

ALARCÓN BOYACÁ, MÓNICA, "Aproximación a la situación actual del principio de legalidad penal", *Nuevo Foro Penal*, 102, (2024).

Aproximación a la situación actual del principio de legalidad penal¹

Approximation to the current situation of the principle of criminal legality.

Fecha de recibo: 09/11/2023. Fecha de aceptación: 12/03/2024.

DOI: 10.17230/nfp20.102.4

MÓNICA YOHANA ALARCÓN BOYACÁ*

Resumen

El principio de legalidad ha desatado interesantes discusiones a lo largo de la historia, particularmente en la dogmática penal. Algunos sectores apuntan a una real situación de crisis desde los años ochenta y, más claramente, a partir de la década de los noventa del siglo XX. Se plantea la posibilidad de una crisis porque se han devaluado los fundamentos y garantías del principio de legalidad tradicionalmente inherentes a este. Se identifican algunas causas de esta crisis, los desafíos que enfrenta el principio, los factores que inciden en esta situación y las consecuencias descritas por la doctrina mayoritaria de la también denominada "crisis de la ley". En síntesis, el ideal liberal del principio de legalidad está en riesgo de ser reemplazado o sustituido por las exigencias del actual Derecho penal moderno. Por lo anterior, se sugiere recordar los fundamentos y las prohibiciones del principio de legalidad penal; así mismo, se sostiene la necesidad de reivindicar una técnica legislativa más depurada y planificar una política criminal compatible con los valores constitucionales y los principios básicos del Derecho penal.

1 Este trabajo se ha elaborado en el marco del programa de Doctorado "Gestión y Resolución de Conflictos. Menores, Familia y Justicia terapéutica" de la Universidad de Vigo (España).

* Docente de Derecho penal de la Universidad Santo Tomás. Doctoranda de la Universidad de Vigo (España). Socia de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP). Correo electrónico: monicaalarcon@ustavillavicencio.edu.co.

Palabras clave

Principio de legalidad, Estado de derecho, crisis de la legalidad, modernidad jurídica, inflación normativa, globalización del Derecho penal, discrecionalidad judicial.

Abstract

The principle of legality has raised interesting discussions throughout history, particularly in criminal doctrine. Some sectors point to a real crisis situation since the 80's, and, more clearly, since the 90's. The possibility of a crisis is due to the devaluation of foundations and guarantees traditionally inherent to the principle of legality. This paper identifies some causes of this crisis, the challenges that are faced by the principle of legality, the factors affecting this situation, and the consequences described for the most part by the doctrine of the so-called "crisis in Law". In short, the liberal ideal of the principle of legality is at risk of being replaced or substituted by the demands of modern criminal law. Therefore, it is suggested to bring back the foundations and prohibitions of the principle of criminal legality. Likewise, it is presented the need to demand a more refined legislative technique, and to plan a criminal policy compatible with constitutional values and the basic principles of criminal law.

Keywords

Principle of legality, rule of law, crisis of legality, legal modernity, normative inflation, globalization of criminal law, judicial discretionality.

Sumario

1. Breve aproximación al origen, fundamento y concepto del principio de legalidad. 2. El principio de legalidad como fundamento del Derecho penal del Estado de derecho. 3. Cuestionamientos históricos del principio de legalidad penal. 4. Situación actual del principio de legalidad. 5. De la vieja a la nueva crisis del principio de legalidad. 5.1. Coincidencia de la reiterada crisis de legalidad con otras ramas. 5.2 Factores que inciden en la crisis de la ley. 5.3. Desafíos que enfrenta el principio legalidad penal. 5.4. Manifestaciones concretas de la crisis de legalidad. 6. Consecuencias derivadas de la crisis del principio de legalidad penal. 6.1. Inseguridad jurídica. 6.2. Discrecionalidad judicial. 6.3. Reemplazo o sustitución de la idea liberal de legalidad. 7. Observaciones finales y sugerencias para afrontar la crisis del principio de legalidad. Bibliografía.

1. Breve aproximación al origen, fundamento y concepto del principio de legalidad

Parece oportuno comenzar nuestro análisis sobre el principio de legalidad recordando la historia conocida como "Hay jueces en Berlín", que se sitúa entre el

relato verídico, la leyenda y la fábula. Según este relato, Federico II, rey de Prusia y símbolo del despotismo ilustrado, quien había construido su palacio en Potsdam, estaba enojado porque en las cercanías a su palacio había un molino que, al rotar sus aspas, perturbaba el silencio y la tranquilidad de su mansión. El monarca hizo generosas ofertas de compra al dueño del molino, para su posterior demolición. Sin embargo, dichas ofertas fueron rechazadas por el humilde molinero. Federico II conminó a éste para que las aceptara o, de lo contrario, dictaría un decreto de expropiación. A lo que el molinero le contestó: “Sire, es gibt noch Richter in Berlin!” (¡Majestad, aún hay jueces en Berlín!). El resultado de la disputa entre el rey y el molinero fue que los jueces acabaron por fallar a favor del último, disponiendo que el rey no tenía prerrogativa para expropiar sólo por un capricho personal. Federico II levantó la mirada y dijo: “Me alegra comprobar que todavía hay jueces en Berlín”. Saludó al molinero y se retiró muy satisfecho por el funcionamiento institucional de su país².

A partir de esta leyenda es posible realizar algunas reflexiones sobre la importancia de la ley y el surgimiento del Estado de derecho. Es preciso resaltar la valentía del humilde campesino que se siente protegido por el Derecho y la actitud coherente y prudente del rey Federico II, quien al final se siente satisfecho del funcionamiento institucional de su país y corrige y deja de lado su capricho personal asentado en privilegios y prerrogativas regias.

Sobre el concepto de “legalidad” cabe señalar que algunos comentaristas lo postulan como norma, otros lo consideran una regla y la doctrina mayoritaria³ defiende su carácter de principio incorporado incluso como Derecho Humano⁴.

2 Fernando Santa Cecilia García, “Crisis del Principio de legalidad en materia penal”, *Revista Principios del Derecho*, n°1, (2014): 265-292.

3 En este sentido, Alexy sostiene que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas o reales existentes, por lo tanto, los principios son “mandatos de optimización”. La anterior presupone la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción de los principios dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas y fácticas. El cumplimiento de los principios debe tener lugar “en la mayor medida posible”, luego el principio exige la optimización del grado de cumplimiento al concurrir con otras normas del sistema. “La optimización se regula a partir de un deber ser ideal al que debe tender la aplicación del principio que marca el horizonte de la mayor medida posible”. Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2.ª ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 86 y ss.

4 En este sentido, es preciso advertir que el principio de legalidad penal ha sido aceptado como un Derecho humano en diversos tratados internacionales. Fue primero reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 11.2, el cual se declara que: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

En este contexto, para realizar algunas precisiones, identificamos que las normas responden a cierta estructura lógica, donde la proposición jurídica está constituida por un supuesto y una consecuencia jurídica. En contraste, los principios carecen de supuesto de hecho y están expresados en forma de enunciados jurídicos. En este sentido, a efectos de la presente investigación, le daremos a la “legalidad” un tratamiento de principio, no solo por lo previamente expuesto, sino de acuerdo con la doctrina mayoritaria, debido a su importancia y a la función que desempeña en el ordenamiento jurídico.

El principio de legalidad de los delitos y las penas venía implícito ya desde los postulados de Beccaria⁵ en 1764. Como señala el profesor Luzón Peña, este principio fue expresado por Feuerbach⁶ en el enunciado “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que significa “no hay delito ni pena sin ley” y que tiene su origen en la filosofía liberal de la Ilustración (expresada en la teoría rousseauiana del contrato social y la idea de división de poderes de Montesquieu)⁷. El proceso de monopolización del poder de castigar por parte del Estado se encamina a evitar la realización arbitraria del propio Derecho, la justicia privada, la venganza y la violencia ilegítima⁸.

5 “‘Toda pena que no se derive de la absoluta necesidad es tiránica’. Consultando el corazón humano encontramos en él los principios fundamentales del verdadero Derecho que tiene el soberano para castigar los delitos, porque no puede esperarse ventaja durable de la política moral cuando no está fundada sobre los sentimientos indelebles del hombre... Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto del celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”. Cesare Beccaria. *De los delitos y las penas*. Traducido por. (Madrid: Alianza, 2014), 28.

6 Para Feuerbach, el principio de legalidad era una consecuencia inmediata de su teoría de la pena, entendida como “coacción psicológica”. La pena ejerce una coacción psicológica en los ciudadanos que los disuade de la comisión de delitos, pero, para que aquella pueda desempeñar esa función, es necesario que se describan previamente en la ley las conductas prohibidas y las penas con las que se castigarían las conductas delictivas. Sin esa previa descripción legislativa, el potencial delincuente no podría saber si su conducta estaba prohibida de antemano y, por consiguiente, la pena no daría lugar a una coacción psicológica para nadie. Rosario De Vicente Martínez. *El principio de legalidad penal*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 19 y ss.

7 Diego-Manuel Luzón Peña. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), y ss.

8 Fernando Santa Cecilia García. “Crisis del Principio de legalidad en materia penal”, 267 y ss.

El principio de legalidad en el Estado de derecho⁹ constituye indiscutiblemente el pilar fundamental para el reconocimiento de las garantías y libertades inherentes de los ciudadanos y ciudadanas. En este sentido, la ley es la justificación ideológica y material del Estado de derecho, la cual implica la limitación de poder y, por consiguiente, el respeto del Derecho a la libertad. La doctrina liberal, en el marco de la Ilustración y, de forma específica, por la influencia de la Revolución francesa, puso de relieve la importancia de la ley como principal instrumento para controlar la actividad del Estado¹⁰. Al respecto, Santa Cecilia García¹¹ sostiene que el principio de legalidad constituye la base común sobre la cual se asienta el genuino Estado de derecho, tal como lo proclama la Constitución española¹² y, así mismo, la Constitución colombiana¹³.

Sobre una aproximación a la definición de legalidad, Del Hierro sostiene que es una forma manifestativa del Derecho, ya que éste se expresa a través de las normas, es decir, es el sistema normativo¹⁴. Por su parte, Islas Montes indica que la legalidad se opone a los actos que estén en contra de la ley, o bien a los actos no autorizados por la ley y aquéllos no regulados completamente por ésta. En su análisis, Islas Montes propone una bifurcación del principio, según la cual éste tiene un aspecto dinámico, donde las autoridades actúan conforme a lo establecido en

9 A finales del siglo XVIII surgió este modelo de Estado, como una reacción a los abusos cometidos por las monarquías del Estado absoluto. Aquel modelo se consolidó a lo largo de todo el siglo XIX y, desde entonces, permanece vigente hasta nuestros días. El Estado de Derecho respondió al movimiento filosófico de la Ilustración y representa el triunfo del liberalismo frente al absolutismo y el despotismo ilustrado. Este modelo estatal corresponde al Estado que está sometido al Derecho, es decir, al Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste, así, fundamentalmente en el “imperio de la ley”. Derecho y ley son entendidos, en este contexto, como expresión de la “voluntad general”. Sobre este tema véase Diego García Ricci. *Estado de Derecho y principio de legalidad*. 2.^a ed. Colección de textos sobre Derechos Humanos (México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015), 23-24.

