un país unitario, no federal¹⁰⁵.

Sin embargo, lo que sí ha aceptado la doctrina es la posibilidad de que las leyes regionales tengan efectos modificatorios o extintivos¹⁰⁶. Aunque, tampoco esta última posición se encuentra libre de críticas, dirigidas a discutir la compatibilidad de considerar que las leyes regionales posean un carácter abrogativo frente a una ley nacional, vinculando así el principio de igualdad y la propia competencia exclusiva que el art. 117 Cos. ital. le reconoce al Estado frente al derecho penal¹⁰⁷.

2.5. ¿Reserva absoluta o reserva relativa?:

Ahora bien, ¿cuál es la diferencia en afirmar que la reserva de ley reconocida por la Constitución política es una reserva absoluta o relativa? Se trata, sin lugar a dudas, de una diferencia exclusivamente cuantitativa¹⁰⁸. Una reserva absoluta implica un nivel de garantía máximo, en el sentido de que todo debe ser regulado por la ley¹⁰⁹; por ello, cuando se habla de este tipo reserva la

⁹⁸ VINCIGUERRA S., *Le leggi*, op. cit., p. 34.

⁹⁹ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 39; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 319.

¹⁰⁰ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 320.

¹⁰¹ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 36.

¹⁰² TRAPANI M., *Consideraciones sobre la legitimación y los límites del derecho penal*, in AA. VV., *Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, a cura di D. ARAQUE, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, p. 760-761.

¹⁰³ Cfr. DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 87; MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Lavis, Wolter Kluwers Italia, CEDAM, III ed., 2015, p. 48; MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 52; PULITANO D., *Diritto penale*, op. cit., p. 96; TRAPANI M., *Consideraciones*, op. cit., p. 760.

¹⁰⁴ AA. VV., *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. DE VERO, Torino, Giappichelli Editore, 2010, p. 13. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Riserva di legge*, op. cit., p. 280.

¹⁰⁵ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 319. De igual forma, CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Manuale*, op. cit., p. 69.

¹⁰⁶ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 52. En el mismo sentido, MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 36-37; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 40.

¹⁰⁷ Cfr. FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 57-58.

¹⁰⁸ CARLASSARE L., voce *Principio di legalità (Enc. giu.)*, op. cit., p. 7.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 7. En el mismo sentido, MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 41; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 54.

regulación de una “entera materia” (en este caso, el derecho penal) es atribuida a la ley¹¹⁰, excluyendo así la intervención de cualquier otro acto normativo diferente¹¹¹. Por el contrario, en una reserva relativa la ley establece sólo el fundamento, no debiendo regular la totalidad del asunto¹¹², con lo cual pueden intervenir otras fuentes jurídicas subordinadas a ella¹¹³. En la reserva relativa existe únicamente, para el legislador, la obligación de fijar una reglamentación general, mientras que la reglamentación más detallada puede provenir de fuentes jurídicas subordinadas a la ley¹¹⁴.

Así pues, es fundamental la cuestión de si el principio de reserva de ley reconoce una reserva absoluta o relativa tanto en el ordenamiento jurídico italiano como el colombiano.

Frente al derecho penal italiano, una parte reducida de la doctrina considera que la reserva es de carácter relativo. De manera contundente, MARINI reconoce la existencia de una reserva de ley relativa en el art. 25, inciso 2º Cos. ital.: “*non si possa seriamente sostenere, di iure condito, l’avvenuta configurazione (...) di una riserva assoluta di legge in materia penale*”¹¹⁵. La Constitución política reconoce, entonces, una reserva relativa de ley con límites muy rigurosos (así lo expresa, por ejemplo, cuando habla de los decretos legislativos)¹¹⁶. De esa manera, el legislador se encuentra legitimado para hacer reenvíos normativos a otras fuentes de derecho pues los hechos que desea prohibir no son susceptibles de ser descritos sólo en términos descriptivos¹¹⁷. El precepto penal que contiene el comportamiento prohibido puede estar previsto, de manera tácita o implícita, dentro de la ley, incluso remitiendo su contenido de manera completa a un reglamento¹¹⁸.

Es claro que, como consecuencia del reconocimiento de una reserva relativa, la ley remitiría a un reglamento (a través de un decreto legislativo, por ejemplo) la selección de los comportamientos prohibidos, ya sea de manera general o específica, así como su determinación concreta¹¹⁹, vaciando completamente de sentido el reconocimiento que hiciera la Constitución política frente al principio de reserva de ley.

A pesar de esta primera posición, la doctrina mayoritaria reconoce una reserva absoluta de la ley penal, a través de diferentes disposiciones normativas de la constitución política y del código penal. De manera directa, la doctrina reconoce una reserva absoluta a través del art. 13 Cos. ital.¹²⁰. Ahora bien, ¿El art. 13, inciso 2º Cos. ital. comparte la misma *ratio* que el art. 25 *ejusdem*? La inquietud surge pues, como es apenas obvio, si se desea predicar del art. 13 una reserva absoluta, ambas normas constitucionales deben tener la misma *ratio* respecto del principio de reserva de ley. Al

¹¹⁰ BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge* (*Enc. dir.*), op. cit., p. 1209; DE FRANCO R. G., voce *Riserva di legge* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 105; MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 46; TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2.

¹¹¹ Vid. PAGLIARO A., *Principio di legalità*, op. cit., p. 293.

¹¹² BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge* (*Enc. dir.*), op. cit., p. 1209.

¹¹³ DE FRANCO R. G., voce *Riserva di legge* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 105.

¹¹⁴ TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2. En el mismo sentido, MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 46.

¹¹⁵ MARINI G., voce *Nullum crimen* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 952.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 952.

¹¹⁷ CONTENTO G., *Corso*, op. cit., p. 42-43.

¹¹⁸ ROCCO A., *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, Buenos Aires, B de F, 2001, p. 522-525.

¹¹⁹ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 41.

¹²⁰ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 6.

respecto, debe afirmarse que sí poseen una misma e idéntica *ratio*, pues en ambos casos es incompatible cualquier idea de indeterminación legal frente a la prohibición penal de un comportamiento humano¹²¹, con la consecuente privación de la libertad que tal prohibición implica.

Frente al art. 25, inciso 2º Cos. ital., se han realizado tres diferentes análisis de la norma a efectos de derivar de ella una reserva absoluta: un *análisis literal*, un *análisis contextual* y un *análisis teleológico*. Frente al primer *análisis literal*, una parte -reducida- de la doctrina italiana reconoce una reserva absoluta en el art. 25, inciso 2º Cos. ital., a través de la fórmula perentoria utilizada por dicha disposición, “*in forza di una legge*”¹²².

Sin embargo, las críticas dirigidas a este análisis literal son más convincentes. Y es que no puede deducirse una reserva absoluta del tenor literal del art. 25, pues la expresión “*in forza di legge*” es una expresión muy general, de la cual pueda deducirse sólo un significado inequívoco¹²³; al contrario, hay quienes reconocen en la redacción del art. 25 constitucional una reserva de ley relativa¹²⁴, razón por la cual el dato gramatical suministrado por el artículo resulta insuficiente para calificar la reserva como absoluta.

Por el contrario, el *análisis contextual* del mismo art. 25 con el art. 1 c.p.i. parece dar conclusiones más favorables. Y es que, a diferencia de lo que sucede con el texto constitucional, a través de un *análisis literal* resulta claro que el Código penal sí reconoce una reserva absoluta¹²⁵, conclusión inequívoca de acuerdo con la expresión “*espressamente preveduto*” contenida en el art. 1 *ejusdem*. De esta manera, las diferencias que existen entre la redacción de este art. 1 (“*che non sia espressamente preveduto como reato dalla legge*”) y aquella del art. 25, inciso 2º Cos. ital. (“*se non in forza di legge*”) permiten concluir, frente al contenido reconocido por la constitución, que la ausencia de las expresiones en el texto constitucional obedece a una extrema síntesis de los contenidos¹²⁶. De esta manera, el art. 1 c.p.i. tiene un valor exegético que precisa el contenido del art. 25 Cos. ital.¹²⁷.

Además del anterior análisis, de acuerdo con NUVOLONE las normas constitucionales no sólo se encuentran en la Constitución política, sino también en algunas leyes cuyo contenido sea análogo al incorporado en el texto constitucional; si hay identidad de la materia tratada puede decirse que la ley ordinaria en realidad es una ley constitucional, por la analogía existente¹²⁸. En esa medida, puede afirmarse que el art. 1 c.p.i. es, en realidad, una norma constitucional -en sentido material- atendiendo la identidad de materia regulada. Por ejemplo, según PAGLIARO, por tener relación con la tutela de un derecho fundamental como lo es la libertad, el art. 1 c.p.i. es una disposición

¹²¹ DE FRANCO R. G., voce *Riserva di legge* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 107.

¹²² Vid. BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge* (*Enc. dir.*), op. cit., p. 1216; CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 3; DE FRANCO R. G., voce *Riserva di legge* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 105.

¹²³ Cfr. TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2. En el mismo sentido, DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 239; PAGLIARO A., voce *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XXIII, 1973, p. 1040-1041; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, VIII ed., 2003, p. 38.

¹²⁴ GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 30.

¹²⁵ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 40; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 30.

¹²⁶ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 776.

¹²⁷ PAGLIARO A., *Principi*, op. cit., p. 38.

¹²⁸ NUVOLONE P., *Le leggi penali*, op. cit., p. 11.

normativa que pertenece, desde una perspectiva material, a la Constitución política¹²⁹. Bajo esta posición, el artículo en mención tiene naturaleza constitucional por el objeto que tutela.

Sin embargo, el *análisis contextual* entre estas dos normas no genera como única interpretación el reconocimiento de una reserva absoluta. Por el contrario, hay quien afirma que no es del todo claro que la norma constitucional -interpretada contextualmente- se refiera a una reserva de ley absoluta (“*non risulta prima facie ben chiaro il valore significante*”¹³⁰). Y es que el análisis contextual realizado sería incorrecto puesto que el art. 1 c.p.i. no puede considerarse como una norma constitucional, pues ello contrariaría la jerarquía inequívoca establecida por la misma Constitución; toda ley ordinaria está, necesariamente, sujeta a la constitución¹³¹.

Finamente, también puede realizarse un *análisis teleológico* del art. 25, inciso 2º Cos. ital. en atención a la *ratio* reconocida por la misma Constitución política en relación con el principio de reserva de ley. De esta manera, si este artículo contiene una *ratio* de garantía, al verse afectados derechos de los ciudadanos -como lo es la libertad-, la garantía reconocida en el texto constitucional debe ser la máxima posible¹³²; en esa medida, el art. 25 *ejusdem* reconoce una reserva de ley de “*modo rigidamente assoluta*”¹³³, producto de una interpretación restrictiva¹³⁴. En esa perspectiva, sólo a partir de la ley puede conseguirse el máximo grado posible de tutela frente a los bienes protegidos¹³⁵. De la misma manera, bajo una *ratio* democrática, la reserva deducida del art. 25 debe ser, necesariamente, absoluta puesto que la ley emanada del órgano legislativo garantiza que el derecho penal objetivo sea discutido de manera más amplia y conveniente que cualquier otra fuente jurídica¹³⁶.

Frente al análisis exhaustivo emprendido al art. 25, inciso 2º Cos. ital., debe reconocerse que la reserva absoluta tiene un discutible reconocimiento explícito a través de la expresión gramatical “*in forza de una legge*” contenida en dicha disposición; por el contrario, el reconocimiento es implícito (y mucho menos discutible) a través de un análisis contextual con el art. 1 c.p.i., con el cual puede pensarse que la expresión “*espressamente*” se encuentra incluida en el texto constitucional. Este reconocimiento implícito estaría respaldado, indudablemente, a través de un análisis teleológico atendiendo la *ratio* de garantía reconocida por la constitución frente al principio de reserva de ley.

Por otro lado, el reconocimiento de una reserva absoluta es más evidente en tratándose del art. 13 *ejusdem*, disposición constitucional que no deja duda alguna al respecto, al afirmar que “*non è ammessa forma alcuna di detenzione (...) nè qualsiasi altra restrizione della libertà personale (...) nei soli casi e modi previsti dalla legge*”. La redacción establecida es clara en determinar que el acto normativo legitimado para establecer los casos y los modos para restringir la libertad personal

¹²⁹ Cfr. PAGLIARO A., voce *Legge penale* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 1041; PAGLIARO A., *Principi*, op. cit., p. 38-39. Incluso, este autor afirma que para la modificación legislativa de dicho artículo (aun siendo ley ordinaria) se requiere un procedimiento agravado de revisión constitucional (voce *Legge penale*, p. 1041).

¹³⁰ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 754.

¹³¹ TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 2.

¹³² *Ibidem*, p. 4.

¹³³ *Ibidem*, p. 4.

¹³⁴ DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 239-240.

¹³⁵ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 776.

¹³⁶ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 48, 63.

(como es el caso de la determinación del comportamiento prohibido) le compete sólo a la ley, razón por la cual es lógico concluir -de dicha expresión- una reserva absoluta de ley.

Las consecuencias que pueden predicarse de una reserva absoluta en materia penal son claras¹³⁷. La primera de ellas es la imposibilidad de dotar a la costumbre, como a cualquier otra fuente de derecho, de una fuerza creadora de delitos; ni siquiera, la costumbre integradora puede ser aceptada. Además de lo anterior, debe deducirse la ilegitimidad constitucional de cualquier intento por delegar, en materia penal, el poder legislativo al órgano ejecutivo mediante reglamentos o decretos. De esta manera, todo el contenido normativo debe ser establecido enteramente por la ley, con el objetivo de que sea, de igual manera, controlable por la Corte Constitucional¹³⁸.

A pesar de que la doctrina que reconoce una reserva absoluta es mayoritaria¹³⁹ (incluso, hay quien reconoce que dicho reconocimiento es unánime¹⁴⁰), dicha calificación es, sin lugar a dudas, un asunto incierto y complejo, pues no se logra identificar una diferencia clara entre este tipo de reserva y una relativa¹⁴¹. En este punto, la dificultad no está en la identificación abstracta de cada tipo de reserva, pues desde una perspectiva teórica la diferencia es clara; al contrario, el problema se encuentra en la incoherencia entre las soluciones interpretativas asumidas, pues la totalidad de quienes predicen una reserva absoluta de ley en materia penal parecen llegar -en la práctica- a una reserva relativa¹⁴². La afirmación de CONTENUTO es clara en este aspecto: cualquier referencia a otra fuente jurídica por parte de la ley penal, hace que la reserva sea relativa¹⁴³. Esta contradicción se verá con más claridad al analizar la influencia de la ley en sentido material en el derecho penal.

Así, ¿cuál es, entonces, la reserva que reconoce el texto constitucional italiano? La reserva es absoluta, por lo menos desde una perspectiva tangencial¹⁴⁴ (se habla, incluso, de una reserva absoluta *ma relativizzata*¹⁴⁵), pues la discusión se plantea en torno a los límites; por ejemplo, la aceptación de una reserva absoluta no ha evitado el reconocimiento de espacios grandes de intervención por parte del órgano ejecutivo¹⁴⁶, mediante decretos legislativos y decretos ley. Debe afirmarse que aquello que la doctrina reconoce como una reserva absoluta es, en realidad, una reserva relativa con límites¹⁴⁷; puede hablarse, también, de una reserva *tendencialmente* absoluta¹⁴⁸, lo que demuestra que la solución se encuentra -en realidad- en algún punto intermedio entre una reserva completamente absoluta y otra plenamente relativa.

¹³⁷ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 756-757. En el mismo sentido, TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 4.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 4.

¹³⁹ ANTONISEI F.; CONTI L., *Istituzioni di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 39; BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge* (*Enc. dir.*), op. cit., p. 1217 BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 756-777; GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 66; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 48; PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 40; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 63.

¹⁴⁰ BRICOLA F., *Teoría*, op. cit., p. 135; DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 233.

¹⁴¹ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 5-6.

¹⁴² En este sentido, véase, CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 7.

¹⁴³ CONTENUTO G., *Corso*, op. cit., p. 41-42.

¹⁴⁴ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 64; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 315-318.

¹⁴⁵ CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Manuale*, op. cit., p. 65; CADOPPI A.; VENEZIANI, P., *Elementi*, op. cit., p. 67.

¹⁴⁶ Vid. DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 233.

¹⁴⁷ Implícitamente, CONTENUTO G., *Corso*, op. cit., p. 45.

¹⁴⁸ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 41; PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 101.

En la práctica, se ha dado una evidente relativización de la reserva absoluta de la ley penal¹⁴⁹, por más contradictoria que esta afirmación pueda parecer. La contradicción es evidente, por ejemplo, para CARLASSARE: mientras que para la definición legal de la *fattispecie* se permite un criterio más flexible al momento de definir la conducta prohibida por medio de un reglamento ejecutivo (decreto), lo mismo no sucede con la definición legal de la sanción penal, en el sentido de que la ley se limita, de manera exclusiva, como la única fuente normativa autorizada para regularla¹⁵⁰. Se alega, para respaldar la reserva legal de la sanción penal (en este caso, realmente absoluta) el hecho de que se busca proteger así los valores de libertad tanto individuales como civiles, así como se busca amparar el derecho de igualdad de todos los ciudadanos¹⁵¹. Pero, ¿tales argumentaciones no pueden realizarse de la misma manera en relación con la definición normativa de la *fattispecie*? Parece un contrasentido buscar la protección de la libertad ciudadana a través de una reserva absoluta de ley en tratándose de la sanción penal, pero desconociendo esa misma garantía frente a la *fattispecie*.

Sin embargo, la reserva de ley en materia penal debe ser interpretada rigurosamente; la *ratio* de representatividad democrática inherente a ella permite justificar tal posición¹⁵². Por ello, a pesar de que la doctrina -casi de manera unánime- reconoce la existencia de una reserva absoluta, existe una contradicción entre tal afirmación frente a las relaciones de la ley penal con otras fuentes normativas, como los reglamentos emitidos por el órgano ejecutivo o la posibilidad de permitir un concepto material de ley penal. Puede afirmarse -como ya se demostrará- que la reserva de ley reconocida por el art. 25, inciso 2º Cos. ital. es una reserva absoluta, relativizada únicamente frente a aspectos técnicos que -indiscutiblemente- deben ser definidos y reglamentados por fuentes diferentes a la ley, siendo ésta la única excepción al carácter absoluto de la ley penal.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico colombiano, debe decirse que esta discusión (respecto de la diferencia de una reserva absoluta y relativa, y el reconocimiento constitucional de una de ellas en el ordenamiento jurídico nacional) no ha sido ni iniciada ni desarrollada por parte de la doctrina; como se verá en el siguiente acápite, la doctrina colombiana ha discutido el alcance del principio de reserva de ley frente a la posibilidad de incluir un concepto material de ley, pero sin llegar a calificar la reserva como absoluta o relativa. En tal caso, no se cuenta con análisis precedentes que logren identificar en el ordenamiento colombiano cuál de las dos reservas es reconocida por la Constitución política.

Sin embargo, los desarrollos ya consolidados en Italia logran contribuir en este punto. Si se realiza un análisis similar al ya expuesto, puede evidenciarse que el reconocimiento de la reserva de ley en la Constitución política es absoluto, con la única excepción ya identificada para el derecho penal italiano. Al analizar el art. 28 Cos. col., se observa el mismo contenido que aquel establecido por el art. 13 Cos. ital., pues se afirma que “*nadie [podrá] ser reducido a prisión o arresto, ni detenido (...) sino (...) por motivo previamente definido en la ley*”; por supuesto, tal como se concluyó al verificar el desarrollo histórico del principio en Colombia, la fórmula tiene como influencia directa el art. 7º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (formula por lo demás

¹⁴⁹ Vid. MANNA A., *Corso*, op. cit., p. 43.

¹⁵⁰ BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge* (*Enc. dir.*), op. cit., p. 1217; CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 7.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 7-8.

¹⁵² Cfr. BRICOLA F., *Teoría*, op. cit., p. 154; GROSSO C. F., *Il fascino discreto*, op. cit., p. 126.

tradicional en nuestro contexto constitucional); de esta manera, no sólo es indudable el reconocimiento del principio de legalidad penal en el art. 28 Cos. col. sino, además, la consagración del principio de reserva de ley. Por si no fuera poco, frente al art. 29 *ejusdem* pueden realizarse los mismos análisis *literal* y *teleológico* a efectos de verificar el tipo de reserva de ley reconocido por la constitución colombiana¹⁵³.

Al respecto, un *análisis literal* no logra identificar de manera específica cuál es la reserva de ley reconocida; sin lugar a dudas, la expresión “*conforme a leyes preexistentes*” no revela una inclinación indiscutible por una reserva absoluta, pues es claro que incluso una reserva relativa garantizaría el juzgamiento de una persona conforme a las *leyes penales preexistentes*. Así pues, y al igual que sucede en el contexto constitucional italiano, el dato literal por sí solo no suministra elementos suficientes para concluir el tipo de reserva de ley reconocido por la constitución. Sin embargo, un *análisis teleológico* sí permite concluir que el tipo de reserva reconocido por la Constitución nacional es absoluto, pues la *ratio* de garantía establecida frente al principio de reserva de ley así lo exigiría. En este punto entra en juego el significado democrático asignado al principio de legalidad penal, significado que sólo puede mantener su justo valor a través de una reserva absoluta de la ley penal.

Por ello, puede concluirse que en Colombia la reserva de ley en materia penal debe ser interpretada rigurosamente, como exigencia apenas natural de la *ratio* de representatividad democrática inherente a ella. De esta manera, la reserva de ley reconocida por el art. 29, inciso 2º Cos. col. es una reserva absoluta, relativizada únicamente frente a aspectos técnicos que -indiscutiblemente- deben ser definidos y reglamentados por fuentes diferentes a la ley, siendo ésta la única excepción al carácter absoluto de la ley penal.

2.6. ¿Ley penal en sentido formal y también en sentido material? Relaciones del principio de reserva de ley con actos jurídicos emanados por el órgano ejecutivo con valor de ley:

Sin lugar a dudas, ésta constituye una de las cuestiones más discutidas frente al alcance y el valor concreto del principio de reserva de ley. A efectos de verificar los límites y el contenido específico de este principio debe analizarse qué se entiende por “*ley*”, pues indudablemente entre más amplio sea este concepto, más actos normativos quedarán cobijados bajo la reserva reconocida por este principio. ¿Qué actos normativos quedan cobijados bajo el principio de reserva de ley?

Es indudable que el principio de reserva de ley cubre la ley formal *costituzionale* (dentro del contexto jurídico italiano), bajo el argumento de que, si es posible aceptar como fuente de derecho penal la ley ordinaria mucho más deberá aceptarse la ley constitucional, más rigurosa en su creación legislativa¹⁵⁴. Atendiendo el ordenamiento jurídico colombiano, a la misma conclusión puede predicarse frente a la llamada *ley estatutaria*, leyes que de acuerdo con el art. 153 de la Cos. col. exigirían, para su aprobación, una mayoría absoluta.

¹⁵³ Se prescinde, en este caso, de un *análisis contextual* pues el reconocimiento que el Código penal realiza frente al principio de legalidad penal es, gramaticalmente, el mismo (ambas disposiciones normativas utilizan la misma fórmula literal frente al reconocimiento de este principio).

¹⁵⁴ PAGLIARO A., voce *Legge penale* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 1041. Veremos, como, en Colombia la discusión es diferente.

Una primera posición afirma -en Colombia- que sólo la ley estatutaria es la competente para regular el derecho penal¹⁵⁵. Se trata, sin lugar a dudas, de una interpretación aislada (pero, no por ello equivocada) que no ha tenido eco ni en la jurisprudencia constitucional ni en la doctrina nacional¹⁵⁶. Esta posición se justifica, con razón, al verificar que el art. 150, literal a) de la Cos. col. establece que sólo puede regularse mediante este tipo de ley los “*derechos y deberes fundamentales de las personas*”; si se entiende que las leyes penales afectan mediante sus sanciones el derecho fundamental de la libertad de los ciudadanos, se hace así exigible la ley estatutaria como el medio normativo establecido constitucionalmente para limitar tal libertad personal¹⁵⁷. Por supuesto, una ley penal *regula* un derecho fundamental al limitarlo; y, precisamente, con la imposición de penas privativas de la libertad así lo hace, razón de peso para entender que, en efecto, el derecho penal objetivo debe establecerse en Colombia mediante leyes estatutarias. Esta posición ha sido mantenida, también, en la discusión española frente al art. 81 de la Constitución política de 1978 y las leyes orgánicas¹⁵⁸.

Sin embargo, y a pesar de la contundencia del razonamiento, hoy por hoy se mantiene que la ley penal puede ser aprobada mediante una ley ordinaria, no siendo necesaria la ley estatutaria. Es indiscutible que la ley ordinaria en su sentido formal, emitida por el órgano legislativo, se debe incluir dentro del concepto ley como fuente reservada en materia penal¹⁵⁹. En el caso de Italia, el titular del órgano legislativo es el Parlamento, conformado por la Cámara de diputados y el Senado de la República, quienes deben emitir la ley penal en su sentido formal (art. 55, 70 al 74 Cos. ital.)¹⁶⁰. En el caso de Colombia, el asunto se encuentra resuelto por el art. 114 de la Constitución política, donde se le otorga al Congreso de la República la función de hacer las leyes, acuerdo con el art. 150, n. 2 y 3.

Pero, analizadas ya las discusiones en torno a las llamadas leyes formales, ¿qué sucede con aquellos otros actos normativos que pueden ser calificados como “leyes materiales”? La discusión sobre la posibilidad de incluir, en materia penal, los decretos legislativos y los decretos ley sólo es posible atendiendo el valor que la Constitución italiana da a dichos decretos, pues los considera leyes en sentido material¹⁶¹. Si no fuese así, la relación del decreto legislativo con la ley penal debería

¹⁵⁵ Cfr. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal. Parte general*, Medellín, Librería Jurídica Comlibros, IV ed., 2009, p. 136-137, 225; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, p. 78; VELÁSQUEZ F., *La jurisprudencia como fuente formal del derecho penal. Prevaricato por desconocimiento del precedente judicial*, in *Cuad. der. pen.*, Vol. IX, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2013, p. 155.

¹⁵⁶ La jurisprudencia de la Co. Cos. col. ha sido reiterada en negar esta última posición: C-013/93, 21 de enero de 1993; C-313/94, 7 de julio de 1994; C-055/95, 16 de febrero de 1995; C-646/01, 20 de junio de 2001; C-193/05, 3 de marzo de 2005; C-319/06, 25 de abril de 2006. De igual forma, CARRASQUILLA reconoce que sólo la ley en sentido formal puede ser fuente de derecho penal, excluyendo los diferentes actos normativos expedidos por el órgano ejecutivo, pero sin llegar a reconocer que es la *ley estatutaria* el acto normativo idóneo, según la Constitución nacional, para constituir el derecho penal objetivo. Cfr. CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Vol. I, III ed., 2004, p. 152, 160, 192.

¹⁵⁷ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 225-226; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos*, op. cit., p. 78, 136-137.

¹⁵⁸ En ese sentido, véase, AA. VV., *Curso de derecho penal. Parte general*, a cura di C. RODRÍGUEZ YAGÜE, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004, p. 50-51; CARBONELL MATEU J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo blanch, II ed., 1996, p. 111-113; MUÑOZ CONDE F.; GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo blanch, VII ed., 2007, p. 101-103.

¹⁵⁹ Vid. PAGLIARO A., voce *Legge penale* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 1041; TRAPANIM., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 4-5.

¹⁶⁰ Vid. DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 238.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 240-242.

regularse, en principio, como un asunto de delegación entre la ley y un decreto expedido por el órgano ejecutivo, situación que se discutirá más adelante¹⁶².

Son múltiples las razones aducidas por quienes incluyen en la reserva de ley un concepto material de la misma. La primera razón, que atiene al derecho positivo, establece que la Cos. ital. atribuye a dichos actos una eficacia normativa igual al de las leyes emitidas por el órgano legislativo¹⁶³. Se trata de una atribución especial que la Constitución otorga a estos actos normativos; así, no tiene sentido que la Constitución reconozca valor de ley a estos decretos, pero tal reconocimiento no sea aplicable en materia penal¹⁶⁴. Por ello, al encontrarse en el mismo plano de valor que la ley ordinaria, el decreto legislativo como el decreto ley pueden ser reconocidos como fuentes normativas en el derecho penal¹⁶⁵.

Sin embargo, éste no es el único argumento propuesto para fundamentar el carácter material de la reserva de ley. También, como segundo argumento, se aduce que la *ratio* de garantía reconocida por el art. 25, inciso 2º Cos. ital. y la garantía democrática que implica la reserva de ley no se afectan con la delegación establecida en el art. 76 *ejusdem*, así como con los poderes especiales contenidos en el art. 77 del texto constitucional¹⁶⁶. El valor de la ley en sentido material. en el derecho penal. es plenamente coherente con la *ratio* que garantiza el art. 25 constitucional¹⁶⁷, pues se mantiene el control político del órgano legislativo, ya sea de manera previa o posterior, tanto en los decretos legislativos como en los decretos ley¹⁶⁸; de esta manera, la ley en sentido material no sería una cuenta en blanco, ya que dicho poder se encuentra bajo el poder del órgano legislativo (se reconoce, así, una intervención legislativa -por lo menos indirecta- en ambos decretos)¹⁶⁹.

De manera conjunta a las dos razones aducidas, también se ha afirmado que en ambas situaciones (tanto con los decretos legislativos como con los decretos ley) se hace un marcado énfasis en el carácter “urgente y de absoluta necesidad” de la intervención punitiva del Estado¹⁷⁰. Por si no fuera poco, la doctrina ha reconocido, además, que el parlamento (por su naturaleza política) no es un órgano idóneo para discutir, redactar y aprobar codificaciones, por su propia extensión y su alto carácter técnico¹⁷¹. Además de ello, y como un asunto práctico, de no aceptarse la legitimidad de estos actos normativos, se estaría en una situación de ilegitimidad de gran parte de la legislación penal vigente en Italia¹⁷², pues ésta ha sido aprobada casi exclusivamente mediante decretos legislativos.

¹⁶² Con esta conclusión, *Ibidem*, p. 240-242.

¹⁶³ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 49-50; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 56.

¹⁶⁴ TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 5. En el mismo sentido, ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, II ed. rinnovata ed ampliata, 2013, p. 108-109.

¹⁶⁵ PAGLIARO A., voce *Legge penale* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 1041; PAGLIARO A., *Legge penale*, op. cit., p. 324; PAGLIARO A., *Principi*, op. cit., p. 42.

¹⁶⁶ En relación con ambos conceptos, GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 50-52. En relación sólo de los decretos legislativos, RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 57.

¹⁶⁷ TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 5.

¹⁶⁸ CONTENTO G., *Corso*, op. cit., p. 36-37; LICCI G., *Figure*, op. cit., p. 123.

¹⁶⁹ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 3; GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 50.

¹⁷⁰ ANTONISEI F., *Elementi di diritto penale. La parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, 1945, p. 18.

¹⁷¹ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 53.

¹⁷² Cfr. TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 5.

Sin embargo, también existen razones de peso para rechazar los decretos legislativos y los decretos ley como fuentes del derecho penal. Así, se ha aseverado que la posición más coherente, de acuerdo con la *ratio* de garantía que reconoce el art. 25, inciso 2º Cost. ital., es aquella de limitar las fuentes de derecho penal sólo a la ley en sentido formal¹⁷³. Una primera posición que soportaría esta coherencia atiende a la sanción penal, pues si la pena sólo puede definirse por medio de una ley penal, es ilógico permitir que la conducta prohibida sea definida por otra fuente jurídica como lo es un decreto, puesto que entre la primera (la pena) y la prohibición existe un vínculo inescindible¹⁷⁴. Una segunda posición reconoce que la tutela máxima que el principio de reserva de ley intenta establecer para la protección de las minorías parlamentarias genera la imposibilidad de aceptar, dentro de dicha reserva, actos distintos a la ley en sentido formal¹⁷⁵. Finalmente, una tercera posición aduce más que razones de índole jurídicas, a razones democráticas y de legitimación; de esta manera, limitar el concepto de ley penal sólo a la ley formal constituye un mecanismo legítimo para actuar contra la práctica abusiva que en la actualidad se viene dando en Italia frente a la utilización de decretos legislativos y decretos ley en materia penal¹⁷⁶. ¿Cuál de estas posiciones es, pues, más coherente? Es preciso estudiar ambos actos normativos (decreto legislativo y decreto ley), a efectos de verificar si las razones expuestas, en uno u otro sentido, tienen el mismo peso o, por el contrario, una posición es más coherente que la otra a partir del reconocimiento constitucional del principio de reserva de ley.

Por una parte, los *decreti legislativi* o *leggi delegate* (reconocidos en el art. 76 Cos. ital.) son una fuente normativa basada exclusivamente en una ley delegada por el órgano legislativo al órgano ejecutivo, con una limitación temporal¹⁷⁷. En esa medida, quienes reconocen que un decreto legislativo sí puede ser incluido dentro de la reserva de ley establecida por la constitución para el derecho penal, afirman que estos decretos establecen dos límites claros que posibilitan tal inclusión: el primero, de naturaleza sustancial o de contenido, frente a lo regulado por el decreto legislativo (objeto delegado); y, el segundo, de naturaleza temporal, como límite de tiempo¹⁷⁸. Ambos límites son impuestos por el legislador, pues es éste y no el gobierno nacional quien conserva la determinación de la materia delegada¹⁷⁹. De esta manera, se trata de una delegación que surge del órgano legislativo, donde se incluye a la minoría democráticamente elegida¹⁸⁰, órgano que mantiene a través de ambos límites el control sobre lo regulado en materia penal.

Frente al primer límite sustancial, la ley de delegación garantiza la participación del parlamento, y con ella, el cumplimiento de la *ratio* de garantía del art. 25 Cos. ital.¹⁸¹; esta participación logra,

¹⁷³ Vid. BRICOLA F., voce *Teoria generale* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 41; BRICOLA F., *Teoría*, op. cit., p. 146; FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 80.

¹⁷⁴ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 84.

¹⁷⁵ BRICOLA F., *Teoría*, op. cit., p. 154. En el mismo sentido, MANNA A., *Corso*, op. cit., p. 46.

¹⁷⁶ Vid. CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Manuale*, op. cit., p. 69; CADOPPI A.; VENEZIANI, P., *Elementi*, op. cit., p. 68.

¹⁷⁷ BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, G. Priulla Editore, V ed. riveduta e aggiornata, 1962, p. 98;

RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 57; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 314.

¹⁷⁸ GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano. Introduzione e parte prima. Le norme penale sinteticamente considerate*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. I, II ed., 1950, p. 309.

¹⁷⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 53; PAGLIARO A., voce *Legge penale* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 1041; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 57.

¹⁸⁰ Vid. CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 3; TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 5.

¹⁸¹ PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 110; PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 226.

incluso, garantizar la participación de la minoría¹⁸², con lo cual sería indiscutible la compatibilidad del decreto legislativo (como materia delegada) con la *ratio* de garantía, por lo menos desde su perspectiva democrática. Por si no fuera poco, el control genérico que realiza el órgano legislativo, referido exclusivamente a los criterios o principios frente a los cuales se regirán los decretos que surjan de la ley de delegación, se compensa con el control integral de legitimidad constitucional que puede realizar, precisamente, la Corte Constitucional sobre tal decreto legislativo¹⁸³.

Además de todo lo anterior, la delegación que realiza el legislador frente a los decretos legislativos es, en algunos casos específicos, necesaria atendiendo el carácter técnico de las conductas que se desean prohibir, como por ejemplo en los delitos contra el ambiente o la circulación vial¹⁸⁴.

De esta manera, los decretos legislativos son fuentes de conocimiento de derecho penal en la medida en que constituyen una concesión (constitucionalmente establecida) de potestad legislativa¹⁸⁵. Y, por si no fuera poco, en el caso de los decretos legislativos subsiste un control directo por parte de la Co.cos. ital.¹⁸⁶.

Finalmente, se afirma que la imposibilidad de aprobar en sede parlamentaria, artículo por artículo, un código penal en su totalidad hace constitucional (por necesidad) la utilización de decretos legislativos¹⁸⁷. Sin lugar a dudas, se trata más que una razón constitucional o jurídica, una razón pragmática¹⁸⁸.

Quienes no reconocen la posibilidad de incluir en la reserva de ley penal a los decretos legislativos, aducen que el mismo art. 76 Cos. ital. establece un control preventivo, pero extremadamente genérico, pues sólo exige establecer unos criterios directivos¹⁸⁹. En esa medida, se duda en realidad si el decreto legislativo mantiene y respeta la *ratio* de garantía contenida en el art. 25, inciso 2º *ejusdem*. Se afirma, además, que atendiendo cómo se ha realizado tal delegación en la realidad, es evidente que no cumple con el requisito de rigurosidad mínimo exigido, en atención al art. 25 constitucional¹⁹⁰.

Esa rigurosidad mínima exigida no se cumpliría por dos razones. La primera razón se dirige a señalar que la minoría no puede, en tales circunstancias, controlar las decisiones de política criminal de la mayoría parlamentaria¹⁹¹, con lo cual se estaría desconociendo -completamente- el significado democrático del principio de legalidad penal. La segunda razón precisa que, a pesar de que la

¹⁸² FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 58-59.

¹⁸³ TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 5. En el mismo sentido, PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, V ed., 1999, p. 23.

¹⁸⁴ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 82.

¹⁸⁵ RANIERI S., *Manual*, op. cit., p. 54.

¹⁸⁶ ROMANO B., *Diritto penale*, op. cit., p. 108-109.

¹⁸⁷ PAGLIARO A., *Sommario*, op. cit., p. 38-39.

¹⁸⁸ Una razón pragmática que, como se verá, simplemente no es cierta. Si se compara la realidad política italiana con la realidad política colombiana, mucho más convulsionada que la primera, puede evidenciarse la falacia que resulta afirmar que, simplemente, no es posible aprobar en sede parlamentaria un código en su totalidad. ¿si en Colombia ha sido posible la aprobación de códigos por parte del órgano legislativo (muestra de ello es el Código penal del 2000), ¿qué puede impedir que el órgano legislativo italiano haga lo propio?

¹⁸⁹ Cfr. CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 3.

¹⁹⁰ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 34; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 38.

¹⁹¹ Vid. FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 81.

delegación inicial tiene una naturaleza democrática (reducida, por lo demás), la atribución de poder dada al órgano ejecutivo conlleva con necesidad una delegación también de elecciones políticas, con lo cual quien detentaría el poder político criminal sería el ejecutivo y no el parlamento¹⁹².

De esta manera, se evidencia una contradicción en aceptar la posibilidad de permitir los decretos legislativos en materia penal¹⁹³, pues sí un decreto puede crear toda la *fattispecie* (como en este caso), un decreto también podría determinar los diferentes elementos de ella, bajo el principio de que quien puede lo más puede lo menos, con lo cual la reserva reconocida en el art. 25, inciso 2º Cos. ital. no puede ser absoluta sino, por el contrario, relativa. Así, sería contradictorio aceptar, por una parte, que la Constitución política reconoce una reserva absoluta en materia penal y reconocer, por otra parte, que los decretos legislativos puedan expedir nuevas *fattispecie* en su totalidad.

Por otra parte, los *decreti con forza di legge* (reconocidos en el art. 77 Cos. ital.) se limitan a casos de extraordinaria necesidad y de urgencia¹⁹⁴. Por ello, son dos las razones que se han precisado para aceptar los decretos ley como fuentes de derecho penal: el primer elemento es la necesidad de que sean convertidos por el parlamento; el segundo elemento es su inherente límite temporal¹⁹⁵. Frente al primer elemento, la doctrina ha afirmado que lo esencial en estos decretos (y lo que conllevaría a que puedan incriminar determinados hechos como delitos) es el deber de presentar el decreto al parlamento para que sea convertido en ley¹⁹⁶. En este caso, el control o la intervención del órgano legislativo se da de manera sucesiva a la expedición del propio decreto¹⁹⁷, lo que permite la participación del parlamento y, por lo tanto, de la minoría.

En relación con el segundo elemento (es decir, su límite temporal), debe reconocerse que los decretos ley pierden eficacia *sin dall'inizio* si la Cámara no los convierte en leyes ordinarias dentro de los 60 días siguientes de su publicación. En esa medida, es su carácter provisional (limitado en el tiempo) lo que permite que sean reconocidos como una fuente de derecho penal¹⁹⁸, máxime cuando no es posible reconvertir de nuevo un decreto ley ya ineficaz de acuerdo con la Co. Cost. ital.¹⁹⁹. Por ello, los decretos ley son fuentes de conocimiento del derecho penal en la medida en que se emiten por razones de urgencia y absoluta necesidad²⁰⁰.

Sin embargo, el fundamento teórico que sirve para soportar la posibilidad de incluir estos decretos dentro de la reserva de ley, también ha sido aducido para rechazar esa misma posibilidad. En esa medida, el elemento principal que caracteriza el decreto ley (el carácter de manifiesta urgencia) es incongruente con los principios rectores que deben guiar el derecho penal, como lo son el principio de ofensividad y el fin educativo de la pena²⁰¹; si se reconoce que el derecho penal puede ser emitido atendiendo criterios de urgencia y absoluta necesidad, queda excluida cualquier posibilidad de

¹⁹² MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 35; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 38.

¹⁹³ De manera implícita, BRICOLA F., voce *Teoria generale* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 40-41.

¹⁹⁴ BETTIOL G., *Diritto penale*, op. cit., p. 98; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 314.

¹⁹⁵ FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 58.

¹⁹⁶ RANIERI S., *Manual*, op. cit., p. 54.

¹⁹⁷ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 3. En el mismo sentido, PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 23; PAGLIARO A., voce *Legge penale* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 1041; PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 109; PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 226; TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 5.

¹⁹⁸ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 53.

¹⁹⁹ Co. Cost. ital., n. 360/1996. En el mismo sentido, ROMANO B., *Diritto penale*, op. cit., p. 110.

²⁰⁰ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 82-83; RANIERI S., *Manual*, op. cit., p. 54.

²⁰¹ DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 243. En el mismo sentido, FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 82.

reconocer un principio de *ultima ratio* o de intervención mínima en ese mismo derecho penal; o el derecho penal se emite con criterios de necesidad y urgencia (con lo cual debe rechazarse cualquier planteamiento tendiente a limitar al derecho penal como un derecho de intervención mínima, o por el contrario el derecho penal sí es de *ultima ratio*, con lo cual el decreto ley sería la última de las fuentes jurídicas legítimas para expedirlo).

Además de esta primera crítica, los dos elementos que caracterizan al decreto ley también han servido para excluir su valor en el derecho penal. Por ello, a pesar de la limitación temporal de los decretos ley, durante los 60 días en que duran sus efectos el gobierno puede eludir la *ratio* de reserva criminalizando un nuevo comportamiento o creando, de manera arbitraria, un periodo de impunidad²⁰². De esta manera, se generaría una incerteza frente a los efectos que ese decreto pueda generar durante los 60 días en los que regiría²⁰³, pues es claro que las limitaciones de la libertad personal que el decreto ley genere durante su vigencia no pueden, lógicamente, retrotraerse²⁰⁴. Por ello, el control posterior del legislador sería completamente insuficiente²⁰⁵.

Ahora bien, visto el debate suscitado en la doctrina frente a este punto, ¿qué puede concluirse frente al alcance de la reserva de ley en materia penal?, ¿la reserva de ley constitucional incluye sólo la ley en sentido formal, o también en sentido material? Debe afirmarse que, a partir del significado democrático del principio de legalidad penal establecido en el capítulo anterior (*infra*, cap. III, 3.2.1), sólo la ley en sentido formal puede ser reconocida como una fuente legítima para el derecho penal, de acuerdo con el art. 25, inciso 2º Cos. ital. y el art. 29, inciso 2º Cos. col. A pesar de ser una posición aislada y muy reducida en la doctrina italiana²⁰⁶, la reserva absoluta de la ley penal genera que deban excluirse como fuentes del derecho penal tanto los decretos legislativos como los decretos ley.

Ya se ha precisado el verdadero significado democrático del principio de legalidad penal (*infra*, cap. III, 3.2), precisando dicho significado de la siguiente manera:

“discusión irrenunciable (en un Estado constitucional de derecho), pública y permanente de las decisiones político criminales que se deseen implementar, entre la mayoría funcional y la minoría (ésta última, con funciones de colaboración, principalmente, y control, subsidiariamente) que legitima el poder punitivo del Estado, configurándose, así, en un mecanismo institucional de salvaguarda contra cualquier decisión arbitraria”.

Es innegable que sólo la ley penal logra cumplir los diferentes elementos incluidos en el significado democrático del axioma de legalidad penal. A pesar de los intentos teóricos por afirmar que la decisión político criminal se encuentra en el órgano legislativo (por ejemplo, en los decretos legislativos, a través de la ley delegante y la determinación de los criterios orientadores), es claro que la elección político criminal del comportamiento prohibido en ambos casos (tanto en los decretos legislativos como en los decretos ley) se encuentra en cabeza del órgano ejecutivo, quien ya sea por delegación o por necesidad puede determinar a su entero capricho el alcance y la definición de los comportamientos prohibidos. En tal circunstancia, la mayoría funcional y la

²⁰² BRICOLA F., *Teoría*, op. cit., p. 144; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 57-58.

²⁰³ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 3.

²⁰⁴ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 34; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 38.

²⁰⁵ Vid. DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 242; MANNA A., *Corso*, op. cit., p. 46-47.

²⁰⁶ CONTENTO G., *Corso*, op. cit., p. 38.

minoría elegida democráticamente, al interior del órgano legislativo, no estarían asumiendo decisiones político criminales, razón por la cual no estarían tampoco legitimando el poder punitivo del Estado. Por si no fuera poco, el control *indirecto* del órgano legislativo en ambos tipos de decretos no se estructuraría en un real mecanismo institucional de salvaguarda contra decisiones arbitrarias, pues su control (previo o posterior) no logra evitar la determinación unilateral (y, por lo tanto, caprichosa) de decisiones en materia penal por parte del órgano ejecutivo.

Si el principio de legalidad penal (y, con éste, el principio de reserva de ley) es corolario de una doctrina política que ve en la ley el producto de la voluntad general, y de la misma manera al parlamento como el depositario de dicha soberanía²⁰⁷, es una contradicción partir de una *ratio* de garantía respecto del art. 25, inciso 2º Cos. ital. (así como del art. 29, inciso 2º Cos. col.) para permitir en el derecho penal los decretos legislativos, los decretos ley y las demás fuentes de menor jerarquía a la fuente formal. Esta posición es, por lo menos, incongruente.

Pero, además de considerar el significado democrático del principio de legalidad, existe otro significado que permite concluir la necesidad de limitar el concepto de “ley penal” sólo en sentido formal. Si se considera el significado de legitimación política de este principio, la legitimidad necesaria del derecho punitivo en un Estado constitucional de derecho exige que el único concepto permitido sea la ley en sentido formal, excluyendo así cualquier otra fuente jurídica aun cuando ésta tenga naturaleza de ley a nivel constitucional²⁰⁸. Los decretos legislativos y los decreto ley pueden tener, por autorización expresa de la Constitución, rango de leyes, pero tal autorización no puede predicarse frente al derecho penal, pues es claro que el *ius puniendi* exige una instancia de legitimación adicional a la simple formalidad jurídica, instancia que sólo se consigue, precisamente, mediante el significado democrático del principio de legalidad penal.

En Colombia, el asunto resulta ser más pacífico que en Italia. Se considera que sólo la ley formal se encuentra legitimada para regular el derecho penal. Esto excluye, evidentemente, que cualquier otra fuente de derecho -como lo serían los decretos ley y los decretos legislativos- puedan incluirse en la reserva de ley reconocida constitucionalmente²⁰⁹. Y esto parece claro pues el propio art. 150, n. 10, inciso 4º de la Cos. col. prohíbe que el órgano legislativo confiera facultades especiales al presidente para legislar mediante códigos, prohibición que excluye *ab initio* cualquier posibilidad de incluir en la reserva de ley reconocida por el art. 29, inciso 2º *eiusdem* un concepto material de ley²¹⁰.

En este punto, puede concluirse que el texto constitucional colombiano resulta ser más preciso y mucho más completo al momento de regular el principio de reserva de ley. La última disposición constitucional mencionada (art. 150, numeral 10 Cos. col.) permite terminar este debate que, por el

²⁰⁷ GUASTINI R., voce *Principio di legalità*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, UTET, Vol. IX, IV ed., 1994, p. 85.

²⁰⁸ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 34; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 37. En Colombia, véase, CARRASQUILLA J. F., *Principios y normas rectoras del derecho penal*, Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 1998, p. 117.

²⁰⁹ CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal*, op. cit., p. 152, 160, 192; CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 137; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 225.

²¹⁰ Dice el art. 150, numeral 10, inciso 3º: “Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje./Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.”

contrario, en Italia se encuentra al día de hoy abierto²¹¹; incluso, puede afirmarse que la posición mayoritaria (respaldada por la jurisprudencia de la Co. cos. ital.) respalda los decretos legislativos y los decretos ley como fuentes de derecho penal. El contexto constitucional colombiano es más claro -y por ello, más garantista- al momento de hablar de reserva de ley penal²¹².

2.7. Relaciones de la ley penal con los decretos y demás actos normativos emitidos por el órgano ejecutivo:

Precisado el alcance de la reserva de ley (en cuanto absoluta), y confirmado además que sólo se incluye en dicho concepto la ley en sentido formal, debe analizarse la relación de tal acto normativo con los decretos y demás actos jurídicos emitidos por el órgano ejecutivo. Se trata, sin lugar a dudas, de un tema polémico, altamente discutido²¹³, el “*capitolo più dibattuto e delicato dell’intera tematica delle fonti*”²¹⁴. Y es que resulta indudable que la delegación que puede hacer la ley penal frente a los decretos responde a tres realidades claramente identificables. Por una parte, atiende a la imposibilidad de que el legislador especifique siempre todo tipo penal²¹⁵; en esa medida, la integración entre ley ordinaria y reglamento (acto administrativo emitido por el órgano ejecutivo) puede generar un aporte técnico de estas últimas fuentes respecto del delito definido por el legislador²¹⁶, situación *per se* irreprochable. Por otra parte, la doctrina ha identificado una constante degradación de la función legislativa²¹⁷, situación que ha sido solventada en la práctica mediante la delegación que la ley penal realiza frente a los reglamentos técnicos y muchos más específicos expedidos por el órgano ejecutivo. Finalmente, tal delegación responde a una realidad político criminal indiscutible, pues el derecho penal debe ofrecer alguna alternativa que le permita al poder punitivo del Estado ajustar las leyes penales incriminadoras a nuevas realidades, siempre cambiantes, de la sociedad²¹⁸.

Sin lugar a dudas, se trata de un tema relacionado, de manera estrecha, con el concepto de *tipo penal en blanco*²¹⁹, pues la problemática se ubica -indudablemente- frente a la existencia de un supuesto de hecho que contiene una conducta que la ley penal prohíbe, pero que es definida de manera

²¹¹ Sin lugar a dudas, de no existir dicha disposición constitucional la discusión aún existiría, como sucede en Italia. Antes de la Constitución política de 1991 la doctrina mantenía de manera mayoritaria un concepto material de ley penal. Cfr. REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 48; ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 37-38; ROMERO SOTO L. E., *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, Vol. I, 1969, p. 182; ROZO ROZO J., *Comentarios de derecho penal general*, Bogotá, Universidad Santo Tomas, 1978, p. 135. Sólo una pequeña parte de la doctrina limitaba el concepto de ley penal a un sentido formal, implícitamente: GÓMEZ PRADA A., *Derecho penal*, op. cit., p. 76-77; MESA VELÁSQUEZ L. E., *Lecciones*, op. cit., p. 54. Explícitamente, rechazando cualquier delegación al poder ejecutivo, VELÁSQUEZ F., *El principio de legalidad jurídicopenal*, in *Nuevo Foro Penal*, Vol. XXXII, 1986, p. 267-268.

²¹² Y esto parece ser irrefutable pues, bajo la existencia de la Constitución política de 1886, que no tenía una limitación como si la tiene el actual texto constitucional frente a la delegación legislativa, la doctrina colombiana aceptaba que, junto con la ley formal, los decretos legislativos y los decretos ley pudieran aceptarse dentro de la definición del principio de legalidad penal. Véase, BARRIENTOS RESTREPO S., *Elementos*, op. cit., p. 213; ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 37-38; REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 48; ROMERO SOTO L. E., *Derecho penal*, op. cit., p. 182; ROZO ROZO J., *Comentarios*, op. cit., p. 135.

²¹³ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 315.

²¹⁴ TRAPANI M., voce *Legge penale (Enc. giu.)*, op. cit., p. 6.

²¹⁵ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 315.

²¹⁶ TRAPANI M., voce *Legge penale (Enc. giu.)*, op. cit., p. 6.

²¹⁷ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 315.

²¹⁸ Cfr. Co. Cost. col., C-605/06, 1º de agosto de 2006.

²¹⁹ CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Manuale*, op. cit., p. 64; CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Elementi*, op. cit., p. 66. En Colombia, véase, CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal*, op. cit., p. 168; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 151.

indeterminada; así, la determinación completa de la conducta se da a través de otra norma jurídica²²⁰ (en este caso, el decreto o reglamento).

Así pues, cuando se habla de la relación entre la ley penal ordinaria (en sentido formal) y el decreto (o reglamento) expedido por el órgano ejecutivo, se discute el alcance que puede tener un tipo penal en blanco en determinado ordenamiento jurídico, relación que en todo caso debe respetar lo establecido por el art. 25, inciso 2º Cos. ital. (“*in forza di una legge*”)²²¹ y por el art. 29, inciso 2º Cos. col. en relación con el principio de reserva de ley (“*conforme a leyes preexistentes*”).

El reenvío normativo que realiza la ley penal puede tener, teóricamente, diferentes grados, entre reenvíos normativos más rigurosos hasta aquellos más flexibles. La determinación de cuál tipo de reenvío permite la Constitución política depende, necesariamente, de la *ratio* constitucional reconocida al principio de reserva de ley, y de su propio alcance. Conforme con el análisis ya expuesto, ambos puntos fueron resueltos: el principio de reserva de ley, tanto en Italia como en Colombia, obedece a una reserva *absoluta* de ley penal, a través de una *ratio* de garantía.

El reenvío que puede hacer la ley penal al reglamento (a través de un decreto emitido por el órgano ejecutivo) puede ser de dos clases²²²: por una parte, puede tratarse de un reenvío genérico, donde la ley dirige el contenido de la prohibición a estatutos complejos en su totalidad; y, por otra parte, el reenvío puede ser específico, dirigiéndose a normas extrapenales concretas. Resulta claro que los reenvíos genéricos ocasionan una reserva relativa de ley, mientras que por el contrario un reenvío específico logra ser compatible con una reserva absoluta de la ley penal. Así las cosas, parece ser que solamente esta segunda clase de reenvíos logra ser compatible con la reserva constitucional establecida en el ordenamiento jurídico italiano y colombiano.

Sin embargo, entre ambos extremos (reenvíos genéricos y específicos) pueden contarse innumerables grados o posibilidades, dentro de los cuales puede hallarse la solución *más acorde* con la Constitución política²²³. La doctrina italiana, por ejemplo, ha logrado identificar hasta ocho posibilidades diferentes mediante las cuales puede realizarse una delegación normativa de una ley ordinaria a un decreto. Estas ocho teorías se expondrán a continuación, del tipo de reenvío más genérico hasta aquel más específico:

La teoría que reconoce el reenvío normativo más genérico entre la ley ordinaria y un decreto es la “*teoria della remissione generica*” (1), frente a la cual la ley penal remite al reglamento la determinación completa de cada *fattispecie*; bajo este tipo de reenvío, la ley penal en realidad no define el comportamiento prohibido, función asignada exclusiva y completamente al reglamento. Sin lugar a dudas, este tipo de reenvío es propio de una reserva de ley completamente relativa, razón

²²⁰ Vid. CSJ col., Rad. N° 41600, 13 de agosto del 2014.

²²¹ SINISCALCO M., *Ratio di “certezza” e ratio di “garanzia” nella riserva di legge dell’art. 25, comma 2, della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1969, Anno XIV, N° 3, p. 993.

²²² Cfr. CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal*, op. cit., p. 170.

²²³ Desde ya, debe realizarse una precisión metodológica. La conclusión acá expuesta no intenta, en ningún momento, ser la *única* solución legítima de acuerdo al contexto constitucional italiano y colombiano; por el contrario, se indica la solución *más acorde* con el reconocimiento constitucional del principio de reserva de ley en ambos países, y con la naturaleza absoluta de la reserva misma.

por la cual la doctrina italiana (como ANTONISEI, BRICOLA, GALLO, MANTOVANI, SINISCALDO y TRAPANI, entre otros) la ha rechazado rotundamente.

Otro ejemplo de reenvío genérico ha sido propuesto por la “*teoria della disobbedienza come tale*” (2). De esta manera, el reglamento es -en sí mismo- el precepto penalmente sancionado, contenido enteramente en él²²⁴, de tal forma que el precepto legislativo se limita a ser la simple enunciación genérica de un deber de obediencia²²⁵. Con ello, la conducta prohibida por la ley penal se concreta, en realidad, en una simple desobediencia a un mandato o prohibición -determinada o determinable en el futuro- contenido en otra norma jurídica (reglamento)²²⁶. Autores italianos como ESPOSITO²²⁷ y el mismo ROCCO²²⁸ han soportado este punto de partida.

Sin embargo, esta teoría ha sido duramente criticada, pues es indudable que comporta un total vacío frente a la reserva de ley²²⁹. Así, la ley penal se constituye en una cláusula vacía de contenido, siendo evidente que tal reenvío iría en contra de la lógica inherente a la reserva de ley (incluso aquella relativa), pues en este caso es suficiente que la ley penal establezca como prohibición la violación a cualquier otra norma jurídica secundaria, como la costumbre²³⁰. Además, a través de esta posición la elección de criminalización (una elección político criminal) estaría en la fuente secundaria, en el reglamento o decreto, y no en la ley penal²³¹, lo cual constituye una violación directa al contenido mismo del principio de legalidad penal.

Otro intento por compatibilizar la reserva de ley penal y un determinado reenvío normativo lo plantea la “*teoria del regolamento come presupposto di fatto del divieto penale*” (3), frente a la cual el reglamento o decreto expedido por el órgano ejecutivo es un presupuesto de hecho objetivo establecido por la ley penal²³². Quienes mantienen esta teoría (PETROCELLI²³³ y PECORARO²³⁴) afirman que es suficiente -a efectos de respetar la reserva de ley reconocida por la Constitución- el anuncio de un deber de obediencia genérico por parte de la ley penal, pues el ordenamiento jurídico busca tutelar, precisamente, el principio de obediencia a la autoridad, no siendo necesaria la determinación de un comportamiento específico; así, tal determinación de la conducta concreta puede hacerse mediante un reglamento²³⁵. Por supuesto, se trata de un esfuerzo por superar las críticas expuestas a la teoría anterior; sin embargo, comparte con ella las dificultades de compaginar este tipo de reenvío con cualquier tipo de reserva de ley; se trata, sin temor a dudas, de una

²²⁴ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 8.

²²⁵ *Ibidem*, p. 8.

²²⁶ Cfr. ROCCO A., *El objeto*, op. cit., p. 524.

²²⁷ ESPOSITO C., *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, T. IV (Diritto pubblico e storia del diritto), Padova, CEDAM, 1950, p. 510-511.

²²⁸ ROCCO A., *El objeto*, op. cit., p. 523-524.

²²⁹ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 42; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 54-55;

PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 101.

²³⁰ Vid. MARINUCCI G., voce *Consuetudine* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 502.

²³¹ PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 101.

²³² SINISCALCO M., *Ratio*, op. cit., p. 993; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 316.

²³³ PETROCELLI B., *Norma penale e regolamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano, Giuffrè Editore, 1959, p. 376-377.

²³⁴ PECORARO-ALBANI A., *Riserva di legge-Regolamento-Norma penale in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano, Giuffrè Editore, 1959, p. 762.

²³⁵ Lo reconoce así PETROCELLI: “A costituire il precetto penale non occorre una regola di condotta particolareggiata e concreta, mentre è sufficiente la enunciazione anche generica di un dovere di obbedienza (...) Infatti, l’interesse che l’ordinamento giuridico generale intende tutelare è il principio dell’obbedienza in genere alle prescrizione dell’autorità, non propriamente l’osservanza di questa o quella prescrizione amministrativa in concreto”. Vid. PETROCELLI B., *Norma penale*, op. cit., p. 376-377.

relativización tan amplia de la reserva de ley, que ésta no constituye siquiera un límite frente a la definición futura de los diferentes comportamientos prohibidos.

Una cuarta posición la establece la “*teoria della riserva assoluta in modo di disciplina*” (4), planteada por PAGLIARO²³⁶. Este autor italiano entiende que la determinación de los elementos del hecho (es decir, la delimitación del ilícito) puede ser remitida a cualquier fuente normativa²³⁷, pues al órgano legislativo le es reservada, exclusivamente, sólo la conexión entre un ilícito y la respectiva sanción penal, limitando así la reserva de ley a un modo de disciplina²³⁸. Con ello, la reserva absoluta de la ley penal, en modo de disciplina, permite que ella reenvíe a fuentes jurídicas de inferior jerarquía la configuración de la *fattispecie*²³⁹.

Es evidente que esta teoría vacía por completo el art. 25 Cos. ital. (y, si así se quiere, también el art. 29 Cos. col.); si la función de la ley penal es servir de simple vínculo, la *ratio* de garantía contenida en el texto constitucional carece, completamente, de sentido²⁴⁰. De esta manera, como lo afirma BRICOLA, esta teoría infravalora la relación que existe entre el modo en que el derecho penal disciplina el ilícito penal (cómo debe describirlo) y el objeto de tutela penal (la determinación de aquello protegido)²⁴¹. Además, parece lógico que, si la función de la ley penal es servir de vínculo entre el ilícito penal y la sanción, es que a ella -a la ley penal- la que le corresponde también concretar la totalidad del comportamiento prohibido²⁴².

Hasta este punto pueden encontrarse las diferentes teorías que propugnan por un reenvío genérico de la ley penal hacía un decreto. Por supuesto, es evidente que ninguna de ellas es compatible con una reserva absoluta de la ley penal, razón por la cual no tienen ninguna posibilidad de ser reconocidas o, incluso, aplicadas en los contextos constitucionales de Colombia e Italia; o la reserva constitucional de la ley penal es relativa, y por lo tanto puede hacerse un reenvío genérico; o, por el contrario, al ser la reserva absoluta, es necesario un reenvío específico.

El primer intento por establecer tal reenvío específico lo constituye la “*teoria della sufficiente determinatezza*” (5). Para la aplicación de este punto de partida es necesario que el hecho prohibido se encuentre delimitado y delineado por la ley penal²⁴³. Así, ésta debe especificar de manera completa los presupuestos, el carácter, el contenido y los límites del comportamiento prohibido²⁴⁴. Sólo cuando la ley penal contenga suficientes elementos específicos frente al hecho prohibido puede el acto administrativo integrar la *fattispecie*²⁴⁵. Tal como lo precisó ANTONISEI, es claro que esta teoría recurre a la determinación estricta de la *fattispecie* a efectos de concretar la relación entre ley

²³⁶ PAGLIARO A., voce *Legge penale* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 1048. En el mismo sentido, PAGLIARO A., *Sommario*, op. cit., p. 43.

²³⁷ PAGLIARO A., voce *Legge penale* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 1048; PAGLIARO A., *Principio di legalità*, op. cit., p. 294.

²³⁸ PAGLIARO A., voce *Legge penale* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 1048; TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 6; PAGLIARO A., *Principio di legalità*, op. cit., p. 294; PAGLIARO A., *Sommario*, op. cit., p. 43.

²³⁹ PAGLIARO A., *Principio di legalità*, op. cit., p. 295.

²⁴⁰ Esta teoría interpreta, de manera confusa, la *ratio* incluida en el art. 25, inciso 2º Cos. ital. Cfr. BRICOLA F., voce *Teoria generale* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 42.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 41; BRICOLA F., *Teoría*, op. cit., p. 147.

²⁴² TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 7.

²⁴³ SINISCALCO M., *Ratio*, op. cit., p. 995-996.

²⁴⁴ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 8; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 317; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 63.

²⁴⁵ ANTONISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 76.

formal y reglamento²⁴⁶. En Italia, AMATO²⁴⁷ reconoce la validez de esta teoría, de manera conjunta con la jurisprudencia de la Co. cost. ital.²⁴⁸.

Se le ha criticado, por una parte, que esta teoría relativiza la reserva de ley²⁴⁹, pues no expresa un parámetro de valoración unívoco y seguro para analizar cada caso²⁵⁰. Así, la “*sufficiente determinatezza*” conlleva -a quien la aplica- a una contradicción, pues la solución del caso depende de una decisión discrecional sobre el nivel de determinación logrado por la ley penal²⁵¹.

Una sexta posición ensayada a efectos de determinar el nivel de reenvío en materia penal lo establece la “*teoria de la scelta valutativa equale*” (6), en donde el criterio definitivo para hablar de reserva absoluta en las relaciones de la ley con los decretos emitidos por el órgano ejecutivo es el contenido del desvalor de la *fattispecie*²⁵². De esta manera, las fuentes jurídicas secundarias pueden hacer precisiones al precepto contenido en la *fattispecie*, pero no pueden modificar de ninguna manera la “*scelta valutativa*” que debe ser precisada -de manera completa- por la ley penal; dicha precisión legítima puede hacerse a través de contribuciones muy específicas, manteniendo la “*scelta valutativa*” igual, en una relación heterogénea²⁵³. Esta posición, planteada por PALAZZO²⁵⁴, garantiza que la elección político criminal sea asumida por el órgano legislativo mediante la ley, expresada tal elección como la “*scelta valutativa*”; sin embargo, si la tarea del legislador se limitara a tal elección, esta teoría lograría cumplir a cabalidad las exigencias de una reserva absoluta.

Este mismo planteamiento ha sido asumido por la Co. Cos. col., pues este alto tribunal ha establecido como uno de los elementos esenciales que caracterizan el tipo penal en blanco la circunstancia de que el “*alcance de la prohibición*” no puede ser determinado de manera completa sólo mediante la ley penal, sino que deben tomarse en cuenta otras disposiciones del ordenamiento jurídico²⁵⁵.

Sin embargo, la realidad dista de esta posición. La tarea del legislador no sólo se limita a asumir una elección político criminal frente a un comportamiento humano que se desea prohibir mediante el derecho penal; también (y ésta es, sin lugar a dudas, una consecuencia del *sentido positivo formal* del principio de legalidad penal, *infra*, cap. I, 2) debe definir con suficiente claridad y especificidad tal comportamiento. Es indiscutible que el principio de legalidad penal no se limita a establecer una *elección valorativa* frente a la protección de un bien jurídico tutelado; al contrario, exige la determinación precisa del comportamiento humano que vulnera tal bien jurídico. Esta teoría es un intento parcial e insuficiente por compatibilizar la reserva absoluta de la ley penal con la delegación que la ley pueda hacer a decretos o reglamentos expedidos por el poder ejecutivo.

²⁴⁶ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 317.

²⁴⁷ AMATO G., *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 486.

²⁴⁸ Co. Cost. ital., 17 marzo 1966, n. 26; 27 marzo 1969, n. 61; 25 marzo 1971, n. 69; 5 luglio 1971, n. 168; 13 gennaio 1971, n. 9; 20 giugno 1972, n. 113; 5 marzo 1975, n. 58.

²⁴⁹ AA. VV., *La legge penale*, op. cit., p. 8-9.

²⁵⁰ BRICOLA F., voce *Teoria generale* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 42. En el mismo sentido, MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 42; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 54-55.

²⁵¹ BRICOLA F., voce *Teoria generale* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 42.

²⁵² PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 108; PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 224.

²⁵³ PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 108.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 108; PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 224.

²⁵⁵ Cfr. Co. Cos. col., C-559 de 1999, C-917 del 2001, C-501 del 2014.

La “*teoria della specificazione marginale*” (7) intenta superar las objeciones anteriores. De esta manera, al reconocer que un elemento esencial de la ley penal es su carácter abstracto, esta teoría reconoce la necesidad de que la ley penal deba definir todos los conceptos necesarios en la *fattispecie*, respondiendo así a la pregunta ¿qué es?, frente al comportamiento prohibido²⁵⁶. Por su parte, las fuentes normativas secundarias (como los reglamentos decretos) sólo pueden realizar precisiones marginales, especificaciones precisas de elementos ya determinados por la ley penal²⁵⁷. Visto lo anterior, la fuente secundaria tiene una mera función ejemplificativa frente a conceptos ya definidos por la ley formal, respondiendo así, simplemente, a la pregunta ¿cuáles son?, referidas a las modalidades de tiempo y lugar de la conducta prohibida²⁵⁸.

Esta teoría es soportada, principalmente, por VINCIGUERRA²⁵⁹ y MANTOVANI (éste último, de manera implícita)²⁶⁰. Sin lugar a dudas, constituye un fundamento más sólido para precisar el tipo de reenvío normativo permitido por la Constitución política. Sin embargo, la línea que intenta delimitar tal reenvío es, de por sí, gaseosa, pues ¿cuáles serían, entonces, los elementos esenciales de un comportamiento humano que es prohibido por una ley penal, y cuáles serían los elementos marginales que sólo precisarían el comportamiento ya definido por dicha ley? La determinación de qué es un elemento esencial y qué un elemento marginal es tan elástica como la determinación de la “*scelta valutativa*” de una *fattispecie* (como lo establece la anterior teoría).

Una octava propuesta es establecida por la “*teoria della specificazione tecnica*” que, a diferencia de las anteriores hipótesis, logra establecer un criterios más o menos claro para determinar el nivel de reenvío normativo que puede realizar la ley penal frente al carácter absoluto de la reserva de ley. Esta teoría establece que el reglamento o decreto busca precisar (detallar o actualizar) sólo aspectos técnicos, la ley se encarga de indicar la esfera de desvalor que quiere cubrir el legislador a través de la prohibición de determinado comportamiento²⁶¹. Así, mientras la ley penal precisa la “*sfera di disvalore*” que el legislador -por medio de la descripción de la conducta prohibida- quiere cubrir, el decreto se encarga de precisar cuestiones formales, estrictamente técnicas, que no pueden modificarse sin afectar tal esfera de desvalor.

Frente al carácter técnico del reenvío normativo, se ha llegado a concluir que las demás teorías desarrolladas por la doctrina no logran expresar un parámetro de valoración seguro²⁶². Autores

²⁵⁶ VINCIGUERRA S., *Le leggi*, op. cit., p. 26.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 24. En el mismo sentido, MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 47.

²⁵⁸ VINCIGUERRA S., *Le leggi*, op. cit., p. 26.

²⁵⁹ VINCIGUERRA S., *Le leggi*, op. cit., p. 24-27.

²⁶⁰ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 47.

²⁶¹ BRICOLA F., voce *Teoria generale (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 42-43; MANNA A., *Corso*, op. cit., p. 43-44.

²⁶² BRICOLA F., *Teoría*, op. cit., p. 149.

como BRICOLA²⁶³, DE VERO²⁶⁴, DE FRANCESCO²⁶⁵, FIANDACA-MUSCO²⁶⁶, MANNA²⁶⁷, MARINUCCI-DOLCINI²⁶⁸, PULITANÒ²⁶⁹ y ROMANO²⁷⁰ apoyan este punto de partida.

Por el contrario, el parámetro expresado a través de la “*specificazione tecnica*” es, en realidad, el único objetivo²⁷¹. La ley asigna la precisión técnica de algún elemento normativo extrajurídico al reglamento, mientras que la ley debe definir con suficiencia el comportamiento prohibido²⁷². Como lo explica DE VERO, el reenvío a otra fuente jurídica no debe tener un significado normativo, pues de esa manera dejaría de ser -precisamente- un reenvío de carácter exclusivamente técnico²⁷³.

La precisión técnica lograda de esta manera no interfiere con la decisión político criminal que, finalmente, continua en cabeza del órgano legislativo²⁷⁴. A través de esta limitación, la precisión esperable del decreto cumple una función de especificación, no un rol creativo²⁷⁵. Por ello, por fuera de este parámetro de delegación -afirma BRICOLA- la violación a la reserva de ley contenida en el art. 25, inciso 2º Cos. ital. sería evidente²⁷⁶.

Finalmente, puede reconocerse una novena teoría que, en realidad, rechaza cualquier tipo de reenvío normativo de la ley penal frente a actos normativos expedidos por el órgano ejecutivo. La “*teoria della reale assolutezza della legge penale*” (9) -y quienes la proponen, GALLO²⁷⁷ y TRAPANI²⁷⁸- plantea un punto indiscutible: si se reconoce el carácter rígido de la reserva absoluta de ley penal, debe concluirse que es completamente inadmisibles el reglamento (así como cualquier acto normativo secundario) entre las fuentes del derecho penal²⁷⁹. Por ello, es ilegítima cualquier delegación que el legislador realice a una fuente diferente a la ley²⁸⁰.

Ahora bien, ¿cuál de estas nueve teorías es la *más adecuada* al contexto constitucional italiano y colombiano? A efectos de lograr responder esta interrogante, debe utilizarse una interpretación rigurosa frente a la relación ley-reglamento ejecutivo (o decreto), pues la propia naturaleza

²⁶³ BRICOLA F., voce *Teoria generale (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 42-43.

²⁶⁴ DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 235-236.

²⁶⁵ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 85-86.

²⁶⁶ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 86.

²⁶⁷ MANNA A., *Corso*, op. cit., p. 43-44.

²⁶⁸ Frente a esos autores, el reconocimiento de la teoría de la “*specificazione tecnica*” se da, a través del concepto acuñado de *riserva di legge tendenzialmente assoluta*. Vid. MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 41-42.

²⁶⁹ PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 102. Aunque, este autor italiano también respalda (implícitamente) la *teoria della specificazione marginale* (p. 101).

²⁷⁰ ROMANO B., *Diritto penale*, op. cit., p. 122.

²⁷¹ BRICOLA F., *Teoría*, op. cit., p. 152.

²⁷² AA. VV., *La legge penale*, op. cit., p. 6.

²⁷³ Vid. DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 235-236.

²⁷⁴ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 83; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 42; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 55.

²⁷⁵ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 86.

²⁷⁶ BRICOLA F., voce *Teoria generale (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 43; BRICOLA F., *Teoría*, op. cit., p. 152.

²⁷⁷ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 10-28.

²⁷⁸ Cfr. TRAPANI M., voce *Legge penale (Enc. giu.)*, op. cit., p. 8.

²⁷⁹ TRAPANI M., voce *Legge penale (Enc. giu.)*, op. cit., p. 8.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 8.

constitucional de la reserva lo exige²⁸¹; además, en atención al carácter absoluto de la reserva y considerando la *ratio* de garantía contenido en el art. 25, inciso 2° Cos. ital. y el art. 29, inciso 2° Cos. col., parece ser una exigencia más que razonable.

Si se revisan las consecuencias que se derivan de las diferentes teorías expuestas, es claro que sólo desde la quinta teoría (“*teoria della sufficiente determinatezza*”) puede hablarse de una reserva absoluta; las otras teorías, a pesar de los esfuerzos argumentativos planteados por la doctrina, evidencian una reserva relativa, pues la ley penal se convierte en un mero instrumento para redireccionar la prohibición contenida, en realidad, en otra norma jurídica de inferior jerarquía²⁸². A partir de esta precisión, si se es congruente con el punto de partida ya asumido, la discusión respecto de cuál es la teoría que debe aplicarse -en atención al reconocimiento de una reserva absoluta- debe darse en relación con las restantes cinco teorías.

Ahora bien, la última de dichas teorías en realidad renuncia a cualquier intento por permitir un reenvío normativo de la ley penal hacía otra norma jurídica de inferior jerarquía, posición que -sin lugar a dudas- es la que mejor representa una reserva absoluta de la ley penal. Se trata de una posición que representa el *ideal* deseable de una legislación modelo, pero que por ello mismo se enfrenta a difíciles críticas (muchas de ellas, incuestionables). La imposibilidad de que la ley penal haga reenvíos normativos a otras normas jurídicas de inferior jerarquía es, sin lugar a dudas, un asunto técnicamente deseable pero materialmente inverosímil, pues ciertos elementos de las conductas prohibidas -por su propia naturaleza técnica- escapan por completo de una regulación permanente y precisa que pueda, prudentemente, asumir el órgano legislativo. Esta situación genera con necesidad dos consecuencias: o, se genera un margen de impunidad por la imposibilidad de legislar continuamente tal realidad cambiante; o, no se define tal realidad técnica, con lo cual se incumpliría con el principio de determinación estricta de la ley penal. Debe concedérsele a la ley penal cierta posibilidad de reenvío normativo a fuentes jurídicas de inferior jerarquía, pero atendiendo al carácter absoluto de la reserva de ley, éste debe ser el *menor posible*.

La *ratio* de garantía contenida en el art. 25 Cos. ital. y art. 29 Cos. col. genera una perspectiva particular a efectos de verificar cuál de las restantes cuatro teorías es compatible con una reserva absoluta; todo ello puesto que, si la *ratio* reconocida por los textos constitucionales fuera una *ratio de certeza*, sería suficiente un reenvío como aquel individualizado por la “*teoria della sufficiente determinatezza*” para garantizar la certeza jurídica esperable de la ley penal y del axioma de legalidad²⁸³. Pero, por el contrario, a través de una *ratio de garantía*, el “*marginale di movimento*” es aún más reducido, pues si el reenvío normativo resulta demasiado amplio puede poner en peligro las garantías sustanciales del ciudadano, sin afectar subsecuentemente la certeza del comportamiento prohibido²⁸⁴.

²⁸¹ “*In una materia costituzionalmente riservata alla legge, non solo è illegittimo un eventuale regolamento dell’esecutivo, ma ‘e altresì costituzionalmente illegittima la legge che tale regolamento preveda e autorizzi*”. Cfr. GUASTINI R., voce *Riserva di legge* (Dig. disc. pubbl.), op. cit., p. 167.

²⁸² Por ejemplo, MANTOVANI califica la teoría de ESPOSITO (“*teoria della dissobediencia come tale*”) como un ejemplo de una reserva relativa. Vid. MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 46, nota al pie 7.

²⁸³ SINISCALCO M., *Ratio*, op. cit., p. 997.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 997.

La anterior precisión metodológica planteada por SINISCALCO resulta fundamental a efectos de elegir, entre las diferentes opciones que establecen las cuatro teorías restantes, el nivel máximo de reenvío normativo que constitucionalmente le es legítimo efectuar a la ley penal²⁸⁵. Este autor italiano reconoce que la parte legislativa tiene necesariamente que cumplir con la “*sufficiente determinatezza*” en los diferentes elementos de la *fattispecie*²⁸⁶, razón por la cual debe precisar el núcleo esencial del comportamiento prohibido, como decisión valorativa en clave político criminal. Hasta aquí, cualquiera de las cuatro teorías que logran cumplir una reserva absoluta cumplirían con esta exigencia particular.

Sin embargo, los elementos normativos introducidos por la parte no legislativa (decreto) no deben reducir la garantía de los ciudadanos reconocida por el principio de legalidad penal. Esto se concreta en la exigencia no restringir, sustancialmente, la esfera de lo penalmente lícito²⁸⁷, pues el límite entre lo permitido y lo prohibido en materia penal sólo puede ser determinado por la ley penal. Por ello, la fuente secundaria sólo puede realizar precisiones desde una perspectiva técnica, limitando así la potencial discrecionalidad política que una fuente secundaria (de inferior rango a la ley) pueda tener. Se trata de una actividad de precisión técnica, no de decisión política²⁸⁸, situación que no afecta ninguna garantía política del ciudadano. Es así como la “*teoria della specificazione tecnica*” es la única que logra ser compatible con una *ratio* de garantía, y con el reconocimiento constitucional de una reserva absoluta de la ley penal. Las demás teorías no logran conservar el mismo grado de garantía frente a los ciudadanos, pues es inevitable que con tales niveles de reenvío normativo la fuente secundaria asumiría, quiéralo o no, una decisión político criminal.

2.8. El principio de reserva de ley y las fuentes de derecho penal. *Nullum crimen sine lege scripta*:

Las fuentes de derecho en el derecho penal están regidas, necesariamente, por las consecuencias que se derivan del principio de legalidad penal²⁸⁹, y de manera particular, con el alcance y valor que la Constitución política le asigna al principio de reserva de ley. Es por ello que debe analizarse el valor que cada fuente de derecho puede tener, atendiendo las características ya precisadas frente a la reserva de ley en materia penal.

La doctrina italiana (pero, en mayor medida la colombiana) ha mantenido históricamente la clasificación de las fuentes de derecho penal, diferenciando entre fuentes de producción y fuentes de conocimiento²⁹⁰. Por una parte, las fuentes de producción han sido identificadas como aquella voluntad que origina el derecho penal objetivo²⁹¹, es decir, el sujeto (verdadera autoridad) de la cual

²⁸⁵ BRICOLA F., voce *Teoria generale* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 42.

²⁸⁶ SINISCALCO M., *Ratio*, op. cit., p. 998-999.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 998-999.

²⁸⁸ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 64.

²⁸⁹ PETROCELLI B., *Principi di diritto penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1943, p. 122; RANIERI S., *Manual*, op. cit., p. 51.

²⁹⁰ Esta clasificación de las fuentes de derecho en el derecho penal ha sido compartida por la totalidad de la doctrina colombiana, desde su *fase dogmática*. Vid. GAITÁN MAHECHA B., *Curso de derecho penal general*, Bogotá, Ediciones Lerner, 1963, p. 43; REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 47; ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 37; ROMERO SOTO L. E., *Derecho penal*, op. cit., p. 176; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 216; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos*, op. cit., p. 126-127.

²⁹¹ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 216.

surge la norma jurídica²⁹²; con estas fuentes se busca identificar tanto el modo de producción del derecho²⁹³ como la causa que la produce²⁹⁴.

Por otra parte, se identifica como fuente de conocimiento la manifestación -inmediata o mediata- del derecho penal objetivo²⁹⁵, atendiendo la forma específica requerida para su creación²⁹⁶. Sin lugar a dudas, a través de estas fuentes de derecho se busca identificar el instrumento mediante el cual el derecho penal es conocido por parte de los ciudadanos²⁹⁷. Respecto de las fuentes de conocimiento, éstas se pueden clasificar a su vez en fuentes inmediatas o fuentes mediatas: las primeras se caracterizan por ser manifestaciones de la voluntad del Estado que se concretan en mandatos o prohibiciones²⁹⁸, y que por tal razón ostentan una fuerza obligatoria por sí mismas²⁹⁹; las segundas (mediatas) tienen por el contrario un valor exiguo en comparación con aquellas otras inmediatas³⁰⁰, pues no tienen eficacia obligatoria por sí mismas³⁰¹.

La diferencia entre estos dos conceptos es la misma que existe entre el derecho penal objetivo (fuente de conocimiento inmediato) y los diferentes medios que pueden utilizarse para interpretarlo (fuente de conocimiento mediato)³⁰², pues mientras las primeras revelan por sí mismas el derecho, las segundas esclarecen o determinan su contenido³⁰³.