10 Jonás Eduardo Aponte Arcila, “Crisis del principio de legalidad: discusión recurrente pero necesaria en América Latina”, *Revista de Políticas y Problemas Públicos* I, n°14 (2022), 96 y ss.

11 Fernando Santa Cecilia García, “Crisis del Principio de legalidad en materia penal”, 66 y ss.

12 Artículo 1.1. de la Constitución Española: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Art. 9.3.: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

13 Art 29 de la Constitución colombiana: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las normas propias de cada juicio”.

14 José Luis Del Hierro, “Legitimidad y legalidad”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, n°4 (2013): 179-184.

la ley (es decir, un enfoque en la competencia) y un aspecto estático, donde la ley establece lo que debe realizarse¹⁵. En este mismo sentido, algunos autores fraccionan el principio en dos: por un lado, la norma como único fundamento de todo acto jurídico (descriptivo) y, por otro, la ley como controladora de las actuaciones de los funcionarios (justificativo)¹⁶.

A su vez, García Ricci sostiene que la división de poderes supone una primacía del poder legislativo frente a los demás. Sin embargo, dicho poder actúa limitado por la Constitución y por los tribunales encargados de la aplicación de ésta, como lo son los tribunales constitucionales¹⁷. En consecuencia, todos los restantes poderes del Estado están sometidos al legislativo y este poder a la Constitución Política¹⁸.

En relación con las bases del principio de legalidad, la doctrina mayoritaria acuerda, de forma pacífica, que éste tiene una doble fundamentación: por un lado, un fundamento político y, por otro, un fundamento político criminal. Posteriormente, se han identificado otros criterios para establecer un fundamento del principio de legalidad distinto al que en su origen le dio Binding, ya sea fundamentando el principio de legalidad en el principio de culpabilidad, o bien en la idea de seguridad jurídica o en la previsibilidad de la reacción estatal como elemento fundamental del ideal de seguridad jurídica¹⁹. En este mismo sentido, Roxin diferencia entre una justificación jurídico-política y una jurídico-penal, dividiendo ambas en dos componentes distintos de legitimación: por un lado, el liberalismo político, la democracia y la división de poderes, y, por otro lado, la prevención general y el principio de culpabilidad²⁰.

Cada fundamento del principio de legalidad ha traído consigo el reconocimiento de unas garantías para los ciudadanos. Así, el fundamento político democrático se asegura con la separación de poderes y su espíritu liberal y la prohibición para el ejecutivo y el judicial de crear delitos y penas. A su vez, el fundamento político criminal se garantiza con la prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos, así

15 Roberto Islas Montes, "Sobre el principio de legalidad", *Revista Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2009): 97-108.

16 Islas Montes, "Sobre el principio de legalidad", 97-108.

17 Diego García Ricci. *Estado de Derecho y principio de legalidad*, 23 y ss.

18 Francisco Rubio Llorente, "El Principio de Legalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39 (1993): 9-42.

19 Rosario De Vicente Martínez, "El principio de legalidad penal ¿en periodo de rebajas?". En *Legalidad y Defensa. Garantías constitucionales del Derecho y la justicia penal*. Dir. Cuéllar Serrano, Nicolás González y Demetrio Crespo. (Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015), 114 y ss.

20 Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General* (Madrid: Civitas, 1997), 144.

como a través de la exigencia de que las prohibiciones penales se establezcan con la máxima precisión, es decir, con certeza y taxatividad. Finalmente, el fundamento tutelar del ciudadano frente al poder del Estado impide que pueda ser invocado el principio de legalidad para excluir intervenciones legales *in bonam partem*. Por eso, resulta legítima la analogía a favor del reo y la aplicación retroactiva de las leyes penales más favorables. De ello se deriva la prohibición del castigo de la misma conducta más de una vez (*non bis in ídem*)²¹.

2. El principio de legalidad como fundamento del Derecho penal del Estado de derecho

El principio de legalidad de los delitos y las penas propuesto por Beccaria y, posteriormente, formulado en latín por el penalista alemán Feuerbach, con el muy mencionado y conocido enunciado "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", se convirtió en el principio que fundamenta el Derecho penal del Estado de derecho²². Sin embargo, encontramos que, por razones que intentaremos describir más adelante, este principio, al igual que otros limitadores del *ius puniendi* —como los principios de lesividad, ofensividad, fragmentariedad, culpabilidad y proporcionalidad—, han sido afectados por algunos factores sociales y políticos.

En cuanto al principio de legalidad, en materia penal parece acertado reiterar el postulado del profesor Roxin, al considerar que un Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también de éste mismo. Lo anterior quiere decir que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, con el fin de que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria y excesiva del "Estado Leviatán". Frente a esto, el principio de legalidad sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable, sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva²³.

Indiscutiblemente, la legalidad es uno de los principios fundamentales del Derecho penal moderno en los países europeos y latinoamericanos²⁴. Navarro Dolmestch afirma que no cabe duda de que el principio de legalidad desarrolla su

21 De Vicente Martínez, "El principio de legalidad penal ¿en periodo de rebajas?", 114 ss.

22 Francisco Muñoz Conde, "El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales", *Revista Penal*, n°50 (2022): 199-208.

23 Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General*, 137 y ss.

24 José Cerezo Mir. *Derecho Penal. Parte General*. (Buenos Aires Marcial Pons, 2008), 195 y ss.

ámbito de protección frente a la acción estatal relativa a las normas que fundamentan la pena. En otras palabras, el principio de legalidad actúa como límite de las fuentes formales del Derecho penal, ya que sólo a través de la ley pueden establecerse válidamente delitos y penas²⁵. En este mismo sentido, González Agudelo insiste en la importancia de la legalidad como criterio rector de orientación para el Derecho penal, ya que incide directamente sobre la libertad en general, con la posibilidad directa de limitar o privar de derechos, razón por la cual la única fuente legitimadora para hacerlo es la ley, en la medida en que ésta es producto del parlamento²⁶.

La legislación penal de un Estado de derecho se encuentra entre dos fuerzas que no siempre coinciden en sus pretensiones. Al menos así lo plantea Muñoz Conde, quien describe la situación que se desencadena cuando el afán popular exige el mayor rigor en la representación punitiva de los hechos que se estima que son merecedores de penas y, por su parte, el poder judicial que, a la hora de aplicar la ley con relación a los hechos que debe juzgar, tiene que hacerlo, ciertamente, vinculado a la norma y con independencia de cualquier tipo de presión externa. Ante ambos extremos, la imagen ideal del Derecho penal en el Estado de derecho —representada, según el silogismo aristotélico, por una premisa mayor que es la norma penal, una premisa menor que son los hechos que deben ser subsumidos en la norma penal y una conclusión que consiste en aplicar la sanción prevista en la norma penal al autor de esos hechos— se desdibuja o resquebraja cuando el funcionamiento del Derecho penal se refleja en la realidad de la vida cotidiana, debido a la mencionada crisis²⁷.

En este contexto, la legalidad, como principio limitador en el Estado social de Derecho, es fundamental en el actual Derecho penal y esperamos que, tal como opina Muñoz Conde, siga siéndolo todavía por muchos años²⁸, precisamente por su importante función para restringir la potestad punitiva del Estado, entendida, de acuerdo con el profesor Luzón Peña, como la facultad que corresponde a un determinado sujeto, en concreto, el Estado, de imponer penas por la comisión de delitos²⁹.

25 Roberto Navarro Dolmestch, “Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y ‘amenaza de crisis’ del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización”. En *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Dir. Faraldo Cabana. (Madrid: Tirant lo Blanch, 2004), 136 y ss.

26 Gloria González Agudelo, “El principio de legalidad ‘a la carta’: vicisitudes de la ley penal del menor y las faltas”. En *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Coord. Abel Souto. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 664.

27 Muñoz Conde, “El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales”, 200 y ss.

28 Muñoz Conde, “El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales”, 201 y ss.

29 Luzón Peña. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 20.

3. Cuestionamientos históricos del principio de legalidad penal

El principio de legalidad penal ha sido atacado científica y políticamente hasta entrar en una profunda crisis en la época actual, o al menos así lo establece De Vicente Martínez³⁰. Las primeras formulaciones consistentes contra el principio de legalidad penal las plantea Binding, quien es calificado por los actuales historiadores del Derecho penal, más que como un promotor de este principio, como un teórico de un nuevo pensamiento del Derecho penal: el positivismo. Binding propone la idea de la invulnerabilidad de la ley y su inquebrantable autoridad³¹. Cabe señalar que es a finales del siglo XIX cuando se asiste a una reacción científica contra el principio de legalidad, especialmente en lo que respecta a las penas, por parte de los juristas de la escuela correccionalista y de la escuela positivista italiana, quienes eran defensores del arbitrio judicial y de la sentencia indeterminada³². Si los positivistas no postularon expresamente la eliminación del principio de legalidad, ello se debe a que el ambiente no estaba aún preparado para aceptar pasivamente la desaparición de una regla tan fundamental en la civilización europea³³.

De Vicente Martínez sostiene que la reacción más profunda contra el principio de legalidad se produjo en el campo político con el surgimiento de los regímenes totalitarios modernos, entre los que se destacan especialmente dos que trastocaron dicho principio de manera muy evidente. En primer lugar, durante la Revolución francesa, cuando se anuló el principio de *lex previa* y, en segundo lugar, en las dictaduras de la URSS y la Alemania nacionalsocialista.

En la URSS, la dictadura del proletariado derogó la legislación zarista y comenzó a regir la "conciencia revolucionaria", lo que dio lugar a que en los códigos penales rusos de 1922 y 1926 se admitiera expresamente y con gran amplitud la aplicación de la ley penal por analogía, siendo la primera vez que se producía en Rusia esta ruptura con la tradición del continente europeo³⁴. Esta situación se superó en 1958,

30 De Vicente Martínez, "El principio de legalidad penal ¿en periodo de rebajas?", 118 y ss.

31 Gerardo Landrove Díaz. *Introducción al Derecho Penal español* (Madrid: Tecnos, 2006), 84.

32 Para estos penalistas, el juez o tribunal debía poder elegir el tratamiento más adecuado para el delincuente, variándolo si fuera preciso durante su aplicación, y sostenían que su término no podía ser señalado de antemano, sino sólo en el momento en que hubiese cesado la peligrosidad.