Sin lugar a dudas, el Estado es el poder soberano indelegable, productor del derecho positivo³⁰⁴, como sujeto que posee la soberanía. Podría pensarse que éste es la fuente de producción por excelencia en el derecho penal, pero en realidad la producción normativa en materia penal se concreta exclusivamente en el órgano legislativo como poder representativo, elegido democráticamente (entra aquí en juego el significado democrático del principio de legalidad penal). De esta manera, si se entiende que la ley penal es sólo el resultado (y, por lo tanto, no puede ser una fuente de producción), indudablemente tal calificativo debe dársele al proceso legislativo penal³⁰⁵.

²⁹² ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 65; ANTONISEI F.; CONTI L., *Istituzioni*, op. cit., p. 33; GRISPIGNI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 305; PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 121. En Colombia, REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 47.

²⁹³ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 35.

²⁹⁴ MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 180. Aunque, para MANZINI eran fuente en sentido subjetivo.

²⁹⁵ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 66; ANTONISEI F.; CONTI L., *Istituzioni*, op. cit., p. 33-34; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 231. MAGGIORE G., *Derecho penal*, Bogotá, Editorial TEMIS, Vol. I, 1985, p. 163. En esa medida, quienes afirman que la ley penal es fuente inmediata de producción (JIMÉNEZ DE ASÚA) incurren en una imprecisión conceptual, pues se confunde así el modo de producir el derecho con la manifestación concreta de dicho derecho.

²⁹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios...*, ob. cit., p. 85; PANNAIN R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. I, III ed. completamente rielaborata, 1962, p. 99; ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 124.

²⁹⁷ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 35; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 28.

²⁹⁸ REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 47; ROMERO SOTO L. E., *Derecho penal*, op. cit., p. 176.

²⁹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 231.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 232.

³⁰¹ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 66; ANTONISEI F.; CONTI L., *Istituzioni*, op. cit., p. 34; PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 99.

³⁰² JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado...*, op. cit., p. 232.

³⁰³ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 216.

³⁰⁴ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 65; ANTONISEI F.; CONTI L., *Istituzioni*, op. cit., p. 33; GRISPIGNI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 305. En Colombia, CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal*, op. cit., p. 150; ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 37; REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 47; ROMERO SOTO L. E., *Derecho penal*, op. cit., p. 176.

³⁰⁵ Con esta precisión, e identificando el *proceso legislativo penal* como la fuente por excelencia del derecho penal, véase, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 222; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos*, op. cit., p. 133. En el mismo sentido, GARCÍA MAYNEZ E., *Introducción al estudio del derecho*, México D.F., Editorial Porrúa, XIII ed., 1974, p. 52.

En Colombia e Italia, la institución constitucionalmente legitimada para intervenir en la discusión, aprobación y promulgación de las leyes penales es el órgano legislativo. Por esta razón, la fuente de producción por excelencia del derecho penal es el proceso legislativo penal, entendido como un “proceso dialéctico” entre las distintas posiciones políticas representadas en un parlamento nacional. Puede decirse que, sin lugar a dudas, la fuente de producción es la voluntad soberana representada en la forma establecida por la Constitución política³⁰⁶.

Frente a las fuentes de conocimiento, la problemática se centra en realidad en determinar cuál de las diferentes fuentes de derecho tiene un carácter inmediato y cuales mediato, vale decir, cuál de las fuentes de derecho es obligatoria y tiene valor vinculante por sí misma y cuales, por el contrario, se encargan de interpretar aquella fuente de conocimiento inmediata. Es indiscutible, en este punto, que la ley penal es la única fuente de conocimiento inmediata en el derecho penal (aunque, como se verá luego, está afirmación ha sido cuestionada ante la inminente “crisis” en la cual se encuentra la legalidad penal).

Afirmar que la ley en sentido formal -como mandato general y abstracto expedido por el órgano constitucionalmente señalado- es la única fuente de conocimiento inmediata del derecho penal tiene como consecuencia directa el negarles tal valor a otras fuentes del derecho penal. La costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales de derecho no serían, entonces, fuentes de conocimiento inmediatas. ¿Esto último es correcto? Debe, pues, analizarse cada una de las fuentes de derecho a efectos de verificar sí, tal como se ha intentado concluir en este momento, la única fuente de conocimiento inmediata del derecho penal es la ley formal.

2.8.1. La costumbre:

La costumbre se caracteriza por su flexibilidad en cuanto a su significado y a sus límites, razón por la cual, en materia penal, no permite delimitar de una manera adecuada la frontera entre lo lícito y lo ilícito³⁰⁷. Es indudable que la fuerza de la costumbre depende de la estructura política de una sociedad³⁰⁸, pues se trata de un fenómeno prejurídico que no constituye una norma jurídica estatal³⁰⁹. Como principio general, puede afirmarse que la costumbre es una fuente dependiente, en la medida en que sólo adquiere valor en la medida en que así lo permita la ley escrita³¹⁰. Si la costumbre no es reconocida por el Estado, se trata de una simple costumbre social, sin ningún valor jurídico; sin lugar a dudas, es el Estado quien le confiere tal -valor jurídico³¹¹.

El análisis en torno a la costumbre como fuente de derecho se realizará atendiendo la clasificación que la misma doctrina ha utilizado; y es que la costumbre puede ser *praeter legem*, *contra legem* o *secundum legem*³¹².

³⁰⁶ Véase, con esta posición, GAITÁN MAHECHA B., *Curso*, op. cit., p. 43.

³⁰⁷ MARINUCCI G., voce *Consuetudine* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 503.

³⁰⁸ BETTIOL G., *L'efficacia della consuetudine nel diritto penale*, Milano, Società Editrice “Vita e Pensiero”, 1931, p. 5; PESSINA E., *Elementos de derecho penal*, Madrid, Hijos de Reus Editores, II. ed., 1913, p. 206-207.

³⁰⁹ GRISPIGNI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 314.

³¹⁰ BETTIOL G., *L'efficacia*, op. cit., p. 7; MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 255.

³¹¹ MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 255. En contra, MAGGIORE G., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, Vol. I, II ed. riveduta e ampliata, 1937, p. 118.

³¹² A lo largo de este punto, se mantendrá la clasificación establecida por MAGGIORE, aplicando la restante doctrinal al análisis general.

Frente a la costumbre *praeter legem* la doctrina le asigna dos valores diferentes: por una parte, puede tratarse de una costumbre *praeter legem supletiva*, o por el contrario, puede ser una costumbre *praeter legem subsidiaria*. Frente al primer tipo de costumbre (la costumbre *supletiva*), es claro que ésta se encarga de llenar una laguna de la norma jurídica, razón elemental para concluir su invalidez en el derecho penal³¹³. En este grupo se aglutina la *consuetudine incriminatrice*. De esta manera, este tipo de costumbres no pueden ser una fuente de producción inmediata de derecho penal pues no tiene la capacidad *per se* de crear por sí misma derecho penal objetivo³¹⁴. Son muchas, pues, las razones que logran demostrar tal imposibilidad.

Existe una primera razón lógica vinculada con el principio de legalidad penal; y es que la costumbre creadora de delitos o sanciones es una *contradizione in termini*³¹⁵, pues la simple reiteración en la sociedad de un delito o de su persecución penal no tiene relación alguna con su creación jurídica. Además, se presenta otra razón (ésta, de naturaleza jurídica) que surge como consecuencia del sistema constitucional rígido imperante en Italia³¹⁶ y en Colombia, pues es claro que la costumbre no puede compartir la misma jerarquía que la constitución le otorga a la ley ordinaria. Existe, finalmente, una tercera razón de garantía que imposibilita la calificación, como fuente de conocimiento inmediata, de la *consuetudine incriminatrice*; sin lugar a dudas, este tipo de costumbre representa un peligro para la libertad de los todos los ciudadanos³¹⁷, peligro que no radica en su origen -pues, en realidad, ésta sería la fuente de derecho más democrática posible, pues surge de las propias actividades de la generalidad ciudadanos- sino, por el contrario, radica en la incertidumbre de su contenido y sus límites, los cuales deben ser fijados necesariamente, en cada caso particular, por el juez³¹⁸.

En Italia, la imposibilidad de que la *consuetudine incriminatrice* tenga validez alguna se encuentra descartada por varias disposiciones normativas. Por una parte, así lo reconoce el art. 25, inciso 2º Cos. ital., como consecuencia del reconocimiento del principio de reserva absoluta de la ley penal³¹⁹; igual reconocimiento establece el art. 1 c.p.i.³²⁰, al vincular la concepción del principio de legalidad penal como una norma de limitación que busca, precisamente, prohibir tal tipo de fuentes jurídicas en el derecho penal³²¹. Incluso, el art. 14 *Preleggi* constituye una disposición normativa que prohíbe este tipo de costumbres³²².

³¹³ MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 118-119; PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 32; PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 133.

³¹⁴ FLORIAN E., *Trattato di diritto penale*, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, IV ed. rinnovata, 1930, p. 187; GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 89; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 237; FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 87; PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 134; PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 32; ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 125; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 219.

³¹⁵ BETTIOL G., *L'efficacia*, op. cit., p. 16.

³¹⁶ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 771; GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 89; TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 9.

³¹⁷ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 165-166; MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 120. Implícitamente, MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 43.

³¹⁸ Vid. TRAPANI M., *Cesare Beccaria y la interpretación de la ley penal. La creación judicial de la norma penal y su control político*, in AA. VV., *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, a cura di F. VELÁSQUEZ; R. VARGAS; J. D. JARAMILLO, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p. 107.

³¹⁹ TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 9.

³²⁰ BETTIOL G., *L'efficacia*, op. cit., p. 13; RANIERI S., *Manual*, op. cit., p. 60.

³²¹ GRISPIGNI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 314.

³²² BETTIOL G., *L'efficacia*, op. cit., p. 13.

En Colombia, son similares las normas jurídicas que excluyen cualquier validez de la *consuetudine incriminatrice*; así, el art. 29, inciso 2º Cos. col. determina que nadie podrá ser juzgado sino conforme a ley preexistente, condición dentro de la cual no puede incluirse la posibilidad de creación de delitos por este medio. Lo mismo sucede frente al art. 6 c.p.c. al contemplar la misma definición del principio de legalidad penal.

Como es apenas lógico, el principio de reserva de ley prohíbe la creación de normas penales; que la *consuetudine incriminatrice* no tenga ningún valor en el derecho penal es un asunto pacífico de la doctrina³²³.

Además de todo lo anterior, la costumbre *praeter legem* también puede ser *subsidiaria* en la medida en que busca especificar el contenido y la extensión de la norma jurídica, sin llegar a llenar vacíos dejados por ella³²⁴. Acá, indiscutiblemente, se ubican la *consuetudine integratrice*, en la cual la ley penal remite la precisión de determinado asunto a una regla jurídica formada por la costumbre, todo ello para explicitar su propio contenido³²⁵. El asunto en relación con la costumbre *praeter legem subsidiaria* y su inclusión en el derecho penal es objeto de arduo debate.

Por una parte, hay quienes reconocen que estas costumbres *praeter legem* sí pueden llegar a ser fuentes de conocimiento de carácter mediato, en la medida en que es legítimo que la costumbre complete la definición del comportamiento prohibido por la ley³²⁶. Se trae como ejemplo de lo anterior el art. 40, inciso 2º c.p.i. que afirma: “*non impediré un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impediré, equivale a cagionarlo*”. A través de esta disposición normativa (que regula en Italia la omisión impropia en materia penal), se infiere que la obligación jurídica puede provenir, incluso, de la costumbre como fuente de derecho³²⁷. Con ello, se demostraría que para la determinación del comportamiento prohibido puede utilizarse (indirectamente) una *consuetudine integratrice*. A pesar de que el art. 25 c.p.c. define con mayor precisión la llamada cláusula de equivalencia, y con ella la figura de la posición de garante, aún es posible que las diferentes *fuentes jurídicas* de las cuales puede surgir tal posición puedan ser determinadas por la costumbre; piénsese, por ejemplo, en ciertos deberes para evitar o impedir las autolesiones y que pueden surgir de la costumbre.

También se ha reconocido la posibilidad de que a través de conceptos y normas de otras ramas del derecho tenga cierto impacto la *consuetudine integratrice*³²⁸. En términos generales, se afirma que es posible esta costumbre siempre que no sea perjudicial al imputado, y no contradiga la aplicación y los efectos derivados del art. 1 c.p.i.³²⁹.

Sin embargo, son tres las razones esenciales que se han desarrollado para discutir la eventual influencia de la *consuetudine integratrice* en el derecho penal. Una primera razón de orden histórico

³²³ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 79; ANTONISEI F.; CONTI L., *Istituzioni*, op. cit., p. 41; DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 246; TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 9; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 72.

³²⁴ MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 119.

³²⁵ MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 120. Algunos autores incluyen la *consuetudine integratrice* dentro de la costumbre *secundum legem*. Cfr. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 218. Sin embargo, se trata de una diferencia meramente formal (en cuanto a su ubicación), que no afecta en nada la conclusión final.

³²⁶ MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 200-201; PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 32.

³²⁷ PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 105. En el mismo sentido, DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 92.

³²⁸ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 219.

³²⁹ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 81; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 323.

señala que, hoy día, ninguna ley penal hace referencia o refiere el contenido de un comportamiento prohibido a una costumbre³³⁰, lo cual es cierto.

Otra razón de naturaleza técnica afirma que no es posible la *consuetudine integratrice* al tratarse de una fuente jurídica no escrita, de un origen indeterminado que sólo puede generar incerteza³³¹. Si el único espacio legítimo en el que pueden intervenir fuentes no legales es aquel dejado específicamente por el legislador (por ejemplo, la delegación de asuntos técnicos), tal delegación sería incompatible con fuentes jurídicas no escritas que no pueden generar la certeza y especificidad necesarias³³².

Finalmente, se encuentra una razón jurídica que afirma que, cuando la ley hace referencia a ciertas reglas sociales para definir el comportamiento prohibido (el caso paradigmático de ello es el delito de obscenidad en Italia), la costumbre no se vincula al precepto penal como fuente de derecho; al contrario, se trata de un elemento valorativo o normativo extrajurídico, de naturaleza ético-social³³³. De tal forma, la costumbre no es utilizada como fuente de derecho sino como un fenómeno que dota de contenido el ámbito de extensión de un elemento normativo específico³³⁴. Así, el ejemplo que atraen quienes apoyan una influencia por lo menos mínima de la *consuetudine integratrice* en el derecho penal (vale recordar, el art. 40, inciso 2º) se interpreta de otra manera; la costumbre, en este caso, no se utiliza como una fuente jurídica, pues es independiente a la *real* norma jurídica y a su imperativo, que es la ley penal y el art. 40 *ejusdem*. De esta manera, el contenido de la ley penal se mantiene en sus propios límites, sin que la costumbre le agregue o modifique nada³³⁵. Con ello, se entiende que los efectos frente a la obligación jurídica mencionada por tal disposición normativa los impone precisamente la ley penal (art. 40) y no la costumbre; otra cosa es que dicha obligación jurídica pueda surgir de la costumbre.

Frente a ambas posiciones, parece ser más coherente con el punto de partida ya asumido (es decir, con el alcance absoluto de la reserva de ley y su *ratio* de garantía) descartar cualquier posible influencia, aun indirecta, de la costumbre *praeter legem subsidiaria*; la sola razón técnica ya enunciada es suficiente para demostrar la incompatibilidad absoluta de permitir, por una parte, la influencia mediata de una costumbre integradora y, por otra parte, declarar una *ratio* de garantía a la reserva de ley penal reconocida por las constituciones de Italia y Colombia.

Sin embargo, la anterior conclusión tiene una excepción, pues la doctrina también ha concluido que la *consuetudine integratrice* puede jugar un papel complementario frente al carácter antijurídico del comportamiento prohibido³³⁶, atendiendo que la antijuridicidad se predica frente al entero ordenamiento jurídico. Se trataría, sin lugar a dudas, de una problemática particular respecto de la influencia de la costumbre frente a las causales de justificación.

³³⁰ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 136.

³³¹ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 772; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 72.

³³² DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 247.

³³³ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 90-91; FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 88. En el mismo sentido, PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 136.

³³⁴ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 91.

³³⁵ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 136. Incluso, es discutible si tal “*obbligo giuridico di impedire*” puede ser establecido mediante una costumbre. Cfr. MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 39; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 52.

³³⁶ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 219.

Una primera posición favorece la posibilidad de que la costumbre integradora tenga efectos en el derecho penal, frente a las causales de justificación. Y es que frente a tales disposiciones, la costumbre no pone en peligro la libertad del ciudadano sino que, al contrario, la protege³³⁷. Por ello, resulta ilógico pretender o exigir que las causales de justificación que se puedan derivar de disciplinas extrapenales obedezcan los principios propios del derecho penal. La referencia a contenidos extrapenales debe permitir cierta flexibilización del principio de reserva de ley³³⁸.

La doctrina colombiana parece afirmar también esto último, pues históricamente han reconocido que si el vacío dejado por la ley penal no viola el principio de legalidad penal al beneficiar al imputado, nada se opone a su uso, caso en el que citan la aplicación de causales de justificación o de exclusión del delito³³⁹. De esta manera, la costumbre *praeter legem subsidiaria* se aplicaría en el derecho penal cuando beneficia al imputado.

Particularmente, en Italia se ha afirmado que las normas negativas del precepto (causales de justificación) no se someten a la prohibición de analogía establecida por el art. 14 *Preleggi*³⁴⁰, pues se tratan de una excepción a la norma excepcional, razón por la que la *consuetudine integratrice* puede crear una causal de justificación³⁴¹.

Una segunda posición, por el contrario, rechaza la mediación de la *consuetudine integratrice* en relación con las causales de justificación. Este tipo de costumbre no puede tener eficacia directa en el derecho penal, así sea justificando el comportamiento prohibido, pues en tal caso se trataría de una verdadera *consuetudine contra legem*³⁴², rechazada *ab initio* en el derecho penal gracias al principio de legalidad penal. Frente a esta afirmación se ha llegado a concluir que una costumbre puede ir en contra de una ley penal de dos maneras: prescribiendo un comportamiento no prohibido por ella (*consuetudine incriminatrice*), o justificando un hecho prohibido por la misma ley

³³⁷ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 166; MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 121.

³³⁸ PALAZZO F., *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, LII, N° 3, Milano, Giuffrè Editore, 2009, p. 1040-1042.

³³⁹ Véase, PÉREZ L. C., *Manual*, op. cit., p. 32; PÉREZ L. C., *Derecho penal*, T. I, op. cit., p. 64; PÉREZ L. C., *Tratado de derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, T. I, 1967, p. 319-320; REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 51; GÓMEZ PRADA A., *Derecho penal*, op. cit., p. 77. Sólo en contra, ROZO ROZO J., *Comentarios*, op. cit., p. 138. Sin embargo, debe precisarse que la aplicación -por vía consuetudinaria- de causales de justificación o de exclusión del delito no sería un ejemplo de una costumbre *praeter legem supletiva*, sino por el contrario, *subsidiaria*, pues es evidente que la costumbre *supletiva* busca llenar un vacío o laguna dejada por las normas positivas (las leyes); así, aquellas costumbres que crean causales de justificación no están llenando laguna alguna, pues el hecho prohibido se encuentra ya definido por la ley. Lejos de llenar una laguna jurídica, las costumbres que intentan justificar o excluir la existencia de un delito están contradiciendo el contenido preestablecido por la ley, razón por la cual se tratarían de costumbres *contra legem* o -cuanto menos- de costumbres *praeter legem subsidiaria*. No es lógico afirmar que una costumbre que justifica o excluye un hecho prohibido por la ley penal pueda, al mismo tiempo, llenar un vacío dejado por la misma ley. Por ello, la única costumbre *praeter legem supletiva* es, con necesidad, la *consuetudine incriminatrice* pues es el único caso de una aparente laguna legal que una costumbre pudiera, hipotéticamente, solucionar.

³⁴⁰ Art. 14° *Preleggi*: “*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*”.

³⁴¹ ROCCO A., *El objeto*, op. cit., p. 515-517. En el mismo sentido, FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 88; PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 105; MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 45. BETTIOL critica la interpretación asumida por ROCCO pues entiende que aún como normas excepcionales, las causales de justificación siguen siendo normas penales, razón por la cual sí se aplica la prohibición contenida en el art. 4 *Preleggi*. BETTIOL G., *L'efficacia*, op. cit., p. 43-44.

³⁴² BETTIOL G., *L'efficacia*, op. cit., p. 52.

(*consuetudine abrogatrice*). Es por ello que el alcance de las causales de justificación debe respetar los límites positivos establecidos por el principio de legalidad penal³⁴³.

Frente al ordenamiento jurídico italiano, se ha afirmado que el art. 14 *Preleggi* es también aplicable a este tipo de costumbres, pues aún como normas excepcionales las causales de justificación siguen siendo normas penales, razón por la cual sí se aplica dicha disposición normativa³⁴⁴.

¿Cuál de las dos posiciones resulta más coherente con el principio de reserva de ley? La solución de esta problemática ha sido mal enfocada; más allá de concluir si es factible la influencia -por lo menos indirecta- de la costumbre como fuente de derecho penal frente a las causales de justificación, debe resolverse, primero, qué tipo de costumbre es. Es decir, la costumbre en referencia a las causales de justificación, ¿es una costumbre integrativa o derogatoria? Ambas opciones son respaldadas por la doctrina³⁴⁵; y, ambas partes tienen la razón (por lo menos, tangencialmente).

Quienes afirman que la costumbre en relación con las causales de justificación tiene un carácter *integrativo* están en lo cierto, pues éstas se integran a la ley penal preexistente, siendo de carácter *praeter legem*; existen y generan efectos sólo en la medida en que una norma jurídica así lo permite³⁴⁶. Pero, quienes afirman que es de naturaleza derogatoria también parten de un presupuesto correcto, pues tales costumbres, al excluir la punibilidad de un comportamiento prohibido por la ley, están derogando dicha norma prohibitiva³⁴⁷. ¿Cuál es, entonces, la solución? Debe partirse del presupuesto esencial de que este tipo de costumbres tiene efectos jurídicos sólo en la medida en que la causal de justificación esté contenida en una ley penal³⁴⁸; de otra manera, serían simplemente *consuetudine abrogative* sin base legal positiva alguna. Pero, al integrar la ley penal que establece -precisamente- una causal de justificación (explicitando su contenido específico), la costumbre genera un efecto derogativo frente al comportamiento prohibido. Sin lugar a dudas, se trata de costumbres integradoras con efectos derogatorios (“*consuetudine integratrice con effetti abrogativi*”), pues a pesar de que excluyen la responsabilidad penal a través de una causal de justificación, lo hacen atendiendo al reconocimiento explícito que la ley penal hace de dicha causal.

³⁴³ BRICOLA F., *Teoría*, op. cit., p. 156.

³⁴⁴ BETTIOL G., *L'efficacia*, op. cit., p. 43-44.

³⁴⁵ Quienes afirman que esta costumbre es *integrativa*, FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 188; MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 166; MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 121; PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 105; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 219-220. Quienes afirman que esta costumbre es *derogatoria*, MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 45; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 40; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 53; PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 137.

³⁴⁶ “*concorre a determinare l'essata portata della norma scriminante entre i confini originariamente indicati dalla legge*”. Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 45. En el mismo sentido, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 219-220.

³⁴⁷ “*le circostanze de liceità che la dottrina considerava radicate su di un principio consuetudinario sono il frutto di una consuetudine spuria o interpretativa, oppure sono giustificate attraverso una interpretazione analogica e sistematica. La consuetudine propriamente detta non esplica, a nostro avviso, alcuna efficacia diretta in questo territorio particolare del diritto penale, perché si tratterebbe di una consuetudine contra legem vera e propria, la quale, sotto la veste di praeter legem, cercherebbe di colmare le presunte lacune della legislazione*”. BETTIOL G., *L'efficacia*, op. cit., p. 52.

³⁴⁸ “*En cuanto a la viabilidad de la costumbre praeter legem, admitida por la doctrina española en materia de causales de justificación, no aparece posible, pues la autorización debe estar contenida en la ley*”. Cfr. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 219-220. Así lo establece un considerable número de autores en Colombia, al exigir que la costumbre se ajuste al contenido de la norma positiva, véase, REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 51; ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 46; ESTRADA VÉLEZ F., *Manual de Derecho Penal. La norma, el delito, el delincuente*, Medellín, Editorial Pequeño Foro, 1972, p. 38; ROZO ROZO J., *Comentarios*, op. cit., p. 138-139.

Un ejemplo ayuda, sin lugar a dudas, a explicar esta última posición. MAGGIORE establece como ejemplo de una *consuetudine abrogative* el art. 61 c.p.i. (“*esercizio di un diritto o adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica*”), donde menciona las circunstancias que puedan suceder en operaciones médico quirúrgicas; lesiones producidas en deportes; disturbios generados en fiestas; difamaciones en crónicas periodísticas; todos estos ejemplos de costumbres que pueden derogar la existencia de un delito³⁴⁹. Este autor italiano justifica su posición argumentando que este tipo de costumbres en realidad derogan la ilicitud del comportamiento que, en principio, está prohibido por la ley, razón por la que se trata de un ejemplo de *consuetudine abrogativa*³⁵⁰. Sin embargo, es indiscutible que la aplicación de tales *costumbres* se da por el reconocimiento del art. 61 *ejusdem* a la causal de justificación, razón por la cual en realidad la costumbre no deroga sino que integra dicha disposición normativa; otra cosa diferente es que, al integrar dicho artículo, genere efectos derogatorios frente a la existencia de un delito³⁵¹.

Analizada la costumbre *praeter legem*, corresponde estudiar la costumbre *contra legem*. Sin lugar a dudas, esta costumbre es aquella contraria a la ley escrita³⁵²), razón por la cual es indiscutible que queda completamente descartada en el derecho penal, máxime dentro de un ordenamiento jurídico donde la ley es fuente jurídica principal³⁵³.

Esta posición se funda en varios factores. El más importante, tal vez, es el carácter *incierto* de la costumbre en general³⁵⁴. Sin embargo, ANTONISEI y otra parte de la doctrina italiana reconocen que no es dicho carácter el que evita que la costumbre pueda derogar la ley penal, pues la certeza no es la *ratio* de la reserva de ley; se trataría, por el contrario, de la imposibilidad normativa y constitucional de que una costumbre pueda afectar el monopolio legal³⁵⁵, reconocido por lo demás por los textos constitucionales italiano y colombiano.

Frente a esta realidad, ya puede verse cómo la *consuetudine abrogativa* no puede tener ningún valor en el derecho penal (como fuente de conocimiento en el derecho penal), pues tal como lo reconocen BETTIOL y JIMÉNEZ DE ASÚA, en las otras ramas del derecho (como la civil o la comercial) son los particulares quienes crean la costumbre a través de actos reiterados dentro de la misma sociedad; el derecho penal no es aplicado por la sociedad sino por los magistrados y por los fiscales (Ministerio Público en Italia) al momento de juzgar un determinado comportamiento humano (el llamado “*atteggiamenti negativi dell’ autorità*”³⁵⁶), razón que lleva a negar cualquier valor creador a la

³⁴⁹ MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 121.

³⁵⁰ “*Impropriamente, in tali casi, si parla di consuetudine interpretativa secundum legem, giacchè non si tratta di interpretare una legge ma di una vera e propria deroga al suo imperativo (...) Qui c’è soltanto una norma di diritto non scritto, che deroga al diritto scritto*”. *Ibidem*, p. 121.

³⁵¹ Incluso, puede discutirse sí, en realidad, en el ejemplo que plantea MAGGIORE la costumbre cumple una función de fuente de derecho, o de simple presupuesto de hecho del delito.

³⁵² PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 133.

³⁵³ *Ibidem*, p. 133.

³⁵⁴ GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 65; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado...*, op. cit., p. 241.

³⁵⁵ ANTONISEI F.; CONTI L., *Istituzioni*, op. cit., p. 41; DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 90; DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 248; FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 87-88; GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 92. En el mismo sentido, frente a la doctrina colombiana, REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 51; ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 38; ROMERO SOTO L. E., *Derecho penal*, op. cit., p. 182; ROZO ROZO J., *Comentarios*, op. cit., p. 138.

³⁵⁶ MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 258.

costumbre en materia penal³⁵⁷. Como lo describe MANZINI, en este caso existe la ley penal como potencia, como energía no utilizada pero utilizable (“è una energia non utilizzata, ma utilizzabile”)³⁵⁸.

Es incuestionable que, a diferencia de las otras ramas del derecho, la omisión de los funcionarios públicos en perseguir o investigar determinados delitos por razones de oportunidad (aun cuando sea generalizada) no puede adquirir el valor de una *consuetudine abrogativa*, pues jurídicamente no invalida la norma penal, sólo la invalida en la práctica³⁵⁹. La inactividad de los magistrados o del Ministerio Público de proceder contra algún delito no deroga el contenido de la ley³⁶⁰, pues no contradice en ningún grado la obligación de reprimir un determinado hecho delictivo³⁶¹.

Finalmente, debe analizarse la costumbre *secundum legem* que tiene, como sucede con la costumbre *praeter legem*, dos conceptos posibles. En el primer concepto se aglutina la idea de costumbre interpretativa, reconociendo su validez en la medida en que así lo permite el legislador; sin lugar a dudas, al tratarse de una costumbre interpretativa, es en realidad aplicación de la ley penal³⁶². Sin embargo, es claro que esta costumbre ni siquiera es una norma jurídica, sólo una forma de interpretación³⁶³, razón por la cual poco puede discutirse sobre su alcance como fuente de derecho en materia penal.

El segundo concepto que tiene la costumbre *secundum legem* no la reduce a ser un simple medio de interpretación, sino por el contrario, aglutina los casos de costumbre que son mencionadas por la propia ley³⁶⁴. Así, por ejemplo, el art. 625, n. 7 c.p.i., el legislador establece como circunstancia agravante del hurto que éste sea cometido sobre una cosa expuesta al público “*per consuetudine*”; en los mismos términos se expresa el legislador colombiano frente al delito de hurto, al contemplar en el art. 241, n. 7 c.p.c. la misma circunstancia de agravación sobre “*objeto expuesto a la confianza pública por (...) costumbre*”.

Sin embargo, debe precisarse la diferencia que existe entre *consuetudine* (como fuente jurídica) y *abitudine* (como costumbre o hecho social). En este caso, la costumbre *secundum legem* acá precisada es, en realidad, un elemento de hecho, no una fuente jurídica independiente³⁶⁵, razón por la que es permitida en el derecho penal³⁶⁶.

Así pues, de los dos sentidos que se le asignan a la costumbre *secundum legem*, ninguno refleja la idea de costumbre como fuente de derecho, razón por la cual no tienen ninguna influencia en el

³⁵⁷ BETTIOL G., *L'efficacia*, op. cit., p. 10-13; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado...*, op. cit., p. 238.

³⁵⁸ MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 258.

³⁵⁹ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 134.

³⁶⁰ BETTIOL G., *L'efficacia*, op. cit., p. 56.

³⁶¹ GRISPIGNI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 315.

³⁶² MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 118.

³⁶³ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 133. En el mismo sentido, MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 45; PISAPIA G. D., *Istituzioni di diritto penale. Parte generale e speciale*, Padova, CEDAM, 1965, p. 17.

³⁶⁴ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 133.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 136; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 323.

³⁶⁶ BETTIOL G., *L'efficacia*, op. cit., p. 28; GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 89; PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 106; VON LISZT F., *Tratado*, op. cit., p. 96. Aunque algunos califican la referencia mantenida por el art. 625, n. 7 del c.p.i. como una costumbre *praeter legem* integrativa, no como una *abitudine*. Cfr. MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 120; RAMACCI F., *Corso*, op. cit., p. 71

derecho penal más allá de constituir un medio de interpretación o ser un elemento del supuesto de hecho prohibido por la ley penal³⁶⁷.

En resumen, puede concluirse que solamente la *costumbre integradora con efectos derogatorios* puede constituir, en el derecho penal, una fuente de conocimiento mediata; tal costumbre, sin lugar a dudas, no desconoce la *ratio* de garantía de la reserva de ley penal ni contradice el carácter absoluto de ésta, situación que sí sucede al hablar de las restantes clases de costumbre (*praeter legem supletiva* y *contra legem*).

A pesar de que se reconoce, casi de manera unánime, que la costumbre no es una fuente inmediata de derecho penal, y por ello, no puede crear derecho penal objetivo, las relaciones entre el derecho penal de los Estados con el derecho penal internacional genera discusiones frente a esa afirmación “indiscutible”³⁶⁸.

2.8.2. *La doctrina y los principios generales de derecho:*

Frente a la doctrina, se afirma que ésta tiene valor en la medida en que sea considerada por el poder legislativo al momento de expedir la ley penal, pero que es imposible reconocerle poder creador autónomo³⁶⁹, reduciéndose a ser una simple fuente mediata que interpreta la ley penal positiva³⁷⁰; se debe hacer, entonces, una clara diferencia entre la interpretación del derecho (tarea asignada a la doctrina) y su creación³⁷¹. Incluso, hay quienes rechazan que la doctrina sea una fuente de derecho penal, reduciéndola simplemente a una especie de interpretación³⁷² o medio de conocimiento³⁷³.

De igual manera, frente a los principios generales deben diferenciarse dos escenarios: en primer lugar, los principios generales sí tienen valor al momento de interpretar la ley (serían, entonces, una fuente mediata del derecho penal)³⁷⁴; pero, en segundo lugar, los principios generales de derecho no pueden contrariar o “arrasar”³⁷⁵ el principio de legalidad penal, pues éste es una derivación de los mismos principios de derecho (por lo menos, en la construcción del *civil law*), por lo que sería incongruente afirmar que la consecuencia de un principio general del derecho pueda ser anulado por otro³⁷⁶.

³⁶⁷ En contra de esta interpretación, por ejemplo, VELÁSQUEZ, quien reconoce en la costumbre *secundum legem* la costumbre *integrativa* (*Fundamentos*, p. 218-219). Sin embargo, la noción acá asumida -y la clasificación utilizada- parte de las consideraciones de MAGGIORE y PETROCELLI, respectivamente.

³⁶⁸ YACOBUECCI G., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 273. Sin embargo, existe doctrina que resta cualquier valor jurídico a la costumbre internacional en el derecho penal nacional. Cfr. GRISPIGNI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 320.

³⁶⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios de derecho penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Editorial Suramericana, 1997, p. 91.

³⁷⁰ FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 188-189. De la misma manera, frente a la doctrina colombiana, GAITÁN MAHECHA B., *Curso*, op. cit., p. 44; REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 48; ROZO ROZO J., *Comentarios*, op. cit., p. 138.

³⁷¹ BATTAGLINI G., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, III ed., 1949, p. 42.

³⁷² PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 106, 108.

³⁷³ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 141.

³⁷⁴ Cfr. ROZO ROZO J., *Comentarios*, op. cit., p. 135.

³⁷⁵ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 244-245, 247; ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 128.

³⁷⁶ Con tal posición, MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 262; ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 128.

Incluso, existen autores que niegan la calidad de “fuente jurídica” a los principios generales de derecho, pues al ser el origen de la legislación positiva, su esencia queda reducida a las mismas leyes que dieron origen³⁷⁷.

2.8.3. La jurisprudencia:

Sin embargo, la posición frente a la jurisprudencia es cada vez más discutida. Mientras parte de la doctrina (que podría calificarse como “mayoritaria”³⁷⁸) afirma que la jurisprudencia no puede ser una fuente de conocimiento inmediata del derecho penal, otra parte -cada vez más influyente- afirma todo lo contrario. En este acápite se analizará la posición mayoritaria, mientras que la posición más influyente (que concreta diferentes argumentos a favor de la “crisis” del principio de legalidad penal) será objeto de un análisis particular en el siguiente punto.

Los argumentos esgrimidos para afirmar que la jurisprudencia no es una fuente de conocimiento directa del derecho penal pueden organizarse en cinco grupos³⁷⁹. Un primer grupo de argumentos niega tal posibilidad al reconocer que la jurisprudencia no tiene las mismas (o, por lo menos, algunas) características que identifican a la ley penal. De esta manera, si la jurisprudencia fuese una fuente inmediata, toda decisión judicial (o, por lo menos, aquellas decisiones de los altos tribunales de cada país) deberían dirigirse a la totalidad de ciudadanos en un Estado, tal como lo haría una ley, situación que no sucede actualmente ni en Colombia ni en Italia; además, aun cuando ello hipotéticamente sucediera, la jurisprudencia tampoco cumpliría los requisitos sustanciales y formales establecidos por cada constitución política para que tal acto pudiese ser calificado como “ley” en sentido formal³⁸⁰. La discusión pública y dialéctica de una jurisprudencia y de su contenido político criminal es simplemente imposible, contrario a lo que sucede con la ley penal, elementos estos que conforman el significado democrático del principio de legalidad penal.

Una decisión judicial no comparte tampoco las características que debe tener toda ley, como acto emanado del órgano legislador; esto es, ser un acto general, abstracto, publicado, coercible y, por lo tanto, obligatorio para todos los ciudadanos. No es un acto normativo de carácter general en tanto que la decisión del juez no genera obligaciones jurídicas predicables a la totalidad de ciudadanos; su eficacia, por el contrario, tiene como límite el caso concreto y las partes que en él participaron³⁸¹. No puede la jurisprudencia, pues, asumir (como decisión judicial) el carácter de una norma jurídica general³⁸².

³⁷⁷ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 82; RANIERI S., *Manual*, op. cit., p. 63.

³⁷⁸ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 87; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 250; ZAFFARONI E., *Tratado*, ob. cit., T. I.

³⁷⁹ Debe afirmarse, sin embargo, que los argumentos acá expuestos frente a las características de la jurisprudencia, no se refieren a los efectos de las sentencias de constitucionalidad emitidas por la Corte Constitucional. Es indiscutible, hoy por hoy, que los pronunciamientos de dicho alto tribunal (tanto en Italia como en Colombia) materializan un *poder legislativo negativo*, “en el sentido de que pueden declarar sin vigencia una norma penal, aunque no pueden crear derecho”. Cfr. VELÁSQUEZ F., *La jurisprudencia*, op. cit., p. 155. Incluso, puede hablarse también de un *poder legislativo positivo condicionado*, en la medida en que también puede imponer una determinada interpretación, a efectos de garantizar la exequibilidad de una determinada norma jurídica. Esta realidad, sin embargo, en nada afecta los argumentos que a continuación se expondrán.

³⁸⁰ Vid. ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 126.

³⁸¹ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 83; ANTONISEI F., *Elementi*, op. cit., p. 20; PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 142.

³⁸² MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 267.

Tampoco cumple con el carácter de abstracción de la ley, pues a diferencia de ésta que puede generar relaciones jurídicas generales a todos los ciudadanos de manera objetiva, la jurisprudencia no puede producir tales efectos más allá del caso particular³⁸³. Así, mientras que la aplicación de la ley es consecuencia del principio de igualdad³⁸⁴, la aplicación de la jurisprudencia no. Es por ello que el uso de decisiones judiciales a casos diferentes al genera la necesidad de utilizar, inexorablemente, la analogía³⁸⁵. Ello demuestra el carácter particular y limitado de la decisión judicial.

La jurisprudencia tampoco es coercible más allá del caso concreto; una decisión judicial no produce -ni es- una norma coercible respecto de todos los ciudadanos³⁸⁶. También existen problemas sustanciales en cuanto a la publicidad de la jurisprudencia, pues -por lo menos en el derecho penal- la legalidad penal busca que los ciudadanos tengan la posibilidad de conocer cuáles comportamientos están prohibidos. Dicha certeza (como potencialidad, no realidad) se consigue no sólo a través del carácter general y abstracto de la ley como norma jurídica, sino también a partir de la presunción de conocimiento general que la cobija gracias a su publicación. La jurisprudencia, por el contrario, no posee dicha presunción de conocimiento general; y lejos de existir, la jurisprudencia ni siquiera se publica (por lo menos, en los mismos términos que la ley)³⁸⁷.

La jurisprudencia tampoco comparte el mismo carácter de obligatoriedad que la ley penal, pues resulta claro, visto todo lo anterior, que una decisión judicial no es obligatoria para la entera totalidad de ciudadanos³⁸⁸. Por supuesto, de lo anterior se debe excluir las decisiones de *exequibilidad* que pronuncie la Corte Constitucional (tanto colombiana como italiana), en ejercicio de su función de tutela y salvaguarda de la Constitución.

Un segundo grupo de argumentos reconoce la incongruencia de calificar como fuente inmediata de derecho penal a la jurisprudencia, pues ello implicaría una lesión al principio de división de poderes, dando de esta manera poderes legislativos al poder judicial³⁸⁹. El juez, así las cosas, se convertiría en legislador.

Otro tercer grupo de argumentos recalca la idea de que la sentencia, como acto decisorio del juez, tiene efectos jurídicos sólo en virtud de una ley que así lo establece³⁹⁰; “*la sentencia no obliga ella, porque en el fallo los jueces manden ejecutarla, sino porque hay una norma generalizada -y no*

³⁸³ Cfr. PAPA M., *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il “diritto vivente” tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1989, N° I-1, p. 43.

³⁸⁴ MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 204.

³⁸⁵ VASSALLI G., voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. XI, 1965, p. 479; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 293.

³⁸⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 253, 256. En el mismo sentido, PAPA M., *La questione*, op. cit., p. 43.

³⁸⁷ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 479; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 293. Para BENTHAM, por ejemplo, el *common law* sufre de un problema de incerteza jurídica en su misma esencia “*common law by its very essence*” (p. 235), pues al ser decisiones tomadas por magistrados en casos específicos, el ciudadano común (general) no tiene ninguna posibilidad de conocer esa decisión. Y aun publicándose dichas decisiones, sucedería que existirían miles de decisiones judiciales publicadas, cada una valorando el derecho de manera diferente y, por lo tanto, creando cada una un “derecho distinto” (p. 236-237). BENTHAM J., *Truth versus Ashhurst; or Law as it is, contrasted with what it is said to be*, in BENTHAM J., *The works of Jeremy Bentham*, a cura di J. Bowring, Edinburgh, Simpkin, Marshall & Co., Vol. V, 1843.

³⁸⁸ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 220; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos*, op. cit., p. 131.

³⁸⁹ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 127.

³⁹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 257.

*individualizada, puesto que es una ley- que ordena que las sentencias (...) sean obligatorias*³⁹¹. En esa medida, la actividad del juez se concreta en la interpretación y aplicación de la ley (general y abstracta) en el caso concreto, individualizándola para la solución de la controversia particular³⁹². Tal como lo reconoce PANNAIN, la decisión judicial no es más que la actividad práctica del juez³⁹³; así las cosas, la jurisprudencia (y la decisión del juez) es la aplicación de la ley a un caso concreto, por lo que no crea derecho sino lo aplica³⁹⁴. MANZINI, en este punto, es muy claro: la jurisprudencia no modifica, crea ni integra reglas de derecho, puesto que *“il mezzo attraverso il quale un’energia si attua, non puo essere scambiato con l’energia stessa”*³⁹⁵. La decisión judicial sólo tiene efectos en el caso concreto³⁹⁶.

A partir de este punto se entiende el concepto de jurisdicción, como actividad del Estado que le corresponde el *ius dicere*, es decir, la declaración -con efecto imperativo- de cuál es la norma de derecho aplicable en el caso concreto³⁹⁷. En ese sentido, la jurisdicción no es ni potestativa ni discrecional, pues se encuentra vinculada a la aplicación de la ley a los hechos objeto de juzgamiento³⁹⁸. La decisión judicial es, sin lugar a dudas, un proceso de reconocimiento dentro del cual el juez no tiene una voluntad creadora; por ello, el acto que él expide (la decisión judicial) no puede tener los mismos efectos y consecuencias que la ley³⁹⁹. La jurisprudencia es, en esencia, una *“attività tendenzialmente cognitiva in fatto e ricognitiva in diritto”*⁴⁰⁰.

Se ha planteado, también, un cuarto grupo de argumentos para desvirtuar el carácter de fuente formal frente a la jurisprudencia, en el cual se recalca como los jueces están sometidos al imperio de la ley, y no a las decisiones judiciales. El art. 101 Cos. ital. establece que *“i giudici sono soggetti soltanto alla legge”*; la Cos. col. reproduce idéntico texto en el art. 239 Cos. col. ¿Qué significa esa fórmula constitucional? Acorde con este punto de partida, la disposición constitucional quiere indicar la necesidad de analizar si un acto judicial está conforme o no con lo establecido en el derecho⁴⁰¹. Es claro que dicha disposición constitucional enuncia -sin ambigüedad alguna- que el juez está sometido a la ley, como acto normativo expedido por el órgano legislativo⁴⁰²; dicho sometimiento demuestra que la justificación esencial de la función jurisdiccional es la propia

³⁹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 88.

³⁹² FLORIAN E., *Trattato*, op. cit., p. 188.

³⁹³ PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 109.

³⁹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 88-89; RANIERI S., *Manual*, op. cit., p. 60. La jurisprudencia no es más que una *“attività essenzialmente conoscitiva e non creativa”*. Cfr. PISAPIA G. D., *Istituzioni*, op. cit., p. 17.

³⁹⁵ MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 267.

³⁹⁶ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 142.

³⁹⁷ BATTAGLINI G., *Diritto penale*, op. cit., p. 48; PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 106.

³⁹⁸ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 68. En el mismo sentido, GUASTINI R., voce *Principio* (*Dig. disc. pubbl.*), op. cit., p. 90.

³⁹⁹ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 141-142.

⁴⁰⁰ FERRAJOLI L., *Una rifondazione garantista della separazione dei poteri*, in FERRAJOLI L., *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. IPPOLITO; F. MASTROMARTINO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 79. TRAPANI, por el contrario, entiende que lo realmente vinculante en el ordenamiento jurídico no es la ley general y abstracta, sino la decisión del juez que la aplica: *“Si en efecto la ‘coactividad’ es un requisito identificativo del ‘derecho’ (respecto a otros sistemas normativos extranormativos, como por ejemplo la moral), en particular él caracteriza no a cada una de las normas sino al ‘ordenamiento jurídico’ en su conjunto, de donde se deriva que ‘vinculante’ en cuanto coactivamente ejecutable incluso ‘contra’ la voluntad del destinatario, es solo cuanto proviene del juez a través de su decisión”*. TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 124.

⁴⁰¹ BATTAGLINI G., *Diritto penale*, op. cit., p. 43.

⁴⁰² Cfr. GROSSO C. F., *Il fascino discreto*, op. cit., p. 133; GUASTINI R., voce *Principio* (*Dig. disc. pubbl.*), op. cit., p. 90; PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 93. En Colombia, CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal*, op. cit., p. 155.

voluntad del pueblo representada dentro de los límites constitucionales⁴⁰³: “*Sicché la soggezione alla legge è un tratto costitutivo della nozione stessa di giurisdizione: i provvedimenti giurisdizionali non possono non essere conformi (in senso stretto) alla legge*”⁴⁰⁴.

La independencia judicial no es sinónimo de arbitrio, pues tal independencia debe respetar el ámbito de libertad asignado por el órgano legislativo mediante la ley⁴⁰⁵. De esta manera, la decisión judicial reconoce el derecho existente, no lo crea; al ser un simple acto jurisdiccional, la decisión judicial de un juez no puede generalizarse en cuanto decisión; por el contrario, aquello que puede generalizarse es su interpretación de la norma jurídica⁴⁰⁶, afirmación que precisa la naturaleza indirecta y mediata de la jurisprudencia como fuente de derecho penal.

Ésta es la razón por la que los magistrados pueden apartarse de una decisión emitida por un tribunal superior (precedente judicial), pero no pueden desconocer o inaplicar las leyes incorporadas en el ordenamiento jurídico⁴⁰⁷. Ni siquiera la existencia del art. 4º de la Ley 169 de 1896 en Colombia, donde se establece la figura de la *doctrina probabile*, puede ocasionar que las decisiones de la CSJ col. sean obligatorias para los jueces inferiores, razón adicional para demostrar este argumento⁴⁰⁸.

Finalmente, a través del quinto grupo de argumentos puede afirmarse que, si la jurisprudencia fuese una fuente inmediata de derecho penal, ésta tendría siempre -y de manera necesaria- efectos retroactivos⁴⁰⁹, en la medida en que toda decisión judicial es posterior a la comisión de los hechos juzgados. De esta manera se ha intentado agrupar, en términos generales, los argumentos aducidos frente a la jurisprudencia y su incapacidad para ser una fuente de conocimiento inmediata del derecho penal.

Incluso, hay quienes afirman que la jurisprudencia ni siquiera es fuente del derecho penal⁴¹⁰, atendiendo los efectos limitados que ésta puede generar considerándola una simple decisión judicial frente al carácter general y abstracto de la ley penal, es decir, reduciendo su alcance a una simple aplicación del derecho en el caso concreto a través de la interpretación del mismo⁴¹¹. Sin embargo -y a pesar de esta última posición extrema- es claro que la inmensa mayoría de la doctrina reconoce a la jurisprudencia como fuente formal de derecho penal⁴¹².

⁴⁰³ ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, Vol. VII, Pisa, Edizioni ETS, 2012, p. 315.

⁴⁰⁴ GUASTINI R., voce *Principio* (*Dig. disc. pubbl.*), op. cit., p. 90.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 90; ZANON N., *Su alcuni problemi*, op. cit., p. 315.

⁴⁰⁶ MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 267.

⁴⁰⁷ BATTAGLINI G., *Diritto penale*, op. cit., p. 45; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 87-88.

⁴⁰⁸ Dice el art. 4º: “*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probabile, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.*” Con la misma posición acá mantenida, véase, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 220.

⁴⁰⁹ BENTHAM J., *Truth*, op. cit., p. 235-236.

⁴¹⁰ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 83; ANTONISEI F., *Elementi*, op. cit., p. 20; MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 267; PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 106.

⁴¹¹ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 170.

⁴¹² Por ello, es discutible limitar el alcance del principio de reserva de ley como una protección exclusiva contra el órgano ejecutivo. Con este enfoque limitado, MANNA A., *Corso*, op. cit., p. 43.

2.9. La “crisis” del principio de legalidad penal y el principio de reserva de ley:

A lo largo del capítulo anterior se ha visto como la llamada “crisis” del principio de legalidad penal ha afectado de manera particular el significado democrático de este principio; visto lo anterior, es lógico que los efectos de la pretendida “crisis” se extiendan también al principio de reserva de ley⁴¹³. Hasta hace pocos años se afirmaba sin discusión que la ley penal constituía la única fuente de conocimiento inmediata del derecho penal, todo ello como consecuencia de la misma reserva de ley reconocida por la Constitución política. Sin embargo, declarada la “crisis” de la legalidad, era lógico que se construyeran edificios teóricos que buscaban otorgar dicha condición (la de ser fuente de conocimiento inmediata) a una fuente jurídica diferente, posición que fue otorgada a la jurisprudencia. Ella es, pues, al día de hoy la “nueva” fuente formal del derecho penal, incluso por encima de la ley.

Tal afirmación requiere, como es apenas lógico, una argumentación tendiente a soportarla. Se han edificado, de hecho, dos vías diferentes para lograr este pretendido resultado; la primera, reconociendo de manera directa a la jurisprudencia como fuente formal del derecho penal, considerando que ésta tiene fuerza vinculante y, por lo tanto, constituye precedente obligatorio para los jueces; y, la otra, construyendo lo que se conoce hoy día como el “nuevo derecho”⁴¹⁴.

2.9.1. La jurisprudencia como fuente formal y directa del derecho penal:

Aunque la idea resulta ser incompatible con un ordenamiento jurídico calificado como *sistema de derecho continental*⁴¹⁵, donde la ley parece ser la fuente jurídica por excelencia, es innegable que -por lo menos, en lo que respecta a Colombia- desde comienzos de siglo XXI se ha iniciado un proceso dirigido a calificar la jurisprudencia (entendida ésta como las decisiones judiciales emitidas por los máximos tribunales del país) como fuente de derecho obligatoria, atendiendo su inherente fuerza vinculante.

A partir de la Constitución política de 1991, y de manera gradual y lenta, la jurisprudencia de la Co. Cos. col. inició una línea jurisprudencial que la llevó, finalmente, a reconocer que la jurisprudencia -por lo menos, del máximo tribunal constitucional- constituía un precedente judicial obligatorio⁴¹⁶, teniendo por lo tanto tal fuerza vinculante que los demás jueces tienen un *deber de acatamiento* frente a tales decisiones. Así, se pretende interpretar el principio de sujeción del juez a la ley, reconocido explícitamente en el art. 230 Cos. Col.⁴¹⁷, para incluir en la expresión “ley” no sólo el acto normativo expedido por el órgano legislador sino, por el contrario, considerando tal locución como sinónimo de *ordenamiento jurídico*; de esta manera, el juez en realidad se encuentra sometido al ordenamiento jurídico, dentro del cual se incluye la jurisprudencia constitucional⁴¹⁸.

⁴¹³ Cfr. PALAZZO F., *La legalidad*, op. cit., p. 107.

⁴¹⁴ Con esta denominación, VELÁSQUEZ F., *La jurisprudencia*, op. cit., p. 162.

⁴¹⁵ Insalvable contradicción que, al parecer, poco importa a efectos de valorar la coherencia y validez de esta interpretación constitucional. Vid. BERNAL PULIDO C., *El precedente en Colombia*, in *Revista Derecho del Estado*, Vol. XXI, 2008, p. 93.

⁴¹⁶ Cfr. Co. Cost. col., C-086/01, 31 de enero de 2001. Aunque, pueden calificarse como precedentes de esta decisión: C-252/01, 28 de febrero de 2001; C-447/97, 18 de septiembre de 1997; SU-049/97, 2º de febrero de 1997; T-123/95, 18 de marzo de 1995; C-083/95, 1º de marzo de 1995; C-131/93, 1º de abril de 1993.

⁴¹⁷ Dice el art. 230: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley./La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

⁴¹⁸ “el artículo 230 de la Constitución Política, cuando refiere que el juez solo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el

Esta interpretación fue seguida por los demás altos tribunales, incluida la CSJ col., quien en jurisprudencia también reiterada también ha llegado a concluir que sus propias decisiones son un precedente obligatorio que los jueces deben seguir, al extremo de calificar su jurisprudencia como una fuente formal de derecho penal⁴¹⁹, cuyo desconocimiento puede generar responsabilidad penal frente a la comisión del delito de prevaricato por acción⁴²⁰.

De esta manera, esta posición pretende afirmar que la obligatoriedad del precedente jurisprudencial no se opone al art. 230 Cos. col. en donde se declara la sujeción del juez a la ley, pues es imposible separar la ley de su interpretación, por lo que al afirmar la sujeción del juez a la ley, la Constitución también lo hace frente a la interpretación de ella⁴²¹.

Sin lugar a dudas, se trata de una interpretación desquiciada (verdadero sofisma) que desconoce el dato básico y elemental de cualquier interpretación legal: el tenor literal del texto interpretado. Así, a efectos de acomodar en la expresión “ley” -contenida en el inciso 1° del art. 230 Cos. col.- el concepto de *ordenamiento jurídico*, se incurre en una incongruencia manifiesta frente al segundo inciso de la misma norma constitucional, cuando afirma precisamente que la jurisprudencia es, entre otras fuentes de derecho, *criterio auxiliar de la actividad judicial* (¿cómo puede ser una misma fuente de derecho obligatoria y auxiliar al mismo tiempo?)⁴²².

Por si no fuera poco, también incurre en una incongruencia insalvable con las demás disposiciones del texto constitucional -que también utilizan la expresión *ley*-, pues si esta locución significa en realidad *ordenamiento jurídico*, ¿qué imposibilita, entonces, interpretar de la misma manera el art. 29 Cos. col. cuando afirma que “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*”, o peor aún, el art. 28 *ejusdem* cuando garantiza que nadie podrá ser detenido sino sólo por los motivos previamente definidos por la *ley*?⁴²³. ¿Acaso, pues, en ambos casos la expresión “ley” debe interpretarse como *ordenamiento jurídico*, dando cabida a que el órgano ejecutivo mediante decretos, los mismos jueces mediante jurisprudencia o, incluso, la sociedad misma mediante la costumbre puedan determinar los motivos necesarios para detener a un ciudadano? Debe concluirse, con razón, que “*¡La ley, pues, no es la jurisprudencia, y solo una manera indebida de razonar –contraria a los mandatos de la lógica– puede pretender que lo que no es “ley” se vuelva “ley”!*”⁴²⁴.

ordenamiento jurídico, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia” Vid. Co. Cost. col., C-086/01, 31 de enero de 2001; CSJ col., 10 de abril del 2013, Rad. 39.456.

⁴¹⁹ De esta manera, CSJ col., 10 de abril del 2013, Rad. 39.456; 9 de febrero de 2009, Rad. 30.571; 6 de mayo de 2010, Rad. 33.331; 19 de mayo de 2010, Rad. 32.310; auto del 18 de febrero de 2009, Rad. 30.775; auto del 16 de abril de 2009, Rad. 31.115; auto del 28 de abril de 2010, Rad. 33.659.

⁴²⁰ Dice el art. 413 c.p.c.: “*El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de (...)*”. En ese sentido, CSJ col., 10 de abril del 2013, Rad. 39.456.

⁴²¹ Cfr. BACIGALUPO E., *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinnanzi alla legge*, in AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, CEDAM, 2005, p. 17.

⁴²² Vid. VELÁSQUEZ F., *La jurisprudencia*, op. cit., p. 160.

⁴²³ Evidenciando esta flagrante incongruencia, véase, WOLFFHÜGEL C., *La jurisprudencia como fuente formal del derecho penal. Prevaricato por desconocimiento del precedente judicial*, in *Cuad. der. pen.*, Vol. IX, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2013, p. 174-175.

⁴²⁴ Cfr. VELÁSQUEZ F., *La jurisprudencia*, op. cit., p. 160.

Sin embargo, más allá de discurrir en asuntos relacionados con la interpretación específica del art. 230 *ejusdem*, debe analizarse el trasfondo político, jurídico e incluso ideológico que tiene detrás de sí el movimiento del “nuevo derecho”. Así, si la afirmación de la jurisprudencia como fuente formal de derecho penal es la consecuencia, la causa de esto es indudablemente la teoría del “*derecho viviente de los jueces*”.

2.9.2. *El principio de reserva de ley y el “derecho viviente de los jueces”:*

A través de calificativos como la “*época del giudice*” o “*età della giurisdizione*”⁴²⁵, pueden aglutinarse todos los autores que -directa o indirectamente- apoyan el que se ha denominado “*diritto vivente dei giudici*”⁴²⁶ o “*diritto penale giurisprudenziale*”⁴²⁷. Incluso, se habla abiertamente de un principio de legalidad penal *in action*, contrastándolo con aquel otro principio tradicional *in books*, ya obsoleto en la actualidad⁴²⁸.

Esta posición, con pretensiones de ser acogida por unanimidad, ve en la actividad de interpretación una actividad necesariamente creativa del juez: “*È universalmente riconosciuto che la interpretazione delle norme giuridiche è una attività «creativa»: ed anzi si deve aggiungere, necessariamente creativa*”⁴²⁹. El presupuesto lógico de esta posición surge de la diferencia que existe entre los conceptos de “ley penal” y “norma penal”; mientras que el primero denota una disposición normativa (conjunto de signos lingüísticos o signos gráficos) emitida por el legislador, la segunda es el resultado de la actividad interpretativa del juez de dicha disposición normativa (verdadera *regula iuris* creada por el juez), entendida como un presupuesto lógico y previo a cualquier decisión judicial⁴³⁰. La ley penal es un enunciado lingüístico llamado a ser interpretado, interpretación que -dado el vínculo necesario que existe entre el derecho penal y su aplicación en el proceso⁴³¹- corresponde al juez, con lo cual crea así la norma penal: “*la ‘norma’, no existiendo antes -ni independientemente- de la interpretación del texto legislativo del cual se extrae, vive solo en el momento de su concreta aplicación*”⁴³².

⁴²⁵ FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisprudenziale*, in *Criminalia*, Vol. VI, Pisa, Edizioni ETS, 2011, p. 92. Esta expresión no es casual, puesto que esta teoría afirma que el derecho penal -a pesar de su naturaleza garantista- no puede escapar a los cambios y modificaciones del sistema jurídico. El cambio de paradigma -para quienes apoyan esta posición- no es un asunto alejado. Cfr. GARGANI A., *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, Vol. VI, Pisa, Edizioni ETS, 2011, p. 99.

⁴²⁶ Cfr. FIANDACA G., *Crisi*, op. cit.. Con la misma denominación, véase, INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’“epoca dei giudici”*, in *Criminalia*, Vol. VII, Pisa, Edizioni ETS, 2012, p. 292.

⁴²⁷ “*complesso delle nuove norme incriminatrici aggiunte -in via interpretativa- dalla Corte di Cassazione al sistema vigente*”. Cfr. CONTENTO G., *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Il Foro Italiano*, Vol. CXI, Anno CXIII, Roma, 1988, p. 486.

⁴²⁸ El mejor ejemplo de este enfoque se puede encontrar en la monografía de CADOPPI. Cfr. CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli Editore, 2007. Afirma este autor italiano: “*I numerosissimi e variegati contrasti giurisprudenziale fanno immediatamente dubitare della tenuta del principio di legalità e della reale vinculatorietà delle norme penali nei confronti dei nostri giudici*” (p. 80).

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 110; CONTENTO G., *Principio*, op. cit., p. 484; INSOLERA G., *Qualche riflessione*, op. cit., p. 286.

⁴³⁰ TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 109-115. En el mismo sentido, CORDERO F., voce *Legalità penale*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 3; FIANDACA G., *Crisi*, op. cit., p. 93-94; PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 90; PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 200.

⁴³¹ Para TRAPANI, el derecho penal no puede existir fuera del derecho penal, pues es al juez quien le corresponde siempre la aplicación de la norma penal y, por lo tanto, la individualización de la *regula iuris* particular al caso concreto: “*el reconocimiento del real significado y alcance del acto de ‘interpretación’ judicial cual lógico ‘presupuesto’ de la aplicación de la ‘norma’ penal en el caso concreto*” (*Cesare Beccaria*, p. 109).

⁴³² Vid. TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 115. En términos similares, FIANDACA G., *Crisi*, op. cit., p. 92.

Desde este punto de vista, una es la ley penal (como disposición legislativa y conjunto de signos lingüísticos) y otra la norma penal (como específica interpretación realizada por el juez y aplicada en un proceso penal). Así, la norma penal -como resultado de un proceso de interpretación- es *per se* una creación judicial de derecho, de tal forma que el juez, cuando interpreta y aplica la norma penal, en realidad la está creando⁴³³. El intérprete de la ley penal se convierte, aún sin desearlo, en “creador” de derecho, sin que por ello el juez tenga una intención de desconocer la ley escrita⁴³⁴. De esta manera, la interpretación de una ley penal es una actividad creativa⁴³⁵, y el juez tiene en realidad un poder normativo como lo tiene el órgano legislativo⁴³⁶: la *regula iuris* determinante es aquella creada por el juez al momento de la aplicación de la ley penal al caso concreto⁴³⁷. A través de este punto de partida, la jurisprudencia es una fuente autónoma de derecho, incluso en materia penal⁴³⁸.

La contraposición, en este punto, es clara; la legalidad penal (como legalidad abstracta) se materializa sólo a través de la llamada *legalità giudiziale*⁴³⁹. De esta manera, una es la previsión normativa abstracta que se logra por medio de la ley penal y otra es la concreción de esa ley en el caso concreto, a través de la interpretación judicial⁴⁴⁰. Es evidente que existe una clara contradicción entre, por una parte, quien ve en la sentencia sólo una actividad de aplicación de un derecho preexistente y quien, por otra parte, ve en la decisión judicial una actividad de creación de derecho⁴⁴¹. Quien comparte la segunda posición ve, en la idea de sujeción del juez a la ley, un paradigma imposible de realizar⁴⁴².

Son tres las razones por las cuales se asume el carácter “creativo” de la interpretación judicial. La calidad de la técnica legislativa en la actualidad, aunado a las dificultades existentes en la formulación y redacción de las leyes penales, son la primera razón para asumir la posición del “*diritto vivente*”⁴⁴³, pues sólo a través de dicho carácter “creativo” pueden, aparentemente, superarse tales dificultades técnicas.

La segunda razón, de naturaleza responsiva, habla de la pérdida paulatina de la jerarquía tradicional de las fuentes de derecho al interior de los ordenamientos jurídicos y da, en tal sentido, una solución o respuesta a dicha situación. De esta manera, la ley -como expresión de soberanía del pueblo, a través de sus representantes- se debe transformar: la ley se convierte, en la actual situación, en una

⁴³³ Vid. FIANDACA G., *Crisi*, op. cit., p. 93. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 90.

⁴³⁴ FIANDACA G., *Crisi*, op. cit., p. 93.

⁴³⁵ Vid. CONTENTO G., *Principio*, op. cit., p. 484; FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, Vol. CXXIII, N° 5, Torino, Giappichelli Editore, 2000, p. 139.

⁴³⁶ Vid. GARGANI A., *Verso*, op. cit., p. 107.

⁴³⁷ PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 200.

⁴³⁸ Vid. CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 72.

⁴³⁹ Cfr. FIANDACA G., *La legalità penale*, op. cit., p. 138; GARGANI A., *Verso*, op. cit., p. 107-108.

⁴⁴⁰ Vid. FIANDACA G., *La legalità penale*, op. cit., p. 138.

⁴⁴¹ PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, Vol. IX, Pisa, Edizioni ETS, 2014, p. 167-168.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 168.

⁴⁴³ Se habla de una crisis en la calidad del proceso deliberativo de la ley en el actual órgano legislativo. Vid. PALAZZO F., *Legalità penale*, op. cit., p. 1282; PINO G., *L'insostenibile*, op. cit., p. 170, 178.

expresión de simple discrecionalidad que el juez puede valorar bajo el perfil de la *razonabilidad*⁴⁴⁴.

La tercera y última razón es de naturaleza filosófica y lógica, que entiende que la norma penal - como resultado de un proceso de interpretación- es *necesariamente* una creación de derecho, razón por la cual el juez, cuando interpreta y aplica la ley penal, en realidad está creando ineludiblemente una norma jurídica diferente⁴⁴⁵. El carácter de *completezza* y *univocità* que se predica de la ley (por parte de planteamientos positivistas) es irreal⁴⁴⁶: es imposible que la ley prevea y formule todos los casos que deben ser regulados por el derecho (de allí la irrealidad de su *completezza*)⁴⁴⁷. Además, la interpretación de la ley no puede reducirse a un mero proceso deductivo, pues es imposible que el texto lingüístico de la ley reduzca la realidad en toda su complejidad (de allí la irrealidad de su *univocità*). Vista esta irrealidad del positivismo jurídico, la interpretación judicial se convierte, inevitablemente, en una creación autónoma de derecho⁴⁴⁸.

La atribución de sentido frente al texto redactado por el órgano legislador (desde una perspectiva subjetiva) genera un proceso creativo ineludible, vinculando así la interpretación judicial con un connatural poder creativo⁴⁴⁹. Desde esta perspectiva, es claro por qué las diversas interpretaciones posibles que se puedan dar a un texto lingüístico son todas, sin excepción, legítimas en tanto que cada una de ellas surge de una subjetividad diferente frente a cada juez⁴⁵⁰. A través de ideas propias de justicia, el juez puede interpretar la ley para “salir” de la valoración realizada por el legislador, pues así lo exigiría la prioridad de respetar el fin normativo de la ley sobre cualquier intento de interpretación formal de ésta⁴⁵¹; así, las ideas subjetivas del juez le abren diferentes posibilidades de aplicar la ley⁴⁵². El juez debe “*manipolare i testi formulati dal legislatore in modo di renderli conformi al principio*”⁴⁵³.

A partir del concepto de “perspectiva subjetiva” se llega a concluir, por ejemplo, que el juez a través de su interpretación demuestra un grado mayor de sensibilidad frente al desvalor ético y social del comportamiento prohibido, llegando incluso a reconocer que ¡el juicio sobre la ilicitud de un comportamiento precede siempre cualquier procedimiento lógico de subsunción del hecho en la ley!⁴⁵⁴. Por ejemplo, CORDERO llega incluso a afirmar:

⁴⁴⁴ GARGANI A., *Verso*, op. cit., p. 101.

⁴⁴⁵ Vid. FIANDACA G., *Crisi*, op. cit., p. 93.

⁴⁴⁶ HASSEMER W., *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, Vol. II, Pisa, Edizioni ETS, 2007, p. 83-85.

⁴⁴⁷ Vid. CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 122.

⁴⁴⁸ Por ejemplo, CADOPPI afirma que -en Italia- la jurisprudencia ya ha creado delitos, aun existiendo el principio de legalidad penal. Habla, de esta manera, de cómo la jurisprudencia creó los delitos de hurto de uso, simulación, danneggiamento, violencia carnal entre los conyugues, omesso impedimento de strepitidi animali. *Ibidem*, p. 94-104.

⁴⁴⁹ CONTENTO G., *Principio*, op. cit., p. 484; INSOLERA G., *Qualche riflessione*, op. cit., p. 286.

⁴⁵⁰ CONTENTO G., *Principio*, op. cit., p. 484.

⁴⁵¹ En Colombia, LÓPEZ MEDINA D., *El derecho de los jueces, Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, Editorial Legis, II ed., 2006, p. 50.

⁴⁵² HIRSCH G., *Verso uno Statodei Giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia*, Vol. II, Pisa, Edizioni ETS, 2007, p. 108.

⁴⁵³ Cfr. GRANDI C., *Riserva*, op. cit., p. 45.

⁴⁵⁴ CONTENTO G., *Principio*, op. cit., p. 486. FIANDACA, por su parte, reconoce que la jurisprudencia privilegia, generalmente, una interpretación teleológica de la ley penal que la lleva a su máximo de punibilidad, todo ello motivado a la máxima protección de los bienes jurídicos (*La legalità penale negli equilibri*, p. 139).

“essendo il giudice penale (starei per dire per «deformazione professionale») assai sensibile al «disvalore» etico, o sociale, o anche solo strettamente «politico» del fatto, il giudizio sulla sua illiceità, di norma, precede sempre qualunque procedimento logico di «sussunzione» del fatto steso. Si tratta di una intuizione che soddisfa esigenze e promana da motivazioni «pre» e «meta» giuridiche e che, solo ex post, trova una sua razionalizzazione nell'operazione ermeneutica”⁴⁵⁵.

Así, queda en evidencia como la escuela del “*diritto vivente*” llega a aceptar que el juez realiza una valoración *prejudicial* -a través de consideraciones subjetivas particulares- para determinar la ilicitud de un comportamiento. Se justifica, precisamente, ese poder creativo por las exigencias propias de defensa social y para la realización plena de una justicia sustancial⁴⁵⁶. Es clara la consecuencia (como se verá) de tales planteamientos: a través de un desquiciamiento de una elemental lógica hermenéutica, la interpretación se aleja por completo del texto interpretado, para dirigirse a la subjetividad de quien interpreta; la interpretación, así entendida, es “creativa” pues es resultado de tal “perspectiva subjetiva”, más allá de representar el sentido objetivo esperado o, por lo menos *esperable*, de un texto lingüístico específico. Lo que antes se podía calificar como *terror penal*, ahora consiste en una *simple actividad creativa -inherente- y necesaria*⁴⁵⁷; el poder de denotación o verificación jurídica del juez (del que habla FERRAJOLI) se extiende así de tal manera que se convierte en un arbitrio decisionista⁴⁵⁸.

A partir de esta subjetividad descontrolada, no es descabellado concluir -como lo hace DOLCINI- que la jurisprudencia manifiesta, hoy por hoy, una intolerancia hacía cualquier límite exigible frente a la interpretación, “*fino ad arrogarsi, talora, un ruolo di 'legislatore di riserva*”⁴⁵⁹. No se trata, por lo tanto, de una problemática atinente a una simple cuestión hermenéutica: el “*diritto vivente*” constituye, sin lugar a dudas, un planteamiento que desvirtúa el carácter normativo del derecho penal⁴⁶⁰. Esta posición logra, efectivamente, consolidar un *moralismo giudiziario* que se manifiesta

⁴⁵⁵ CONTENTO G., *Principio*, op. cit., p. 486. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 131.

⁴⁵⁶ CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 117. En contra de esta posición, y con una atinada crítica: “*Las “razones” que para ello se aducen (...) son las de siempre, o sea la necesidad social de combatir una criminalidad siempre creciente o coyunturalmente impactante y una impunidad escandalosa, hechos que, sin embargo, responden sobre todo a causas sociales que la mayoría de las veces no se atienden como es debido, olvidando que la mejor política criminal es una buena política social y que la efectividad preventiva de las penas no reza tanto con su severidad cuanto con la certeza de su aplicación*”. Cfr. CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 116.

⁴⁵⁷ Vid. BETTIOL G., *El problema penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1995, p. 56; CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte speciale*, Lucca, Tipografia Giusti, Vol. I, II ed. con aggiunte, 1868, p. 21-23; PAGANO M., *Considerazioni sul processo criminale*, Milano, Tipografia Milanese di Tosi e Nobile, 1801, p. 20. En el mismo sentido, pero con el calificativo de arbitrariedad, FILANGIERI G., *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, Napoli, Stamperia di Michele Morelli, 1774, p. 21. Las palabras pronunciadas por PAGANO hace más de 200 años son inusualmente actuales: “*Ove una legge, in caratteri di sangue impressa, comanda che il più leggero fallo non resti impunito, che ogni delitto dalle tenebre, nelle quali la fatalità l' involge talora, al chiaro giorno de' giudizi necessariamente tratto; che un momento non divida la pena dal delitto, ivi fa pur d'uopo che nelle mani del giudice ella confidi un arbitrario ed smoderato potere. La prontezza dell'esecuzione esclude la formalità, e sostituisce al processo l' assoluta volontà dell'esecutore. La rigorosa ricerca dell' occulto delitto non si adempie che per mezzo d'un illimitato potere, e di necessarie violenze ed attentati su la libertà dell'innocente. E si fatto ed illimitato potere d'un terribile inquisitore non può esser soggetto ai legami d'un regolare processo*” (*Considerazioni*, p. 20).

⁴⁵⁸ FERRAJOLI L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 117.

⁴⁵⁹ DOLCINI E., *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: Principi-cardinale dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato?*, in AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, CEDAM, 2005, p. 63.

⁴⁶⁰ Con la misma conclusión, FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 198, nota al pie 106.

en un autoritarismo bien intencionado⁴⁶¹, que -no por ello- deja de ser autoritarismo: es evidente (pero también agríndice) la contradicción, pues se quiere de manera arbitraria conseguir la solución más “equitativa” en el caso concreto, todo ello a partir de apreciaciones subjetivas⁴⁶².

Los factores que han consolidado este nuevo poder *normativo* judicial, a juicio de quienes califican el proceso interpretativo del juez como “creativo” son, por ejemplo, instancias *metajurídicas*, políticas y culturales, la deslegitimación de la política como instancia de discusión, la valorización del concepto de legalidad sustancial y el “redescubrimiento” de conceptos como el derecho natural⁴⁶³.

Sin embargo, todos estos factores son altamente discutibles: hablar de instancias metajurídicas, políticas o culturales en relación con la interpretación del juez frente a una ley penal implica el reconocimiento de que el juez, al valorar el caso concreto, realiza un prejuzgamiento que afecta la noción misma de “justicia”, con lo cual la decisión judicial estaría motivada también por consideraciones de orden político o ideológico.

Además, si se habla de una deslegitimación de la política como instancia de discusión pública, se estaría reconociendo que dicha instancia debe encontrarse en la actualidad en el proceso de interpretación del juez, frente a lo cual debe replantearse el concepto mismo de discusión (¿puede, acaso, discutir uno consigo mismo y de ello lograr mayores resultados que con un debate democrático?). Se alude, además, a dificultades propias del actual ritmo de la sociedad contemporánea que hace incapaz al órgano legislativo de regular asuntos técnicos y tecnológicos siempre cambiantes⁴⁶⁴. Aun cuando este argumento pudiese sonar lógico, resulta interesante verificar cómo -desde la otra latitud del derecho- el *common law* reconoce que tal fenómeno del mundo globalizado (y el apresurado ritmo de vida contemporáneo) sólo puede recibir una respuesta normativa a través de la legislación, no de la jurisprudencia⁴⁶⁵. Se trata, más que de un argumento razonable, de una afirmación no comprobada empíricamente.

Y, por si no fuera poco, ideas de legalidad sustancial y derecho natural son cuestionables desde la perspectiva del derecho penal. Si bien parten de la premisa cierta de que un concepto de legalidad sustancial puede evitar, de mejor forma, disparidades entre la criminalidad real y aquella prohibida

⁴⁶¹ “rischio che l’ideologia reale e le prassi della magistratura penale siano sbilanciate verso il polo del contrasto alla criminalità, o più in generale, verso un autoritarismo bene intenzionato, in vista di obiettivi di tutela di interessi ritenuti importanti”. Cfr. PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, LVIII, N° 1, Milano, Giuffrè Editore, 2015, p. 42. Este autor señala las graves dificultades que genera este *autoritarismo bene intenzionato* a partir de la expansión del concepto de dolo eventual (p. 43). La situación no se presenta sólo en Italia. VELÁSQUEZ también realiza la misma crítica en torno a la expansión del concepto de dolo eventual. Vid. VELÁSQUEZ F., *La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia*, in *Cuad. der. pen.*, Vol. VI, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2012, p. 168-169.

⁴⁶² MOCCIA S., *Sulle precondizioni dell’ermeneutica giudiziale nello Stato di Diritto*, in *Criminalia*, Vol. VII, Pisa, Edizioni ETS, 2007, p. 303.

⁴⁶³ GARGANI A., *Verso*, op. cit., p. 108.

⁴⁶⁴ “Nelle complesse società attuali sempre più numerose sono quelle materie (...) in cui sono coinvolti molteplici interessi in parte confliggenti ma tutti meritevoli di considerazione e tutela giuridica. Senonché, la complessità e la molteplicità delle situazioni concrete in cui i vari interessi vengono a conflitto tra di loro è tale che il legislatore può non essere in grado di risolvere e comporre i conflitti a quel grado di generalità e astrattezza in cui si colloca la fonte legislativa”. Cfr. PALAZZO F., *Riserva di legge*, op. cit., p. 278-279. En el mismo sentido, HIRSCH G., *Verso*, op. cit., p. 116; GROSSO G., *La crisi della legalità*, in *Riv. dir. civ.*, VI, N° 1, Padova, CEDAM, 1960, p. 596.

⁴⁶⁵ Cfr. MOCCIA S., *Diritto giurisprudenziale, legislazione e principio di legalità nel mondo di common law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Anno XLII, N° 3, Milano, Giuffrè Editore, 1988, p. 905.

por la ley, olvidan que -precisamente- ese mismo criterio sustancial es un instrumento políticamente manipulable⁴⁶⁶. Así las cosas, se logra evidenciar -de nuevo- el trasfondo de este planteamiento: el juez es quien determina cuáles comportamientos están prohibidos penalmente.

Ejemplos de la actividad creativa del juez al momento de interpretar una ley penal se dan en la definición y contenido de figuras de la parte general como la causalidad, la culpa, el dolo eventual, el concurso externo en el delito asociado o -incluso- los principios de ofensividad y culpabilidad⁴⁶⁷. En este tipo de figuras el legislador ofrece “*linee-guida*” que demandan al juez una interpretación tendiente a especificar o precisar el contenido de la figura, con lo cual se genera una real “creación” judicial⁴⁶⁸. De esta manera, la interpretación judicial de una disposición normativa (en este caso, ley penal) significa, en realidad, la creación de una nueva norma jurídica⁴⁶⁹. De esta manera se entiende que el acto de interpretar una ley es creación de una norma jurídica independiente.

Del llamado “*diritto vivente dei giudici*” se deducen seis consecuencias principales. El primer efecto que se deriva de esta teoría es el rechazo al principio de reserva de ley; es lógico que si la real norma jurídica no es aquella escrita, sino la que surge de la interpretación del juez, el principio de reserva de ley no puede subsistir⁴⁷⁰. Por supuesto, de ello se infiere que la teoría de la interpretación “creativa” del juez es un rechazo absoluto a los planteamientos deducidos del principio de reserva de ley, con lo cual se encuentra -por lo menos, de *lege data*- en una incongruencia normativa con lo establecido en los arts. 13 y 25 Cos. ital. y los arts. 28 y 29 Cos. co., sin contar además con la norma constitucional que establece el principio de sujeción del juez a la ley (art. 101 Cos. ital. y 230 Cos. col.).

Una segunda consecuencia de la teoría del “*diritto vivente*” se concreta en la idea de que la decisión judicial sí comparte las características que hacen que la ley sea una fuente de derecho, en contravía de lo ya analizado por quienes, por el contrario, afirman que la jurisprudencia no es una fuente de conocimiento inmediata del derecho penal. Por ejemplo, una decisión judicial es *vinculante* en la medida en que sólo a través de ella puede coactivamente ejecutarse la ley general y abstracta; de esta manera, la decisión judicial es más vinculante que el propio acto emanado del órgano legislativo⁴⁷¹. Esta vinculatoriedad se limita sólo frente al caso concreto que la decisión judicial quiere solucionar; la vinculatoriedad de una decisión judicial frente a otros jueces y sus respectivas interpretaciones es un asunto diferente.

La decisión judicial también es *general y abstracta*, dada su estructura gramatical, por lo que puede aplicarse a casos futuros⁴⁷².

La certeza jurídica, como valor esperado del derecho en general y también del derecho penal a partir del principio de legalidad penal, ya no pueden entenderse como una certeza de la ley en un sentido

⁴⁶⁶ Vid. MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 10.

⁴⁶⁷ FIANDACA G., *Crisi*, op. cit., p. 94.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁶⁹ Vid. TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 141.

⁴⁷⁰ CADOPPI A., *Riflessioni sul valore del precedente nel diritto penale italiano*, in AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, CEDAM, 2005, p. 144.

⁴⁷¹ TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 124-125.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 139.

jurídicopenal⁴⁷³, lo cual concreta la tercera consecuencia predicable de esta teoría. El concepto de certeza jurídica tradicional (anclado en la ley) se califica como un punto de partida insatisfactorio, pues ésta no es ni la única ni la mejor fuente jurídica en garantizar tal concepto⁴⁷⁴; de hecho, el único derecho que es relevante es la interpretación del juez⁴⁷⁵. Por ello, la certeza dependería de su “*concretizzazione applicativa*” a partir de los fundamentos axiológicos y los principios que regulan la actividad “creadora” del juez⁴⁷⁶. De esta manera, sin decirlo explícitamente, se desconoce el significado de garantía del principio de legalidad penal, pues aquello que protege la libertad del ciudadano no es la ley general y abstracta, sino los principios generales y los valores axiológicos ínsitos en el sistema penal, que son utilizados por el juez para crear la norma.

El eventual conocimiento del ciudadano se concreta, así, no frente a la ley penal sino frente a la norma como resultado de la actividad interpretativa del juez⁴⁷⁷; si el conocimiento se refiriese a la ley penal, el ciudadano no podría saber si un determinado hecho es delictivo o no, pues tal elección (sin duda, de carácter político criminal) le corresponde al juez a través de su interpretación⁴⁷⁸. Por ello, aquello que debe conocerse no es la ley penal, sino la norma penal, pues es ésta la que finalmente determina si el comportamiento se encuentra o no prohibido.