33 De Vicente Martínez. *El Principio de Legalidad Penal*, 22 y ss.

34 Como menciona De Vicente Martínez, "El parágrafo 10 del Código penal ruso de 1992: en el caso de ausencia en el Código penal, de precepto específico para algún delito en particular, las medidas

con la expedición de la Ley de Fundamentos del 25 de diciembre de ese año, donde se volvió a la prohibición de la analogía que estaba recogida expresamente en el Código Penal soviético del 27 de octubre de 1960 y, con ello, se consagró de nuevo el principio de legalidad penal³⁵.

En la Alemania nacionalsocialista, el Tercer Reich, en nombre del espíritu del nuevo Estado, modificó el texto del párrafo 2 del Código Penal y estableció, con la ley del 28 de junio de 1935, un régimen antiliberal, de modo que pasaban a constituir delito no sólo las conductas comprendidas en las figuras delictivas, sino también aquellas otras que merecieran ser castigadas "de acuerdo con la idea fundamental de una ley penal y el sano sentimiento popular". La máxima de "ningún delito sin ley" fue sustituida por la de "ningún delito sin pena". El párrafo 2 del Código Penal establecía: será castigado quien cometa un hecho que la ley declare punible o que merece una pena según la idea esencial de una ley penal o según el sano sentimiento del pueblo³⁶.

Como la pretensión del principio de legalidad consiste en proteger al particular de las agresiones estatales, no suele ser motivo de agrado para las dictaduras. En el caso de la Alemania nazi, hubo que esperar hasta el 30 de enero de 1946 para que se derogara la exclusión de este principio a través de la Ley núm. II del Consejo de Control Aliado y se reestableció el texto original del párrafo 2 del Código Penal mediante la Ley 4 de agosto de 1953³⁷.

Así pues, sólo una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial se restableció el principio de legalidad tanto en Alemania como en la Unión Soviética. Sin embargo, luego de terminado este conflicto surgieron algunos hechos nuevos que analizaremos más adelante. Cabe señalar un caso más sobre este asunto que venimos tratando. En contraste con la situación en la Alemania nazi y la URSS, el Derecho penal fascista italiano no suprimió formalmente el principio de legalidad, así como tampoco lo hizo la España durante el régimen totalitario instalado tras la guerra civil.

penales o de defensa se configurarán conforme aquellos artículos del Código penal que contemplan delitos análogos por su importancia y calidad. En el párrafo 16 del Código penal ruso de 1926 se disponía: Cuando algún acto socialmente peligroso no esté expresamente previsto en este Código, se determinará el fundamento y extensión de la responsabilidad por el párrafo de este Código que prevea los delitos más análogos". De Vicente Martínez. *El Principio de Legalidad Penal*, 23 y ss.

35 De Vicente Martínez, "El principio de legalidad penal ¿en periodo de rebajas?", 119 y ss.

36 Con la expresión "Sano sentimiento del pueblo" los detentadores del poder en el nacionalsocialismo se referían a sus propias concepciones acerca de lo que debía ser castigado, lo que abrió así un portillo a la arbitrariedad y a la actuación del régimen fuera de toda ley con respecto a los ciudadanos desafortunados. De Vicente Martínez. *El Principio de Legalidad Penal*, 22 y ss.

37 De Vicente Martínez. *El Principio de Legalidad Penal*, 24 y ss.

En este contexto, vale la pena señalar que la doctrina penal no se satisface actualmente con la consagración explícita del principio de legalidad, así como tampoco con la declaración formal de las garantías jurídicas derivadas de dicho principio, sino que exige su realización material a través de una firme delimitación legal de los diversos tipos de delitos³⁸.

Como se indicó, incluso luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial se presentaron nuevos eventos que dan cuenta de una posible crisis de la ley. Tal es el caso de los homicidios cometidos por los centinelas en el muro de Berlín. En este caso particular se plantea un problema jurídico sobre la punibilidad de los guardias fronterizos de la República Democrática Alemana y los dirigentes políticos responsables de emitir reglamentos para impedir que las personas atravesaran la línea fronteriza entre la Alemania oriental y la occidental. En dichas normas se ordenaba “abatir a quienes traspasen ilegalmente la frontera”.

En este caso, en 1972, dos soldados centinelas jefes de la patrulla de frontera observaron que una persona intentaba cruzar los límites de uno y otro país. De acuerdo con el reglamento, hicieron un llamado para que el ciudadano se detuviera. Este hizo caso omiso y la patrulla decidió disparar con ametralladoras, por lo que resultó muerta esta persona. Se cuestiona si los soldados eran conscientes de que podían herir de muerte al fugitivo; sin embargo, asumieron esta posibilidad afirmativamente.

A partir de este suceso, se inició una investigación penal contra los centinelas y los altos funcionarios. En noviembre de 1992, el Tribunal Supremo Federal:

Afirma la punibilidad de los guardias fronterizos y desde entonces se ha mantenido esa jurisprudencia. Así mismo el Tribunal resolvió que también los altos funcionarios debían responder penalmente por los homicidios en la frontera como autores mediatos. Posterior[mente,] el caso es analizado en segunda instancia por el Tribunal Territorial de Berlín, quien confirma la decisión, aunque con una fundamentación diversa.³⁹

Las sentencias sobre los centinelas fueron objeto de recurso de amparo y el Tribunal Constitucional Federal se encargó de analizar si se vulneró el principio de irretroactividad de la ley penal sobre las posibles causas de justificación bajo las cuales, al parecer, estaban amparados estos soldados por los reglamentos emitidos, ya que estaban facultados para abatir a quienes intentaran traspasar la frontera.

38 De Vicente Martínez, “El principio de legalidad penal ¿en periodo de rebajas?”, 121 y ss.

39 Robert Alexy, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 23 (2000): 197-232.

En este contexto, el Tribunal realizó una extensa interpretación de las normas vigentes para el momento de los hechos y, finalmente, acogió la teoría de Radbruch, también planteada por los tribunales de primera y segunda instancia, según la cual se establece que dichas decisiones sobre la punibilidad de los centinelas está acorde a la Constitución Política, porque "los disparos junto al muro, aun con estar amparados por el Derecho positivo vigente entonces, no sólo eran Derecho injusto, sino además extremadamente injusto, lo que por ende constituía el presupuesto de su antijuridicidad"⁴⁰.

Es preciso resaltar que el Código Penal alemán para la fecha de los hechos (año 1972) incorporaba la conducta punible de homicidio. Así mismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 fue utilizada como punto de referencia para intentar resolver la discusión sobre una posible vulneración del principio de legalidad penal y su prohibición de retroactividad.

4. Situación actual del principio de legalidad

Actualmente, incluso en los países de democracia más avanzada, se identifica una crisis profunda y creciente del derecho que se ha manifestado de diversas formas y en múltiples planos. Se distinguen esquemáticamente tres aspectos sobre esta crisis: el primero es denominado crisis de legalidad; el segundo apunta a la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del *welfare state* (Estado de bienestar), situación agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva en la crisis del Estado social; finalmente, el tercer aspecto está ligado a la crisis del Estado nacional y se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo⁴¹. A continuación, es preciso identificar, con respecto a la crisis del derecho, algunas posiciones doctrinarias con el fin de encontrar respuesta al interrogante de por qué hablamos de una posible crisis de la ley.

Vivimos en tiempos en los que el modo de entender la vinculación del juez a la ley, particularmente —aunque no sólo— en lo que respecta al Derecho penal, es objeto de intensa polémica. Pese a los esfuerzos de los teóricos de la legislación y

40 Alexy, "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín", 210 y ss.

41 Luigi Ferrajoli, "El Derecho como sistema de garantías", *Themis, Revista de Derecho*, n°29 (1994): 119-130.

de la técnica legislativa, lo cierto es que la realidad de las leyes penales se aleja de modo no infrecuente de los ideales de racionalidad que deberían presidirlas tanto en la forma como en el fondo⁴².

Al respecto, se insiste en la preocupación sobre el principio de legalidad. Esta posible crisis no se ha generado únicamente en el ámbito penal, sino que es compartida por otras ramas del Derecho, tal como lo expondremos más adelante. Algunos autores no comparten la idea de crisis del principio de legalidad, sino que entienden que estaríamos, más bien, ante una reformulación del clásico principio liberal de legalidad, según el cual la voluntad general residiría exclusivamente en el parlamento nacional como expresión de la voluntad popular⁴³.

Gutiérrez I Albentosa sostiene que dicha doctrina está desorientada en cuanto a la situación actual del principio de legalidad, así como también respecto de la situación del derecho penal y su relación con el Estado de derecho. Se podría hablar de cierto pesimismo doctrinal en relación con el derecho penal⁴⁴. Santa Cecilia García, por su parte, afirma que, frente a la idea positivista que esperaba de la ley una certeza total, según la cual el juez como “boca de la ley” para garantizar al ciudadano la seguridad jurídica, hoy parece que el equilibrio entre “certeza” y “seguridad” precisa una redefinición, porque del *nullum crimen, nulla poena sine lege* solo cabe esperar cotas razonables de seguridad jurídica, pero no una certeza absoluta. De forma que, exclusivamente en este sentido, sería correcto hablar de una crisis del principio de legalidad. Lo anterior no significa que la idea de *nullum crimen, nulla poena sine lege* se halle en crisis o que este principio deba ser sustituido por otro menos exigente. Lo que está en crisis es el ideario ilustrado- positivista que esperaba del principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege* la seguridad jurídica total, la certeza absoluta⁴⁵.

Autores como Ferrajoli han propuesto numerosas circunstancias preocupantes sobre la mencionada crisis de la legalidad, en cuanto que, por ejemplo, se refiere a la inflación legislativa o a la cantidad de vicios que pueden identificarse en el

42 Jesús María Silva Sánchez, “¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)”, *Revista InDret*, n°10 (2007): 2.

43 Beatriz García Sánchez, “¿Crisis del principio de legalidad por la adopción de la normativa comunitaria?”. *En Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Dir. por Carlos García Valdés (Madrid: Edisofer, 2008), 311 y ss.

44 Joan Manel Gutiérrez I Albentosa, “Contra la crisis del principio de legalidad, recordar sus fundamentos”, *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n°123 (2016): 2 y ss.

45 Santa Cecilia García, “Crisis del Principio de legalidad en materia penal”, 271 y ss.

lenguaje de las normas, cada vez más ambiguo y oscuro⁴⁶. Por su parte, Navarro Dolmestch advierte que en tal crisis se da la pérdida de la autonomía estatal para el establecimiento de los delitos y las penas, de las excusas, de las justificaciones y, en general, la pérdida de autonomía en el ejercicio de la potestad punitiva, lo que significa, a la postre, vaciar completamente de contenido al principio de legalidad⁴⁷.

En relación con la crisis del principio de legalidad, Aponte Arcila advierte, así mismo, que gran parte de los países han sido víctimas de este fenómeno. La necesidad de transformar las constituciones mediante la instrumentalización de una asamblea constituyente se ha traducido en una forma de otorgar al poder ejecutivo atribuciones inconmensurables, entre ellas, aquellas que competen al poder legislativo, como son aprobar leyes en cualquier área y materia⁴⁸. Como bien indica Palazzo, resulta prácticamente común hablar de crisis de la ley. Puede afirmarse que esta crisis de la legalidad es una agobiante realidad; es inmensa y sus raíces están notoriamente multiplicadas y son tan profundas que se revela como una crisis estructural en el plano filosófico y político-institucional⁴⁹. La potestad punitiva, tradicionalmente circunscrita al ámbito nacional, se ejerce en la actualidad con una gran influencia de decisiones provenientes del ámbito supranacional y a partir de la "transferencia" de atribuciones del legislativo al ejecutivo.

De conformidad con la postura de la doctrina mayoritaria⁵⁰ (y dejando ahora al margen los fenómenos históricos mencionados antes), cabe señalar que ya hace algún tiempo el principio de legalidad entró en crisis o, como indica Santa Cecilia García, no estaría en crisis, sino que el clásico ideal liberal de legalidad se encuentra

46 Luigi Ferrajoli. *Teoría del Derecho y de la democracia*. (Madrid: Trotta, 2011), 79 y ss.

47 Navarro Dolmestch, "Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y 'amenaza de crisis' del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización", 15 y s.

48 Aponte Arcila, "Crisis del principio de legalidad: discusión recurrente pero necesaria en América Latina", 96 y ss.

49 Francesco Palazzo, "La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regula *iuris*", *Revista Penal México* II, n°4 (2013): 145-160.

50 Al respecto, véase Aponte Arcila, "Crisis del principio de legalidad: discusión recurrente pero necesaria en América Latina", 95-111.; Navarro Dolmestch, "Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y «amenaza de crisis» del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización"; Ángel Garcés Sanagustín, "Algunas consideraciones sobre la decadencia del principio de legalidad en el Derecho español", *Revista Vasca de Administración Pública*, n°103 (2015): 209-253; Juan Cruz Alli Aranguren. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*. (Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2008); Joan Manel Gutiérrez I Albetosa, "Contra la crisis del principio de legalidad, recordar sus fundamentos", 1-19, entre otros.

en un proceso de reconfiguración. En este sentido, será necesario analizar algunos fenómenos o manifestaciones comunes de la crisis y sus consecuencias, entre las que se encuentran la aparición de nuevas tendencias que pretenden complementar dicho principio, desplazarlo o sustituirlo⁵¹.

5. De la vieja a la nueva crisis del principio de legalidad

5.1. Coincidencia de la reiterada crisis de legalidad con otras ramas

Ciertamente, en otros ámbitos del ordenamiento jurídico se ha identificado la preocupación por la crisis del principio de legalidad, especialmente en el derecho público administrativo-sancionador. En relación con el asunto de si dicha crisis de legalidad presenta manifestaciones comunes en el ámbito penal, podemos resaltar que hay varias coincidencias, tales como la denominada inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos. Sin embargo, tal como lo sostiene Estévez Araujo, el Estado intervencionista tiene que llevar a cabo una conciliación de intereses en el seno de una gran cantidad de solicitudes sociales y políticas⁵².

El llamado *Estado de bienestar*⁵³ tiene unos límites intrínsecos que vienen dados por la propia limitación material de su capacidad de decisión y control. El Estado no puede decidir ni controlarlo todo. Sin embargo, la propia dinámica del Estado de bienestar parece exigirle que cada vez decida más cosas y, por consiguiente, que cada vez se sirva de un mayor número de mecanismos de control para garantizar que dichas decisiones se cumplan⁵⁴. En este sentido, Álvarez González aborda los problemas actuales del sistema normativo como consecuencia de la crisis del principio de legalidad y la alteración del principio de jerarquía normativa. Este autor pone de manifiesto algunas distorsiones importantes tanto de la potestad legislativa

51 Ángel Garcés Sanagustín, "Algunas consideraciones sobre la decadencia del principio de legalidad en el Derecho español", 209-253.

52 José Estévez Araujo, "La crisis del principio de legalidad", *Anuario de filosofía del Derecho*, n°8 (1990): 107-130.

53 A partir de la gran crisis de los años treinta y, más específicamente, después de la Segunda Guerra Mundial, se puso en marcha en los países occidentales un sistema de solidaridad social que aspiró a corregir las injusticias del "capitalismo espontáneo", en el cual el Estado sería paulatinamente considerado como responsable del progreso social de la población: es la idea del "Estado providencia", "Estado de bienestar" o "Estado benefactor". Al respecto, véase Carlos Farge Collazos, "El Estado de bienestar", *Enfoques*, n°1-2 (2007): 45-54.

54 Estévez Araujo, "La crisis del principio de legalidad", 107-130.

como de la reglamentaria en el Derecho administrativo, las cuales se traducen en una merma de las garantías mínimas que deben tener los ciudadanos ante la actividad legislativa y la actuación administrativa⁵⁵.

En todo caso, en el ámbito de la administración, la legalidad supone un límite y un fundamento de la acción, porque obliga a actuar en el sentido de la legalidad efectiva que, a su vez, supone una garantía de los "derechos naturales e inalienables", reconocidos a los ciudadanos sobre los que sólo puede disponer la ley⁵⁶. Así mismo, Garcés Sanagustín sostiene que la jurisdicción contencioso administrativa está montada para la defensa de los derechos e intereses legítimos individuales, especialmente de carácter patrimonial, aunque también se prevé la defensa de algunos intereses colectivos⁵⁷. El principio de legalidad partía de la idea de una situación estable de la legislación, que permanecía largo tiempo inalterada o cuyas modificaciones se tramitaban con sosiego y afectaban a aspectos parciales ampliamente discutidos⁵⁸.

De lo anteriormente expuesto, de acuerdo con Ferrajoli, observo de forma general que nos encontramos ante una posible crisis del derecho, ya que se identifican algunos fenómenos indicativos también en otras áreas de aquél, como en el campo administrativo sancionador. Sin poder visibilizar los problemas de legalidad que se presentan en las diversas ramas del ordenamiento jurídico por el constante establecimiento de leyes simbólicas, o normas con forma aparente de ley, que no apuntan a ser efectivas en la práctica, sino que tan sólo, a lo sumo, están dirigidas a reafirmar ciertos valores⁵⁹.

5.2. Factores que inciden en la crisis de la ley

Sobre la crisis del principio de legalidad, la doctrina ha identificado algunas variables que provocan un auténtico terremoto en el derecho penal. Dicho diagnóstico se fundamenta sobre éste y una metodología basada en una hermenéutica formalista.

55 Elsa Marina Álvarez González, "Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España: Retos actuales", *Revista Vasca de Administración Pública*, n°117 (2020): 131 y ss.

56 Alli Aranguren. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*, 324.

57 Garcés Sanagustín, "Algunas consideraciones sobre la decadencia del principio de legalidad en el Derecho español", 212 y ss.

58 Garcés Sanagustín, "Algunas consideraciones sobre la decadencia del principio de legalidad en el Derecho español", 214 y ss.

59 Pilar Gómez Pavón y Miguel Bustos Rubio, "Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal", *Revista penal México*, n°6 (2014): 169-190.

Garcés Sanagustín, por su parte, sugiere las siguientes causas de la crisis del principio de legalidad: 1.^a La legislación a velocidad supersónica, esto es, la ruptura de la coordenada temporal; 2.^a La fragmentación del ordenamiento jurídico, que equivale a la quiebra de coordenada espacial; 3.^a La pésima técnica legislativa, entendida como la entropía de un lenguaje jurídico incompleto e inconcreto; 4.^a La reconstrucción del sistema jurídico: principios frente a principios; 5.^a El desorbitado incremento de lo normativo en detrimento de lo jurídico; 6.^a La recuperación de una mirada arcaica: ciudadanía sin ciudadanos; 7.^a La incapacidad del principio de legalidad para atajar las cuestiones relacionadas con la corrupción; 8.^a Las alternativas al principio de legalidad: la supeditación de la ley a otros principios⁶⁰.

A su vez, Hierro Sánchez sostiene que la crisis de la ley puede resumirse principalmente en cuatro aspectos esenciales: (1) la diversificación de la ley y la competencia entre los diversos tipos de leyes (Estados complejos o Estados federales); (2) la aparición de normas no legales de carácter paralegal en los procesos de integración regional de los Estados; (3) la expansión de la fuerza normativa de las constituciones; y (4) la expansión de la fuerza normativa de los principios⁶¹.

A partir de los anteriores postulados doctrinales, entre otros, considero que pueden identificarse principalmente seis fenómenos en la crisis de la ley penal, tal como se presenta a continuación: 1. La modernidad jurídica y el derecho penal de la globalización. 2. Deficiente técnica legislativa. 3. Inflación legislativa-excesiva producción normativa. 4. La denominada sociedad del riesgo. 5. El populismo punitivo y la política criminal. Finalmente, 6. El aumento del protagonismo de la jurisprudencia. Me referiré a estos fenómenos a continuación.

La modernidad jurídica y el derecho penal de la globalización tienen su traducción en que el derecho penal moderno, con las nuevas realidades y desafíos, tiende a ser anti garantista, con lo cual deteriora no sólo el principio de legalidad, sino que también provoca la crisis de otros principios, como la mínima intervención, la fragmentariedad, la culpabilidad y proporcionalidad, entre otros, pues, antes que la lesión o el daño, parecen primar el peligro abstracto y la implacable sanción frente a la mera desobediencia de la norma.

En este sentido, Navarro Dolmestch sostiene que la transnacionalización implica una externalización del contenido de los productos del ejercicio de las

60 Garcés Sanagustín, "Algunas consideraciones sobre la decadencia del principio de legalidad en el Derecho español", 214 y ss.