De esta manera, el tipo de fuente jurídica y el órgano encargado de expedirla son asuntos indiferentes frente a la *conoscibilità* de la norma; el órgano judicial podría, perfectamente, garantizar dicho conocimiento a partir de la *stare decisis*⁴⁷⁹. A partir de esta consecuencia, es evidente que el planteamiento de la escuela del “*diritto vivente*” no difiere de otros planteamientos sustancialistas (como aquel establecido por CARNELUTTI) que permiten la analogía en el derecho penal, puesto que si aquello que busca garantizar la ley penal es el conocimiento de los comportamientos prohibidos por parte de los ciudadanos, la analogía no afectaría dicha garantía pues los principios de los que surge la ley positiva también pueden ser conocidos por ellos⁴⁸⁰. Se verá, en el punto correspondiente al análisis del principio de prohibición de analogía, que los planteamientos defendidos por la escuela del “*diritto vivente*” son, en esencia, analógicos al considerar la interpretación como un acto “creativo” de derecho.

Es cuestionable, por lo demás, qué tipo de garantía se da realmente en estos términos, pues más allá del conocimiento del comportamiento prohibido, se exige el conocimiento respecto de asuntos que la generalidad de los ciudadanos no comprenden ni deben -en principio- comprender⁴⁸¹. Y es que, al tratarse de un conocimiento técnico y especializado, la jurisprudencia no genera ninguna garantía de que la interpretación se mantendrá igual sin un control formal como lo sería el precedente obligatorio⁴⁸². La certeza que establece la escuela del “*diritto vivente*” termina por ser aún más incierta e indeterminada que aquella deducida de la ley penal. Estas dificultades frente a la certeza

⁴⁷³ Vid. FIANDACA G., *Crisi*, op. cit., p. 98.

⁴⁷⁴ Cfr. CONTENTO G., *Corso*, op. cit., p. 33. De esta manera, el problema de la *conoscibilità* no es un problema referido a la limitación (y consecuente exclusión) de determinadas fuentes jurídicas. Vid. PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 92.

⁴⁷⁵ CADOPPI A., *Riflessioni*, op. cit., p. 145.

⁴⁷⁶ FIANDACA G., *Crisi*, op. cit., p. 98.

⁴⁷⁷ Vid. PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 5, 11.

⁴⁷⁸ CADOPPI A., *Riflessioni*, op. cit., p. 135, 145.

⁴⁷⁹ PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 203.

⁴⁸⁰ CARNELUTTI F., *L'equità nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, Anno XIII, N° I, Vol. XII, Padova, CEDAM, 1935, p. 105-121, p. 116-117.

⁴⁸¹ La casuística penal resulta menos accesible al ciudadano común. Véase, PAPA M., *La questione*, op. cit., p. 44.

⁴⁸² PINO G., *L'insostenibile*, op. cit., p. 182.

del derecho no son desconocidas por quienes aplican, precisamente, la teoría del “*diritto vivente*”; sin embargo, parece no preocuparles esta situación: “*Il prezzo che si paga in termini di certezza e di prevedibilità sarebbe compensato dall’equilibrio della norma giudiziale e dalla sua maggiore aderenza al dato empirico*”⁴⁸³.

Se reconoce, incluso, que la certeza debe sacrificarse en aras de conseguir, mediante la interpretación del juez, un equilibrio que logre conciliar los diferentes intereses afectados con la decisión⁴⁸⁴. La certeza representa una omnipotencia -ya superada- de la ley que busca una decisión autosuficiente; en cambio, el equilibrio que se logra mediante la interpretación responde a la necesidad de reconocer las diferentes realidades sociales, todo ello a través de una “*flessibilità mutevole*” en la solución jurídica propuesta por el juez⁴⁸⁵. Así, se justifican interpretaciones disímiles que no responden al texto señalado por el legislador en la ley penal, pero que mediante una flexibilidad (para esta teoría, justificada) logran reflejar de mejor manera la realidad social. Se introducen conceptos etéreos como la equidad para así desconocer la ley escrita y dotar -presuntamente- de “mayor justicia” la decisión del caso concreto.

Si se entiende, además, que la certeza no sólo tiene como destinatario al ciudadano sino también a los órganos de aplicación, las dificultades a las que se enfrenta esta teoría son aún mayores. El juez, no sólo como colegislador⁴⁸⁶ sino, incluso, como legislador independiente, no generaría certeza alguna pues sin un sistema formal de control como el precedente judicial obligatorio, cada juez podría interpretar la ley penal a su arbitrio y conveniencia; pasaríamos, así, de tener una ley penal general y abstracta a miles de normas jurídicas específicas pero diferentes⁴⁸⁷.

Con lo anterior, queda aún más claro el prejujuicio (razonable y equilibrado) que esta teoría espera de la interpretación judicial, con lo cual son los jueces los actuales garantes de los derechos de los ciudadanos y los legitimados para establecer los delitos, olvidando así al pueblo (como poder soberano), a los ciudadanos, al órgano legislativo como su máximo representante y a la Constitución política.

Además, si aquello frente a lo cual debe garantizarse el conocimiento de los ciudadanos es el valor axiológico o los principios, la previsibilidad pasa de referirse al contenido de una ley general y abstracta (ley penal), al contenido de un principio jurídico o axiológico, situación que genera efectos sustanciales frente a la determinación de la culpabilidad y el concepto de error de prohibición.

La certeza del derecho en materia penal se predica, en realidad, de la ley penal; por lo tanto, desconocer la relación que existe entre el conocimiento que puede generar una fuente jurídica

⁴⁸³ Vid. GARGANI A., *Verso*, op. cit., p. 108.

⁴⁸⁴ PALAZZO F., *Legalità penale*, op. cit., p. 1289.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 1289. Este autor llega, incluso, a afirmar: “(...) *ma una partecipazione di più soggetti protettori di interessi contrapposti in cui si rispetta -quasi riproducendosi in miniatura- il pluralismo sociale destinato a comporsi nell’equilibrio della società di cui a sua volta deve essere espressione la sentenza: ed in quanto la sentenza ottenga un accettabile grado di consenso, ciò costituisce la prova della sua consonanza con l’equilibrio sociale degli interessi*” (p. 1329).

⁴⁸⁶ Cfr. PINO G., *L’insostenibile*, op. cit., p. 181.

⁴⁸⁷ Situación que hoy día se presenta en Colombia, pues todos los máximos tribunales de cada jurisdicción alegan que sus decisiones son precedentes obligatorios, pero no reconocen autoridad mayor a ellas mismas, con lo cual no se cuenta con un criterio de autoridad que permita elegir, entre interpretaciones disímiles, aquella que debe aplicarse.

específica atendiendo su propia naturaleza (y la necesidad, precisamente, de limitar tal fuente)⁴⁸⁸ es un error. Y tan es así que la doctrina ha reconocido que el fenómeno de la decodificación que se ha dado en Italia afecta la determinación y el conocimiento de la ley penal por parte de los ciudadanos⁴⁸⁹. Si ello, es así, significa que es la ley penal la que establece el parámetro objetivo por excelencia para garantizar (por lo menos, potencialmente) la certeza jurídica.

La cuarta consecuencia que se predica de la teoría del “*diritto vivente*” vincula la irretroactividad, que tradicionalmente se predica de la ley penal, como un asunto vinculado con la norma jurídica (como interpretación judicial). De esta manera, si el juez al interpretar crea una norma penal, es lógico que la irretroactividad como garantía constitucional debe predicarse no de la ley penal sino de la interpretación “creativa”⁴⁹⁰, fenómeno que se ha denominado como una “*irretroattività ocolta*”⁴⁹¹. TRAPANI, frente a este punto, afirma que:

*“la ‘sustancia’ político-garantista del principio de ‘irretroactividad’ de las normas incriminadoras podría en realidad considerarse efectivamente respetada solo en el momento en que se reconociese con coraje, en función de la máxima garantía del ciudadano, la inconstitucionalidad de la aplicación del ‘resultado’ de una ‘interpretación’ de la ley (escrita) donde ésta llegue a consecuencias ‘más severas’ de aquellas que constituían el ‘derecho viviente’ -y, por tanto, ‘vigente’ en el momento de la comisión del hecho (por ejemplo, según una jurisprudencia en aquel momento ‘consolidada’)”*⁴⁹².

Así, el cambio de jurisprudencia en contra del acusado (es decir, la modificación de la interpretación en sentido desfavorable al acusado) es el objeto frente al cual deberá analizarse la prohibición de irretroactividad, como garantía constitucional, asimilándose así dicha interpretación a una nueva ley penal desfavorable⁴⁹³. Sin embargo, y a pesar de que esta posición parece ser más garantista al extender el principio de irretroactividad también a las normas jurídicas, existen varias críticas que pueden señalarse a esta posición,

Para poder afirmar que la irretroactividad se predica no de la ley penal (como acto normativo emitido por el órgano legislador) sino de la norma penal (como interpretación “creativa” judicial) debe afirmarse, por una parte, que el texto constitucional permite tal extensión. Así, debe concluirse que el art. 25, inciso 2º Cos. ital. y el art. 29, inciso 2º Cos. col. incluyen, dentro de su redacción, el concepto de “*norma penal*” y no sólo ley penal⁴⁹⁴.

Esta posición genera una consecuencia inmediata (esperada) y otras dos consecuencias mediatas, cuyos resultados no han sido considerados debidamente. La consecuencia inmediata esperada es que la referencia al concepto “*legge*” que hacen ambos textos constitucionales, pueda interpretarse

⁴⁸⁸ Vid. PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 92.

⁴⁸⁹ CATENACCI M., *Il principio*, op. cit., p. 12-13.

⁴⁹⁰ Vid. TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 140-145. En el mismo sentido, ROMANO B., *Diritto penale*, op. cit., p. 103.

⁴⁹¹ CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 120-121.

⁴⁹² TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 141.

⁴⁹³ CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 162; CADOPPI A., *Riflessioni*, op. cit., p. 141.

⁴⁹⁴ Así concluye, para el caso italiano, TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 141. Para el caso colombiano, véase, por ejemplo, Co. Cost. col., C-086/01, 31 de enero de 2001; CSJ col., 10 de abril del 2013, Rad. 39.456., cuando aceptan la jurisprudencia como fuente formal del derecho penal (aunque, se trata de interpretación más amplias, pues incluyen en el término *ley* no sólo la norma jurídica -como interpretación judicial- sino la totalidad del ordenamiento jurídico). En contra, PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 37.

para incluir, en tal expresión, la “norma penal”. En esa medida, sin lugar a dudas esta posición es mucho más garantista al extender la irretroactividad no sólo a la ley expedida por el órgano legislador, sino también a la norma penal.

Pero, las dos consecuencias mediatas (no esperadas) ocasionan un cambio de tal magnitud frente al cual todas las garantías incluidas en el principio de legalidad penal desaparecerían. La primera de ellas es que, al cambiar el concepto de “*legge*” para incluir -en él- la “norma penal”, se amplía proporcionalmente los límites y presupuestos del principio de legalidad penal⁴⁹⁵. En esa medida, no sólo se amplía el concepto para mayor garantía (en este caso, la irretroactividad) sino también para otros aspectos contenidos en la norma constitucional como la reserva de ley, con lo cual es la “norma penal” (retroactiva) la que crearía el delito. Así, el principio de reserva de ley se acabaría, junto con todos los presupuestos que de él se derivan: significado de garantía, filosófico y democrático del principio de legalidad penal. El juez, a través de la interpretación, es quien crearía el delito.

La otra consecuencia mediata (no esperada) es que, sí debe interpretarse así el art. 25, inciso 2º Cos. ital. y el art. 29, inciso 2º Cos. col., la misma interpretación puede (o debe) realizarse en otras disposiciones de la Constitución, como el art. 13 Cos. ital.⁴⁹⁶ o el art. 28 Cos. col., con lo cual es el juez quien puede privar de la libertad a un ciudadano legítimamente, por fuera de los casos contemplados por la ley escrita⁴⁹⁷; si el término “*legge*” se amplía para incluir la “norma penal” en el art. 25 y 29, lo mismo debe hacerse frente al mismo término en el art. 13 y 28, respectivamente. Se trata de un cambio trascendental en la concepción del principio de legalidad penal que, de manera global, termina siendo en realidad menos garantista que la concepción tradicional y actual⁴⁹⁸.

La garantía que se busca proteger a través de la irretroactividad de la “norma penal” se puede lograr sin modificar el contenido del principio de legalidad penal, pues es claro que cuando la interpretación de la ley penal afecta el conocimiento respecto del carácter ilícito de la conducta cometida, se puede hablar de un error sobre el derecho (por ignorancia inevitable de la ley), caso en el cual puede generar una ausencia de responsabilidad penal, atendida la gravedad y la imprevisibilidad de tal cambio de interpretación⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ Reconociendo esta consecuencia, véase, TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 141 (nota al pie 89): “*Es esta, en mi opinión, como ya he dicho, la ‘nueva frontera’ del principio de legalidad hoy*”.

⁴⁹⁶ La extensión es posible toda vez que en este artículo de la Constitución italiana también se ha reconocido el principio de reserva de ley. Vid. PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 46-48.

⁴⁹⁷ Llega a esta conclusión, criticando así la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, WOLFFHÜGEL C., *La jurisprudencia*, op. cit., p. 174-176.

⁴⁹⁸ CADOPPI llega a una interpretación similar a TRAPANI, aunque llega a consecuencias mucho más drásticas. Partiendo del art. 101 Cos. ital. (análisis predicable, también, del art. 230 Cos. col.) afirma que al estar facultada la Corte de Casación italiana para revisar la violación de una ley por parte del juez, el concepto “*legge*” contenido en dicha disposición normativa debe entenderse, en realidad, como “*interpretazione della Corte di Cassazione*”, con lo cual el art. 101 sometería a los jueces al imperio, no de la ley, sino de la interpretación de este tribunal. El desquiciamiento de conceptos es, pues, evidente. Cfr. CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 286.

⁴⁹⁹ En Colombia, VELÁSQUEZ reconoce esta situación como un *error de prohibición directo, por indebida interpretación de la ley*, véase, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 835-836. En Italia, CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 161; PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 261; En este sentido: “*La stabilità del nomos, affidata al legislatore, è aperta al mutamento, a una creatività politica. Affidata al giudice è la stabilità della custodia del nomos (nomofilachia): un’esigenza incorporata nel modello della supremazia della legge*”. Vid. PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, N° 2, 2015, p. 51; ROMANO B., *Diritto penale*, op. cit., p. 103. La Co. Cos. ital. se ha decantado por esta solución (n. 230/2012). En España, BACIGALUPO E., *Principios*, op. cit., p. 54.

Una quinta consecuencia que se deriva de la teoría del “*diritto vivente*” es que al establecer la garantía de irretroactividad frente a la norma penal (y no frente a la ley general y abstracta), se generan invariablemente algunas dificultades materiales que, difícilmente, pueden solucionarse. Para BENTHAM, por ejemplo, el *common law* sufre de un problema de incerteza jurídica en su misma esencia “*common law by its very essence*”, pues al ser decisiones tomadas por magistrados en casos específicos, el ciudadano común (general) no tiene ninguna posibilidad de conocer esa decisión⁵⁰⁰. La publicación de dichas decisiones no soluciona el asunto, pues existirían miles de decisiones judiciales publicadas, cada una valorando el derecho de manera diferente y, por lo tanto, creando cada una un “derecho distinto”⁵⁰¹.

Finalmente, a través del reconocimiento del inevitable valor “creativo” de toda interpretación judicial se llega, lógicamente, a una consecuencia (la sexta, última y tal vez la más importante): el principio de legalidad penal -aún a pesar de su reconocimiento constitucional- es el único principio que “*pressoché impossibile assicurare la osservanza*”⁵⁰², pues al ser “creativa” la interpretación del juez, ésta no puede ni debe limitarse a lo que diga la ley penal⁵⁰³. De esta manera se llega a reconocer un claro contrasentido cuando se afirma que el juez no abandona o desconoce la ley aun cuando desconoce su tenor literal⁵⁰⁴, todo ello en un vano esfuerzo por hacer compatible esta teoría con el principio de sujeción del juez a la ley.

Así, la interpretación es un asunto no controlable en la medida en que se trata de una función asignada exclusivamente al poder judicial, y no existe ningún medio eficaz que permita controlar o, cuanto menos, verificar la compatibilidad de una interpretación judicial concreta con la Constitución política y la ley⁵⁰⁵; la teoría del “*diritto vivente*” llega a reconocer que ni siquiera la letra de la ley representa un límite a la discrecionalidad interpretativa, razón por la que ella (la ley penal) no constituye *per se* garantía alguna⁵⁰⁶. Ante esta perspectiva, mucho menos es posible -aparentemente- un mecanismo institucional que exija de manera coactiva el respeto al principio de legalidad penal⁵⁰⁷. Por ello, el principio de legalidad penal es, según la escuela del “*diritto vivente*”, un principio no vigente en la actualidad⁵⁰⁸.

⁵⁰⁰ BENTHAM J., *Truth*, op. cit., p. 235.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 236-237.

⁵⁰² Cfr. CONTENTO G., *Principio*, op. cit., p. 485.

⁵⁰³ “*il giudice non solo crea necessariamente diritto all'interno dei confini indicatigli dal legislatore, ma che tali confini in realtà non esistono*”, PINO G., *L'insostenibile*, op. cit., p. 179. En el mismo sentido, GARGANI A., *Verso*, op. cit., p. 101.

⁵⁰⁴ HIRSCH G., *Verso*, op. cit., p. 114.

⁵⁰⁵ Así lo analiza DWORKIN: “*Algunos nominalistas sostienen que los jueces siempre tienen discreción, incluso cuando hay una norma clara que regula el caso, porque los jueces son los que tienen la última palabra en el derecho. Esta doctrina de la discreción usa el segundo sentido débil del término, porque se centra en el hecho de que ninguna autoridad superior revisa las decisiones del tribunal supremo*”. Cfr. DWORKIN R., *Los derechos*, op. cit., p. 86.

⁵⁰⁶ Cfr. DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: Il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, N° 2, 2015, p. 15. Es por ello que, para esta autora italiana, la posibilidad de introducir reglas de interpretación no es una solución a las diversas interpretaciones jurisprudenciales existentes en un mismo tema. *Ibidem*, p. 19. Al respecto debe reconocer la contradicción tan evidente que se incurre con este punto de partida, pues si ni siquiera la *lettera della legge* representa límite alguno para la interpretación (precisamente, de dicha ley), la jurisprudencia tampoco puede ser controlada por un precedente obligatorio que comparte con la ley su existencia formal en un texto escrito interpretable. Por ello, la única forma de justificar el acatamiento a un aparente precedente obligatorio y no a la ley es un criterio de autoridad, autoridad que hoy por hoy, constitucionalmente, reside en la ley como acto normativo emanado por el órgano legislativo, y no el juez.

⁵⁰⁷ Cfr. CONTENTO G., *Principio*, op. cit., p. 486-487.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 486. En el mismo sentido, GRASSO P., *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione Italiana*, Milano, Giuffrè Editore, 1972, p. 132.

Frente a este punto, algunos autores han concluido que detrás del poder “creativo” de la interpretación judicial se esconden serios peligros⁵⁰⁹, reconociendo -sin embargo- que no existe ninguna solución en la actualidad tendiente a mitigar o evitar este problema⁵¹⁰. CALAMANDREI encuentra irónica la expresión “*diritto libero*” para calificar esta teoría, puesto que, en realidad, este fenómeno no es ni derecho ni protege la libertad⁵¹¹. INSOLERA, por ejemplo, reconoce el riesgo de que el juez al interpretar, pueda verse motivado por razones políticas⁵¹².

Ahora bien, ¿es válida esta teoría? El asunto es esencial, pues si esta posición llegase a ser correcta, el principio de legalidad penal recibiría un golpe tal que difícilmente podría sostenerse. Es indiscutible, por lo menos, que teórica (e, incluso, ideológicamente) el principio de legalidad penal debe mantener una lucha frontal contra la teoría del “*diritto vivente dei giudici*”, y viceversa, pues ambas no pueden coexistir lógicamente en un mismo ordenamiento jurídico.

Debe realizarse, en primera medida, una pequeña precisión inicial. Y es que quienes apoyan la teoría del “derecho libre” hablan de ficción, de mito (incluso, de prejuicio ideológico) el considerar la interpretación como actividad reconocitiva de una norma preexistente, de la cual puede deducirse sólo una interpretación válida y verdadera⁵¹³. Pero, ¿acaso no puede realizarse la misma objeción frente a los planteamientos aducidos por la escuela del “*diritto vivente*”, cuando concluye que la interpretación es necesariamente creativa? En este sentido, éste no puede ser un argumento a favor de ninguna posición. También hay quien ve en la escuela del “*diritto dei giudici*” un sofisma, pues inevitablemente y sin importar el ordenamiento jurídico de que se trate (*common law* o *civil law*), el juez siempre se encontrará limitado por un *ambito di apprezzamento* que, en los ordenamientos del *civil law* corresponde a la relación de la ley con el hecho⁵¹⁴; así las cosas, la ley es la mayor garantía de certeza del derecho pues limita la actividad interpretativa del juez⁵¹⁵.

El dilema que plantea la teoría del *diritto vivente* es evidentemente falso: o las leyes penales sujetan y constriñen necesariamente al juez a través de su tenor literal (en un evidente paraíso formalista),

⁵⁰⁹ “(...) denominada ‘praxis’ jurisprudencial, que nunca ha dejado de perseguir (Italia en este sentido es un ejemplo emblemático) su propio, y autónomo, ‘diseño político criminal’ de hecho fundando sobre un modelo de denominada legalidad penal ‘sustancial’, tendiente a obtener en vía ‘interpretativa’ el máximo de la ‘punibilidad’ de la interpretación ‘teleológica-evolutiva’ y ‘expansiva’ de los tipos delictivos si no, incluso, sobre la base de una verdadera y propia cripto-analogía (haciendo decir a la ‘ley’ más de lo que se extraería según su estricta interpretación literal). TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 168.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 169-170. De hecho, desde este punto de vista, este autor acepta como válida la teoría del “*diritto vivente*” por un carácter estrictamente *inevitable*: critica el arbitrio y la ausencia de control real frente a las interpretaciones de los jueces, reconociendo además que tales interpretaciones crean “normas jurídicas”, como una fuente de derecho independiente. CADOPPI explica de manera clara este punto de vista: “*mirano ad impedire tale creatività, e non tanto a presupporla come (quanto meno entro certi limiti) ineliminabile non «scendono a patti», in sostanza, con il «diritto penale giurisprudenziale». Riconoscendone, se non una qualche legittimità od opportunità, quantomeno l’inevitabilità; ma lo combattono apertamente come un «nemico» della legalità*”. Cfr. CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 150.

⁵¹¹ “*diritto libero: detto così per ironia, perché è insieme negazione del diritto e della libertà*”. Cfr. CALAMANDREI P., *Non c’è libertà senza legalità*, Roma, Editori Laterza, 2013, p. 17.

⁵¹² INSOLERA G., *Qualche riflessione*, op. cit., p. 286.

⁵¹³ Vid. FIANDACA G., *Crisi*, op. cit., p. 93; TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 132.

⁵¹⁴ CALAMANDREI P., *Non c’è libertà*, op. cit., p. 18.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 18.

o las decisiones judiciales son las únicas normas jurídicas que pueden existir⁵¹⁶ (se trata, sin lugar a dudas, de una falacia por falsa dicotomía o falso dilema). La existencia de casos difíciles de resolver, con interpretaciones de “*textura abierta*” -como las denomina HART- no hace necesario acudir al otro extremo de la balanza y reconocer la inutilidad de la ley escrita.

También es un error entender que la existencia de una interpretación “creativa” por parte del juez (o, por lo menos, su descubrimiento) es un asunto reciente, del cual no tuvieron conocimiento los pensadores iluministas, quienes desde planteamientos formalistas -en su ideal utópico de sujeción del juez a la ley- desconocieron esta realidad aparentemente ineludible. Por el contrario, puede verse cómo la situación del *ancient régime* tiene ciertos parangones con la situación que se vive en la actualidad: FILANGIERI reprocha el uso de una aparente equidad que compele al juez a desconocer el contenido de la ley en un caso concreto. Así, esta equidad en realidad esconde -para este autor italiano- las injusticias más evidentes⁵¹⁷; como se verá posteriormente, es un error distinguir la equidad de la justicia (ésta última, en materia penal, la da *necesariamente* la ley escrita), pues aquello que es justo es equitativo, no siendo conceptos separables⁵¹⁸.

El punto de partida filosófico de la teoría del “*diritto vivente*” es, por lo menos, cuestionable pues un ordenamiento jurídico donde se reconozca el principio de legalidad penal exige un punto de partida cognoscitivo frente a la interpretación del juez de la ley escrita⁵¹⁹. Por otra parte, el concepto de interpretación “creativa” es una manifestación clara de un antiformalismo sustancial (una clara legalidad sustancial), enfoque que tiende a establecer sistemas de derecho penal con esquemas de legalidad bastante reducidos, posiciones que son calificadas (o deberían serlo) como ilegítimas en ordenamientos jurídicos donde se reconoce el principio de legalidad penal en su texto constitucional⁵²⁰. El “*diritto vivente*” crea una excesiva valoración (ilegítima, por lo demás) de la jurisprudencia, donde ésta asume una responsabilidad igual a aquella asignada constitucionalmente al legislador⁵²¹. De allí se deriva la primera contradicción de este tipo de interpretación de acuerdo con el ordenamiento jurídico italiano y colombiano: su inevitable inconstitucionalidad. Pero, además, la teoría del “*diritto vivente*” cae en otras dos contradicciones insalvables.

La primera de tales contradicciones se encuentra en el hecho de que, para fundamentar el carácter necesariamente creativo de la interpretación judicial, se desconoce el valor vinculante de la ley penal, con lo cual no queda claro cuál es la línea que diferencia el arbitrio judicial de la interpretación “creativa” legítima del juez; pero, precisamente, no se determina esa diferencia pues, para establecerla, deben reconocer la existencia de una norma jurídica *preexistente* que establezca esa diferencia. Tal como lo reconoce GROSSO: “*anche le rivoluzioni, se non vogliono ridursi ad un*

⁵¹⁶ Planteando la misma falacia en el mismo dilema frente a los “*escépticos de las reglas*”. Vid. HART H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, III ed., 2009, p. 173-174. En el mismo sentido, TAMAYO JARAMILLO J., *Manual de hermenéutica jurídica*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2013, p. 83.

⁵¹⁷ FILANGIERI G., *Riflessioni*, op. cit., p. 19. De la misma manera, este autor critica este tipo de enfoques sustancialistas en el derecho penal: “*Per difendere i limiti del suo potere, per nascondere il sacrilego attentato, che si fa alle leggi, bisognava, che egli chiamasse in soccorso un'equità arbitraria, la commoda flessibilità della quale fosse atta a revoca tutte le impressioni della sua volontà*” (p. 20).

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁵¹⁹ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 175.

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 176.

⁵²¹ Vid. PULITANÒ D., *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, CEDAM, 2005, p. 34-35.

marasma cronico, debbono spremere un ordine e una legalità”⁵²²; así, es latente la necesidad de un orden jurídico, pues éste es la antítesis del arbitrio y del despotismo ilimitado⁵²³.

En esa medida, la interpretación “creativa” del juez requiere de un elemento jurídico al cual pueda acudir para dotar de orden y coherencia sus propias decisiones; se trata, como lo reconoce DWORKIN, de un asunto de integridad inclusiva del propio ordenamiento jurídico, integridad que obliga al juez a declarar el derecho tal cual existe y a hacerlo cumplir⁵²⁴. Es indiscutible que una proposición jurídica puede ser verdadera o falsa en relación a unos hechos concretos, atendiendo a la semántica del lenguaje utilizado en la ley escrita⁵²⁵. Así pues, incluso desde el planteamiento de esta escuela, la decisión “creativa” del juez se debe encontrar sometida a unas reglas o presupuestos mínimos para su control por parte del juez superior⁵²⁶; de esta manera, se demuestra que este tipo de posiciones son imposibles desde una perspectiva gnoseológica⁵²⁷. Debe reconocerse que toda interpretación judicial, sea o no creativa, puede ser calificada como correcta o incorrecta; negar esto es afirmar un relativismo absurdo que llevaría a concluir que todo es cierto y que nada es incorrecto. La calificación sobre si una interpretación es más correcta o incorrecta depende de “algo” adicional al propio acto de interpretación, es decir, de un criterio externo a la propia interpretación que permita -desde la perspectiva de la lógica y de la hermenéutica- calificar su validez. Es indiscutible, entonces, que la interpretación judicial sólo puede calificarse como correcta o incorrecta atendiendo precisamente a la norma preexistente en que se fundamenta, a como la interpretación “aplique” tal norma en el caso concreto.

Pero, además, la segunda contradicción que se presenta se encuentra en el hecho de que considerar la interpretación judicial como “creativa”, sin vínculo necesario con otra norma jurídica preexistente, genera que la crítica de BENTHAM sea incontestable. Así, la decisión judicial será siempre *irretroactiva* pues no depende de otra fuente jurídica diferente al criterio subjetivo del juez, con lo cual se discute seriamente el carácter justo o equitativo de tal tipo de decisión. Se trata, tal como lo afirma MOCCIA, de una perniciosa tendencia que busca reescribir el nivel sancionatorio a través de la interpretación judicial⁵²⁸.

En este punto, debe establecerse un punto irrefutable en la discusión: toda decisión hermenéuticamente correcta debe ubicarse dentro de los límites normativos (por muy difusos que éstos sean) establecidos precedentemente, y es así porque el legislador -en el caso del derecho penal- determinó un ámbito de libertad para que éste actuara de esa manera⁵²⁹; por el contrario, una

⁵²² GROSSO G., *Il valore della legalità*, Pisa, Nistri-Lischi Editori, 1954, p. 323.

⁵²³ *Ibidem*, p. 323.

⁵²⁴ DWORKIN R., *El imperio de la justicia*, Barcelona, Editorial Gedisa, II ed., 2012, p. 282. En el mismo sentido, afirma que: “*El derecho que tenemos, el derecho actual y concreto, está fijado por la integridad inclusiva. Este es el derecho para el juez, el derecho que está obligado a declarar y a hacer cumplir*” (*El imperio...*, p. 285).

⁵²⁵ Vid. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 118. Las reglas de interpretación pueden eliminar las incertidumbres en la aplicación de la ley penal. En este sentido, HART H. L. A., *El concepto*, op. cit., p. 158.

⁵²⁶ GROSSO es claro en este punto cuando afirma que la legalidad penal es el “*parametro di giudizio preesistente all’interpretazione e indisponibile da parte del giudice*” GROSSO C. F., *Il fascino discreto*, op. cit., p. 134. Como lo afirma HART, la regla -aunque no anule la discrecionalidad del juez- sí debe limitarla. Cfr. HART H. L. A., *El concepto*, op. cit., p. 181.

⁵²⁷ En este sentido, TAMAYO JARAMILLO J., *Manual*, op. cit., p. 53.

⁵²⁸ MOCCIA S., *Sulle precondizioni*, op. cit., p. 300.

⁵²⁹ “*la «determinatezza» esprime un requisito di formulazione delle fattispecie e cioè la sua redazione in termini precisi ed univoci, mentre la «discrezionalità» esprime un’attività del giudice, un procedimento particolare di applicazione della norma al caso concreto*”. Cfr. PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 5. Así, es evidente que los conceptos de

decisión es arbitraria cuando se desconocen dichos límites o cuando ni siquiera se cuenta con dicho ámbito de libertad⁵³⁰. Es decir, al afirmar que la actividad judicial del juez no puede limitarse por la descripción puntual y pormenorizada del legislador (sin importar su grado de exactitud) se está afirmando, de hecho, lo contrario: que, al ser una decisión hermenéutica, la misma se encuentra ya dentro de los límites (amplios o estrictos) establecidos por el legislador, pues de otra manera dicha decisión sería enteramente discrecional y, por lo tanto, arbitraria⁵³¹. Lo anterior es tan cierto que, precisamente, el principio de determinación estricta de la ley penal busca limitar tal actividad⁵³².

De otra manera, ¿cómo podría diferenciarse una decisión correcta de aquella otra arbitraria? Aun cuando la determinación de la *mejor* interpretación sea difícil es siempre posible su búsqueda, pues de lo contrario no podría hablarse de interpretaciones equivocadas⁵³³. La legalidad tolera el ejercicio discrecional del poder, pero no el ejercicio arbitrario basado sólo en criterios personales⁵³⁴. De hecho, un acto es arbitrario cuando no depende de un sistema organizado a través del principio de legalidad, sino por el contrario de la caprichosa voluntad de quien decide⁵³⁵: lo que llaman interpretación “creativa”, también puede llamarse interpretación arbitraria, al ser una negación total de la esencia formal del derecho: “*lo arbitrario no es una calificación estimativa respecto del contenido de lo jurídico, sino algo que denota un poder ajeno y contrario al Derecho*”⁵³⁶.

Debe reafirmarse -a pesar del punto de partida escogido por la teoría del “*diritto vivente*”- que el juez, en su interpretación, se encuentra limitado por lo menos por los siguientes cuatro elementos. El *primer elemento limitante* de la actividad interpretativa del juez es, indudablemente, la Constitución política; y es que es evidente que el juez, con su interpretación, no puede contradecirla⁵³⁷. Y, como no puede contradecirla, no puede negar el valor constitucional que el mismo principio de legalidad penal tiene como garantía democrática que constituye la base de la punibilidad penal.

determinatezza y *discrezionalità* se encuentran, lógicamente, vinculados. A mayor *determinatezza* de la ley penal (no de la norma penal), menor será la *discrezionalità* (en sentido débil) del juez para precisar la norma penal específica.

⁵³⁰ CALAMANDREI P., *Non c'è libertà*, op. cit., p. 17. La diferencia entre arbitrio y discrecionalidad es clara para HART: “*Pero la extensión en que la tolerancia de las decisiones incorrectas es incompatible con la existencia continuada del mismo juego tiene un límite, y esto haya un análogo importante en el campo jurídico. El hecho de que se toleren aberraciones oficiales aisladas o excepcionales no significa que lo que se juega ya no es cricket o baseball. Por otra parte, si estas aberraciones son frecuentes o si el tanteador repudia la regla de tanteo, llega un punto en el que o los jugadores ya no aceptan las decisiones aberrantes del tanteador, o si lo hacen están jugando otro juego. No se trata ya de cricket o baseball sino de “el arbitrio del tanteador”; porque es una característica definitoria de esos otros juegos que, en general, sus resultados deben determinarse de manera exigida por el significado obvio de la regla, cualquiera sea la latitud que su textura abierta pueda permitir al tanteador*”. Cfr. HART H. L. A., *El concepto*, op. cit., p. 179-180.

⁵³¹ El principio de determinación estricta busca, particularmente, reducir el espacio de discrecionalidad del juez al momento de aplicar la ley penal. Cfr. MOCCIA S., *Sulle precondizioni*, op. cit., p. 301. En el mismo sentido, FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 69. Acá, el término de discrecionalidad se utiliza en su sentido fuerte, según DWORKIN, queriendo reflejar que la decisión del juez no está controlada por una norma prevista por otra autoridad diferente. Así las cosas, discrecionalidad en sentido fuerte sería un sinónimo, según a lo afirmado por MOCCIA y FIORE, a arbitrio. Cfr. DWORKIN R., *Los derechos*, op. cit., p. 86.

⁵³² En este sentido, véase, MOCCIA S., *Sulle precondizioni*, op. cit., p. 299.

⁵³³ “*può essere difficile (talora impossibile) dire quale sia la migliore interpretazione di un testo, ma è possibile escludere interpretazioni sicuramente sbagliate*”. Cfr. PULITANO D., *Crisi*, op. cit., p. 34.

⁵³⁴ BOBBIO N., *Legalità*, in BOBBIO N.; MATTEUCCI N.; PASQUINO G., *Diccionario de política*, Madrid, Siglo veintiuno editores, T. II, XIII ed., 2002, p. 861.

⁵³⁵ TAMAYO JARAMILLO J., *Manual*, op. cit., p. 67. En el mismo sentido, RECASENS SICHES L., *Tratado general de filosofía del derecho*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, XIX ed., 2008, p. 215.

⁵³⁶ RECASENS SICHES L., *Tratado*, op. cit., p. 214.

⁵³⁷ Véase, PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 19.

Por más que quiera reconocérsele a la interpretación judicial un carácter “creativo”, existen serias dificultades de legitimación política y jurídica frente a dicho planteamiento: o, ¿Ahora, son los jueces los encargados -legítimamente- de establecer cuáles comportamientos están prohibidos y en qué medida? El texto constitucional es (al igual que la ley) producto de un consenso respecto de ciertos valores que todos admiten como verdaderos y frente a los cuales todos están obligados⁵³⁸. Si se reconoce que la jurisprudencia es “creativa” (y puede desconocer la ley), poco o nada importa el consenso que la sociedad logró mediante la Constitución política, pues como resultado de dicho documento se reconoció el principio de legalidad penal como garantía de todo ciudadano, garantía que es desconocida -precisamente- con la interpretación “creativa” del juez.

Si se pretende justificar una interpretación “creativa” del juez a partir de un concepto de interpretación “*costituzionalmente orientata*”⁵³⁹, debe afirmarse que -de ninguna manera- la interpretación subjetiva del juez respecto de su propio orden de valores puede superar el consenso ya logrado a través de la Constitución política; además, si hablamos específicamente del derecho penal, se tiene que decir que la única interpretación constitucionalmente orientada debe ser aquella favorable al acusado, tal como se analizará cuando se discuta el principio de determinación estricta de la ley penal (*supra*, 5.5).

Frente a las dificultades de legitimación política, es claro que en un Estado democrático de derecho la legitimación para tomar decisiones político criminales le compete al legislador⁵⁴⁰ (todo ello gracias al significado de legitimación democrática y política del principio de legalidad penal), y tal elección no está sometida -en principio, hoy por hoy- a disquisiciones subjetivas sobre su conveniencia o, cuanto menos, sobre su existencia. Cuestionar tal legitimación sería cuestionar las bases democráticas del Estado, con lo cual la discusión torna a ser un asunto político y constitucional de tal magnitud que su eventual respuesta cambiaría la naturaleza jurídica del Estado. Así las cosas, a través de la Constitución se limita la actividad “creativa” del juez penal⁵⁴¹.

Por si no fuera poco estas dificultades de legitimación política, se encuentran otras tantas de naturaleza jurídica que, desde el texto constitucional, generan dificultades frente a la teoría del “*diritto vivente*”. Una primera cuestión señala que la fuerza o vinculatoriedad del precedente tiene, por mucho, un carácter meramente persuasivo, y no puede tener el mismo valor formal que la ley emitida por el órgano legislativo⁵⁴². Incluso quienes proponen un sistema de precedentes vinculantes reconocen que tal propuesta, *de lege data*, es imposible hoy por hoy⁵⁴³. La única

⁵³⁸ “*depositaron en una Constitución consensuada -o de derecho-, los principios y normas que todos admitían y a las cuales todo el mundo permanecería obligado; así en su fuero interno cada quien conservara su propia axiología o convicción sobre lo justo*”. Cfr. TAMAYO JARAMILLO J., *Manual*, op. cit., p. 74.

⁵³⁹ Vid. GRANDI C., *Riserva*, op. cit., p. 45.

⁵⁴⁰ Frente a este punto, PALAZZO afirma: “*il tradizionale principio [quello della sottoposizione del giudice alla legge] tuttora idoneo ad assicurare il necessario collegamento tra la funzione giurisdizionale e una base di legittimazione democratica, per lo meno a chi crede di poter mantenere logicamente distinte le attività di creazione e di applicazione del diritto e di poter continuare a considerare quella parlamentare come la migliore anche se non l'unica sede della democrazia*”. PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 153.

⁵⁴¹ “*Nella nostra Costituzione invero ad esprimere la coscienza e l'interesse nazionale, appare ancora chiamato il Parlamento e non il giudice*”. GRASSO P., *Il principio*, op. cit., p. 118.

⁵⁴² Vid. FERRAJOLI L., *La democrazia a través de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 129-132. En el mismo sentido, PULITANÒ D., *Crisi*, op. cit., p. 36; PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 94-95.

⁵⁴³ Vid. CADOPPI A., *Riflessioni*, op. cit., p. 146-157.

excepción es la *desaforada* tesis que se ha implantado en Colombia respecto del precedente obligatorio por parte de la Co. Cos. col. y la CSJ col., tesis que no tiene asidero constitucional. De acuerdo con PULITANÒ, el llamado “*diritto giurisprudenziale*” puede ser un concepto aceptable (e incluso útil) desde el plano descriptivo, como elemento persuasivo de interpretación, pero no desde la ambigüedad que se genera al calificarlo como elemento normativo⁵⁴⁴.

Una segunda cuestión establece que a través del principio de sujeción del juez a la ley se establece una fuente -insuficiente, aunque existente- de legitimación democrática de la función judicial⁵⁴⁵. La interpretación “creativa” del juez (como concepto *implícito* de legalidad sustancial) concreta, precisamente, una justicia sustancial, pero, ¿justicia sustancial para quién? Es evidente que para el juez en cada caso concreto; por ello, se requiere otro control institucional (además de la ley penal) que permita recuperar la legitimación democrática que la ley, a través de la interpretación penal, ha podido perder. En este punto se encuentra la solución final a las dificultades que se han señalado - y se seguirán señalando- respecto de la *incontrolabilidad* de la interpretación judicial.

Ya se ha analizado el *primer elemento limitante* de la actividad interpretativa del juez (la Constitución política). Ahora bien, es claro que la interpretación del juez no puede contradecir tampoco lo redactado por el legislador (siendo éste el *segundo elemento limitante*). Quiéralo o no, el juez no puede modificar aquello definido por el órgano legislativo, ya que primero, así lo establece el texto constitucional, y segundo, debe cumplir con el margen de libertad (*ambito di apprezzamento*) asignado por el texto superior y por el mismo legislador; es decir, la actividad “creadora” del juez debe responder al parámetro que la Constitución política y el legislador le han predeterminado. De otra manera, dicha decisión “creativa” del juez sería arbitraria⁵⁴⁶. Tal como lo reconoce HART, la regla jurídica limita la discrecionalidad del intérprete, aunque no logra eliminarla del todo⁵⁴⁷.

La interpretación del juez (como fuente inferior) debe respetar el marco de determinación establecido por la ley (como su fuente superior), de la misma manera en que ésta debe respetar la determinación establecida por el texto constitucional; por supuesto, tal proceso de determinación no es ni completo ni absoluto, pues cada fuente superior permite un espacio de discrecionalidad, con lo cual “*todo acto jurídico sólo está en parte determinado*”⁵⁴⁸. Ya sea a través de un planteamiento positivista moderado (como aquel que presenta KELSEN) o a través de una

⁵⁴⁴ PULITANÒ D., *Crisi*, op. cit., p. 40.

⁵⁴⁵ Cfr. PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 176.

⁵⁴⁶ Así lo explica MOCCIA: “*non si tratta, infatti, di negare l'esistenza di uno spazio ermeneutico, ma di circoscriverlo alla luce dei principi della nostra Costituzione e, in primo luogo, attraverso la determinatezza legale*”. Cfr. MOCCIA S., *Sulle precondizioni*, op. cit., p. 303.

⁵⁴⁷ HART H. L. A., *El concepto*, op. cit., p. 181. Aun así, existen intentos por compatibilizar la existencia de un límite en la interpretación (la letra de la ley como punto de partida) con su naturaleza creativa (en cuanto *concreción* de la norma). En este sentido, MIR PUIG S., *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1994, p. 22. Sin embargo, si el carácter creativo de la interpretación se limita a un asunto de *concreción*, en nada se diferencia entender la interpretación como creativa a simplemente aplicativa, pues tanto creando como aplicando se concreta la ley penal. Se trata, como se verá luego, de un problema de rótulos.

⁵⁴⁸ KELSEN H., *Teoría pura del derecho*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 349-350.

interpretación valorista de integración, como aquella planteada por DWORKIN, es claro que la ley es una restricción institucional que el juez debe respetar⁵⁴⁹.

A pesar de la actividad “creativa” del juez, es el legislador quien determinar la necesidad de estudiar, precisar y especificar las figuras enunciadas de la parte general. Es el legislador quien determina, en función de la redacción y del contenido específico que le asigne a cada figura de la parte general así como a las diferentes *fattispecie* contenidas en la parte especial, el margen de discrecionalidad judicial. La actividad de interpretación “creadora” del juez se encuentra vinculada, necesariamente, por los lineamientos del legislador, pues la actividad del juez no puede desconocer los límites (por los menos explícitos) establecidos por él⁵⁵⁰.

Por si no fuera poco, el juez debe respetar además ciertas reglas de hermenéutica jurídica⁵⁵¹ (*tercer elemento limitante*) pues, de otra manera, la interpretación “creativa” del juez no cumpliría unos parámetros mínimos de razonabilidad interpretativa. De no cumplir con dichas reglas hermenéuticas, quien prohibiría el comportamiento en un caso concreto no sería la ley sino el juez, al hacer que la ley penal diga lo que de su texto no puede interpretarse. En tal caso, quien crea la prohibición penal no sería el legislador sino el juez, conclusión que no logra compaginarse (que, incluso, choca frontalmente) con la estructura constitucional en Italia y Colombia, por lo menos en la actualidad.

En este tercer elemento limitante se evidencia una contradicción *intrínseca* que posee la teoría del “*diritto vivente*”. Y es que una teoría de interpretación o una particular hermenéutica no puede modificar el sistema de fuentes establecido por un ordenamiento jurídico positivo, de tal forma que la hermenéutica -sin importar cuál sea- no puede cambiar el sistema formal de fuentes reconocido⁵⁵²; de ello se sigue -siendo éste un asunto lógico- que aquello que es interpretado no puede modificarse por la interpretación misma. FERRAJOLI, en este punto afirma con contundencia que “*una cosa es reconocer las incertidumbres y los dilemas que se dan en el uso de la lengua, y de ahí la carga de motivación argumentada de las opciones interpretativas; y otra distinta transformar la argumentación en una fuente de producción del derecho vigente*”⁵⁵³.

Finalmente, el *cuarto elemento limitante* de la pretendida interpretación “creativa” es la doctrina y la misma jurisprudencia, como fuentes mediatas que interpretan la Constitución y la ley. Al tener el derecho penal conceptos valorativos, el juez debe acudir a las ciencias que desarrollan, teóricamente, dichos conceptos, o ¿de qué otra manera puede el juez interpretar el concepto de dolo eventual, por ejemplo, sino acudiendo a la doctrina especializada que lo analiza? No se trata de una interpretación caprichosa de aquello que el juez “entiende que es dolo eventual”, pues tal

⁵⁴⁹ DWORKIN reconoce que el respeto del juez a la ley es una cuestión, incluso, de equidad: “*La supremacía legislativa, que obliga a Hércules a dar efecto a estatutos aun cuando éstos produzcan una importante incoherencia, es una cuestión de equidad porque protege el poder de la mayoría para hacer el derecho que ésta quiere*”. Vid. DWORKIN R., *El imperio*, op. cit., p. 284.

⁵⁵⁰ KELSEN H., *Teoría pura*, op. cit., p. 351. En este sentido: “*La stabilità del nomos, affidata al legislatore, è apert al mutamento, a una creatività politica. Affidata al giudice è la stabilità della custodia del nomos (nomofilachia): un’esigenza incorporata nel modello della supremazia della legge*”. Vid. PULITANÒ D., *Paradossi*, op. cit., p. 50.

⁵⁵¹ Así, CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte generale*, Lucca, Tipografia Giusti, III ed. con aggiunte, 1867, p. 532.

⁵⁵² PULITANÒ D., *Paradossi*, op. cit., p. 49.

⁵⁵³ FERRAJOLI L., *La democracia a través de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 127-128.

interpretación es, innegablemente, creativa; la interpretación judicial puede llamarse “creativa” en la medida en que interprete correctamente la ley penal, a través del conocimiento especializado que dan la doctrina y también la jurisprudencia. La diferencia entre interpretación “creativa” e interpretación “correcta” es mucho más clara en este punto.

Los anteriores cuatro elementos limitantes demuestran que la interpretación “creativa” del juez, más que creativa, es aplicativa. La creatividad de la interpretación del juez, aun siendo posible, se limita a las hipótesis normativas predefinidas por la Constitución política y por el legislador, con lo cual no es “tan creativa ni libre” pues depende de otras fuentes de derecho. Recordando las palabras de G. D. PISAPIA, la interpretación del juez es una “*attività essenzialmente conoscitiva e non creativa*”⁵⁵⁴.

Sin embargo, es indiscutible que la decisión judicial -como aplicación de la ley penal general y abstracta en un caso concreto- tiene una naturaleza jurídica independiente frente a la ley y demás fuentes de derecho de las cuales surge. La escuela del “*diritto vivente*” no hay negado -ni puede hacerlo, lógicamente- que la decisión del juez como momento interpretativo (que ellos consideran, al mismo tiempo, “creativo”) depende de “algo” más que justifique y permita motivar racionalmente la interpretación realizada⁵⁵⁵. En esa medida, nada cambia frente al concepto de *jurisdicción* como actividad del Estado que ni es potestativa ni discrecional, pues se encuentra vinculada a una fuente jurídica (que el juez debe precisar) y a los hechos objeto de juzgamiento⁵⁵⁶. Si la decisión judicial, aún “creativa”, es un proceso de reconocimiento judicial, el juez sigue sin tener una voluntad creadora pues el acto que él emite (la decisión judicial) no puede tener los mismos efectos y consecuencias que la ley⁵⁵⁷: como lo dice FERRAJOLI, la decisión judicial es una “*attività tendenzialmente cognitiva in fatto e ricognitiva in diritto*”⁵⁵⁸.

Afirmar que la interpretación judicial es “creativa” implica afirmar dos cosas: la primera, el juez, al interpretar, “crea” la prohibición penal; la segunda, que dicha potestad judicial para crear delitos se encuentra constitucional y legalmente permitida. Ninguna de las dos afirmaciones es correcta, atendiendo el derecho positivo vigente tanto en Italia como en Colombia.

La actividad “creadora” del juez se limita a interpretar (o, si se prefiere, crear) contenidos normativos enunciados previamente por el legislador⁵⁵⁹. En esa medida, su función -más que creadora, en el sentido genuino de la palabra- es complementaria y aplicativa⁵⁶⁰; incluso, se puede

⁵⁵⁴ PISAPIA G. D., *Istituzioni*, op. cit., p. 17. En el mismo sentido, Kelsen H., *Teoría pura*, op. cit., 1982, p. 349-354.

⁵⁵⁵ Así lo reconoce PULITANÒ: “*Questa formula [el derecho viviente de los jueces] evoca, senza dirlo, anche aspetti parzialmente non creativi; diciamo pure, ricognitivi di un senso che sia riconoscibile in un ordinamento precostituito di norme generali e astratte*”. Cfr. PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, N° 2, 2015, p. 48.

⁵⁵⁶ FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista*, op. cit., p. 68.

⁵⁵⁷ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 141-142.

⁵⁵⁸ FERRAJOLI L., *Una rifondazione*, op. cit., p. 79. TRAPANI, por el contrario, entiende que lo realmente vinculante en el ordenamiento jurídico no es la ley general y abstracta, sino la decisión del juez que la aplica: “*Si en efecto la ‘coactividad’ es un requisito identificativo del ‘derecho’ (respecto a otros sistemas normativos extranormativos, como por ejemplo la moral), en particular él caracteriza no a cada una de las normas sino al ‘ordenamiento jurídico’ en su conjunto, de donde se deriva que ‘vinculante’ en cuanto coactivamente ejecutable incluso ‘contra’ la voluntad del destinatario, es solo cuanto proviene del juez a través de su decisión*”. TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 124.

⁵⁵⁹ Cfr. ZANON N., *Su alcuni problemi*, op. cit., p. 315.

⁵⁶⁰ Precizando la misma diferencia entre *producción del derecho* y *aplicación de derecho* (ésta última, de acuerdo con las leyes preexistentes), véase, BOBBIO N., *Legalità*, op. cit., p. 862.

hablar de una actividad *creativa* de aplicación de la ley penal, atendiendo el marco predefinido por ésta⁵⁶¹, con lo cual la interpretación no es enteramente libre. La interpretación judicial nada crea, más allá que la decisión judicial que resuelve un caso concreto; la interpretación del juez, en cuanto interpretación, se basa en una norma preexistente de la cual pueda fundamentar su validez⁵⁶².

La interpretación judicial no es “creativa” en cuanto crea derecho⁵⁶³; puede decirse que es “creativa” en cuanto que, al interpretar, ofrece una solución específica a un caso concreto⁵⁶⁴. Así las cosas, la interpretación judicial (y la decisión que la materializa) es “creativa” frente a la solución particular lograda a través de la interpretación o aplicación de la ley; la decisión judicial “crea” una solución a través de la interpretación. En esa medida, es claro que el derecho no puede reducirse sólo a un conjunto de leyes generales y abstractas, pues ello conllevaría a un formalismo extremo que, hoy por hoy, es discutible; la legalidad no puede confundirse con un formalismo que defienda el sometimiento del juez a la letra de la ley, como si se tratase de una exégesis literal insuperable⁵⁶⁵.

Más allá de un mero formalismo que exige una posición acrítica, de completa dependencia del juez a la ley⁵⁶⁶, el principio de legalidad penal fomenta una posición crítica del juez frente a la ley escrita, imponiéndole -eso sí- una obligación de adhesión (y, con ello de aplicación) al significado literal de la ley a efectos de imponer una solución justa⁵⁶⁷ (por lo menos en materia penal), pero también permitiéndole no sólo un margen de libertad para aplicar la mejor interpretación -entre varias posibles-, sino también la utilización de principios intrasistemáticos a efectos de lograr la mejor decisión⁵⁶⁸. Tal solución es justa, precisamente, por poderse subsumir en la redacción del comportamiento prohibido por el legislador (lo que concreta el significado filosófico del principio de legalidad penal). De esta manera, la interpretación judicial -en materia penal- es “creativa” en la medida en que crea algo *diferente a la ley penal* al aplicar una fuente *preexistente* para la solución de un caso concreto (la interpretación es *per se* un acto diferente a la ley penal), y que puede tener valor persuasivo como interpretación que es de un texto legislativo; pero no es “creativa” en la medida en que crea algo “*más allá de la ley penal*”, posición que sostienen la mayoría de quienes soportan la teoría del “*diritto vivente*”⁵⁶⁹.

Es necesario, en este punto, realizar una precisión. Lo criticable frente a la llamada interpretación “creativa” no es, pues, su denominación, pues ello sería un simple asunto de rótulo, problema menor

⁵⁶¹ KELSEN reconoce la posibilidad lógica de aceptar cierto carácter creativo de la interpretación judicial, pero reconociéndola como una actividad cognoscitiva y, por lo tanto, dependiente del marco de libertad predefinido por la ley (como fuente superior). Vid. KELSEN H., *Teoría pura*, op. cit., 1982, p. 354.

⁵⁶² Lo anterior es coherente con un positivismo discrecional que le permite al juez una cierta libertad para interpretar, siempre y cuando respete el núcleo duro (la esencia) de los signos lingüísticos utilizados por el legislador. Cfr. TAMAYO JARAMILLO J., *Manual*, op. cit., p. 67.

⁵⁶³ Esta afirmación se limita, en todo caso, al derecho penal. Es indudable el carácter realmente creativo de la decisión judicial por parte de la Corte Constitucional (frente a su función de salvaguarda de la Constitución política), aún con los problemas de legitimidad democrática que tal asunto genera.

⁵⁶⁴ Tiene razón REYES ECHANDÍA, en Colombia, cuando afirma que la interpretación es, esencialmente, cognoscitiva en cuanto tiene como límite el contenido asignado por la ley, pero también es creativa en cuanto el intérprete adapta el contenido de dicha ley para solucionar el caso concreto. Cfr. REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 53.

⁵⁶⁵ CATENACCI M., *Il principio*, op. cit., p. 2.

⁵⁶⁶ El positivismo actual no equivale a un simple formalismo literalista. Cfr. TAMAYO JARAMILLO J., *Manual*, op. cit., p. 85.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 67, 75; CATENACCI M., *Il principio*, op. cit., p. 3.

⁵⁶⁸ TAMAYO JARAMILLO J., *Manual*, op. cit., p. 87-90.

⁵⁶⁹ Con una conclusión similar, véase, PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, N° 2, 2015, p. 47-49.

dentro de la bastedad de problemas al interior del derecho penal. Lo criticable, por el contrario, son dos asuntos sustanciales que se derivan de esta teoría: por una parte, asumir o afirmar que la interpretación judicial no puede ser controlable por la ley, y que ella deberá ser, necesaria y absolutamente, un acto “creativo” cuyo contenido es indiferente al contenido predeterminado por la ley. Esta incontabilidad de la interpretación -ni siquiera mediante el tenor literal de la ley- es un desquiciamiento lógico de la hermenéutica jurídica.

Por otra parte, es criticable el hecho de llamar “interpretación” a una actividad que claramente ve en la ley (como conjunto lingüístico y normativo) un simple punto de partida, o un criterio rector⁵⁷⁰, más que su lógico objeto de estudio. Por ello, la interpretación judicial es “aplicativa” en cuanto a la fuente de derecho que reconoce como preexistente, y de la cual se fundamenta para interpretar, precisamente, de la forma en que lo hace: la decisión judicial “aplica” una fuente de derecho preexistente y predeterminada para, de su interpretación, crear la solución del caso concreto.

El cognoscitivism penal no excluye *per se* la posibilidad de cierto grado de discrecionalidad, sólo que la reduce a su justa medida⁵⁷¹, pues es indiscutible que la aspiración a una decisión más justa no puede justificar, desde ninguna perspectiva, la manipulación del juez en el contenido de la ley según sus particulares convicciones⁵⁷². FERRAJOLI plantea, en este sentido, una *discrecionalidad equitativa* en donde el juez no determina la existencia del delito (asunto que le compete únicamente a la ley), sino sólo cuestiones singulares y particulares de los hechos en donde la equidad es necesaria⁵⁷³. En este sentido puede verificarse como la equidad y la justicia (como juicio de legalidad) son compatibles, pues cada una tiene un campo de acción diferente: mientras, mediante el juicio de legalidad el juez verifica (a través de un cognoscitivism penal) las características esenciales para la existencia de un delito, la equidad contribuye a analizar ciertas características accidentales del caso no connotadas de manera específica por la ley penal, pues el legislador ha determinado un mayor ámbito de libertad en tales asuntos⁵⁷⁴: tal como lo reconoce LARENZ, “no le es lícito [al juez] introducir en la ley lo que él desea extraer de ella”⁵⁷⁵. Así, las circunstancias agravantes o atenuantes del delito, o las eximentes de culpabilidad pueden ser analizadas por el juez a través de un juicio de equidad⁵⁷⁶.

⁵⁷⁰ “tengo la impresión de que, más allá de las declaraciones altisonantes, en la actividad de los tribunales esa literalidad aparece muchas veces más bien como un “plan” o, más todavía, como un “punto de partida” o un “criterio rector” de la interpretación. Claro que el interrogante que se abre en este punto es el de si tiene sentido seguir hablando de “interpretación” a propósito de ciertas operaciones de concreción o de reconstrucción de enunciados que toman la literalidad (o el sentido en términos de lenguaje ordinario y/o normativo) de la ley penal sólo como punto de partida”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ J-M., *Sobre la “interpretación teleológica” en el Derecho Penal*, in AA. VV., *Estudios de filosofía de derecho penal*, a cura di M. DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO; J. A. GARCÍA AMADO, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 381.

⁵⁷¹ TAMAYO JARAMILLO J., *Manual*, op. cit., p. 78. Con ello es claro que el positivismo utiliza el término de *discrecionalidad* en su primer sentido débil, según DWORKIN. Cfr. DWORKIN R., *Los derechos*, op. cit., p. 87. Este autor explica tal sentido del concepto de la siguiente manera: “La discreción, como el agujero en una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea” (*Ibidem*, p. 84).

⁵⁷² LARENZ K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, p. 346.

⁵⁷³ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 158-161.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 158-159, 163. LARENZ también explica que la aspiración legítima que tiene el juez a buscarla solución más justa del caso no le permite desconocer el contenido normativo de la ley. Vid. LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 345.

⁵⁷⁵ LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 345.

⁵⁷⁶ Vid. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 158-159.

Se han expuesto las críticas justificadas dirigidas a la teoría del “*diritto vivente*” y sus consecuencias. Ahora bien, la única cuestión que aún no se ha discutido es una solución. Es indudable que la decisión judicial, al ofrecer una solución específica a un caso concreto basándose en la ley penal, “crea” una norma jurídica mediante tal acto de interpretación; pero, también es indudable que tal norma jurídica puede desconocer total o parcialmente el contenido asignado por la ley, viéndose afectado el principio de legalidad penal. También es cierto que, en la actualidad, no se presenta ninguna medida institucional o siquiera legal que permita solucionar este problema, con lo cual la interpretación judicial puede desconocer la ley penal y el ordenamiento jurídico no puede ofrecer un control institucional diferente a la *unificación de jurisprudencia* como función del máximo tribunal de la jurisdicción penal.

Frente a la existencia de una norma jurídica que desconozca el contenido de una ley penal, ¿qué solución puede plantearse? Sin lugar a dudas, la solución se encuentra en un control frente a la interpretación judicial, pero son muchas las vías que se han planteado para lograr tal control.

Se han propuesto soluciones dirigidas al órgano legislativo, todas ellas vinculadas con el principio de determinación estricta de la ley penal y la redacción más precisa de las leyes. Sin embargo, frente a tal opción, se ha afirmado que la descripción legal precisa de los hechos prohibidos no soluciona la “creación” implícita de la interpretación judicial⁵⁷⁷. FIANDACA, por ejemplo, afirma que aún la descripción más puntual y correcta gramaticalmente no podrá evitar la autonomía judicial y la función creativa del juez, con lo cual tal “creación” parece inevitable⁵⁷⁸. Este tipo de críticas demuestran una posición, francamente, inaceptable pues permiten concluir (muy sutilmente) que el poder de interpretación del juez no puede ser controlable, siendo entonces el único poder del Estado que no puede ser objeto de un contrapeso, ni siquiera mediante la Constitución política y la ley. Ya se verá (al analizar el principio de determinación estricta) cómo la descripción del legislador sí puede contribuir a reducir los niveles de discrecionalidad judicial.

Ahora bien, también se han diseñado algunas soluciones dirigidas al juez, concretándose en dos opciones. Una primera opción se dirige a limitar de alguna manera la interpretación del juez. No se descarta, por ejemplo, la posibilidad de que incorporar en la Constitución política una prohibición de interpretación extensiva en materia penal pueda contribuya a limitar el poder judicial, siendo una medida razonable y útil. También se ha sugerido la idea de que el juez común debe realizar una “*interpretazioni costituzionalmente orientate in funzione restrittiva dell’area della punibilità*”⁵⁷⁹, con lo que se debe reinterpretar el texto de la ley penal en un sentido restrictivo, según el significado común de las palabras; pero si no es posible interpretarlo, el juez debe remitir la situación a la Corte Constitucional para que ésta, limitándose únicamente a verificar la determinación estricta del texto, establezca la constitucionalidad o no del enunciado lingüístico⁵⁸⁰.

Sin embargo, es claro que tales soluciones exigen un control institucional (un órgano) que se encargue de verificar que, en realidad, se cumplan. El principio de legalidad penal es, por

⁵⁷⁷ FIANDACA G., *Crisi*, op. cit., p. 93.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 93. En el mismo sentido se expresa HASSEMER cuando afirma: “*Il sogno dello Stato legislativo di un legislatore che neutralizzi semanticamente l’apparato giudiziario e lo metta a tacere nella triade della divisione dei poteri è fortunatamente finito*”. Cfr. HASSEMER W., *Metodologia*, op. cit., p. 85.

⁵⁷⁹ PINO G., *L’insostenibile*, op. cit., p. 182-183.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 182-183.

excelencia, el límite normativo más importante que existe para limitar la interpretación y la actividad del juez; sin embargo, precisamente al no existir un mecanismo institucional capaz de controlar y exigir el cumplimiento de este principio, hoy día subsiste un caos jurisprudencial en materia penal. Por otra parte, pretender que la solución provenga del propio poder judicial, a través de una deontología jurídica especial que se limite a sí misma, no es suficiente⁵⁸¹. Aunque se trata de opciones válidas, es claro que se requiere *algo más*.

Una segunda opción -mantenida, de manera principal por CADOPPI, en Italia- es establecer un precedente jurisprudencial obligatorio. Ya que en Italia no es posible *de lege data* establecer un precedente obligatorio (conclusión a la que también se puede llegar en Colombia), el sistema de precedente obligatorio que propone este autor italiano es uno de carácter relativo⁵⁸². De esa manera, los jueces de inferior jerarquía estarían, en principio, sometidos a la interpretación realizada por la Corte de Casación (CSJ col.), por lo que deben adecuar su interpretación a lo establecido por este tribunal; en caso de no estar de acuerdo con la interpretación mantenida por la Corte, deberían remitir el caso a ésta para que sea ella la que decida si, por una parte, mantiene la interpretación existente o, por otra parte, la modifica. Sea cual sea la decisión que tome la Corte de Casación, el juez de menor jerarquía debería, siempre, acatar tal interpretación⁵⁸³.

La propuesta de establecer en los ordenamientos jurídicos de Italia y Colombia la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio parece razonable, y en todo caso, sugestiva. Pero, existe una contradicción frente a la teoría que soporta el carácter “creativo” de la interpretación judicial que aún un precedente obligatorio no puede solucionar. Si la interpretación judicial es necesariamente “creativa”, al ser precisamente la interpretación de un texto, un sistema de precedente obligatorio no genera ninguna solución más allá de lograr un cierto ámbito de movilidad o libertad del juez inferior para decidir, función que hoy día cumple el principio de legalidad penal, pues el precedente obligatorio -como la ley penal- sigue siendo un texto que debe ser interpretado necesariamente para ser aplicado en la nueva decisión⁵⁸⁴. ¿Qué hace al precedente obligatorio más vinculante que la ley escrita si en ambos casos el juez debe, necesariamente para decidir, interpretar y aplicar una norma jurídica precedente?⁵⁸⁵. El siguiente aparte de la monografía de CADOPPI logra demostrar esta contradicción: “*L’interpretazione del diritto, come tale, è prerogativa imprescindibile dell’attività giudiziale. Essa non può venire estirpata. E questa impossibilità rende vani, o comunque non*

⁵⁸¹ INSOLERA G., *Qualche riflessione*, op. cit., p. 286; PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 176-177.

⁵⁸² CADOPPI A., *Riflessioni*, op. cit., p. 160.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 160.

⁵⁸⁴ Por ello, es incorrecto ver en los sistemas de precedente obligatorio un ejemplo de una legalidad sustancial. PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 99; PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 213. Y es un error, precisamente, pues a través de tal legalidad el juez no se encuentra sometido a ninguna fuente preexistente que limite su definición de delito, más allá de fórmulas vagas (y, por lo tanto, irreales). La existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio sería un límite normativo a la actividad del juez, de allí su incongruencia.

⁵⁸⁵ Esta contradicción es evidente en la monografía de CADOPPI. Este autor establece el ejemplo de que, sí la *House Court Justice* escocesa (referente puro de un sistema de *common law*) crea una nueva *fattispecie* de hurto por uso, “*nessun giudice si sognerebbe di non adeguarsi al nuovo orientamento giurisprudenziale*”. Dado ese nuevo precedente que crea un delito, “*non potrà succedere che John, che compie un tale fatto a Glasgow, sia condannato, e che allo stesso tempo venga assolto James, che realizza la stessa ipotesi ad Aberdeem, da altra corte dissenziente. Il cittadino scozzese, insomma, a seguito della creazione di un nuovo reato da parte della Hight Court, sa che tale fatto è penalmente illecito, e sa che dovunque sarà giudicato la sua sorte sarà la medesima*”. Cfr. CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 111. Con este ejemplo queda clara la *inutilidad* del precedente obligatorio para solucionar la aparente “creatividad” de la interpretación del juez, pues la ley penal cumple -en el ejemplo referido por CADOPPI- las mismas funciones que haría el precedente judicial. La ley determina la existencia de un nuevo delito (*furto d’uso*), con lo cual “*nessun giudice si sognerebbe di non adeguarsi*” (utilizando las mismas palabras que este autor) a la nueva ley penal.

*conclusivi, gli sforzi di vincolare i giudici ad un'unica esatta (?) lettura di una norma penale*⁵⁸⁶. Si es imposible vincular al juez a una única y exacta lectura de una ley penal, ¿qué función podría lograr el precedente obligatorio si, precisamente, ese vínculo es el que busca conseguir?

HART, por ejemplo, reconoce que la misma teoría del *diritto vivente* también se ha planteado en el *common law* (denominándola “*escepticismo ante las reglas*”), afirmando que se trata de una teoría incoherente pues, se parte del supuesto de que no existen reglas, y que el derecho, realmente consiste en las decisiones de los tribunales, para dar valor a un tribunal que decide -precisamente- y cuya existencia depende de unas reglas preexistentes, que dotan de autoridad tales decisiones⁵⁸⁷. Así pues, el sistema de precedentes obligatorios poco o nada contribuye a limitar la pretendida “creatividad” de la interpretación judicial, pues se tratan de problemáticas diferentes.

Además de la anterior contradicción, establecer un precedente obligatorio genera otra contradicción adicional. Para CADOPPI, un sistema de precedente obligatorio es compatible con el principio de sujeción del juez a la ley y el principio de legalidad penal, pues en los sistemas de *common law* también existen leyes escritas que los jueces deben cumplir⁵⁸⁸. Sin embargo, la compatibilidad mínima entre un sistema de precedente obligatorio y el principio de legalidad penal es imposible.

Si el principio de legalidad se redujese a la simple existencia de una ley escrita, tal principio podría ser compatible con un sistema de precedente obligatorio. Pero, ya se ha visto como el principio de legalidad penal va más allá de la mera formalidad escrita; el significado democrático, el significado de legitimación e, incluso, el significado filosófico del principio de legalidad penal hacen incompatible un sistema de precedente obligatorio con el axioma de legalidad acá precisado. Si aquello obligatorio es el precedente, la ley deja de serlo, con lo cual se desvirtúa *per se* todo el concepto de legalidad penal establecido en la Cos. ital. y la Cos. col. Por ello, toda solución que pretenda establecer en los ordenamientos jurídicos del *civil law* el valor vinculante del precedente es exigua, ello sin contar con los graves problemas de legitimidad política que ello podría generar⁵⁸⁹.

Finalmente, debe recordarse que un sistema de precedente obligatorio mantiene una técnica específica denominada *distinguishing*, por medio de la cual el juez determina si un precedente es aplicable (a través de la *ratio decidendi*)⁵⁹⁰. Sin embargo, ¿acaso el juez -a través de la búsqueda del precedente aplicable- no debe realizar el mismo proceso de subsunción necesario frente a una ley escrita, abstracta y general? Mientras que, en el primer caso, el juez debe verificar que la *ratio decidendi* del precedente es aplicable al caso que debe resolver (precisamente, subsumiendo los hechos del caso actual frente a la norma jurídica derivada del precedente), en el segundo caso el proceso de subsunción se hace, inversamente, a través de una ley general y abstracta que ya contiene esa misma norma jurídica.

Incluso, en un sistema de precedente obligatorio subsiste un grado de incerteza pues la comunicación de las normas jurídicas se da mediante el “ejemplo dotado de autoridad”

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 261.

⁵⁸⁷ HART H. L. A., *El concepto*, op. cit., p. 170.

⁵⁸⁸ CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 260-262; CADOPPI A., *Riflessioni*, op. cit., p. 142.

⁵⁸⁹ PALAZZO F., *Legalità fra law*, op. cit., p. 167-168.

⁵⁹⁰ CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 296.

(precedente)⁵⁹¹. Incluso, puede llegar a afirmarse que el uso de precedentes trae consigo dificultades de indeterminación más complejas que aquellas propias del sistema del *civil law*⁵⁹². Sin lugar a dudas, la figura del precedente judicial obligatorio no ofrece solución alguna a la controlabilidad de la interpretación judicial y al supuesto carácter “creativo” de la decisión judicial.

Se han planteado además otro tipo de soluciones, como la supervisión política, un sistema electoral al interior del órgano judicial⁵⁹³ o, incluso, el propio control social⁵⁹⁴. Sin embargo, tales soluciones son insuficientes e ineficaces para la solución global del problema. Son insuficientes e ineficaces pues, aun partiendo de la utilidad de tales soluciones éstas no pueden depender exclusivamente del órgano judicial; si así fuese, su implementación dependería, en exclusiva, del mismo órgano encargado de emitir la interpretación que -precisamente- se quiere controlar, por lo que no se garantizaría ni su viabilidad ni mucho menos su concreción real⁵⁹⁵.

Por ello, se plantea la necesidad de establecer un mecanismo institucional, eficaz y con un poder real (no meramente potencial o esperable) que pueda controlar la legitimidad de la interpretación judicial⁵⁹⁶. Debe tratarse de una solución institucional que no dependa del poder judicial, exigencia elemental atendiendo la división de poderes que debe existir en un Estado constitucional de derecho. Frente a esta posibilidad, debe reconocerse que, *de lege data*, no existe en la actualidad una solución institucional ni en Colombia ni en Italia⁵⁹⁷. Se ha propuesto, como solución, la creación de un nuevo órgano institucional, que deberá fungir una función de garante político supremo de la legalidad penal⁵⁹⁸.

CONTENTO, FIANDACA y TRAPANI (en Italia) han propuesto la creación de un órgano jurisdiccional que tenga la competencia de definir interpretaciones auténticas⁵⁹⁹. De esta manera, si se desea recuperar la legitimidad democrática de la ley penal (como un acto normativo emanado del órgano legislativo), la única manera es controlar -en los mismos términos- que la interpretación definitiva del texto sea conforme con un enfoque de estricta legalidad⁶⁰⁰; de esa manera, a través de un órgano

⁵⁹¹ Incluso, HART reconoce que la incerteza se encuentra en la naturaleza inherente del lenguaje, por lo que es un problema común de los sistemas del *common law* (mediante el precedente obligatorio) y los sistemas de *civil law* (mediante la legislación), sufriendo ambos sistemas del mismo margen de discrecionalidad: “*Cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”*”. Cfr. HART H. L. A., *El concepto*, op. cit., p. 157-159.

⁵⁹² “*El reconocimiento del precedente como criterio de validez jurídica, significa cosas diferentes en diferentes sistemas, y aun en el mismo sistema en diversas épocas. Las descripciones de la “teoría” inglesa del precedente son todavía, en ciertos puntos, altamente debatidas: “ratio decidendi”, “hechos relevantes”, “interpretación”, tienen su propia penumbra de incertidumbre*”. *Ibidem*, p. 167.

⁵⁹³ FIANDACA G., *La giustizia penale in bicamerale*, in *Il Foro Italiano*, Vol. CXX, N° 6, Torino, Giappichelli Editore, 1997, p. 167.

⁵⁹⁴ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 161.

⁵⁹⁵ En este punto, se ofrecerá la solución propuesta en términos de legitimidad democrática, atendiendo el principio de reserva de ley que -precisamente- se ve afectado por los planteamientos del *diritto vivente*. En relación con las otras soluciones propuestas (como, por ejemplo, ciertas reglas hermenéuticas de interpretación) se desarrollarán al final del análisis del principio de determinatezza, pues tienen una mayor relación con dicha temática.

⁵⁹⁶ Vid. FIANDACA G., *La legalità penale*, op. cit., p. 141.

⁵⁹⁷ CADOPPI A., *Riflessioni*, op. cit., p. 156.

⁵⁹⁸ Vid. FIANDACA G., *La legalità penale*, op. cit., p. 141.

⁵⁹⁹ Cfr. CONTENTO G., *Principio*, op. cit., p. 489.

⁶⁰⁰ FIANDACA G., *La giustizia penale*, op. cit., p. 168.

jurisdiccional pero políticamente responsable (por ejemplo, a través de elecciones democráticas) se debe controlar la interpretación que los jueces deben hacer frente a la ley penal⁶⁰¹:

*“En esta perspectiva, la ‘última palabra’, que se necesita tener el coraje de reconocer como lógicamente ‘arbitraria’, en cuanto puramente ‘política’, ‘retorna’ así al órgano, el Parlamento, que, en la democracia, hace las ‘leyes’, por su naturaleza ‘generales’ y ‘abstractas’ y por lo tanto capaces de garantizar aquel derecho ‘fundamental’ constituido -como ya lo decía Beccaria- por la ‘igualdad’ de los ciudadanos ante las normas, ‘última palabra’ de la cual el Parlamento se asume -en vía directa o indirecta- la ‘responsabilidad política’ frente al ‘pueblo soberano’, cerrando así el ‘circulo’”*⁶⁰².

Por su parte, CONTENTO propone reforzar la función monofiláctica de la Corte de Casación, estableciendo una nueva función jurisdiccional que se limite a interpretar una ley penal a solicitud de cualquier persona interesada. Se trataría de una función meramente interpretativa, sin la solución concreta de ningún asunto procesal⁶⁰³. Por otra parte, FIANDACA plantea la posibilidad de repensar la estructura y funciones de la Corte Constitucional para que ésta se encargue de verificar la legitimidad de las interpretaciones judiciales de acuerdo con los parámetros establecidos por el principio de legalidad penal⁶⁰⁴. Finalmente, TRAPANI concreta esta solución institucional a través de dos formas diferentes. La primera, que el nuevo órgano institucional haga parte del Parlamento (para garantizar la elección democrática de sus miembros), pero siendo un órgano jurisdiccional de control de legitimidad. La segunda, creando un tribunal superior cuyos miembros sean nombrados por el Parlamento, debiendo responder políticamente por sus decisiones⁶⁰⁵.

La propuesta de crear un nuevo órgano institucional tendiente a controlar la interpretación de la ley penal ha sido calificada como difícilmente conciliable con los principios constitucionales de Italia⁶⁰⁶, aunque en realidad parece estar de acuerdo con todos ellos, especialmente con el principio de separación de poderes. Pero, sin lugar a dudas, se trata de una propuesta arriesgada, radical y completamente llamativa, lo que justificaría en parte la dificultad que su eventual implementación constitucional parece sobrellevar. Y, tal vez por ello, es la mejor solución planteada hasta la fecha.

Son dos los elementos que permiten confirmar cuál es la mejor solución para garantizar la esperada compatibilidad entre el contenido de la ley penal y la norma jurídica (como su producto). La primera es que cualquiera de las soluciones planteadas debe mantener la *legitimación democrática, política e institucional* que el principio de legalidad ya establece a través la ley penal; la solución debe corregir cualquier modificación que se dé en el contenido de la ley mediante una interpretación judicial, conservando un nexo mínimo entre la legitimación que posee la ley penal y la decisión judicial que la interpreta. La única solución que mantiene tal legitimación es la creación de un órgano que posea dos características: debe ser judicial, en la medida en que su función es la interpretación de la ley penal (o, más precisamente, su control); pero, también debe tener una naturaleza política, en cuanto que la única manera de respetar que sea el órgano legislativo (como

⁶⁰¹ TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 178-182.

⁶⁰² *Ibidem*, p. 181.

⁶⁰³ CONTENTO G., *Principio*, op. cit., p. 489-490.

⁶⁰⁴ FIANDACA G., *La giustizia penale*, op. cit., p. 168. En el mismo sentido, FIANDACA G., *La legalità penale*, op. cit., p. 141.

⁶⁰⁵ TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 178-179.

⁶⁰⁶ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 177.

representante del poder soberano) quien asume decisiones de política criminal por medio de la ley penal es permitiendo que el control de la interpretación de tales actos normativos se dé asimismo a través de representantes del mismo poder soberano. En consecuencia, el nuevo órgano institucional encargado de controlar la interpretación de la ley penal debe ser judicial, cuyos miembros tengan no sólo responsabilidad política sino -preferiblemente- sean elegidos democráticamente, ya sea por el pueblo directamente o por sus representantes. Sin lugar a dudas, la propuesta planteada por TRAPANI logra vincular el significado democrático, el significado de legitimación institucional y de legitimación política del principio de legalidad penal con la interpretación finalmente aplicable a un caso concreto.

Se trata de la única manera de lograr que la interpretación de la ley sea realmente autentica, pues es realizada por un órgano con legitimación democrática y con responsabilidad política⁶⁰⁷.

2.10. Conclusiones respecto del principio de reserva de ley penal:

Queda mucho por concluir frente al principio de reserva de ley. Sin lugar a dudas, es el principio más controvertido, y que más críticas ha recibido en la actualidad por la denominada “crisis” del principio de legalidad penal. Se le ha considerado un principio histórico contingente y, por lo tanto, renunciable⁶⁰⁸. Y por ello mismo, este principio constituye el último bastión que hace imposible la diferencia entre el *common law* y el *civil law*, frente al principio de legalidad penal y el *rule of law*. Es lógico, entonces, que se intente destruir este principio con un claro propósito de unificar ambas figuras de garantía.

Quien representa mejor esta pretensión “unificadora” es, sin duda, PINO, quien afirma que “*gli elementi della legalità penale sbrigativamente compendiati nell’esigenza di “certezza” rappresentano un profilo di primaria importanza e dotato, oggi, di potenzialità garantistiche forse anche superiori rispetto al profilo democratico della legalità penale*”⁶⁰⁹. Por ello, el significado de garantía del principio de legalidad penal debe buscarse, principalmente, en el contenido de certeza ya reconocido en el *rule of law*⁶¹⁰. De esta manera, se ve en el significado democrático del principio de legalidad penal, representado a través del principio de reserva de ley, un asunto sacrificable que no otorga garantía alguna, o otorgándola no es sustancialmente importante.

Frente a estas tentativas por “compatibilizar” el principio de legalidad penal continental europeo con el concepto de *rule of law*, debe preguntarse: ¿acaso es errónea la diferencia?, ¿por qué debe darse una compatibilidad entre ambos sistemas?, ¿por qué se debe sacrificar la reserva de ley so pretexto de lograr una mayor afinidad conceptual con otros sistemas de garantías? Detrás de estas ideas se esconde, inevitablemente, la consideración *a priori* de que el principio de reserva de ley es un “obstáculo”, una “dificultad” en el camino que, sencillamente, debe eliminarse.

Al contrario, el principio de reserva de ley es la *real y esencial* garantía detrás del principio de legalidad penal; sin la reserva de ley, la legalidad penal -en realidad- se vaciaría de contenido y

⁶⁰⁷ TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 181.

⁶⁰⁸ PINO G., *Legalità penale*, op. cit., p. 202.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 216.

⁶¹⁰ “*le promesse garantistiche della legalità penale sembrano andare a ricadere prepotentemente sul versante del Rule of Law*”, *Ibidem*, p. 222.

sería una garantía meramente formal. Por el contrario, con el principio de reserva de ley el principio de legalidad penal adquiere una connotación sustancial, pues representa la máxima instancia legitimadora posible en un Estado constitucional y democrático de derecho: ¿acaso, entonces, la legitimación es un asunto “sacrificable”?

La democracia, en últimas, es la instancia que legitima el derecho penal en aquellos ordenamientos jurídicos que reconocen un principio de reserva de ley; en esa medida, la legitimación constitucional no es meramente formal, sino que adquiere una connotación política sustancial al reconocerle sólo a la ley la potestad de crear derecho penal objetivo. La Constitución misma, al escoger entre todas las fuentes jurídicas posibles, escogió la ley pues es la democracia y la legitimidad política detrás de la discusión parlamentaria el trasfondo de una correcta decisión político criminal.

De lege data, el principio de reserva de ley se encuentra reconocido constitucionalmente en el art. 25, inciso 2º Cos. ital. y el art. 29, inciso 2º Cos. col.; en esa medida, quien pretenda desconocerlo, para en su lugar, proponer otras soluciones normativas que -presuntamente- mantengan el mismo nivel de garantía (PINO, por ejemplo) deben demostrar tres cosas. La primera, que tal modificación constitucional es viable, lo cual no parece ser posible: el principio de legalidad penal no sólo es un principio normativo que establece las fuentes jurídicas posibles en materia penal, sino también constituye un derecho fundamental para los ciudadanos. Así pues, la pregunta no debe ser, ¿puede derogarse el principio de legalidad penal?, sino más bien, ¿puede derogarse un derecho fundamental reconocido por la Constitución política? La respuesta, rotunda, es que ello no es posible.

La segunda cuestión que se debe demostrar es el porqué debe renunciarse a un concepto que es coherente con una estructura político y jurídica de un Estado democrático de derecho, en atención a su *ratio* de garantía⁶¹¹. Y, finalmente, la tercera cuestión que se deberá evidenciar es que la elección de otra fuente jurídica que sustituya a la ley penal tendrá mayor o, por lo menos, el mismo nivel de garantía que hoy por hoy tiene la ley penal. Inevitablemente, ninguna de las restantes fuentes jurídicas goza del mismo nivel de garantía que la ley penal, como ya sea ha visto al hablar del significado de garantía de este principio (*infra*, cap. III, 6.1). A pesar de las críticas, reiteradas y fundadas, frente al estado democrático actual, es indiscutible que la democracia otorga a la ley penal “algo” que ninguna otra fuente jurídica logra establecer: una legitimación democrática y política donde las decisiones político criminales pueden transferirse, directa o indirectamente, al pueblo como poder soberano. Es, finalmente, el pueblo soberano quien toma -por intermedio del órgano legislativo- las diferentes decisiones político criminales; y es, finalmente, responsabilidad del poder soberano elegir a quienes consideren idóneos para tomar las mejores decisiones en materia penal, pues tales decisiones afectarán su propia libertad. Así pues, la responsabilidad por el estado actual de la democracia se encuentra en cabeza, precisamente, del pueblo como poder soberano.

Sin embargo, el sistema del *common law*, inevitablemente, carece de tal fuente de legitimación democrática. Es así como puede afirmarse que los ordenamientos de *civil law* son más democráticos que los ordenamientos del *common law* (si se quisiese afirmar tal cuestión) por lo menos en materia penal, pues la elección de las decisiones político criminales se encuentran en la ley, como producto democrático. Así las cosas, parece ser que no somos nosotros los que tenemos que intentar “compatibilizar nuestro sistema de garantías con el sistema del *rule of law*”; parece ser que es el

⁶¹¹ PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 90.

common law quien debería intentar compatibilizar el *rule of law* con el principio de legalidad penal pues gracias al principio de reserva de ley, éste último es más garantista que cualquier otro sistema de garantías penal.

El significado de garantía del principio de legalidad penal, que surge de la ley penal como instancia de legitimación y como producto de una discusión democrática, es un asunto fundamental que no puede, simplemente, eliminarse, so pretexto de arribar a un núcleo esencial del principio. Al contrario, puede decirse que el núcleo esencial del principio de legalidad es, precisamente, la democracia como su instancia legitimadora y la ley penal, como su producto.

La pretendida “crisis del principio de legalidad” parece ser, más bien, un intento por legitimar una asimilación entre el principio de legalidad penal y el concepto de *rule of law* mediante el sacrificio del principio de reserva de ley; pues, es lógico, que para sacrificar algo, primero hay que criticarlo y demostrar su “crisis”, para luego, eliminarlo...

3. El principio de irretroactividad de la ley penal como un asunto lógico. *Nullum crimen sine lege praevia*:

3.1. Concepto general:

Analizada la primera consecuencia del principio de legalidad penal, deben analizarse las restantes tres. Siendo los principios de irretroactividad de la ley penal y prohibición de la analogía consecuencias ineludibles del principio de legalidad penal⁶¹², parece lógico continuar con el análisis de ambos principios.

Sin lugar a dudas, la irretroactividad de la ley penal es un principio bastante antiguo, idea que surge de la conciencia jurídica de toda sociedad con cierta madurez⁶¹³; por ello, de todos los componentes que conforman el principio de legalidad penal, la prohibición de retroactividad de la ley penal es el que tiene una vocación casi universal, pues su reconocimiento se ha dado en tiempos y lugares diferentes⁶¹⁴. Ya en la antigua Grecia, PLATÓN reconocía -en su dialogo *Teeteto*- la utilidad de las leyes en referirse a hechos futuros⁶¹⁵; ULPIANO, en el *Digesto*, reconoce de manera explícita el principio de irretroactividad de la ley penal⁶¹⁶. Esta universalidad puede haber permitido que este principio, a diferencia de los otros componentes del principio de legalidad penal, no se vea afectado por el fenómeno actual de la “crisis” de la legalidad penal⁶¹⁷. Sin embargo, y a pesar del estrecho vínculo que el axioma de irretroactividad tiene en relación con el desarrollo histórico del derecho

⁶¹² Cfr. ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 131.

⁶¹³ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 194.

⁶¹⁴ Vid. PALAZZO F., *La legalidad*, op. cit., p. 105-106.

⁶¹⁵ Dice PLATÓN en su diálogo: “-¿Y no se refieren al futuro la acción de dar leyes y su propia utilidad? ¿No es además cosa generalmente admitida que una ciudad pródiga en legislar no alcanzará en muchos casos lo que resulta más útil?”. Cfr. PLATÓN, *Teeteto o de la ciencia*, in PLATÓN, *Obras completas*, a cura di AA. VV., Madrid, Editorial Aguilar, 1972, p. 918.

⁶¹⁶ ULPIANO, Dig. 28, 19, de poenis: “*Quotiens de delicto quaeritur, placuit non eam poenam subire quem debere, quam condicio eius admittit eo tempore quo sententia de eo fertur, sed eam quam sustineret, si eo tempore esset sententiam assus com deliquissete*”.

⁶¹⁷ Vid. PALAZZO F., *La legalidad*, op. cit., p. 107.

como objeto cultural, es claro que el vínculo entre el principio de legalidad penal y el principio de irretroactividad no es sólo histórico, pues ambos poseen un vínculo lógico, íntimo e indisoluble⁶¹⁸.

Este principio regula la relación temporal que debe existir entre la conducta realizada y la ley que la contempla como delito⁶¹⁹. En esa medida, el principio de irretroactividad establece la prohibición de castigar un comportamiento que no se encuentre definido, previamente, por una ley penal aun cuando ese mismo comportamiento sea inmoral o, incluso, contrario al ordenamiento jurídico⁶²⁰. De esta manera, el principio de irretroactividad es un complemento lógico del principio de reserva de ley⁶²¹, pues sólo a través de la aplicación irretroactiva de la ley puede garantizarse que sólo sea ella la encargada de definir normativamente los diferentes delitos; sin prohibición de irretroactividad, no podría garantizarse ninguna reserva de ley.

Este principio busca garantizar, en esencia, dos cosas⁶²². Por una parte, el permitir al ciudadano actuar con libertad; y, por otra parte, evita que el poder del Estado ceda ante la tentación de castigar un hecho por medio de leyes con efectos retroactivos. Sin lugar a dudas, en ambos casos se demuestra que el principio de irretroactividad de la ley penal es una norma protectora (una real garantía) para el acusado, que tiene como fuente de inspiración la idea de seguridad jurídica⁶²³.

3.2. *Ratio* constitucional respecto del principio de irretroactividad de la ley penal:

Al igual que sucedió con el principio de reserva de ley, debe determinarse cuál es la *ratio* constitucional asignada al principio de irretroactividad tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como en el italiano. Una primera posición se decanta por establecer una *ratio* de certeza en relación con este principio⁶²⁴. En esa medida, este axioma logra garantizar que el ciudadano tenga la posibilidad de conocer la prohibición penal y, de esa manera, elegir su propio comportamiento⁶²⁵. Sin embargo, se trata de una *ratio* insuficiente para explicar el alcance de este axioma, pues si la certeza fuera su único fundamento la irretroactividad sería un aspecto irrenunciable, aun en tratándose de normas penales más favorables al ciudadano⁶²⁶.

Así pues, la doctrina también ha propuesto una *ratio* de garantía frente a este principio, como un mecanismo de protección de la libertad de todos los ciudadanos contra abusos del poder legislativo, ante eventuales leyes retroactivas que sólo demostrarían un ánimo de venganza política y la materialización de una justicia sustancial⁶²⁷. Sin embargo, en caso de que la *ratio* fuera de garantía, este principio exigiría una garantía adicional, pues la irretroactividad de la ley penal busca garantizar el mayor espacio de libertad posible (*favor libertatis*); de esta manera, tanto la irretroactividad de las leyes penales desfavorables, así como la retroactividad de las leyes penales

⁶¹⁸ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (Dig. disc. pen.), op. cit., p. 284.

⁶¹⁹ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 189.

⁶²⁰ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 103.

⁶²¹ Vid. MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 79.

⁶²² PALAZZO F., *La legalidad*, op. cit., p. 106.

⁶²³ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 159.

⁶²⁴ TRAPANI M., voce *Legge penale* (Enc. giu.), op. cit., p. 3.

⁶²⁵ RAMACCI F., *Corso*, op. cit., p. 83.

⁶²⁶ LICCI G., *Figure*, op. cit., p. 141.

⁶²⁷ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 34.

favorables, tendrían cabida en este mismo principio⁶²⁸. Si la *ratio* de este principio fuera diferente, estas dos situaciones serían contradictorias entre sí.

El mismo alcance se le ha asignado a este principio a través de una *ratio* de igualdad⁶²⁹, razón por la que también constituye una posibilidad frente al fundamento constitucional del principio de irretroactividad penal. Finalmente, también se le ha asignado a este principio una *ratio* preventivo general, pues este axioma permite, por lo menos en términos potenciales, motivar a los ciudadanos a través del conocimiento de la ley penal previa que prohíbe determinado comportamiento⁶³⁰. Pero, sin lugar a dudas, tal fundamento no cobija al principio de retroactividad de las leyes penales más favorables (pues éstas ni siquiera eran conocidas por quien realizó el comportamiento prohibido), razón de peso para excluir este fundamento como la *ratio* general del apotegma de irretroactividad.

Así pues, la disyuntiva sobre cuál es la *ratio* constitucional del principio se da entre una *ratio* de garantía especial, o una *ratio* de igualdad. Entendiendo el concepto general del principio de legalidad penal, y de manera conjunta con la *ratio* de garantía reconocida al principio de reserva de ley, parece más coherente el reconocimiento de una *ratio* también de garantía, concretada en una cláusula de *favor libertatis*, *ratio* que debe responder al axioma *favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda*⁶³¹; con ello, tiene cabida tanto la irretroactividad de la ley penal (en términos generales) como la retroactividad de la ley penal más favorable (como excepción).

3.3. Fuente jurídica y alcance del principio de irretroactividad de la ley penal:

Determinada la *ratio* constitucional reconocida al principio de irretroactividad penal, debe analizarse cuáles disposiciones normativas reconocen este principio en el ordenamiento jurídico en Italia y Colombia. En relación con Italia, su reconocimiento directo es evidente en la Cos. ital., específicamente en el art. 25, inciso 2º *ejusdem*, al afirmar que “*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*”. De dicha disposición normativa surge para el legislador la prohibición de crear, mediante una ley, una situación desfavorable en materia penal para quien ha cometido un hecho en el pasado⁶³².

Por su parte, el art. 2 c.p.i. regula de la siguiente manera el axioma de irretroactividad penal; por una parte, el inciso 1º desarrolla el mismo principio ya reconocido por la Cos. ital. en su art. 25, esto es, el principio de irretroactividad de la ley penal⁶³³; el inciso 2º desarrolla el principio de *abolitio criminis*⁶³⁴, al establecer que, si una ley posterior excluye la calificación de delito a un determinado comportamiento, se aplicará necesariamente ésta última ley. Finalmente, el inciso 4º *ejusdem* regula el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, norma que atendiendo

⁶²⁸ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 104. En el mismo sentido, LICCI G., *Figure*, op. cit., p. 141; MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 79-80. Tal *ratio* de tutela sería reconocida implícitamente por la Co. Cost. ital., n. 215/2008 y n. 236/2011. Vid. RAMACCI F., *Corso*, op. cit., p. 121.

⁶²⁹ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 104.

⁶³⁰ Vid. FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 79.

⁶³¹ Como axioma que debe regir la interpretación del principio, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 156.

⁶³² GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 116; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 83-84.

⁶³³ NUVOLONE P., *Le leggi penali*, op. cit., p. 19.

⁶³⁴ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 116.

la *ratio* de garantía que tiene el axioma de irretroactividad, es perfectamente compatible con la Cos. ital.⁶³⁵.

En relación con el reconocimiento del principio de irretroactividad de la ley penal en el ordenamiento jurídico colombiano, éste se encuentra consagrado de manera directa en el art. 29, inciso 2º Cos. col., al establecer que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las “*leyes preexistentes al acto que se le imputa*”; al reconocer que la ley sólo entra a regir a partir de su promulgación - pues en ese momento puede hablarse formalmente de *preexistencia*-, la constitución excluye *ab initio* cualquier posibilidad de que ésta pueda generar efectos antes de tal momento, con lo cual el reconocimiento de la prohibición de retroactividad es clara.

De manera indirecta, el texto constitucional colombiano también reconoce este principio, junto con el axioma de retroactividad de la ley penal más favorable, utilizando la misma fórmula literal establecida históricamente por la Constitución política de 1886. De esta manera, el art. 29, inciso 3º Cos. col. establece que “*la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*”; por supuesto, mientras que, frente a la posibilidad de aplicar retroactivamente la ley penal más favorable, el reconocimiento que hace el legislador es directo, la prohibición de retroactividad debe deducirse *por vía de excepción*⁶³⁶.

De igual manera, el c.p.c., en su art. 6, inciso 1º y 2º reconoce tanto la prohibición de retroactividad de la ley penal (de manera directa, en el inciso 1º; indirectamente, en el inciso 2º) como su excepción, es decir, la retroactividad de la ley penal más favorable (inciso 2º)⁶³⁷, utilizando la misma expresión contenida en el art. 29, incisos 2º y 3º Cos. col.

3.4. Núcleo básico del principio de irretroactividad de la ley penal:

Ahora bien, este principio tiene dos núcleos esenciales. El primero, connatural a todo el ordenamiento jurídico; el segundo, como corolario específico que se deriva del principio de legalidad penal⁶³⁸, que surge de la relación entre el hecho cometido y la prohibición contenida en la ley penal⁶³⁹. Deben analizarse, pues, ambos núcleos.

Frente el primer de ellos, es decir, el principio de irretroactividad de la ley como regla general de todo el ordenamiento jurídico, puede reconocerse -siguiendo a GALLO- que constituye la *prima e fondamentale condizione di una normativa certa* ante la imposibilidad que tiene el legislador de incriminar un hecho del pasado ya acaecido, o agravar la responsabilidad por un hecho ya sucedido⁶⁴⁰. De esta manera, el principio responde a una exigencia de certeza coesencial a cualquier sistema jurídico⁶⁴¹; se trata, sin lugar a dudas, de una expresión básica de seguridad jurídica pues -

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 118; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 85. Se habla, también, de una *ratio* de garantía frente al mayor espacio de libertad posible. Vid. FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 104.

⁶³⁶ En este sentido, véase, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 159-160.

⁶³⁷ CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal*, op. cit., p. 193; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 145.

⁶³⁸ MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 140.

⁶³⁹ CARRARA explica esta particular relación así: “*il delitto è un ente giuridico costitutivo dal rapporto di contraddizione tra un fatto e la legge; non può esistere contraddizione tra ciò che si fa e una legge che ancora non è*”. Cfr. CARRARA F., *Programma*, III ed., 1867, op. cit., p. 465.

⁶⁴⁰ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 115-116.

⁶⁴¹ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 776; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 284.

como exigencia mínima de garantía y precisión- la regla jurídica debe siempre regular comportamientos futuros⁶⁴².

Desde una perspectiva filosófica, la irretroactividad de la ley (respecto a la prohibición de determinados comportamientos) tiene un valor absoluto, por lo que es vinculante de manera incondicional tanto para el legislador como para el juez⁶⁴³; en este punto, la incidencia del significado filosófico del principio de legalidad penal es directa, pues desconocer la irretroactividad de una prohibición penal conllevaría la anulación completa del carácter normativo del derecho penal⁶⁴⁴, y con ella la condición lógica de la legalidad penal como condición indispensable para la prohibición y sanción de un comportamiento. Es indudable que, cuando se castiga a través de una ley penal retroactiva, se está castigando en realidad en virtud de otra fuente jurídicas sustancial, como la moral o la equidad, fuente que no tiene consagración positiva a través de una ley penal incriminadora⁶⁴⁵.

Dentro de este primer núcleo, el principio de irretroactividad es una expresión de justicia racional, pues el hecho de incriminar un delito retroactivamente, una vez cometida la acción, conlleva un peligro para el ciudadano; el juicio, en tal sentido, no sería motivado por justicia sino por el deseo de garantizar una venganza tardía⁶⁴⁶. Con ello queda claro que los comportamientos pasados pueden censurarse o reprocharse, pero no castigarse⁶⁴⁷.

Además del significado filosófico del principio de legalidad penal, existe una crítica directa a la aplicación retroactiva del derecho. A través de la comparación del *common law* como un derecho “para perros” (“*for his dog*”), BENTHAM establece la idea de que, de manera previa al comportamiento cometido, el ciudadano no sabe -y no puede saberlo- si el comportamiento está o no prohibido. Por ello, la esencia del *common law* es que toda norma jurídica emitida es, necesariamente, retroactiva pues antes de la decisión del juez no se conoce con certeza si el comportamiento cometido es lícito o no, pues es a partir de la decisión del juez que surge la fuente jurídica que así lo declara⁶⁴⁸:

“It is the judges (as we have seen) that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it. This is the way you make laws for your dog: and this is the way the judges make law for you and me. They won't tell a man beforehand what it is he should not do—they won't so much as allow of his being told: they lie by till he has done something which they say he should not have done, and then they hang him for it. What way, then, has any man of coming at this dog-law? Only by watching their proceedings: by observing in what cases they have hanged a man, in what cases they have sent him to jail, in what cases they have seized his goods, and so forth. These proceedings

⁶⁴² MANZINI V., *Trattato*, op. cit., p. 181-182. Para este autor italiano, el principio de irretroactividad penal hace parte de los *principi della preconstituzione, della certezza e della precisione*.

⁶⁴³ Frente al legislador, se trata de una prohibición de crear un derecho retroactivo; para el juez, una prohibición de aplicar una ley que no existía al momento de los hechos. De la misma manera, frente al principio *especial* reconocido para el derecho penal, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 159.

⁶⁴⁴ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 195.

⁶⁴⁵ Vid. DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 111.

⁶⁴⁶ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 197; MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 140.

⁶⁴⁷ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 196.

⁶⁴⁸ En el mismo sentido, CALAMANDREI P., *Non c'è libertà*, op. cit., p. 14.

*they won't publish themselves, and if anybody else publishes them, it is what they call a contempt of court, and a man 'fay be sent to jail for it.'*⁶⁴⁹

Mutatis mutandi, en relación con el *civil law*, la aplicación retroactiva de cualquier ley conllevaría a la misma injusticia señalada por BENTHAM frente al *common law*. La retroactividad de la ley supone considerar al ciudadano como un vidente del derecho futuro⁶⁵⁰, cuando muchas veces ni siquiera es consciente del derecho presente.

Frente al segundo núcleo del principio de irretroactividad de la ley, es decir, el axioma *especial* establecido para el derecho penal, debe decirse que la doctrina italiana ha afirmado que se trata de un límite constitucional sólo en materia penal⁶⁵¹. Por ello, al limitarse el reconocimiento constitucional del axioma de irretroactividad únicamente para el derecho penal, en las demás ramas del ordenamiento se aplicaría el art. 11 *Preleggi*, que establece como límite sólo al interprete, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, donde el límite se impone tanto éste como al legislador (art. 2 c.p.i.)⁶⁵².

Sin embargo, a diferencia de esta conclusión frente al ordenamiento jurídico italiano, en Colombia el principio de irretroactividad es un límite constitucional predicable, en principio, a todas las ramas del derecho; la fórmula contenida en el art. 29, inciso 2º es amplia al afirmar que “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes*”, con lo cual es posible incluir en el concepto de *juzgamiento* cualquier proceso o actividad jurisdiccional del Estado⁶⁵³. Así pues, el principio de irretroactividad es un axioma reconocido por la constitución colombiana no sólo frente al derecho penal, sino frente a las restantes ramas de derecho.

Otra diferencia que se encuentra entre el núcleo básico del principio y el núcleo *específico* al interior del derecho penal, es que cualquier excepción a la irretroactividad de la ley penal debe estar prevista expresamente en el ordenamiento jurídico⁶⁵⁴. De esa manera, puede reconocerse que, frente al núcleo específico del axioma de irretroactividad en materia penal, el ordenamiento jurídico italiano y colombiano establecen una excepción: la retroactividad o ultractividad de la ley penal más favorable. Por ello, este núcleo específico se encuentra estructurado en tres niveles diferentes.

En el *primer nivel* se establece el *principio general* de que ningún destinatario de la ley penal puede ser castigado por un hecho que no constituía delito al momento de los hechos, claro reconocimiento

⁶⁴⁹ BENTHAM J., *The works of Jeremy Bentham*, a cura di J. Bowring, Edinburgh, Simpkin, Marshall & Co., Vol. V, 1843, p. 235. Cfr. CADOPPI A., *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXVI, T. I (Principio di legalità e diritto penale), Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2007, p. 1166. Sin embargo, el carácter retroactivo *ex post facto* del derecho del *common law* depende de la teoría de la cual se parta (la jurisprudencia como simplemente declarativa o la jurisprudencia como acto creativo de derecho). Vid. MOCCIA S., *Diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 899.

⁶⁵⁰ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 196-197.

⁶⁵¹ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 104; GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 111; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 79; PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 49.

⁶⁵² GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 112; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 80; NUVOLONE P., *Le leggi penali*, op. cit., p. 19.

⁶⁵³ En este sentido, véase, Co. Cos. col., C-377/04, 27 de abril de 2004; C-763/02, 17 de septiembre de 2002; C-619/01, 14 de junio de 2001.

⁶⁵⁴ Cfr. Co. Cos. col., C-377/04, 27 de abril de 2004.

del principio de irretroactividad⁶⁵⁵. De esta manera, una ley penal que incrimina *ex novo* un hecho que, de manera previa, no era prohibido como delito por la ley penal anterior, no puede generar responsabilidad penal frente a comportamientos sucedidos antes de su entrada en vigencia. Sin lugar a dudas se trata de una elemental exigencia de justicia⁶⁵⁶, que en el derecho penal tiene plena eficacia, como consecuencia directa del art. 25 Cos. ital y art. 2 c.p.i., en Italia⁶⁵⁷; y el art. 29 Cos. ital. y art. 6 c.p.c.⁶⁵⁸, en Colombia.

El castigo de una ley penal con efectos retroactivos -en materia penal- conlleva al desconocimiento directo del principio de reserva de la ley, puesto que en tal caso la condena o responsabilidad penal se fundamenta en un principio moral o político, y no en una prohibición establecida por una ley positiva⁶⁵⁹: “è dunque, in senso sostanziale, come punire senza una legge”⁶⁶⁰.

Una violación de este *primer nivel* del principio de irretroactividad se encuentra en el Decreto Legislativo D.L.L. del 27 de julio de 1944, pues en sus art. 2º, 3º y 5º se establecieron *fattispecie* utilizando verbos como “*avere annullato*”, “*avere creato*”, “*hanno organizzato*”, “*hanno compiuto*”, “*hanno promosso*”, “*ha commesso*”, “*abbia commesso*”, etc., con lo cual vulnera la prohibición constitucional contenida en el art. 25, 2º co. Cos. ital.⁶⁶¹; es clara, en tal caso, la prohibición de comportamientos sucedidos antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo mencionado, razón por la cual la vulneración al principio de reserva de ley y al principio de irretroactividad es evidente.

A través de este *primer nivel* se concreta el objetivo de la ley penal de permitir al ciudadano regular su comportamiento según el margen de licitud permitido en un momento histórico específico. De esta manera, la pena se vincula con la ley penal en la medida en que ésta última define de manera específica los hechos considerados como delito, para que de tal manera la pena pueda cumplir (frente al conocimiento del ciudadano) una función de prevención especial⁶⁶². Por ello, además de una exigencia de elemental justicia, el principio de irretroactividad se encuentra vinculado al principio de culpabilidad, pues una de las muchas razones para no aplicar una ley penal previa es permitir el conocimiento de la prohibición a los destinatarios de la ley⁶⁶³.

⁶⁵⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 85; PISAPIA G. D., *Istituzioni*, op. cit., p. 18-19.

⁶⁵⁶ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 105.

⁶⁵⁷ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 197; MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 140; PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 50-51.

⁶⁵⁸ De manera histórica, este primer nivel del principio de irretroactividad ha sido reconocido por la doctrina nacional, LOZANO Y LOZANO C., *Elementos*, op. cit., p. 384; GÓMEZ PRADA A., *Derecho penal*, op. cit., p. 88-90; BARRIENTOS RESTREPO S., *Elementos*, op. cit., p. 225; ARENAS A. V., *Compendio*, op. cit., p. 10; GAITÁN MAHECHA B., *Curso*, op. cit., p. 58-62; REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 60-61; ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 48; ROZO ROZO J., *Comentarios*, op. cit., p. 160.

⁶⁵⁹ “*punire sulla base di una legge retroattiva, è come punire in virtù di un principio morale o politico che non era tradotto in legge positiva all’epoca del fatto*” VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 496; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 284.

⁶⁶⁰ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 496.

⁶⁶¹ NUVOLONE P., *Le leggi penali*, op. cit., p. 25-30. Aunque son justificadas -por necesidades de justicia- por VASALLI, voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit.

⁶⁶² Vid. BETTIOL G., *El problema*, op. cit., p. 65.

⁶⁶³ BARATTA A., *Principios de derecho penal mínimo*, in BARATTA A., *Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam*, Montevideo, Editorial B de F, 2004, p. 306; HALL J., *Nulla Poena Sine Lege*, in *Yale LJ*, Vol. XLVII, Issue 2, 1937, p. 172; ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 131.

En el *segundo nivel* del núcleo específico del principio de irretroactividad se establece, como *principio excepcional*⁶⁶⁴, que ninguna modificación legal posterior a los hechos puede perjudicar o agravar la responsabilidad penal del acusado. En este caso, el contenido de la ley posterior cambia frente a la regulación existente, situación en la que puede presentarse dos escenarios: sí las modificaciones de la ley posterior son desfavorables para el acusado, se aplica el principio *general* de irretroactividad; pero, si las modificaciones son favorables a éste, se debe aplicar el principio *excepcional* de retroactividad de dicha ley penal, por ser precisamente más favorable⁶⁶⁵.

En este caso, la nueva ley no incrimina un nuevo delito, sino que modifica una norma prohibitiva preexistente de manera favorable o desfavorable al ciudadano. Sin lugar a dudas, ambos escenarios pueden deducirse del art. 2, inciso 4º c.p.i., a través de una argumentación *a contrario*: si entre dos leyes penales diferentes en el tiempo debe escogerse la más favorable, ello significa que la menos favorable no se debe aplicar⁶⁶⁶. Lo mismo puede decirse del reconocimiento que realiza el ordenamiento jurídico colombiano frente al art. 29, inciso 3º Cos. col. y el art. 6, inciso 2º c.p.c.⁶⁶⁷.

Es claro que este nivel solamente tiene sentido (en cuanto excepción que es del principio general de irretroactividad) a través de la *ratio* de garantía específica reconocida a este axioma; se trata, sin lugar a dudas, de una exigencia elemental de igualdad sustancial frente a las nuevas disposiciones normativas claramente más beneficiosas⁶⁶⁸, en cuanto que el ciudadano tiene el derecho de no perjudicarse por una ley penal posterior que agrave su responsabilidad⁶⁶⁹.

Finalmente, el principio de irretroactividad adquiere un *tercer nivel*, en lo que respecta a su núcleo específico en materia penal. Así, se concreta un principio *excepcional* que establece que la derogatoria de un delito puede tener efectos no sólo hacia el futuro, sino también frente a situaciones previas a la entrada en vigencia de la ley, razón por la cual se puede aplicar retroactivamente una ley penal que abole la existencia de un comportamiento prohibido⁶⁷⁰.

El reconocimiento directo de este principio *excepcional* es claro en el ordenamiento jurídico italiano; en el art. 2, inciso 2º se establece que “*nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali*”. Sin embargo, la misma situación no se presenta en Colombia, pues ni la constitución ni el código penal reconocen de manera explícita la hipótesis de *abolitio criminis*; a pesar de ello, este principio puede deducirse del art. 29, inciso 3º Cos. col. y el art. 6, inciso 2º c.p.c., cuando afirman que “*en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable*”. A través de dicha disposición se deduce, implícitamente, que la ley penal posterior que deroga la existencia de un delito es *más*

⁶⁶⁴ Se habla de *principio excepcional* pues indudablemente limita o excluye al principio de irretroactividad como el principio general (núcleo, por lo demás, común) al entero ordenamiento jurídico.

⁶⁶⁵ En este sentido, MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 86, 88; PISAPIA G. D., *Istituzioni*, op. cit., p. 18-19.

⁶⁶⁶ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 198; MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 140.

⁶⁶⁷ Cfr. LOZANO Y LOZANO C., *Elementos*, op. cit., p. 385; GÓMEZ PRADA A., *Derecho penal*, op. cit., p. 92; ARENAS A. V., *Comentarios*, op. cit., p. 31; REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 64; ROZO ROZO J., *Comentarios*, op. cit., p. 162-164.

⁶⁶⁸ PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 51.

⁶⁶⁹ CARRARA F., *Programma*, III ed., 1867, op. cit., p. 465.

⁶⁷⁰ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 86.

favorable que aquella otra ley anterior que lo castiga, razón por la cual puede aplicarse retroactivamente la primera⁶⁷¹.

Sin lugar a dudas, el reconocimiento del principio de *abolitio criminis* genera una discusión en cuanto a las razones que justifican su reconocimiento legal, pues parece innegable -en principio- que la ley debe regir todos los actos que suceden durante su vigencia, y que la abolición de un delito no debería afectar los comportamientos sucedidos antes de ella. Al respecto, se han ensayado diferentes razones; una primera razón de *humanidad* reconoce que esta retroactividad no tiene justificación jurídica, fundamentando este principio por razones de *favor rei*⁶⁷². De esa manera, el Estado demostraría un interés genuino en no perseguir determinado comportamiento, aun cuando estuviese prohibido por una ley anterior, interés que debe retrotraerse a los hechos cometidos previamente⁶⁷³.

Además de esta primera razón, se ha utilizado también una razón de *razonabilidad*, argumentando que la retroactividad de una ley que deroga la existencia de un delito es la solución más razonable:

*“Così come ripugna al senso comune ritenere taluno responsabile di un fatto che, al momento della commissione, non costituiva reato, altrettanto difficile sarebbe accettare che si punisca o si continui a punire per un fatto che non costituisce più illecito penale o, se tale rimane, è oggetto di una disciplina più favorevole della precedente”*⁶⁷⁴.

Finalmente, además de razones de humanidad y razonabilidad, la aplicación de este principio respondería a un principio de estricta justicia⁶⁷⁵, pues la modificación de una pena (en este caso, derogándola) implica un juicio de valor respecto de la pena anterior, siendo considerada por el legislador como injusta, atendiendo la nueva disposición; en esa medida, si se condenara por la pena anterior, ello sería legal pero no justo (*“Sarebbe secundum jus scriptum, ma non secundum justitiam”*)⁶⁷⁶.

Sin lugar a dudas, la razón principal para justificar este principio debe ser de naturaleza jurídica, y se concreta en la *ratio* de garantía *específica* que tiene el principio de irretroactividad tanto en Italia como en Colombia. Es indiscutible que resulta más favorable en términos de garantía para la libertad de los ciudadanos, no castigar un delito que ha sido abolido, que castigarlo. Por supuesto, las demás razones (*de humanidad, razonabilidad y de estricta justicia*) pueden sumarse a la *ratio* de garantía *específica* para dotar de pleno sentido este *tercer nivel* del núcleo *específico* del axioma de irretroactividad.

⁶⁷¹ Reconociendo la figura de la *abolitio criminis*, LOZANO Y LOZANO C., *Elementos*, op. cit., p. 385; GÓMEZ PRADA A., *Derecho penal*, op. cit., p. 92; ARENAS A. V., *Comentarios*, op. cit., p. 31; REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 64; ROZO ROZO J., *Comentarios*, op. cit., p. 162-164.

⁶⁷² MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 198; MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 141.

⁶⁷³ MAGGIORE G., *Principi*, op. cit., p. 141.

⁶⁷⁴ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 118.

⁶⁷⁵ CARRARA F., *Programma*, III ed., 1867, op. cit., p. 465. Entendiéndola como una solución razonable, FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 105.

⁶⁷⁶ CARRARA F., *Programma*, III ed., 1867, op. cit., p. 466.

4. El principio de prohibición de analogía como una consecuencia natural. *Nullum crimen sine lege stricta*:

4.1. Introducción:

Ya se han examinado las dos primeras consecuencias del principio de legalidad penal, esto es, el principio de reserva de ley y el principio de irretroactividad. Ahora, corresponde el estudio de la tercera consecuencia: el principio de prohibición de analogía. Para PALAZZO, la legalidad penal genera una particular fidelidad por parte del juez a la ley penal⁶⁷⁷, fidelidad que se representa en esta prohibición.

Pero, ¿cómo se materializa esa fidelidad del juez con la ley penal? Es indiscutible que, al hablar de analogía, es necesario hablar de también interpretación; la discusión inacabada de sí la analogía y la interpretación extensiva son un mismo concepto o son elementos diferentes es una muestra clara de tal conexión, como se verá luego. La integración analógica de la ley penal se construye a través de la interpretación, utilizando la relación de similitud entre la ley positiva existente y la *ratio* que permite aplicarla al caso no regulado. Así pues, al prohibir la analogía se estaría también prohibiendo una *específica* forma de interpretación, aun cuando los conceptos no sean iguales⁶⁷⁸.

Es claro que, al hablar de certeza en el derecho, la discusión se mueve entre dos extremos: una posición en la que se concreta una incerteza jurídica frente a la absoluta libertad del juez en la interpretación del derecho (*interpretación sin límites*), junto con otra posición que niega cualquier libertad de interpretar (*no interpretación*)⁶⁷⁹. La interpretación se mueve entre dos extremos; un primer extremo de completa libertad de interpretación por parte del juez, y otro segundo extremo donde se prohíbe la interpretación misma. ¿En dónde se ubica la prohibición de la analogía?

Es claro que en el primer extremo el juez crea derecho, y lo crea precisamente a través de la absoluta libertad que se le asigna. Resulta razonable que en un extremo así la aplicación del principio de legalidad penal (y, con él, el principio de reserva de ley y el principio de prohibición de analogía) sea imposible. En esta clase de ordenamientos jurídicos la analogía no sólo es *esperable* sino, incluso, deseada⁶⁸⁰.

Así pues, es lógico que -con el propósito de garantizar el cumplimiento de la prohibición de analogía- se proponga el otro extremo; es decir, la imposibilidad del juez de interpretar. La idea resulta tentadora: si el juez no puede interpretar, mucho menos puede crear por analogía la ley penal. Éste es el extremo que, de manera tradicional, se le ha asignado a todo el movimiento del

⁶⁷⁷ PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini; C. E. Paliero, Milano, Giuffrè Editore, 2006, Vol. I, p. 518.

⁶⁷⁸ Puede decirse, como se verá a continuación, que la *interpretación* es el medio para identificar la *ratio* con la cual, mediante una relación de similitud, se crea la norma jurídica para aplicarla al caso no regulado en principio. La interpretación es el medio, mientras que la analogía es el resultado *creativo* de tal interpretación.

⁶⁷⁹ CATTANEO M.A., *Certeza del diritto soltanto sulla carta e pericolo totalitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XLV, N° 4, Milano, Giuffrè Editore, 2015, p. 1354.

⁶⁸⁰ Sin embargo, debe aclararse que la analogía es un concepto diferente a la libre creación del derecho por parte del juez, puesto que (aun otorgándole a éste último gran poder de creación) en la analogía él no tiene completa libertad para crear derecho; se encuentra sometido a ciertas reglas o límites que establece la propia analogía. Cfr. VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 496; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 290.

iluminismo penal a través del planteamiento de proscribir cualquier interpretación de la ley penal. Se aduce a BECCARIA, quien negaba la potestad del juez de interpretar la ley penal, facultad exclusiva del legislador⁶⁸¹. En términos similares, se señala a MONTESQUIEU, autor que consideraba al juez como la mera boca de la ley; por ello, no podía crear derecho⁶⁸².

Para YACOBUCCI, la concepción del principio de legalidad penal (bajo un estricto enfoque formal) genera, como consecuencia, que la actividad judicial se limita a un simple mecanismo de aplicación normativa, impidiendo con ello la valoración material y constitucional de las normas penales⁶⁸³. Es claro que esta posición extrema (prohibición total por parte del juez de interpretar la ley) ha sido superada⁶⁸⁴. Además, es evidente que tal perspectiva es irracional si se entiende que para aplicar la ley siempre será necesario interpretarla primero⁶⁸⁵. Entonces, ¿por qué BECCARIA, HOBBS, MONTESQUIEU, entre muchos otros autores, incurrieron en este “error”?

Una primera posición parte por comprender el problema desde una perspectiva histórica, específicamente, atendiendo el contexto en el que se presentó el iluminismo y, sobre todo, el contexto filosófico de la época. BECCARIA, por ejemplo, limitó la potestad de interpretación del juez pues era la única posición lógica que podía acoger⁶⁸⁶, de acuerdo con su propio planteamiento jurídicopenal.

Entre la balanza que planteaba el positivismo jurídico que surgía en ese momento frente a un reduccionismo sociológico, la elección lógica y coherente con el propio sistema de garantías que establecía BECCARIA en “*Dei delitti e delle pene*” era inclinarse por el positivismo jurídico⁶⁸⁷; entre una elección “jurídica racional” o una “sociológica arbitraria” debía, con necesidad, escoger la primera⁶⁸⁸. Él, implícitamente, reconoce tal baraja de posibilidades al afirmar que “*Un disordine, che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale, non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione*”⁶⁸⁹. No hay que olvidar que el iluminismo fue una reacción contra la interpretación como instrumento de arbitrariedad, todo ello fundamentado en el *favor rei publicae* y de la necesidad de la sociedad de castigar determinados comportamientos⁶⁹⁰, por lo que resultaría coherente la limitación absoluta de la interpretación del juez.

Hay que recordar, además, que atendiendo la realidad jurídica que impuso el *ancien régime* durante el siglo XVIII, todos los planteamientos establecidos por BECCARIA eran utópicos, pues el concepto

⁶⁸¹ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Della Raccolta di Cazin, nella strada dei Muratori, Parigi, 1786, p. 14-15. Cfr. PULITANÒ D., *Crisi*, op. cit., p. 32.

⁶⁸² YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit., p. 241.

⁶⁸³ *Ibidem*, p. 246.

⁶⁸⁴ CADOPPI A., *Perché il cittadino possa “...esattamente calcolare gl’inconvenienti di un misfatto”*. *Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema de legalità*, in *L’indice penale*, N° 3, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2015, p. 582-583.

⁶⁸⁵ En este sentido, PESSINA E., *Elementos*, op. cit., p. 207.

⁶⁸⁶ Cfr. ZAFFARONI E., *Tratado*, T. II, op. cit., p. 92. Contra, ZAGREBELSKY V., *Cesare Beccaria e la natura della legge*, in *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione. La lezione di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè Editore, 2015, p. 53.

⁶⁸⁷ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. II, op. cit., p. 92.

⁶⁸⁸ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. II, op. cit., p. 92.

⁶⁸⁹ BECCARIA C., *Dei delitti*, op. cit., p. 15.

⁶⁹⁰ BOBBIO N., *L’analogia nella logica del diritto*, a cura di P. Di Lucia, Milano, Giuffrè Editore, 2006, p. 216-217; CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 580-581.

de legalidad ni siquiera existía ni como realidad ni como aspiración en ese momento histórico⁶⁹¹. La historia le daría la razón a BECCARIA frente a todos sus planteamientos utópicos desarrollados, excepto frente a la exclusión de la interpretación judicial, donde primó la realidad sobre la ficción.

Existe, sin embargo, una segunda posición, en la que el asunto no pasa de ser un equívoco conceptual. BECCARIA jamás prohibió la *real* interpretación de la ley por parte del juez, pues él partió de un concepto diferente respecto de qué es interpretar. Acudiendo a VERRI y a la revista *Il Caffé*, queda claro que el concepto *interpretare* era usado, en realidad, como sinónimo de analogía⁶⁹²; de esta manera, BECCARIA entendía la interpretación como una actividad creadora del derecho penal⁶⁹³, por lo cual propugnaba su prohibición. Más allá de una utopía irrealizable, o una idea ingenua o absurda (como se ha llegado a calificar esta posición), BECCARIA en realidad prohibió lo que aún hoy día se encuentra prohibido en materia penal: la analogía como potestad creadora del juez.

Superado esta imprecisión, es claro que la ley penal -al ser un enunciado lingüístico- debe interpretarse⁶⁹⁴; de otra manera, sería imposible su aplicación en la realidad social. Desde esa perspectiva, tanto un rechazo absoluto a la interpretación como la posibilidad de que el juez cree el derecho penal objetivo son extremos que no son ni reconocidos ni aceptados por la Constitución política de Italia y Colombia. Debe interpretarse la ley penal, pero, ¿qué límite debe establecerse atendiendo el principio de prohibición de analogía?

La solución se encuentra, sin lugar a dudas, en una posición intermedia entre los dos extremos ya señalados (entre la posición de la creación libre de derecho y la prohibición de interpretación). Debe precisarse, en primer lugar, el concepto de analogía para luego determinar las diferencias entre ésta y la interpretación extensiva.

4.2. Concepto de analogía:

El primer asunto que debe precisarse, sin lugar a dudas, es el concepto de analogía, pues a efectos de entender cuáles son los límites que impone el principio de legalidad penal frente a la interpretación judicial de las leyes penales, debe concretarse qué es lo prohibido cuando se habla de analogía. La delimitación conceptual de este concepto debe efectuarse junto a un mismo proceso de delimitación frente a la interpretación extensiva, pues las relaciones entre ambas nociones (y las diferencias o similitudes entre éstas) permitirán establecer cuál es el límite *real* impuesto por el principio de legalidad penal al juez y a su actividad de interpretación.

⁶⁹¹ CADOPPI A., *Perché*, op. cit., p. 580-581. CADOPPI califica esta posición de BECCARIA como la “*utopía piú irrealizzabile*” (p. 581). En el mismo sentido, FERRAJOLI L., *La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria*, in AA. VV., *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, a cura di F. VELÁSQUEZ; R. VARGAS; J. D. JARAMILLO, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p. 23.

⁶⁹² Dice TRAPANI: “*Consecuentemente, según Pietro Verri, un espacio lógico para la intervención de la ‘interpretación’ podría abrirse o cuando no hay alguna ley que discipline específicamente el caso concreto, considerado sin embargo merecedor de pena; o cuando el hecho es aparentemente reconducible bajo más leyes, donde la incerteza dependería de la no ‘claridad’ del legislador. Es evidente como Verri y Beccaria ven en la interpretación ante todo eso que hoy llamaríamos, modernamente, ‘analogía’*”. Cfr. TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 100.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 101.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 107.

La doctrina ha definido la analogía de dos maneras diferentes, ya sea como un medio de *creación de derecho*, o un medio de *interpretación del derecho*. Como *creación de derecho*, la analogía se ha concebido como el remedio necesario contra la inevitable imprevisión del legislador⁶⁹⁵, en cuanto que permite la aplicación de un principio jurídico -que es reconocido por la ley- a un hecho no regulado por ella; se trata, indudablemente, de un acto de creación de derecho ante la existencia de una laguna, y no de un modo de interpretar la ley⁶⁹⁶, pues ésta resulta en ese caso inexistente. Por ello, se habla de que la analogía permite la extensión del derecho a casos no previstos⁶⁹⁷.

Por el contrario, la analogía también se ha llegado a calificar como el modo ordinario de interpretar la ley. Representa, sin lugar a dudas, un movimiento dialéctico entre identidad y diferencia⁶⁹⁸, que tiene como punto de partida el propio derecho escrito, derivando de su desarrollo lógico la decisión del caso concreto⁶⁹⁹. Se trata de una función interpretativa atendiendo la *ratio* de la norma jurídica⁷⁰⁰, razón por la que quienes comparten esta posición afirman que prohibir la analogía en materia penal implica prohibir la interpretación por parte del juez⁷⁰¹.

A pesar de que se tratarían de conceptos diferentes (la interpretación, por una parte, y la integración -donde se encuentra la analogía-, por otra parte), ambas hacen parte de un “*proceso fundamentalmente unitario*”⁷⁰²; por ello, la interpretación es, en todo momento, un proceso creativo⁷⁰³, idea con la cual queda demostrado el estrecho vínculo que tiene esta posición frente a la teoría del “*diritto vivente*”. La interpretación realizada por el juez tiene una función práctica de adaptación de una fórmula literal a un caso específico, razón por la cual el proceso de interpretación y aquel otro de integración son procesos cualitativamente homogéneos⁷⁰⁴.

A pesar de que ambas teorías llegan a conclusiones diametralmente diferentes, comparten un punto en común; y es que ambos conceptos se estructuran en atención a la relación entre dos elementos: el primero, ausente; el segundo, existente⁷⁰⁵. El primero de estos elementos (ausente) es la efectiva ausencia de una “*disciplina legislativa*”⁷⁰⁶; en otras palabras, la existencia una laguna legal. Con ello se evidencia que la analogía (ya sea como creación o como interpretación del derecho) puede entenderse como un procedimiento lógico para llenar una laguna legal⁷⁰⁷.

La analogía se encarga de llenar las lagunas que tiene el derecho positivo, es decir, la ley⁷⁰⁸, lagunas que deben ser colmadas atendiendo la obligación del juez de juzgar y fallar los casos puestos a su conocimiento, aun faltando norma aplicable⁷⁰⁹. Si bien el ordenamiento no tiene lagunas

⁶⁹⁵ CARNELUTTI F., *L'equità*, op. cit., p. 117.

⁶⁹⁶ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 176-177; PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 114.

⁶⁹⁷ PETROCELLI B., *Principi*, op. cit., p. 127.

⁶⁹⁸ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 106.

⁶⁹⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 71.

⁷⁰⁰ BOSCARRELLI M., voce *Nullum crimen* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 5. En el mismo sentido, MANNA A., *Corso*, op. cit., p. 63.

⁷⁰¹ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 106-107.

⁷⁰² Vid. CAIANI L., voce *Analogia*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. II, 1958, p. 353.

⁷⁰³ *Ibidem*, p. 353.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, p. 359.

⁷⁰⁵ PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 114.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 114-115.

⁷⁰⁷ GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 69; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 121.

⁷⁰⁸ CARNELUTTI F., *L'equità*, op. cit., p. 105; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 478.

⁷⁰⁹ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 176.

sustanciales, sí contiene lagunas de tipo formal que pueden surgir por ausencia de una reglamentación positiva específica en casos donde se evidencia la necesidad de regulación⁷¹⁰. Por todo lo anterior, la analogía es un mecanismo ideal para llenar lagunas jurídicas en aquellos ordenamientos jurídicos que se caracterizan por ser racionales y que se estructuran a través de una concepción unitaria de las fuentes jurídicas⁷¹¹. Con ello, evita la clausura de un ordenamiento jurídico escrito a través de la aplicación de derecho no escrito; es, como dice MAGGIORE, cerrar una casa con una puerta abierta⁷¹².

Atendiendo este primer elemento *ausente*, puede concluirse que la base de la analogía no puede ser otra que el propio ordenamiento jurídico. En esa medida, constituye -ya sea como medio de *interpretación* o como medio de *creación* - un mecanismo legítimo para resolver casos específicos no regulados por una ley positiva, aplicando a tal efecto otro caso sí regulado por ésta. Sin embargo, subsiste la duda sobre cómo dicha laguna debe ser colmada, inquietud que es atendida por el segundo elemento *existente* en la analogía: la relación de similitud.

BOBBIO asegura que la analogía es una fórmula simple que resume un proceso lógico completo de interpretación; es decir, la analogía representa la abreviación de un razonamiento⁷¹³:

$$\begin{array}{ccccccc}
 & & \text{Proceso lógico completo} & & & & \\
 \text{Q es P} & & \text{S es M} & \text{Q es M} & & \text{S es P} & \\
 & & \text{Abreviación} & & & & \\
 \text{Q es P; S es similar a Q; S es P}^{714} & & & & & &
 \end{array}$$

La analogía termina siendo un simple proceso de razonamiento que se caracteriza por la relación de dos conceptos similares a través de una relación de similitud o igualdad (*rapporto di simiglianza*)⁷¹⁵. Sin lugar a dudas, la analogía reconoce una relación de armonía, igualdad, parangón entre dos conceptos⁷¹⁶, siendo éste el segundo elemento *existente* al interior de la analogía.

La analogía no puede colmar la laguna existente en el ordenamiento jurídico de manera arbitraria; por el contrario, al pretender ser un elemento de certeza del derecho⁷¹⁷ debe utilizar la misma racionalidad del ordenamiento jurídico para llenar los vacíos en el derecho positivo. Por ello, la analogía intenta llenar el vacío positivo de manera segura utilizando medios adecuados. La doctrina ha intentado identificar dicha relación de similitud de diferentes maneras, lo que evidencia la incerteza existente en este punto de la discusión. Se habla, por ejemplo, de que la analogía debe funcionar en atención a la semejanza fáctica entre el hecho regulado por la ley positiva frente a otro hecho que no lo está⁷¹⁸. También se ha buscado precisar la relación de similitud entre situaciones

⁷¹⁰ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 97; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 69-70.

⁷¹¹ BOBBIO N., *L'analogia*, op. cit., p. 185.

⁷¹² MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 176.

⁷¹³ BOBBIO N., *L'analogia*, op. cit., p. 125.

⁷¹⁴ El mismo ejemplo, *Ibidem*, p. 117.

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 115; 116-117. Con conceptos similares, GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 96; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 69; MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 177; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 109.

⁷¹⁶ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 177.

⁷¹⁷ BOBBIO N., *L'analogia*, op. cit., p. 130.

⁷¹⁸ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 176-177; PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 114; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 121.

jurídicas similares a través de un *ritrovamento del diritto*⁷¹⁹. Se habla del espíritu de la ley⁷²⁰, de los fundamentos del orden jurídico (es decir, los principios)⁷²¹, de una ley general de validez (*ratio legis*)⁷²², e incluso de la valoración de los motivos que explican determinada normatividad⁷²³ para encontrar en alguno de éstos el concepto que dote de contenido la relación de similitud que, finalmente, colmará la laguna legal. Se trata de una discusión ardua, problemática y que -gracias a la imposibilidad de llegar a un consenso mínimo-, infructuosa.

Basta con decir que cualquiera que sea el concepto escogido que permita vincular ambos extremos (la ley positiva existente y la laguna legal), es evidente que la relación de similitud tendrá siempre un valor natural o racional, más que normativo⁷²⁴, pues precisamente la analogía busca dar una respuesta jurídica utilizando la racionalidad propia del sistema jurídico, pero sin encontrar expresamente la respuesta en él.

En conclusión, la analogía consiste en un procedimiento dialéctico entre semejanza y diferencia, como decisión más justa o más “igual” frente al caso no regulado⁷²⁵. Con ello, es claro que para la aplicación de la analogía se requiere, cuanto menos, los dos elementos ya individualizados: la ausencia de norma positiva que regule un caso específico (laguna legal); y la necesaria igualdad entre el caso concreto no resuelto y otro que sí es regulado por el derecho escrito (relación de similitud)⁷²⁶. Ambos elementos se vinculan con otro adicional, *nexo* entre ambas nociones: una necesaria autorización legal, puesto que la utilización de la analogía se da sobre la base de una norma positiva (constitución o ley ordinaria) que obligue o faculte al juez a utilizarla, con lo cual tal actividad se encuentra necesariamente dentro de los límites legales y constitucionales⁷²⁷.

La analogía, como concepto, depende de una laguna legal que deba ser llenada, una relación de similitud que permita llenarla *razonablemente* con el propio ordenamiento jurídico, y una autorización legal o constitucional para llenar tal laguna.

4.3. Analogía e interpretación extensiva:

Sin embargo, la discusión frente al concepto de analogía no termina aún. Es necesario, en primera medida, reconocer que existen dificultades teóricas, pero principalmente prácticas, frente al asunto de distinguir la interpretación extensiva y la analogía⁷²⁸. Se trata, sin lugar a dudas, de un asunto altamente debatible; aunque, es claro que la elección respecto de algunas de las siguientes

⁷¹⁹ LICCI G., *Figure*, op. cit., p. 125-126.

⁷²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 121. En el mismo sentido, FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 123.

⁷²¹ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 121; VASSALLI G., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, UTET, Vol. I, IV ed., 1987, p. 159-160; VASSALLI G., voce *Analogia del diritto penale*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. I, 1968, p. 608.

⁷²² BOBBIO N., *L'analogia*, op. cit., p. 125; GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 97; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 69; SCOGNAMIGLIO M., *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Salerno, Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Diritto Pubblico Generale e Teoria delle Istituzioni, Sezione di Teoria Generale del Diritto, Quaderni N° 1, 2009, p. 20.

⁷²³ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 97; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 69.

⁷²⁴ VASSALLI G., voce *Analogia (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 608.

⁷²⁵ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 109.

⁷²⁶ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 177.

⁷²⁷ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 95; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 68.

⁷²⁸ VASSALLI G., voce *Analogia (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 159.

posibilidades depende, con necesidad, de si se reconoce en la interpretación del juez un mero proceso meramente interpretativo o por el contrario un acto de creación⁷²⁹. En este punto se comprime la discusión ya expuesta entre la teoría del derecho libre (que reconoce en la interpretación una actividad “creativa”) y la teoría del *positivismo discrecional* (que ve en la interpretación judicial una mera actividad aplicativa).

Si se entiende la interpretación judicial como un acto indiscutiblemente creativo, ninguna diferencia debería reconocerse entre la interpretación extensiva y la analogía, pues ambas figuras representan creaciones de derecho; por el contrario, si se entiende que la interpretación es sólo eso, un acto de interpretación, es posible aún reconocer la diferencia entre una interpretación extensiva y la analogía, a pesar de las dificultades prácticas que se puedan encontrar para identificar tal diferencia.

La discusión frente a la diferencia entre analogía e interpretación extensiva se concentra en tres posiciones diferentes⁷³⁰. La primera posición afirma que *no existe diferencia alguna entre analogía e interpretación extensiva*. En consecuencia, la interpretación extensiva y la analogía son, en realidad, un mismo concepto⁷³¹; de hecho, la aparente diferencia existente entre ambos es una “*distinzione aparente e vaga*” para justificar violaciones de la propia ley⁷³². Por ello, la única diferencia que existiría entre un simple razonamiento por analogía (o interpretación extensiva) a una actividad valorativa autónoma -y por lo tanto arbitraria- del juez es el desconocimiento de la *ratio legis* o de la ley general de validez, necesaria en toda analogía⁷³³.

Una segunda posición afirma que a pesar de que no existe diferencia sustancial alguna entre ambos conceptos, la diferencia existente se concretaría en un asunto cuantitativo. La analogía no es más que otra forma de interpretación, por lo que no se diferenciarían desde una perspectiva sustancial; la diferencia es, entonces, meramente cuantitativa⁷³⁴, en cuanto que la interpretación extensiva cobija todos los casos que se pueden ubicar dentro de su tenor literal, mientras que por el contrario en la analogía el hecho no puede ubicarse dentro de dicho tenor literal⁷³⁵. Bajo este enfoque, es claro que, al limitar la diferencia a un asunto meramente cuantitativo, se parte por reconocer que ambos conceptos (interpretación extensiva y analogía) son en esencia lo mismo; de lo contrario, las diferencias no serían meramente cuantitativas sino también cualitativas. Quienes diferencian entre analogía e interpretación extensiva -afirma BOSCARELLI- confunden la interpretación de la *ratio* de la ley con la creación de una completamente nueva⁷³⁶.

Finalmente, la tercera posición establece que sí existen diferencias sustanciales entre ambos conceptos. Atendiendo lo anterior, la distinción entre interpretación extensiva y analogía se

⁷²⁹ “*il problema sussiste a causa dell’incertezza terminologica, nel senso che il procedimento analogico assume l’uno o l’altro significato in base all’accezione più o meno lata di “interpretazione” e di “creazione” che si voglia accogliere*”. Cfr. SCOGNAMIGLIO M., *Nullum crimen*, op. cit., p. 21.

⁷³⁰ En esencia, con la misma clasificación, véase, MONTIEL J. P., *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, Universidad de los Andes, 2011, p. 167-168.

⁷³¹ BOBBIO N., *L’analogia*, op. cit., p. 176; 178; 180.

⁷³² *Ibidem*, p. 214.

⁷³³ *Ibidem*, p. 237.

⁷³⁴ Vid. SCOGNAMIGLIO M., *Nullum crimen*, op. cit., p. 24.

⁷³⁵ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 107; VASSALLI G., voce *Analogia (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 607.

⁷³⁶ BOSCARELLI M., voce *Nullum crimen (Enc. giu.)*, op. cit., p. 5.

encuentra al interior del ordenamiento jurídico⁷³⁷; esta distinción, aunque difícil de precisar en la práctica, es necesaria exponerla, por lo menos desde la perspectiva teórica⁷³⁸. Se trata, sin lugar a dudas, de una diferencia cualitativa que tendrá, evidentemente, repercusiones a nivel cuantitativo.

La analogía siempre conlleva la extensión de la ley⁷³⁹; se supera así el campo de la interpretación para llegar a la integración de la norma expresa con una no expresa (por lo menos, desde la perspectiva positiva)⁷⁴⁰. Mientras que la interpretación (aún la extensiva) se mantiene dentro de los marcos propios de la ley (vinculada con el sentido de las palabras expresadas en ella) la analogía los desconoce -repudiando el contenido semántico de la norma jurídica-, y superando así el límite establecido por la ley positiva, pues no de otra manera se podrían llenar las lagunas que la misma ley posee⁷⁴¹; de otra manera, estando el caso contemplado o incluido en la ley, no sería necesaria la analogía⁷⁴². En el primer caso el comportamiento es previsto y regulado por el órgano legislativo, aún de manera abstracta e inadecuada, mientras que en el segundo caso el comportamiento simplemente no está regulado⁷⁴³.

Por una parte, la interpretación extensiva parte de la ley, como base y precisamente la dilucida a través del descubrimiento de la voluntad del legislador en su propio texto⁷⁴⁴. A través de esta clase de interpretación se buscan contenidos que -no reconocidos expresamente en el enunciado textual de la ley penal- puedan incluirse a través de un contenido más amplio de la misma disposición⁷⁴⁵, sin desconocerla: *“e quella interpretazione che, volta a porre in luce il reale significato di una norma giuridica, perviente a riconoscere nella norma medesima un contenuto ed una portata che vanno al di là di quanto non apparirebbe dal suo tenore letterale”*⁷⁴⁶.

Por otra parte, la analogía no tiene como base la ley (por lo menos no de manera directa), pues no hay interpretación como tal; ésta conlleva necesariamente la aplicación de una regla que disciplina un caso similar, más no regulado por la ley positiva⁷⁴⁷. De esta manera, se sale de la ley expresa para extraer de ella un principio (puede hablarse, también, de una *ratio* de tutela) inherente a su propio contenido, con la intención de aplicarlo y crear así una ley positiva inexistente hasta ese momento⁷⁴⁸. De esta manera, se crea una prohibición frente a un comportamiento que antes, a través de la ley penal, no existía. Así, la analogía busca resolver un caso no regulado por la ley positiva

⁷³⁷ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 124; VASSALLI G., voce *Analogia (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 159.

⁷³⁸ CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Manuale*, op. cit., p. 87; CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Elementi*, op. cit., p. 78; TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 100; VASSALLI G., voce *Analogia (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 160.

⁷³⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 122.

⁷⁴⁰ VASSALLI G., voce *Analogia (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 608.

⁷⁴¹ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 122. En el mismo sentido, FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 124; LICCI G., *Figure*, op. cit., p. 125; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 64-65; MANNA A., *Corso*, op. cit., p. 62; PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 44; PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 141; ROMANO B., *Diritto penale*, op. cit., p. 138.

⁷⁴² CORDERO F., voce *Legalità penale (Enc. giu.)*, op. cit., p. 4.

⁷⁴³ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 478; MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 177.

⁷⁴⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 122.

⁷⁴⁵ VASSALLI G., voce *Analogia (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 159.

⁷⁴⁶ VASSALLI G., voce *Analogia (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 607.

⁷⁴⁷ HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 173; JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 122.

⁷⁴⁸ VASSALLI G., voce *Analogia (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 159.

mientras que la interpretación extensiva intenta dar un significado preciso a expresiones dudosas o inadecuadas contenidas en la misma ley⁷⁴⁹, pero sin llegar a desconocerla.

Ahora bien, ¿cuál de las tres posiciones expuestas debe preferirse? Sin ninguna intención por calificar como incorrecta alguna de las otras tesis, reconocer la diferencia sustancial entre analogía e interpretación extensiva es, sin lugar a dudas, la opción más coherente con el punto de partida asumido, atendiendo de manera especial la elección elegida entre la teoría del “*diritto vivente*” y la teoría del positivismo discrecional. En otras palabras, si se reconoce que la decisión judicial (y, por lo tanto, la interpretación del juez) es un acto meramente aplicativo de la ley y otras fuentes de derecho y no un acto “creativo”, debe diferenciarse necesariamente la interpretación extensiva (como acto aplicativo de una ley existente) y la analogía (como acto creativo a través de la integración del ordenamiento jurídico).

La interpretación extensiva y la analogía son conceptos diferentes. ¿Cómo se aplica, entonces, la analogía en el derecho penal para poder diferenciarla de una simple interpretación extensiva? Es un asunto fundamental, pues si en realidad se trata de diferentes conceptos, la interpretación extensiva debería diferenciarse de una integración analógica del derecho penal. Es necesario, en este sentido, desarrollar algunos ejemplos de aplicación análoga en materia penal para poder diferenciarla de una simple interpretación extensiva.

El primer ejemplo de analogía en el derecho penal es aquel propuesto por CARNELUTTI, que puede denominarse “*analogía a través de la equidad*”⁷⁵⁰. Este autor propone, para evitar la impunidad de comportamientos que debe ser castigados, que el juez tenga la libertad de determinar la existencia de delitos a través de la equidad, libertad comparable a aquella reconocida por la ley penal frente a la determinación de la sanción⁷⁵¹. Éste es, sin lugar a dudas, un ejemplo de aplicación analógica de la ley penal.

Por supuesto son muchas las críticas que pueden realizarse a tal propuesta. El autor italiano olvida por completo que la ley penal es presupuesto lógico para la sanción de un comportamiento, pues sin previsión legal el comportamiento no estaría prohibido, y por lo tanto ninguna sanción podría establecerse. Parte, además, de un presupuesto falso pues la en el derecho penal no existe laguna alguna que deba ser llenada. La concepción omnisciente del legislador en el derecho penal -que este autor considera equivocada- es coherente con la naturaleza sancionatoria del derecho penal, lo que hace que sólo la intervención del legislador permita la intervención del Estado de lo que de otra manera sería un comportamiento lícito.

Existe, sin embargo, otro ejemplo de aplicación analógica de derecho penal, propuesta por BOBBIO. ¿Por qué se afirma que BOBBIO, en su obra *L'analogía nella logica del diritto*, reconoce el poder creador del juez en el derecho penal? La razón de esta afirmación -que, sin lugar a dudas, puede ser controversial- es que, si bien este autor diferencia entre la actividad creadora de derecho por parte del juez (la califica como interpretación arbitraria) y la analogía (como interpretación lógica), en

⁷⁴⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 478. En el mismo sentido, CORDERO F., voce *Legalità penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 4.

⁷⁵⁰ Se trata, por supuesto, de un nombre arbitrario, elegido por el criterio que utiliza el autor para mantener la relación de similitud entre la ley positiva y el caso no regulado por ella.

⁷⁵¹ CARNELUTTI F., *L'equità*, op. cit., p. 120.

realidad no existe tal diferencia y toda analogía llevaría implícita la creación de derecho, por lo menos, creación de derecho positivo.

Para BOBBIO, no existe ninguna diferencia entre el derecho penal y otras partes del ordenamiento jurídico, por lo cual afirma que la analogía (y por consiguiente la interpretación extensiva) son posibles en el derecho penal. Varias razones fundamentan su posición. La primera, de naturaleza legal, lleva a concluir que ni en el art. 14 *Preleggi* ni en el art. 1 c.p.i. reconocen una limitación legal explícita a la analogía en materia penal; mientras la primera disposición es caracterizada como una “*opinione sbagliata*”, la segunda no regula de ninguna manera el problema⁷⁵². Ante la constatación de que el problema no es de naturaleza legal, BOBBIO concluye que no existe ninguna incompatibilidad lógica que permita excluir la analogía del derecho penal pues éste hace parte del mismo sistema jurídico racional que exige la analogía como forma de llenar lagunas jurídicas⁷⁵³. Por ello, la extensión razonable de una norma a través de la actualización, la adaptación y el perfeccionamiento de ésta puede llevarse a cabo por parte del juez⁷⁵⁴.

Más allá de “reducir” el concepto de analogía a la interpretación extensiva, parece “ampliar” el concepto de interpretación extensiva para incluir en él a la analogía. Si la analogía (es decir, la misma interpretación extensiva) permite llenar lagunas jurídicas de la ley positiva, es claro que BOBBIO acepta un poder creador del juez en materia penal.

Por supuesto, esta teoría no puede aplicarse en el derecho penal⁷⁵⁵, al tratarse precisamente de una aplicación analógica de la ley; son muchas las críticas que pueden plantearse a esta teoría. Al reconocer que la analogía (y, por consiguiente, la interpretación extensiva) es un mecanismo exigido por el propio ordenamiento jurídico para llenar lagunas jurídicas y regular casos no previstos en la ley o derecho positivo, se estaría desconociendo la lógica con la que funciona el derecho penal. No pueden llenarse las lagunas del derecho penal a través de mal llamadas interpretaciones extensivas (que, en realidad, son integraciones analógicas), pues así se estaría creando derecho penal objetivo por un medio diferente al órgano legislativo.

De igual forma, las razones que expone BOBBIO para soportar la analogía en derecho penal son insuficientes. Afirma que sí el derecho penal busca proteger la soberanía de la ley y la libertad del individuo, ninguno de los objetivos se vería afectado por incorporar la analogía en el derecho penal. No se desconocería la soberanía de la ley pues la analogía no es creación sino interpretación; tampoco se afectaría la libertad del individuo pues tal libertad no tiene un sentido natural sino jurídico, y la analogía -como interpretación lógica de la ley- no puede afectarla. Continúa diciendo el autor italiano que ningún reproche puede realizársele a la analogía en materia penal cuando ésta es una interpretación lógica, razonable de la ley (atendiendo la *ratio legis* de ésta); si la interpretación no es lógica y desconoce dicha ley general de validez, la analogía se convierte en arbitraria, y ésta última si estaría prohibida.

⁷⁵² BOBBIO N., *L'analogia*, op. cit., p. 227.

⁷⁵³ *Ibidem*, p. 228.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, p. 228-229.

⁷⁵⁵ Con una crítica implícita a la teoría de BOBBIO, véase, JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 479-480.

Frente al primer argumento, debe señalarse -como se explicará en los siguientes acápite- que en derecho penal llenar lagunas del derecho positivo es crear derecho, pues a diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico donde diversas fuentes como la costumbre y los principios generales de derecho tienen facultades integradoras o creadoras de derecho, bajo el principio de reserva de ley todo el contenido del derecho penal debe crearse por medio del proceso legislativo (consecuencia del principio de reserva de ley). Aplicar la teoría de BOBBIO conlleva, necesariamente, a desconocer el principio de legalidad penal y, con él, la garantía de reserva de ley.

Además, frente al segundo argumento, es un contrasentido afirmar que la analogía no conlleva una limitación mayor de la libertad (entendida ésta sí en términos naturales) pues si lo que se busca con la interpretación extensiva es incorporar en el derecho penal un caso no regulado por la ley positiva, ello implicaría, lógica y necesariamente, una mayor limitación de la libertad pues se estaría así prohibiendo un comportamiento nuevo: negar que la analogía en el derecho penal limita en una mayor proporción la libertad de los ciudadanos es desconocer la naturaleza sancionatoria del derecho penal.

Otro ejemplo donde se aplica sin lugar a dudas una integración analógica del derecho penal es la teoría del “*diritto vivente*”, ya analizada en el punto correspondiente al principio de reserva de ley. Se aglutinan, en este tercer ejemplo, a todos los autores que -directa o indirectamente- apoyan el que han denominado “*diritto vivente dei giudici*”⁷⁵⁶. A pesar de que nadie ha calificado esta teoría como un ejemplo de creación analógica de la ley penal⁷⁵⁷, debe afirmarse que todo planteamiento que reconozca la actividad interpretativa del juez como creadora de derecho implica *per se* un planteamiento analógico.

El razonamiento para concluir lo anterior es el siguiente: si la interpretación judicial es *per se* creativa (inevitablemente), ello implica que la interpretación crea una norma penal diferente a la ley; si crea (como en efecto se afirma) significa que establece, introduce por primera vez algo “nuevo”. De esta manera, el llamado “*diritto vivente*” es, con necesidad, un procedimiento analógico de la ley penal pues, ¿de qué otra manera crearía el juez algo nuevo al interpretar la ley?

Ya se han enunciado los problemas sustanciales y teóricos de esta teoría. Sin embargo, en lo que respecta a la integración analógica de la ley penal, debe señalarse un punto fundamental: si el juez “crea”-por medio de la interpretación- el derecho, debe preguntarse a partir de qué lo crea; en otras palabras, ¿cuál es el sustrato “material” que utiliza el juez para crear (“interpretar”) la norma penal?, ¿acaso lo hace a partir de un principio abstracto de justicia, o de un concepto personal en clave político criminal?⁷⁵⁸ El asunto es, pues, complicado. En realidad, es evidente que los planteamientos que establece esta escuela del “*diritto vivente*” no se diferencian, epistemológicamente, de aquellas otras teorías sustanciales que buscan otorgar al juez libertad para definir el delito, como aquellas expuestas por CARNELUTTI, BINDING o BOBBIO.

⁷⁵⁶ Cfr. FIANDACA G., *Crisi*, op. cit.

⁷⁵⁷ Esta afirmación, en relación con la bibliografía consultada frente al tema.

⁷⁵⁸ GARGANI, por ejemplo, parece concluir que el poder normativo del juez debe determinarse a través de un concepto de legalidad sustancial, mediante el redescubrimiento del derecho natural, con lo cual confirma el carácter analógico del planteamiento del “*diritto vivente dei giudici*”. Cfr. GARGANI A., *Verso*, op. cit., p. 108.

La única diferencia conceptual entre los planteamientos anteriores y la escuela del “*diritto vivente*” radican en su fundamento: mientras las primeras posiciones justifican el poder creador del juez a partir de principios de necesidad preventivo general de castigar un comportamiento (justicia) o de equidad, esta escuela lo hace a partir de un principio de *inevitabilidad*: la función de interpretación del juez necesariamente es creativa, y en esa medida al interpretar, consecuentemente, el juez realiza una actividad de creación.

Estos ejemplos dejan más o menos claro el alcance que una integración analógica puede alcanzar en el derecho penal. Ahora bien, ¿qué sucede con la interpretación extensiva?, ¿cómo puede diferenciarse ésta de una integración analógica? El asunto será discutido en el acápite relacionado con el principio de determinación estricta de la ley penal, pues se encuentra vinculado de manera estrecha con tal asunto.

4.4. Fundamento normativo de la analogía:

Precisado el concepto de analogía, puede iniciarse el análisis en torno al axioma que, precisamente, la prohíbe en el derecho penal. Pero antes, es pertinente analizar el fundamento normativo que justifica el uso de la analogía en el ordenamiento jurídico. Es claro que, frente a otras ramas del derecho (como el derecho civil), la analogía tiene una función vital de llenar las lagunas inevitables de las normas jurídicas positivas (“*colmare una lacuna colmabile*”⁷⁵⁹); no de otra manera se debe proceder a efectos de satisfacer las necesidades de la sociedad en el tráfico jurídico⁷⁶⁰. Y es que el Estado puede cumplir con el principio de seguridad jurídica cuando garantiza que el ordenamiento jurídico puede regular y dar solución satisfactoria a todos los problemas de la realidad social⁷⁶¹. La ley siempre debe resolver el conflicto social, y la analogía responde satisfactoriamente a dicha necesidad.

Este fundamento es reconocido tanto por el ordenamiento jurídico italiano, así como por el colombiano. En relación con Italia, el fundamento normativo de la analogía se encuentra establecido en el art. 12, inciso 2º, disposición que establece lo siguiente: “*se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe*”. Por otra parte, en Colombia la analogía se reconoce a través del art. 8º de la Ley 153 de 1887 al afirmar que “*cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho*”⁷⁶².

4.5. Fundamento jurídico de la prohibición de la analogía en materia penal. Fuente jurídica y alcance del principio:

El problema de la analogía en materia penal -y su consiguiente prohibición- es consecuencia directa de la incorporación, en un ordenamiento jurídico, del principio de legalidad penal⁷⁶³. Ciertas

⁷⁵⁹ VASSALLI G., voce *Analogia* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 159.

⁷⁶⁰ ZAFFARONI E.; ALAGIA A.; SLOKAR A., *Derecho penal*, ob. cit., p. 117; ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 140.

⁷⁶¹ Vid. ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 302.

⁷⁶² La Co. Cos. col. ha establecido que a través de la expresión “*reglas generales de derecho*” se reconoce en el ordenamiento jurídico colombiano la analogía *iuris*. Cfr. Co. Cos. col., C-284/15, 13 de mayo de 2015.

⁷⁶³ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 181.

legislaciones que no reconocieron este principio no se enfrentaron al problema de la analogía en el derecho penal, tal es el caso del Código penal soviético de 1922 o el Código alemán de 1935.

La tarea de determinar las fuentes jurídicas que reconocen el principio de prohibición de analogía -tanto en Colombia como en Italia- resulta ser, entre las demás consecuencias, la precisión más importante. Ello, como consecuencia de dos razones esenciales: la primera razón se concreta en que, si se logra comprobar que tal prohibición tiene un reconocimiento constitucional, hace que su *inderogabilidad* sea indiscutible, cuestión fundamental al tratarse de un límite interpretativo asignado al juez. La segunda razón de tal importancia estriba en que la doctrina (italiana, particularmente) ha discutido con mayor énfasis el reconocimiento normativo de este principio, en comparación con las restantes consecuencias del principio de legalidad penal, lo que genera -por lo menos en apariencia- una imagen de incertidumbre respecto de la real y precisa consagración jurídica de este axioma en el ordenamiento.

En relación con el ordenamiento jurídico italiano, y el posible reconocimiento constitucional del principio de prohibición de analogía, la doctrina ha planteado hasta tres interpretaciones diferentes a efectos de confirmar si este axioma en realidad se encuentra consagrado por la constitución política. Así, por ejemplo, una primera interpretación establece que la prohibición de analogía -en materia penal- no tiene un reconocimiento constitucional⁷⁶⁴.

Sin embargo, una segunda interpretación concreta el reconocimiento de este apotegma en el en el art. 13, inciso 2º Cos. ital.⁷⁶⁵, a través de su tenor literal se establecería la prohibición de analogía sólo frente a normas incriminadoras que conlleven la restricción de la libertad personal⁷⁶⁶, pues es claro que dicha disposición se refiere de manera particular a situaciones que vulneran el derecho de libertad. Pero, a través de una interpretación extensiva puede también afirmarse que toda norma incriminadora que conlleve una sanción que pueda transformarse directa o indirectamente en una restricción a la libertad personal puede incluirse en esta prohibición⁷⁶⁷. Dentro del reconocimiento constitucional que realiza el art. 13 *eiusdem* también se incluirían las normas que agravan la consecuencia jurídica o que son desfavorables al ciudadano⁷⁶⁸.

Finalmente, una tercera interpretación reconocería este principio en el art. 25, inciso 2º Cos. ital⁷⁶⁹. Pueden agrupar aquí, sin embargo, múltiples razones para soportar esta misma posición. Por una parte, y a través de una interpretación contextual -pero, que también puede calificarse como teleológica-, se ha aseverado que la ausencia del adverbio “*expresamente*” en el art. 25 *eiusdem* no puede tener consecuencias tan drásticas⁷⁷⁰ como para excluir *ab initio* la prohibición de analogía. Con ello, e incluyendo el contenido del art. 1 c.p.i., VASSALLI ha llegado a reconocer que, cuando la Constitución reconoce una garantía ya reconocida legislativamente al ciudadano (como lo es la

⁷⁶⁴ CORDERO F., voce *Legalità penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 5-6. En el mismo sentido, LICCI G., *Figure*, op. cit., p. 126.

⁷⁶⁵ “*Non è ammessa forma alcuna di detenzione (...) né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge*”.

⁷⁶⁶ VASSALLI G., voce *Analogia* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 158, 162.

⁷⁶⁷ GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 99-100; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 71.

⁷⁶⁸ GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 72.

⁷⁶⁹ VASSALLI G., voce *Analogia* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 158.

⁷⁷⁰ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 311.

prohibición de analogía), no es correcto interpretar que el texto constitucional reconoce la misma garantía, pero reducida. Debe tener, por esencia, el mismo contenido salvo disposición expresa⁷⁷¹.

De manera conjunta a los dos argumentos anteriores, también se ha afirmado el reconocimiento implícito del principio, pues éste comparte la misma *ratio* de garantía respecto de la libertad de los ciudadanos que el principio de reserva de ley adquiere con el art. 25 Cos. ital.⁷⁷². Atendiendo lo anterior, BRICOLA deduce el reconocimiento de la prohibición de la analogía en el texto constitucional habida cuenta de que la Co. Cos. it. diferencia los conceptos de interpretación extensiva y analogía; dicho tribunal afirma que sólo la primera se encuentra permitida por la Constitución, deduciendo así -por lo menos implícitamente- esta prohibición⁷⁷³.

La contundencia de los anteriores argumentos ha llevado a que se califique como unánime la doctrina que reconoce en el art. 25 *ejusdem* la prohibición de analogía⁷⁷⁴. Sin embargo, también se ha afirmado -aunque esta vez, no unánimemente- que el reconocimiento constitucional que se ha dado en Italia frente a la prohibición de analogía cubre, únicamente, las leyes penales incriminadoras y aquellas que establecen penas y medidas de seguridad⁷⁷⁵.

Ahora bien, parece claro que el principio de prohibición de analogía se encuentra reconocido por la Constitución política, a través de los arts. 13 y 25 Cos. ital.; sin embargo, parece que la discusión respecto del alcance de dicho reconocimiento frente a cuáles normas penales cubre la prohibición, sigue abierto. La misma discusión existe en referencia al reconocimiento legislativo del axioma y su real alcance. Es indudable, en primera medida, que el art. 1 c.p.i. deduce la prohibición de la analogía frente a las leyes incriminadoras⁷⁷⁶. Y también lo es que, además, reconoce tal apotegma el art. 14 *Preleggi*. Sin embargo, ambas disposiciones normativas (en especial ésta última), generan algunos conflictos interpretativos que dificultan la determinación precisa del alcance de la prohibición. ¿Cuál es, entonces, el alcance de la prohibición de analogía?

Parece ser que, a nivel constitucional en Italia, la prohibición de analogía se limita únicamente a las leyes incriminadoras y a aquellas disposiciones que establecen las penas y medidas de seguridad. Realizada la anterior precisión, es necesario analizar el alcance de la prohibición de la analogía no sólo frente a la Constitución política, sino también frente a la legislación ordinaria, alcance que se encuentra establecido por el art. 14 *Preleggi*⁷⁷⁷ que establece: “*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*”.

⁷⁷¹ VASSALLI G., voce *Analogia* (Dig. disc. pen.), op. cit., p. 162-163; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (Dig. disc. pen.), op. cit., p. 311.

⁷⁷² FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 123.

⁷⁷³ Cfr. BRICOLA F., voce *Teoria generale* (Noviss. Dig. it.), op. cit., p. 47. Así, este autor menciona la sentencia del 23 de mayo de 1961, n. 27, para afirmar cómo -al analizar la cláusula “*attività similari*”-, la Corte diferenció entre interpretación extensiva y analogía. De igual manera, a través de una deducción implícita del art. 25, 2º co. Cos. ital., PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 44.

⁷⁷⁴ GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 28.

⁷⁷⁵ VASSALLI G., voce *Analogia* (Dig. disc. pen.), op. cit., p. 162.

⁷⁷⁶ CORDERO F., voce *Legalità penale* (Enc. giu.), op. cit., p. 5; GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 97; GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 70; MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 181; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 104.

⁷⁷⁷ CORDERO F., voce *Legalità penale* (Enc. giu.), op. cit., p. 5; PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 45; VASSALLI G., voce *Analogia* (Dig. disc. pen.), op. cit., p. 158.

Una primera interpretación realizada a la disposición le reconoce un alcance más amplio que la norma constitucional, pues la prohibición de analogía no se limitaría sólo a las normas incriminadoras, sino que incluiría a todas las leyes penales⁷⁷⁸. Existe, sin embargo, una segunda interpretación mucho más razonable en donde se le reconoce al art. 14 *Preleggi* el mismo alcance que la disposición constitucional, afirmando que no existe nada que permita interpretar la expresión “*leggi penali*” en un sentido tan amplio para incluir cualquier disposición normativa que haga referencia a los delitos o a las penas. Al contrario, generalmente se entiende la ley penal como aquella que prevé la existencia de un delito o de una sanción penal⁷⁷⁹.

Por ello, sólo estarían incluidas en el art. 14 *Preleggi* las “*leggi penali*” (leyes que hagan referencia a los delitos o a las penas) y las “*norme eccezionali*”. Así pues, este artículo agrega una nueva norma que también estaría vinculada con la prohibición de analogía: las normas excepcionales. La cuestión es verificar si tales normas excepcionales existen en el derecho penal, y cuáles serían; como se verá, la determinación de tal *excepcionalidad* en las leyes penales ha generado un desarrollo accidentado de la problemática.