61 Liborio Luis Hierro Sánchez, "El imperio de la ley y la crisis de la ley", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (1996): 287-308.

potestades normativas estatales. La radicación en los parlamentos nacionales de la potestad punitiva no es ni un capricho ni una casualidad histórica, sino que obedece al intento de encontrar una única instancia de debate en los Estados modernos. La globalización requiere unos determinados estándares de certeza y seguridad jurídica en la protección de los intereses que se pretendan lograr a través de un marco regulatorio. De esta forma, es posible concebir que se recurra a todos los órdenes de regulación y protección jurídica, entre ellos, el penal. Si ocurre que la globalización logra la protección de sus intereses a través del Derecho penal, estaremos en presencia de un Derecho penal de la globalización. Y en el desarrollo del fenómeno globalizante, es posible destacar tres características del Derecho penal de la globalización: a) una tendencia a la expansión, b) una permanente flexibilización y c) una necesidad de unificación⁶².

A partir de lo anterior, se identifica un Derecho penal de la globalización como derecho penal máximo, el cual se caracteriza, debido a su excesiva severidad, por la incertidumbre e imprevisibilidad de las condenas y de las penas. De modo que este sistema de derecho penal máximo se configura sobre la base de dos criterios: a) su tendencia a la expansión⁶³ y b) su tendencia a la flexibilización⁶⁴.

62 Navarro Dolmestch, "Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y 'amenaza de crisis' del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización", 160 y ss.

63 Navarro Dolmestch sostiene que la tendencia a la expansión "En un Derecho penal de la globalización es esperable un aumento en la cantidad y calidad de las prohibiciones y de las penas porque los fenómenos económicos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como la aparición de nuevas formas delictivas" Roberto Navarro Dolmestch, "Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y 'amenaza de crisis' del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización", 161 y ss. La criminalidad asociada a la globalización es principalmente económica, donde los riesgos a los que se trata de hacer frente ya nos son necesariamente riesgos individuales, sino interés de la comunidad y de los propios Estados. Las formas más comunes dentro del derecho penal de la globalización tendrían relación con la delincuencia fiscal o tributaria, con la estabilidad económica de los Estados, los fraudes en las relaciones económicas de traspaso, el narcotráfico y la protección del medio ambiente. La expansión implica el reconocimiento de la tutela penal a bienes jurídicos que nunca antes habían sido protegidos por el derecho penal, bienes principalmente de carácter colectivo.

64 La tendencia a la flexibilización se caracterizará porque paulatinamente se irá ablandando el rigor de la estricta legalidad del paradigma liberal clásico, a través de la incorporación de los tipos penales cada vez más abiertos, así como de tipos penales en blanco, del recurso cada vez más frecuente de los delitos de peligro abstracto y una importancia de la omisión como conducta penalmente relevante, no por vía tipificadora, sino a través de los delitos impropios de omisión. Así mismo, se flexibilizarán las reglas de imputación y las garantías procesales se harán paulatinamente más disponibles o se desconocerán. Todo ello se debe a que la globalización dirige al Derecho

Las nuevas formas de la legislación penal no se refieren a la legislación penal estatal, que sigue produciéndose conforme al antiguo principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a través de la ley parlamentaria. Por el contrario, se trata del derecho penal internacional en sentido estricto, que sigue siendo derecho internacional consuetudinario, cuya vigencia presupone y reconoce el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, es decir, que no —como se dice a veces— lo “codifica”. Al menos en la tradición continental, el reconocimiento de un derecho consuetudinario que fundamente penas genera dificultades, sobre todo teniendo en cuenta que los tipos del derecho penal internacional son muy indeterminados y desarrollados a través de derecho judicial⁶⁵.

En este contexto, Gutiérrez I Albentosa propone “la delincuencia de la globalización” (algunos ejemplos de ésta serían la criminalidad informática, el *sexting*, el ciberacoso o *ciberbullying*), como el tipo de nuevos comportamientos delictivos de los cuales la ley penal no puede dar respuesta frente a los cambios permanentes. En efecto, la ley ha ido perdiendo parte de su poder para viabilizar las necesidades de nuestra sociedad, porque esta delincuencia nueva sobrepasa las posibilidades de intervención de la legislación penal estatal⁶⁶.

El segundo de los fenómenos señalados hace referencia a la deficiente técnica legislativa⁶⁷, donde se identifica la vaguedad e indeterminación de los tipos penales. Al respecto, se puede señalar que la indeterminación de las leyes es necesaria, porque, según Roxin, todos los términos empleados por el legislador permiten varias interpretaciones. No obstante, se admite también que el verdadero peligro que puede afectar al principio de *nulla poena sine lege* procede negativamente de la indeterminación jurídica que se contiene en algunas leyes penales⁶⁸.

penal demandas fundamentalmente prácticas, en el sentido de un tratamiento más eficaz de la criminalidad. Jesús María Silva Sánchez, “La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, *Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, nº4 (2001): 211-219.

65 Joachim Vogel, “Derecho penal y globalización”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (2005): 113-126.

66 Gutiérrez I Albentosa, “Contra la crisis del principio de legalidad, recordar sus fundamentos”, 2 y ss.

67 Entiéndase la técnica legislativa como el arte de legislar clara y eficazmente, que tiene por objeto no solo la buena redacción de las leyes, sino que afecta cuestiones más generales y trascendentes, como la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y la calidad, la publicidad y la viabilidad de las normas. Elsa Marina González Álvarez, “Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España: Retos actuales”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardulariaritzako Euskal Aldizkaria*, nº117 (2000): 17-73.

68 Roxin. *Derecho Penal. Parte General*, 170 y ss.

Sobre la crisis del principio de legalidad, Gutiérrez I Albentosa ha propuesto como causa principal el abandono del legislador que se expresa a través de las siguientes anomalías: leyes penales en blanco, la difuminación de la frontera entre el derecho administrativo y el derecho penal, las dificultades de la ley ante un mundo cambiante, la expansión de la potestad sancionadora del Estado y la vaguedad e indeterminación de los tipos penales⁶⁹.

Otro fenómeno identificado es la excesiva producción normativa, también denominada inflación legislativa. Dicho fenómeno es provocado por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-actos, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción. Se trata de una crisis del derecho que favorece a la crisis de la legalidad, precisamente, el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa⁷⁰.

En este sentido, el profesor Sotomayor Acosta hace algunos años propuso, ante una realidad compleja, contener la irracionalidad legislativa actual en el caso colombiano, ya que se actúa como si la aprobación de las leyes penales no requiriese una motivación específica, con lo cual resulta suficiente la existencia de una *ratio legis general* para justificar dichas leyes, aunque en concreto no parece clara su idoneidad y necesidad, que simplemente se presumen⁷¹. Esta realidad aún continúa y es claro que cualquier propuesta relacionada con el sistema de justicia penal colombiano no puede hacerse por fuera de la situación política existente y, más concretamente, del conflicto armado interno en el que el país se encuentra desde hace tantos años, el cual indiscutiblemente ha repercutido en el sistema de justicia general y, de manera importante, en la justicia penal⁷².

Desde el punto de vista de la ley, la doctrina ha identificado como amenaza fundamental contra la garantía de seguridad jurídica, derivada del principio de legalidad, la excesiva cantidad de normas, que se podría denominar hiperregulación normativa y deficiente redacción, lo cual redundaría en que el ciudadano no tenga

69 Gutiérrez I Albentosa, "Contra la crisis del principio de legalidad, recordar sus fundamentos", 2.

70 Ferrajoli, "El Derecho como sistema de garantías", 120 y ss.

71 Juan Oberto Sotomayor Acosta, "Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa", *Nuevo Foro Penal*, n°71 (2007): 62 y ss.

72 Sotomayor Acosta, "Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa", 63 y ss.

certeza o claridad con respecto a cuáles son las reglas vigentes⁷³. Así mismo, se identifican el uso, por parte del legislador, de expresiones vagas e imprecisas dentro de los llamados conceptos jurídicos indeterminados⁷⁴.

La doctrina penal sobre la modernización del derecho penal identifica un cambio de principios y paradigmas, a partir del cual convierte a aquél en derecho penal expansivo, que no tardará en desplazar al derecho penal liberal de la Ilustración, cuya finalidad ha sido la protección de los bienes jurídicos. Estos cambios se justifican por la llamada “sociedad del riesgo” de consecuencias imprevisibles, donde se potencian los delitos de peligro abstracto, que anticipan la línea de punibilidad o barrera de protección y desplaza la presunción de inocencia⁷⁵. En este contexto, cabe recordar que Ulrich Beck introdujo inicialmente el término de “sociedad del riesgo”.

Sotomayor Acosta, por su parte, comparte las críticas provenientes de las propuestas que pregonan la modernización del Derecho penal, de acuerdo con las demandas derivadas de la denominada “sociedad del riesgo”, e identifica algunas características de la ya mencionada modernización, entre las que se destacan la existencia de nuevos intereses de carácter universal y nuevos riesgos, que ameritan la intervención penal; la aparición de nuevos bienes jurídicos de vago o nulo contenido material, donde el delito tiende a configurarse como infracción de un deber y no como lesión de un bien jurídico; el Derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a daños y se transforma en una herramienta de la política de seguridad; se privilegia la protección del contexto, que lleva a una especie de administrativización del Derecho penal, debido a la proliferación de los tipos de peligro abstracto y leyes penales en blanco⁷⁶. En este sentido, la proliferación de delitos de peligro abstracto, tal como lo sostiene Cerezo Mir, se encuentra en el ojo del huracán de la moderna polémica sobre el derecho penal del riesgo. Tal polémica gira en torno a la protección, en medida creciente, de bienes jurídicos colectivos, supraindividuales y de contornos imprecisos, como la salud pública, el medio ambiente, el sistema de crédito, las subvenciones, el derecho penal económico, etc.⁷⁷.

73 Fernando Arrázola Jaramillo, “El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del Derecho”, *Revista de Derecho público*, n°32 (2014): 9-27.

74 José Estévez Araujo, “La crisis del principio de legalidad”, *Anuario de filosofía del Derecho*, n°8 (1990): 118 y ss.

75 Santa Cecilia García, “Crisis del Principio de legalidad en materia penal”, 270 y ss.

76 Juan Oberto Sotomayor Acosta, “¿El Derecho penal garantista en retirada?”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 21 (2008): 148-164.

77 José Cerezo Mir, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, *Revista*

Gómez Pavón y Bustos Rubio manifiestan, a su vez, que los códigos se muestran incapaces, en muchos casos, de hacer frente a problemas hasta ahora impensables: la propia vocación de permanencia y exhaustividad de aquellos propicia su envejecimiento, lo que produce, de este modo, un "desplazamiento de la ley" en favor de la interpretación⁷⁸. De esta manera tiene lugar una relativización de los principios del Derecho penal y la flexibilización de las reglas de la imputación. Al debilitamiento del principio de lesividad hay que agregar también el deterioro de la garantía de estricta legalidad, pues la ley ya no se orienta, de forma privativa, a la descripción de actos materiales lesivos de bienes jurídicos y verificables empíricamente, sino más bien a la descripción de funciones⁷⁹.