Se afirma, por ejemplo, que leyes que excluyen la imputabilidad no son normas excepcionales (¿?), razón por la que pueden aplicarse de manera análoga pues son expresión de un principio general y común, como es el reconocido en el art. 85 c.p.i.⁷⁸⁰. De igual manera, frente a las leyes penales que establecen causales de justificación y de exclusión se ha discutido si son normas excepcionales: quienes las reconocen como tal, afirman que se tratan de excepciones de las leyes penales que describen los comportamientos prohibidos (que son también excepcionales); por tal razón, al excluir el delito excepcionan la aplicación de la ley penal que describe (y prohíbe) tal comportamiento⁷⁸¹, razón por la que serían excepcionales. Afirman, además, que las normas que prevén causales de exclusión del delito son aplicaciones particulares de un principio general como es aquel que nadie puede ser castigado sí, al momento del hecho, no era capaz de entender y de querer; por ello, nada evita que el intérprete pueda ampliar el número de causales de exclusión⁷⁸²: “*Le norme fondamentali tradizionalmente contenute nella «parte generale» del Codice penale precedono, anche logicamente, le norme incriminatrici contenute nella parte speciale e sono norme generali allo stesso titolo di quest’ultime*”⁷⁸³.

Sin embargo, también se ha afirmado que, al igual que las leyes penales que definen los delitos, las causales de justificación y de exclusión establecen el límite entre lo lícito y lo ilícito, por lo que -en atención a una certeza jurídica y a la igualdad entre los ciudadanos- no es posible la analogía en estas situaciones⁷⁸⁴.

⁷⁷⁸ GALLO M., *Diritto penale*, op. cit., p. 70; PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 115-116.

⁷⁷⁹ Vid. VASSALLI G., voce *Analogia (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 164; VASSALLI G., voce *Analogia (Noviss. Dig. it.)*, op. cit., p. 608; VASALLI G., voce *Tipicità*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XLIV, 1992, p. 538.

⁷⁸⁰ VASSALLI G., voce *Analogia (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 165. En el mismo sentido, PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 47.

⁷⁸¹ ROCCO A., *El objeto*, op. cit., p. 515-517. En el mismo sentido, FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 127.

⁷⁸² PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 47; VASSALLI G., voce *Analogia (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 165-166.

⁷⁸³ VASSALLI G., voce *Analogia (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 165.

⁷⁸⁴ MOCCIA S., *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 81-82.

De igual manera, frente a las leyes penales que excluyen la pena, la posibilidad de calificarlas como normas excepcionales ha sido rechazada, a pesar de que son claras excepciones a la punibilidad ordinaria de un hecho⁷⁸⁵. En esta hipótesis se incluyen las leyes penales que establecen inmunidades y que establecen las formas de extinción del delito o de la pena⁷⁸⁶.

Como puede verse, el análisis en torno a la calidad de normas excepcionales de determinadas leyes penales es inútil, pues es imposible llegar a un acuerdo mínimo de cuáles cumplen en efecto con esta condición; puede llegarse a afirmar tanto que todas las leyes penales son excepcionales (pues regulan la imposición de penas privativas de la libertad, siendo esto una excepción al derecho fundamental de libertad consagrado por la constitución), como que ninguna ley penal es excepcional, pues la determinación de responsabilidad penal no puede considerarse *per se* excepcional; también se puede llegar a concluir que las normas relacionadas con la inimputabilidad no son excepcionales, aceptando así la analogía en un asunto que debe, con claridad, ser definido por la ley penal y no por el juez. Todas las posiciones, pues, pueden mantenerse teóricamente, sin que de tal discusión se genere claridad alguna.

La cuestión a determinar, realmente, es si los conceptos “*leggi penali*” y “*norme eccezionali*” son términos disyuntivos o acumulativos; en otras palabras, cuando el legislador italiano habla de leyes penales y de normas excepcionales, ¿está permitiendo que en el primer concepto se incluya el segundo, o se tratan por el contrario de conceptos enteramente independientes? Parece ser que son conceptos diferentes, y que la individualización de las leyes penales en el art. 14 *Preleggi* se da, precisamente, para generar una mayor claridad frente al contenido de dicha disposición, razón por la cual las llamadas normas excepcionales es un asunto que debe regularse en las demás ramas del derecho *diferentes al derecho penal*; no tiene sentido, en términos contextuales, que el legislador haga expresa mención a las leyes penales para, después, incluir en el mismo término específico otro como lo es las normas excepcionales.

Así pues, el asunto sobre la prohibición de la analogía en el derecho penal italiano adquiriría, por lo menos, una claridad que hoy por hoy es inexistente: la analogía se encuentra prohibida en las “*leggi penali*” (sin entrar en el debate sobre las presuntas normas excepcionales), con lo que la doctrina sólo debe determinar el alcance de dicho concepto: o el término incluye todas las leyes penales, o sólo aquellas que se deducen del reconocimiento constitucional del principio de prohibición de la analogía (es decir, leyes incriminadoras y leyes penales que regulen las sanciones penales). El abanico de posibilidades se reduce, de esta manera, a sólo dos opciones interpretativas.

Una solución intermedia en este punto, que no renuncia a interpretar ambos conceptos como acumulativos, la ofrece FIORE⁷⁸⁷ y resulta ser adecuada a efectos de compatibilizar las conclusiones deducidas del principio de reserva de ley en relación con la prohibición de analogía. El punto esencial radica, pues, en entender cuál es el alcance de cada una de las normas que descriminalizan

⁷⁸⁵ VASSALLI G., voce *Analogia (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 166. En el mismo sentido, PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 48; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 55; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 70.

⁷⁸⁶ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 127.

⁷⁸⁷ FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 75-76.

un hecho (y, que por ello son calificadas como normas excepcionales⁷⁸⁸) a efectos de verificar si es posible -o no- el uso de la analogía; para aquellas normas que atienden al entero ordenamiento jurídico, la analogía es necesaria, mientras que para aquellas otras normas que, por el contrario, tienen un alcance reducido y limitado al derecho penal, a pesar de su naturaleza excluyente de responsabilidad (y, por lo tanto, *bonam partem*), subsiste en ellas la prohibición de analogía⁷⁸⁹. Por ello, por ejemplo, las causales de justificación pueden ser extendidas análogamente, pues ellas responden a normas del entero ordenamiento, y no sólo de leyes penales⁷⁹⁰; por el contrario, las causas de extinción del delito y las causas personales de exclusión de la punibilidad no podrían ser extendidas análogamente, pues su alcance se limita al derecho penal, razón por la cual subsiste la prohibición contenida en el art. 14 *Preleggi*.

Lo anterior resulta compatible con la cláusula de excepción (*normas excepcionales*) que establece el art. 14 *ejusdem*, pues una norma que excluya la responsabilidad penal cuyo alcance se limite a esta rama del derecho deben ser consideradas normas excepcionales y, por lo tanto, se debe aplicar para ellas la prohibición de analogía. La propuesta de FIORE es, sin lugar a dudas, llamativa y logra solucionar -de manera coherente- la discusión en torno a esta disposición normativa.

Parece ser que, a nivel constitucional en Italia, la prohibición de analogía se limita únicamente a las leyes incriminadoras y a aquellas disposiciones que establecen las penas y medidas de seguridad; por supuesto, también debe incluirse en esta prohibición cualquier otra ley penal que modifique, a cualquier nivel, la pena a imponer, ya sea a través de circunstancias de agravación, formas de participación, determinación de la pena, etc. También se ha visto cómo, a través del art. 14 *Preleggi* se pueden realizar dos interpretaciones diferentes: o bien se acepta el alcance constitucional de la prohibición, o bien se amplía el axioma a todas las leyes penales. Sin embargo, parece ser que la constitución italiana nada habla respecto de la analogía *in bonam partem*, razón por la que es incierto su inclusión en la prohibición general.

Esta incerteza genera que una parte de la doctrina reconozca que la analogía *in bonam partem* también se encuentra prohibida en el derecho penal; y son bastantes las razones que aducen para soportar esta posición. Así, para esta teoría, la prohibición de analogía para las "*leggi penali*" se encuentra establecida expresamente tanto en la Constitución como en el código penal; en esa medida, cualquier razón política inversa, tendiente a fundamentar una analogía *in bonam parte* es inútil, pues es claro que, aunque deseable, tal excepción no existe actualmente en el ordenamiento jurídico⁷⁹¹. Sin reconocimiento jurídico y positivo de una excepción a la prohibición de la analogía *in bonam partem* en materia penal, simplemente se estaría desconociendo la excepción que ya

⁷⁸⁸ En esto FIORE es bastante incisivo pues logra evidenciar que toda la discusión sobre las *normas excepcionales* frente al art. 14 *Preleggi* se concentra en todas las diversas leyes penales que, de alguna manera, descriminaliza un hecho ya prohibido por otra ley penal.

⁷⁸⁹ Cfr. FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 76.

⁷⁹⁰ *Ibidem*, p. 76. En el mismo sentido, frente al carácter general de tales causales de justificación, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 718-719.

⁷⁹¹ "Inutile è la ragione politica di questa fondamentale esclusione; ma non può egualmente rinvenirsi una ragione politica o logica, di una supposta regola inversa, tale che indice a discostarsi a senso unico dai canoni ordinari stabiliti per l'interpretazione e l'applicazione della legge. In teoria, una tale regola a favore del reo (in senso sostanziale) potrebbe anche essere concepita e stabilita, ma in realtà essa non esiste" VASSALLI G., voce *Analogia* (Dig. disc. pen.), op. cit., p. 165.

realizó el ordenamiento jurídico en un primero momento, cuando excepcionó la utilización de analogía para las leyes penales.

Además de lo anterior, aceptar la analogía *in bonam partem* da por supuesto un principio constitucional de *in dubio pro reo*, superando el campo de la prueba penal y pasando a ser un principio sustancial para la selección de la regla de derecho a aplicar, lo cual es un error. No existe una regla sustancial que precise o exija la aplicación *favor rei*⁷⁹². De esta manera se estaría permitiendo aquello que el principio de legalidad penal quiere, precisamente, evitar: la creación judicial de derecho, pues este principio busca establecer frente al interprete una determinada norma de interpretación que, con la analogía *in bonam partem*, simplemente se desconocería⁷⁹³. Se ha afirmado, además, que permitir la analogía *bonam parte* generaría una contradicción pues reduciría las garantías del ciudadano más que aumentarlas, en la medida en que la aplicación de este tipo de analogía genera una incerteza igual a aquella *in malam parte*⁷⁹⁴.

Sin embargo, tal como se afirma la posibilidad de prohibir la analogía *in bonam partem*, también la doctrina reconoce que ésta debe constituir una excepción justificada. La prohibición de analogía se da sólo frente a las normas incriminadoras⁷⁹⁵; en esa medida, frente a las normas que atenúan o extinguen la responsabilidad penal la analogía es permitida, por dos razones: la primera razón establece que el principio de legalidad penal busca la protección de la libertad de los ciudadanos, libertad que no se ve afectada por la aplicación analógica de normas extintivas⁷⁹⁶. Con ello, el art. 14 *Preleggi* debe interpretarse en clave del art. 25, 2º co. Cos. ital., norma que se dirige sólo a leyes penales incriminadoras⁷⁹⁷, de tal forma que la analogía *in bonam partem* no contradice el principio iluminístico liberal que originó el principio de legalidad penal⁷⁹⁸.

La segunda razón para afirmar la posibilidad de excluir la analogía *in bonam partem* de la prohibición general establecida en el derecho penal parte de la idea de que las normas que prohíben comportamientos son normas excepcionales; por tal razón, las normas que extinguen la responsabilidad penal o, cuanto menos, la atenúan, son excepciones de una norma excepcional, razón por la que es posible su aplicación analógica⁷⁹⁹, todo ello como consecuencia del contenido del art. 14 *Preleggi* que, tal como se verá, tiene una aplicación reducida.

¿Cuál es, entonces, la situación de la analogía *in bonam partem* en el derecho penal italiano? La discusión que acaba de esbozarse plantea un interesante punto, pues ambas posiciones tienen razón en algunos de sus argumentos; como siempre, la solución parece estar en el justo medio de ambas teorías. La problemática debe resolverse partiendo de la determinación del alcance de la prohibición de analogía; parece ser que la analogía sólo se encuentra prohibida -a nivel constitucional- frente a

⁷⁹² *Ibidem*, p. 165.

⁷⁹³ ROMANO B., *Diritto penale*, op. cit., p. 135-136.

⁷⁹⁴ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 826-827; CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Manuale*, op. cit., p. 89; CADOPPI A.; VENEZIANI, P., *Elementi*, op. cit., p. 79.

⁷⁹⁵ Vid. MANNA A., *Corso*, op. cit., p. 62. En el mismo sentido, MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 54; PISAPIA G. D., *Istituzioni*, op. cit., p. 18.

⁷⁹⁶ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 127; MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 182. En el mismo sentido, FIORELLA A., voce *Reato*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XXXVIII, 1987, p. 800.

⁷⁹⁷ FIORELLA A., voce *Reato* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 800; PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 46.

⁷⁹⁸ FIORELLA A., voce *Reato* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 800.

⁷⁹⁹ MAGGIORE G., *Derecho penal*, op. cit., p. 182. ROCCO A., *El objeto*, op. cit., p. 525-527.

las leyes incriminadoras y las leyes penales que agravan, establecen o regulan de alguna manera la pena y la medida de seguridad.

Puede entonces afirmarse que, frente a tales leyes penales la analogía se encuentra *simplemente prohibida*; y se encuentra prohibida en la medida en que cualquier uso de la analogía en tales leyes penales será, siempre sin excepción, una analogía *in malam partem*, pues con ella el juez crea una norma jurídica inexistente, con lo cual amplía ilegítimamente y en contra del acusado el ámbito de punibilidad del derecho penal, ámbito que sólo el órgano legislativo se encuentra autorizado para modificar. Así pues, discutir si la analogía *in bonam partem* es posible en tratándose de leyes penales incriminadoras y leyes penales que regulan las sanciones penales, simplemente, una contradicción lógica. En esta medida, quienes rechazan la posibilidad de incluir la analogía *in bonam partem* tienen razón (salvo, claro, que la diferencia entre *in bonam partem* o *in malam partem* frente a este tipo de leyes penales es imposible).

Pero, tienen también razón quienes afirman que la analogía *in bonam partem* no puede estar prohibida por completo en el derecho penal; dicha interpretación parece ser más coherente con la *ratio* de garantía que se deriva del principio de reserva de ley. Y resulta que así es, pues el principio de prohibición de analogía sólo tiene alcance frente a las leyes incriminadoras y a las leyes que establecen y regulan las sanciones penales; frente a demás disposiciones normativas en materia penal tal prohibición no se encuentra específicamente reconocida, razón por la cual entre la elección de permitir las analogías *in malam partem* y las *in bonam partem*, resulta más coherente con la *ratio* de garantía del principio de reserva de ley reconocer sólo la analogía en favor del acusado. Así pues, el principio de prohibición de analogía comparte -con la reserva de ley penal y con el axioma de irretroactividad de la ley penal- una *ratio* de garantía. La prohibición de la analogía *in malam partem*, para las demás leyes penales -que no son acogidas explícitamente por la constitución política- se deduce de tal *ratio*.

Ahora bien, en relación con el ordenamiento jurídico colombiano debe decirse que el principio de prohibición de analogía se encuentra consagrado, explícitamente, en el art. 28 Co. col., siguiendo en ese sentido al art. 13 Cos. ital.; es indiscutible que, al permitir la privación de libertad solamente por motivos previamente establecidos por la ley, debe incluirse una prohibición estricta de analogía por los menos frente a las leyes penales incriminadoras e, incluso, a aquellas disposiciones que regulan las diferentes sanciones penales que conlleven limitaciones a la libertad. De esta manera, ambos ordenamientos jurídicos (el italiano y el colombiano) reconocen este axioma en el mismo sentido y alcance, en relación con el art. 13 Cos. ital. y art. 28 Cos. col.

En relación con el art. 29, inciso 2º Cos. col., debe reconocerse que no existe una consagración expresa frente al principio de prohibición de analogía. Sin embargo, se puede deducir su reconocimiento de la expresión “*leyes preexistentes al acto que se le impute*”⁸⁰⁰, siguiendo en el mismo sentido el planteamiento de la doctrina italiana (particularmente, de BRICOLA), en relación con la *ratio* de garantía⁸⁰¹. De esta manera, el reconocimiento de la prohibición de la analogía en el texto constitucional se puede deducir de la Cos. ital habida cuenta de que la *ratio* de garantía que tiene el principio de reserva de ley y el principio de irretroactividad en el ordenamiento jurídico

⁸⁰⁰ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 163.

⁸⁰¹ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 123.

Colombia. Con ello, también queda claro que la misma *ratio* es reconocida frente a este axioma que limita la integración analógica de la ley penal.

Frente a la legislación ordinaria, este principio es reconocido por el art. 6, inciso 1° del c.p.c., todo ello a través de una interpretación *a contrario sensu*, pues es claro que, si sólo la analogía permisiva o *in bonam partem* es permitida, la analogía *in malam partem*, a través de la cual se haría más gravosa la situación al acusado, se encuentra correlativamente prohibida en el ordenamiento jurídico colombiano⁸⁰². En consecuencia, la solución en Colombia -frente a la posibilidad de permitir la analogía *in bonam partem*- es más clara, pues a través del art. 29, inciso 3° Cos. col. puede concluirse que en Colombia la analogía *in bonam partem* se encuentra reconocida por el texto constitucional⁸⁰³. Por una parte, el código penal afirma que “*La analogía sólo se aplicará en materias permisivas*” (art. 6°, inciso 3° c.p.c.), con lo cual al interpretar la expresión “*leyes preexistentes*” contenida en el art. 29 de la constitución nacional, es claro que la reserva de ley y la necesidad de preexistencia de la ley sólo constituye una exigencia constitucional frente a disposiciones *in malam partem*. Así lo ha entendido la doctrina nacional⁸⁰⁴.

Finalmente, debe analizarse el alcance de la prohibición de analogía en relación con las leyes penales. ¿El principio se reconoce para todas las leyes penales, o sólo para aquellas que incriminan un hecho y regulan las diferentes sanciones penales? La doctrina nacional no ha realizado una precisión sobre el asunto⁸⁰⁵; sin embargo, el hecho de que el art. 6°, inciso 3° c.p.c. no realice ninguna diferencia, afirmando en términos generales que la analogía sólo se podrá aplicar en materias permisivas, permite concluir lo mismo que ya se afirmó frente al ordenamiento jurídico italiano: frente a leyes penales incriminadoras y leyes que regulen las sanciones penales, la analogía se encuentra *simplemente prohibida*, pues en tales casos será siempre una analogía *in malam partem*, pues con ella el juez crea una norma jurídica inexistente, ampliando ilegítimamente y en contra del acusado el ámbito de punibilidad del derecho penal; al contrario, la aplicación de una analogía *in bonam partem* sólo es posible en las leyes penales permisivas, dentro de las cuales sólo puede incluirse aquellas circunstancias establecidas en el art. 32 c.p.c. (donde el legislador colombiano contempla las diferentes circunstancias de exclusión de responsabilidad).

4.6. Fundamentos extranormativos de la prohibición de la analogía en materia penal:

A pesar del fundamento jurídico del principio de prohibición de analogía, se ha considerado que dicha prohibición obedece exclusivamente a razones de índole política, no de índole lógica derivadas del propio sistema jurídico⁸⁰⁶, afirmación que no se realiza frente a las otras

⁸⁰² VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 144, 163; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos*, op. cit., p. 78."

⁸⁰³ Art. 29, inciso 3° Cos. col.: “*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*”. La doctrina colombiana, de manera reiterada, ha soportado esta interpretación. Cfr. LOZANO Y LOZANO C., *Elementos*, op. cit., p. 409; GAITÁN MAHECHA B., *Curso*, op. cit., p. 52; REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal*, op. cit., p. 58; ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 48; ROZO ROZO J., *Comentarios*, op. cit., p. 154-155.

⁸⁰⁴ Vid. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 162-163.

⁸⁰⁵ Implícitamente, sin embargo, VELÁSQUEZ ha afirmado: “*Es indudable, pues, que el postulado se extiende tanto a los tipos penales como a las penas y medidas de seguridad, sobre todo en tratándose de estas últimas que también son parte del derecho penal*”. Aun cuando no realiza una afirmación contundente, el hecho de que hable exclusivamente de tipos penales y de sanciones penales permite concluir -implícitamente- que limita la prohibición de analogía a tales leyes penales. *Ibidem*, p. 162.

⁸⁰⁶ CAIANI L., voce *Analogia* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 365-366; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 109-110.

consecuencias del principio de legalidad penal. Por ejemplo, CARNELUTTI niega la existencia de razones lógicas para prohibir la analogía; por el contrario, concluye que esta prohibición sólo obedece a un momento histórico en el que el monopolio del legislador y de la ley eran indiscutibles frente al juez y a la equidad⁸⁰⁷.

En el capítulo I, donde se analizó el desarrollo histórico del principio de legalidad penal, se observó cómo algunos autores, como el propio CARNELUTTI, MAGGIORE, SCARANO y BINDING rechazaron la prohibición de la analogía como un asunto ilógico (*infra*, cap. I, 5). De no existir tal prohibición en el ordenamiento jurídico (o, incluso, existiendo), la misma resulta ser imposible de garantizar. Es indudable que todas las interpretaciones que llevan, de una u otra manera, a reconocer la analogía en el derecho penal parten del supuesto (ineludible) de que el derecho penal tiene lagunas jurídicas que deben ser, necesariamente, colmadas. Así, es un error entender que todos los comportamientos que deben ser castigados en la sociedad están previstos en la ley pues ello conlleva a reconocer el carácter omnisciente del legislador, con lo cual las lagunas existentes son consecuencia de la intención directa de éste⁸⁰⁸; la analogía, así entendida, es una herramienta para suplir la imprevisibilidad del legislador histórico⁸⁰⁹. La naturaleza incompleta del derecho penal, y el perjuicio que ello genera para la sociedad (es decir, la impunidad) hace necesario el uso de la analogía⁸¹⁰.

Además de todo lo anterior, quienes afirman que no existe ninguna razón jurídica para prohibir la analogía recalcan la aparente contradicción que se produce cuando, por una parte, dicha prohibición existe para las leyes penales incriminadoras pero, por otra parte, se reconoce una amplia discrecionalidad frente a la determinación judicial de la sanción penal⁸¹¹.

¿Es cierto aquello que se afirma?, ¿el derecho penal debe mantener la analogía como un medio legítimo para colmar las lagunas de punibilidad que existen en un momento dado? Debe precisarse desde ya que en el derecho penal no existen -ni pueden existir- lagunas jurídicas. Del concepto axiológico y lógico de la legalidad penal surge la imposibilidad de que existan lagunas en el derecho penal; es imposible hablar de lagunas jurídicas frente a normas positivas de carácter sancionatorio⁸¹², pues lo que no está prohibido, está -por lógica en un sistema racional- permitido.

Lo anterior es evidente al analizar el art. 6º Cos. col. que afirma: “*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”. Con ello, es incuestionable que todo lo que no está prohibido expresamente, está permitido para los ciudadanos pues la idea misma de legalidad gira en torno a establecer una línea clara divisoria entre

⁸⁰⁷ CARNELUTTI F., *L'equità*, op. cit., p. 114. En el mismo sentido, CAIANI L., voce *Analogia* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 369-370.

⁸⁰⁸ CARNELUTTI F., *L'equità*, op. cit., p. 110.

⁸⁰⁹ CAIANI L., voce *Analogia* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 369.

⁸¹⁰ *Ibidem*, p. 369.

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 369-370.

⁸¹² Puede llegar a concluirse que en el derecho penal sí existen lagunas, pero éstas son intencionales por parte del legislador, gracias al principio de fragmentariedad (*ultima ratio*) del derecho penal, con lo cual se llegaría a la misma conclusión. Cfr. MANNA A., *Corso*, op. cit., p. 63.

la zona de lo ilícito y la zona de lo lícito: así las cosas, y tal como lo reconoce PANNAIN, un hecho es lícito o ilícito, pero no puede ser ambas cosas al mismo tiempo⁸¹³.

La diferencia del principio de legalidad entre el derecho penal y el derecho civil reafirma la imposibilidad de lagunas penales. Mientras que la legalidad en el derecho civil es un límite jurídico a la autonomía privada (y, por ello, un simple límite negativo), la legalidad en materia penal es un límite jurídico impuesto a las potestades públicas en aras de garantizar la libertad individual de todos los ciudadanos (por ello, límite tanto negativo como positivo); así, de la misma manera que el derecho civil se desarrolla a partir de las actuaciones de los particulares por medio de la autonomía privada, el derecho penal se limita a ser un artificio jurídico creado por el Estado, y como artificio sólo puede existir en la medida en que éste lo regule normativamente⁸¹⁴. En consecuencia, la legalidad en materia civil es un límite a la potestad privada; la legalidad, en materia penal, es un límite pero también un presupuesto a la potestad punitiva del Estado.

Atendiendo todo lo anterior, es claro que lo que no está prohibido por la ley penal es lícito, gracias a una “*norma general ‘exclusiva’ de ‘licitud’ penal implícita*”⁸¹⁵; de esta manera, aquellas conductas no prohibidas penalmente son, en consecuencia, conductas libres en el ordenamiento jurídico, pues se tratan de reales normas jurídicas permisivas negativas⁸¹⁶.

En el derecho penal no existen lagunas, sólo aspectos no regulados que tienen también un significado normativo por parte del legislador: simplemente, son comportamiento que no le interesan al derecho penal, por decisión del propio legislador⁸¹⁷. El derecho penal no tiene lagunas jurídicas por su naturaleza sancionatoria, pues el hecho de que un caso no esté prohibido penalmente implica una voluntad legislativa implícita de no castigarlo: lo que no está prohibido en el derecho penal, está jurídicamente permitido ante la ausencia de castigo⁸¹⁸. Como lo explicó BATTAGLIANI, “*il diritto penale scritto oggi si ritiene completo e senza lacune*”⁸¹⁹. El derecho penal es, sin lugar a dudas, un ordenamiento jurídico cerrado⁸²⁰.

Sin embargo, la prohibición de la analogía en el derecho penal no se limita a esta razón de orden jurídico y lógico. Por el contrario, son tres los fundamentos *extranormativos* que permiten comprobar la lógica detrás de dicha prohibición. Un primer fundamento *democrático* reconoce que la prohibición de analogía, en el derecho penal, tiene como base la elección constitucional respecto de la “concentración normativa” en cabeza del legislador; si el legislador es el único legitimado (desde una perspectiva democrática y constitucional) para emitir leyes penales, es lógico que se

⁸¹³ PANNAIN R., *Manuale*, op. cit., p. 116.

⁸¹⁴ Vid. FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. II, *Teoría de la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 225, 373-374. En el mismo sentido, DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 121.

⁸¹⁵ TRAPANI M., *Cesare Beccaria*, op. cit., p. 112.

⁸¹⁶ KELSEN H., *Teoría general de las normas*, México, Editorial Trillas, 1994, p. 107-108: “*Permitir en sentido negativo no es función de ninguna norma. “Permitir” en este sentido negativo no existe como función de una norma: solo existe ser permitido como propiedad de una conducta que no es objeto de ninguna norma; por ejemplo, respirar, pensar. En esos casos se dice también que la conducta es libre. “Los pensamientos son libres”. En este sentido meramente negativo, sin embargo, el hecho de que la conducta sea permitida, se da solamente cuando no hay ninguna norma vigente que decrete tal conducta o su abstención*” (p. 108).

⁸¹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios*, op. cit., p. 127.

⁸¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado*, op. cit., p. 479. En contra, CARNELUTTI F., *L’equità*, op. cit., p. 116-117.

⁸¹⁹ BATTAGLIANI G., *Diritto penale*, op. cit., p. 33.

⁸²⁰ GRISPIGNI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 306.

prohíba a órganos distintos aquellas actividades a las que no se encuentran legitimados⁸²¹: “*É in sostanza l’dea del monopolio legislativo in materia penale che sta alla base anche del divieto di analogia*”⁸²².

Además de tal fundamento democrático, puede señalarse otro fundamento *político de garantía* pues si bien la analogía no es *per se* arbitraria, ésta sí puede ser utilizada con una finalidad injusta para perseguir y coartar la libertad de los ciudadanos⁸²³. El derecho penal puede llegar a incriminar de manera arbitraria a través de una aplicación análoga de la ley penal frente a la individualización de los comportamientos prohibidos por ella⁸²⁴.

Para CARRARA, por ejemplo, la *imputabilità politica* representa no sólo la prohibición realizada por el legislador, sino además el conocimiento previo y real por parte del ciudadano frente a dicha ésta⁸²⁵. En esa medida, la *imputabilità politica* -como definición legal de delito- tiene como función, frente al ciudadano, brindarle la posibilidad real y concreta de conocer el delito (como comportamiento prohibido) pues a partir de dicho conocimiento puede reprochársele el acto como violatorio de la ley penal⁸²⁶. En sus relaciones con los particulares, la ley representa una garantía en la medida en que, como norma de conducta, puede ser conocida por estos. Por ello, crear prohibiciones a partir del espíritu de la ley (a través de la analogía, por ejemplo) implica crear delitos que los ciudadanos no podrían conocer⁸²⁷. Por ello, la *imputabilità politica* (como monopolio normativo en cabeza del legislador) y la correlativa prohibición de la analogía, responden a un fundamento de garantía frente al ciudadano:

“Nelle materie penali il punto di vista sotto il quale deve guardarsi il conflitto dei due sistema non è esatto quando si contempla il solo giudice. Bisogna contemplare la legge nel suo primario e principale rapporto coi cittadini ai quali essa deve prescrivere la norma della individuale condotta. Quando al cittadino si vuole rimproverare che violò la legge, si deve strettamente aderire alla lettera, perché il privato non ebbe coscienza di delinquere dove la lettera era muta, e ad esso non correva l’obbligo di andare di più in là della lettera. (...) Lo elemento della imputabilità politica non è solo divieto del legislatore, né la sola credenza dell’individuo di agire contro la legge. Esso è duplice: da un lato occorre il divieto, e dove il giudice è convinto che il legislatore non volesse vietare non può farsi esso medesimo legislatore col punire; dall’altro lato occorre che lo individuo abbia potuto conoscere il divieto perché gli si possa obiettare il dolo, cioè la coscienza di delinquere. Ma quel divieto che voi dite essere nello spirito della legge quantunque non fosse nella sua lettera, il privato non ha potuto conoscerlo. Facendosi altrimenti, il delitto si fa consistere nella deficienza nel cittadino dello spirito profetico che a lui rivelasse quell’arcana mente che nella legge perplesso giudizio sono frequentemente discordi gli stessi Magistrati”⁸²⁸.

⁸²¹ En este sentido, PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 139-140; PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 280.

⁸²² PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 140.

⁸²³ VASSALLI G., voce *Analogia* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 162.

⁸²⁴ Vid. VASSALLI G., voce *Analogia* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 608.

⁸²⁵ CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte generale*, Firenze, Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, Vol. II, VIII ed., 1867, p. 367.

⁸²⁶ Para CARRARA, la *imputabilità politica* cumple una doble función. La primera, referente al ciudadano en cuanto posibilidad concreta de conocimiento de la prohibición penal, base para la reprochabilidad del comportamiento realizado. La segunda, referente al magistrado, como reglamentación de sus actos y límite de su interpretación. CARRARA F., *Programma*, VIII ed., 1867, p. 367.

⁸²⁷ *Ibidem*, p. 367.

⁸²⁸ *Ibidem*, p. 367.

Finalmente, puede señalarse un último fundamento *filosófico* del sistema penal, que permite justificar la prohibición realizada por la Constitución y la ley frente a la analogía. Y es que el principio de legalidad penal tiene un significado filosófico que impide la analogía en el derecho penal, pues si la legalidad penal es el medio utilizado para dotar de racionalidad el sistema (como COSSIO lo plantea), la extensión por analogía de ese derecho desconocería dicha racionalidad. No se trata, pues, de un asunto meramente legal o incluso constitucional, pues detrás de la prohibición de la analogía -como forma de creación del derecho penal- se encuentra la racionalidad misma de todo el sistema penal.

En consecuencia, esta surge como una consecuencia lógica del principio de legalidad penal; si conforme con su sentido negativo, una acción que el legislador no ha prohibido mediante una *fattispecie* no es un delito⁸²⁹, es lógico que se reconozca -implícita y correlativamente- sí una prohibición de que el juez (u cualquier otro servidor público) pueda crear delitos a través de la adecuación de un caso similar en una *fattispecie* que, taxativamente, no lo contempla⁸³⁰.

4.7. Conclusión:

De acuerdo con DE FRANCESCO, en el derecho penal la analogía -más que prohibida- es incompatible con la estructura y función de la *fattispecie* y con los principios de determinación estricta e irretroactividad de la ley penal⁸³¹. En consecuencia, si se llegase a reconocer la analogía, se desvirtuarían los demás principios en su totalidad, razón por la que tal prohibición resulta ser un asunto no sólo lógico y razonable, sino además necesario atendiendo la congruencia interna dentro de los componentes del principio de legalidad penal. La reserva de ley penal, la determinación estricta de ella y su irretroactividad presuponen que la actividad del juez sea meramente aplicativa de la ley, y no creativa de delitos. Puede decirse, entonces, que este axioma particular constituye la amalgama interna que une y conecta los demás subprincipios del apotegma de legalidad penal.

Como se verá al analizar el principio de determinación estricta, es lógico proponer *de lege data* la prohibición conjunta no sólo de la analogía sino de la interpretación extensiva; al ser una interpretación teleológicamente orientada, se corre el riesgo de realizar -por esta vía- un juicio analógico teniendo como base el tipo criminoso y su contexto valorativo⁸³².

5. Principio de determinación estricta de la ley penal. *Nullum crimen sine lege certa*:

5.1. Concepto general:

En la primera parte de este capítulo se analizó la reserva de ley penal establecida por las constituciones políticas de Italia y Colombia; en la segunda parte, se estudió el principio de irretroactividad de la misma ley penal, con el consecuente axioma de retroactividad de la ley más

⁸²⁹ BELING E., *Il significato del principio: "nulla poena sine lege poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, in *La Giustizia Penale*, Vol. XXXVIII, N° 1, Roma, 1931, p. 320-321; BELING E., *La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1944, p. 5.

⁸³⁰ FIORELLA A., voce *Reato* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 800.

⁸³¹ Cfr. DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 121.

⁸³² Cfr. FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 124.

favorable; en una tercera parte se desarrolló la prohibición de analogía como un principio lógico y necesario que permite, de hecho, concretar y garantizar las demás consecuencias del principio de legalidad penal. Hasta este punto, se han desarrollado las consecuencias que se derivan del *sentido negativo* del principio de legalidad penal, asunto ya desarrollado al comienzo de este trabajo (*infra*, cap. II, 2)⁸³³.

Sin embargo, también se ha precisado que el principio de legalidad penal tiene otro *sentido positivo*. El principio de determinación estricta de la ley desarrolla este sentido tanto en su perspectiva *formal* (a través de la construcción del derecho penal moderno mediante *fattispecie*) así como en su sentido *material* (a través del respeto y cumplimiento de ciertas exigencias sustanciales imprescindibles para definir el delito); con ello se demuestra -con mayor contundencia que en las otras consecuencias- la necesaria naturaleza constitucional del axioma de legalidad penal.

El análisis de este principio exige, como punto de partida metodológico, asumir una definición de qué debe entenderse por ley penal determinada. A tales efectos, PALAZZO -en su obra *Il principio de determinatezza nel diritto penale*- asegura que la determinación es la idoneidad de un dato de ser conocido, en sí mismo, de manera precisa y, eventualmente, en el significado que él expresa⁸³⁴. Una ley penal determinada es, entonces, aquella idónea para ser conocida de manera precisa, tanto en sí misma (su redacción) como en su significado (el comportamiento prohibido, que representa un determinado *desvalor*).

Otra precisión que debe realizarse, antes de estudiar este principio, es la diferencia existente entre los conceptos de taxatividad (*tassatività*) y determinación (*determinatezza*). Puede pensarse que se trata de conceptos sinónimos (una ley taxativa es, por tanto, determinada)⁸³⁵; sin embargo, lo más correcto es reconocer que ambos elementos responden a diferentes exigencias dentro del principio de legalidad penal y, por lo tanto, no pueden confundirse teóricamente. Una ley penal puede ser taxativa pero no determinada, y viceversa, lo que demuestra la diferencia conceptual entre ambos⁸³⁶. La determinación es entendida, de esta manera, como un atributo predicable de la ley penal, mientras que la taxatividad se trataría de un límite de interpretación frente al juez, a partir del cual

⁸³³ Esta afirmación, sin embargo, se realiza con una pequeña salvedad: en realidad, el principio de reserva de ley y el principio de prohibición de analogía comparten también algunas características del *sentido positivo* del principio de legalidad penal. La reserva de ley penal representa, sin lugar a dudas, la consolidación del *sentido positivo formal* en la medida en que a través de la ley (y sólo por medio de ella) se define formalmente el delito, garantizándose así el significado filosófico del principio de legalidad penal; de igual manera, a través de la prohibición de analogía se logra, en efecto, garantizar que sea sólo el órgano legislativo quien defina el delito, a efectos de que éste cumpla -además- con las exigencias sustanciales establecidas por el principio de legalidad penal (es decir, el *sentido positivo material* del principio de legalidad penal).

⁸³⁴ “*determinatezza l'idoneità di un dato ad essere precisamente conosciuto in se stesso ed eventualmente nel significato che esso esprime*”. Cfr. PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 1.

⁸³⁵ En este sentido, véase, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 146-147.

⁸³⁶ “*Per quanto riguarda, invece, l'aspetto della formulazione delle norme, non sembra del tutto corretto instaurare una completa identità tra i due fenomeni della determinatezza e della tassatività. Invero, è ovvio che, da un lato possono esservi e vi sono numerose norme redatte in termini precisi ed univoci, ma suscettibili di estensione analogica; così come, dall'altro lato, sono immaginabile norme non suscettibili di estensione analogica, ma dal contenuto problematico, come potrebbe essere una fattispecie costruita mediante un'elencazione «chiusa», nella quale però compaiono due termini tra loro contraddittori*”. Cfr. PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 13. En el mismo sentido, FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 67. Existen autores que, incluso, diferencian dentro del principio de determinatezza dos principios diferentes (un principio de determinatezza y otro principio de precisión). Vid. MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 60.

surge la prohibición de analogía⁸³⁷. Sin embargo, esta diferencia constituye una mera cuestión de forma, pues atendiendo al significado de garantía del principio de legalidad penal, es indiscutible que ambos principios se encuentran lógicamente vinculados⁸³⁸.

La exigencia de claridad en la ley penal es el reverso del monopolio de creación de ésta por parte del legislador (y de la correlativa prohibición de aplicación analógica de la ley penal frente al juez)⁸³⁹. Si la ley penal (expedida por el legislador o por la autoridad constitucionalmente delegada para tal fin) es el único medio de creación del derecho penal, es claro que la analogía debe ser proscrita como forma de creación de ese mismo derecho penal objetivo. Pero dicha proscripción genera a la autoridad creadora del derecho penal una serie de exigencias a efectos de lograr que la ley penal sea aplicada en la realidad.

El principio de legalidad penal, entonces, no sólo prohíbe la integración analógica de la ley penal (impone una prohibición al intérprete de la ley de crearla), sino que establece la obligación de redactar y expedir leyes claras y precisas (impone, de igual manera, una exigencia al creador de la ley⁸⁴⁰). El principio de prohibición de analogía (prohibición, o límite negativo) y el principio de determinación estricta (imposición, o límite positivo) son dos extremos que se vinculan inexorablemente: para evitar la analogía en materia penal, el principio de legalidad penal exige la determinación precisa (“*lo más precisa posible*”⁸⁴¹) de la conducta prohibida⁸⁴².

La aplicación de una ley penal indeterminada genera -a través de un proceso de subsunción defectuoso, producido por la misma indeterminación de la disposición normativa- un procedimiento analógico⁸⁴³; por ello, la determinación estricta de la ley penal se concreta, así, en un límite interno de la *fattispecie* que, mediante una estricta formulación legislativa, intenta reducir la incerteza en la aplicación de la ley penal⁸⁴⁴. De la misma forma, la prohibición de analogía establece un límite externo a la *fattispecie*, prohibiéndole al juez agrupar hipótesis no incluidas en la *dimensione normativa astratta* establecida por ésta⁸⁴⁵, buscando reducir de esta forma la misma incerteza aplicativa de la ley penal.

Parece incuestionable que, entre dos extremos como lo son el arbitrio del juez o la determinación de la ley penal, ésta última genere mayores garantías⁸⁴⁶ pues por medio del principio de determinación estricta se busca garantizar -y mantener- el primado de la ley penal como única fuente de derecho, a través de la reducción del espacio de discrecionalidad del juez⁸⁴⁷. Precisamente,

⁸³⁷ En este sentido, MOCCIA S., *La promessa*, op. cit., p. 13.

⁸³⁸ RAMACCI F., *Corso*, op. cit., p. 46, 83.

⁸³⁹ AA. VV., *La legge penale*, op. cit., p. 31; BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 777; YACOBUCCI G., *El sentido*, op. cit., p. 260.

⁸⁴⁰ ZAFFARONI E.; ALAGIA A.; SLOKAR A., *Derecho penal*, ob. cit., p. 116. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 6, 10-11.

⁸⁴¹ Cfr. ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 140.

⁸⁴² PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 34; PALAZZO F., *Legalità penale*, op. cit., p. 1306; RAMACCI F., *Corso*, op. cit., p. 82. De tal forma, la determinatezza también excluiría la aplicación análoga de la ley penal. Cfr. BARATTA A., *Principios*, op. cit., p. 306; FIORELLA A., voce *Reato (Enc. Dir.)*, op. cit., p. 802.

⁸⁴³ Cfr. PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 6.

⁸⁴⁴ PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 225.

⁸⁴⁵ Cfr. PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 34.

⁸⁴⁶ BATTAGLINI G., *Diritto penale*, op. cit., p. 25.

⁸⁴⁷ PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 126; PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 254.

atendiendo tal ideal, este axioma busca evitar algunos peligros recurrentes en la redacción de tipos penales, como lo son las *fattispecie* genéricas o indeterminadas⁸⁴⁸, la utilización de cláusulas generales de responsabilidad penal⁸⁴⁹ y la redacción de comportamientos mediante signos lingüísticos elásticos o indeterminables⁸⁵⁰.

Ante este ideal de certeza jurídica, anhelado en el derecho penal, se ha entendido que la claridad es un componente fundamental del principio de legalidad penal⁸⁵¹ y, con ello, componente mismo de la ley penal, pues es claro que aquello que puede predicarse de este principio puede deducirse -en la misma medida- de la ley penal como su objeto. Por esta razón, el axioma de legalidad penal exigiría, con razón, la “*mayor precisión técnica posible*”⁸⁵². Por ello, es entendible que la determinación de la ley penal sea una exigencia mayor en el derecho penal que en otras ramas del ordenamiento jurídico⁸⁵³.

Ahora bien, ¿qué significa que la ley penal debe ser determinada de manera estricta? La doctrina ha buscado algunos caracteres que logren identificar o, cuanto menos, señalar los requisitos que ésta debe cumplir. Sin lugar a dudas, cuando se habla de determinación estricta se habla de un juicio de idoneidad frente a la ley penal⁸⁵⁴, a efectos de poder calificar su contenido como evidente⁸⁵⁵, preciso⁸⁵⁶ e, incluso, como cierto (en términos de razonabilidad)⁸⁵⁷. Dicho juicio de idoneidad se debe realizar frente a un objeto particular, asunto altamente debatible; al respecto, se han utilizado bastantes opciones para identificar el objeto sobre el cual la determinación estricta debe darse, pues parece lógico que hablar de que la ley sea en sí misma determinada no contribuye en nada con la precisión esperada de este axioma. Se ha determinado, por ejemplo, que aquello determinado debe ser el contenido de la norma⁸⁵⁸, ya sea concretado éste en la razón efectiva de su desvalor social⁸⁵⁹, e incluso en la razonabilidad de la aplicación de la norma (es decir, sus límites en la aplicación)⁸⁶⁰; de hecho, también se ha tratado de concretar este apotegma a través de la clara determinación de la línea de lo lícito y lo ilícito, como esfera de libertad normativa⁸⁶¹.

5.2. Fundamento *normativo* del principio de determinación estricta:

Habiéndose precisado el concepto general del principio de determinación estricta de la ley penal, debe estudiarse el fundamento normativo del mismo. Una problemática particular genera este principio, pues al ser dirigido exclusivamente al órgano legislativo, el fundamento normativo de éste debe responder con necesidad a un reconocimiento constitucional⁸⁶², todo ello a efectos de que

⁸⁴⁸ VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 326.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, p. 326.

⁸⁵⁰ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 120.

⁸⁵¹ Cfr. PAPA M., *La questione*, op. cit., p. 34.

⁸⁵² ZAFFARONI E.; ALAGIA A.; SLOKAR A., *Derecho penal*, ob. cit., p. 116. En el mismo sentido, PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 193.

⁸⁵³ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 2.

⁸⁵⁴ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 68.

⁸⁵⁵ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 82.

⁸⁵⁶ *Ibidem*, p. 82.

⁸⁵⁷ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 68; DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 101.

⁸⁵⁸ *Ibidem*, p. 68.

⁸⁵⁹ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 82.

⁸⁶⁰ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 68; RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 85.

⁸⁶¹ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 101.

⁸⁶² Cfr. PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 26. En el mismo sentido, LICCI G., *Modelli*, op. cit., p. 252-253.

sea realmente exigible. Es indiscutible que, siendo sólo un principio legal, el axioma de determinación estricta no obligaría al propio legislador, no teniendo fuerza vinculante alguna para él.

En relación con el ordenamiento jurídico italiano, y el reconocimiento constitucional de este apotegma, es necesario indicar que se han ensayado hasta seis interpretaciones diferentes con el objetivo de demostrar, precisamente, tal reconocimiento en el texto constitucional. Una primera interpretación asegura que la Cos. ital. no contempla ninguna exigencia de determinación estricta en materia penal⁸⁶³; ello, por cuando de manera textual, sólo se consagran constitucionalmente el principio de reserva de ley y el principio de irretroactividad⁸⁶⁴. Se llega, así, a esta primera interpretación al contrastar la expresión “*espressamente*” contenida en el c.p.i., pero ausente en la Cos. ital⁸⁶⁵. Sin lugar a dudas se trata de una interpretación que, aunque razonable, es incorrecta como se verá a través de las siguientes cinco interpretaciones; constituye, de hecho, una posición minoritaria y reducida que no refleja el real reconocimiento normativo de este axioma en la constitución italiana.

Una segunda interpretación parte del art. 25, inciso 2º Cos. ital. y de la presunta *ratio* de certeza que de tal disposición se desprende frente a este principio⁸⁶⁶, todo ello bajo el entendido de que la determinación de un comportamiento prohibido a través de normas redactas en términos vagos y muy amplios afecta la garantía de los ciudadanos frente a su libertad política y civil⁸⁶⁷. Por ello, la *ratio* de certeza que surge del principio de determinación estricta se debe interpretar en clave de *favor libertatis*, en cuanto establece límites ciertos e irrenunciables como límite general de la libertad de los ciudadanos⁸⁶⁸. También se ha afirmado que este axioma se reconocería del mismo art. 25 *eiusdem*, a través de una *ratio* de garantía⁸⁶⁹; sin embargo, tal posición se limita a establecer la determinación de la ley penal como una exigencia dirigida sólo al poder judicial, razón por la cual no puede ser su enfoque principal⁸⁷⁰.

También se ha reconocido, implícitamente, el fundamento normativo de este axioma a través de la misma norma constitucional, dado que al reconocer de manera explícita el principio de irretroactividad de la ley penal, tal prohibición sólo puede tener sentido frente a leyes penales determinadas, puesto que la amplitud en la descripción del comportamiento prohibido produciría siempre una aplicación *ex post facto* de la ley penal por parte del juez⁸⁷¹.

Ahora bien, se presenta una tercera interpretación (en realidad, la más compartida por la doctrina) que reconoce el principio de determinación estricta a través del art. 13, inciso 2º Cos. ital., a través de la necesidad de que toda privación de la libertad -incluidas aquellas sanciones del derecho penal

⁸⁶³ En esa medida, CORDERO F., voce *Legalità penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 5.

⁸⁶⁴ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 27-28.

⁸⁶⁵ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 754; LICCI G., *Figure*, op. cit., p. 119; LICCI G., *Modelli*, op. cit., p. 252-253.

⁸⁶⁶ TRAPANI M., voce *Legge penale* (*Enc. giu.*), op. cit., p. 3.

⁸⁶⁷ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 800. En el mismo sentido, a través de una conexión funcional con el principio de reserva de ley reconocido en el art. 25 Cos. ital., PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 21-22, 35.

⁸⁶⁸ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 61.

⁸⁶⁹ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 800; VASSALLI G., voce *Nullum crimen* (*Dig. disc. pen.*), op. cit., p. 327.

⁸⁷⁰ Vid. PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 34-35.

⁸⁷¹ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 102-103. También se puede deducir, implícitamente, del reconocimiento constitucional al principio de reserva de ley. Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 62.

que generen tal efecto- debe estar establecida sólo a través de la ley (“*nei soli casi e modi previsti dalla legge*”)⁸⁷². Al establecer el art. 13 *ejusdem* dicho límite constitucional para la privación de la libertad, se reconoce tanto el principio de reserva de ley como el principio de prohibición de analogía, pues sí la privación de la libertad puede darse sólo en los casos previstos por la ley, cualquier otro caso se excluiría *per se*, aún a través de una interpretación analógica⁸⁷³. En esa medida, el reconocimiento constitucional del principio de prohibición de analogía impone correlativamente una obligación de formular, de manera clara, la ley que en efecto establezca los casos en los que puede legítimamente privarse de la libertad⁸⁷⁴. Al ser reconocido explícitamente por el art. 13 Cos. ital., el art. 1 c.p.i. y el art. 14 *Preleggi* adquieren, por su similar contenido, naturaleza de normas constitucionales en sentido material⁸⁷⁵.

Una cuarta interpretación edifica el fundamento constitucional del principio de determinación estricta de la ley penal a través del principio de igualdad, como exigencia de certeza en la aplicación del derecho penal⁸⁷⁶. Una quinta interpretación lo hace de la misma manera, pero frente al art. 24, inciso 2º Cos. ital. donde se establece el derecho de defensa, el cual es imposible de concretar en la realidad a través de leyes penales indeterminadas⁸⁷⁷. Finalmente, existe una sexta interpretación que deduce este principio de la *ratio* y espíritu de la Constitución italiana en su totalidad⁸⁷⁸.

Es indudable, atendiendo la variedad de teorías existentes, que la problemática relacionada con el reconocimiento normativo del principio de determinación estricta de la ley penal es de carácter nominal, más que sustancial. Es decir: se sabe que este axioma es reconocido por el texto constitucional (imposible no reconocerlo); lo difícil, pues, es identificar la forma en que la Constitución política lo hace, y es por ello que se han edificado hasta cinco interpretaciones diferentes para identificar la disposición constitucional pertinente. Parece ser que, el hecho de que este principio sea reconocido por la *ratio* y espíritu global de la Cos. ital. no es una interpretación equivocada, pues es indudable que así lo hace. Ahora bien, dicho reconocimiento se concreta con mayor contundencia en el art. 13 *ejusdem* pues parece lógico que el constituyente, al momento de establecer la reserva de ley penal y prohibir -correlativamente- la analogía en el derecho penal, haya consagrado además la exigencia de una definición estricta del delito, como causa o motivo legítimo para la privación de la libertad. Dentro de la aplicación de la ley penal, la determinación estricta de ésta impide que el juez establezca o defina otros hechos diferentes a aquel contemplado expresamente por la ley; en esa medida, dicha determinación concretaría, indirectamente, una prohibición de analogía⁸⁷⁹, razón para encontrar en las mismas disposiciones constitucionales en las que se reconoce dicha prohibición esta exigencia de determinación.

⁸⁷² BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 800. En el mismo sentido, CONTENTO G., *Corso*, op. cit., p. 49; DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 103; PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 35-36; MOCCIA S., *La promessa*, op. cit., p. 27; PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 46-48.

⁸⁷³ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 49.

⁸⁷⁴ *Ibidem*, p. 49.

⁸⁷⁵ CONTENTO G., *Corso*, op. cit., p. 49.

⁸⁷⁶ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 103.

⁸⁷⁷ DE VERO afirma que las normas penales indeterminadas no permiten ejercer el derecho de defensa frente a la contestación de la acusación, concretándose así un vínculo entre el principio de determinación estricta y el derecho de defensa penal. Cfr. DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 109.

⁸⁷⁸ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 327. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 49-50.

⁸⁷⁹ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 6.

De la misma manera, el reconocimiento constitucional también puede deducirse del art. 25 Cos. ital., específicamente a través de la *ratio* de garantía reconocida -por medio de esta disposición constitucional- a las demás consecuencias del principio de legalidad penal. Si el principio de reserva de ley, el axioma de irretroactividad y la prohibición de analogía se construyen a efectos de garantizar la libertad individual de todo ciudadano, lo lógico es que el principio de determinación estricta de la ley comparta esa misma intención, garantizándola mediante la certeza en la aplicación del derecho. Con ello, la *ratio* constitucional acogida frente a este apotegma es, sin lugar a dudas, una *ratio* de garantía específica, atendiendo la exigencia de seguridad jurídica (certeza) que el principio está llamado a cumplir; no es descabellado afirmar que la *ratio* de este principio es tanto una de garantía como de certeza.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico colombiano, y siguiendo la interpretación ya realizada frente a Italia, puede concluirse que el art. 28 Cos. col. reconoce explícitamente el axioma de determinación estricta⁸⁸⁰. Cuando dicha disposición normativa exige, como requisito previo a cualquier limitación a la libertad, que el motivo esté definido previamente por la ley, se está refiriendo de manera directa al principio de determinación estricta de la ley penal frente a la conducta prohibida⁸⁸¹. Al igual que sucede con el art. 25 Cos. ital, el artículo que reconoce el principio de legalidad penal en Colombia (art. 29, inciso 2º constitucional) también reconoce -esta vez, de manera implícita- este axioma fundamental⁸⁸²; es evidente que al establecer que nadie puede ser juzgado sino conforme a las *leyes preexistentes*, exige correlativamente que tales leyes definan, de manera clara y estricta, los motivos por los cuales una persona será juzgada. Por si no fuera poco, la *ratio* de garantía ya reconocido frente a los demás subprincipios, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, también respaldan esta conclusión.

Incluso, puede afirmarse que la exigencia de certeza, claridad y determinación establecida por este principio también puede deducirse, implícitamente, del art. 1 Cos. col. como una directriz inherente de un Estado democrático de derecho⁸⁸³.

Frente al c.p.c., son dos las disposiciones que pueden reconocer esta consecuencia del principio de legalidad penal. Por una parte, el art. 6 que define el principio de legalidad penal. Al compartir la misma redacción que el ya analizado art. 29 Cos. col. puede concluirse que, aunque no se desprenda de manera directa este axioma⁸⁸⁴, el mismo puede reconocerse de manera implícita. El

⁸⁸⁰ Ambas disposiciones (art. 13 Cos. ital. y art. 28 Cos. col.) son literal y teleológicamente similares.

⁸⁸¹ Cfr. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 154. Con esta interpretación, pero confundiendo los conceptos del principio de determinación estricta (“*determinatezza*”) como presupuesto del principio de legalidad penal y el principio de tipicidad, véase, FERNÁNDEZ CARLIER E., *Estructura de la tipicidad penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, III ed., 1999, p. 76.

⁸⁸² Asegurando que el reconocimiento no es explícito, véase, CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 129; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 154.

⁸⁸³ Cfr. CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 129. Sin embargo, y a pesar de este reconocimiento abstracto y general del principio de determinación estricta en el texto constitucional, no es de recibo una interpretación que intenta ver en el art. 34 Cos. col., que reconoce la prohibición en Colombia de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, un reconocimiento directo a este principio. Cfr. Vid. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 154. Aun cuando la interpretación se refiera al principio de determinación estricta de las sanciones penales (*nulla poena*), tal axioma parece no estar reconocido en dicha disposición normativa; de hecho, la prohibición constitucional de tales penas obedece, más que a razones de determinación, a razones de humanidad, por lo que en realidad se trataría de un reconocimiento constitucional del principio de *dignidad humana*, máximo límite material del derecho punitivo en un Estado democrático de derecho.

⁸⁸⁴ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 145.

reconocimiento expreso del principio de determinación estricta es indiscutible, por el contrario, dentro del art. 10 (denominado, erróneamente, tipicidad), al exigir que los tipos penales sean redactados de manera cierta, precisa y cierta⁸⁸⁵.

5.3. Fundamentos *extranormativos* del principio de determinación estricta:

Igual que frente a las demás consecuencias del principio de legalidad penal, la determinación estricta de la ley obedece también a ciertos fundamentos *extranormativos* que explican, precisamente, su consagración normativa en el ordenamiento jurídico colombiano e italiano. En realidad, se trata de cuatro fundamentos diferentes que logran explicar, lógicamente, la necesidad de esta exigencia normativa en el derecho penal.

El primer fundamento es, sin lugar a dudas, un *fundamento funcional de certeza*, pues es indudable que la determinación estricta de la ley penal busca indicar, con la mayor precisión posible, el comportamiento prohibido⁸⁸⁶. De esta manera, a través de la redacción clara y concreta del delito se garantiza al ciudadano la posibilidad de conocer de manera previa el ámbito de punibilidad del derecho penal. De esta manera se vincula el principio de legalidad penal con el principio de culpabilidad (a través de la función preventivo general de la pena) y el principio de igualdad⁸⁸⁷. De esta manera, el principio de legalidad (y, correlativamente, el principio de determinación estricta) cumplirían un rol funcional respecto del conocimiento exigido a nivel constitucional y legal⁸⁸⁸.

Sin lugar a dudas, la certeza a la que aspira el derecho penal (por medio de la exigencia de determinación estricta de la ley) se concreta en una mera posibilidad de prever la punibilidad del propio comportamiento⁸⁸⁹. Se trata de una exigencia racional de todo ordenamiento jurídico, connatural -como lo señala PALAZZO- al carácter de *norma-comando* que, en el derecho penal, tiene la ley⁸⁹⁰. Sin lugar a dudas, frente a esta función del axioma, se consolida un presupuesto de responsabilidad penal que, en últimas, viene absorbido por el principio de culpabilidad⁸⁹¹. De esta manera, entre este principio y el principio de determinación existe un vínculo funcional, pues la ley penal -formulada de manera clara- se vincula con la atribución por parte del ciudadano de un contenido específico que de ella debe derivarse⁸⁹².

Desde una perspectiva teleológica, al ser la pena una privación de la libertad, es necesario un conocimiento potencial de los límites de la punibilidad, función que cumple el principio de culpabilidad a través del principio de determinación de la ley penal⁸⁹³. Si no existe una posibilidad real de conocer la prohibición penal (por su carácter indeterminado, por ejemplo), el castigo de una persona vulnera su dignidad pues el Estado convierte así al ciudadano en un instrumento o medio

⁸⁸⁵ *Ibidem*, p. 145.

⁸⁸⁶ PETROCELLI B., *Appunti*, op. cit., p. 193.

⁸⁸⁷ AA. VV., *La legge penale*, op. cit., p. 32; VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 326.

⁸⁸⁸ Cfr. PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 92, 128.

⁸⁸⁹ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 167-168.

⁸⁹⁰ *Ibidem*, p. 169. “*predeterminazione normativa del precetto riglette e presuppone la struttura razionale del meccanismo punitivo*”. Cfr. PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 93.

⁸⁹¹ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 169.

⁸⁹² Cfr. PAPA M., *La questione*, op. cit., p. 31-32.

⁸⁹³ Vid. DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 102.

para realizar un fin exclusivo de prevención general⁸⁹⁴. El conocimiento potencial que se espera de la ley penal es, por tanto, tan general y abstracto como la norma jurídica de la cual surge, pues el procedimiento de aplicación de la ley penal debe ser unívoco, concretándose así un fundamento de igualdad⁸⁹⁵.

Sin lugar a dudas, la teoría del “*diritto vivente*” y el cambio que plantea (de la ley a la norma penal concreta e individualizada en la sentencia) generan serias dificultades para afirmar que es la primera la encargada de otorgar certeza jurídica, máxime cuando tal función le ha sido asignada a la interpretación judicial. A pesar de los intentos teóricos (ya expuestos) respecto de la validez de esta particular posición, lo cierto es que la previsibilidad de la interpretación judicial resulta casi imposible, por las variantes inherentes a todo proceso penal⁸⁹⁶; la jurisprudencia es, potencialmente, menos accesible al conocimiento del ciudadano común que una ley general y abstracta⁸⁹⁷. Por ello, si el conocimiento potencial de la ley penal (a través de su carácter general y abstracto) es discutida, mucho más discutida es aquel conocimiento que pueda predicarse de la norma penal como resultado de una interpretación judicial.

Por si no fuera poco las anteriores objeciones a la teoría del “*diritto vivente*”, debe afirmarse además que los dos caracteres que se predicán de la certeza jurídica, esto es la estabilidad y la uniformidad, no pueden garantizarse por medio de un derecho jurisprudencial en el cual no existan controles formales como el precedente vinculante y obligatorio (marco de actuación normativo previo)⁸⁹⁸.

Sin lugar a dudas, esta teoría -aun cuando no logra soportar su punto de partida- pone el dedo en la llaga frente a las dificultades por demostrar que la ley penal puede, efectivamente, lograr el conocimiento frente al comportamiento prohibido. Esta objeción puede responderse de dos maneras; la primera, atiende al carácter *potencial* del conocimiento que la ley penal -a través de su determinación estricta- pretender cumplir, pues de ninguna manera la ley ni ninguna otra fuente jurídica logrará garantizar un conocimiento concreto del asunto legislado. Finalmente, ¿el conocimiento de la ley -como cualquier clase de conocimiento- no depende de quién desea conocer, como sujeto que lo busca?

La segunda manera para responder esta dificultad (más que práctica, en realidad jurídica), es una propuesta tendiente a negar en la determinación estricta de la ley penal cualquier posibilidad por cumplir, siquiera de manera potencial, una función intimidatoria real y precisa; por el contrario, el conocimiento del ciudadano frente a la prohibición no se materializa por el tipo de redacción de la norma sino más bien por su real (y necesaria) ofensividad⁸⁹⁹. De esta manera, la capacidad intimidatoria de la ley penal dependerá no de su formulación lingüística, sino más bien del conocimiento genérico del común de los ciudadanos ante el carácter necesariamente ofensivo de

⁸⁹⁴ PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 129.

⁸⁹⁵ *Ibidem*, p. 129.

⁸⁹⁶ Cfr. PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 168.

⁸⁹⁷ PAPA M., *La questione*, op. cit., p. 44.

⁸⁹⁸ *Ibidem*, p. 45.

⁸⁹⁹ “*secondo l'elementare psicologia dell'uomo comune, ciò che assicura l'efficacia intimidatrice della legge, pur nella sua normale ignoranza o generica conoscenza, è la comune coscienza che le offese agli interessi altrui comportano conseguenza giuridiche negative*”. Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 61.

los comportamientos prohibidos⁹⁰⁰. Sin embargo, con esta solución se plantea otra problemática aún más ardua de resolver que consiste en precisar el real alcance del principio de determinación de la ley penal: ¿la exigencia de determinación se debe predicar de la ley penal y su redacción, de su potencialidad para ser interpretada o de la interpretación que de ella surge? Este asunto será resuelto en el siguiente acápite.

Además del primer *fundamento funcional de certeza*, el principio de determinación estricta responde a un segundo *fundamento lógico de garantía*, en la medida en que a través de dicha exigencia se logra establecer un parámetro claro de un comportamiento legalmente prohibido⁹⁰¹. Tal concreción sintetiza la relación existente entre el derecho (como conjunto de proposiciones lingüísticas prescriptivas que adquieren un significado por la experiencia) y el hecho (como suceso histórico), siendo la forma en que se logra cumplir el principio de legalidad penal como garantía de certeza⁹⁰². De esta manera, la ley penal debe expresar de manera clara la decisión política que fundamentó la penalización de un comportamiento determinado⁹⁰³.

En otras palabras, el principio de determinación estricta del hecho prohibido materializa el principio de legalidad penal, pues evita tanto su desconocimiento como la posibilidad de que “*si riduca ad una semplice etichetta mendace*”⁹⁰⁴; es indudable que este axioma garantiza de manera directa la garantía de certeza que se deduce del propio principio de legalidad penal⁹⁰⁵.

La determinación estricta de la ley penal es un autolímite al poder punitivo del Estado, razón por la cual tiene un significado de garantía en cuanto precisión del precepto normativo⁹⁰⁶. De esta manera, y vinculado con el principio de fragmentariedad, la libertad individual (como derecho fundamental) constituye la regla general, mientras que la prohibición penal, limitada además por la exigencia de determinación, debe ser la excepción más específica de todo el ordenamiento jurídico⁹⁰⁷. Sólo así (esto es, a través de una definición precisa del comportamiento prohibido) puede lograrse efectivamente que el derecho penal constituya la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico⁹⁰⁸.

Precisamente, dicha determinación tiene un significado de garantía en la medida en que busca evitar abusos por parte del poder judicial, al intentar reducir los espacios de discrecionalidad al momento de decidir un caso, definiendo de manera previa la *regula iuris* aplicable⁹⁰⁹: “*è evidente, infatti, che, rispetto ad una norma redatta con chiarezza e precisione, il procedimento interpretativo di adeguamento del caso concreto risulterà più semplice ed univoco e, di conseguenza, molto più*

⁹⁰⁰ *Ibidem*, p. 60-61. Otros autores, como PALAZZO, realizan la misma vinculación de la conoscibilità de la prohibición penal, pero atendiendo a la norma de cultura. Cfr. PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 92.

⁹⁰¹ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 85.

⁹⁰² *Ibidem*, p. 84.

⁹⁰³ *Ibidem*, p. 85.

⁹⁰⁴ NUVOLONE P., *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in NUVOLONE P., *Ultimi scritti (1981-1985)*, a cura di M. PISANI, Padova, CEDAM, 1987, p. 171.

⁹⁰⁵ VASSALLI G., voce *Nullum crimen (Dig. disc. pen.)*, op. cit., p. 326.

⁹⁰⁶ MOCCIA S., *La promessa*, op. cit., p. 17-19.

⁹⁰⁷ Vid. PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 170.

⁹⁰⁸ En este respecto: “*dalla norma penale debba emergere con sufficiente precisione sia il bene che si vuole proteggere con la minaccia della pena, sia le specifiche modalità di aggressione, a cui è riservata la risposta penale*”, FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 68.

⁹⁰⁹ DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 108; PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 130; FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 69.

*basso sarà il rischio di disuguaglianze*⁹¹⁰. Es indiscutible que una mayor precisión en la formulación lingüística del delito generará una mayor vinculación del juez al contenido de la ley penal, por lo que la definición normativa de la *fattispecie* será mucho más eficaz al momento de subsumir el hecho en la prohibición penal⁹¹¹.

Sin embargo, esta función de garantía no busca lograr una certeza absoluta en la aplicación de la ley penal, ideal imposible; por el contrario, busca lograr sólo la mayor certeza posible⁹¹². Por ello, lo que se busca evitar mediante este axioma es la indeterminación que pueda manifestarse dentro del precepto de la ley penal, de tal forma que pueda establecerse *a priori*, antes de la comisión del hecho, cuál es el comportamiento prohibido⁹¹³.

De manera conjunta a los anteriores fundamentos, la determinación que se busca conseguir en la ley penal a través de este principio también logra consolidar un *fundamento racional*, puesto que la claridad de la norma penal hace parte de su propia esencia lógica⁹¹⁴. Si la ley penal es una norma comando (partiendo, por supuesto, de un concepto imperativo de la misma), toda orden busca -por parte de quien la emite- ser cumplida; en esa medida, la ejecución de una orden depende, con necesidad, de la posibilidad lógica de conocerla con suficiente claridad⁹¹⁵. De esta manera, la determinación de la ley penal se coloca en un plano de validez general, como un requisito lógico y necesario para que ésta (la disposición normativa) pueda actuar como una real *norma-comando*⁹¹⁶.

Finalmente, el cuarto fundamento que posee el principio de determinación estricta de la ley penal es el fundamento político-institucional, pues desde un plano ideológico (que no responde siempre a la realidad), este principio es connatural a un determinado tipo de Estado. Al delimitar la actividad interpretativa del juez, este principio responde a una idea de separación de poderes; por ello, no sólo limita el poder del juez sino, también, limita el propio poder punitivo del Estado a favor de la libertad de los ciudadanos⁹¹⁷.

La interpretación del juez debe respetar ciertos parámetros legislativos; sin la claridad necesaria en la ley penal, el juez se convertiría necesariamente en legislador, lo cual afectaría la reserva de ley en materia penal y la certeza (como garantía constitucional)⁹¹⁸. La determinación estricta de la ley se convierte, así, en una garantía de concentración del poder legislativo en la creación de las normas penales.

Es claro que, acorde con el principio de reserva de ley, la determinación concreta de la *regula iuris* corresponde únicamente al órgano legislativo, quien adquiere dicho poder desde una instancia de legitimidad democrática⁹¹⁹. Por ello, son claras las palabras utilizadas por PALAZZO, en el sentido

⁹¹⁰ MOCCIA S., *La promessa*, op. cit., p. 19.

⁹¹¹ “*quinto è maggiore la precisione della formulazione legislativa del reato, tanto più il giudice risulta vincolato al contenuto del precetto e tanto più il messaggio legislativo sarà efficace*”. Cfr. FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 69.

⁹¹² MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 64.

⁹¹³ *Ibidem*, p. 64.

⁹¹⁴ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 813.

⁹¹⁵ *Ibidem*, p. 814.

⁹¹⁶ Con esta explicación, véase, PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 98-99.

⁹¹⁷ *Ibidem*, p. 108.

⁹¹⁸ AA. VV., *La legge penale*, op. cit., p. 32; NUVOLONE P., *Legalità penale*, op. cit., p. 180.

⁹¹⁹ PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 130.

de demostrar que el principio de determinación estricta, más que evitar el arbitrio judicial, busca confirmar el principio de reserva en la ley durante su proceso de aplicación (es decir, de interpretación)⁹²⁰. La determinación estricta de la ley es la contracara del principio de sujeción del juez a la ley, con lo cual ambos axiomas -de manera conjunta- logran cumplir con la exigencia de certeza jurídica; de esta manera, el primer principio es idóneo para vincular la función judicial de impartir justicia con la legitimación democrática que se deduce de la ley como su producto principal⁹²¹.

5.4. Alcance del principio de determinación estricta: ¿ley penal, susceptibilidad de ella para ser interpretada o norma penal?

El concepto del principio de determinación estricta de la ley penal ha sido precisado en términos más o menos generales, así como sus fundamentos jurídicos y *extranormativos* para ser reconocido en el texto constitucional de un Estado democrático de derecho. Sin embargo, asunto que queda aún por analizar es el correspondiente al *real* alcance de este principio, con lo cual se busca perfilar la forma en que la determinación estricta, la claridad y la precisión se deben materializar. Con ello, ¿cuál es el punto de partida del análisis de determinación?, ¿el objeto sobre el cual debe concretarse esta exigencia es la ley penal -en su redacción-, su susceptibilidad de ser interpretada, o la norma jurídica como su interpretación? Aunque parezca confuso, ya que a lo largo del presente trabajo se ha realizado un análisis respecto de la ley penal (como fuente de derecho emitida por el órgano legislativo, democráticamente legitimado para ello), es claro que éste -consecuencia de la teoría del “*diritto vivente*”- es un nuevo intento por modificar la base normativa del principio de legalidad penal, todo ello soportado bajo la actual “crisis” que este concepto aparentemente atraviesa.

Son, pues, tres los objetos frente a los cuales se ha intentado precisar la exigencia de determinación estricta:

5.4.1. La ley penal:

Por una parte, siendo ésta la posición tradicional, se busca concretar la exigencia de determinación estricta en la ley penal, a través de su contenido lingüístico. El punto de partida de esta primera posición es la extensión de la ley, es decir, la *univocità* de los signos lingüísticos utilizados por el órgano legislativo⁹²².

La ley penal es, desde esta perspectiva, una norma jurídica de limitación (una *norma di sbarramento*), establecida como límite para la aplicación del derecho por parte del juez⁹²³. Como lo afirma BATTAGLIANI, “*il campo di libertà del giudice si estende fin dove gli è consentito di sviluppare il contenuto legislativo esistente*”⁹²⁴.

⁹²⁰ *Ibidem*, p. 130.

⁹²¹ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 153.

⁹²² Cfr. PAPA M., *La questione*, op. cit., p. 38.

⁹²³ ANTOLISEI F., *Manuale*, op. cit., p. 69; ANTONISEI F.; CONTI L., *Istituzioni*, op. cit., p. 35; ANTONISEI F., *Elementi*, op. cit., p. 18; GRISPIGNI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 306.

⁹²⁴ BATTAGLIANI G., *Diritto penale*, op. cit., p. 44.

Siendo la ley penal el objeto que debe precisarse, la doctrina ha establecido algunos *criterios generales* para garantizar dicha determinación, que pueden clasificarse como criterios materiales y formales.

Frente a los criterios normativos o valorativos, sin lugar a dudas el límite material más importante en relación con la interpretación de la ley penal es el carácter empírico o fáctico de la misma, concretándose así el *sentido positivo material* del principio de legalidad penal. La ley penal debe establecer hechos empíricamente determinados a efectos de permitirle al juez emitir aserciones refutables (lógicamente), no simples juicios de valor subjetivos y completamente personales⁹²⁵. Se exige, así, la necesidad de que los hechos descritos por la ley se correspondan lógicamente con la realidad empírica⁹²⁶, para que de esta manera se logre concretar el derecho de defensa que todo ciudadano tiene en un Estado democrático de derecho; difícilmente tal derecho se logra concretar cuándo aquello a lo que el ciudadano se enfrenta es a un juicio de valor subjetivo emitido por el juez.

Sin embargo, de manera conjunta a este primer límite material, debe precisarse el criterio valorativo más importante con que cuenta el derecho penal para concretar la precisión esperada en la ley: y tal criterio es, precisamente, la valor (como parámetro) de un derecho penal mínimo⁹²⁷, cuyo pilar esencial se concreta en la certeza de que ningún inocente sea castigado, aun cuando la incertidumbre favorezca la impunidad frente al castigo de una persona responsable⁹²⁸. En este sentido, FERRAJOLI plantea la necesidad de acudir a una interpretación orientada en términos de favorabilidad frente al acusado (*favor rei*), verdadera norma de clausura de un derecho penal mínimo. Por ello, y a pesar de que este autor italiano limita esta interpretación orientada sólo frente a circunstancias de atenuación o exclusión de la responsabilidad penal⁹²⁹, puede afirmarse que el límite hermenéutico que puede ofrecer este planteamiento axiológico permite extender tal interpretación restrictiva al entero conjunto de leyes penales, tal como se concluirá en el siguiente acápite.

A pesar de que se considere, por algunos, que esta idea es una simple utopía, irrealizable en cualquier Estado⁹³⁰, sin lugar a dudas la noción de un *derecho penal mínimo* no es un ideal absoluto que deba ser cumplido -de manera plena- dentro de un ordenamiento jurídico. Al contrario, este concepto axiológico es un extremo que aglutina una serie de garantías sustanciales y procesales que -como su extremo correlativo, el derecho penal máximo- puede adecuarse en un ordenamiento de manera tangencial, y no completa⁹³¹. Sin lugar a dudas, a pesar de que resulte muy difícil en la práctica el garantizar valores básicos en un Estado de derecho, como lo puede ser la propia dignidad humana, la educación, el trabajo, la libertad, etc., es inconcebible una posición que intente desvirtuar tales valores ante cualquier tipo de dificultad por materializarlos, ¿por qué, entonces, debe

⁹²⁵ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 376; MANNA A., *Corso*, op. cit., p. 61.

⁹²⁶ Vid. CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 126; MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 60. MARINUCCI-DOLCINI hablan de una "*fenomenologia empirica verificabile*" a través de máximas de experiencia o leyes científicas. Cfr. MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 50; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 63.

⁹²⁷ MOCCIA S., *La promessa*, op. cit., p. 114-117.

⁹²⁸ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 106. Un derecho penal máximo se caracterizaría por establecer la certeza jurídica de una manera opuesta; la certeza de que todo responsable debe ser castigado implicaría el riesgo -y su aceptación implícita- de que inocentes sean condenados (*Derecho y razón*, p. 105-106). En esos términos se ha analizado, hasta ahora, la "creatividad" de la interpretación del juez por parte de la doctrina.

⁹²⁹ Cfr. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 105.

⁹³⁰ CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 129-133.

⁹³¹ Vid. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 103-104.

rechazarse la idea de un derecho penal mínimo cuando, de hecho, éste puede lograr el cumplimiento de muchos de estos derechos? Se trata de una crítica injustificada.

Un tercer límite material que debe mencionarse, junto con la noción de un *derecho penal mínimo* como parámetro de adecuación, constituye la exigencia -frente al legislador- de describir de manera suficientemente precisa el modelo de agresión que se desea prohibir (“*le specifichè modalità di aggressione, a cui è riservata la risposta penale*”⁹³²), con lo cual no sería suficiente redactar la prohibición penal en términos de lesividad, sino por el contrario, es necesario describir la agresión específica que el legislador quiere prohibir frente a un bien jurídico; tal especificidad conlleva a que, dentro de la prohibición, tienen que estar mencionados los rasgos empíricos más importantes de la conducta prohibida⁹³³. Así, la prohibición de un *acto de hurto* (o, como sucede en Colombia, un *acto de terrorismo*⁹³⁴) contraría las exigencias mínimas de determinación estricta que debe cumplir la ley penal, pues en estos casos el legislador no especifica la conducta precisa y necesaria que concreta, en últimas, la lesión al bien jurídico que se intenta tutelar. Se trata, a no dudarlo, de una opción político criminal ilegítima en la que se prefiere el contenido material de la prohibición sobre el límite formal que debe cumplir la ley penal, donde el órgano legislativo, más que prohibir una conducta humana empíricamente demostrable, prohíbe una agresión genérica y muchas veces indeterminada hacia un bien jurídico.

El tercer límite material busca encontrar la respuesta sobre la determinación estricta de la ley penal a través del significado lingüístico de las palabras empleadas al momento de redactar una *fattispecie*. De esta manera, esta exigencia de determinación estaría vinculada con el significado más amplio que pueden tener las palabras empleadas por el legislador, atendiendo el contexto histórico y social⁹³⁵, en el entendido de que el significado de las palabras, a diferencia de los principios generales de derecho, no puede ser extendido de manera tan convincente (“*persuasively stretched*”)⁹³⁶. Es por esto último que la ley penal debe, a pesar de que su redacción es necesariamente abstracta, indicar un contenido semántico mínimo⁹³⁷.

Este último criterio material conlleva, con necesidad, la existencia de otros tantos criterios formales, a efectos de que la ley penal cumpla con la precisión lingüística esperable. Por lo tanto, es necesario analizar cuáles son esos límites gramaticales o literales que pueden proponerse a efectos de lograr la esperada determinación estricta que establece este principio. El análisis de estos criterios se organizará de la siguiente manera: por una parte, se expondrán los criterios formales que, en términos generales, ofrecen alternativas para lograr esta exigencia; por otra parte, se organizarán otros tantos criterios de acuerdo al tipo de elementos que pueden encontrarse en las diferentes *fattispecie*, ya sean elementos descriptivos, normativos, etc.

⁹³² FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 68.

⁹³³ CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 122.

⁹³⁴ Con este ejemplo de indeterminación, en Colombia, véase, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 148.

⁹³⁵ HALL J., *Nulla Poena*, op. cit., p. 174. “*extensive interpretation is limited by the broadest actual denotation which the words symbolize*”.

⁹³⁶ *Ibidem*, p. 174.

⁹³⁷ PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 134.

La ley penal siempre se proyecta en términos abstractos (al ser descripciones generales); por ello, su contexto expresivo siempre tendrá un gran margen de comprensión⁹³⁸. Es por ello que un texto que permite más de una interpretación diferente no es, sólo por ello, indeterminado⁹³⁹. Sin embargo, también es cierto que las abstracciones innecesarias pueden conllevar la violación del principio⁹⁴⁰. Entonces, ¿Cuál es el límite de tal abstracción?

En primera medida, el intérprete debe respetar el “límite lingüísticamente insuperable” de la ley, como máxima capacidad de la palabra⁹⁴¹. La ley, al momento de su redacción, contiene un marco literal posible, un parámetro más o menos amplio -lo cual depende de cómo el legislador redacte la ley- dentro del cual el intérprete puede moverse a efectos de interpretar (y, por consiguiente, aplicar) la ley penal. Es por ello que, sin importar si la interpretación es extensiva o restrictiva, cualquier interpretación que se ubique dentro del parámetro de movilidad que permite el marco literal de la ley se encuentra acorde con el principio de legalidad penal⁹⁴². Un análisis de determinación enfocado en la ley penal debe analizar el “significado lingüístico” de las palabras utilizadas por el legislador⁹⁴³.

En segunda medida, debe afirmarse que la determinación estricta de la ley penal se debe verificar a través de la semántica del lenguaje legal empleado por la ley escrita⁹⁴⁴. Por ello, este principio se entiende como una condición para la verificabilidad o refutabilidad jurídica de la interpretación realizada por el juez⁹⁴⁵. Los signos lingüísticos pueden tener dos significados diferentes: por una parte, un significado de extensión o denotación, entendido como el conjunto de los objetos a los que el signo lingüístico hace referencia; y, por otra parte, un significado de intensión o connotación como conjunto de propiedades que el signo lingüístico expresa⁹⁴⁶. En esa medida, una interpretación es verificable o refutable en términos jurídicos sólo si los términos empleados por la ley están provistos de una *extensión determinada* (es decir, si el conjunto de objetos que expresa el signo lingüístico es claro), extensión que se establece por la intensión o connotación de los signos lingüísticos empleados por el legislador⁹⁴⁷.

Se trata, sin lugar a dudas, de un análisis concatenado: para verificar si los términos lingüísticos empleados por el legislador cumplen, en efecto, la determinación necesaria (es decir, pueden ser verificables o refutables jurídicamente) es necesario que estos términos tengan una extensión determinada, y tal extensión está limitada a su vez por la intensión del mismo signo lingüístico, por lo que dicha intensión debe ser estructurada de manera clara y precisa. Siendo precisa la intensión del signo lingüístico, lo será también su extensión y, por lo tanto, será clara su significación jurídica.

⁹³⁸ PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 37.

⁹³⁹ CONTENTO G., *Corso*, op. cit., p. 46.

⁹⁴⁰ ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 141.

⁹⁴¹ ZAFFARONI E.; ALAGIA A.; SLOKAR A., *Derecho penal*, ob. cit., p. 118.

⁹⁴² ZAFFARONI E., *Tratado*, T. I, ob. cit., p. 306.

⁹⁴³ Vid. FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 97; MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 64.

⁹⁴⁴ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 121.

⁹⁴⁵ *Ibidem*, p. 119-120.

⁹⁴⁶ *Ibidem*, p. 119.

⁹⁴⁷ *Ibidem*, p. 120.

La ley penal debe ser connotada por las propiedades esenciales e idóneas que le permitan determinar su extensión de manera exhaustiva⁹⁴⁸. Las propiedades que determinan la intensidad de la ley garantizarán, entonces, la extensión adecuada de sus signos lingüísticos. Es claro, de esta manera, como la precisión semántica del lenguaje utilizado por el legislador condiciona su extensión final⁹⁴⁹.