Las leyes penales en blanco⁸⁰ generan que el poder ejecutivo se inmiscuya en la esfera de la libertad de las personas, con base en el margen de actuación excesivo que le concede la ley penal en blanco. En este contexto, es preciso cuestionarnos, como lo hace González Agudelo, si en el ámbito, verbigracia, de la justicia penal juvenil opera el principio de legalidad penal con todas sus garantías, ya que la norma penal define la sanción, aunque remite al Código Penal para considerar el supuesto de hecho, lo que podría producir aquello que Jiménez De Asúa denominó normas penales en blanco al revés, porque es necesario remitirnos a otra norma (el Código Penal) para observar la acción o conducta realizada por el adolescente, lo cual crea una situación especial en el ámbito penal juvenil⁸¹.

de Derecho Penal y Criminología, n°10 (2002): 47-72.

78 Gómez Pavón y Bustos Rubio, "Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal", 176 y ss.

79 Sotomayor Acosta, "¿El Derecho penal garantista en retirada?", 148-164.

80 En este sentido, según Luzón Peña, las leyes penales en blanco son aquellas en las que su supuesto de hecho o presupuesto está recogido o regulado por otra norma extrapenal a la que se remiten. Para un sector minoritario de la doctrina, la otra norma a la que se las leyes penales en blanco se remiten puede ser también penal. Como ello es cotidiano, sólo una parte del supuesto de hecho está regulada con base en otra norma extrapenal. Entonces, la ley penal en blanco no es estructuralmente incompleta, pero sí es claramente incompleta en su contenido y, precisamente, en cuanto al contenido del tipo estricto. Si, en algún caso, hay una remisión en bloque de la totalidad del supuesto de hecho típico a otra norma extrapenal, entonces, aunque formalmente la ley penal en blanco hace una referencia al supuesto de hecho delictivo, realmente es una norma estructuralmente incompleta, que materialmente incumple la exigencia del principio de legalidad de que sea la propia ley penal la que fije con precisión las características de la conducta punible. Luzón Peña. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 64.

81 González Agudelo, "El principio de legalidad 'a la carta': vicisitudes de la ley penal del menor y las faltas", 674.

De otro lado, encontramos el fenómeno del populismo punitivo y su relación con la política criminal. Inicialmente, Garland propuso un nuevo modelo de intervención penal en la denominada cultura del control⁸², que se hace visible a través del denominado populismo punitivo apreciable a un buen número de países desarrollados y se refiere fundamentalmente a la evolución del control del delito en los Estados Unidos e Inglaterra, por diferentes causas y con desigual intensidad, algunos indicadores de esta cultura del control encuentran ya manifestaciones en otros países, especialmente europeos. Luego, bien por una vía o por la otra, o por ambas, poco a poco comienzan a llegar a Colombia discursos que pretenden justificar el endurecimiento punitivo o la relajación del sistema de garantías del Derecho penal⁸³.

Se puede indicar que no hay problema político, social o económico que no suscite inmediatamente en los medios de comunicación y, por tanto, también en la población la invocación del Derecho penal como el instrumento más idóneo para resolverlo. La expansión del Derecho penal a nuevos ámbitos de la conflictividad social ha obligado a utilizar recursos legislativos de una gran complejidad, tanto para los teóricos encargados de interpretarlos como para los jueces prácticos y fiscales encargados⁸⁴.

En este contexto, Aponte Arcila indica que la ley ha perdido el lugar de preponderancia que se le atribuye en el liberalismo y, de manera sistemática, ha ido cediendo los espacios que le correspondían. Ello no quiere decir que la ley deje de mostrar eficacia y sea considerada el instrumento que, por excelencia, regule y garantice la protección de ciertos derechos esenciales para la vida en sociedad. La realidad ha ido demostrando que su uso es instrumental en este nuevo modelo constitucional, de modo que no responde a la protección de las libertades y a la limitación del poder⁸⁵.

Actualmente, los ciudadanos reclaman al Estado que se adopten medidas necesarias para resolver los problemas frecuentes sobre el incremento de los índices de criminalidad y la percepción de inseguridad, en muchos casos subjetiva. En este contexto, el poder legislativo, como opción político criminal, recurre al Derecho penal con la inclusión de nuevas figuras, muchas veces de cuestionable fundamentación y de dudosa justificación democrática.

82 David Garland. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. 1.^a ed. (Barcelona: Gedisa, 2005), 275 y ss.

83 Sotomayor Acosta, "¿El Derecho penal garantista en retirada?", 148-164.

84 Muñoz Conde, "El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales", 207 y ss.

85 Aponte Arcila, "Crisis del principio de legalidad: discusión recurrente pero necesaria en América Latina", 101 y ss.

Finalmente, el aumento del protagonismo de la jurisprudencia es otro factor importante que influye en la crisis del principio de legalidad, hasta llegar a convertirse en fuente de Derecho. Así lo ha identificado Gutiérrez I Albentosa. En este marco, la jurisprudencia va ganando terreno ante la devaluación del poder del Código Penal y de la hegemonía y del significado de la ley en general. La causa de este aumento del protagonismo de la jurisprudencia es el abandono de la determinación o concreción de las normas o tipos penales por parte de la ley y del legislador, que abusan de las leyes penales en blanco y de los conceptos jurídicos indeterminados⁸⁶.

5.3. Desafíos que enfrenta el principio legalidad penal

Sobre el principio de legalidad es indiscutible e inevitable la aparición de nuevos retos en la mencionada modernidad jurídica y en el Derecho penal de la globalización, como lo es, por ejemplo, la inteligencia artificial aplicada a las decisiones judiciales. La inteligencia artificial se define como un medio o instrumento para la toma de decisiones jurídicas, pero no encuentra cabida como operador jurídico que remplace la inteligencia humana para decidir en Derecho frente aquellos casos del orden cualitativo⁸⁷. Otro desafío está relacionado con los tipos penales indeterminados y las leyes penales en blanco, en donde necesariamente el operador judicial debe realizar un trabajo de silogismo e interpretación jurídica especializada.

Los desafíos que enfrenta el principio de legalidad en materia penal son múltiples y variados, y son símbolo de la cultura de occidente y su marco de influencias. Se destacan los siguientes: en primer lugar, el desafío derivado de la *vis expansiva* arrolladora y no siempre justificada de este Derecho. Algunas de estas tendencias son la privatización del Derecho penal y la justicia negociada. Es claro que, de conformidad con las distintas solicitudes sociales y políticas, el Derecho penal y procesal penal ha incorporado reformas legislativas para, en algunos casos, buscar alternativas y terminar anticipadamente los procesos (referencia a la realización de preacuerdos y principios de oportunidad). En segundo lugar, el desafío referido al proceso de europeización del Derecho penal, donde la tradición europea post ilustrada queda vinculada al principio parlamentario democrático y ello da lugar a un pretendido derecho penal comunitario⁸⁸.

86 Gutiérrez I Albentosa, "Contra la crisis del principio de legalidad, recordar sus fundamentos", 3 y ss.

87 Luis Germán Ortega Ruíz y Jairo Becerra, "La Inteligencia Artificial en la decisión jurídica y política", *Revista Araucaria*, vol. XXIV, n°49 (2022): 233.

88 Santa Cecilia García, "Crisis del Principio de legalidad en materia penal", 272 y ss.

Las nuevas realidades que desafían el principio de legalidad respecto de su comprensión clásica e ilustrada son, en primer lugar, que se considera una pura utopía que el ideal ilustrado según el cual existe una sumisión absoluta del poder penal del Estado a la voluntad objetivada en la ley. En segundo lugar, el principio de legalidad se encuentra amenazado por el anti garantismo de la denominada sociedad post industrial de nuestro tiempo, que bien podríamos denominar sociedad de la seguridad o del riesgo. Aun cuando sus consecuencias no se conocen todavía, no se justifica prescindir del garantismo ni del mandato de determinación⁸⁹.

5.4. Manifestaciones concretas de la crisis de legalidad

Sobre el asunto y en este sentido de acuerdo con Sotomayor Acosta, alarman en Colombia algunas reformas y propuestas legislativas orientadas a la reconfiguración de un Derecho penal de autor y, sobre todo, que dichas medidas gocen de aceptación social y ahora también doctrinaria. Todo lo cual alimenta la cultura del control y las tendencias iliberales en materia criminal antes referidas, mediante el aval de políticas criminales que hoy en día van mucho más allá de las tradicionales luchas antiterrorista, antidrogas, etc.⁹⁰ Particularmente podríamos mencionar las reformas realizadas mediante la Ley 1908 de 2018 donde se adiciona, por ejemplo, el Art. 340A al Código Penal incluyendo un nuevo tipo penal relacionado con el asesoramiento a grupos delictivos organizados y grupos armados organizados.

Un ejemplo de la flexibilización del derecho penal de la globalización es la legislación antidrogas en el caso colombiano. La pérdida de garantías de los ciudadanos en esta legislación especial se ha agudizado cuando se ha intentado incorporar leyes acordes con los tratados y directivas internacionales, cuyo contenido es dictado principalmente por Estados Unidos, sobre la base de una política represiva. En consecuencia, en Colombia se han dictado una serie de leyes sobre estupefacientes (inclusión de todas las conductas posibles) progresivamente autoritarias.

También se pueden mencionar otros ejemplos concretos, específicamente, en el caso español, sobre posible la limitación de la capacidad legislativa de los parlamentos nacionales, verbigracia, el referido al derecho comunitario de la Unión Europea, donde la utilización de directivas o decisiones marcos condiciona e impulsa la legislación penal de los respectivos Estados miembros. En este contexto, algunas directivas en materia de inmigración clandestina o tráfico de personas han

89 Santa Cecilia García, "Crisis del Principio de legalidad en materia penal", 273 y ss.

90 Sotomayor Acosta, "¿El Derecho penal garantista en retirada?", 148-164.

sido introducidas en el ordenamiento jurídico español con la reforma del Código Penal, como la LO 11/2003 del 29 septiembre, que establece medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integridad social de los extranjeros. Ello muestra la limitación que supone esa legislación comunitaria en las legislaciones nacionales⁹¹. Lo que parece es que estas normativas comunitarias, directivas o decisiones marco, de obligado cumplimiento para España, limitan la voluntad del poder legislativo a la hora de crear delitos y penas.

De igual modo, en cuanto a la inflación legislativa, expresamente en lo que refiere a las reformas del Código Penal español, se han pronunciado distintos sectores, el Consejo Fiscal, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General de la Abogacía Española, así como la jurisprudencia y la doctrina científica. Todos estos organismos coinciden en afirmar que no hay duda de que la ruptura con el principio de legalidad es fruto de la proliferación legislativa y de la complejidad de las nuevas materias reguladas, que hacen totalmente ilusoria la aspiración de que todos los ciudadanos conozcan la ley. Desde el llamado Código Penal de la democracia de 1995, ha habido 26 reformas del texto punitivo⁹².

En este sentido, concretamente sobre la fiebre por reformar sin importar demasiado el día después, De Vicente Martínez encuentra delitos que se introducen en la reforma del 2010, por ejemplo, el fraude deportivo, que vuelven a ser modificados cuando no han tenido tiempo de estrenarse en los tribunales. Esta autora también señala las tantas modificaciones de los delitos sexuales, sin encontrar una mínima explicación en la exposición de motivos. Un caso de este tipo de reformas lo constituye la modificación el artículo 240 (que establece la pena del delito de robo con fuerza en las cosas) para añadir un segundo apartado que incluye el tipo agravado previsto en el artículo 241⁹³.

Las reformas del Código Penal generan consecuencias indeseables, debido a las modificaciones continuas en los textos legislativos básicos y la inestabilidad, la falta de certeza en el orden jurídico, la incapacidad de prever las consecuencias del comportamiento humano y la correlativa disminución de las garantías y la seguridad jurídica⁹⁴. Así lo refiere el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal.

91 García Sánchez, "¿Crisis del principio de legalidad por la adopción de la normativa comunitaria?", 310.

92 De Vicente Martínez, "El principio de legalidad penal ¿en periodo de rebajas?", 122 y ss.

93 De Vicente Martínez, "El principio de legalidad penal ¿en periodo de rebajas?", 124 y ss.

94 De Vicente Martínez, "El principio de legalidad penal ¿en periodo de rebajas?", 125 y ss.

Finalmente, otra circunstancia concreta que ilustra la crisis del principio de legalidad, que además da cuenta del protagonismo de la jurisprudencia hasta llegar a convertirse en fuente de derecho, podría ser que el Tribunal Supremo establece doctrina en sus sentencias aplicando una circunstancia atenuante nueva, en virtud del artículo 21.7 del Código Penal español, a partir del cual se reduce la pena como consecuencia de la *atenuante analógica de cuasi-prescripción* en detrimento de la intervención del legislador⁹⁵.

6. Consecuencias derivadas de la crisis del principio de legalidad penal

6.1. Inseguridad jurídica

Desde hace algún tiempo, la doctrina ha distinguido muchas consecuencias derivadas de la crisis del principio de legalidad, tal como lo observamos en el desarrollo de la investigación. Algunas de estas consecuencias se manifiestan, por ejemplo, en la expansión del derecho penal. Otros autores hacen referencia a la discrecionalidad judicial en el momento de aplicación de las leyes y, particularmente, coincidimos en el posible olvido de los fundamentos y garantías del principio de legalidad y, consecuentemente, la inobservancia de las prohibiciones implícitas en los contenidos del principio.

En cuanto a la expansión del Derecho penal, se podrían valorar algunos aspectos negativos. En este sentido, se insiste en la pérdida de seguridad jurídica⁹⁶. Esta es definida como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano de saber o poder predecir cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho⁹⁷. De acuerdo con Radbruch, citado por Zavala Egas, para la realización de la seguridad jurídica se requiere básicamente que exista la *positividad* del Derecho y que ésta reúna, al menos, los siguientes requisitos: a) que la positividad se establezca mediante leyes, b) que el Derecho positivo se base en hechos y no en el arbitrio del juez, c) que esos hechos sean practicables, es decir, susceptibles de verificación y d) que el derecho positivo sea estable⁹⁸.

95 Gutiérrez I Albentosa, "Contra la crisis del principio de legalidad, recordar sus fundamentos", 3 y ss.

96 Santa Cecilia García, "Crisis del Principio de legalidad en materia penal", 276 y ss.

97 Arrázola Jaramillo, "El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del Derecho", 9-27.

98 Jorge Zavala Egas, "Teoría de la seguridad jurídica", *Revista Iuris dictio*, vol. XII, n.º 14 (2011): 220.

El concepto de seguridad jurídica comprende el de legalidad como expresión principal y que cualifica, de conformidad con los requisitos expuestos por Radbruch. Pero ello no es la única consecuencia, indica De Esteban, y mucho menos una simple secuela de esta. Seguridad jurídica es un término idóneo para comprender cualquier fórmula dirigida a contrarrestar todo tipo de peligro para la confianza de los ciudadanos en el Derecho, sea cual fuere la naturaleza del riesgo y de la incidencia subjetiva inherente a él, bien se trate de certeza estable en el conocimiento de la norma, de fe en el correcto funcionamiento de las instituciones o de conciencia del propio valor en la comunidad jurídicamente ordenada⁹⁹.

En este contexto, es claro que el principio de legalidad crea seguridad jurídica cuando el Derecho establecido es efectiva y estrictamente aplicado en la esfera penal y administrativa. La pérdida de seguridad jurídica, como consecuencia de la crisis del principio, podría derivar en poco control sobre las actuaciones de la administración y de la justicia, así como en desconfianza en el correcto funcionamiento de las instituciones.

6.2. Discrecionalidad judicial

El debilitamiento del principio de legalidad en relación con los jueces es, en muchos casos, la consecuencia patológica de una mala legislación, cuando no la consecuencia lógica del principio de constitucionalidad que obliga a los jueces a realizar un examen de la propia validez de las leyes en presencia de los casos concretos. De ahí se sigue la fórmula de la cuestión de inconstitucionalidad¹⁰⁰.

Sobre la arbitrariedad del legislador, cabe advertir que, como es sabido, éste ostenta la competencia exclusiva para la redacción de los tipos penales a la hora de diseñar la política criminal y configurar los bienes jurídicos protegidos desde el derecho penal. Pues bien, en el momento en que ocurre dicha configuración y redacción de los tipos penales, se puede iniciar la causa del problema, esto es, la arbitrariedad del legislador, y su consecuencia negativa: la dificultad de control sobre el ejercicio de la decisión judicial discrecional, ante la redacción abstracta de la norma jurídica por parte del legislador, que permite o facilita los excesos en dicha decisión judicial discrecional, con riesgo de arbitrariedad judicial¹⁰¹.

99 Jorge De Esteban. *Desarrollo político y Constitución española*. (Madrid: Ariel, 1973), 34 y ss.

100 Marina Felicia Gascón Abellán, "El imperio de la ley: motivos para el desencanto", *Jueces para la democracia*, n°32 (1998): 25-35.

101 Gutiérrez I Albentosa, Joan Manel, "Contra la crisis del principio de legalidad, recordar sus fundamentos", 3 y ss.

Al respecto, García Arán sostiene que la doctrina penal es consciente también de que la causa del problema se halla en la tarea legislativa: el arbitrio judicial comienza a ser problemático a partir del momento en que la dicción de la norma imprecisa, vaga o indeterminada permite la arbitrariedad judicial¹⁰². En este sentido, se advierte que el principio de legalidad y su contenido generan la obligación, para el intérprete de la norma, de constreñir su actuación al sentido gramatical de las palabras que conforman el tipo penal, siendo el límite último de su actividad interpretativa, que deviene en una auténtica interdicción de interpretaciones extensivas o analógicas que vayan más allá de la letra de la ley¹⁰³.

En consecuencia, se ha generado una tendencia al incremento de la capacidad de maniobra de los jueces y fiscales en el ámbito penal. Esto se traduce en la progresiva desformalización de las soluciones jurídicas a través del principio de oportunidad y de las soluciones extrajudiciales —en el ámbito de jurisdicción de menores y en la jurisdicción común—, a la hora de la individualización judicial de la respuesta penal mediante mecanismos legales, las reglas de conducta, entre otros, lo cual disminuye la seguridad jurídica al mismo tiempo¹⁰⁴.

6.3. Reemplazo o sustitución del ideal liberal de legalidad

Sobre el reemplazo o sustitución del ideal liberal del principio de legalidad, es necesario recordar, como manifiesta Gutiérrez I Albentosa, los fundamentos de aquel principio como medio para afrontar la arbitrariedad. De conformidad con lo anterior, resulta patente que muchas causas y consecuencias mencionadas sobre la crisis del principio de legalidad han surgido del olvido o inobservancia de sus fundamentos, garantías y prohibiciones.

Se puede discutir si se debería reemplazar el principio de legalidad penal por aquellos movimientos que tratan de desplazar el sistema de fuentes romano-germánicas, *rex iudicata*, de más de 2000 años de tradición, como, por ejemplo, el del precedente, caso concreto o *stare decisis* anglosajón, que no tiene inconveniente en convertir la jurisprudencia en fuente directa del derecho¹⁰⁵. Actualmente, se habla

102 García Arán, Mercedes. *Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el Código penal español*. (Pamplona: Aranzadi, 1997), 32.

103 Gómez Pavón y Bustos Rubio, "Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal", 173 y ss.

104 Gutiérrez I Albentosa, "Contra la crisis del principio de legalidad, recordar sus fundamentos", 3 y ss.

105 Santa Cecilia García, "Crisis del Principio de legalidad en materia penal", 278 y ss.

de una crisis de la ley por su desvalorización como fuente del derecho¹⁰⁶. Al respecto, la formulación inicial del principio de legalidad, desde la óptica anglosajona, poco tiene que ver con la doctrina continental¹⁰⁷.

Señalo lo anterior para finalizar indicando que posiblemente la consecuencia más grave de la crisis del principio de legalidad sería su eventual reemplazo o sustitución. En este sentido, incluso algunos autores ya sugieren la reformulación del clásico principio liberal de legalidad, donde la voluntad residía en el parlamento como expresión de la voluntad popular¹⁰⁸.

7. Observaciones finales y sugerencias para afrontar la crisis del principio de legalidad penal

Desde la positivización del Derecho, el principio de legalidad constituye un importante avance en el reconocimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos. Desde hace ya algunos años, la doctrina mayoritaria sostiene, debido a reacciones científicas e influencias políticas dadas a partir del surgimiento de los regímenes totalitarios en el siglo XX, que el principio de legalidad se encuentra en crisis. Sin embargo, es posible sostener que el ideal positivista, que pretendía encontrar en la ley una certeza absoluta para garantizar la total seguridad jurídica, es el que se encuentre en crisis respecto de las expectativas de la legalidad.