La extensión final de la ley escrita no puede ser reducida de manera absoluta, razón por la cual es innegable que existe cierto margen de incertidumbre donde la discrecionalidad del juez juega un papel fundamental en la interpretación de la ley⁹⁵⁰.

Ahora bien, es claro que las disposiciones contenidas en la parte general de un código penal no son ni cualitativa ni cuantitativamente asimilables a aquellas otras contenidas en la parte especial⁹⁵¹, razón por la cual tienen una tasa de determinación baja, ello en cuanto a que tales disposiciones no describen comportamientos *per se*⁹⁵². Se tratan, sin lugar a dudas, de conceptos valorativos que deben ser interpretados por el juez; sin embargo, el hecho de que se traten de este tipo de conceptos (el dolo, la culpa, la omisión, el nexo de causalidad, etc.) no significa que el juez sea *libre* para “crear” derecho, pues cuenta aún con ciertos límites -menos rigurosos que en otro tipo de leyes penales- que restringen su interpretación: las palabras utilizadas por el legislador, las reglas reconocidas de la hermenéutica jurídica, las interpretaciones ya realizadas por la doctrina y la jurisprudencia son parámetros que el juez debe respetar a efectos de interpretar correctamente tales normas. Por ello, aún en tratándose de normas abiertas como las contempladas por la parte general, no puede hablarse de un proceso de “creación” de derecho por parte del juez.

Frente a las disposiciones normativas contenidas en la parte especial del código, es claro que el legislador debe acoger dos opciones diferentes para poder cumplir con la exigencia de determinación estricta. Por una parte, la *fattispecie* debe estar redactada prohibiendo un resultado exterior respecto de la conducta cometida, donde la dañosidad social del hecho sea expresada por dicho resultado; o, por otra parte, la ley penal debe establecer un evento concreto y peligroso que pueda ser exteriorizado y accesible a través de un análisis empírico⁹⁵³. Con ello quiere señalarse que el legislador cuenta con dos opciones político criminales para respetar el axioma de determinación estricta, ya sea a través de un resultado exterior donde se materialice la lesividad del comportamiento prohibido (*fattispecie* de resultado), o ya sea a través de una acción que debe ser también exteriorizada y que pueda ser probada empíricamente (*fattispecie* de acción).

En relación con los *elementos descriptivos* que pueden conformar una *fattispecie*, sin lugar a dudas la primera y esencial exigencia de determinación es que, al describir precisamente una realidad física o psíquica⁹⁵⁴, estos deben ser -obligatoriamente- comprobables en la realidad⁹⁵⁵. Con ello, se indica la necesidad de que todo elemento descriptivo pueda ser descrito, comprobado y demostrado a través de medios empíricos, lo que garantizaría su determinación. En consecuencia, al momento

⁹⁴⁸ *Ibidem*, p. 122.

⁹⁴⁹ *Ibidem*, p. 122.

⁹⁵⁰ *Ibidem*, p. 122.

⁹⁵¹ Vid. DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 114.

⁹⁵² Vid. PALAZZO F., *La legalidad*, op. cit., p. 108.

⁹⁵³ MOCCIA S., *La promessa*, op. cit., p. 114.

⁹⁵⁴ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 47; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 60.

⁹⁵⁵ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 100.

de redactar tales elementos descriptivos deben evitarse aquellas palabras (“*il segno linguistico*”) que no logren expresar de manera unívoca la realidad natural esperada⁹⁵⁶, pues en tal caso la ley no establecería un parámetro claro de interpretación permitiendo así zonas grises muy amplias⁹⁵⁷, margen de libertad que, frente a un elemento de naturaleza descriptiva, no es ni justificado ni legítimo.

Los elementos descriptivos pueden ser elementos *rígidos* o *elásticos*⁹⁵⁸. Son rígidos cuando se refieren a realidades naturales o numéricas fácilmente determinables⁹⁵⁹; por el contrario, son elementos vagos o elásticos aquellos que expresan una realidad no concreta, pero sí concretizable en potencia, así como aquellos otros que representan una realidad cuantitativa o temporal no determinada⁹⁶⁰. Algunos ejemplos propuestos por la doctrina de estos elementos descriptivos elásticos son el incesto (art. 564 c.p.i.) o la riña (art. 588 c.p.i.).

Frente a los elementos descriptivos rígidos no existe problema alguno en relación con el principio de determinación estricta, pues expresan un concepto con límites claros, permitiendo juicios precisos y seguros frente a los hechos concretos subsumibles en la redacción de la ley penal⁹⁶¹; se habla, incluso, de una determinación legal absoluta⁹⁶². No sucede lo mismo con los elementos descriptivos vagos o elásticos, donde se discute su legitimidad frente a este principio.

Así, para FERRAJOLI un término lingüístico utilizado es vago o indeterminado cuando su intensión no permite establecer de manera precisa -con certeza- la extensión del mismo signo lingüístico, es decir, los objetos excluidos e incluidos en su denotación⁹⁶³, razón por la cual excluye su uso en el derecho penal. Esta opción, a pesar de ser la más garantista, no es posible en el derecho penal, pues es indudable que el legislador debe hacer uso, muchas veces, de tal elasticidad a efectos de dar un mayor margen de libertad al juez, precisamente para la interpretación de la ley. También se ha afirmado que la elasticidad propia de estos elementos debe ser necesaria, atendiendo el bien jurídico que se pretende proteger y la realidad social del comportamiento prohibido; tal necesidad se concreta en la imposibilidad de acudir a otros signos lingüísticos diferentes que permitan definir el elemento en términos más rigurosos⁹⁶⁴. Por ello, la doctrina ha propuesto algunos contrapesos para mitigar los riesgos inherentes a la elasticidad permitida en los elementos descriptivos.

⁹⁵⁶ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 710.

⁹⁵⁷ PAGLIARO A., voce *Legge penale* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 1044.

⁹⁵⁸ Los llamados elementos elásticos o rígidos -utilizados frecuentemente por la doctrina italiana- no son propiamente elementos independientes al interior de la *fattispecie*; al contrario, parecen ser cualidades que estos elementos tienen, pues -por ejemplo- el elemento descriptivo puede ser rígido o elástico, mientras que los elementos normativos extrapenales son siempre *elásticos*. Un elemento de la *fattispecie* es elástico cuando el hecho que quiere enunciar no está determinado de manera perfecta, su definición no se da con detalle y, por el contrario, se caracterizan por introducir una zona gris dentro de los límites de su aplicación respecto de los casos concretos, puesto que es siempre difícil establecer si el hecho concreto se adecua o no a dicho elemento de la *fattispecie*. En este sentido, véase, En este sentido, PAGLIARO A., *Principio di legalità*, op. cit., p. 290.

⁹⁵⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 66.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, p. 66. En el mismo sentido, MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 47; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 60.

⁹⁶¹ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 66.

⁹⁶² PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 132.

⁹⁶³ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 120.

⁹⁶⁴ PADOVANI T., *Diritto penale*, op. cit., p. 38.

Por ello, por ejemplo, al ser conceptos que subsumen hechos a través de una zona gris intermedia que se encuentra entre un sector de certeza positiva y otro sector de certeza negativa⁹⁶⁵, el principio de determinación estricta se incumpliría cuando, dentro del parámetro de interpretación posible, la zona de posibles decisiones resulte muy amplia, o la zona positiva y negativa de seguridad sea muy estrecha⁹⁶⁶. Con ello, es ilegítima una elasticidad que establezca una zona gris (ciertamente, una incertidumbre) que de ella no sea posible identificar el contenido específico del hecho prohibido⁹⁶⁷.

Sin embargo, también puede realizarse una pequeña precisión frente a los elementos descriptivos elásticos (o, por lo menos, frente a aquellos tipos penales que la doctrina señala como ejemplos de tales elementos). Se aduce que la riña y el incesto son ejemplos de *fattispecie* con claros elementos descriptivos elásticos; así, el art. 588 c.p.i. establece que “*Chiunque partecipa a una rissa è punito (...)*”; de la misma manera el art. 564 define el incesto como “*Chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con (...)*”, aduciendo para ambos casos la existencia de un claro elemento descriptivo elástico frente al concepto de riña y de incesto. Sin embargo, parece claro que en ambos casos el legislador renuncia a definir tales conceptos desde una perspectiva descriptiva, pues más que *describir un hecho sucedido en la realidad*, parece establecer un concepto normativo que debe ser valorado, primero, para luego poder ser definido.

No es lo mismo que el órgano legislativo intente, a través de términos descriptivos, explicar qué entiende por riña, señalando los actos materiales que conformarían dicho delito; lo mismo sucede con el incesto, si el legislador intentase -desde una perspectiva empírica- explicar los actos materiales que deben ser cometidos en el mundo real a efectos de que una persona pueda ser responsable por incesto. Pero, si el legislador opta por, simplemente, enuncia el acto valorativo prohibido, sin explicarlo en términos descriptivos no resulta coherente afirmar, primero, que tales conceptos son elementos descriptivos, y segundo, garantizar a través de tal definición la determinación esperable de la ley penal.

Como se verá, este tipo de *fattispecie* no cumplen con la exigencia mínima que establece el principio de determinación estricta de la ley penal (primer criterio material): la ley penal debe establecer hechos empíricamente determinados a efectos de permitirle al juez emitir aserciones refutables (lógicamente). ¿Cómo puede, entonces, refutarse desde una perspectiva empírica que un acto concreto no es una riña o un incesto, si el legislador no los ha definido siquiera? Parece ser que, en estos casos, aquello que es riña o incesto depende, casi con exclusividad, de la definición asumida por el juez, lo cual no sólo vulnera la exigencia de determinación sino, además, el principio de reserva de ley.

Frente a los *elementos normativos extrajurídicos*, estos son caracterizados por la doctrina como aquellos elementos normativos que remiten su definición a reglas no jurídicas⁹⁶⁸, cuyo parámetro de valoración no puede ser determinado de manera clara y con detalle por medios naturales⁹⁶⁹. Lo esencial de estos elementos es que señalan parámetros de valoración que reenvía a una fuente

⁹⁶⁵ Vid. MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 66.

⁹⁶⁶ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 710.

⁹⁶⁷ PAGLIARO A., *Sommario*, op. cit., p. 45.

⁹⁶⁸ CONTENTO G., *Corso*, op. cit., p. 51.

⁹⁶⁹ PAGLIARO A., *Principi*, op. cit., p. 51.

externa⁹⁷⁰; de esta manera, el legislador no realiza una descripción precisa del suceso, sino que reenvía la descripción de una parte del comportamiento prohibido a una norma diferente⁹⁷¹. Dentro de estos elementos extrajurídicos se encuentran, por ejemplo, los elementos que remiten a valoraciones ético-sociales o aquellos elementos de valor ideológico (como la “*associazione sovversiva*” o “*le notizie tendenziose*”)⁹⁷².

Se ha alegado que, frente a los elementos normativos que remiten a sectores extrapenales, la determinación como exigencia constitucional no se encuentra reconocida⁹⁷³, pues precisamente la definición del hecho estaría en leyes no penales. Sin embargo, se trata de un argumento incoherente, pues de ser así el legislador bien podría delegar a otro órgano la definición completa de un delito, siendo ésta última la encargada de hacerlo en los términos lingüísticos y valorativos que crea pertinente, situación que afectaría sin lugar a dudas el principio de reserva de ley y, también, el axioma de determinación estricta.

Es incuestionable que la simple remisión a otros sistemas valorativos (jurídicos o extrajurídicos) no genera *per se* una indeterminación ilegítima, aun cuando tal remisión se realice de una manera elástica⁹⁷⁴. Quienes reconocen la posibilidad de que tales elementos cumplan con la exigencia de determinación, aseguran que se debe buscar una precisión que provenga del lenguaje común; más que una determinación naturalística, debe buscarse una determinación desde una perspectiva social o cultural, todo ello para dotar a este elemento valorativo con un contenido significativo⁹⁷⁵. Por ello, solamente cuando las palabras utilizadas (“*il segno linguistico*”) no logren expresar el parámetro de valoración esperado por el legislador, o dicho parámetro no esté en grado de expresar de manera unívoca la regla de conducta para el caso concreto⁹⁷⁶, puede hablarse de hipótesis de indeterminación legal.

Sin lugar a dudas, la doctrina acepta un margen de libertad mucho mayor en relación con estos elementos normativos que frente a los elementos descriptivos, y parece lógica tal conclusión pues ambos elementos responden a naturalezas diferentes; no puede compararse -en términos de determinación o precisión- un elemento descriptivo que se basa en elementos empíricos a un elemento normativo extrajurídico, cuya definición se reduce, casi exclusivamente, a elementos valorativos de naturaleza social, cultural, política, etc. Por ello, el lenguaje común es el criterio definitivo para comprobar la determinación de una *fattispecie* concreta, pues tal lenguaje expresa con mayor precisión la relevancia social del comportamiento prohibido, aun cuando tal lenguaje común pueda ser calificado como vago⁹⁷⁷. De esta manera, se asegura una comunicación más efectiva entre el legislador y los ciudadanos, reales destinatarios de la ley penal⁹⁷⁸.

⁹⁷⁰ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 700.

⁹⁷¹ PAGLIARO A., voce *Legge penale* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 1044.

⁹⁷² Se llaman “*elementi connotativi*”. Cfr. FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 72.

⁹⁷³ BRICOLA F., voce *Teoria generale* (*Noviss. Dig. it.*), op. cit., p. 46.

⁹⁷⁴ CONTENTO G., *Corso*, op. cit., p. 47.

⁹⁷⁵ PAGLIARO A., *Legge penale*, op. cit., p. 330-331; PAGLIARO A., *Principi*, op. cit., p. 54; PAGLIARO A., *Principio di legalità*, op. cit., p. 291.

⁹⁷⁶ BRICOLA F., *La discrezionalità*, op. cit., p. 711.

⁹⁷⁷ Afirma PAGLIARO: “*l’indeterminatezza naturalistica che contrassegna gli elementi vaghi non contrasta, dunque, con il principio di legalità, ma ne costituisce, piuttosto, la naturale espressione*”, PAGLIARO A., voce *Legge penale* (*Enc. Dir.*), op. cit., p. 1045. En el mismo sentido, CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Manuale*, op. cit., p. 84; CADOPPI A.; VENEZIANI, P., *Elementi*, op. cit., p. 76; PAPA M., *La questione*, op. cit., p. 38.

⁹⁷⁸ Co. Cost. ital., 10 diciembre de 1970, n. 191.

Sin lugar a dudas, a pesar de que la precisión de los elementos normativos extrajurídicos sea inferior a otros elementos de la *fattispecie*, es necesario que estos ofrezcan un criterio objetivo controlable⁹⁷⁹, como posibilidad de reconstruir el significado del elemento a través de la experiencia, aún en presencia de fórmulas vagas y abstractas⁹⁸⁰. Por ello, es indeterminado un elemento normativo en sentido amplio cuando el juicio de valor no puede ser verificado objetivamente; de esta manera, la valoración recae exclusivamente en un sentido subjetivo, por lo que no existe ninguna forma de controlar dicha interpretación⁹⁸¹. En otras palabras: es indeterminado el elemento normativo extrajurídico cuando la precisión de éste depende sólo de la percepción subjetiva del juez, lo cual genera una imposibilidad absoluta para controlar de alguna manera tal interpretación⁹⁸².

FERRAJOLI, por ejemplo, asegura que un término lingüístico es valorativo cuando su extensión no sólo es indeterminada (como realidad) sino también indeterminable (como posibilidad), pues llevan siempre a una interpretación subjetiva que no es controlable en términos de verificabilidad o refutabilidad jurídica⁹⁸³. El signo lingüístico valorativo no expresa características o propiedades objetivas que puedan ser verificables; por el contrario, enuncia actitudes, pensamientos, cualidades subjetivas que, al ser precisamente de tal naturaleza, no pueden ser verificadas desde una perspectiva jurídica⁹⁸⁴. Por ello, el tipo penal de actos obscenos no permite un análisis ni verificable ni refutable en tales términos, pues se trata de una interpretación exclusivamente subjetiva y, por lo tanto, no controlable jurídicamente⁹⁸⁵.

Sin lugar a dudas, este autor italiano acierta al señalar esta clase de indeterminaciones injustificadas e ilegítimas de acuerdo con el axioma que acá se estudia; cuando el legislador italiano, en el art. 527 c.p.i., define el delito de actos obscenos como “*Chiunque, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, compie atti osceni (...)*”, en realidad no está brindando ninguna descripción siquiera valorativa que permita determinar -por lo menos como posibilidad- qué significa un acto obsceno; antes de la comisión de un hecho, resulta imposible deducir del texto de la *fattispecie* qué conducta se encuentra prohibida. No existe, en este delito, un criterio objetivo controlable que consienta una refutación hermenéutica mínima, pues frente a la determinación subjetiva del juez respecto de la obscenidad de un determinado comportamiento, éste siempre tendrá la razón ya que la calificación de tal comportamiento surge, no de la ley penal, sino de él como intérprete.

La posición de MARINUCCI-DOLCINI parece ser la más razonable para solucionar esta indeterminación valorativa. Un elemento normativo extrajurídico es determinado cuando se trata de una norma o precisión técnica; por el contrario, se descarta *ab initio* la referencia a normas ético-

⁹⁷⁹ FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 101.

⁹⁸⁰ AA. VV., *La legge penale*, op. cit., p. 32.

⁹⁸¹ CONTENTO G., *Corso*, op. cit., p. 47.

⁹⁸² En contra de esta posición, afirmando que una indeterminación tampoco se verifica cuando la descripción de la ley penal pueda contribuir a que ésta sea interpretada de manera subjetiva. *Ibidem*, p. 47-48.

⁹⁸³ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 120.

⁹⁸⁴ *Ibidem*, p. 120. En el mismo sentido, frente a elementos normativos extrajurídicos que reenvían a normas ético-sociales, MOCCIA S., *La promessa*, op. cit., p. 37.

⁹⁸⁵ FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 123.

sociales atendiendo a su enorme elasticidad⁹⁸⁶, por no mencionar su carácter particularmente subjetivo, con lo cual la conducta prohibida será determinada siempre por el juez, atendiendo sus particulares consideraciones éticas. Además de la posición mantenida por estos autores italianos, el punto de partida de FIORE también resulta interesante a efectos de encontrar un punto intermedio entre la validez de los elementos normativos extrapenales y el rechazo de una extrema vaguedad en ellos; este autor italiano plantea la necesidad de que la ley penal establezca la específica modalidad de agresión (“*specificata modalità di aggressione*”), con lo cual no sería suficiente declarar que el hurto se encuentra prohibido por la ley penal, sino que el legislador se encuentra compelido a describir el modelo de acción furtiva que quiere castigar⁹⁸⁷. A través de esta precisión, es claro que el legislador no podría, por ejemplo, prohibir los actos obscenos; por el contrario, éste se encuentra obligado a describir con precisión el modelo de acción (o los modelos de acción) obscena que desea castigar. Lo mismo sucedería, por ejemplo, frente a los delitos de riña o incesto (en la legislación italiana); o frente a los delitos de actos de terrorismo y actos de acoso sexual -en menor proporción- (en la legislación colombiana).

En relación con los *elementos normativos jurídicos*, es claro que frente a estos parece no existir exigencia alguna de determinación estricta, aunque se reconoce que estos elementos no pueden generar incertidumbre frente a la identificación de la norma jurídica a la cual se refieren ni frente a su ámbito aplicativo⁹⁸⁸. El problema alrededor de los elementos normativos jurídicos no es de *determinación o precisión* en cuanto a su contenido, pues no desarrollan en realidad contenido alguno en relación con el comportamiento prohibido; más bien, el problema central que rodea siempre a los elementos normativos que remiten a otra norma jurídica son problemas relacionados con el principio de reserva de ley, pues se debe verificar el grado de delegación que existe entre la *fattispecie* y el reglamento o norma jurídica secundaria a la cual remite la ley ordinaria⁹⁸⁹. Sin lugar a dudas, debe verificarse -en relación con la reserva de ley penal que reconoce la constitución- si la delegación realizada por el órgano legislativo mediante dicho elemento normativo es posible, pero un análisis de determinación estricta frente a tal elemento es, sencillamente, imposible pues el elemento en realidad no define nada, sólo delega la definición a otra norma jurídica.

Sin embargo, es claro que -una vez comprobada que la delegación realizada por la ley formal es legítima de acuerdo con la reserva de ley-, el contenido de esta nueva norma jurídica debe cumplir con las mismas exigencias de determinación reclamadas a la ley penal, pues así no sea propiamente una ley penal sí define de manera directa una parte del comportamiento prohibido por ella, comportamiento que puede generar la privación de la libertad de los ciudadanos y que, por lo tanto, debe respetar la *ratio* de garantía-certeza reconocida al principio de determinación estricta según el art. 13 Cos. ital. y art. 28 Cos. col. La discusión sobre si esa norma jurídica secundaria a la cual remite el elemento normativo en sentido estricto es lo suficientemente precisa es un asunto que resuelve este último apotegma.

⁹⁸⁶ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 47-48; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 60-61.

⁹⁸⁷ FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 68. En el mismo sentido, a través de la exigencia de supuestos de hecho con conductas prohibidas claramente delimitadas, véase, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 148.

⁹⁸⁸ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale*, op. cit., p. 47-48; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 60-61.

⁹⁸⁹ Con esta conclusión, implícitamente, PAGLIARO A., *Legge penale*, op. cit., p. 332-333.

A pesar de todos los desarrollos formulados por la doctrina, en un intento por demostrar que la precisión exigida por el axioma de determinación estricta se consigue mediante la ley penal y su redacción, esta posición no es aceptada unánimemente. Para PALAZZO, por ejemplo, no es posible proponer criterios gramaticales o lingüísticos que sirvan para precisar tal exigencia de la ley penal, de manera válida y general⁹⁹⁰. Se considera que, aun existiendo leyes penales claras el juez conserva un amplio margen de interpretación, razón por la cual la redacción de la ley no puede establecer garantía alguna; por ello, la determinación enfocada en la ley escrita es un criterio inútil para garantizar la certeza necesaria en el derecho penal⁹⁹¹.

5.4.2. La susceptibilidad de la ley penal para ser interpretada:

Frente a posiciones que dudan sobre la posibilidad de resolver los problemas de determinación estricta a partir del contenido lingüístico de la ley penal⁹⁹², se proponen otras teorías que buscan garantizar dicha exigencia a partir de la susceptibilidad de la ley para ser interpretada. Se trata, sin lugar a dudas, de un punto intermedio entre la primera posición que ve, en la ley penal, el objeto de precisión, y aquella otra que lo concreta en su interpretación judicial. Según esta teoría, la determinación concreta de la ley penal depende del éxito interpretativo que, de la formulación literal de la disposición, pueda realizarse⁹⁹³. Por ello, se afirma que la *ratio* de certeza que se deriva de este axioma depende de la previsibilidad de la *regula iuris* deducida por el juez a partir de la ley penal, entendida ésta como parámetro de referencia⁹⁹⁴.

Este enfoque no llega, necesariamente, a aceptar los postulados de la escuela del “*diritto vivente*”. Sin embargo, algunos autores -partiendo de esta posición- han reconocido que la certeza exigible en el derecho penal debe concretarse en la interpretación como resultado de la actividad “creativa” del juez; se ha llegado a hablar, incluso, de la *legalità dell’esperienza giuridica* o *legalità effettuale*⁹⁹⁵. Frente a la *vecchia legalità* de la ley penal, la determinación debe realizarse atendiendo el parámetro de la interpretación posible o potencial⁹⁹⁶.

El principio de determinación estricta no busca evitar cualquier actividad interpretativa⁹⁹⁷; de esta manera, la *ratio* de certeza de este principio se concretaría a través del criterio de ciudadano medio, parámetro objetivo tendiente a analizar la comprensión genérica y potencial de la *fattispecie*⁹⁹⁸.

Atendiendo este nuevo enfoque, es lógico que el análisis no se realice sobre la ley penal y sus signos lingüísticos sino, por el contrario, frente a la interpretación judicial de ésta, es decir, la norma penal⁹⁹⁹. Este principio buscaría, entonces, verificar que la interpretación realizada por el juez pueda ser reconducible a los signos lingüísticos contenidos en la ley penal escrita¹⁰⁰⁰. Puede verse como

⁹⁹⁰ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 318.

⁹⁹¹ CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 145-146, 158, 260.

⁹⁹² Cfr. PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 266.

⁹⁹³ PALAZZO F., *La legalidad*, op. cit., p. 107.

⁹⁹⁴ *Ibidem*, p. 107.

⁹⁹⁵ PALAZZO F., *Legalità fra law*, op. cit., p. 2, 9.

⁹⁹⁶ *Ibidem*, p. 5, 11.

⁹⁹⁷ PAPA M., *La questione*, op. cit., p. 34.

⁹⁹⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁹⁹⁹ *Ibidem*, p. 34; PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 344, 404, 421.

¹⁰⁰⁰ PAPA M., *La questione*, op. cit., p. 34.

esta teoría, si bien distingue la ley penal de la norma penal, no llega a las conclusiones extremas asumidas por la teoría del “*diritto vivente*”.

Pero, ¿cómo se concretaría esa potencial interpretación a efectos de garantizar que ésta cumpla con el requisito de determinación estricta? La doctrina ha ensayado una fórmula que pretende establecer el límite de dicha potencial interpretación, límite que excluye aquellas valoraciones hermenéuticas que vayan “*más allá de lo racionalmente predecible*”. Lo anterior significa que puede aplicarse la ley penal a situaciones que el legislador no ha previsto, pero que responden a la misma *ratio* de aquellas situaciones contempladas expresamente¹⁰⁰¹. De esta forma, la susceptibilidad de la ley penal para ser interpretada debe analizarse atendiendo, más que el tenor literal de las palabras utilizadas por el legislador, el tipo criminoso valorado y determinado a través de tal redacción¹⁰⁰².

Ese tipo criminoso, que no es otra cosa que el momento valorativo capaz de dotar de significado a la *fattispecie*, supera el mero significado lingüístico de las palabras para permitir una interpretación teleológicamente orientada, todo ello atendiendo a que la *fattispecie* (como descripción general de un comportamiento prohibido) expresa un contenido adicional a los simples signos lingüísticos utilizados, pues se trata -sin lugar a dudas- de una elección político criminal¹⁰⁰³. La determinación de una ley penal se verifica a través de la concreta “*sostanza dell’incriminazione*” o “*desvalore del tipo*”, es decir, del tipo criminoso como único vínculo a la actividad interpretativa del juez¹⁰⁰⁴. La exigencia de precisión en la ley penal se concreta en la posibilidad de identificar el tipo de hecho predeterminado que busca perseguir el legislador, en su unidad de desvalor¹⁰⁰⁵.

Es claro, partiendo de este punto de vista, que el axioma de determinación depende no de la formulación lingüística de la ley penal, sino de su capacidad para precisar (en términos valorativos) las *fattispecie* prohibidas¹⁰⁰⁶. Por ello, serán indeterminados aquellos signos lingüísticos que no expresen de manera segura un criterio de valoración¹⁰⁰⁷. En consecuencia, la ley penal, más que definir un comportamiento humano prohibido, define una particular forma de afectación del bien jurídico tutelado, forma que puede predicarse no sólo del comportamiento descrito, sino de otros tantos análogos.

Sin lugar a dudas, se trata de una posición cuestionable. Por una parte, ya que a través del principio de determinación estricta debe verificarse el cumplimiento de una exigencia constitucional establecida de manera concreta frente a la ley penal, el análisis sólo puede realizarse frente a la formulación de la *fattispecie*, objeto que debe tener un contenido específico y claro, no la interpretación que de ellas se haga¹⁰⁰⁸; el asunto sobre la potencial interpretación sólo es una consecuencia (deseable, pero no indefectible) respecto de la precisa redacción lingüística del texto normativo. Por otra parte, es necesario señalar que un enfoque valorativo (como la determinación del tipo criminoso) no exige frente a la ley penal un contenido rigidamente predeterminado; por el

¹⁰⁰¹ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 108-109.

¹⁰⁰² DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 106-107.

¹⁰⁰³ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 107-108.

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*, p. 111; PALAZZO F., *Legalità penale*, op. cit., p. 1322.

¹⁰⁰⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 67.

¹⁰⁰⁶ PALAZZO F., *Legalità fra law*, op. cit., p. 2.

¹⁰⁰⁷ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 112-113.

¹⁰⁰⁸ PAPA M., *La questione*, op. cit., p. 42.

contrario, es suficiente que el significado de la prohibición pueda escogerse, entre varias opciones diferentes, a través de una interpretación teleológica¹⁰⁰⁹. Desde este punto de vista, la susceptibilidad de la ley penal para ser interpretada nada dice frente a su redacción, con lo cual la elección del contenido real de la prohibición quedaría siempre en cabeza del juez.

5.4.3. *La norma penal, como interpretación judicial de la ley penal:*

Finalmente, en esta tercera posición el análisis se desplaza completamente del plano literal al plano interpretativo. En este punto se refleja, como ya lo ha indicado al analizar el significado democrático del principio de legalidad y el principio de reserva de ley (*infra*, cap. III, 3; cap. IV, 2.9), la crisis ideológica de la certeza legal frente a los planteamientos de la escuela del “*diritto vivente*”¹⁰¹⁰. A través de este enfoque, se niega cualquier valor real de la ley penal como texto lingüístico frente a la certeza jurídica, otorgándosele -por el contrario- a la interpretación judicial: “*generale tendenza alla ragione antilegalista contro il positivismo, hanno posto al centro dell’esperienza giuridica il potere creativo del giudice nell’applicazione del diritto*”¹⁰¹¹.

Esta posición ha sido mantenida, principalmente, por la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana. Este tribunal diferencia dos situaciones diferentes: por una parte, si existe una interpretación constante (o, cuanto menos, dominante), la norma jurídica cumplirá con la exigencia de determinación siempre y cuando ésta sea aplicada; por otra parte, si falta dicha interpretación dominante, la norma penal será precisa cuando el juez escoja, entre las diferentes opciones hermenéuticas, la más correcta, no superando el límite la “normalidad fisiológica”¹⁰¹². Con este punto de partida, la indeterminación se fundamenta, pues, en el carácter equivoco del mensaje normativo del legislador¹⁰¹³. De esta manera, la carencia de un significado claro frente al enunciado (es decir, la ausencia de claridad en los signos lingüísticos utilizados por el legislador) se reduce a ser una causa de la real indeterminación en materia penal, concretada en la interpretación realizada por el juez¹⁰¹⁴.

Sin embargo, este punto de partida también puede ser objeto de fuertes críticas. Una primera crítica señala que en ordenamientos jurídicos como el italiano (e, incluso, el colombiano), donde no existen mecanismos formales para controlar la interpretación del juez en un caso concreto (como, por ejemplo, la fuerza vinculante del precedente), buscar la certeza judicial en la interpretación del juez sería contraproducente pues, lejos de proteger valores como la estabilidad y uniformidad en el derecho, se sacrificarían totalmente¹⁰¹⁵. Una segunda crítica también se dirige a puntualizar que en realidad nada tiene que ver la interpretación judicial (aun aquella consolidada) con la determinación estricta de la ley penal; al contrario, un enfoque así puede constituir un peligroso precedente dirigido al legislador para que éste no formule de manera precisa las diferentes *fattispecie*¹⁰¹⁶. Y, si no es competencia del órgano legislativo precisar el comportamiento prohibido, ¿acaso tal función es del órgano judicial según el art. 13 y 25 Cos. ital. y el art. 28 y 29 Cos. col.?

¹⁰⁰⁹ Vid. DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 116.

¹⁰¹⁰ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 64; PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 135.

¹⁰¹¹ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 64.

¹⁰¹² Vid. MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 64.

¹⁰¹³ LICCI G., *Figure*, op. cit., p. 29.

¹⁰¹⁴ *Ibidem*, p. 129-130.

¹⁰¹⁵ PALAZZO F., *Il principio*, op. cit., p. 72.

¹⁰¹⁶ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 106.

5.5. Conclusión:

A efectos de esbozar una posición crítica frente al principio de determinación estricta de la ley penal, es necesario reconocer -como lo hace MOCCIA- que el problema en torno a este axioma es el ejemplo más evidente de la *promessa non mantenuta* del derecho penal moderno¹⁰¹⁷, en relación con sus aspiraciones e ideales, y con la realidad jurídica nacional. Por ello, parece ser que las soluciones más atrevidas (si se permite esa expresión) deben ubicarse, precisamente, en esta problemática.

Sin lugar a dudas, y atendiendo el punto de partida ya asumido frente a la discusión de la teoría del “*diritto vivente*”, es claro que el objeto sobre el cual recae la exigencia de determinación estricta es, necesariamente, la ley penal como texto lingüístico. Ni la susceptibilidad de tal ley para ser interpretada ni la interpretación judicial de ella son los objetos que este principio busca precisar; por supuesto, de una ley penal precisa y clara -que, por tal claridad, es susceptible de ser interpretada coherentemente- puede (y debe esperarse) una interpretación potencialmente coherente con dicho texto. Con ello, queda claro que la susceptibilidad de la interpretación y la interpretación que del texto se genere son consecuencias -más que causas- de la exigencia de determinación estricta.

Lo anterior es un asunto claro, por lo menos en términos de coherencia. Si se habla del principio de legalidad penal y de las cuatro consecuencias (o subprincipios) que se derivan de él, debe existir una coherencia lógica entre ambas nociones; si el objeto de estudio del principio no es otro que la ley penal, las consecuencias que emanan de éste deben dirigir sus efectos, precisamente, a la misma ley penal. De lo contrario, o no serían consecuencias de dicho principio, o el objeto *real* del principio de legalidad penal no es la ley, sino la norma jurídica (como interpretación judicial), retomando así el mismo punto de partida asumido por la teoría del derecho creativo de los jueces.

Ahora bien, con el propósito de estructurar una posición articulada de este axioma, primero se analizará lo pertinente respecto a cómo la redacción de los diferentes elementos de la *fattispecie* puede contribuir a la consecución del apotegma en cuestión; segundo, se analizará el tema de la interpretación de la ley penal, pues éste resulta ser el concepto clave para entender cómo puede garantizarse en efecto la esperada determinación estricta de la ley penal y la correlativa prohibición de integración analógica de ésta; a través de la interpretación de la ley penal, pueden ampliarse *fattispecie* existentes o crearse otras nuevas, razón por la que el momento interpretativo que asume el juez constituye la última actividad clave que, necesariamente, debe ser regulada por el principio de legalidad penal.

Frente a la redacción de los diferentes elementos de una *fattispecie*, debe afirmarse que el derecho penal, a través de su particular característica de concretar los comportamientos prohibidos mediante la tipicidad de los mismos, establece a través de una *abstracción gramaticada* el límite de lo prohibido y lo permitido, limitando así el *ius puniendi* del Estado a todos aquellos comportamientos que no se incluyan, precisamente, en las figuras legales descritas. Por ello, la eficacia del derecho penal para prohibir y perseguir un determinado comportamiento dependerá, necesariamente, de la

¹⁰¹⁷ Cfr. MOCCIA S., *La promessa*, op. cit., p. 11.

construcción lingüística utilizada para establecer la *fattispecie* concreta¹⁰¹⁸. No es, pues, ilógico iniciar por la exigencia de que el lenguaje utilizado por el legislador en la redacción de las diferentes *fattispecie* sea claro y preciso, claridad que también dependerá de su asequibilidad, determinada a través del nivel cultural medio de los ciudadanos¹⁰¹⁹.

La determinación estricta de la ley penal puede lograrse considerando los siguientes cuatro puntos o propuestas, sin que éstas constituyan la totalidad de alternativas o controles que puedan cumplir con tal exigencia de precisión y claridad. El listado es, pues, enunciativo más que exhaustivo, pues el asunto parece corresponder más a una teoría de la *técnica de la legislación*.

El primer punto central para garantizar el axioma de determinación es garantizar que la *fattispecie* debe ser redactada, siempre, teniendo una base empírica que pueda ser verificable (y, por lo tanto, refutable) a través de un proceso penal. Lo que debe prohibir el órgano legislativo, sin excepción alguna, son comportamientos humanos que puedan ser verificados empíricamente. Sin esta base mínima indispensable, cualquier pretensión de determinación estricta de la ley penal está llamada al fracaso. Por ello, y atendiendo las consideraciones expuestas por FERRAJOLI y FIORE, parece claro que las *fattispecie* deben establecer una específica modalidad de agresión, concretada en un comportamiento humano empírico y concreto.

Por ello, no basta con que el legislador prohíba, penalmente, los actos de obscenidad, la riña o el incesto, prohibiéndolos con una redacción etérea, donde en realidad nada se define frente a tales actos; el hecho de que la ley penal prohíba tales actos, sin explicar -empíricamente- en qué consisten es una flagrante violación del principio de determinación estricta de la ley penal. Véase, por ejemplo, cómo el legislador italiano define el incesto como “*Chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con (...)*”; la definición del acto es inexistente, pues se prohíbe la comisión de incesto sin especificar en qué consiste materialmente tal acto. Al contrario, confróntese la redacción de la misma *fattispecie* en el ordenamiento jurídico colombiano, donde el legislador nacional lo define de la siguiente manera (art. 237 c.p.c.): “*El que realice acceso carnal u otro acto sexual con (...)*”; en este caso, por lo menos, el legislador no se limitó a prohibir un acto de incesto, sino que definió en qué consistía tal acto.

Ya se han identificado algunos ejemplos de indeterminación por ausencia de definición empírica del hecho en la legislación italiana (esto es, la riña, los actos obscenos y el incesto). En relación con la legislación colombiana -que no escapa a esta problemática- se puede señalar la *fattispecie* contenida en el art. 144 c.p.c., como *acto de terrorismo*, ejemplo que demuestra un supuesto de hecho no delimitado¹⁰²⁰. Otro ejemplo puede encontrarse en el art. 259 *ejusdem*, donde se castiga penalmente la malversación y dilapidación de bienes; en este caso el legislador patrio se limitó a especificar, como modalidad de conducta, que “*El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de tutela o curatela*”. El legislador, en este caso, no prohíbe una conducta humana empíricamente demostrable; prohíbe, por el contrario, una modalidad de agresión genérica dirigida a un bien jurídico, asunto normativo (y, por lo tanto, valorativo) cuya delimitación le corresponderá, siempre, al juez.

¹⁰¹⁸ Con esta conclusión, véase, FERREIRA DELGADO F., *Teoría general del delito*, Bogotá, Editorial Temis, 1988, p. 88.

¹⁰¹⁹ Cfr. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 147.

¹⁰²⁰ Con este ejemplo, véase, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 148-149.

El segundo punto que debe tenerse en cuenta va dirigido a establecer algunos requisitos frente a cada elemento utilizado para definir las diversas *fattispecie*. Así, la doctrina ha indicado que debe utilizarse en la redacción de los diferentes comportamientos prohibidos, de manera preferente, elementos descriptivos¹⁰²¹. Lo anterior no significa, en lo absoluto, que no deban o puedan utilizarse elementos normativos; solamente se propone que su uso no resulte ser excesivo, pues en tal caso la individualización del comportamiento prohibido no le correspondería al legislador sino al juez, al momento de valorar e interpretar, precisamente, dichos elementos normativos¹⁰²². En Colombia, los arts. 147 y 455 c.p.c. son claros ejemplos de uso excesivo de tales elementos, lo que conlleva a una indeterminación clara del precepto prohibido¹⁰²³; mientras que en el art. 147 *eiusdem* se presentan por lo menos cinco elementos normativos (extrajurídicos y jurídicos), el art. 455 hace el mismo uso indiscriminado de tales elementos (en este caso, cuatro).

Otra propuesta tendiente a garantizar con mayor contundencia una exigencia mínima de precisión es la prohibición de utilizar elementos normativos extrajurídicos de naturaleza ético-social (como es el caso del delito de actos obscenos en la legislación italiana); en ese caso, más que establecer dicho elemento normativo indeterminado (¿qué es un acto obsceno para cada juez, en cada caso particular?), deberá prohibirse la *specifica modalità di aggressione*, es decir, el preciso comportamiento humano que el órgano legislativo considera obsceno.

Finalmente, también se plantea la posibilidad de evitar el uso de cláusulas generales o disposiciones excesivamente amplias que, en últimas, no logran individualizar con precisión el comportamiento humano prohibido¹⁰²⁴. Ejemplo de ello, en el ordenamiento jurídico colombiano, lo constituye sin lugar a dudas el delito de apología al genocidio, contenido en el art. 102 c.p.c.¹⁰²⁵.

Un tercer punto, tal vez evidente pero no por ello esencial, exige la descripción sucinta -en términos gramaticales- de todas las *fattispecie* redactadas por el órgano legislativo. Es incuestionable que, al ser prohibiciones de comportamientos humanos, los tipos penales deberán seguir la estructura gramatical básica (sujeto + verbo + complemento, donde se pueden establecer complementos de modo, tiempo o lugar específicos)¹⁰²⁶. Atendiendo esta clara exigencia, es claro como *fattispecie* redactadas de manera confusa no cumplen de ninguna manera el axioma de determinación de la ley penal. Así, un claro ejemplo de este tipo de indeterminación se refleja en el art. 323 c.p.c. al prohibir el lavado de activos; sin lugar a dudas, es imposible que el legislador hubiese podido redactar de

¹⁰²¹ Con esta misma solución, en Colombia, *Ibidem*, p. 148

¹⁰²² CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 127; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 150.

¹⁰²³ Art. 147 c.p.c.: “*El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de cualquier persona protegida (...)*”.

Art. 455 c.p.c.: “*El que realice actos que tiendan a menoscabar la integridad territorial de Colombia, a someterla en todo o en parte al dominio extranjero, a afectar su naturaleza de Estado soberano, o a fraccionar la unidad nacional (...)*”

¹⁰²⁴ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 149.

¹⁰²⁵ Art. 102 c.p.c.: “*El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas (...)*” ¿Qué significa cualquier medio?, ¿qué puede incluirse como idea o doctrina?, ¿cómo se justifica una conducta de genocidio?, ¿cuáles son los regímenes o instituciones que amparan prácticas generadoras de genocidio? Son tantos los elementos normativos elásticos que no se puede individualizar *ab initio* cuál es el comportamiento empírico prohibido.

¹⁰²⁶ Con esta propuesta, véase, CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 128.

peor forma dicho comportamiento (si es que, de hecho, aquello que redactó puede calificarse como comportamiento)¹⁰²⁷.

De manera conjunta, y como una exigencia de claridad gramatical, es útil renunciar a la creación de *fattispecie* compuestas (es decir, aquellas que usan varios verbos rectores); a través de esta técnica legislativa se genera una ampliación, muchas veces injustificada e ilegítima, del ámbito de punibilidad; ejemplo de lo anterior -situación que sucede constantemente en el derecho penal colombiano- es el art. 376 c.p.c., al definir el tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, donde el legislador usa hasta 12 verbos rectores diferentes¹⁰²⁸. De esta manera, se propende por una ley penal clara y precisa al redactar los diferentes tipos penales usando uno o pocos verbos rectores para definir el comportamiento prohibido.

Finalmente, un cuarto punto establece algunas condiciones que pueden tenerse en cuenta atendiendo la naturaleza de la *fattispecie*, si ésta exige un resultado o si, por el contrario, se concreta simplemente en una acción lesiva; es evidente que, si se trata de tipos penales de acción, la exigencia de determinación es mucho mayor. Por ejemplo, frente a la *fattispecie* redactada por el legislador colombiano consistente en disparo de arma de fuego contra vehículo (art. 356 c.p.c.)¹⁰²⁹, lo lógico es determinar lo mejor posible qué se entiende por vehículo, pues de ese complemento modal dependerá la existencia de responsabilidad penal, ya que este delito se concreta en una simple acción (disparar, precisamente, a ese vehículo).

Por el contrario, si se trata de delitos de resultado es necesario optar por *fattispecie* causalmente orientadas, pues la modalidad específica de agresión exigiría la determinación concreta de la modalidad de lesión, máxime cuando en el derecho penal colombiano (por lo menos) sólo son posibles tipos penales de peligro concreto¹⁰³⁰. De esta manera, la exigencia de peligro concreto debe tener, como consecuencia, una exigencia de mayor determinación en la redacción de la ley penal, frente al resultado exigido. Otro asunto que debe exigirse frente a tal resultado es que entre más lejana esté la conducta prohibida frente a la concreta lesión al bien jurídico que se desea proteger, la determinación (como exigencia normativa) debe ser aún mayor¹⁰³¹.

Ahora bien, frente al asunto de la interpretación penal (no como contenido del principio de determinación estricta, sino más bien como medio para concretar y *efectivizar* el principio de legalidad penal y sus garantías sustanciales) debe afirmarse que lo acá propuesto no es un intento

¹⁰²⁷ La crítica, aunque contundente, no es injustificada. Dice el art. 323 c.p.c.: “*El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por esa sola conducta (...)*”.

¹⁰²⁸ No se menciona, por ejemplo, el delito de lavado de activos (art. 323 c.p.c.), donde el legislador utiliza 13 verbos rectores diferentes (sin contar con diferentes modalidades verbales que condicionan, así mismo, varios de dichos verbos rectores). ¿Cómo puede ser preciso o claro una *fattispecie* redactada de esta manera?

¹⁰²⁹ Art. 356 c.p.c.: “*El que dispare arma de fuego contra vehículo en que se hallen una o más personas (...)*”.

¹⁰³⁰ VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 126-127.

¹⁰³¹ Cfr. FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale*, op. cit., p. 72.

por establecer, de ninguna manera, dogmas inconvencionales¹⁰³²; al contrario, se ofrece una alternativa que, por lo menos desde un punto de vista lógico y racional, logra responder de manera coherente a las exigencias normativas que se derivan del principio de legalidad penal. Se trata, sin lugar a dudas, de una posición que depende del rol sustancial acá establecido de este principio dentro del derecho penal¹⁰³³.

A pesar de que estas dificultades habían sido dejadas a la teoría general de la interpretación, para encontrar a través de ella una eventual solución, es claro que la problemática debe ser reasumida por el derecho penal “ya que la “generalidad” de la teoría general no ha permitido hasta ahora dar respuesta a las necesidades de la práctica en materia penal”¹⁰³⁴. Y es que, acorde con lo expuesto por ROZO ROZO (en Colombia), la interpretación no hace parte de la teoría del derecho sino, más bien, de la política del derecho¹⁰³⁵, cambiando su contenido según el momento histórico particular.

Es indiscutible que cualquier interpretación debe tener como punto de partida el texto que se desea interpretar; por ello, la interpretación literal debe ser la base mínima a partir de la cual el juez debe realizar su trabajo de subsunción de los hechos frente a la conducta prohibida por la ley penal¹⁰³⁶. Tal como lo señala PULITANÒ, el texto normativo redactado por el órgano legislativo debe ser el objeto de la interpretación¹⁰³⁷. El tenor literal como punto de partida para una interpretación atiende a un asunto elemental de seguridad jurídica y, sobre todo, de legitimidad democrática¹⁰³⁸.

El sentido literal de la ley cumple, tal como lo reconoce LARENZ, dos funciones esenciales: primero, sirve como primer elemento de orientación de la interpretación; y, segundo, señala el límite de ésta¹⁰³⁹. Es evidente, visto lo anterior, que el tenor literal de la ley penal es el fundamento y límite de la actividad interpretativa del juez en el caso concreto.

La dificultad en lograr identificar la mejor interpretación posible no puede ser una razón para excluir *ab initio* cualquier tentativa por conseguir ese resultado, pues si bien la mejor interpretación será siempre un asunto arduo, la exclusión de las interpretaciones *más equivocadas* será un asunto más fácil que logra realizarse sólo a través de una interpretación del texto legal¹⁰⁴⁰.

¿Por qué el tenor literal de la ley penal debe ser el punto de partida de cualquier interpretación en materia penal? Una primera respuesta, lógica, parte por reconocer en el texto el objeto de la interpretación, por lo que es la ley penal (y su contenido lingüístico) la base esencial de cualquier ejercicio hermenéutico. Una segunda respuesta, ésta de naturaleza constitucional, parte por afirmar que es la ley penal, a través de la predeterminación normativa, la única fuente jurídica del derecho

¹⁰³² Con la misma aclaración, véase, ENGLISH K., *Introducción al pensamiento jurídico*, Granada, Editorial Comares, 2001, p. 114.

¹⁰³³ La posición respecto de una forma de interpretación depende, de la concepción que se asuma del derecho penal como disciplina del conocimiento. Véase, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 277.

¹⁰³⁴ BACIGALUPO E., *Principios*, op. cit., p. 77.

¹⁰³⁵ Vid. ROZO ROZO J., *Comentarios*, op. cit., p. 148.

¹⁰³⁶ ECO H., *Los límites de la interpretación*, Barcelona, Editorial Lumen, 1992, p. 33. En el mismo sentido, PULITANÒ D., *Principio*, op. cit., p. 36; LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 316; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 280.

¹⁰³⁷ Todo ello de acuerdo con el art. 12 *Preleggi*. Vid. PULITANÒ D., *Principio*, op. cit., p. 36.

¹⁰³⁸ SILVA SÁNCHEZ J.-M., *Sobre la interpretación*, op. cit., p. 368.

¹⁰³⁹ LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 320.

¹⁰⁴⁰ PULITANÒ D., *Principio*, op. cit., p. 37.

penal; en esa medida, si se desconoce el tenor literal de la ley penal, se desconoce en ella su fuente de legitimación democrática y política (ambas consagradas en el art. 25 Cos. ital. y 29 Cos. col.). De esta manera se garantiza que la ley continúe siendo el límite establecido por la Constitución política al órgano judicial para garantizar el principio de división de poderes¹⁰⁴¹.

En este punto, sólo existen dos posibilidades: o, por una parte, se admite la necesidad de que el sentido literal de la ley limite cualquier interpretación; o, por otra parte, se admiten excepciones que restrinjan el alcance del sentido literal frente a la interpretación judicial¹⁰⁴². La elección de la primera alternativa no sólo es la más coherente con el punto de partida ya establecido (*infra*, cap. III, 6), sino también es aquella que ofrece mejores resultados frente al principio de legalidad penal y su significado de garantía.

Así pues, una interpretación semántica es la interpretación base de la cual el juez debe partir¹⁰⁴³; lo anterior, por supuesto, no significa que la interpretación se limite a este estrecho marco, pues se trata de una posición insostenible (*infra*, 4.3). ¿Qué sucede, entonces, con aquellas otras interpretaciones que van más allá del tenor literal de la ley penal, como las interpretaciones comparativas, teleológicas, sistemáticas, históricas, genéticas, etc.? ¿son posibles en el derecho penal? Este tipo de interpretaciones -que buscan “algo más” que el simple dato lingüístico que otorga la ley- son perfectamente posibles; de hecho, son criterios necesarios a efectos de evitar que la interpretación quede librada al arbitrio del intérprete¹⁰⁴⁴. Pero, en el derecho penal sólo es legítimo acudir a tales formas de interpretación siempre que no se desconozca el tenor literal de la *fattispecie*¹⁰⁴⁵. El tenor literal de la ley penal se convierte, así, en el presupuesto inamovible de cualquier actividad de interpretación, pues sí tal dato es desconocido es ignorada correlativamente la ley como única fuente del derecho penal. Ésta, por lo menos, es la conclusión lógica que debe desprenderse del contenido ya señalado frente al principio de legalidad penal y frente a la reserva de ley establecidas en el art. 25, inciso 2º Cos. ital. y el art. 29, inciso 2º Cos. col.

Así, una interpretación sistemática es posible en la medida en que el contexto social y cultural constituye una herramienta hermenéutica fundamental para interpretar el tenor literal de la ley penal¹⁰⁴⁶. Pero no sólo el contexto social y cultural logran contribuir a una interpretación sistemática; inclusive, y en un mayor grado, es necesario afirmar la importancia de la doctrina dentro de la interpretación sistemática. La función de sistematización asignada tradicionalmente a la doctrina tiene, de esta manera, un rol esencial en la interpretación de la ley penal, pues otorga el trasfondo científico y técnico que el intérprete requiere a efectos de valorar adecuadamente el derecho penal¹⁰⁴⁷. A través de estos dos enfoques sistemáticos, la ley penal puede llegar a ser interpretada correctamente.

¹⁰⁴¹ MONTIEL J. P., *Analogía*, op. cit., p. 178.

¹⁰⁴² GIMBERNAT ORDEIG E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999, p. 45.

¹⁰⁴³ Para GIMBERNAT, por ejemplo, la interpretación gramatical tiene una función decisiva. *Ibidem*, p. 45.

¹⁰⁴⁴ LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 315.

¹⁰⁴⁵ En este sentido, véase, MONTIEL J. P., *Analogía*, op. cit., p. 161.

¹⁰⁴⁶ “L’interpretazione della legge, proprio per essere fedele ai testi normativi, non può non essere interpretazione sistematica” Vid. PULITANÒ D., *Principio*, op. cit., p. 37-38.

¹⁰⁴⁷ GIMBERNAT ORDEIG E., *Concepto*, op. cit., p. 59-61. En el mismo sentido, LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 321-323.

Por ejemplo, para interpretar la expresión “*viajero*” contenida en la *fattispecie* de hurto (art. 625 c.p.i., o su análogo art. 241, numeral 5º c.p.c.) es necesario acudir a una interpretación sistemática e histórica (a un específico contexto social) tendiente a determinar las modalidades de lesión que el legislador quiere proteger mediante tal prohibición, especificando así quién ostenta – en un momento histórico y cultural determinado- la calidad de viajero y por qué. En esta medida, si este tipo de interpretación no desconoce el tenor literal de la prohibición normativa, es legítimo su uso.

Una discusión mucho más ardua se presenta frente a la interpretación teleológica, la cual se encuentra vinculada con la idea de fin (*telos, ratio*)¹⁰⁴⁸. Sin embargo, debe precisarse que una es la interpretación genética y otra la interpretación propiamente teleológica (acá se denominará interpretación teleológica objetiva, siguiendo la denominación utilizada por LARENZ)¹⁰⁴⁹. La interpretación genética parte de una *ratio* subjetiva, como fin del legislador histórico al momento de redactar la ley penal (una intención reguladora)¹⁰⁵⁰; por otra parte, la interpretación propiamente teleológica atiende a una *ratio* objetiva, como fin del propio enunciado lingüístico, independiente del legislador como su creador; en esta forma de interpretación, las finalidades no son históricas, sino más bien racionales, prescritas objetivamente al interior del ordenamiento jurídico (como fin de la norma)¹⁰⁵¹.

A pesar de que la interpretación genética (o teleológica subjetiva) sufre de críticas justificables, entre éstas aquella que reconoce como imposible la tarea de individualizar una voluntad única dentro de un texto normativo, o aquella que discute si en realidad se trata de una voluntad única o si son varias las voluntades que concurren a la aprobación y redacción de la ley (y, aún más, cuál de todas esas voluntades es la que debe tenerse en cuenta)¹⁰⁵², es claro que este tipo de interpretación no sólo es legítima sino, además, indispensable en el derecho penal. La finalidad del legislador histórico (es decir, la intención regulativa de la ley) puede ser descubierta de manera objetiva a través de la propia discusión legislativa surtida y del contexto histórico y social en el que se desarrolló la disposición penal¹⁰⁵³. Además, al buscar dicha intención se intenta indagar las razones político criminales que motivaron la prohibición penal, con lo cual la búsqueda de tal referente histórico y su eventual uso a nivel interpretativo es necesario (la ley se convierte, así, en un acto de comunicación de los legisladores)¹⁰⁵⁴; si el límite entre lo lícito y lo ilícito se determina a través de la ley penal, producto democrático de una discusión en clave político criminal, entender dicha clave y las razones que la justificaron llevará de igual manera a entender el alcance de la *fattispecie*. El

¹⁰⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ J-M., *Sobre la interpretación*, op. cit., p. 373.

¹⁰⁴⁹ Vid. LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 331-337.

¹⁰⁵⁰ ALEXY R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 227-228, 232-233; LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 313, 325-327. En el mismo sentido, DWORKIN R., *El imperio*, op. cit., p. 223.

¹⁰⁵¹ Cfr. ALEXY R., *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 232. De igual manera, LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 313; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 281; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos*, op. cit., p. 181.

¹⁰⁵² ALEXY R., *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 229-230. Con un panorama sombrío y poco claro frente a la búsqueda de la intención del legislador, véase, DWORKIN R., *El imperio*, op. cit., p. 226-238. Este autor parte por reconocer que la mejor forma para identificar la intención legislativa detrás de un estatuto (o ley) es interpretar los antecedentes de la legislación específica a efectos de indagar cuál es la convicción institucional general del cuerpo legislativo (*El imperio*, p. 238).

¹⁰⁵³ GIMBERNAT ORDEIG E., *Concepto*, op. cit., p. 49-51; LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 328.

¹⁰⁵⁴ DWORKIN R., *El imperio*, op. cit., p. 226.

principio democrático ínsito en la ley genera la necesidad de que el juez se someta a la intención del legislador¹⁰⁵⁵.

La situación anterior, sin embargo, no es la misma frente a una interpretación teleológica objetiva que busca la *ratio* de la prohibición independiente de quien la produjo; es indiscutible que, de esta manera, el fin de la disposición normativa es determinado por quien la interpreta¹⁰⁵⁶. SILVA SÁNCHEZ, frente a este tipo de interpretación, reconoce que es el sujeto externo -intérprete- quien determina el *telos* de un enunciado jurídicopenal¹⁰⁵⁷. Y es que al buscar el *fin* o *ratio* de una disposición normativa, ésta debe ser individualizada -de manera racional- por el intérprete, proceso en el que la posibilidad de efectuar una elección político criminal es latente.

No sólo esto. Existen cuatro puntos centrales que exigen (o, por lo menos, aconsejan) la no utilización de este tipo de interpretaciones en el derecho penal¹⁰⁵⁸: la primera es una razón práctica, pues es excesivamente difícil (incluso, imposible) diferenciar la analogía *legis* y la interpretación teleológica objetiva cuando se acude -en ambos casos- al fin o *ratio* de la ley. La segunda, además, es una razón lógica pues es indiscutible que el *fin* de una norma es algo externo o diferente a la norma misma, por lo que se desconocería así el principio de legalidad penal, incluyéndose una fuente jurídica diferente a la ley. La tercera razón que justifica la no utilización de la interpretación teleológica objetiva es que la inclusión del *fin* de la norma en la interpretación del texto legal conllevaría un conjunto de casos que no estarían incluidos en el tenor literal de la disposición normativa, siendo reconocidos por el *fin* o *ratio* de ésta, no pudiéndose así diferenciar en realidad qué es interpretación y qué es analogía; lo anterior significa que cuando se utiliza el *fin* de la norma, casi de manera automática se estará interpretando extensivamente la ley penal, pues tal *ratio* busca precisamente ampliar el simple dato lingüístico¹⁰⁵⁹. Finalmente, la cuarta razón (y, tal vez, la más sólida) es una razón hermenéutica: la interpretación teleológica objetiva que busca interpretar la norma jurídica a través de su finalidad conlleva una paradoja inevitable pues, precisamente, aquello que guiará la interpretación de la ley (*fin* o *ratio*) es, al mismo tiempo, el resultado esperable de la misma interpretación¹⁰⁶⁰.

A pesar de las críticas enumeradas, es indiscutible que este enfoque teleológico objetivo se basa en una decisión valorativa que el intérprete asume dentro del propio ordenamiento jurídico¹⁰⁶¹, razón por la que constituye -sin lugar a dudas- una interpretación orientada a un modelo de racionalidad que no puede ser otro que la “*específica racionalidad teleológica-valorativa del derecho penal*” como sistema normativo¹⁰⁶². Si, en efecto, se busca indagar el fin teleológico-valorativo del derecho penal en cuanto sistema normativo, puede decirse que este tipo de interpretación es imprescindible.

¹⁰⁵⁵ *Ibidem*, p. 224.

¹⁰⁵⁶ Cfr. ALEX Y R., *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 232.

¹⁰⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ J.-M., *Sobre la interpretación*, op. cit., p. 376.

¹⁰⁵⁸ Reconociendo las cuatro objeciones descritas, véase, MONTIEL J. P., *Analogía*, op. cit., p. 163-164.

¹⁰⁵⁹ Al hablar de interpretación extensiva, se reconoce la necesidad de ampliar “*el alcance de los vocablos legales, a fin de que la letra corresponda al espíritu y voluntad de la norma*”. Véase, PÉREZ L. C., *Manual*, op. cit., p. 31-32; PÉREZ L. C., *Derecho penal*, T. I, op. cit., p. 63-64.

¹⁰⁶⁰ “*deberíamos llegar a la paradoja de que justamente lo que guiaría el proceso interpretativo es aquello que debe obtenerse como resultado del mismo*”. Cfr. MONTIEL J. P., *Analogía*, op. cit., p. 163.

¹⁰⁶¹ “*Los argumentos teleológico-objetivos se caracterizan porque quien argumenta se refiere no a fines de personas realmente existentes en el pasado o en el presente, sino mas bien a fines «racionales» o «prescritos» objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente.*” Vid. ALEX Y R., *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 232.

¹⁰⁶² SILVA SÁNCHEZ J.-M., *Sobre la interpretación*, op. cit., p. 375-376.

Además, es posible ver en la interpretación teleológica objetiva la concreción de todos los motivos históricos, los cuales se encuentran así subordinados al sentido objetivo de la ley, con lo cual este criterio de interpretación también considera la importancia de la democracia y la voluntad legislativa¹⁰⁶³.

Parece ser que ambas teorías son válidas y, por lo tanto, aplicables al derecho penal¹⁰⁶⁴. Sin embargo, a pesar de que la interpretación teleológica objetiva es legítima en el derecho penal, debe recordarse que ésta –así como cualquier otro tipo de interpretación- tiene como límite infranqueable en el derecho penal el tenor literal de la ley. Si la interpretación teleológica objetiva supera dicho tenor literal, ésta devendrá necesariamente una analogía, pues al superar el dato elemental que es el contenido lingüístico asignado por el legislador, el juez -a través de tal interpretación teleológica- en realidad estaría “creando” una nueva prohibición normativa¹⁰⁶⁵.

Un ejemplo de ésta última situación (que constituye, sin lugar a dudas, una analogía *in malam partem*) es la interpretación de la expresión “*bien mueble*” en la *fattispecie* de hurto (contenido en el art. 624 c.p.i. y art. 239 c.p.c.) para incluir, a través de su *ratio* de tutela, las conductas de sustracción de energía eléctrica o la manipulación o copia ilícita de software¹⁰⁶⁶. Es evidente como, al desconocer el tenor literal de la ley penal so pretexto de analizar el tipo criminoso establecido por el legislador en el art. 624 c.p.i., el juez *amplió* el margen de ilicitud predefinido normativamente, y a través de una interpretación extensiva desconoció el contenido lingüístico mínimo establecido legislativamente. Este tipo de interpretaciones teleológicas extensivas, donde se desconoce el tenor literal de la ley penal, son ejemplos de analogías prohibidas por el art. 25 Cos. ital. y por el art. 29 Cos. col.

Otro interesante ejemplo -de los muchos, por supuesto, que pueden encontrarse en la parte especial- lo constituye en Colombia la interpretación doctrinal que se le ha dado al art. 125 c.p.c., frente a la *fattispecie* de lesiones dolosas al feto. Esta disposición normativa prohíbe “[causar] *a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo*”; atendiendo lo anterior la doctrina ha interpretado -de manera consistente- el término *feto* para incluir en él al *nasciturus* desde el proceso de anidación, catorce días después de la fecundación. Tal interpretación no tendría, en principio, dificultad alguna de no ser porque el legislador, en el art. 3° de la Ley 1385 del 2010 define el término *feto* como “*el producto de la concepción humana, se llama feto a partir del tercer mes de vida intrauterina*”¹⁰⁶⁷. De esta manera, y a través de una interpretación extensiva

¹⁰⁶³ Vid. ENGLISH K., *Introducción*, op. cit., p. 104-113. Este autor alemán afirma, además, que la interpretación genética es -paradójicamente- objetiva, pues aquellas pruebas y documentos que se utilizan para conocer la “intención del legislador” no son valorados, como tal, como simples medios de prueba, sino por el contrario son analizados como “*construcciones históricas objetivas y dotadas de sentido*”. *Ibidem*, p. 115-116. La crítica es, pues, atinada.

¹⁰⁶⁴ Con una posición intermedia, véase, LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 313; VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 276; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos*, op. cit., p. 176.

¹⁰⁶⁵ LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 319. La doctrina mayoritaria acepta que la interpretación teleológica se limite, necesariamente, por el tenor literal. Véase, SILVA SÁNCHEZ J-M., *Sobre la interpretación*, op. cit., p. 372.

¹⁰⁶⁶ Así, por ejemplo, frente a la sustracción de energía eléctrica, la ampliación del concepto “*bien inmueble*” en el delito de hurto resulta tan ilegítima, que el legislador ha creado una nueva *fattispecie* tendiente a incluir tal comportamiento como prohibición en el derecho penal (cfr. art. 256 c.p.c.). Si esta interpretación fuese legítima no habría necesidad de la nueva *fattispecie* donde se incluye específicamente esta modalidad delictiva. Con el mismo ejemplo, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 285.

¹⁰⁶⁷ VELÁSQUEZ F., *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013, p. 288; GÓMEZ PAVAJEAU C. A.; URBANO MARTÍNEZ J. J., *Delitos contra la vida y la integridad personal*, in AA. VV., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, II ed., 2011, p. 1069. En el

injustificada (o, más bien justificada en la ampliación del ámbito de protección penal¹⁰⁶⁸), se desconoce el contenido lingüístico preciso establecido por el propio legislador (pues éste se encarga de definir qué se entiende por *feto*), con lo cual la aplicación analógica de la *fattispecie* parece altamente probable.

Detrás de esta prohibición se encuentra un elemental asunto de legitimidad política: cuando el juez realiza una interpretación teleológica desconociendo el tenor literal está realizando, necesariamente, una valoración político criminal tendiente a demostrar como la prohibición de ese “nuevo” comportamiento es necesaria, y máxime cuando -como ya se discutió- este tipo de interpretación conlleva la identificación de una *ratio* de la ley penal a través de la valoración subjetiva (aunque racional) del intérprete. Ya que el juez no cuenta con la legitimación constitucional, ni democrática ni política, para realizar tal tipo de valoraciones, su actividad hermenéutica no puede ser el medio para convertir un asunto de jurisdicción (aplicación de la ley) en un asunto de legislación (creación de nueva ley).

Ahora bien, ¿qué sucede con una interpretación teleológica que no desconoce el tenor literal de la ley penal? A pesar de que se reconoce que una interpretación teleológica que se mantenga dentro de los límites establecidos por el tenor literal de la *fattispecie* es legítima¹⁰⁶⁹, es discutible de *lege ferenda* la existencia de tal interpretación cuando ella es de carácter extensivo en el derecho penal.

Analizados los anteriores límites hermenéuticos que existen en el derecho penal, cabe preguntarse ¿qué diferencia existe entre interpretación extensiva y analogía en materia penal?¹⁰⁷⁰ La clave para encontrar la diferencia entre estos dos conceptos se encuentra en preguntarse a qué tipo de extensividad se refiere la interpretación (¿la interpretación es extensiva atendiendo a qué concepto?). En este punto, es claro que la extensión no puede referirse a la *ratio* de tutela, ni a cualquier otro aspecto no literal, pues de hecho es a través de estas referencias cómo se construye precisamente la analogía. Por ello, en ausencia de un criterio mejor, existe analogía cuando se desconoce el tenor literal; por el contrario, la interpretación es extensiva cuando ésta se encuentra aún dentro del tenor literal establecido en la *fattispecie*¹⁰⁷¹.

Así pues, el factor esencial para diferenciar ambos escenarios (interpretación extensiva y analogía) es el tenor literal de la ley penal; y el elemento que comparten es, sin lugar a dudas, la interpretación

mismo sentido, incluyendo en el concepto al embrión postimplantatorio, véase, POSADA MAYA R., *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Editorial Ibañez, Universidad de los Andes, T. II, 2015, p. 123.

¹⁰⁶⁸ Así lo reconoce, VELÁSQUEZ F., *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013, p. 288.

¹⁰⁶⁹ “un’interpretazione fedele alla legge, attenta a evitare qualsiasi forzatura del limite invalicabile segnato dal testo della legge, cercherà di comprendere il testo alla luce delle diverse (talora contrapposte) ragioni che nella legge penale cercano una ragionevole composizione nella legge penale”. Cfr. PULITANÒ D., *Principio*, op. cit., p. 39.

¹⁰⁷⁰ Debe reconocerse, como lo hace BACIGALUPO, que cualquier criterio tendiente a establecer una diferencia clara entre interpretación extensiva y analogía es “poco satisfactorio” (*Principios constitucionales*, p. 82). Ésta no será una excepción.

¹⁰⁷¹ “Mas no es posible hallar otro límite entre interpretación y desarrollo del Derecho complementador o modificador de la ley que el sentido literal lingüísticamente posible”, LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 319. De igual manera, CEREZO MIR J., *Curso de derecho penal español*, Madrid, Editorial Tecnos, VI ed., T. I, 2005, p. 208-209; GIMBERNAT ORDEIG E., *Concepto*, op. cit., p. 64-67; MIR PUIG S., *El derecho penal*, op. cit., p. 23. Hay quien califica esta posición como mayoritaria en la doctrina, BACIGALUPO E., *Principios*, op. cit., p. 86.

teleológica del tipo criminoso de una determinada *fattispecie* (es decir, una interpretación expansiva de la *ratio* de tutela frente a un bien jurídico específico).

Ahora bien, ¿en realidad la prohibición de analogía es el único límite a la interpretación judicial que se puede predicar del principio de legalidad penal? A pesar de que la doctrina mayoritaria acepta la legitimidad de una interpretación extensiva en el derecho penal, se debe afirmar que -por el contrario- la interpretación debe ser necesariamente restrictiva¹⁰⁷². Así pues, el sentido literal de la ley penal no es suficiente para garantizar las garantías sustanciales derivadas del principio de legalidad penal; por tanto, se requiere otro límite adicional al contenido lingüístico suministrado por la ley.

La cláusula de interpretación que debe regir el derecho penal (tanto en las leyes penales que establecen circunstancias de atenuación o exclusión de la responsabilidad penal, como aquellas que establecen las condiciones de existencia del delito) debe ser la favorabilidad penal¹⁰⁷³. Dicha favorabilidad penal no sólo es una cláusula de interpretación constitucionalmente orientada, sino que respeta el núcleo esencial del principio de legalidad penal (significado de garantía frente a la libertad de los ciudadanos); se trata de la manifestación más necesaria del derecho penal mínimo en la actualidad.

No es lógico reconocer, por una parte, el hecho de que el juez tienda a privilegiar la exigencia de tutela y, por ello, a aumentar la represión penal¹⁰⁷⁴ y, por otra parte, no se reconozca la necesidad de limitar la interpretación judicial en el caso concreto. Si, precisamente, el juez debe actuar como garante de los derechos de los ciudadanos (como así parece exigirlo la propia Constitución política), la interpretación -y su límite necesario- deben llevarlo a interpretar en clave garantista y de tutela a favor del acusado.

Aun aceptándose la posibilidad de interpretar teleológicamente la ley penal, es un error identificar la *ratio* de ésta última únicamente como una *ratio de tutela y protección hacia bienes jurídicos*¹⁰⁷⁵. En la redacción y definición de las diferentes *fattispecie* -así como, en términos generales, frente a todo el derecho penal- entran en juego otros valores adicionales, como lo son la protección penal fragmentaria de tales bienes jurídicos, el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, la protección de la sociedad mediante el derecho penal, etc.; se trata, cómo lo reconoce SILVA SÁNCHEZ, de un real *conflicto de fines*, donde la selección única del *fin protector de bienes jurídicos* sería un simple enfoque reduccionista¹⁰⁷⁶. De esta manera, si la ley penal representa un conflicto de fines diferentes,

¹⁰⁷² “De ello se sigue en términos más generales el deber de interpretación restrictiva y la prohibición de interpretación extensiva de las leyes penales”. FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 382.

¹⁰⁷³ En contra de establecer cualquier vínculo interpretativo más allá de la prohibición de analogía, MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 72; PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 276. Sin embargo, MANTOVANI se contradice cuando, por una parte, excluye cualquier posibilidad de permitir una interpretación en clave de *favor libertatis* para luego, por otra parte, afirmar que la ley penal “*va interpretata secondo la sua ratio di tutela*” (*Ibidem*, p. 72), que no puede ser otra que la *ratio* de garantía.

¹⁰⁷⁴ Se afirma como un dato sociológico, atendiendo su función constitucional. Cfr. CONTENTO G., *Principio*, op. cit., p. 486; PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 131.

¹⁰⁷⁵ Éste es, sin lugar a dudas, el enfoque más usual utilizado por la doctrina, vinculando así esta interpretación con el bien jurídico como objeto que el legislador desea proteger. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG E., *Concepto*, op. cit., p. 87. Implícitamente, VELÁSQUEZ F., *Derecho penal*, op. cit., p. 281; VELÁSQUEZ F., *Fundamentos*, op. cit., p. 181.

¹⁰⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ J.-M., *Sobre la interpretación*, op. cit., p. 382-383.

la interpretación teleológica deberá responder a una priorización de tales fines¹⁰⁷⁷. De hecho, una interpretación teleológica es, en esencia, una interpretación orientada atendiendo un modelo de racionalidad determinado, modelo en el que todos los fines que busca el derecho penal (como sistema) deben ser tenidos en cuenta.

Sin embargo, el conflicto de fines que incluye la ley penal puede reducirse a una contradicción directa entre dos extremos: por una parte, la función de protección del derecho penal frente a la sociedad mediante la prohibición de comportamientos lesivos para determinados bienes jurídicos; y, por otra parte, la concepción fragmentaria, de *ultima ratio* y de garantía que estructura al derecho penal no sólo como protección de la sociedad sino como garantía de los ciudadanos¹⁰⁷⁸. Frente a esta balanza de extremos, ¿cuál debe ser la decisión a tomar? Evidentemente, pueden ser tres: o intentar un “justo medio”, o acudir a alguno de los dos extremos.

La solución debe ser el extremo *más garantista*, por varias razones. Si el método de interpretación aplicable (de muchos existentes) depende de la *regla* específica que se desea encontrar¹⁰⁷⁹ (en el derecho penal podríamos hablar de tipo crimonoso, como regla valorativa incorporada en las diversas *fattispecie*), el juez penal no estaría legitimado para escoger -de otras tantas opciones hermenéuticas posibles- ningún otro criterio general de interpretación que no se adecue a la cláusula de favorabilidad acá propuesta. La conclusión es, por lo menos, lógica y coherente: si la *ratio* que cobija el art. 25, inciso 2º Cos. ital. y el art. 29, inciso 2º Cos. col. es de garantía, esa misma *ratio* debe guiar la interpretación del juez frente a la ley penal, tal como guía la creación de ella, su imposibilidad de ampliarse a casos no regulados expresamente y su irretroactividad sólo frente a normas desfavorables. Sería contradictorio reconocer que la *ratio* de garantía genera consecuencias en todos los aspectos vinculados al principio de legalidad penal, pero no en la interpretación del juez, cuando de esta última actividad dependen todas las garantías reconocidas por la Constitución¹⁰⁸⁰.

Una cláusula de favorabilidad también genera dos consecuencias frente a la interpretación de la ley penal. Por una parte, a través de un enfoque de favorabilidad el juez puede escoger, entre las diferentes interpretaciones *posibles* de una ley penal, aquella que sea más favorable al acusado, con lo cual el margen de discrecionalidad del juez se reduciría ostensiblemente, dentro de un parámetro constitucionalmente válido. Por otra parte, una cláusula de interpretación favorable presenta otra ventaja; si la intención del legislador (a efectos de una interpretación genética) es difícil de descubrir, esta cláusula interpretativa permitiría presumir tal intención en aquellos casos en que ello sea imposible: el legislador, en un Estado constitucional y democrático de derecho, debe prohibir lo menos posible mediante el derecho penal. Esta presunción de intencionalidad legislativa se basa

¹⁰⁷⁷ *Ibidem*, p. 387. En el mismo sentido, PULITANÒ D., *Principio*, op. cit., p. 39.

¹⁰⁷⁸ Sin lugar a dudas, el derecho penal es un “*arma a doppio taglio*”. Cfr. PULITANÒ D., *Principio*, op. cit., p. 39.

¹⁰⁷⁹ “*La búsqueda de la regla no viene determinada por el método, sino que es el método el que está en función de la búsqueda, dependiendo de lo que se quiera encontrar*”. ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, X ed., 2011, p. 134-135.

¹⁰⁸⁰ La discusión sobre si una regla interpretativa especial en materia penal ya está reconocida en el ordenamiento italiano o colombiano no puede excluir *ab initio* la utilidad de la solución acá planteada, ya sea *de lege data* o *de lege ferenda*. En contra de reconocer dicha regla interpretativa en el ordenamiento jurídico italiano *de lege data*, por ejemplo, MOCCIA S., *La promessa*, op. cit., p. 28; PALAZZO F., *Corso*, op. cit., p. 137; PALAZZO F., *Introduzione*, op. cit., p. 276. A favor de la misma regla en el derecho penal colombiano (dando mayor peso al principio de legalidad y el valor de seguridad que él representa), por ejemplo, CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 25.

en el carácter fragmentario (*ultima ratio*) del derecho penal, además de la *ratio* de garantía incluida en el art. 25 Cos. ital. y art. 29 Cos. col. Se puede, de esa manera, presumir dicha intención limitada porque es ésta la interpretación que la Constitución política desea, o por lo menos aspira.

Son varias las razones que permiten afirmar que la Constitución política de Italia y Colombia reconocen una cláusula de favorabilidad en la interpretación de la ley penal. La primera razón indica que, si el fin u objetivo fundamental de la Constitución es lograr un efectivo Estado social de derecho, la mejor manera para lograr este objetivo -al interior del derecho penal- es garantizando el respecto de todas las garantías incluidas en el mismo texto constitucional, entre las que se incluye el principio de legalidad penal como un derecho fundamental. Para que el Estado (además de social y democrático) sea de derecho, se requiere que sean respetados los principios de legalidad y división de poderes¹⁰⁸¹.

De igual manera, parece ser que un Estado de esta naturaleza puede compaginarse con un concepto de *derecho penal mínimo*; por el contrario, difícilmente puede realizarse tal vínculo entre este tipo de estado y un derecho penal máximo o expansivo, modelo de derecho penal que se lograría tangencialmente mediante interpretaciones extensivas.

Una segunda razón señala que entre varias interpretaciones posibles el juez debe preferir siempre aquella interpretación que mejor se compagine con los principios de rango constitucional¹⁰⁸². Sin lugar a dudas, la existencia de una constitución política rígida determina, necesariamente, una preferencia interpretativa frente al acatamiento de los principios por ella reconocidos; no puede ser, entonces, indiferente para el intérprete la elección de un tipo específico interpretación pues tal elección ya pudo haber sido preestablecida normativamente por el texto constitucional.

Así las cosas, si se verifican los diferentes principios reconocidos por la Constitución política, tanto de Italia como de Colombia, se encuentra consagrado sin duda alguna el principio de legalidad penal, con lo cual es clara la elección hermenéutica restrictiva que debe acoger el juez penal entre varias interpretaciones posibles, máxime cuando no se encuentra en su texto ningún otro principio que *exija* obligatoriamente la protección de determinados bienes jurídicos a través del derecho penal. Al contrario, el espíritu garantista y democrático de la constitución (y, específicamente, del principio de legalidad penal) permiten concluir que la protección dirigida por el legislador mediante el derecho penal debe ser, por lo menos idealmente, fragmentaria. Si el texto constitucional ha establecido esta serie de principios, es indudable que sólo una cláusula de favorabilidad puede legitimar al juez a escoger, entre varias opciones de interpretación, aquella que respete en mayor medida el principio de libertad y de igualdad, como principios reconocidos por la Constitución política¹⁰⁸³.

¹⁰⁸¹ TAMAYO JARAMILLO J., *Manual*, op. cit., p. 72.

¹⁰⁸² “entre varias interpretaciones posibles según los demás criterios, siempre obtiene preferencia aquella que mejor concuerda con los principios de la Constitución”. Cfr. LARENZ K., *Metodología*, op. cit., p. 338.

¹⁰⁸³ En este sentido, es afortunada la precisión de GAITÁN MAHECHA (en Colombia) cuando relaciona el principio de favorabilidad con la interpretación restrictiva: “Esta [la interpretación restrictiva] es la de mayor aplicación en Derecho Penal, por cuanto el principio de la favorabilidad hace que se esté más al efecto benigno de la ley, que al de la gravedad”. Cfr. GAITÁN MAHECHA B., *Curso*, op. cit., p. 50. En contra de esta asimilación de conceptos, ROMERO SOTO L. E., *Derecho penal*, op. cit., p. 198, quien afirmó: “(...) cuando pueda hacerse una interpretación en favor de este, aunque sea extendiendo el significado aparente de la ley, sea la benignior interpretatio la que prevalezca”.

Si la doctrina italiana (y la ley penal colombiana) aceptan la posibilidad de que la analogía *in bonam partem* pueda aplicarse en el derecho penal, significa que la constitución y la ley no establecen una *plena libertad de interpretación* frente al juez: la *ratio* de garantía incluida en el principio de legalidad penal es una *ratio* general aplicable a todo el derecho penal y, por lo tanto, también a su interpretación.

Acorde con una cláusula de favorabilidad, es lógica la prohibición no sólo de la analogía, sino además de la interpretación extensiva; si el derecho penal tiene un carácter fragmentario, es lógico que la tutela penal no pueda extenderse ni aún dentro de los límites prefijados por el legislador, situación que puede suceder a través de una interpretación extensiva, pues el tenor literal -siendo el límite impuesto por el principio de legalidad penal- debe ser también interpretado restrictivamente¹⁰⁸⁴. Es más, teniendo presente que a través de una interpretación extensiva el texto legal ocupa un segundo plano¹⁰⁸⁵, es lógico que el principio de legalidad penal también la prohíba. Es una medida de *lege ferenda* necesaria pues, incluso quienes parten del carácter necesariamente “creativo” de la interpretación judicial, reconocen que con tal medida se puede llegar a limitar el espacio de acción del juez¹⁰⁸⁶. Se trata, sin lugar a dudas, de una propuesta no del todo novedosa, pues ya ha sido desarrollada por la doctrina colombiana¹⁰⁸⁷; aunque, sin lugar a dudas, se trata de una posición aislada y reducida¹⁰⁸⁸.

La necesidad de prohibir también la interpretación extensiva en el derecho penal queda demostrada a través del ejemplo descrito previamente respecto de la analogía; aun cuando pueda discutirse que dicho ejemplo sea, en realidad, una analogía, nadie discutirá que dicha interpretación puede evitarse sin lugar a dudas al prohibir también la interpretación extensiva; sea analogía o sea interpretación extensiva el incluir en el término “*bien mueble*” las conductas de sustracción de energía eléctrica o la manipulación o copia ilícita de software, a través de la prohibición de ambos conceptos se evita

¹⁰⁸⁴ “No es el “sentido posible del texto” lo que dará el límite de la interpretación, sino el “sentido más restringido del texto”. De esta manera la ley puede ser realmente una barrera que no debe superar la política criminal”. Cfr. BACIGALUPO E., *Principios*, op. cit., p. 96. En el mismo sentido, véase, CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 120-121.

¹⁰⁸⁵ Cfr. BACIGALUPO E., *Principios*, op. cit., p. 87. Este autor afirma: “El método teleológico es, por tanto, un método en el que el texto legal ocupa un segundo plano: la interpretación es, de este modo, una operación en la que el objeto interpretado es en primera línea la decisión valorativa que está en la base de la ley o, dicho de otra manera un principio decisorio que está “detrás” de ella”.

¹⁰⁸⁶ Cfr. CADOPPI A., *Il valore*, op. cit., p. 152.

¹⁰⁸⁷ Por ejemplo, S. BARRIENTOS (analizando el Código penal de 1936) afirmó -ya en 1953- que “la interpretación [penal] será restrictiva, esto es, en sentido favorable al reo, pero sin perjudicar la justicia. No será extensiva, es decir, en sentido favorable al Estado”. Cfr. BARRIENTOS RESTREPO S., *Elementos*, op. cit., p. 218; GAITÁN MAHECHA B., *Curso*, op. cit., p. 50. En el mismo sentido se expresa GÓMEZ PRADA, frente al mismo código penal, cuando afirma que “la interpretación debe ser restrictiva y, por tanto, benigna o favorable para el procesado en materia de señalamiento de delitos y de penas, porque esa misión le corresponde al legislador (arts. 26 y 28 de la Constitución y art. 1° del código penal), y el juez no ha de ser más riguroso que el legislador dando por prohibido lo que este no ha prohibido expresamente o sancionando con más rigor lo que no creyó conveniente sancionar sino en cierta medida”. Cfr. GÓMEZ PRADA A., *Derecho penal*, op. cit., p. 79, 84-85. LOZANO Y LOZANO, por su parte, reconoce que la interpretación extensiva puede aplicarse sólo cuando resulte favorable al reo, por lo que puede deducirse -implícitamente- que dicha interpretación queda excluida cuando afecte al reo, situación en la que se encuentra la determinación del hecho prohibido. Vid. LOZANO Y LOZANO C., *Elementos*, op. cit., p. 406, 429. Incluso, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión del 22 de febrero del 1956, afirmó que “la interpretación extensiva y la analogía son admitidas en materia penal, en cuanto no afecten delitos y sanciones, pues en esta materia rige inmodificable el dogma jurídico: *nullum crimen sine lege*. Las leyes que incriminan o agravan la situación del procesado, deben interpretarse en forma restrictiva”. Cfr. CSJ col., sentencia del 22 de febrero de 1956, Gaceta Oficial t. LXXXII, p. 169.

¹⁰⁸⁸ En España, por ejemplo, BACIGALUPO E., *Principios*, op. cit., p. 94-96.

este tipo de interpretaciones que no parecen ser coherentes con la naturaleza fragmentaria del derecho penal, sin mencionar el carácter valorativo que tiene dicha aplicación de la ley en términos de política criminal (es indudable que el juez, atendiendo esta interpretación, valora negativamente un comportamiento que, tal vez, el legislador no quiso o no consideró incluir en la *fattispecie* penal).

Es indiscutible que, tanto a través de una interpretación extensiva como de la analogía, se amplía el alcance de la previsión legislativa¹⁰⁸⁹. Por ello, el asunto que debe discutirse frente a la eventual prohibición de la interpretación extensiva es si el juez penal cuenta con la legitimación para ampliar el alcance de una *fattispecie* a través de la superación del tenor literal de la ley penal, máxime cuando tal superación se realiza atendiendo a su propia voluntad, y no a la voluntad del legislador¹⁰⁹⁰. Visto lo anterior, es claro que no resulta compatible reconocer el principio de legalidad penal, por una parte, y permitir, por otra, una interpretación extensiva (en términos teleológicos objetivos). Tal conclusión resulta contradictoria con el concepto, el significado y la importancia precisados frente al principio de legalidad penal, razón por la cual la solución acá planteada resulta ser, cuanto menos, coherente con el punto de partida presentado.

Es innegable que mientras no se establezca una solución institucional -como la acá propuesta, o por cualquier otra diferente- tendiente a controlar en términos de legitimidad democrática la interpretación judicial, ésta debe autolegitimarse a través de una cláusula de interpretación constitucionalmente orientada, cuya única opción lógica es la favorabilidad penal (como interpretación restrictiva desde un punto de vista material)¹⁰⁹¹.

Si se establece la solución institucional propuesta, o una similar que cumpla con el significado democrático esperado, tal solución legitimará la opción interpretativa asumida, sin importar cuál sea. Aun cuando la interpretación acogida por este órgano sea contraria a la cláusula de favorabilidad acá sostenida, será posible acoger dicha solución jurídica pues, precisamente por su origen democrático, tiene la legitimidad para ello, tal como la tiene el legislador frente a la elección político criminal de perseguir cualquier comportamiento humano lesivo de un interés tutelable. Así, este órgano tendría la legitimidad democrática y política para interpretar la expresión “*bien mueble*” para incluir en ella la sustracción de energía eléctrica o la manipulación o copia ilícita de software; la elección democrática de sus miembros permitiría legitimar una interpretación extensiva en clave político criminal.

Pero, como el juez no cuenta con una legitimación democrática ni mucho menos constitucional (tanto en Italia como en Colombia) para asumir decisiones político criminales¹⁰⁹², la única interpretación que constitucionalmente puede escoger es aquella que limite el alcance de aplicación

¹⁰⁸⁹ “*sia con l’interpretazione estensiva, sia con l’analogia si ampli la portata della previsione legislativa fino a comprendere un caso non espressamente contemplato*”. Cfr. SCOGNAMIGLIO M., *Nullum crimen*, op. cit., p. 22.

¹⁰⁹⁰ Así lo concluye BACIGALUPO, al afirmar: “*El plus de contenido (lo que no es necesariamente extensión de la ley a un número mayor de casos) implicado en la “voluntad de la ley” con respecto a la “voluntad del legislador”, sólo puede provenir del intérprete, es decir, del juez que aplica la ley*”. Cfr. BACIGALUPO E., *Principios*, op. cit., p. 88.

¹⁰⁹¹ Frente al concepto de interpretación restrictiva, se parte del mismo concepto precisado por ENGLISH: “*La última interpretación es «restrictiva» con respecto a la primera en cuanto limita el campo de aplicación del precepto jurídico en su totalidad*”. Vid. ENGLISH K., *Introducción*, op. cit. p. 120. De allí que se requiera una interpretación teleológico objetiva, pues la restricción no sólo es según el tenor literal, sino también frente a su campo de aplicación (*Ibidem*, p. 121).

¹⁰⁹² Vid. MOCCIA S., *La promessa*, op. cit., p. 23-26.

de la ley penal, a través de una cláusula de favorabilidad penal¹⁰⁹³; si el modo de interpretar la ley depende del rol que el intérprete asuma en el derecho¹⁰⁹⁴, el juez no tiene otro camino que asumir el rol constitucional asignado: ser garante de los derechos del acusado en un proceso penal.

Este órgano institucional propuesto tendría los límites constitucionales inherentes que tiene el propio órgano legislativo, con lo cual es la Constitución política el único límite que tendría esta institución para elegir, entre un conjunto diferente de interpretaciones posibles, aquella por aplicar. Pero, ¿qué asuntos debería conocer ese órgano institucionalmente creado para controlar la interpretación en materia penal? Pues salta a la vista que controlar la interpretación de todas las leyes penales, frente a todas las posibles dudas interpretativas que puedan surgir, es sencillamente imposible.

El principio de legalidad penal establece una garantía, frente al ciudadano, en relación con la determinación de responsabilidad penal frente a la comisión de un hecho prohibido precisamente por la ley penal. En esa medida, las diferencias interpretativas que deben ser controladas por este órgano debe ser lo suficientemente sustantivas para afectar, precisamente, el núcleo del principio de legalidad penal, esto es, la determinación o no de responsabilidad penal. Las cuestiones interpretativas que puedan afectar la existencia de un delito deben, por su propia importancia, ser controladas por este órgano. Pero, las demás diferencias interpretativas que no tengan incidencia directa tan elevada no generan la necesidad de que sean controlables por este órgano.

¿Por qué esta diferencia, que puede parecer caprichosa? El punto principal es determinar qué leyes penales, a través de su interpretación, pueden generar reales decisiones en términos de política criminal, ampliando o reduciendo injustificadamente el ámbito de los comportamientos penalmente prohibidos. No hay forma de que el juez, en estos asuntos, esté legitimado para decidirlos pues, precisamente, el principio de legalidad penal (a través de su significado democrático) busca que esas decisiones sean asumidas por un órgano democráticamente elegido.

De esta manera, interpretaciones teleológicamente orientadas (como aquellas que tienen como punto de partida el tipo criminoso), pueden legitimarse a través de la Constitución política, ya sea a través de la interpretación más favorable -teleológicamente hablando, por medio de la reducción del alcance del tipo criminoso como concepto valorativo- o a través de una interpretación legitimada democráticamente a través de la decisión político criminal de un órgano constitucionalmente establecido para escoger, precisamente, la interpretación conforme con el texto supremo.

El principio de legalidad penal tendría, de esta manera, tres límites hermenéuticos que garantizarían su respecto en el ordenamiento jurídico: el tenor literal de la ley penal como base de toda interpretación; la aplicación -obligatoria- de una cláusula de favorabilidad penal al momento de interpretar, con lo cual se logra una interpretación restrictiva; y, finalmente, el control de toda interpretación que amplíe, desde una perspectiva político criminal, el derecho penal a través de un órgano judicial, superior y democráticamente elegido que permita una legitimación política.

¹⁰⁹³ En este sentido, véase, GÓMEZ PRADA A., *Derecho penal*, op. cit., p. 84-85.

¹⁰⁹⁴ PULITANÒ D., *Principio*, op. cit., p. 29.

A través de la interpretación restrictiva -en clave de un derecho penal mínimo-, aquella solución hermenéutica *más favorable para el acusado* será la elegida de entre todas las posibles interpretaciones que puedan darse dentro del tenor literal; de igual manera, a través del respeto hacia el tenor literal, queda excluida cualquier posibilidad de aplicación análoga de la ley penal. Y, finalmente, la actualización del derecho penal (en atención a las eventuales realidades criminales que puedan surgir) pueden ser atendidas, de manera integral, mediante la expedición de nuevas *fattispecie* por parte del órgano legislativo, o mediante interpretaciones teleológicas extensivas que respondan a una *ratio* de tutela de la sociedad, éstas realizadas por el órgano judicial legitimado democráticamente para ello.

Si la función del juez no es una función meramente aplicativa de la ley sino creativa desde una perspectiva político criminal, él debe asumir tal función *política* pero legitimado democráticamente, por elección previa del cargo o por control posterior en sus decisiones. De otra manera, además de tener tal función política, el juez se convertiría en un funcionario *irresponsable* democráticamente, en el sentido de que sus decisiones políticas no podrían ser controladas por quien en realidad retiene la soberanía del Estado, el pueblo.

CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y SU DESARROLLO INTERNACIONAL:

1. Introducción:

El capítulo anterior demarcó algunas líneas generales respecto de la denominada “crisis” del principio de legalidad penal. Se vio como tal crisis se predica, particularmente, frente al principio de reserva de ley penal y frente al principio de determinación estricta. Sin embargo, esta situación tiene -no como origen jurídico, sino más bien como consecuencia lógica- la afectación de este primer subprincipio respecto de la discusión en el derecho internacional. Se analizará a continuación la cuestión respecto del axioma de legalidad penal en relación con los tribunales de derechos humanos, así como el desarrollo de las competencias penales que puede poseer la Unión Europea. Desde aquí, en esta primera parte introductiva, debe señalarse algo que sin lugar a dudas constituye más bien una conclusión: el principio de reserva de ley es completamente desconocido por la discusión internacional (salvo la CIDH); de allí que se considere este escenario como una consecuencia lógica de la pretendida “crisis” del principio de legalidad penal frente al llamado *déficit de legitimidad* de las elecciones legislativas de criminalización¹.

2. Frente al sistema internacional de derechos humanos:

2.1. Introducción:

En su manual, ZAFFARONI entiende que el artículo 18 de la Constitución argentina sólo reconoce el principio de legalidad procesal; pero, a renglón seguido sugiere que dicha omisión ha perdido importancia ante la consagración del principio de legalidad penal en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos². De la misma manera, VELÁSQUEZ (en Colombia) establece una asimilación del principio constitucional de legalidad penal con aquel derecho fundamental reconocido en los mismos instrumentos internacionales³.

Así, ambos autores (entre muchos otros que realizan la misma comparación) parecen asimilar (de manera implícita) el principio de legalidad penal reconocido a nivel constitucional a aquel otro reflejado en los instrumentos internacionales de derechos humanos. ¿Esta equiparación es correcta?, ¿el principio de legalidad reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos tiene el mismo contenido que el principio de legalidad penal consagrado en los diferentes textos constitucionales, como el de Colombia o Italia? Ésta es, sin lugar a dudas, la pregunta que se intentará responder a lo largo de este primer punto.

¹ Evidenciando el vínculo existente entre la llamada “crisis” del principio de legalidad penal y la discusión de este apotegma en el derecho internacional, véase, DIGIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, N° 1, 2013, p. 164-165.

² ZAFFARONI E.; ALAGIA A.; SLOKAR A., *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, II ed., 2002, p. 112.

³ VELÁSQUEZ F., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, p. 80-81.

2.2. Definición del principio de legalidad penal en el sistema internacional de derechos humanos:

El análisis en torno a la definición del principio de legalidad penal al interior del sistema internacional de derechos humanos se dividirá en dos partes, en las que se analizará la jurisprudencia de los dos principales tribunales (esto es, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Frente al primero de estos tribunales, debe afirmarse de manera categórica una ausencia completa del principio de reserva de ley penal en sentido técnico preciso⁴. De esta manera, el art. 7 CEDU tiene una noción de derecho *amplia*⁵, donde se incluyen no sólo el derecho de origen legislativo (*civil law*) sino, además, el derecho de origen jurisprudencial (*common law*)⁶; ambas tipologías de derecho deben cumplir con dos elementos cualitativos: los requisitos de “*accessibility*” e “*foreseeability*”⁷. Ya en 1979, con el caso *The Sunday Times vs. The United Kingdom*, la CorEDH estableció la posibilidad de que la ley penal pudiese ser una fuente de derecho no escrita⁸; incluso, también se aceptó dentro de este concepto no sólo la ley formal (*statutes*) sino, también, actos normativos de inferior jerarquía⁹. A pesar de que no lo reconoció de manera directa, el concepto de ley penal puede incluir, incluso, la costumbre internacional pues la CorEDH ha analizado ambos requisitos frente a la definición de los crímenes de guerra según el derecho consuetudinario internacional¹⁰.

A partir de tal precedente (“*The Sunday Times vs. The United Kingdom*”), la Corte empezaría a enfatizar los requisitos de “*accessibility*” e “*foreseeability*” como los reales valores de garantía del axioma de legalidad penal, diferencia sostenida por la jurisprudencia de la CorEDH hasta la actualidad¹¹. La accesibilidad, por una parte, consiste en la posibilidad de que el ciudadano pueda tener un indicador adecuado respecto de la regla jurídica aplicable a un cierto caso¹², accesibilidad se comprueba con el carácter público de la norma jurídica¹³.

Por otra parte, la previsibilidad de la ley se estructura a través de su formulación precisa, con lo cual se le permite al ciudadano regular su conducta de tal forma que pueda prever en circunstancias

⁴ BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionale* (Vol. I), in BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI; A. MELCHIONDA, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 812.

⁵ Vid. PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, CEDAM, 1979, p. 31-32.

⁶ Vid. ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, Vol. VII, Pisa, Edizioni ETS, 2012, p. 322.

⁷ *Ibidem*, p. 322. Cfr. CorEDH, *Case of Del Río Prada vs. Spain*, Judgment, 21 de octubre del 2013, Case No. 42750/09, §91; CorEDH, *Case of Cantoni vs. France*, Judgment, 11 de noviembre de 1996, Case No. 17892/91, §29; CorEDH, *Case of Perinçek vs. Switzerland*, Judgment, 15 de octubre de 2015, Case No. 27510/08, §134.

⁸ CorEDH, *Case of The Sunday Times vs. The United Kingdom*, Judgment, 26 de abril de 1979, Case No. 6538/74, §46-49.

⁹ Por ejemplo, normas jurídicas al interior de una prisión. Véase, CorEDH, *Case of Kafkaris vs. Cyprus*, Judgment, 12 de febrero del 2008, Case No. 21906/04, §145-146.

¹⁰ Véase, CorEDH, *Case of Kononov vs. Latvia*, Judgment, 17 de mayo del 2010, Case No. 36376/04, §234-239.

¹¹ Vid. CorEDH, *Case of Association Ekin vs. France*, Judgment, 17 de octubre del 2001, Case No. 39288/98, §44-46;

¹² “*the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case*”. Cfr. CorEDH, *Case of The Sunday Times vs. The United Kingdom*, Judgment, 26 de abril de 1979, Case No. 6538/74, §49.

¹³ Véase, CorEDH, *Case of Kokkinakis vs. Greece*, Judgment, 25 de mayo de 1993, Case No. 14307/88, §40; CorEDH, *Case of G. vs. France*, Judgment, 27 de septiembre de 1995, Case No. 15312/89, §25.

razonables las consecuencias jurídicas que una acción puede generar¹⁴. De esta manera, esta previsibilidad se concreta en verificar, desde el contenido de la disposición normativa en concreto (“*from the wording of the relevant provision*”) si el ciudadano puede saber qué actos u omisiones lo harán penalmente responsable, con la asistencia de la interpretación de los altos tribunales así como de potenciales asistencias legales¹⁵.

De esta manera, aun cuando la jurisprudencia de la CorEDH define el principio de legalidad penal como el derecho que tiene una persona tanto a la existencia de una norma legal (*legal provision*) que haga el hecho cometido castigable, así como de que el castigo impuesto no exceda los límites preestablecidos por tal norma legal¹⁶, es claro que tal garantía no se encuentra vinculada con una fuente jurídica específica.

Es evidente que partiendo de este concepto de legalidad penal se produce una desvinculación radical entre el sistema de fuentes y la legitimidad democrática de la ley para limitar la libertad de los ciudadanos¹⁷, todo ello debido a que la legalidad penal se ve como un concepto sustancial, y no formal¹⁸. El concepto de este apotegma difiere sustancialmente a aquel reconocido por la constitución italiana¹⁹ y, también, por la constitución colombiana, en cuanto que la jurisprudencia de la CorEDH deja a un lado la reserva de ley penal, desconociendo así que sea un órgano democráticamente legitimado el que asuma una decisión de penalización²⁰.

Sin lugar a dudas, esta diferencia de tratamiento ha sido vista como una superación teórica esperable (y deseado) frente a la reserva de ley, a efectos de superar la idea de que la elección particular de una fuente jurídica pueda generar una garantía especial al acusado, con lo cual la idea de la “crisis” del principio de legalidad penal y la pretendida solución encontrada en el “*diritto vivente*” encuentra un lugar en este particular desarrollo teórico²¹. Y es que “*il diritto CEDU è l’emblema del diritto vivente*”²², razón por la que parece lógico afirmar, como lo hace DI GIOVINE, que los jueces del Tribunal de Estrasburgo interpretan el principio de legalidad penal prescindiendo de cualquier consideración respecto del principio de reserva de ley, entendiéndola como un simple accidente (¿?)

¹⁴ “*a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail*” Cfr. CorEDH, *Case of The Sunday Times vs. The United Kingdom*, Judgment, 26 de abril de 1979, Case No. 6538/74, §49.

¹⁵ CorEDH, *Case of Del Río Prada vs. Spain*, Judgment, 21 de octubre del 2013, Case No. 42750/09, §79; CorEDH, *Case of Cantoni vs. France*, Judgment, 11 de noviembre de 1996, Case No. 17892/91, §29; CorEDH, *Case of Kafkaris vs. Cyprus*, Judgment, 12 de febrero del 2008, Case No. 21906/04, §140.

¹⁶ Cfr. CorEDH, *Case of Del Río Prada vs. Spain*, Judgment, 21 de octubre del 2013, Case No. 42750/09, §80; Cfr. CorEDH, *Case of Coëme and Others vs. Belgium*, Judgment, 18 de octubre del 2000, Cases No. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, §145.

¹⁷ LUPO N.; PICCIRILLI G., *The Relocation of the Legality Principle by the European Courts’ Case Law*, in *EuConst*, Vol. XI, Issue N° 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 60.

¹⁸ DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: Il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, N° 2, 2015, p. 14.

¹⁹ ZANON N., *Su alcuni problemi*, op. cit., p. 322.

²⁰ *Ibidem*, p. 323.

²¹ Confirmando esto: “*La giurisprudenza della Corte EDU ha palesato quel che era già ovvio: non esiste un rapporto “causa/effetto” tra riserva di legge e garanzie del reo e nemmeno tra formalismo interpretativo e garanzie del reo*”. Vid. DI GIOVINE O., *Antiformalismo*, op. cit., p. 12. Con ello, queda evidenciado el vínculo que se ha intentado trazar entre la presunta “crisis” de la legalidad penal en ordenamientos del *civil law* y el desarrollo mantenido por la jurisprudencia internacional frente al principio de legalidad penal.

²² DI GIOVINE O., *Antiformalismo*, op. cit., p. 14.

en los diferentes ordenamientos jurídicos que lo reconocen, y cambiando tal axioma por una garantía concentrada en la previsibilidad²³.

Frente a una afirmación como la anterior, no sólo debe señalarse lo ya precisado frente a la diferencia artificial de calificar ciertas consecuencias del principio de legalidad penal como históricas o universales frente a otras que no tendrían tal universalidad (*infra*, cap. IV, 1); además, se debe indicar en qué consiste un accidente jurídico, y si el reconocimiento constitucional de un principio y una garantía puede calificarse como tal. El asunto debe resolverse a través de una precisión axiológica frente a los conceptos de derecho fundamental, garantía y principio jurídico (*infra*, II, 2), con lo cual queda patente el error de calificar el principio de reserva de ley como un accidente, por mucho que se critique su existencia jurídica o su reconocimiento constitucional.

La paradoja que existe en todo el ámbito internacional frente a la conceptualización del principio de legalidad penal se deriva de un problema de lenguaje, en el que no se piensa en los ordenamientos jurídicos del *civil law* que fundamentan la legalidad penal sobre una fuente legislativa²⁴. Es claro que el enfoque históricamente asumido por la CorEDH ha sido limitar el análisis del principio de legalidad penal atendiendo el desarrollo que los sistemas jurídicos del *common law* han logrado frente a la garantía del *rule of law*, desconociendo cualquier utilidad o valor a la correlativa garantía de legalidad penal construida a partir del iluminismo por los ordenamientos jurídicos del *civil law*.

Esta paradoja y contradicción ha llegado al extremo de que la CorEDH ha afirmado, frente al ordenamiento constitucional italiano (claro ejemplo de un sistema de *civil law*) que el principio de legalidad penal se puede respetar a través de la creación jurisprudencial de un delito. Sin lugar a dudas, con la sentencia *Contrada* pronunciada el 14 de abril del 2015 se admite la existencia de un delito creado por jurisprudencia (“*una infrazione d’origine giurisprudenziale*”, utilizando la expresión de PULITANÒ²⁵) con lo cual la Corte incurre en una colosal contradicción puesto que, pretendiendo alcanzar una mayor garantía, realiza un desarrollo teórico *in malam partem* que no logra alcanzar tal pretensión; a través de la reescritura de la legalidad penal se toma una decisión incoherente con el principio de reserva de ley penal, lo que constituye sin lugar a dudas una posición teórica regresiva²⁶.

Se trata -compartiendo las palabras de PULITANÒ- de una sentencia de *sabor agridulce* pues con ella queda en evidencia que el principio de legalidad convencional resulta mucho menos comprensivo (y, por lo tanto, menos garantista) que aquel reconocido por la Cos. ital.²⁷; para el derecho de la CorEDH la noción de reserva de ley penal es completamente extraña.

¿Lo mismo sucede frente a la CIDH? A diferencia de lo que ocurre con la jurisprudencia de la CorEDH, la CIDH no ha definido qué concepto de *ley* es el legítimo frente a la garantía reconocida

²³ *Ibidem*, p. 14.

²⁴ En este sentido: “*La stabilità del nomos, affidata al legislatore, è apert al mutamento, a una creatività politica. Affidata al giudice è la stabilità della custodia del nomos (nomofilachia): un’esigenza incorporata nel modello della supremazia della legge*”. Vid. PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, N° 2, 2015, p. 52.

²⁵ *Ibidem*, p. 52.

²⁶ *Ibidem*, p. 52-53.

²⁷ *Ibidem*, p. 46.

por el art. 9 CADH (*principio de legalidad penal*). Sin embargo, a través de una Opinión Consultiva del 9 de mayo de 1986, la Corte sí precisó el mismo concepto en relación con el art. 30 *ejusdem*; en tal disposición se establece la necesidad de que cualquier restricción a un derecho consagrado por la Convención debe reconocerse sólo por una *ley*.

En tal sentido, y luego de reconocer que este concepto depende de la tradición jurídica particular de cada Estado²⁸, afirmó que el sentido preciso de esta expresión no debía desvincularse de la naturaleza y el origen del régimen de protección de derechos humanos²⁹. En tal efecto, afirmó que:

*“la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder”*³⁰.

Para la CIDH, tanto el principio de legalidad penal como el principio de reserva de ley garantizan que los derechos fundamentales (como lo es el derecho a la libertad) sólo puedan ser restringidos por una ley *“como expresión legítima de la voluntad de la nación”*³¹, de tal manera que -vinculando el concepto con la Declaración de los derechos del hombre de 1789- para este tribunal internacional no es posible interpretar la expresión *ley* para incluir en ella cualquier norma jurídica; por el contrario, los derechos fundamentales deben ser limitados solamente a través de leyes *formales* emitidas por el órgano legislativo³².

Las razones que se aducen para tal interpretación son varias. Por una parte, a través de este concepto limitado la legalidad cobra un sentido histórico y lógico como exigencia de limitación de los poderes públicos en relación con las libertades y derechos de los ciudadanos³³. Por otra parte, la exigencia de una ley para la limitación de los derechos no es un simple asunto de licitud, pues además deben

²⁸ CIDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párr. 20.

²⁹ *Ibidem*, párr. 21.

³⁰ *Ibidem*, párr. 22.

³¹ *Ibidem*, párr. 23. Es interesante observar los calificativos que utiliza la CIDH frente al principio de reserva de ley: *“La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.”* *Ibidem*, párr. 24.

³² *Ibidem*, párr. 27.

³³ *Ibidem*, párr. 27.

responder al bien común -“*concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático*”- que sólo es posible mediante una democracia representativa³⁴.

Sin lugar a dudas, la CIDH aplicó, para la definición del concepto de *ley*, el significado democrático del principio acá expuesto (*infra*, cap. III, 3.2), pues es indudable que el debate dialéctico entre los miembros del órgano legislativo constituye un elemento irrenunciable para este tribunal internacional. La siguiente cita *in extenso* permite aclarar el enfoque asumido por la CIDH frente al principio de legalidad penal:

*“La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de leyes a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad (ver supra 23). Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa”, que se traduce, inter alia, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común”*³⁵

Con las anteriores consideraciones, es clara la diferencia radical que existe entre el alcance del principio de legalidad penal frente a la CorEDH y la CIDH; mientras que primera se decanta por permitir cualquier fuente jurídica en aras de cobijar los diferentes sistemas jurídicos (y, con ello, vaciar de contenido la legalidad penal en los sistemas del *civil law*), la CIDH escoge la otra opción, y determina que la limitación de derechos fundamentales (entre los que se incluye la libertad) sólo puede darse a través de una norma jurídica legitimada democráticamente, con lo cual valora desde una perspectiva *material* la legalidad penal, para otorgarle un particular contenido legitimante.

Parece ser que la discusión del principio de reserva de ley en el ámbito internacional continua, al día de hoy, abierta. Harían bien quienes niegan el valor de garantía del principio de reserva de ley penal y celebran su desconocimiento en la jurisprudencia de la CorEDH leer las consideraciones expuestas por la CIDH en relación con los mismos derechos humanos y su necesaria protección mediante una ley democrática. Parece ser que, lejos de esperar el mítico retorno de la era de la legalidad formal³⁶, en realidad tal era jamás acabó; parece ser que la escuela del “*diritto vivente*” espera con ansias el fin de la democracia como antaño muchos otros también lo desearon (y siguen esperándolo).

³⁴ *Ibidem*, párr. 29.

³⁵ *Ibidem*, párr. 32.

³⁶ Frase irónica utilizada por DI GIOVINE: “*Continuare ad aspettare il mitico ritorno dell’era della legalità formale ci sta esponendo al rischio di perdere anche quest’ultimo treno*”. Cfr. DI GIOVINE O., *Come la legalità*, op. cit., p. 181.

3. Frente al derecho comunitario de la Unión Europea:

3.1. Definición del principio de legalidad penal en el derecho comunitario de la Unión Europea:

El proceso de consolidación del derecho comunitario se ha dado a través del reconocimiento y desarrollo de principios generales de derecho no escrito, a través de la actividad realizada por el Tribunal de Justicia³⁷, todo ello gracias a los arts. 220, 230 y 288 TFUE. A partir del art. 6, numeral 2º *ejusdem* se establece como mecanismo de integración comunitaria la incorporación de los derechos fundamentales que reconoce la CEDH así como aquellos que surjan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembro. Atendiendo lo anterior, es indiscutible que el principio de legalidad penal hace parte del derecho europeo *primario* pues, por una parte, se reconoce en el art. 7 CEDH y además, por otra parte, se trata de un principio reconocido por las tradiciones constitucionales de los Estados³⁸.

Ya ha quedado en evidencia como el contenido del principio de legalidad penal se ha reducido, en el análisis de la jurisprudencia de la CorEDH, a los requisitos de accesibilidad y previsibilidad del comportamiento prohibido, sin importar en realidad la fuente legal que lo defina. Sin lugar a dudas, ese *mínimo común denominador de tutela* también se ha aplicado a nivel europeo³⁹, considerando sólo las llamadas fuentes ahistóricas o universales de este axioma, y olvidando los aparentes elementos históricos y políticos del principio de legalidad penal⁴⁰.

Ya se ha visto como el art. 6, numeral 2º *ejusdem* establece, como mecanismo de integración comunitaria, la incorporación de los derechos fundamentales que reconoce la CEDH así como aquellos que surjan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembro. Ahora bien, ¿cómo se ha derivado el concepto del principio de legalidad penal de las tradiciones constitucionales de los Estados miembro? De manera particular, el Tribunal de Justicia ha utilizado como principio para deducir tal concepto el principio del “*mínimo denominador común*”, criterio que resulta a todas luces ilegítimo y disfuncional para tal propósito pues no acude en realidad a las tradiciones constitucionales de los diversos países miembro de la UE, aun cuando el art. 7 CEDH se lo permite⁴¹. A través de este enfoque, la legalidad penal se define por el estándar mínimo que todos los Estados miembro reconocen frente a este axioma, desconociéndose de esta manera el principio de reserva de ley penal, pues con ello se incumpliría dicho denominador común.

Sin lugar a dudas, de utilizar el Tribunal de Justicia las diversas constituciones nacionales de los Estados miembro de la UE como una fuente para definir el principio de legalidad penal, debería concluir que el concepto de reserva de ley es una tendencia mayoritaria en tales Estados, con lo cual

³⁷ BERNARDI A., *All' indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni cost.*, Vol. XXIX, Issue 1, Bologna, il Mulino, 2009, p. 47.

³⁸ *Ibidem*, p. 48.

³⁹ Estos dos elementos encarnan el “*portato ultimo di garanzia della legalità stessa*”, en el marco del derecho comunitario. Cfr. DI GIOVINE O., *Come la legalità*, op. cit., p. 163.

⁴⁰ Cfr. BERNARDI A., *All' indomani*, op. cit., p. 50.

⁴¹ Denominando así al enfoque asumido por el Tribunal de Justicia, y afirmando esta conclusión, véase, BERNARDI A., *All' indomani*, op. cit., p. 53-54.

este particular subprincipio debería incluirse como propio en el sistema normativo europeo⁴². Incluso, aplicando cualquier otro principio para deducir el concepto de legalidad penal (como los principios de *maximum standard*, de orientación prevalente y de *better law*, reconocidos por BERNARDI⁴³) se llegaría a una conclusión diametralmente diferente a aquella asumida en la actualidad⁴⁴.

A pesar de que el *déficit democrático* ha sido una característica mantenida por el derecho europeo, el conservar tal enfoque también para el derecho penal genera -con necesidad- un obstáculo casi insuperable para poder reconocer una competencia directa de la UE en materia penal⁴⁵. La orientación asumida por el Tribunal de Justicia genera el riesgo de perder el significado democrático del principio de legalidad penal en aquellos ordenamientos jurídicos nacionales que -como Italia, Alemania y España- los consagran⁴⁶. El Tribunal incurre en la más grave contradicción (situación que también sucede al interior de la CorEDH), cuando al intentar alcanzar una definición más sustancial de este apotegma -buscando salvar las diferencias que existen entre el *civil law* y el *common law*- debilita la esencia democrática de la ley⁴⁷, lo que constituye como ya se ha precisado (*infra*, cap. III, 6.1) una garantía fundamental en materia penal. Termina, así, desconociendo un significado de legitimación particularmente valioso que solamente el *civil law* logra conseguir mediante la ley penal como producto democrático, debilitando precisamente el rol de garantía que posee la fuente escrita y la ley en beneficio de elementos elásticos como la accesibilidad y previsibilidad del derecho⁴⁸.

Para PALAZZO este enfoque *sustancialista* del principio de legalidad penal es sólo una consecuencia natural de la situación actual en la mayor parte de los Estados miembro de la UE, donde la legalidad democrática se apoya con mayor peso en el control jurisdiccional de su contenido, más allá que en el simple origen parlamentario de la norma jurídica que prohíbe el comportamiento⁴⁹. Con ello, es evidente que este autor no comparte el significado democrático del principio de legalidad acá precisado (*infra*, cap. III, 3), con lo cual es indiferente para él si la prohibición penal proviene de un órgano democráticamente elegido o de otro políticamente irresponsable; este punto de partida

⁴² “*quelle istanze democratiche sottese al concetto di riserva di legge, parrebbero costituire (sia pure con sfumature differenti da uno Stato all’altro) una tendenza maggioritaria all’interno dei sistemi costituzionali dei Paesi UE*”. Cfr. BERNARDI A., *All’ indomani*, op. cit., p. 53. Con la misma conclusión, *Ibidem*, p. 60.

⁴³ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁴ De hecho, BERNARDI reconoce como una excepción al *principio del mínimo denominador común* la sentencia del 3 de mayo del 2005 del Tribunal de Justicia, en la Causa reunida C-387/02, C-391/02 y C-403/02, donde reconoció el subprincipio de retroactividad favorable de la norma jurídica penal como parte de las tradiciones constitucionales de los Estados miembro. *Ibidem*, p. 54. Con tal punto de partida, concluyó este mismo autor italiano que “*con los otros criterios es pacífico que el corolario “nullum crimen, nulla poena sine lege parlamentaria” deberá considerarse propio del sistema normativo europeo*”. *Ibidem*, p. 60. En contra de esta última conclusión, afirmando que el reconocimiento de un principio de legalidad penal sin incluir la reserva de ley puede darse en el derecho comunitario a través del principio de *maximum standar*, véase, DI GIOVINE O., *Come la legalità*, op. cit., p. 163. Por supuesto, este enfoque sólo es correcto en la medida en que se pruebe que desconociendo el principio de reserva de ley se consigue un mayor alcance de garantía, lo cual -tal como ya se analizó- no parece posible (*infra*, cap. III, 6.1; cap. IV, 1)

⁴⁵ Cfr. CUPELLI C., *Il parlamento europeo i limiti di una codicione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, Vol. VII, Pisa, Edizioni ETS, 2012, p. 537.

⁴⁶ Con un consecuente debilitamiento del concepto formal y democrático de la ley penal. Véase, LUPO N.; PICCIRILLI G., *The Relocation*, op. cit., p. 55-56.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 56.

⁴⁸ Vid. CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 552.

⁴⁹ Véase, PALAZZO F., *La legalidad penal en la Europa de Amsterdam*, in *Revista de Derecho Penal*, N° 3, 1999, p. 40-41.

asume, pues, una legitimación simplemente procedimental a través del control potencial de constitucionalidad del acto normativo, en un intento por realizar el mismo parangón con la legalidad penal en el derecho comunitario.

Por supuesto, este punto de partida desarticula por completo el principio de reserva de ley y, con éste, el significado de legitimación democrática y política que posee la ley penal (*infra*, cap. III, 5.1 y 5.2), asunto que ni siquiera el control potencial de una Corte constitucional puede resolver. La garantía de legalidad democrática se concreta en un control de legitimidad político en donde el poder soberano puede controlar de manera directa las decisiones político criminales asumidas.

Es interesante en este punto analizar la sentencia *Taricco*, donde el Tribunal de Justicia impone a cualquier juez italiano la obligación de desaplicar el régimen de prescripción de los delitos (legge n. 251 del 2005) cuando tal prescripción pueda generar la impunidad frente a un delito ofensivo de un interés de la UE, como lo es -para el caso concreto- el fraude en materia de IVA⁵⁰. Sin lugar a dudas, el Tribunal desconoce así el principio de división de poderes entre el juez y el legislador frente a la Cos. ital., pues ordenar a los jueces italianos (y no al Estado como tal y a su órgano legislativo) verificar que una norma interna cumple con los requisitos de efectividad y disuasión adecuada a efectos de proteger bienes tutelables para la comunidad europea, conlleva a que éste *asuma decisiones político criminales* (lo que ya de por sí es altamente reprochable⁵¹). Este tipo de interpretación desconoce elementales cuestiones de un derecho penal liberal, como lo es el principio de ofensividad (la sentencia establece un tipo de análisis *in malam partem* respecto de la necesaria ofensividad del delito y de su obligatorio castigo) e incluso establece una suerte de obligación de resultado frente al derecho penal⁵², asunto que indudablemente genera una fuerte crítica a la legitimidad de tal decisión judicial.

Una particular visión del problema la ha establecido la *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal constitucional alemán) en la sentencia dictada el 30 de junio del 2009, donde reconoció que la administración del derecho penal es un asunto inalienable del poder constituyente y de la soberanía de cada Estado⁵³: “*La Costituzione non consentirebbe la creazione di un originario potere sovrano dell’Unione, fondato cioè su un diritto proprio, ma soltanto il trasferimento di singoli poteri sovrani*”⁵⁴. De esta manera, la transferencia de poder soberano que se ha realizado a favor de la UE no puede incluir el sistema democrático, so pena de vaciar el derecho de voto como garantía de libre participación de los ciudadanos en el poder público del Estado⁵⁵. Como consecuencia de tal límite, las obligaciones internacionales de criminalización que puede imponer la comunidad europea deben, necesariamente, ser legitimadas a través de una decisión democrática del órgano legislativo nacional⁵⁶. Sin lugar a dudas, la asignación de una competencia penal directa frente a la UE es un asunto debatible y, concretamente, indemostrable hoy por hoy, como se verá a continuación.

⁵⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, *Tribunale di Cuneo vs. Taricco et. al.*, causa C-105/14, sentencia del 8 de septiembre del 2015. Cfr. EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, Issue N° 2, 2015, p. 41.

⁵¹ EUSEBI L., *Nemmeno*, op. cit., p. 42-43.

⁵² Frente a estos dos puntos, véase, *Ibidem*, p. 43-44.

⁵³ CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 546.

⁵⁴ Cfr. BÖSE M., *La sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, Vol. IV, Pisa, Edizioni ETS, 2009, p. 269.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 268, 271.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 272.

3.2. Nivel de democracia en el proceso normativo europeo:

Antes del TFUE, para la doctrina era indiscutible la ausencia de una competencia penal por parte de la Unión Europea⁵⁷. Sin embargo, a partir de este tratado internacional el derecho comunitario ha establecido mecanismos que, frente al derecho penal, tienen una incidencia mucho más penetrante⁵⁸; incluso, a partir de este instrumento internacional se habla de un *diritto penale dell'Unione europea*⁵⁹. De esta manera, el TFUE ha reconocido la posibilidad de establecer normas mínimas de armonización frente diferentes formas de criminalidad graves, como lo son el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada⁶⁰.

En consecuencia, y vista la mayor incidencia que el TFUE puede generar en ámbitos penales, es necesario analizar el grado de democracia que posee -en la actualidad- la UE al momento de emitir sus normas jurídicas. Siguiendo el planteamiento de BERNARDI, el proceso normativo de la UE puede organizarse en tres fases diferentes⁶¹. Por una parte, la *fase ascendiente* en donde los órganos de producción de la UE (Comisión y Consejo) acuden a los parlamentos nacionales para que estos puedan intervenir en aquellos actos normativos en los que exista disenso; una segunda *fase autónoma* en donde el texto normativo entra en el proceso interno de la UE y en donde los únicos protagonistas son la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo; y, finalmente, una tercera *fase descendiente* en donde se realiza una actividad de clarificación de los textos normativos aprobados en la anterior fase, a efectos de que la norma comunitaria pueda generar efectos mediante disposiciones de derecho interno en cada Estado miembro.

Frente a la primera *fase ascendiente*, debe reconocerse que la participación del parlamento nacional (incluido el parlamento italiano) no es una expresión completa de una verdadera legalidad democrática, pues el legislador participa sólo como un órgano consultivo que no puede bloquear de ninguna manera el proceso normativo europeo⁶². De la misma manera, en la *fase descendiente* tampoco se evidencia un contenido democrático parangonable a aquel existente a nivel nacional pues, a pesar de que el traspaso al derecho interno lo realice el órgano legislativo de cada Estado miembro, es altamente dudoso -como lo señala el propio BERNARDI- que tal decisión pueda legitimar una norma jurídica que fue aprobada sin seguir ningún debate democrático⁶³.

⁵⁷ Vid. DE VERO G., *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, Vol. I, II ed., 2012, p. 257-258. En el mismo sentido, MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, IV ed. ristampa con addenda integrata, 2012, p. 41.

⁵⁸ DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli Editore, II ed., 2011, p. 93.

⁵⁹ PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, VI ed., 2015, p. 160. En contra del reconocimiento formal de un derecho penal europeo, véase, ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, LI, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 546; SILVA SÁNCHEZ J-M., *Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica*, in *Revista de Derecho Penal*, Nº 13, 2004, p. 138.

⁶⁰ Cfr. BERNARDI A., *All' indomani*, op. cit., p. 38-39.

⁶¹ Respecto de la clasificación y su contenido, véase, *Ibidem*, p. 61-62.

⁶² *Ibidem*, p. 62.e

⁶³ Como dice el mismo autor: “non esprime, nei singoli Stati membri, un momento di libera scelta democratica”. *Ibidem*, p. 62.

Sin embargo, parece claro que el análisis sobre si el procedimiento normativo europeo es realmente democrático (y, por lo tanto, puede respetar el principio de reserva de ley penal) se debe concentrar en la segunda fase del proceso, es decir, en la *fase autónoma* que se produce de manera independiente por parte de los órganos de la UE⁶⁴. Esto lleva a verificar si el Parlamento Europeo puede cumplir con el significado democrático establecido para el principio de legalidad penal.

Por una parte, se afirma que la participación de este órgano comunitario en la elaboración de las diferentes normativas garantiza el significado democrático del principio de legalidad penal, de manera que cualquier objeción dirigida a señalar un *déficit democrático* puede entenderse como superada⁶⁵. Sin embargo, parece ser que este *déficit* sí impediría el cumplimiento del significado democrático *específico* asignado al axioma de legalidad penal (*infra*, cap. III, 3.2), haciendo que tal posición -aunque razonable- sea equivocada.

La penalización de una conducta es, en parte, deducible a valores y premisas compartidas por la comunidad europea. Pero, la decisión sobre la prohibición de un comportamiento, el rango de los bienes jurídicos afectados, y el sentido y la medida de las penas es resultado de un proceso de decisión democrática⁶⁶. Por ello el mayor problema de legitimidad es, sin lugar a dudas, el hecho de que las normas europeas y el contenido de las mismas sean aprobadas por un órgano que no representa al “pueblo europeo”; más aún, dichas normas comunitarias y su contenido deben ser aprobadas por el parlamento de cada Estado miembro de la UE sin posibilidad de discutir su contenido⁶⁷.

A pesar de que el diseño institucional del Parlamento Europeo llevaría a pensar en una representatividad del pueblo europeo, tal diseño responde en realidad a elecciones de contingentes nacionales de diputados asignados; es decir, tales diputados no son elegidos por todos los ciudadanos europeos, sino son delegaciones nacionales que cada gobierno escoge y envía⁶⁸. Incluso, al no corresponder la elección del parlamento con el principio de igualdad de voto, la mayoría de delegados no representa en realidad a la mayoría de europeos que votaron, razón por la cual sus decisiones no se encuentran legitimadas desde una perspectiva democrática⁶⁹. Atendiendo todo lo anterior, el asunto de la legitimidad democrática de los órganos de la UE para promulgar leyes penales no es clara, razón por la que no existe una potestad penal directa en razón de este “*déficit di democraticità*”⁷⁰.

Ahora bien, examinando no los órganos de la UE sino, más bien, los procedimientos legislativos por medio de los cuales se discuten y emiten las normativas comunitarias, debe analizarse tanto el

⁶⁴ *Ibidem*, p. 63.

⁶⁵ En este sentido, DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 260.

⁶⁶ RONCO M., *Il principio di legalità*, in RONCO M., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, Zanichelli Editore, II ed., 2010, p. 29.

⁶⁷ Cfr. GROSSO C. F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, Vol. VI, Pisa, Edizioni ETS, 2011, p. 131.

⁶⁸ ZANON N., *Su alcuni problemi*, op. cit., p. 321.

⁶⁹ Cfr. BÖSE M., *La sentenza*, op. cit., p. 274-274.

⁷⁰ Vid. CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 552; FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXVI, T. I (Principio di legalità e diritto penale), Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2007, p. 1272. En el mismo sentido, PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXVI, T. I (Principio di legalità e diritto penale), Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2007, p. 1296; PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 163.

procedimiento legislativo ordinario así como el especial, a efectos de determinar también frente a ellos su nivel democrático. En relación al primero de dichos procedimientos (regulado por el art. 297 TFUE, y que ha sido calificado como de extrema complejidad e, incluso, farragoso⁷¹), se trata, sin lugar a dudas, de un procedimiento de codecisión entre el Consejo y el Parlamento Europeo, manteniendo éste último un derecho de veto u oposición frente a las propuestas planteadas por el Consejo de la UE.

Sin embargo, ¿puede este procedimiento legislativo ordinario compaginarse con la dialéctica esperable entre la mayoría y la minoría democráticamente elegidas al interior de un órgano legislativo nacional? Esta cuestión resulta, a todas luces, esencial pues de tal asimilación dependerá el cumplimiento del significado democrático del principio de legalidad penal en Italia de los diferentes actos normativos expedidos por la UE a través de este procedimiento.

El primer asunto que debe aclararse es que el Parlamento Europeo, más que una iniciativa legislativa, tiene un *poder propositivo de enmienda*, reconociéndole el TFUE un poder de veto que no es compatible con una democracia representativa⁷². Por otra parte, precisamente atendiendo dicho poder de veto, el Parlamento Europeo mantiene, de manera conjunta con el Consejo, un poder de codecisión (*procedura di codecisione*) que resulta incoherente con un real valor democrático pues los representantes del pueblo son los legitimados en un Estado de derecho para decidir respecto de la limitación de los derechos fundamentales de quienes representan, sin depender de ningún otro poder para tal efecto⁷³. A través de estos dos fenómenos (poder de veto y poder de codecisión) el Parlamento Europeo no puede orientar la acción de la UE según su propia visión, ya sea por la ausencia de iniciativa normativa propia o ya sea por la exigencia de una decisión conjunta con el Consejo; ambas razones afectan el carácter democrático-representativo de tal procedimiento legislativo ordinario⁷⁴.

Además de lo anterior, y como segundo asunto por analizar, los mecanismos de voto con los cuales se eligen a los parlamentarios europeos son inadecuados pues no garantizan una real dialéctica entre mayoría y minoría⁷⁵. Por ello, es claro que este tipo de procedimiento legislativo no cumple con la *ratio* de garantía de la reserva de ley penal⁷⁶. Finalmente, como tercer asunto, debe señalarse la irresponsabilidad política que tienen los miembros del Parlamento Europeo y la Comisión⁷⁷, lo que demuestra con mayor contundencia la anterior conclusión.

Ahora bien, frente al procedimiento legislativo especial el Consejo es el único legislador, mientras que el Parlamento Europeo actúa como asociado al procedimiento, limitando sus funciones a un rol

⁷¹ Con esta expresión, véase, CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 543. Sin lugar a dudas, sí se trata de un procedimiento legislativo bastante complicado, donde el Parlamento europeo parece jugar un rol de codecisión, asumiendo en realidad una decisión de veto ante las propuestas realizadas por la Comisión.

⁷² Vid. CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 544. En el mismo sentido, DRAETTA U., *I principi democratici dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona*, in *Il Federalista*, Vol. L, Issue 2, 2008, p. 110-111.

⁷³ CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 544.

⁷⁴ Todo ello, a pesar de que el art. 10, numeral 1º TFUE afirma que el funcionamiento de la UE se funda en la democracia representativa. Cfr. DRAETTA U., *I principi*, op. cit., p. 110-111.

⁷⁵ CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 545.

⁷⁶ MEZZETTI E., *L'internazionalizzazione della legge penale*, in RONCO M., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, Zanichelli Editore, II ed., 2010, p. 173.

⁷⁷ CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 547.

de consulta o ratificación del acto normativo expedido por el Consejo⁷⁸. Si bien se ha llegado a pensar que los representantes de los Estados miembro dentro del Consejo son democráticamente responsables frente a sus parlamentos nacionales y frente a sus ciudadanos (lo cual constituiría el vínculo necesario para garantizar una democracia representativa entre este órgano de la UE con los ciudadanos de cada Estado miembro⁷⁹), la realidad es que difícilmente éste puede constituir un vínculo (ni siquiera tenue) de una esperable representatividad democrática. Si así fuera, el significado democrático del principio de legalidad penal se cumpliría cuando el funcionario o servidor público encargado de asumir una decisión político criminal fuese elegido por quien fue escogido democráticamente, con lo cual un ministro estaría legitimado para asumir decisiones en materia penal y, por lo tanto, penalizar un determinado comportamiento. Por supuesto, es inexistente en esta perspectiva cualquier discusión pública o debate dialéctico, razón indudable para negar cualquier valor de tales posiciones frente a la legitimación democrática de la ley penal.

3.3. El TFUE y las normas comunitarias frente al derecho penal:

Parece ser que la UE no cuenta con un nivel de democracia suficiente que le permita, legítimamente, asumir decisiones en materia penal, ya sea por la representatividad de sus órganos o por el inexistente carácter democrático de sus procesos normativos. Ahora, a efectos de realizar un análisis global del asunto se deben analizar cada una de las normas comunitarias que puede expedir la UE, a efectos de verificar si -de manera específica- alguna de ellas puede generar una competencia directa o indirecta de derecho penal. Puede decirse desde ya que, según el TFUE, las normas dirigidas a la armonización penal pueden emitirse a través de reglamentos y directivas⁸⁰, pero no frente a *decisiones cuadro*.

3.3.1. Decisiones cuadro:

El Parlamento Europeo participa en la aprobación de las decisiones cuadro como un ente de consulta que se encuentra autorizado para proponer modificaciones a los textos normativos presentados por el Consejo de la UE, pero tales propuestas no son vinculantes; con ello, la función de control democrático del Parlamento se ve seriamente afectada⁸¹. Sin embargo, se puede pensar que la unanimidad necesaria para adoptar una decisión cuadro es compatible con el respeto de la soberanía estatal, pues es lógico que, al impedir tal decisión unánime, el poder ejecutivo de cada Estado miembro dentro del Consejo (incluida Italia) tendría en realidad la posibilidad material de controlar un asunto penal mediante la votación de una decisión cuadro

Si el significado democrático del principio de legalidad penal se limitara a exigir que la ley penal fuese un producto de *cualquier poder elegido democráticamente* (como lo es el órgano ejecutivo que haría parte del Consejo de la UE a través de su ministro), sin lugar a dudas una decisión cuadro respetaría el principio de reserva de ley; no obstante lo anterior, este axioma se afecta con la misma intensidad que si tal unanimidad no fuese necesaria⁸², pues el significado democrático del apotegma de legalidad penal no se limita, pues, a tal sentido democrático: como se vio en precedencia (*infra*, cap. III, 3.2 y 5.1), el significado democrático -y la legitimación que de él se deriva- depende más

⁷⁸ *Ibidem*, p. 539-540.

⁷⁹ Explicando y criticando este enfoque, véase, DRAETTA U., *I principi*, op. cit., p. 110-11.

⁸⁰ Cfr. CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 539.

⁸¹ BERNARDI A., *All' indomani*, op. cit., p. 63.

⁸² En contra, *Ibidem*, p. 63.

del debate dialéctico que puedan mantener la mayoría y la minoría elegidas en un órgano parlamentario, situación que nada afecta el hecho de que la decisión cuadro deba ser adoptada por unanimidad del Consejo.

3.3.2. *Reglamentos:*

Ahora bien, en relación con los *Reglamentos* la discusión se concentra en el art. 86 TFUE, disposición dirigida a combatir delitos contra los intereses financieros de la UE⁸³. Sin lugar a dudas, entre la competencia penal que puede deducirse de este artículo a aquella otra que puede derivarse del art. 83 *ejusdem* (frente a las Directivas), ésta resultar ser más legítima en tanto busca defender la propia existencia de la UE, con lo cual demostraría hipotéticamente una máxima legitimación para intervenir en materia penal⁸⁴.

El art. 86º, numeral 2º TFUE, al establecer una Fiscalía Europea, afirma que ésta protegerá los intereses financieros de la UE a través de los “*reati definiti dal regolamento*”. A través de esta expresión literal, ¿el tratado estaría reconociendo una competencia penal directa? Quienes así lo afirman, reconocen que el Reglamento europeo puede afectar de manera directa el ordenamiento nacional pues se trata de una fuente jurídica prevalente en el ordenamiento italiano⁸⁵. Por ello, la preeminencia del ordenamiento comunitario respecto del nacional permitiría que éste último pueda ser desaplicado en caso de controversia, todo ello de acuerdo con el art. 11 Cos. ital.⁸⁶.

De manera particular, la expresión “*reati definiti dal regolamento*” se refiere a una previsión directa de delitos, y no simplemente a una individualización de crímenes ya reconocidos a nivel nacional⁸⁷. De esta manera, cuando el art. 86 TFUE utiliza la expresión *definición*, busca concretar una capacidad de establecer o precisar los elementos esenciales o constitutivos del hecho⁸⁸. A pesar de que esta eficacia directa no puede darse en relación con normas desfavorables (razón por la que la creación de delitos o la ampliación de delitos ya existentes sería incompatible⁸⁹), la norma comunitaria sí podría introducir al ordenamiento italiano normas favorables al ciudadano en materia penal, como circunstancias de justificación de desaplicación de penas⁹⁰.

Sin embargo, son más numerosas las razones que niegan cualquier posibilidad de que el art. 86 *ejusdem* reconozca una competencia penal directa. En primera medida, y *en razón a la redacción del artículo*, se debe entender que de la expresión “*reati individuati dal regolamento*” se exigiría

⁸³ CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 540.

⁸⁴ Vid. SOTIS C., *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, in *Cass. Pen.*, N° 3, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p. 338.

⁸⁵ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 94.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 94. Incluso, para ROMANO, el art. 11 permitiría, en teoría, la posibilidad de conferir a la UE una potestad penal directa en materia penal: “*l'Unione Europea non ha sue proprie norme penali, sebbene, in linea teorica, sarebbe stato possibile conferire potestà normativa in materia penale agli organi comunitari*”. Cfr. ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, II ed. rinnovata ed ampliata, 2013, p. 113.

⁸⁷ SOTIS C., *Il trattato*, op. cit., p. 343.

⁸⁸ Con esta conclusión, comparando la redacción contenida en el art. 5, inciso 2º ER. *Ibidem*, p. 342.

⁸⁹ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 94.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 94.

que tales delitos deban estar definidos previamente a nivel nacional en cada una de las legislaciones de los Estados miembro, sin que la UE pueda establecer elementos constitutivos de algún delito⁹¹.

Esta exigencia de criminalización interna en cada Estado miembro se daría por dos razones diferentes. La primera, motivada en que la asignación de una competencia penal directa es una de las atribuciones jurídicas más importantes (incluso, la más delicada) que puede tener la UE, razón de peso para afirmar que tal asignación se debe realizar, con necesidad, de manera clara y precisa. Por ello, al ser la redacción del art. 86 TFUE poco clara, no es posible deducir de ella una competencia penal directa⁹². Sin embargo, parece ser que el problema no es la falta de claridad de la disposición, sino las confusiones que puede presentar su estructura gramatical, situación que puede evidenciarse al comparar el texto en diferentes idiomas⁹³.

Por ello, la segunda razón que se ha indicado para negar una competencia penal directa frente a esta disposición del TFUE es su incongruencia interpretativa. Mientras que en las versiones en inglés e italiano del art. 86, numeral 2º *ejusdem*, el verbo determinar (*determinare* y *determined*) pueden conjugarse fácilmente tanto con el sustantivo *intereses financieros* como con la expresión *delitos*, pues ambos son sustantivos de género masculino, en las versiones en español y francés el mismo verbo determinar sólo puede referirse a los intereses financieros, pues ambos textos utilizan la expresión *infracción* como sustantivo de género femenino. La confusión se acrecienta si se revisa la versión en portugués, pues en tal caso el verbo parece estar conjugado en femenino, razón por la que se referiría a los delitos, y no a los intereses financieros⁹⁴.

Visto lo anterior, es evidente que las diferentes versiones (lenguajes) del TFUE generan dudas razonables sobre su real alcance⁹⁵. ¿Cuál de ellas debe acogerse? Realizando un análisis teleológico del artículo 86 parece ser más coherente que el concepto “*definiti*” contenido en este artículo debe interpretarse en relación con el sustantivo “*interessi*”, y no con la expresión “*reati*”, con lo cual queda descartada una competencia penal directa que pueda deducirse de dicho artículo⁹⁶. Ello, en atención a que siendo ésta una disposición que regula un asunto tan importante como lo es la posibilidad de crear directamente prohibiciones penales, se le ha asignado el procedimiento legislativo menos democrático (el procedimiento especial), razón que permite soportar este punto de partida⁹⁷.

Y es que, en razón del procedimiento legislativo por medio del cual se aprueba, como consecuencia del ya señalado *déficit democrático*, el derecho comunitario no tiene la facultad de prever sanciones penales directamente aplicables, ni siquiera a través de los reglamentos⁹⁸. Incluso, atendiendo a que la aprobación de tales reglamentos debe realizarse siguiendo el procedimiento legislativo especial

⁹¹ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 33. En el mismo sentido, GRASSO P., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in AA. VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO e R. SICURELLA, Milano, Giuffrè Editore, 2007, p. 697.

⁹² GRASSO P., *La Costituzione*, op. cit., p. 697.

⁹³ SOTIS C., *Il trattato*, op. cit., p. 343.

⁹⁴ Con este análisis gramatical, véase, *Ibidem*, p. 343.

⁹⁵ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 43.

⁹⁶ ROMANO B., *Diritto penale*, op. cit., p. 114.

⁹⁷ SOTIS C., *Il trattato*, op. cit., p. 344.

⁹⁸ PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni*, op. cit., p. 1296.

(procedimiento menos riguroso en términos democráticos)⁹⁹, deducir una competencia penal directa es simplemente contradictorio.

Además de todo lo anterior, *en razón de un análisis contextual* del numeral 1º del art. 86 TFUE con el numeral 3º de la misma disposición normativa, se evidencia que el reglamento al que se refiere este tercer numeral se debe dirigir a establecer las condiciones para el desempeño de las funciones de la Fiscalía Europea, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades así como aquellas relativas a la admisibilidad de las pruebas y al control jurisdiccional de los actos procesales por ella realizados; de esta manera, y en atención a la particular materia que debe regularse mediante tales reglamentos se excluye cualquier posibilidad de reconocer competencia directa en tales actos normativos, vinculándose así a la predefinición normativa que los Estados miembro realicen sobre tales comportamientos¹⁰⁰.

Parece, atendiendo lo anterior, que los Reglamentos no establecen una competencia penal directa¹⁰¹.

3.3.3. Directivas:

Finalmente, frente a las *Directivas* comunitarias, al ser emitidas sin la aprobación de los Estados miembro¹⁰², es claro que ellas no tienen una eficacia directa en sus ordenamientos jurídicos nacionales¹⁰³. Por ello, deben incorporarse al ordenamiento jurídico nacional a través de una ley penal emitida por el órgano legislativo de cada Estado¹⁰⁴.

Una *interpretación contextual del TFUE* permite corroborar lo anterior. Y es que el vínculo de garantía que existe entre la potestad penal y la deliberación democrática debe determinar la necesidad de interpretar en un sentido estricto las facultades establecidas por el TFUE, entre ellas aquella establecida en el art. 83 *ejusdem*¹⁰⁵. A través del Tratado de Lisboa no se ha realizado un traslado de competencias penales directas ante la ausencia de legitimación democrática de las instituciones europeas para dictar y emitir leyes penales¹⁰⁶. Finalmente, una *razón vinculada al procedimiento normativo comunitario* permite descartar también una competencia penal directa de la UE en relación con estas normas comunitarias; por una parte, es claro que el Parlamento Europeo no participa en la aprobación de las directivas, limitándose sólo a aprobar su contenido¹⁰⁷; y, por otra parte, el estado actual del procedimiento democrático entre el Parlamento y el Consejo permite, cuanto menos, una competencia indirecta y limitada, siendo insuficiente tal procedimiento para permitir una competencia directa¹⁰⁸. Los intentos teóricos por demostrar que las directivas cumplen

⁹⁹ Vid. GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p. 127-128.

¹⁰⁰ CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 540.

¹⁰¹ SOTIS C., *Il trattato*, op. cit., p. 344-345. Con la misma conclusión frente al art. 86, numeral 4º TFUE. *Ibidem*, p. 346.

¹⁰² BERNARDI A., *All' indomani*, op. cit., p. 63.

¹⁰³ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 97; MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Lavis, Wolter Kluwers Italia, CEDAM, III ed., 2015, p. 50.

¹⁰⁴ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 97-98.

¹⁰⁵ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 33.

¹⁰⁶ TRAPANI M., *Consideraciones sobre la legitimación y los límites del derecho penal*, in AA. VV., *Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, a cura di D. ARAQUE, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, p. 761-762.

¹⁰⁷ Cfr. BERNARDI A., *All' indomani*, op. cit., p. 63-64.

¹⁰⁸ Cfr. PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 164. Ello, precisamente, ya que el Parlamento europeo no es equiparable al parlamento nacional. Cfr. *Ibidem*, p. 64.

con la reserva de ley penal (y, con ella, con el significado democrático del principio de legalidad penal) mediante el procedimiento normativo comunitario generan -como lo afirma BERNARDI- perplejidad¹⁰⁹.

Sin embargo, ¿qué sucede entonces con la posibilidad de deducir del art. 83 TFUE una competencia penal indirecta? Parece ser claro que el art. 83 *ejusdem* (en conjunción con el art. 289) concreta una competencia penal indirecta¹¹⁰ a través de dos opciones. En su numeral 1º se verifica tal competencia a partir de una definición *ratione materiae*, atendiendo la particular gravedad del asunto¹¹¹; con tal disposición la UE puede establecer reglas mínimas que deben seguir los Estados miembro para la definición normativa de delitos transnacionales de mayor gravedad¹¹². Se entiende, así, que ciertos asuntos graves y de particular interés para la UE pueden generar -al interior de un Estado miembro- la obligación de tutelar tal asunto a través del derecho penal¹¹³. De esta manera, a través de una directiva pueden definirse los elementos constitutivos mínimos frente a la definición de los delitos en asuntos de criminalidad transnacional¹¹⁴, lo que sin lugar a dudas genera serias incidencias frente al principio de reserva de ley penal y la libertad de deliberación del órgano legislativo en asuntos de política criminal.

Un asunto particular debe discutirse frente a este numeral 1º. La disposición establece la posibilidad de definir normas mínimas de armonización respecto de asuntos penales que resulten imprescindibles para garantizar “*la ejecución eficaz de una política de la Unión*”. Con tal expresión, puede interpretarse que la normativa europea se dirigiría a proteger no bienes jurídicos (como lo hace el ordenamiento jurídico italiano) sino, más bien, normas, situación en la que nos encontraríamos ante un derecho penal normativista, lo que afectaría seriamente la legitimidad de tal ámbito punitivo¹¹⁵.

La segunda opción por medio de la cual el art. 83 TFUE reconoce una competencia penal indirecta se encuentra consagrada en su numeral 2º, articulado que también autoriza la emisión de directivas que tengan como propósito establecer medidas de armonización penal tendientes a establecer normas mínimas frente a la definición de infracciones penales y sanciones respecto de asuntos indispensables para garantizar la actuación eficaz de la UE¹¹⁶. Sin embargo, tales directivas pueden ser expedidas tanto a través del procedimiento legislativo ordinario como el especial, razón por la cual la participación del Parlamento Europeo se limita a un rol de consulta o ratificación¹¹⁷.

Esta norma comunitaria contempla, sin lugar a dudas, una competencia indirecta en materia penal a efectos de garantizar una actuación eficaz frente a la política de la UE¹¹⁸. ¿Sin embargo, la obligación establecida por el art. 86 TFUE implica necesariamente acudir al derecho penal?, ¿no es, pues, posible cumplir con las normas mínimas establecidas mediante una directiva a través de

¹⁰⁹ BERNARDI A., *All' indomani*, op. cit., p. 64.

¹¹⁰ SOTIS C., *Il trattato*, op. cit., p. 333.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 333-334.

¹¹² DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 257; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 42.

¹¹³ Cfr. DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 97.

¹¹⁴ CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 539.

¹¹⁵ Cfr. SOTIS C., *Il trattato*, op. cit., p. 335.

¹¹⁶ CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 539.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 539-540.

¹¹⁸ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 43; PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 161-163.

mecanismos sancionatorios diferentes? Antes del 2005, los Estados miembro de la UE (y sus órganos legislativos) tenían la libertad de decidir el tipo de sanción adecuada para tutelar el interés comunitario, ya fuese por vía administrativa o por vía penal: “*non si tratta di veri e proprio obblighi di criminalizzazione, in quanto in verità l’obbligo di allestire una tutela ‘adeguata’ dei precetti di origine comunitaria incombe agli Stati in virtù del piú generale obbligo di buona fede e di lealtà*”¹¹⁹.

Sin embargo, a pesar de esta aparente libertad de decisión el Tribunal de Justicia establecía, a partir del principio de fidelidad comunitaria, una obligación a los Estados miembro de establecer una adecuada tutela sancionatoria¹²⁰. A partir de tal obligación, el Tribunal de Justicia establecía dos principios que regulaban esta particular adecuación y la discrecionalidad de Estados miembro¹²¹. El primero de estos principios era el *principio de asimilación* con el cual se buscaba que el derecho comunitario fuese castigado en los Estados miembro a través de sanciones análogas a aquellas previstas en el ordenamiento nacional por violaciones similares en cuanto a la naturaleza y gravedad del hecho cometido. El segundo de estos principios era el *principio de la eficacia-proporcionalidad*, con lo cual el Tribunal exigía sanciones efectivas y adecuadas a la gravedad del hecho ocurrido¹²².

Sin embargo, la situación precedente -donde se mantenía cierta discrecionalidad de los Estados miembro al momento de determinar la forma de intervención y de sanción frente a la violación del derecho comunitario¹²³- cambiaría con la decisión del 13 de septiembre del 2005 del Tribunal de Justicia donde se admitió la posibilidad de que una directiva comunitaria estableciera la obligación de recurrir a la sanción penal para la salvaguarda de los intereses tutelados¹²⁴. De esta manera, se emitió luego la Directiva 2008/99/CE donde, precisamente, el Parlamento Europeo y el Consejo formularon una serie de definiciones y delitos relacionados con la tutela penal del medio ambiente, aseverando que “*la presente Directiva obliga a los Estados miembros a prever sanciones penales en su legislación nacional por las infracciones graves de las disposiciones del Derecho comunitario sobre protección del medio ambiente*”¹²⁵.

A partir del análisis realizado por el Tribunal de Justicia frente a delitos ambientales y en relación con el delito de contaminación procedente de buques a través de la Directiva 2009/123/CE¹²⁶, estas

¹¹⁹ PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni*, op. cit., p. 1297.

¹²⁰ BERNARDI A., *All’ indomani*, op. cit., p. 41; GRANDI C., *Riserva*, op. cit., p. 51.

¹²¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, *Comisión de las Comunidades Europeas vs. Grecia*, causa C-66/88, sentencia del 21 de septiembre de 1989; *J.J. Zwartveld et. al.*, causa C-2/88, ordenanza del 13 de julio de 1990; *Österreichische Unilever GmbH vs. Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*, causa C-77/97, sentencia del 28 de enero de 1999. Cfr. BERNARDI A., *All’ indomani*, op. cit., p. 41.

¹²² Véase, con una relación jurisprudencial del Tribunal Europeo, BERNARDI A., *L’Europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXI, T. II, Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2002, p. 488.

¹²³ En contra de esta interpretación, afirmando que incluso antes del 2005 el Tribunal de Justicia establecía reales obligaciones de penalización frente a los Estados miembro, BERNARDI A., *All’ indomani*, op. cit., p. 41.

¹²⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, *Comisión de las Comunidades Europeas vs. Consejo de la Unión Europea*, causa C-176/03, sentencia del 13 de septiembre del 2005. Cfr. PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni*, op. cit., p. 1296-1297; MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 41-42; SOTIS C., *Il trattato*, op. cit., p. 330. Sin embargo, BERNARDI afirma, por ejemplo, que la tesis mantenida por el Tribunal de Justicia en este caso no es una tesis novedosa o inesperada. Cfr. BERNARDI A., *All’ indomani*, op. cit., p. 41.

¹²⁵ Directiva 2008/99/CE del 19 de noviembre del 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:ev0012>

¹²⁶ Directiva 2009/123/CE del 21 de octubre del 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:280:0052:0055:ES:PDF>

normas comunitarias pueden imponer a los Estados miembro obligaciones de penalización frente a tales comportamientos¹²⁷.

¿Cuál es el alcance de dichas obligaciones de penalización según el Tribunal de Justicia? Las directivas pueden individualizar las conductas que deben ser criminalizadas por parte de los Estados miembro, sin llegar a especificar ni el tipo ni la magnitud de la pena a imponer¹²⁸; lo que sí queda claro -sin temor a dudas- es que la descripción abstracta del comportamiento prohibido sí parece ser predefinido por el Parlamento Europeo y el Consejo, razón por la cual los Estados miembros no podrían definir de otra manera tales comportamientos. Se tratan, sin lugar a dudas, de “*obblighi comunitarie d'incriminazione*” por medio de las cuales se imponen a los Estados la adopción de sanciones penales de tutela frente a ciertos bienes jurídicos de relevancia comunitaria¹²⁹, situación que afecta indudablemente el principio *nullum crimen sine lege*. Sin embargo, el hecho de que tal obligación de penalización solamente pueda ser cumplida por el legislador nacional (a través de una reglamentación general interna) y no por el juez¹³⁰ demuestra que, si bien tal afectación es indiscutible, la misma no logra destruir por completo la reserva de ley penal, solamente uno de los asuntos inherentes a ella: la elección político criminal *libre* del órgano legislativo frente a la criminalización de un determinado comportamiento humano. Por ello, no se afecta la reserva de ley desde una perspectiva formal sino un aspecto sustancial de la misma reserva, es decir, la elección de política criminal que en principio le corresponde de manera exclusiva al órgano legislativo¹³¹.

Esta posición del Tribunal de Justicia crea, ciertamente, una situación generalizada de incerteza, pues por una parte el principio de legalidad penal difiere en cada Estado miembro, razón por la cual aplicar una obligación indiscriminada como la que establece el Tribunal es muy difícil de lograr; además, por otra parte, es claro que en el TFUE no se hace una referencia explícita al principio de legalidad penal, razón por la cual este tipo de obligaciones de penalización son altamente discutibles¹³².

3.4. Otros aspectos relacionados con el principio de legalidad penal:

Toda la discusión anterior se centra en la posibilidad de la normativa comunitaria de crear o agravar delitos, ya sea de manera directa o indirecta. Sin embargo, ¿qué sucede frente a normas jurídicas favorables para el ciudadano? En relación con la posibilidad de que la normativa comunitaria pueda derogar leyes penales incriminadoras se ha planteado, mayoritariamente, una posición positiva. De esta manera, el derecho de la UE puede desaplicar la ley penal a través del reconocimiento de un derecho o un deber¹³³; la normativa comunitaria cumple, así, una función integradora *in bonam parte*¹³⁴. Se trata, sin lugar a dudas, de la aplicación del principio de prevalencia del derecho de la UE sobre el derecho nacional¹³⁵.

¹²⁷ PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 165.

¹²⁸ En este sentido, DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 259; PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 165.

¹²⁹ Cfr. BERNARDI A., *All' indomani*, op. cit., p. 41.

¹³⁰ En este sentido, véase, ROMANO M., *Complèssità*, op. cit., p. 549-550.

¹³¹ DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 259-260.

¹³² BERNARDI A., *All' indomani*, op. cit., p. 42-43.

¹³³ PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, VIII ed., 2003, p. 44.

¹³⁴ MANNA A., *Corso*, op. cit., p. 53-54.

¹³⁵ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 44. Aunque, habría que diferenciar si la contradicción se encuentra en un Reglamento o en una Directiva de la UE, pues en el primer caso la *desapplicazione* sería inmediata, mientras que

Aunque, la expresión *desapplicazione* no es compartida por la doctrina. Algunos autores afirman que esta figura no existe en el ordenamiento jurídico italiano; por el contrario, el real concepto jurídico que se debe utilizar en los llamados casos de *desapplicazione* es el instituto del ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber¹³⁶, como una real causal de justificación del hecho prohibido. Con ello, la *desapplicazione* implica, en realidad, la justificación del comportamiento por una norma comunitaria a través del art. 51 c.p.i.

De esta manera, la norma comunitaria de naturaleza permisiva es de aplicación directa¹³⁷. Por ejemplo, la imposibilidad de aplicación directa de un reglamento se limita, únicamente, frente a leyes penales desfavorables; frente a otras de carácter favorable (como causales de justificación) sí es posible¹³⁸. La normativa comunitaria puede constituir causales de justificación aún en el caso de directivas que no hayan sido introducidas al ordenamiento jurídico nacional a través de una ley nacional¹³⁹.

También se ha aceptado la posibilidad de que la normativa comunitaria pueda reducir el alcance de la norma nacional¹⁴⁰, o incluso afectar el contenido de ciertos elementos normativos contenidos en algunas *fattispecie* (como lo son, por ejemplo, “*ingiusto*”, “*indebito*”, etc.), todo ello gracias a un amplio margen de interpretación¹⁴¹.

Sin embargo, también existe una posición minoritaria que rechaza la influencia aún favorable del derecho comunitario en el ámbito penal. En esa medida, la reserva de ley (atendiendo su carácter absoluto) tiene aplicación no sólo frente a las normas que crean los comportamientos prohibidos desde la perspectiva penal (normas constitutivas), sino también frente a todas las normas que la modifican o la extinguen¹⁴². Si el derecho comunitario deroga un contenido establecido en el derecho penal nacional, se plantea un asunto de legitimidad política pues con tal *disapplicazione* se estaría invalidando una decisión democrática, yendo en contra del principio de reserva de ley:

“*Vero che il legislatore interno deve esercitare la sua potestà normativa nel rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionale. Ma è anche vero che la potestad legislativa deve essere comunque esercitata nel rispetto della Costituzione*”¹⁴³.

Bajo esta perspectiva, la expresión *disapplicazione* -utilizada por la doctrina- sólo es una forma sutil de superar este impedimento.

4. Conclusiones:

en el segundo caso tal *desapplicazione* sólo podría realizarse previo pronunciamiento de la Co. Cost. ital. Vid. RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, a cura di R. GUERRINI, Torino, Giappichelli Editore, V ed., 2015, p. 80.

¹³⁶ PAGLIARO A., *Sommario del diritto penale italiano. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 41.

¹³⁷ AA. VV., *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. DE VERO, Torino, Giappichelli Editore, 2010, p. 20-22.

¹³⁸ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 94.

¹³⁹ DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 262.

¹⁴⁰ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 436.

¹⁴¹ GALLO M., *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, Giappichelli Editore, Vol. I, 1999, p. 86. En el mismo sentido, PAGLIARO A., *Sommario*, op. cit., p. 41.

¹⁴² GALLO M., *Appunti*, op. cit., p. 86.

¹⁴³ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 37-38.

Visto todo lo anterior, ¿qué puede concluirse frente al principio de legalidad penal? En relación con los tribunales de protección de los derechos humanos (y, de manera particular, con la jurisprudencia de la CorEDH) debe afirmarse que ésta ha vinculado, de manera incorrecta, la definición que la CEDH contempla en relación con el principio de legalidad penal con aquel mismo concepto definido, constitucional y legalmente en Italia¹⁴⁴. Con el mismo rótulo, se desarrollan diferentes conceptos que no pueden asimilarse pues así se reduce (como sucede en la actualidad) el contenido de este principio en los ordenamientos nacionales a sólo cuestiones de previsibilidad y accesibilidad como las notas esenciales del axioma de legalidad penal¹⁴⁵. Esto es un error.

Se reduce el contenido del principio para compaginar las realidades de los dos sistemas jurídicos occidentales, el *common law* y el *civil law*, con lo cual se renuncia al fundamento democrático del principio de legalidad penal¹⁴⁶, el más importante. En realidad, la intención unificadora de unir la noción de garantía entre ambos sistemas jurídicos ha generado tal grado de sacrificio frente al principio de legalidad penal en el *civil law* que, sin lugar a dudas, lo único que permanece inalterado es el concepto de *rule of law*.

No se trata de un concepto sustancial del principio de legalidad penal: en realidad, la CorDEH se ha decantado por el concepto de *rule of law* de los sistemas del *common law*, abandonando la idea de legalidad penal afincada en una idea democrática. La sentencia *Contrada* es una clara muestra de esta conclusión: cuando reconoce -aun en un ordenamiento jurídico basado en el *civil law* como lo es el italiano- que un delito puede ser creado jurisprudencialmente, no se está intentando “alcanzar el mayor grado de garantía”; por el contrario, se intenta definir de manera diferente la noción de legalidad penal aún en contra de una constitución política que -guste o no- establece en la ley como producto democrático el medio legítimo para limitar la libertad de sus ciudadanos. Este tipo de interpretaciones no tienen ningún espacio legítimo¹⁴⁷, máxime cuando aquello que consiguen -por supuesto, sin pretenderlo directamente- es reducir ostensiblemente el valor de garantía del principio de legalidad penal en aquellos ordenamientos de *civil law*.

Esta situación no se presenta frente a la CIDH, quien se ha decantado por un camino enteramente diferente y -sin lugar a dudas- más garantista: ya se ha analizado con anterioridad como el significado democrático del principio de legalidad penal representa la *garantía más importante* para el ciudadano; las cuestiones relacionadas con los aspectos de previsibilidad y accesibilidad de la prohibición penal son, sin lugar a dudas, el punto inicial del valor de garantía del principio de legalidad penal, pero las cuestiones de legitimidad democrática y política de la ley constituyen el punto central y material más importante de todo este apotegma. Sin lugar a dudas, puede prohibirse penalmente un comportamiento a través de cualquier fuente jurídica que logre garantizar los aspectos de accesibilidad y previsibilidad de su contenido; ello haría lícita tal prohibición. Pero, hacerla a través de la ley como producto democrático, garantizando un proceso dialéctico entre mayoría y minoría conformadas en un órgano legislativo, haría que tal prohibición no sólo fuera

¹⁴⁴ MOCCIA S., *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di Diritto*, in *Criminalia*, Vol. VII, Pisa, Edizioni ETS, 2007, p. 301.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 301.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 301.

¹⁴⁷ Cfr. PULITANÒ D., *Paradossi*, op. cit., p. 52.

lícita sino, además, legítima. Es un asunto que sólo el principio de legalidad penal en los sistemas jurídicos del *civil law* pueden entender y conseguir.

Ahora bien, en relación con la UE y principio de legalidad penal debe realizarse una pequeña precisión inicial: los actuales procesos de armonización y asimilación existentes en el derecho comunitario no autorizan a hablar de un real derecho penal europeo¹⁴⁸; la incompatibilidad absoluta de ambos regímenes jurídicos es consecuencia de que ambos responden a lógicas de legitimación enteramente diferentes¹⁴⁹. Es más preciso hablar -como lo hace SILVA SÁNCHEZ en España- del derecho comunitario como elemento condicionante para ciertos asuntos internos en materia penal (precisamente, asuntos que tengan relevancia comunitaria)¹⁵⁰.

Frente a la discusión de una eventual competencia directa en materia penal, debe decirse que en la actualidad, y a pesar de la entrada en vigor del TFUE, la UE no cuenta con una potestad penal directa para emanar normas penales¹⁵¹. Las normas comunitarias emanadas -aun en asuntos penales- no podrían ingresar al ordenamiento jurídico italiano en razón del art. 25, inciso 2º Cos. ital., atendiendo el principio de reserva de ley¹⁵².

Aún con el TFUE, la UE no posee -en la actualidad- un poder directo y automático de emanar leyes de naturaleza penal¹⁵³; de allí que el derecho comunitario se deba estructurar de acuerdo con la tradición constitucional de los diferentes Estados miembros¹⁵⁴. La UE no cuenta, en la actualidad, con *equivalentes funcionales* que permitan subsanar su déficit democrático¹⁵⁵, razón por la cual hablar de una competencia penal directa es, simplemente, imposible atendiendo a que una intervención del Parlamento Europeo -ya sea a través del procedimiento legislativo ordinario- es insuficiente¹⁵⁶. El significado democrático *específico* del principio de legalidad penal (esto es, la dialéctica al interior del órgano legislativo entre mayoría y minoría) no se puede producir cuando es la propia víctima potencial la que provoca la legislación que la protegerá, pues con ello siempre se buscará maximizar la protección que el derecho penal le asigne¹⁵⁷. Por ello, una decisión imparcial, dialéctica que maximice las garantías es imposible cuando es la víctima (UE) quien determina el ámbito de protección jurídicopenal de sus propios intereses; ésta, sin lugar a dudas, es la razón fundamental por la cual sólo cuando el Parlamento europeo posea características comparables a las de un órgano legislativo nacional se podrán transferir competencias penales a la UE¹⁵⁸.

¹⁴⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ J-M., *Los principios*, op. cit., p. 138.

¹⁴⁹ SOTIS C., *Il trattato*, op. cit., p. 327.

¹⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ J-M., *Los principios*, op. cit., p. 138-139.

¹⁵¹ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 43.

¹⁵² *Ibidem*, p. 43-44.