En otros ámbitos del ordenamiento jurídico se plantea, igualmente, la preocupación por la crisis del principio de legalidad. Al respecto, se pueden identificar algunas manifestaciones comunes con el derecho administrativo y el penal. Algunos autores señalan que, en materia de política legislativa, es muy significativo el uso que se está haciendo del decreto/ley como mecanismo ordinario para legislar. Dichos autores coinciden en afirmar que, en el derecho administrativo, ocurre el abuso de las comunidades autónomas al decidir determinados asuntos.

Algunos autores consultados señalan que, hace ya algunos años, se evidencia una crisis de la ley, o de la legalidad en sentido estricto, la cual afecta diferentes ramas del ordenamiento jurídico. Concretamente, las causas identificables destacadas son el surgimiento del derecho penal moderno anti garantista, las consideraciones

106 Arrázola Jaramillo, "El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del Derecho", 24 y ss.

107 Santiago Frago Soldevilla, "La crisis principio de legalidad. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015, asunto Treuhand, C-194/14". En *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*. Dir. por José María Beneyto Pérez y Jerónimo González Orús. (Madrid: Aranzadi, 2019), 287.

108 García Sánchez, "¿Crisis del principio de legalidad por la adopción de la normativa comunitaria?", 330 y ss.

sociales o políticas que obligan al legislativo a crear normas a “velocidad supersónica”, desconociendo exigencias normativas de la Constitución y obligando a los tribunales a fallar en relación con esas normas, y, por último, el abandono del legislador, que se expresa a través de anomalías por desconocimiento del contenido del principio de legalidad. Como desafíos relativos a la crisis del principio de legalidad, se identifican la denominada seguridad posindustrial de nuestro tiempo, la sociedad de la seguridad o del riesgo y el derecho penal simbólico como respuesta severa y pronta al delito.

Desde hace algún tiempo, y según el recuento histórico, la legalidad ha presentado escenarios de crisis. Actualmente, los factores que influyen en esta son, por un lado, el derecho penal de la globalización, que se caracteriza por una tendencia de expansión, una permanente flexibilización y una necesidad de unificación. Por otro lado, tenemos la deficiente técnica legislativa, excesiva producción normativa o también llamada inflación normativa, inexactitud, indeterminación y vaguedad de las normas, así como conceptos jurídicos indeterminados y tipos penales en blanco. También cabe mencionar el aumento del protagonismo de la jurisprudencia hasta llegar a convertirse en fuente de derecho, que se concreta en el desplazamiento de la ley a favor de la interpretación; la incorporación de delitos de peligro abstracto, en virtud de las nuevas realidades y la llamada “sociedad del riesgo”. Finalmente, se debe señalar la percepción de inseguridad jurídica de los ciudadanos, quienes reclaman al legislativo la inclusión de nuevas conductas punibles y el endurecimiento punitivo como mecanismo político criminal para fortalecer la seguridad.

Las consecuencias visibles, derivadas de la crisis del principio de legalidad, se manifiestan principalmente en, primero, la expansión del derecho penal y la pérdida de seguridad jurídica para los ciudadanos; segundo, la discrecionalidad judicial con tendencia al incremento de maniobras de jueces y fiscales en el ámbito penal; y, tercero, el reemplazo o sustitución del ideal liberal del principio de legalidad en conformidad con la modernización del derecho penal.

Finalmente, se sugieren algunos recursos para afrontar la crisis del principio de legalidad. En primer lugar, la solución a dicha crisis la tiene el legislador, que debería recordar los fundamentos, garantías, contenido y prohibiciones del principio de legalidad. En segundo lugar, se debería emprender la utilización de la técnica legislativa, sobre la redacción de normas jurídicas precisas o vetar la redacción de normas abstractas mediante la claridad normativa, que es una consecuencia directa del contenido y principio de la taxatividad penal. Sobre este punto, al menos en el contexto penal, se debe exigir una regulación clara de las normas penales, extinguiendo, en la medida de lo posible, las cláusulas generales,

los conceptos jurídicos indeterminados, así como los conceptos vagos, ambiguos y oscuros.

Sobre la decisión judicial discrecional excesiva, vista como una necesidad eventual para impedir la arbitrariedad judicial, el instrumento legal por excelencia contra este fenómeno es la obligación de motivación de las sentencias y la interposición de los recursos en caso de que se identifique una indebida aplicación normativa.

Se ha hablado de reformas penales y de modernización del derecho penal, los penalistas debemos ponderar, en primer lugar, la necesidad y la posibilidad de aplicación de estas reformas penales según la realidad, recabando para ello la opinión de los científicos que conocen técnicamente los peligros y la mejor forma de prevenirlos, pero también debemos ocuparnos de que estas reformas sean conformes con los valores y derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución.

Una vez salvado en control de compatibilidad con los valores constitucionales, debemos preocuparnos también de que, con las mencionadas reformas, no se perviertan los recursos propios del derecho penal, como los principios de ofensividad, culpabilidad e intervención mínima, salvaguardando el carácter de *ultima ratio* del derecho penal dentro del ordenamiento jurídico, que ciertamente no tiene un anclaje directo en la Constitución, pero que, en todo caso, es un principio básico a tener en cuenta a la hora de planificar una política criminal razonable, prudente y ponderada.

Bibliografía

- Alexy, Robert. "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°23, Berlín, (2000): 197-232.
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Alli Aranguren, Juan Cruz. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*, 1.ª ed. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2008.
- Álvarez González, Elsa Marina. "Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España: Retos actuales". *Revista Vasca de Administración Pública*, n°117 (2020): 17-73.
- Aponte Arcila, Jonás Eduardo. "Crisis del principio de legalidad: discusión recurrente pero necesaria en América Latina". *Revista de Políticas y Problemas Públicos I*, n°14 (2022): 95-111.

- Arrázola Jaramillo, Fernando. "El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del Derecho". *Revista de Derecho público*, n°32 (2014): 9-27.
- Beccaria, Cesare. *De Los Delitos y Las Penas. Comentario al libro "De los delitos y de las penas" / Voltaire*. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza, 2014.
- Cerezo Mir, José. "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n°10 (2002): 47-72.
- Cerezo Mir, José. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.
- De Esteban, Jorge. *Desarrollo político y Constitución española*. Madrid: Ariel, 1973.
- De Vicente Martínez, Rosario. "El principio de legalidad penal ¿en periodo de rebajas?". En *Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del Derecho y la justicia penal*. Dirigido por Cuéllar Serrano, Nicolás González y Demetrio Crespo. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015.
- De Vicente Martínez, Rosario. *El Principio de Legalidad Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- Del Hierro, José Luis. "Legitimidad y legalidad". *Revista Cultura de la Legalidad*, n°4, Madrid (2013): 179-186.
- Estévez Araujo, José. "La crisis del principio de legalidad". *Anuario de filosofía del Derecho*, n°8 (1990): 107-130.
- Farge Collazos, Carlos. "El Estado de bienestar". *Enfoques*, n°1-2 (2007): 45-54.
- Ferrajoli, Luigi. "El Derecho como sistema de garantías". *Themis, Revista de Derecho*, n°29, Madrid (1994): 119-130.
- Fragoso Soldevilla, Santiago. "La crisis principio de legalidad. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015, asunto Treuhand, C-194/14". En *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*. Dirigido por José María Beneyto Pérez y Jerónimo González Orús. Madrid: Aranzadi, 2019.
- Garcés Sanagustín, Ángel. "Algunas consideraciones sobre la decadencia del principio de legalidad en el Derecho español". *Revista Vasca de Administración Pública*, n°103 (2015): 209-253.
- García Arán, Mercedes. *Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el Código penal español*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- García Ricci, Diego. *Estado de derecho y principio de legalidad*, 2.ª ed., Colección de textos sobre Derechos Humanos. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015.

- García Sánchez, Beatriz. "¿Crisis del principio de legalidad por la adopción de la normativa comunitaria?". En *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Dirigido por Carlos García Váldez. Madrid: Edisofer, 2008.
- David Garland. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- Gascón Abellán, Marina Felicia. "El imperio de la ley: motivos para el desencanto". *Jueces para la democracia*, n°32 (1998): 25-35.
- Gómez Pavón, Pilar y Miguel Bustos Rubio. "Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal". *Revista penal México*, n°6 (2014): 169-190.
- González Agudelo, Gloria. "El principio de legalidad "a la carta": vicisitudes de la ley penal del menor y las faltas". En *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Coordinado por Abel Souto. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Gutiérrez I Albentosa, Joan Manel. "Contra la crisis del principio de legalidad, recordar sus fundamentos". *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n°123 (2016): 1-19.
- Hierro Sánchez, Liborio Luis. "El imperio de la ley y la crisis de la ley". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°19 (1996): 287-308.
- Islas Montes, Roberto. "Sobre el principio de legalidad". *Revista Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2009): 97-108.
- Landrove Díaz, Gerardo. *Introducción al Derecho Penal español*. Madrid: Tecnos, 2006.
- Luzón Peña, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- Muñoz Conde, Francisco. "El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales". *Revista Penal*, n°50, Madrid, (2022): 199-208.
- Navarro Dolmestch, Roberto. "Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y 'amenaza de crisis' del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización". En *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Dirigido por Faraldo Cabana. Madrid: Tirant lo Blanch, 2004.
- Ortega Ruiz, Luis Germán y Jairo Becerra. "La Inteligencia Artificial en la decisión jurídica y política". *Revista Araucaria*, vol. XXIV, n°49 (2022): 217-238.
- Palazzo, Francesco. "La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regula *iuris*". *Revista Penal México* II, n°4 (2013): 145-160.

- Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 1997.
- Rubio Llorente, Francisco. "El Principio de Legalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n°39, Madrid, (1993): 9-42.
- Santa Cecilia García, Fernando. "Crisis del Principio de legalidad en materia penal". *Revista Principios del Derecho*, n°1, Dykinson, Barcelona, (2014): 265-292.
- Silva Sánchez, Jesús María. "La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales". *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, n°4, Madrid, (2001): 211-219.
- Silva Sánchez, Jesús, María. "¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)". *Revista InDret*, n.º 10, Madrid, (2007): 1-6.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. "Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa". *Nuevo Foro Penal*, n°71 (2007): 13-66.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. "¿El Derecho penal garantista en retirada?". *Revista Penal*, n° 21(2008): 148-164.
- Vogel, Joachim. "Derecho penal y globalización". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, (2005): 113-126.
- Zavala Egas, Jorge. "Teoría de la seguridad jurídica". *Revista Iuris dictio*, vol. XII, n°14 (2011): 217-229.