¹⁵³ CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 555; DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, op. cit., p. 93.

¹⁵⁴ AA. VV., *La legge penale*, op. cit., p. 18.

¹⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ J-M., *Los principios*, op. cit., p. 142.

¹⁵⁶ Máxime para sanciones privativas de la libertad. *Ibidem*, p. 148-149.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 143.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 143, 148. SILVA SÁNCHEZ realiza una crítica puntual al derecho comunitario frente a cualquier tentativa por permitir una competencia penal directa: “*Si resulta que la protección de los bienes individuales, incluso altamente personales, es cuestión “nacional” dentro de Europa, se hace difícil eludir la sombra de sospecha que se cierne sobre los “delitos comunitarios”, como regulaciones tecnocráticas ad hoc determinadas por la presión de los lobbies europeos, en los que, además, se manifiesta una desequilibrada preocupación por la dimensión de protección del Derecho penal en perjuicio de la dimensión de garantía que ésta también ha de tener. La dimensión humanística del Derecho penal desaparece en la “Europa (de la dominación) de la economía”*”. *Ibidem*, p. 148.

Hablar de penalización (o despenalización) de ciertos comportamientos a través del derecho comunitario es hablar, en la misma medida, de un proceso democrático de tales normas penales, asunto que puede generar la inconstitucionalidad de tal escenario¹⁵⁹. Por ello, se requiere siempre una “*indispensabile mediazione legislativa interna*”¹⁶⁰: “*la fundazione di una competenza penale europea, seppure indiretta, di così vasta portata non potrà che determinare un’ulteriore notevole compressione della discrezionalità dei Parlamenti interni sulle scelte di incriminazione*”¹⁶¹. Sin lugar a dudas, el derecho penal no constituye un instrumento técnico destinado a hacer más efectiva la cooperación internacional; por el contrario, es el derecho que busca garantizar las decisiones más sensibles respecto del mínimo ético de un derecho¹⁶², razón por la cual la UE no tendría legítimamente la posibilidad de asumir *de facto* o *de iure* tal tipo de decisiones.

Frente a la discusión de una eventual competencia penal indirecta, debe afirmarse que ésta resulta indiscutible hoy en día¹⁶³ (incluso, puede definirse como de *amplio alcance*¹⁶⁴). Sin lugar a dudas, se trata de un proceso de erosión del principio de reserva de ley a nivel nacional¹⁶⁵, proceso de erosión que si bien afecta dicho axioma también le otorga un particular valor democrático en la elección punitiva¹⁶⁶, al interior del ordenamiento jurídico italiano. Tal competencia indirecta reconoce dos obligaciones frente a los Estados miembro: por una parte, impone una obligación de tutela penal, concretada en un deber de tipificar determinados comportamientos¹⁶⁷; por otra parte, establece una obligación de incorporar al ordenamiento nacional una definición ya preestablecida de ciertas *fattispecie*, con lo cual se evidencia un deber de acomodar la redacción de ciertos delitos a lo consagrado por la UE¹⁶⁸.

Esta obligación reconocida de tutelar penalmente determinadas materias reduce, de manera amplia, el monopolio del legislador en materia penal, afectando en consecuencia el principio de reserva de ley¹⁶⁹. Pero, a pesar de dicha afectación, no logra destruirlo o acabarlo.

El parlamento nacional tiene el deber de aprobar normas cuyo contenido se encuentra preestablecido, contenidos que fueron discutidos y aprobados por un órgano que no posee una representatividad del “pueblo europeo”, razón por la cual es clara la existencia de un problema de legitimación¹⁷⁰; se trata de *obblighi di penalizzazione* derivados del derecho comunitario europeo¹⁷¹. De esta manera, la libertad del órgano legislativo interno para decidir la prohibición

¹⁵⁹ Con esta conclusión, para el derecho constitucional español que es igualmente predicable para el italiano. *Ibidem*, p. 142.

¹⁶⁰ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 37.

¹⁶¹ GRANDI C., *Riserva*, op. cit., p. 60.

¹⁶² Vid. BÖSE M., *La sentenza*, op. cit., p. 272.

¹⁶³ SOTIS C., *Il trattato*, op. cit., p. 331.

¹⁶⁴ Calificando tal influencia como de *significativa incidencia de elección político criminal*, CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 555.

¹⁶⁵ Con esta expresión, PULITANÒ D., *Diritto penale*, op. cit., p. 165.

¹⁶⁶ CUPELLI C., *Il parlamento*, op. cit., p. 556.

¹⁶⁷ MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale*, op. cit., p. 44.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 44.

¹⁶⁹ PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni*, op. cit., p. 1298.

¹⁷⁰ Vid. GROSSO C. F., *Il fascino*, op. cit., p. 131.

¹⁷¹ PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni*, op. cit., p. 1296-1297.

penal de un determinado comportamiento se ve afectado de manera directa a través de los reglamentos y de directivas¹⁷².

Ahora bien, el hecho de que estas disposiciones (el reglamento y la directiva) puedan establecer una competencia indirecta en materia penal, no significa que la misma sea obligatoria para los Estados miembro. El legislador es libre para incorporar las leyes y los delitos que la UE establezca, esto es, cumplir con su obligación comunitaria. Si el legislador no cumple con dicha incorporación en el ordenamiento jurídico nacional, se establecería una obligación del Estado por tal incumplimiento¹⁷³. El Estado miembro puede, incluso, sustraerse de la obligación de penalización establecida por la normativa comunitaria cuando existan graves contradicciones de naturaleza constitucional: “*essa non determina un vincolo assoluto, irresistibile, per il legislatore nazionale, che potrebbe sempre sottrarsi all’obbligo di incriminazione in presenza di gravi controindicazioni, specie di ordine costituzionale*”¹⁷⁴.

De otra manera, se afectaría un componente fundamental del principio de reserva de ley, reconocido por la Cos. ital., y es la garantía del valor *relativo* de la pena; con esto quiere indicarse -siguiendo a SOLIS- que el órgano legislativo tiene la libertad de criminalizar o despenalizar un comportamiento (de otra manera, una vez penalizada determinada acción, la pena sería *absoluta* en cuanto indiscutible)¹⁷⁵. Esta garantía -que se encuentra constitucionalmente reconocida- confronta cualquier posibilidad de establecer con carácter obligatorio la incorporación o armonización esperada por el derecho comunitario.

¹⁷² Cfr. GRANDI C., *Riserva*, op. cit., p. 56-60.

¹⁷³ RONCO M., *Il principio*, op. cit., p. 36.

¹⁷⁴ DE VERO G., *Corso*, op. cit., p. 260.

¹⁷⁵ SOTIS C., *Il trattato*, op. cit., p. 337.

A MODO DE CONCLUSIÓN. TOMA DE POSTURA

1. Frente a la “crisis” del principio de legalidad penal:

A lo largo de la presente investigación se han realizado diferentes conclusiones y tomas de postura en relación con diversas problemáticas, pero de manera muy específica en relación con la “crisis” de la legalidad penal y los diferentes aspectos contenidos en tal axioma. De tal forma, se analizó el impacto de tal crisis frente al significado democrático del principio (*infra*, cap. III, 3.2.1); se estudió las consecuencias que pretende generar la teoría del “*diritto vivente*” en el derecho penal (*infra*, cap. IV, 2.9); y, por si fuera poco, se consideraron las diferentes perspectivas que, hoy por hoy, quieren buscar en la interpretación judicial y en la susceptibilidad de interpretación los objetos frente a los cuales establecer la determinación estricta exigida por el principio de legalidad penal (*infra*, cap. IV, 5.4)¹.

También se discutieron los intentos teóricos por compatibilizar los conceptos del *principio de legalidad penal* y el *rule of law* (ambos conceptos de garantía), sacrificando para tal propósito el significado de legitimación democrático que posee, en la actualidad, el principio de legalidad penal tanto en Italia como en Colombia (*infra*, cap. IV, 2); con tal renuncia, se señaló la invitación de renunciar al principio de reserva de ley penal para, en su lugar, “descubrir” el real alcance de garantía de este axioma fundamental del derecho penal, garantía que no depende de un específico tipo de norma jurídica como lo es la ley (*infra*, cap. III, 6.1).

Ya mucho se ha concluido frente a estos puntos. ¿Qué falta, entonces, por afirmar? Frente a la pretendida “crisis” del principio de legalidad penal, DOLCINI reconoce que existen dos caminos: el primero, declarar el fin de los principios fundamentales que han regido el derecho penal desde finales del siglo XVIII; o bien, defender y reafirmar tales principios, a pesar de las evidentes dificultades teóricas que éstos pueden estar atravesando². Al igual que este autor, el camino más atrevido (pero, por ello mismo, el más valiente) es reconocer el valor *intrínseco* real y la necesidad de tales principios en la actualidad. Ésta es, sin lugar a dudas, la primera (y, tal vez) más importante conclusión de esta investigación.

A pesar de las críticas dirigidas al principio de legalidad penal, condenándolo como una expresión del paradigma paleopositivista, debe reconocerse que el actual constitucionalismo

¹ Son claras las palabras de DI GIOVINE frente a cierta concepción de la legalidad penal formalista: “*Continuare ad aspettare il mitico ritorno dell’era della legalità formale ci sta esponendo al rischio di perdere anche quest’ultimo treno*”. Cfr. DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, N° 1, 2013, p. 181.

² Vid. DOLCINI E., *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: Principi-cardinale dell’ordinamento o polverose reminiscenze del passato?*, in AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, CEDAM, 2005, p. 68.

dota al *positivismo jurídico* de su real y completo significado: este positivismo tiene como criterio de reconocimiento, y atendiendo la “nueva” realidad constitucional del Estado, no sólo las formas específicas de producción normativa (criterio formal) sino también el contenido de las normas jurídicas producidas (criterio sustancial)³. De esta manera, el *positivismo jurídico* condiciona la validez de las normas jurídicas de inferior jerarquía a la Constitución no sólo frente al cumplimiento de un procedimiento específico, sino también a criterios sustanciales contenidos en dicho texto superior que deben respetar dichas normas inferiores⁴.

La pretendida “crisis” actual de la legalidad penal busca calificar las garantías formales del derecho penal como obstáculos insalvables para una efectiva persecución político criminal hacía los delincuentes⁵. La legalidad penal, lejos de limitarse a un escenario meramente formalístico y, por lo tanto, insuficiente a la realidad constitucional de los Estados actuales, se transforma precisamente en un criterio sustancial y legitimante de las actividades de todos los órganos del Estado. Y es que, al tratarse de un derecho fundamental (art. 25 Cos. ital. y art. 29 Cos. col.), el principio de legalidad penal -como cualquier otro derecho de naturaleza constitucional- condiciona la legitimidad de todo el sistema político a su cumplimiento y tutela, expresión clara de una real *democracia sustancial*⁶. En el actual escenario constitucional, tanto de Italia como de Colombia, es imposible afirmar que el principio de legalidad penal es un formalismo propio de Estados liberales y legislativos, que no se adecua correctamente con la nueva realidad constitucional; al contrario, el principio de legalidad penal desarrolla, precisamente, la Constitución política pues al ser un derecho fundamental, de su respeto y garantía dependen el cumplimiento de una real democracia.

La Constitución política, como acuerdo democrático frente a lo *no decidible*⁷, señala ciertos derechos fundamentales cuya existencia no depende de ningún poder, ni de la mayoría democrática ni mucho menos de poderes estatales. Por ello, quienes pretenden aducir, precisamente, la “nueva” realidad constitucional para señalar la necesidad de eliminar o, cuanto menos, flexibilizar el principio de legalidad penal, en el fondo están proponiendo una argumentación intrínsecamente contradictoria, inconstitucional y antidemocrática, pues parten por desconocer el valor inherentemente constitucional y democrático del principio.

³ Vid. FERRAJOLI L., *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*, in FERRAJOLI L., *Epistemología jurídica y garantismo*, Ciudad de México, Fontamara, 2004, p. 265-266.

⁴ *Ibidem*, p. 269. En contra, calificando dicho positivismo como “*menos evolucionada*”, y afirmando su incompatibilidad con las actuales metodologías del derecho, véase, BACIGALUPO E., *Principios de derecho penal. Parte general*, Madrid, Editorial Akal, IV ed., 1997, p. 69.

⁵ “*fanno percepire le garanzie, specialmente quelle di tipo formale, come dei veri e propri oscacoli ad un’effettiva lotta al crimine*”. Cfr. MOCCIA S., *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 21.

⁶ FERRAJOLI L., *Juspositivismo*, op. cit., p. 272. En el mismo sentido, FERRAJOLI L., *La democrazia a través de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 113.

⁷ FERRAJOLI L., *Juspositivismo*, op. cit., p. 267-268.

Frente al “*diritto vivente*”, debe afirmarse con total claridad que esta teoría parte del supuesto de que el poder judicial es un poder *bueno*, único pilar protector de la legalidad constitucional⁸. De allí que no se le quiera o pueda limitar. Pero, en realidad se trata de una forma jurídica de justificar lo que, de otra manera, es un arbitrio judicial⁹. Aceptar que el juez -al momento de interpretar- tiene un poder creativo necesario e ineludible es aceptar (y justificar, que termina siendo peor) el terror en el derecho penal¹⁰. Es necesario hacer -como propias- la calificación que BETTIOL hace de ese terror: una condena pronunciada por el juez a su propio *arbitrio*, sin indicar límites precisos en su actividad, no es más que arbitrio judicial e individual¹¹. La interpretación creativa del juez conlleva a transferir a dicho funcionario público la responsabilidad y legitimidad de tomar decisiones político criminales, cuando la realidad constitucional demuestra que ello no puede ser así¹², so pena de ilegitimar el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Por difícil que pueda resultar establecer normas hermenéuticas que regulen la actividad de interpretación del juez, es necesario -como punto de partida- reconocer por lo menos la necesidad de emprender esa tarea. Si logran vencer quienes aducen lo contrario, terminaríamos por afirmar que es el juez quien detenta el poder normativo en un Estado democrático de derecho; y es éste quien crea los delitos; y, además, a quien ningún control puede imponérsele, ya sea por razones jurídicas o fácticas. Se termina, así, por derivar en un *absolutismo judicial*.

La conclusión a la que llega TAMAYO JARAMILLO es clara, pero también contundente: el problema es de elección: puede elegirse por renunciar al Estado de derecho y a la sujeción del juez a la ley, predicando un relativismo judicial donde la idea de *moral social* o *finés normativos* prevalece sobre el contenido de la ley; o puede optarse por seguir un planteamiento positivista propio de un Estado de derecho que garantiza una mayor cohesión y seguridad jurídica, a riesgo de limitar las consideraciones personales del juez (llegando, por ello, a ser algunas veces injustas las decisiones judiciales)¹³. Si ésta es la elección que

⁸ MOCCIA S., *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di Diritto*, in *Criminalia*, Vol. VII, Pisa, Edizioni ETS, 2007, p. 300.

⁹ RECASENS SICHES L., *Tratado general de filosofía del derecho*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, XIX ed., 2008, p. 215.

¹⁰ Aunque, debe realizarse acá una precisión. No todo quien reconozca el carácter creativo de la interpretación judicial la acepta como inevitable y, peor aún, justificado. Los autores que han ofrecido distintas soluciones políticas o institucionales al problema (por ejemplo, TRAPANI) no comparten la posición jurídica acá descrita (reconocen que la interpretación judicial sí es norma penal), pero demuestran las mismas preocupaciones legítimas frente a los peligrosos planteamientos del “*diritto vivente*”.

¹¹ Vid. BETTIOL G., *El problema penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1995, p. 56-57.

¹² MOCCIA S., *La promessa*, op. cit., p. 23-26.

¹³ TAMAYO JARAMILLO J., *Manual de hermenéutica jurídica*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2013, p. 75. De la misma manera concluye CARRASQUILLA, al afirmar: “*Dado que el Estado social y democrático de derecho tiene como núcleo sustancial un sistema de derecho al que todas las acciones internas han de subordinarse, el precio que en definitiva ha de pagar las democracias por no perseguir el crimen con métodos criminales, es decir, por no convertir el Estado de derecho en Estado criminal, es el de que siempre existe no solo el riesgo*

debe asumirse, es claro que el positivismo discrecional es la única teoría capaz de garantizar no sólo una verdadera democracia sino, también, al propio principio de legalidad penal¹⁴.

Queda, a cargo de quienes respaldan este “nuevo” poder normativo judicial, el compaginar o justificar tal realidad con las exigencias mínimas de un Estado democrático de derecho frente a la protección del derecho fundamental de la libertad personal, tarea lógica, jurídica e ideológicamente ardua (por no decir imposible), si se desea ser coherente con los mismos pilares de dicho sistema político.

La jurisprudencia no es vinculante -por lo menos, en el derecho penal- por tres elementales razones. La primera de estas razones se encuentra en el hecho de que la positivización de los derechos fundamentales, y su necesario cumplimiento, condicionan la legitimidad del sistema político¹⁵. Si el principio de legalidad penal es un derecho fundamental, sólo a través de su cumplimiento el sistema político (y también, el judicial) es legítimo. De allí que la jurisprudencia y el precedente no pueden tener más valor que la ley penal; si tuvieran el mismo valor -o incluso más, como lo pretende concluir la teoría del “*diritto vivente*”- se estaría vulnerando de manera directa el derecho fundamental del principio de legalidad penal, con lo cual el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado se tornaría ilegítimo. ¡Éste es precisamente el sentido de positivizar, a través de la Constitución política, un derecho fundamental!

La segunda razón por la cual la jurisprudencia no puede ser una fuente formal del derecho penal es que, si el principio de legalidad penal se trata de un derecho fundamental, es claro que su reconocimiento en el texto constitucional hace parte de lo que FERRAJOLI ha reconocido como un acuerdo democrático frente a la esfera de lo no decidible¹⁶; en esa medida, ni el juez, ni el órgano legislativo, ni mucho menos el poder ejecutivo pueden derogar o eliminar este principio, so pena de modificar la estructura constitucional misma del Estado. Se trata de un asunto que ningún poder del Estado, por ninguna razón de conveniencia, de política criminal o de “justicia”¹⁷ puede desconocer.

sino también la probabilidad -y es improbable que no ocurran hechos improbables- de que algunos delitos queden impunes porque solamente podrían perseguirse eficazmente sacrificando o violando ese marco de valores fundamentales que encarnan las llamadas garantías penales y procesales”. Cfr. CARRASQUILLA J. F., Principios y normas rectoras del derecho penal, Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 1998, p. 19-20.

¹⁴ Vid. TAMAYO JARAMILLO J., *Manual*, op. cit., p. 84.

¹⁵ Vid. FERRAJOLI L., *Juspositivismo*, op. cit., p. 272.

¹⁶ FERRAJOLI L., *Il paradigma della democrazia costituzionale*, in FERRAJOLI L., *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. IPPOLITO; F. MASTROMARTINO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 49; FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 9.

¹⁷ ¿Puede ser *justa* una decisión judicial que, en aras de impedir la impunidad de un delito, vulnera el principio de legalidad penal frente al ciudadano acusado? Este trabajo es un extenso argumento en contra de una posición sustancialista como ésta.

La tercera y última razón por la cual la jurisprudencia es, en el derecho penal, una fuente auxiliar (mediata) no vinculante es, indudablemente, la redacción contenida en el art. 101 Cos. ital. y en el art. 230 Cos. col.¹⁸. Ya se analizó (*infra*, cap. IV, 2.9.1) como la posición de la Co. Cos. col. y de la CSJ Col. frente al precedente judicial obligatorio en Colombia es, desde una perspectiva hermenéutica clara, incoherente con la calificación que hace el texto constitucional colombiano frente al carácter auxiliar de la jurisprudencia como fuente de derecho (art. 230, inciso 2º *ejusdem*)¹⁹. Si se trata de compaginar el art. 230 del texto constitucional con el art. 29 *ejusdem*, el juez no puede -so pena de incorporar su propia convicción ideológica- desconocer las garantías sustanciales reconocidas por el mismo texto constitucional, frente a lo cual debe reconocer el principio de legalidad penal como derecho fundamental de todos los ciudadanos y la correlativa sujeción de él mismo a la ley, como consecuencia de tal garantía²⁰. Sin lugar a dudas, la fuerza del precedente se encuentra en su plausibilidad sustancial (o grado de convencimiento jurídico) y no en una pretendida autoridad formal²¹.

Al contrario de lo que la escuela del “*diritto vivente*” propone, debe rescatarse de sus cenizas el real valor de la independencia judicial pues el juez -aun estando sometido al imperio de la ley-, puede (y de hecho, es el único escenario en el que ello es posible) ejercer su función constitucional de administrar justicia y, ante todo, ser garante de los derechos de los ciudadanos²². La ley permite un amplio margen de discrecionalidad al juez, pues en la aplicación del derecho éste podrá escoger -entre las varias posibilidades de elección- la interpretación más correcta²³, que en el derecho penal debe ser -por coherencia intra y extrasistemática- la más favorable al ciudadano.

¿Pero, qué pasa cuando es el juez -garante de los derechos de los ciudadanos- quien desconoce precisamente la legalidad? Debe precisarse tres cuestiones fundamentales:

Primero: Existe una contradicción, pues si el juez es el garante de los derechos de los ciudadanos, éste debería cumplir y someterse al principio de legalidad penal, uno de las garantías sustanciales más importantes del derecho penal. Así pues, cualquier intento teórico

¹⁸ PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, LVIII, N° 1, Milano, Giuffrè Editore, 2015, p. 56.

¹⁹ Por supuesto, el análisis de esta sola problemática merecería otro estudio doctoral. Sin embargo, el reducido análisis realizado en este trabajo frente al asunto evidencia que la conclusión acá señalada es, por lo menos, coherente y razonablemente justificada.

²⁰ En el mismo sentido: “*el juez constitucional no puede utilizar su posición de máxima autoridad interpretativa de la Constitución para introducir su propia escala de valores*”. Cfr. TAMAYO JARAMILLO J., *Manual*, op. cit., p. 297.

²¹ Cfr. PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, N° 2, 2015, p. 50. En el mismo sentido, FERRAJOLI L., *La democrazia a través de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 129-132.

²² Con una posición similar, PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, CEDAM, 1979, p. 153.

²³ KELSEN H., *Teoría pura del derecho*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 351.

o político por desmontar o limitar los efectos de este principio son *a priori* contrarios a cualquier valor de garantía, contrariando así la función constitucional de la actividad judicial.

Segundo: Si el juez es garante, su aplicación e interpretación de la ley no puede ser cualquiera, sino que ésta debe ser teleológicamente dirigida atendiendo, precisamente, dicha función. Si se encuentra reconocido que, frente a la existencia y protección de derechos fundamentales, es posible realizar esa clase de interpretaciones, el juez penal se encontraría obligado a interpretar de esa manera la ley penal, siendo ésta específicamente una garantía pero, también, un derecho fundamental constitucionalmente reconocido.

Tercero: Es claro que, quien defiende a la sociedad es el órgano legislativo y el órgano ejecutivo, el primero mediante la promulgación de leyes penales que, por su carácter general y abstracto, buscan proteger -precisamente- intereses colectivos e individuales de toda la sociedad. El órgano ejecutivo, por otra parte, cumple esta tarea a través de diferentes actos tendientes a ejecutar la Constitución política y la ley. Por ello, quien debe defender al ciudadano acusado de un delito debe ser, necesariamente, el juez. Si no es así, ¿quién? Es por esta razón que la función del juez no es definir qué comportamientos deben prohibirse, sino determinar si la prohibición preexistente en una ley se cumple en el caso concreto. La interpretación “creativa” del juez cambia sustancialmente esta balanza de poderes en el Estado, pues el juez también protegería a la sociedad a través de la creación -vía jurisprudencial- de delitos, con lo cual el ciudadano quedaría completamente desamparado frente al Estado, *ominiprotector* de la sociedad, evidenciando así un deseo vengativo contra él. ¿Desde qué momento la justicia se confundió con la venganza?

Por estas tres precisiones, es claro que en un Estado democrático de derecho el juez no puede crear delitos, o definir jurisprudencialmente comportamientos prohibidos. Debe aplicar, de manera restrictiva, la ley penal, pues en ello -y solo en ello- se basa su poder legítimo de administrar justicia.

¿En dónde queda, entonces, la llamada “crisis” del principio de legalidad penal? Se debe, en este punto, reconocer como válida la posición establecida por PULITANÒ: no es ni prudente (ni razonable) sugerir este tipo de fórmulas tan amplias (“crisis del principio de legalidad”) para solucionar las actuales problemáticas del sistema penal²⁴. Es preferible concentrarse en la solución específica de los diferentes problemas de la parte general y especial en el derecho penal, más que derivar como causa de todos ellos una aparente (y, visto todo lo anterior, indemostrable) “crisis”.

Frente a la llamada “crisis” actual en el principio de legalidad penal, debe reafirmarse -por el contrario- el carácter irrenunciable de este principio en un Estado democrático de derecho²⁵,

²⁴ PULITANÒ D., *Crisi*, op. cit., p. 53.

²⁵ CATENACCI M., *Il principio di legalità-tipicità fra funzioni di garanzia e rischi di formalismo*, in CATENACCI M., *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, p. 4. En el mismo sentido, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, VI ed., 2009, p. 12.

ya sea como garantía máxima en aquellos Estados pluralistas que tienen leyes justas o, cuanto menos, como garantía mínima en cualquier otro Estado²⁶. MANTOVANI expresa, con claridad, las consecuencias de renunciar este principio:

*“L’abbandono di tale principio è sempre servito non per assicurare una maggiore giustizia, ma per amplificare il campo dell’arbitrio, consentendo di cumulare al possibile arbitrio del legislatore il possibile arbitrio del giudice nella decisione del caso concreto”*²⁷.

Deben asumirse, como propias, las palabras que en 1986 utilizaría uno de los mejores profesores penalistas colombianos, con ocasión del análisis del mismo principio de legalidad penal meses después de los trágicos sucesos ocurridos en la toma del Palacio de Justicia, en Bogotá: *“en un mundo que ha dado rienda suelta a la arbitrariedad y al irracionalismo, el mejor homenaje que los penalistas colombianos podemos brindar a los inmolados es revivir los postulados por los cuales ellos tanto lucharon y por los que derramaron su sangre”*²⁸. No puede imaginarse ésta -la reivindicación de la legalidad penal- como una lucha perdida, puesto que ella es producto de una convicción íntima y fundada de que el respecto al principio de legalidad penal -reconocido, unánimemente, por la doctrina colombiana a lo largo de su corta historia- constituye el mejor mecanismo para construir un derecho penal verdaderamente democrático, constitucional y humanitario. La batalla a la que se enfrenta quien quiera respetar el principio de legalidad penal en la actualidad no es sólo una conquista material de dicho axioma²⁹; se trata, sin lugar a dudas, de una cruzada que también se debe librar por el reconocimiento formal del principio, frente a figuras como el *“diritto vivente dei giudici”*, y contra un eficientismo que intenta renunciar a las garantías de nuestra tradición jurídicopenal³⁰.

Hoy en día, el principio de legalidad es una verdadera garantía irrenunciable en un derecho penal propio de un Estado liberal democrático³¹. Y todo ello, debido al contenido específico y único que ha adquirido este principio.

²⁶ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 12.

²⁷ *Ibidem*, p. 12.

²⁸ Vid. VELÁSQUEZ F., *El principio de legalidad jurídicopenal*, in *Nuevo Foro Penal*, Vol. XXXII, 1986, p. 252.

²⁹ En este sentido, *“innumerables las batallas que ha tenido que librar el hombre para perfeccionar este apotegma, que se ha convertido en patrimonio común de la humanidad, hoy empeñada en su conquista material”*. Cfr. VELÁSQUEZ F., *Derecho penal. Parte general*, Medellín, Librería Jurídica Comlibros, IV ed., 2009, p. 132.

³⁰ Vid. CARRASQUILLA J. F., *Principios*, op. cit., p. 18.

³¹ En este sentido, PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, II ed., 2006, p. 113, cambiando su posición anterior donde afirmaba la existencia de una crisis de legalidad, PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 1999, p. 231-235.

2. Frente al real contenido del principio de legalidad penal:

La doctrina ha calificado los planteamientos de BECCARIA como una *versión utópica* del principio de legalidad penal³². Sin embargo -como se verá a continuación-, el concepto global que este autor italiano estableció frente a este principio hace más de 250 años es más actual que nunca; y, más que actual, real.

Sin lugar a dudas, el significado democrático, el significado filosófico y el significado de legitimación (en sus diferentes variantes) del principio de legalidad penal son los más importantes. Sin embargo, son los que menos discusión generan en la doctrina.

El principio de legalidad penal se estructura a partir de tres presupuestos. El primero es un *presupuesto lógico-axiológico* (con una clara connotación filosófica) que establece la ley penal como condición lógica para la aplicación de una “verdadera justicia racional”, siguiendo en tal sentido el significado filosófico del axioma de legalidad penal. De esta manera, la definición de la conducta prohibida por la ley es una condición lógica indispensable para su aplicación, pues dada la naturaleza prohibitiva de la ley penal (*norma-comando*, tal como la denomina NUVOLONE) se requiere la preexistencia de la norma jurídica para el posterior castigo del comportamiento así prohibido.

Mientras que el conocimiento previo del comportamiento prohibido hace parte de una justicia penal racional (*nullum crimen sine lege*), el conocimiento previo de la sanción exacta en la que incurrirá el ciudadano no es un requisito necesario para su aplicación, pues sólo se requiere que el ciudadano sepa que, ante la comisión de un comportamiento prohibido se impondrá como consecuencia una sanción en términos más o menos definidos (*nulla poena sine lege*)³³. En este punto radica la diferencia del tratamiento entre precepto y sanción frente al principio de legalidad penal.

Ante este presupuesto lógico-axiológico es claro que el precepto no puede analizarse con la misma libertad que la pena -ampliando el marco literal fáctico establecido por el legislador frente a un comportamiento prohibido-, pues ello conllevaría el desconocimiento de la naturaleza lógica de la legalidad penal, como presupuesto lógico del sistema penal en un Estado social derecho. Los intentos por ampliar la ley penal (y su contenido) por medios como la analogía (BOBBIO)³⁴ o incluso por la equidad (CARNELUTTI)³⁵ constituyen planteamientos que desconocen la naturaleza jurídica de la libertad en un Estado

³² Cfr. CADOPPI A.; VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, 2004, p. 61.

³³ NUVOLONE P., *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale*, in *La Scuola Positiva*, Anno LXVI, 1956, p. 239-240.

³⁴ BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, a cura di P. Di Lucia, Milano, Giuffrè Editore, 2006, p. 228-229.

³⁵ CARNELUTTI F., *L'equità nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, Anno XIII, Nº I, Vol. XII, Padova, CEDAM, 1935.

constitucional: que todo aquello que no esté prohibido expresamente por una ley (en este caso, de naturaleza penal) es permitido por la Constitución. De esta manera, es claro que la legalidad ha sido, y continúa siendo, una condición de libertad política, tal como lo recordaba CALAMANDREI:

“legalità è condizione di libertà, perché solo la legalità assicura, nel modo meno imperfetto possibile, quella certezza del diritto senza la quale praticamente non può sussistere libertà politica”³⁶.

Frente a la teoría del “*diritto vivente*”, es indudable que esta posición parte del supuesto de que la legalidad penal no es más que el resultado de un positivismo jurídico ya superado históricamente, reflejo de un límite formal ilógico que conlleva una desmesurada restricción a la actividad del juez; de esta forma, desconocen completamente que es, precisamente, la ley penal el instrumento del que se vale el Estado para constituir una *verdadera* justicia racional. Es indiscutible que esta teoría desconoce, por completo, la totalidad de este primer presupuesto del principio de legalidad penal.

El segundo presupuesto es un *presupuesto sustancial*, precisado a través de una connotación de garantía. Este presupuesto se estructura a través de tres elementos, todos ellos deducidos del significado de garantía del axioma de legalidad penal. Así, el primer elemento es, sin lugar a dudas, la concepción de la legalidad penal como un límite al propio poder punitivo del Estado (poder ejecutivo y legislativo), pues éste sólo puede castigar aquello que se encuentra prohibido por la ley. De esta manera, el derecho penal objetivo en efecto limita el derecho penal subjetivo, como potestad de castigar en cabeza del Estado.

El segundo elemento que conforma este presupuesto sustancial es el límite a la actuación del juez, pues éste -al estar vinculado a la ley penal- no puede crear normas prohibitivas, limitando su actividad jurisdiccional sólo interpretar la ley penal preexistente y a aplicarla al caso concreto, respetando los límites (materiales o formales) establecidos por el legislador.

El tercer elemento es, sin lugar a dudas, la posibilidad de concretar un conocimiento previo de la prohibición penal por parte del ciudadano. Sin lugar a dudas, se trata de un aspecto fundamental del principio de legalidad penal.

Finalmente, el principio de legalidad penal se concretaría en un *tercer presupuesto democrático*, entendido éste como un asunto de necesidad de legitimación (lugar en el que se ubica el significado de legitimación de este axioma).

De esta manera, el presupuesto democrático del principio de legalidad penal busca responder a la necesidad de legitimación del poder punitivo del Estado, concretando dicha necesidad

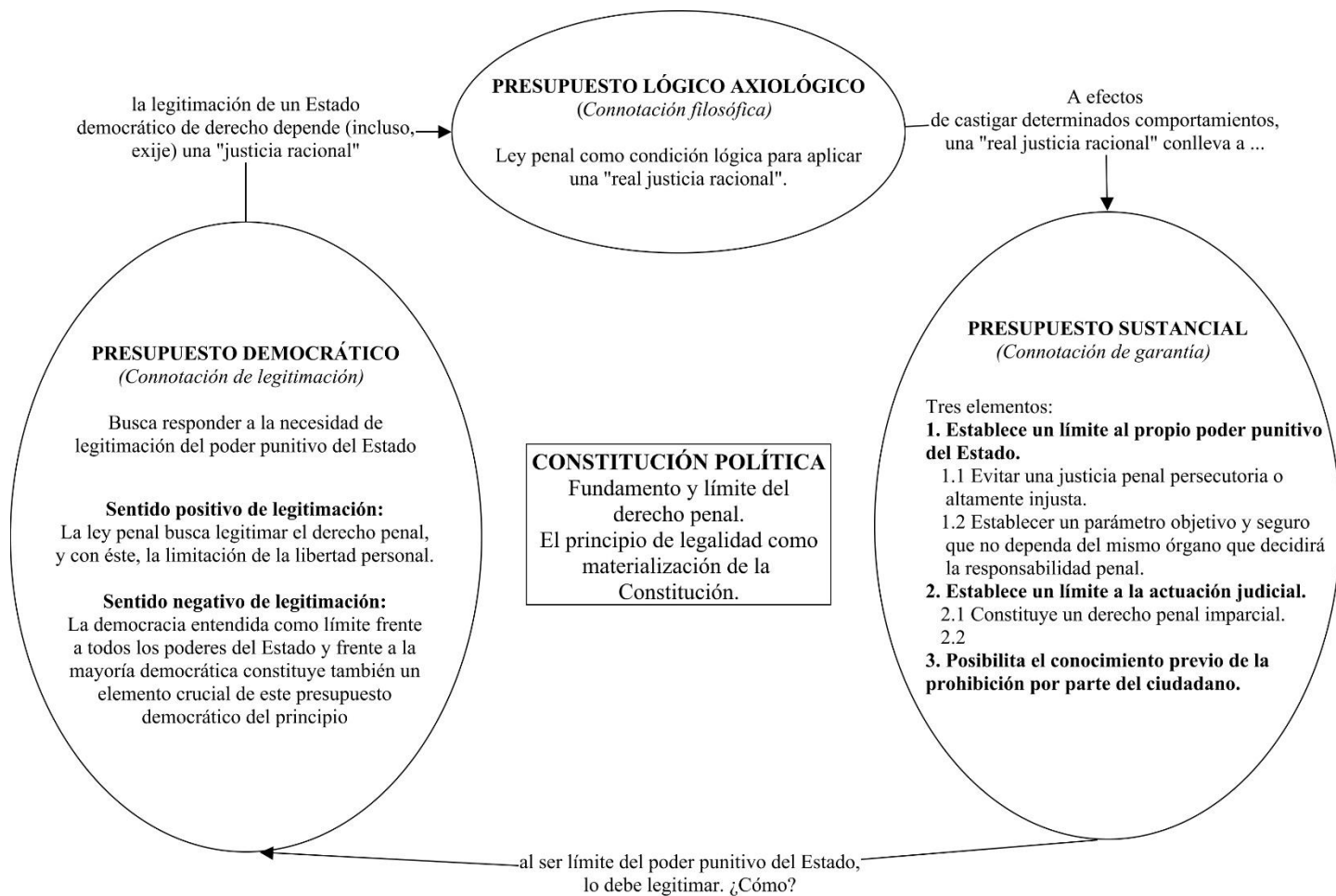
³⁶ Cfr. CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, Roma, Editori Laterza, 2013, p. 11.

en la ley como producto democrático de quien representa el poder soberano en un Estado constitucional de derecho. De esta manera, la ley penal (y el principio de legalidad penal) establece un *sentido positivo de legitimación* en la medida en que sólo la participación democrática puede legitimar el poder punitivo; la democracia, así las cosas, se concreta en (*infra*, cap. III, 3.2):

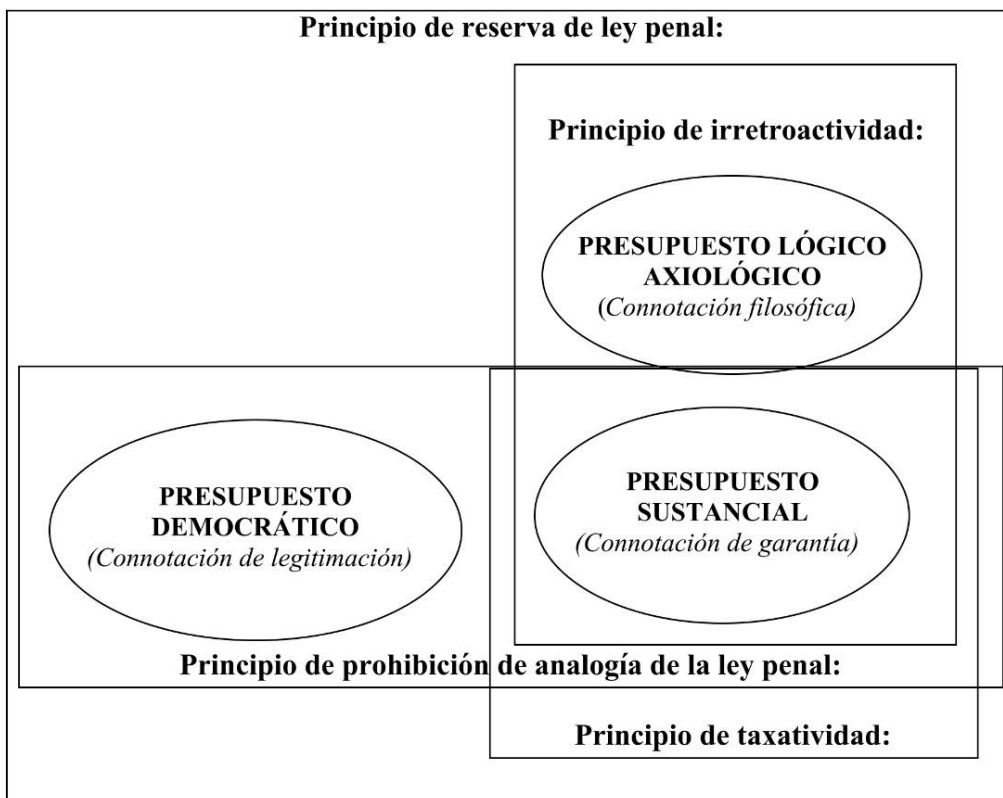
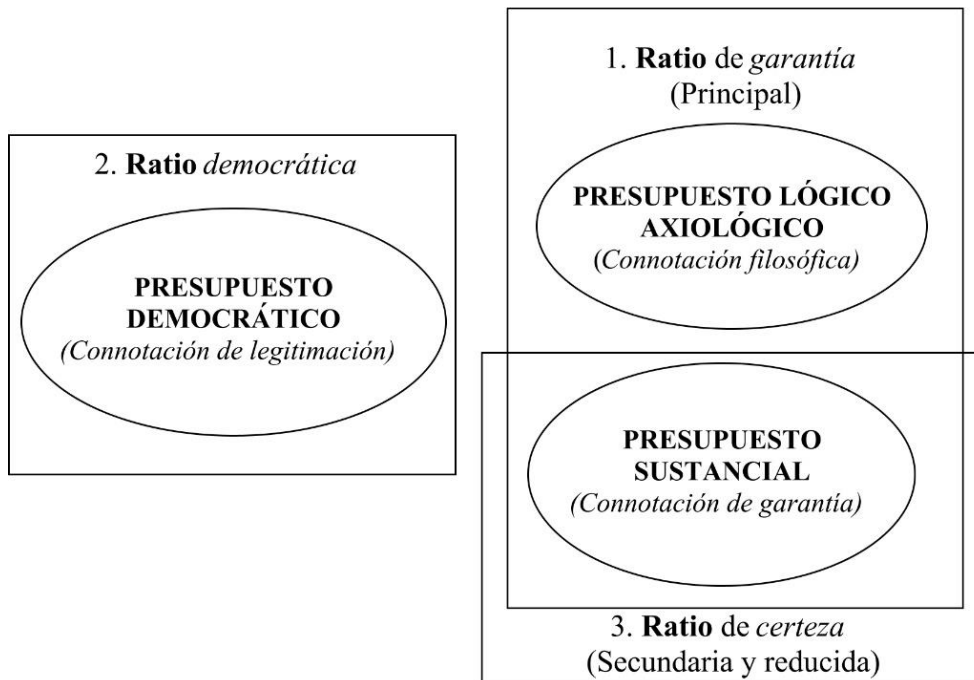
“[una] *discusión irrenunciable (en un Estado constitucional de derecho), pública y permanente de las decisiones político criminales que se deseen implementar, entre la mayoría funcional y la minoría (ésta última, con funciones de colaboración, principalmente, y control, subsidiariamente) que legitima el poder punitivo del Estado, configurándose, así, en un mecanismo institucional de salvaguarda contra cualquier decisión arbitraria*”.

Este presupuesto democrático también busca un *sentido negativo de legitimación* a través del sentido democrático negativo del apotegma de legalidad penal; en esta medida, la democracia entendida como *límite* frente a todos los poderes del Estado y frente a la mayoría democrática constituye también un elemento crucial de este presupuesto democrático del principio, pues tanto como la democracia legitima el derecho penal también la protege mediante su incorporación en el texto constitucional como derecho fundamental y garantía de todos los ciudadanos.

De esta manera, abarcando y aglutinando estos tres presupuestos se encuentra la Constitución política, como *fundamento y límite* del derecho penal, siendo el principio de legalidad penal materialización de dicho fundamento constitucional. Éste es, pues, el concepto total del principio de legalidad penal propuesto a lo largo del presente trabajo:



Visto lo anterior, es claro que el intento por ampliar el concepto del principio de legalidad penal hacia una perspectiva material implica desconocer el real significado de este principio, su naturaleza y funciones de cara al derecho penal. Se quiere que el principio de legalidad sea el garante de todo, cuando apenas es uno de los límites al ejercicio del poder punitivo del Estado. Y el hecho de negar cualquier fundamento legitimador del principio de legalidad es desconocer, simplemente, la garantía que implica la obligatoriedad y sujeción (estrictas, en el caso del derecho penal) del juez frente a la ley; si este límite formal no es suficiente para legitimar (en parte, por supuesto) el ejercicio del *ius puniendi*, ningún otro principio formal podrá hacerlo.



BIBLIOGRAFÍA:

- AA. VV., *Curso de derecho penal. Parte general*, a cura di C. RODRÍGUEZ YAGÜE, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004.
- AA. VV., *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. DE VERO, Torino, Giappichelli Editore, 2010.
- AGUDELO BETANCUR N., *Curso de derecho penal. Esquemas del delito*, Santafé de Bogotá D.C., Ediciones Nuevo Foro, 1998.
- ALEXY R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALIMENA B., *Principios de derecho penal*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, Vol. I, 1915.
- AMATO G., *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 486.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. CONTI, Milano, Giuffrè Editore, XVI ed. aggiornata e integrata, 2003.
- ANTONISEI F., *Elementi di diritto penale. La parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, 1945.
- ANTONISEI F.; CONTI L., *Istituzioni di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.
- ARAGÓN A., *Elementos de criminalología y ciencia penal*, Popayán, Imprenta del Departamento del Cauca, 1934.
- ARBOLEDA RIPOLL F., *La codificación penal colombiana en el contexto latinoamericano*, in *Nuevo Foro Penal*, Vol. XXXVIII, 1987, p. 439-448.
- ARENAS A. V., *Comentarios al Código Penal Colombiano. Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, II ed., 1968.
- ARENAS A. V., *Comentarios al Código Penal Colombiano. Parte General*, Bogotá, Editorial Temis, IV ed., T. I, 1983.
- ARENAS A. V., *Compendio de derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967.
- BACIGALUPO E., *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge*, in AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, CEDAM, 2005, p. 7-25.
- BACIGALUPO E., *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO E., *Principios de derecho penal. Parte general*, Madrid, Editorial Akal, IV ed., 1997.
- BALDASSARRE P., *Storia scientifica del decennio di preparazione del primo libro del codice penale italiano*, Firenze, Tipografia di L. Niccolai, 1880.

- BALDUZZI R.; SORRENTINO F., voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XL, 1989, p. 1207-1223.
- BARATTA A., *Principios de derecho penal mínimo*, in BARATTA A., *Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam*, Montevideo, Editorial B de F, 2004, p. 299-333.
- BARBERIS M., *Possono governare, le leggi? Il dilemma del rule of law*, in Aa. Vv., *Rule of law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino; V. Villa, Bologna, Società editrice il Mulino, 2016, p. 13-35.
- BARRIENTOS RESTREPO S., *Elementos de derecho penal*, Bogotá, Colección Jurídica Bedout, III ed., 1977.
- BATTAGLINI G., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, III ed., 1949.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Della Raccolta di Cazin, nella strada dei Muratori, Parigi, 1786.
- BELING E., *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires, Librería El Foro, 2002.
- BELING E., *Il significato del principio: "nulla poena sine lege poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, in *La Giustizia Penale*, Vol. XXXVIII, N° 1, Roma, 1931, p. 319-329.
- BELING E., *La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1944.
- BENTHAM J., *Principios de legislación y de codificación*, Madrid, Imprenta de D. Tomas Jordan, T. I, 1834.
- BENTHAM J., *Compendio de los tratados de legislación civil y penal*, Madrid, Librería de la Viuda de Calleja e Hijos, T. I, 1839.
- BENTHAM J., *Compendio de los tratados de legislación civil y penal*, Madrid, Librería de la Viuda de Calleja e Hijos, T. III, 1839.
- BENTHAM J., *Theory of legislation*, London, Trübner & Co., 1864.
- BENTHAM J., *Truth versus Ashhurst; or Law as it is, contrasted with what it is said to be*, in BENTHAM J., *The works of Jeremy Bentham*, a cura di J. Bowring, Edinburgh, Simpkin, Marshall & Co., Vol. V, 1843, p. 230-237.
- BERNAL PULIDO C., *El precedente en Colombia*, in *Revista Derecho del Estado*, Vol. XXI, 2008, p. 81-94.
- BERNARDI A., *All' indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni cost.*, Vol. XXIX, Issue 1, Bologna, il Mulino, 2009, p. 37-64.
- BERNARDI A., *L'Europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXI, T. II, Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2002, p. 461-576.
- BERNATE OCHOA F., *El Código Penal Colombiano de 1890*, in *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. VI, Issue 2, 2004, p. 535-558.
- BERTI F., *Diritto penale e diritto dell'uomo: il garantismo di Gaetano Filangieri*, in AA. Vv., *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di D. IPPOLITO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.
- BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, G. Priulla Editore, V ed. riveduta e aggiornata, 1962.

- BETTIOL G., *El problema penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1995.
- BETTIOL G., *L'efficacia della consuetudine nel diritto penale*, Milano, Società Editrice "Vita e Pensiero", 1931.
- BINDING C., *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Roma, Athenaeum, 1927.
- BOBBIO N., *¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?*, in BOBBIO N., *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 120-136.
- BOBBIO N., *Democracia representativa y democracia directa*, in BOBBIO N., *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 32-51.
- BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, a cura di P. Di Lucia, Milano, Giuffrè Editore, 2006.
- BOBBIO N., *Legalità*, in BOBBIO N.; MATTEUCCI N.; PASQUINO G., *Diccionario de política*, Madrid, Siglo veintiuno editores, T. II, XIII ed., 2002, p. 860-862.
- BOBBIO N., *Sul principio di legittimità*, in BOBBIO N., *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. GRECO, Torino, Giappichelli Editore, 2012, p. 65-77.
- BOSCARELLI M., voce *Nullum crimen sine legge*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 1-5.
- BÖSE M., *La sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, Vol. IV, Pisa, Edizioni ETS, 2009, p. 267-301.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionale* (Vol. I), in BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari; A. Melchionda, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 511-422.
- BRICOLA F., *Teoría general del delito*, Buenos Aires, Editorial B de f, 2012.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. XIX, 1973, p. 7-93.
- CABRAL L., *Ubicación histórica del principio "nullum crimen nulla poena sine lege"*, Buenos Aires, Librería Jurídica Valerio Abeledo, 1958.
- CADOPPI A., *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXVI, T. I (Principio di legalità e diritto penale), Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2007, p. 1161-1201.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli Editore, 2007.
- CADOPPI A., *Perché il cittadino possa "...esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto". Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema de legalità*, in *L'indice penale*, N° 3, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2015, p. 569-598.
- CADOPPI A., *Riflessioni sul valore del precedente nel diritto penale italiano*, in AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, CEDAM, 2005, p. 123-161.
- CADOPPI A.; VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale. Parte generale e Parte speciale*, Padova, CEDAM, III ed., 2007.

- CADOPPI A.; VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, 2004.
- CAIANI L., voce *Analogia*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. II, 1958, p. 348-378.
- CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, Roma, Editori Laterza, 2013.
- CALVI A. A., *Ugo Spirito Criminalista*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. III-IV, T. II, Firenze, Università degli Studi di Firenze, 1974-1975, p. 801-843.
- CAMPBELL A. H., *Fascism and Legality*, in *L. Q. Rev.*, Vol. LXII, Issue 1, Oxford, Sweet & Maxwell, 1946, p. 141-151.
- CANCINO A. J., *Obras completas*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, T. I, 1999.
- CARBONELL MATEU J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo blanch, II ed., 1996.
- CARDENAS P., *La reforma penal*, Bogotá, Editorial Kelly, 1973.
- CARLASSARE L., voce *Principio di legalità*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 1-8.
- CARLASSARE L., voce *Riserva di legge*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 1-14.
- CARMIGNANI G., *Elementi di diritto penale*, Milano, Francesco Sanvito Editore, 1863.
- CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, I fratelli Nistri, T. II, 1831.
- CARNELUTTI F., *L'equità nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, Anno XIII, N° I, Vol. XII, Padova, CEDAM, 1935, p. 105-121.
- CARRARA F., *Opúsculos de derecho criminal*, Bogotá, Editorial Temis, Vol. I, 1976.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte generale*, Lucca, Tipografia Giusti, III ed. con aggiunte, 1867.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. II, XI ed., 1924.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte speciale*, Lucca, Tipografia Giusti, Vol. I, II ed. con aggiunte, 1868.
- CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Vol. I, III ed., 2004.
- CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Editorial Temis, Vol. II, 1989.
- CARRASQUILLA J. F., *Principios y normas rectoras del derecho penal*, Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 1998.
- CATENACCI M., *Il principio di legalità-tipicità fra funzioni di garanzia e rischi di formalismo*, in CATENACCI M., *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Torino, Giappichelli Editore, 2012.
- CATTANEO M., *I principi dell'illuminismo giuridico-penale*, in AA. VV., *I Codici Preunitari e il Codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, CEDAM, 1999, p. 3-37.
- CATTANEO M., *Radici illuministiche del Codice Zanardelli*, in AA. VV., *Il Codice Penale per il Regno d'Italia (1889)*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, CEDAM, 2009, p. XXXIX-XLIII.

- CATTANEO M.A., *Certezza del diritto soltanto sulla carta e pericolo totalitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XLV, N° 4, Milano, Giuffrè Editore, 2015, p. 1354-1357.
- CEREZO MIR J., *Curso de derecho penal español*, Madrid, Editorial Tecnos, VI ed., 2005.
- COMANDUCCI P., *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*, in *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Vol. XXI, Issue 2, Universidad de Alicante, 1998.
- CONCHA J. V., *Tratado de derecho penal y comentarios al Código Penal colombiano*, París, Sociedad de Ediciones Literarias y Artísticas, IV. Ed., s.f.
- CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, Roma, Editori Laterza, Vol. I, VI ed., 2002.
- CONTENTO G., *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Il Foro Italiano*, Vol. CXI, Anno CXIII, Roma, 1988, p. 484-491.
- CORDERO F., voce *Legalità penale*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XXI, 1990, p. 1-6.
- COSSIO C., *El principio “nulla poena sine lege” en la axiología egológica*, in *Bol. acad. cien. pol. soc.*, Caracas, T. XII, 1947, p. 69-119.
- COSSIO C., *La “causa” y la comprensión en el derecho*, Buenos Aires, Juarez Editor, IV ed., 1969.
- CUPELLI C., *Il parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, Vol. VII, Pisa, Edizioni ETS, 2012, p. 535-561.
- DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli Editore, II ed., 2011.
- DE FRANCO R. G., voce *Riserva di legge*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. XVI, 1969, p. 104-111.
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, Vol. I, II ed., 2012.
- DELITALIA G., *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria*, Torino, Accademia delle Scienze, 1966, p. 121-132.
- DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: Il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, N° 2, 2015, p. 11-25.
- DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, N° 1, 2013, p. 159-181.
- DICEY A.V., *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Indianapolis, LibertyClassic, 1982.
- DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, N° I, Bologna, il Mulino, 2008, p. 1-28.
- DOLCINI E., *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: Principi-cardinale dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato?*, in AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, CEDAM, 2005, p. 61-75.
- DRAETTA U., *I principi democratici dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona*, in *Il Federalista*, Vol. L, Issue 2, 2008, p. 108-123.
- DWORKIN R., *El imperio de la justicia*, Barcelona, Editorial Gedisa, II ed., 2012.
- DWORKIN R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, II ed., 1989.
- ECO H., *Los límites de la interpretación*, Barcelona, Editorial Lumen, 1992.

- ENGLISH K., *Introducción al pensamiento jurídico*, Granada, Editorial Comares, 2001.
- ESPOSITO C., *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, T. IV (Diritto pubblico e storia del diritto), Padova, CEDAM, 1950, p. 503-515.
- ESTRADA VÉLEZ F., *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, II ed., 1986.
- ESTRADA VÉLEZ F., *Manual de Derecho Penal. La norma, el delito, el delincuente*, Medellín, Editorial Pequeño Foro, 1972.
- EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, Issue N° 2, 2015, p. 40-45.
- FERNÁNDEZ CARLIER E., *Estructura de la tipicidad penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, III ed., 1999.
- FERRAJOLI L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995.
- FERRAJOLI L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, IV ed., 2004.
- FERRAJOLI L., *Garantismo y Estado de Derecho*, in FERRAJOLI L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FERRAJOLI L., *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, Torino, Gruppo Abele e Edizioni Scientifiche Italiane, 1985, Vol. 3, p. 493-524.
- FERRAJOLI L., *Il paradigma della democrazia costituzionale*, in FERRAJOLI L., *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. IPPOLITO; F. MASTROMARTINO, Napoli, Editorial Scientifica, 2015, p. 41-66.
- FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.
- FERRAJOLI L., *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*, in FERRAJOLI L., *Epistemología jurídica y garantismo*, Ciudad de México, Fontamara, 2004, p. 265-282.
- FERRAJOLI L., *La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria*, in AA. VV., *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, a cura di F. VELÁSQUEZ; R. VARGAS; J. D. JARAMILLO, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p. 15-35.
- FERRAJOLI L., *La democracia a través de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- FERRAJOLI L., *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, in FERRAJOLI L., *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. IPPOLITO; F. MASTROMARTINO, Napoli, Editorial Scientifica, 2015, p. 3-40.
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. II, *Teoría de la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- FERRAJOLI L., *Una rifondazione garantista della separazione dei poteri*, in FERRAJOLI L., *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. IPPOLITO; F. MASTROMARTINO, Napoli, Editorial Scientifica, 2015, p. 67-94.
- FERREIRA DELGADO F., *Teoría general del delito*, Bogotá, Editorial Temis, 1988.
- FERRI E., *Principios de derecho criminal*, Madrid, Editorial Reus, 1933.
- FERRI E., *Sociologia criminale*, Torino, Fratelli Bocca Editori, IV ed., 1900.

- FEUERBACH A. V., *The foundations of Criminal Law and the Nullum Crimen Principle*, in *Journal Int. Crim. Justice*, Vol. 5, Issue N° 4, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 1005-1008.
- FEUERBACH A. V., *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989.
- FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisprudenziale*, in *Criminalia*, Vol. VI, Pisa, Edizioni ETS, 2011, p. 79-98.
- FIANDACA G., *La giustizia penale in bicamerale*, in *Il Foro Italiano*, Vol. CXX, N° 6, Torino, Giappichelli Editore, 1997, p. 161/162-167/168.
- FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, Vol. CXXIII, N° 5, Torino, Giappichelli Editore, 2000, p. 137-145.
- FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXVI, T. I (Principio di legalità e diritto penale), Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2007, p. 1247-1277.
- FIANDACA G.; MUSCO E., *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 2006.
- FILANGIERI G., *La scienza della legislazione. Libro III, Parte I*, Milano, Dalla Società Tipografica dei classici italiani, T. III-A, 1822.
- FILANGIERI G., *La scienza della legislazione. Libro III, Parte II*, Milano, Dalla Società Tipografica dei classici italiani, T. III-B, 1822.
- FILANGIERI G., *La scienza della legislazione. Libro III, Parte II*, Milano, Dalla Società Tipografica dei classici italiani, T. III-C, 1822.
- FILANGIERI G., *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, Napoli, Stamperia di Michele Morelli, 1774.
- FIORE C.; FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, UTET Giuridica, 2008.
- FIORELLA A., voce *Reato*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XXXVIII, 1987, p. 770-816.
- FLORIAN E., *Trattato di diritto penale*, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, IV ed. rinnovata, 1930.
- GAITÁN MAHECHA B., *Curso de derecho penal general*, Bogotá, Ediciones Lerner, 1963.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, Giappichelli Editore, Vol. I, 1999.
- GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, Vol. I, 2014.
- GÁLVEZ ARGOTE C., *Siglo y medio de codificación penal. Las motivaciones reales de los códigos penales colombianos*, in *Nuevo Foro Penal*, Vol. XXXVIII, 1987, p. 449-458.
- GARCÍA MAYNEZ E., *Introducción al estudio del derecho*, México D.F., Editorial Porrúa, XIII ed., 1974.
- GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, Vol. VI, Pisa, Edizioni ETS, 2011, p. 99-124.

- GIMBERNAT ORDEIG E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999.
- GÓMEZ PAVAJEAU C. A.; URBANO MARTÍNEZ J. J., *Delitos contra la vida y la integridad personal*, in AA. VV., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, II ed., 2011
- GÓMEZ PRADA A., *Derecho penal colombiano. Parte General*, Bogotá, Editorial Temis, II ed., 1959.
- GRANATA L., *Compendio di diritto penale italiano. Parte generale*, Roma, Edizione dell'Ateneo, 1953.
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè Editore, 2010.
- GRASSO P., *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione Italiana*, Milano, Giuffrè Editore, 1972.
- GRASSO P., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in AA. VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO e R. SICURELLA, Milano, Giuffrè Editore, 2007.
- GREY J., *Knulier v. Director of Public Prosecutions: A comment*, in *McGill Law Journal*, Montreal, McGill University, Vol. XIX, Issue 1, 1973, p. 130-135.
- GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano. Introduzione e parte prima. Le norme penale sinteticamente considerate*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. I, II ed., 1950.
- GROSSO C. F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, Vol. VI, Pisa, Edizioni ETS, 2011, p. 125-137.
- GROSSO G., *Il valore della legalità*, Pisa, Nistri-Lischi Editori, 1954.
- GROSSO G., *La crisi della legalità*, in *Riv. dir. civ.*, VI, N° 1, Padova, CEDAM, 1960, p. 595-571.
- GUALTIERI G., *Il valore della legge e i fattori pratici della legalità*, Padova, CEDAM, 1939.
- GUASTINI R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1999.
- GUASTINI R., *Legalità*, in AA. VV., *Rule of law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino; V. Villa, Bologna, Società editrice il Mulino, 2016, p. 137-152.
- GUASTINI R., voce *Principio di legalità*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, UTET, Vol. IX, IV ed., 1994, p. 84-97.
- GUASTINI R., voce *Riserva di legge*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, UTET, Vol. IX, IV ed., 1994, p. 163-173.
- GUTIÉRREZ ANZOLA J., *El Código Penal de 1837*, in *Nuevo Foro Penal.*, Vol. XXXVIII, 1987, p. 423-426.
- GUTIERREZ GÓMEZ J., *Comentarios al Código Penal Colombiano*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1940.
- HALL J., *Nulla Poena Sine Lege*, in *Yale LJ*, Vol. XLVII, Issue 2, 1937, p. 165-193.
- HART H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, III ed., 2009.

- HASSEMER W., *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, Vol. II, Pisa, Edizioni ETS, 2007, p. 73-106.
- HIRSCH G., *Verso uno Statodei Giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia*, Vol. II, Pisa, Edizioni ETS, 2007, p. 107-120.
- HOBBS T., *Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1904.
- INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'“epoca dei giudici”*, in *Criminalia*, Vol. VII, Pisa, Edizioni ETS, 2012, p. 285-297.
- IPPOLITO D., *La dimensione politica della questione penale: l'eredità di Montesquieu*, in AA. VV., *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di D. Ippolito, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014
- JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Principios de derecho penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Editorial Suramericana, 1997.
- JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado de derecho penal. Filosofía y ley penal*, Buenos Aires, Editorial Losada, IV ed. actualizada, 1964.
- KAUFMANN A., *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977.
- KELSEN H., *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Editorial Labor, 1934.
- KELSEN H., *Teoría general de las normas*, México, Editorial Trillas, 1994.
- KELSEN H., *Teoría pura del derecho*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- LAINGUI A., *Il diritto penale della rivoluzione francese e dell'Imperio*, in AA. VV., *I Codici Preunitari e il Codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, CEDAM, 1999, p. 38-53.
- LARENZ K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994.
- LICCI G., *Figure del diritto penale. Lineamenti di una introduzione al sistema punitivo italiano*, Torino, Giappichelli Editore, 2008.
- LICCI G., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, Giappichelli Editore, 2006.
- LOCKE J., *Two treatises of government*, London, Whitmore and Fenn, Charing Cross, 1821.
- LOMBARDI G., voce *Legalità e legittimità*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. IX, 1968, p. 577-582.
- LONDOÑO BERRÍO H. L., *Sistemas punitivos y derechos humanos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2016.
- LÓPEZ MEDINA D., *El derecho de los jueces, Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, Editorial Legis, II ed., 2006.
- LOZANO Y LOZANO C., *Elementos de derecho penal*, Bogotá, Ediciones Lerner, II ed., 1961.
- LUPO N.; PICCIRILLI G., *The Relocation of the Legality Principle by the European Courts' Case Law*, in *EuConst*, Vol. XI, Issue N° 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 55-77.

- MAGGIORE G., *Derecho penal*, Bogotá, Editorial TEMIS, Vol. I, 1985.
- MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, Vol. XI, 1939, p. 140-161.
- MAGGIORE G., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, Vol. I, II ed. riveduta e ampliata, 1937.
- MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Lavis, Wolter Kluwers Italia, CEDAM, III ed., 2015.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, VI ed., 2009.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. I, Nuova edizione completamente aggiornata, 1948.
- MARAT J. P., *Principios de legislación penal*, Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1891.
- MARINI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XXVIII, 1978, p. 950-960.
- MARINUCCI G., voce *Consuetudine*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. IX, 1961, p. 502-513.
- MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Diritto penale. Parte general*, Milano, Giuffrè Editore, 2002.
- MARINUCCI G.; DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, IV ed. ristampa con addenda integrata, 2012.
- MAYER M. E., *Derecho penal. Parte general*, Montevideo, Editorial B de F, 2007.
- MCKECHENIE W. S., *Magna Carta. A commentary on the Great Charter of King John*, Glasgow, James Maclehose and Sons, II ed., 1914.
- MESA VELÁSQUEZ L. E., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 1962.
- MEZZETTI E., *L'internazionalizzazione della legge penale*, in RONCO M., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, Zanichelli Editore, II ed., 2010, p. 133-210.
- MIR PUIG S., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Editorial Reppertor, IX ed., 2011.
- MIR PUIG S., *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1994.
- MOCCIA S., *Diritto giurisprudenziale, legislazione e principio di legalità nel mondo di common law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Anno XLII, N° 3, Milano, Giuffrè Editore, 1988, p. 897-912.
- MOCCIA S., *El derecho penal entre ser y valor*, M Montevideo, Editorial B de F, 2003.
- MOCCIA S., *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- MOCCIA S., *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di Diritto*, in *Criminalia*, Vol. VII, Pisa, Edizioni ETS, 2007, p. 299-304.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, T. I, 1906.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, T. II, 1906.

- MONTIEL J. P., *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, Universidad de los Andes, 2011.
- MUÑOZ CONDE F.; GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo blanch, VII ed., 2007.
- NUVOLONE P., *Brevi note metodologiche in tema di scienza del diritto penale*, in NUVOLONE P., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1969, p. 207-211.
- NUVOLONE P., *Delitto e pena nel pensiero di G. D. Romagnosi*, in NUVOLONE P., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1969, p. 350-355.
- NUVOLONE P., *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale*, in *La Scuola Positiva*, Anno LXVI, 1956, p. 237-248.
- NUVOLONE P., *Le leggi penali e la costituzione*, Milano, Giuffrè Editore, 1953.
- NUVOLONE P., *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in NUVOLONE P., *Ultimi scritti (1981-1985)*, a cura di M. PISANI, Padova, CEDAM, 1987, p. 171-180.
- NUVOLONE P., *Legalità, giustizia e difesa sociale*, in NUVOLONE P., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1969, p. 446-455.
- NUVOLONE P., *Norme penali e principi costituzionali*, in NUVOLONE P., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1969, p. 678-695.
- PADOVANI T., *Cesare Beccaria come classico del pensiero penalistico*, in *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione. La lezione di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè Editore, 2015. 39 p.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, V ed., 1999.
- PAGANO M., *Considerazioni sul processo criminale*, Milano, Tipografia Milanese di Tosi e Nobile, 1801.
- PAGLIARO A., *Legge penale*, in *Il diritto penale fra norma e società, Scritti 1956-2008*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. III, 2009, p. 321-340.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, VIII ed., 2003.
- PAGLIARO A., *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Il diritto penale fra norma e società, Scritti 1956-2008*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. III, 2009, p. 289-302.
- PAGLIARO A., *Sommario del diritto penale italiano. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2001.
- PAGLIARO A., voce *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XXIII, 1973, p. 1040-1053.
- PAJNO S., *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, N° II, Bologna, il Mulino, 2005.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, II ed., 2006.

- PALAZZO F., *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, LII, N° 3, Milano, Giuffrè Editore, 2009, p. 1033-1061.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, CEDAM, 1979.
- PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 1999.
- PALAZZO F., *La legalidad penal en la Europa de Amsterdam*, in *Revista de Derecho Penal*, N° 3, 1999, p. 36-41.
- PALAZZO F., *La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris*, in *Revista de Derecho Penal*, N° 25, 2010, p. 104-116.
- PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 1-11.
- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXVI, T. I (Principio di legalità e diritto penale), Firenze, Università degli Studi di Firenze, 2007, p. 1279-1329.
- PALAZZO F., *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium iuris*, N° 3, Padova, CEDAM, 1996, p. 276-283.
- PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini; C. E. Paliero, Milano, Giuffrè Editore, 2006, Vol. I, p. 515-538.
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. I, III ed. completamente rielaborata, 1962.
- PAPA M., *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il "diritto vivente" tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1989, N° I-1, p. 29-45.
- PECORARO-ALBANI A., *Riserva di legge-Regolamento-Norma penale in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano, Giuffrè Editore, 1959, p. 811-821.
- PÉREZ L. C., *Derecho penal. Parte general y especial*, Bogotá, Editorial Temis, T. I, 1981.
- PÉREZ L. C., *Manual de derecho penal. Partes general y especial*, Bogotá, Editorial Temis, VI ed., 1977.
- PÉREZ L. C., *Tratado de derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, T. I, 1967.
- PÉREZ PINZÓN Á. O., *Algunas notas sobre el principio de legalidad*, in AA. VV., *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, a cura di J. E. VALENCIA, Bogotá, Editorial Temis, 1987, p. 93-108.
- PESSINA E., *Elementos de derecho penal*, Madrid, Hijos de Reus Editores, II. ed., 1913.
- PETROCELLI B., *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in PETROCELLI B., *Saggi di diritto penale. Seconda serie*, Padova, CEDAM, 1965, p. 188-194.
- PETROCELLI B., *Norma penale e regolamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano, Giuffrè Editore, 1959, p. 369-379.
- PETROCELLI B., *Principi di diritto penale*, Padova, CEDAM, Vol. I, 1943.
- PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, Vol. IX, Pisa, Edizioni ETS, 2014, p. 167-183.

- PINO G., *Legalità penale e rule of law*, in PINO G.; VILLA V., *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, Società editrice il Mulino, 2016, p. 177-233.
- PISAPIA G. D., *Istituzioni di diritto penale. Parte generale e speciale*, Padova, CEDAM, 1965.
- PLATON, *Teeteto o de la ciencia*, in Platon, *Obras completas*, Madrid, Editorial Aguilar, 1972, p. 918.
- POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones de Colombia*, Bogotá, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, T. II, 1951.
- POMBO M. A.; GUERRA J. J., *Constituciones de Colombia*, Bogotá, Imprenta de Echeverría Hermanos, 1892.
- POPPER K. R., *The Open Society and Its Enemies*, Vol. I (*The Spell of Plato*), London, Routledge & Kegan Paul LTD, III ed., 1957.
- POSADA MAYA R., *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Editorial Ibañez, Universidad de los Andes, T. II, 2015
- PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, LVIII, N° 1, Milano, Giuffrè Editore, 2015, p. 29-58.
- PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, VI ed., 2015.
- PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, N° 2, 2015, p. 46-54.
- PULITANÒ D., *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, CEDAM, 2005, p. 27-43.
- QUIJANO A., *Ensayo sobre la evolución del derecho penal en Colombia*, Bogotá, Imprenta y Librería de Medardo Rivas, 1898.
- RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, a cura di R. GUERRINI, Torino, Giappichelli Editore, V ed., 2015.
- RANIERI S., *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, T. I, 1975.
- RECASENS SICHES L., *Tratado general de filosofía del derecho*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, XIX ed., 2008.
- RESTREPO PIEDRAHITA C., *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, III Ed., 2003.
- RESTREPO PIEDRAHITA C., *Primeras constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, II Ed., 1996.
- REYES ECHANDÍA A., *Derecho Penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, XI ed., 1987.
- REYES ECHANDÍA A., *Obras completas*, Bogotá, Editorial Temis, T. I, 1998.
- ROCCO A., *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, Buenos Aires, B de F, 2001.
- ROCCO A., *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Prato, Tipografia Giachetti, 1904.
- ROMAGNOSI G., *Assunto primo della scienza del diritto naturale*, Pavia, Presso Pietro Bizzoni, 1827.
- ROMAGNOSI G., *Genesi del diritto penale*, Milano, Per Francesco Sanvito, 1857.
- ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, II ed. rinnovata ed ampliata, 2013.

- ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, LI, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 538-558.
- ROMERO SOTO L. E., *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, Vol. I, 1969.
- ROMERO SOTO L., *El Código Penal de 1837: marco histórico de su vigencia*, in *Nuevo Foro Penal.*, Vol. XXXVIII, 1987, p. 413-422.
- RONCO M., *Il principio di legalità*, in RONCO M., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, Zanichelli Editore, II ed., 2010, p. 1-132.
- ROSSI P., *Trattato di diritto penale*, Milano, Per Borroni e Scotti, 1852.
- ROUSSEAU, *The Social Contract & discourses*, London, J. M. Dent & Sons, 1923.
- ROZO ROZO J., *Comentarios de derecho penal general*, Bogotá, Universidad Santo Tomas, 1978.
- SALMONI F., *Legalità (costituzionale) e forma di Stato: aspetti teorici e profili pratici di due concetti apparentemente in crisi*, in *Riv. Dir. Cost.*, N° 9, Torino, Giappichelli Editore, 2004, p. 108-142.
- SAMPER J.M., *Derecho público interno en Colombia. Comentario científico de la Constitución de 1886*, Bogotá, Imprenta de “La Luz”, T. II, 1886.
- SCARANO L., *I rapporti di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1942.
- SCOGNAMIGLIO M., *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Salerno, Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Diritto Pubblico Generale e Teoria delle Istituzioni, Sezione di Teoria Generale del Diritto, Quaderni N° 1, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ J-M., *Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica*, in *Revista de Derecho Penal*, N° 13, 2004, p. 138-150.
- SILVA SÁNCHEZ J-M., *Sobre la “interpretación teleológica en el Derecho Penal*, in AA. VV., *Estudios de filosofía de derecho penal*, a cura di M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO; J. A. GARCÍA AMADO, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 365-395.
- SINISCALCO M., *Ratio di “certezza” e ratio di “garanzia” nella riserva di legge dell’art. 25, comma 2, della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1969, Anno XIV, N° 3, p. 993-999.
- SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, raccolte da E. RINALDI, Torino, Giappichelli Editore, 2001.
- SOTIS C., *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione Europea*, in *Cass. Pen.*, N° 3, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p. 326-346.
- SPIRITO U., *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Firenze, G. C. Sansoni Editore, III ed., 1974.
- TAMAYO JARAMILLO J., *Manual de hermenéutica jurídica*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2013.
- THORPE F. N., *A short constitutional history of the United States*, Boston, Little Brown and Company, 1921.

- THORPE F. N., *The Federal and State Constitutions. Colonial Charters, and others Organic Laws of the States, Territories, and Colonies now or heretofore forming The United States of America*, Washington D.C., Government Printing Office, Vol. I, 1909.
- THORPE F. N., *The Federal and State Constitutions. Colonial Charters, and others Organic Laws of the States, Territories, and Colonies now or heretofore forming The United States of America*, Washington D.C., Government Printing Office, Vol. I-VII, 1909.
- TRAPANI M., *Cesare Beccaria y la interpretación de la ley penal. La creación judicial de la norma penal y su control político*, in AA. VV., *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, a cura di F. VELÁSQUEZ; R. VARGAS; J. D. JARAMILLO, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p. 93-193.
- TRAPANI M., *Consideraciones sobre la legitimación y los límites del derecho penal*, in AA. VV., *Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, a cura di D. ARAQUE, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, p. 755-777.
- TRAPANI M., voce *Legge penale*, in *Enc. giu.*, Roma, Treccani, Vol. XVIII, 1990, p. 1-13.
- URIBE VARGAS D., *Las Constituciones de Colombia*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, T. II, 1977.
- URIBE VARGAS D., *Las Constituciones de Colombia*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, T. I, 1977.
- VÁSQUEZ ABAD A. M., *Tratado de Derecho Penal Colombiano*, Medellín, Ediciones “Universidad Pontificia Bolivariana”, 1948.
- VASSALLI G., voce *Analogia del diritto penale*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. I, 1968, p. 607-611.
- VASSALLI G., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, UTET, Vol. I, IV ed., 1987, p. 158-172.
- VASSALLI G., voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, Vol. XI, 1965, p. 493-506.
- VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, UTET, Vol. VIII, IV ed., 1994, p. 278-332.
- VASSALLI G., voce *Tipicità*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, Vol. XLIV, 1992, p. 535-543.
- VELÁSQUEZ F., *Beccaria y los límites al derecho de castigar*, in AA. VV., *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, a cura di F. VELÁSQUEZ; R. VARGAS; J. D. JARAMILLO, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p. 337-365.
- VELÁSQUEZ F., *Consideraciones sobre los principios rectores de la ley penal colombiana*, in *Nuevo Foro Penal*, Vol. XXI, 1983, p. 609-635.
- VELÁSQUEZ F., *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.
- VELÁSQUEZ F., *Derecho penal. Parte general*, Medellín, Librería Jurídica Comlibros, IV ed., 2009.

- VELÁSQUEZ F., *El derecho penal colombiano y la ley importada*, in *Nuevo Foro Penal.*, Vol. XXXVIII, 1987, p. 427-438.
- VELÁSQUEZ F., *El principio de legalidad jurídicopenal*, in *Nuevo Foro Penal*, Vol. XXXII, 1986, p. 252-269.
- VELÁSQUEZ F., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017.
- VELÁSQUEZ F., *La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia*, in *Cuad. der. pen.*, Vol. VI, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2012, p. 153-172.
- VELÁSQUEZ F., *La jurisprudencia como fuente formal del derecho penal. Prevaricato por desconocimiento del precedente judicial*, in *Cuad. der. pen.*, Vol. IX, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2013, p. 143-179.
- VINCIGUERRA S., *Dal Codice Zanardelli al Codice Rocco. Una panoramica sulle ragioni, il metodo e gli esiti della sostituzione*, in AA. VV., *Il Codice Penale per il Regno d'Italia (1930). Codice Rocco*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, CEDAM, 2009, p. XI-XXXVIII.
- VINCIGUERRA S., *Le leggi penali regionali. Ricerca sulla controversa questione*, Milano, Giuffrè Editore, 1974.
- VON LISZT F., *The Rationale for the Nullum Crimen Principle*, in *Journal Int. Crim. Justice*, Vol. V, Issue 4, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 1009-1013.
- VON LISZT F., *Tratado de derecho penal*, Madrid, Editorial REUS, 1927.
- WOLFFHÜGEL C., *La jurisprudencia como fuente formal del derecho penal. Prevaricato por desconocimiento del precedente judicial*, in *Cuad. der. pen.*, Vol. IX, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2013, p. 170-179.
- YACOBUCCI G., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.
- YACOBUCCI G., *La deslegitimación de la potestad penal. La crítica al poder sancionador del Estado*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.
- ZAFFARONI E., *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 1998.
- ZAFFARONI E., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, T. I, 1998.
- ZAFFARONI E., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, T. II, 1987.
- ZAFFARONI E.; ALAGIA A.; SLOKAR A., *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, II ed., 2002.
- ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, X ed., 2011.
- ZAGREBELSKY V., *Cesare Beccaria e la natura della legge, in Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione. La lezione di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè Editore, 2015. 49 p.

ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, Vol. VII, Pisa, Edizioni ETS, 2012, p. 315-327.

Leyes y trabajos preparatorios:

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, SECRETARÍA GENERAL, *Exposición de motivos de la lista nacional Alianza Democrática M-19*, Proyecto N°. 50, 7 de marzo de 1991.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, SECRETARÍA GENERAL, *Ponencia de la Subcomisión segunda de la comisión primera frente al proyecto de nueva carta de derechos, deberes, garantías y libertades*, 11 de abril de 1991.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, SECRETARÍA GENERAL, *Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia*, Proyecto N°. 84, 8 de marzo de 1991.

Codice criminale e di procedura criminale per gli Stati Estensi, Modena, Eredi Soliani Tipografi Reali, 1855.

Codice penale dei crimini, dei delitti e delle contravvenzioni colle ordinanze sulla competenza dei giudizi penali, e col regolamento sulla stampa del 27 maggio 1852 per l'impero d'Austria, Vienna, Stamperia di Corte e di Stato, 1853.

Codice penale e di procedura penale, Milano, Ulrico Hoepli Editore-Libraio della Real Casa, III ed., 1908, p. 5.

Codice penale pel Granducato di Toscana del 20 giugno 1853, Ministero de Grazia e Giustizia, p. 3.

Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, Parma, Dalla Reale Tipografia, 1850.

Codice penale per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna, Torino, Stamperia Reale, 1839.

Codice penale per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna, Torino, Stamperia Reale, 1859.

Codice per lo regno delle due Sicilie, Parte Seconda (Leggi penali), Napoli, Real Tipografia del Ministero di Stato della Cancelleria Generale, 1819.

Código Penal (Ley 95 de 1936), editado, concordado y anotado por José Antonio Archila, Bogotá, Editorial Cromos, 1938.

Código penal colombiano, sexta edición dirigida por Eduardo Rodríguez Piñeres, Bogotá, Librería Colombiana Camacho Rondan y Cia S.A. y Librería Americana Concha y Michelsen, 1934.

Código Penal de los Estados Unidos de Colombia (Lei 112 de 26 de junio de 1873), por el Congreso de 1873, Bogotá, Imprenta de Medardo Rivas, 1873.

Código Penal del Estado Soberano de Antioquía, espedido por la lejislatura de 1867, Bogotá, Imprenta de Ortiz Malo, 1868.

Código Penal del Estado Soberano de Bolivar, Bogotá, Imprenta de Medardo Rivas, 1878.

Código Penal del Estado Soberano de Bolivar, espedido por la Asamblea Lejislativa en las sesiones de 1861 i 1862, Cartagena, Imprenta de Ruiz e Hijo, 1862.

- Colección de las leyes i decretos espedidos por el Congreso constitucional de la Nueva Granada en el año de 1837*, Bogotá, Imprenta de Jose Antonio Cualla, 1837.
- COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DELLE LEGGI PENALI, *Progetto preliminare di Codice Penale Italiano per i delitti. Relazione del Presidente Enrico Ferri*, Libro I, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1921.
- Constitución del Estado libre de Neiva, revisada en el año de 1815*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.
- Constitución democrática de la nación española, promulgada el día 6 de junio de 1869*, Madrid, Imprenta de «El Impacial», 1869.
- Constitución política de la monarquía española, promulgada en Cádiz á 19 de marzo de 1812*, Cádiz, Imprenta Real, 1812.
- Los doce codigos del Estado de Cundinamarca*, Bogotá, Imprenta de Echeverría Hermanos, T. III, 1859.
- MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale, Progetto definitivo di un nuovo Codice Penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Vol. V, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929.
- Progetto del Codice penale allegato alla legge 22 novembre 1888 con le modificazioni proposte dalla Sottocommissione e dalla Commissione di revisione e col testo definitivo*, Roma, Stamperia Reale, 1889.
- Proyecto de Código penal para Colombia, tomado con las variaciones necesarias, del que se presentó a las cortes españolas por una comisión en el año 1821*, Bogotá, Imprenta de la República, 1823.
- Proyecto de Código penal para la República de la Nueva Granada, acordado por el Consejo de Estado el año de 1833 para presentarlo al Congreso en sus próximas sesiones*, Bogotá, Imprenta de Nicomedes Lora, 1833.
- Proyecto de ley sobre código penal y exposición de motivos de dicho proyecto presentados al gobierno por la misión penal*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1927.