

Principio de legalidad penal: ley formal vs. *law in action*¹

Jorge Correcher Mira
Professor Ajudant Doctor
Universitat de València

Abstract

*Este trabajo constituye un estudio comparado sobre el principio de legalidad penal. En concreto, se presentará una aproximación doctrinal y jurisprudencial a este principio desde las culturas legales continental y anglosajona, siguiendo asimismo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como punto de aproximación normativo entre ambas tradiciones jurídicas. Se pretende de este modo ofrecer una nueva perspectiva al estudio del principio de legalidad penal, partiendo de la anunciada confrontación ley formal vs. *law in action*, que se torna en complementariedad a partir de la refundamentación del principio de legalidad penal propuesta en esta monografía. Para ello, ha sido estudiado desde una perspectiva crítica teniendo en cuenta la necesaria adaptación a un contexto, el propio de la posmodernidad, donde el concepto de soberanía popular que orienta su significado se ha visto diluido por la hegemonía del pensamiento neoliberal en la Unión Europea y la progresiva desconstitucionalización del Estado social y democrático de derecho.*

Sumario

- 1. Planteamiento**
- 2. Legitimidad política y legalidad penal: el Derecho penal entre la defensa de la soberanía y la Europa de los intereses financieros**
- 3. La norma penal como *law in action*: aproximación metodológica desde el Derecho penal comparado**
- 4. El principio de legalidad penal en la cultura legal continental: propuesta de refundamentación a partir de los conceptos de *estricta legalidad* y *law in action***
- 5. El principio de legalidad penal en el Derecho penal inglés: su papel como elemento central del concepto *rule of law***
- 6. El principio de legalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**
- 7. Conclusión**

¹El presente documento es una versión revisada de la defensa de la tesis doctoral titulada “El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático”, dirigida por los Prof. Joan Carles Carbonell y Antoni Llabrés, el pasado 14 de diciembre de 2016 en el Departamento de Derecho penal. Con idéntico título al de esta ponencia, *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, será publicada estos meses en la editorial Tirant lo Blanch la monografía resultante de dicha investigación.

1. Planteamiento

El principio de legalidad penal ha sido desde la Ilustración el fundamento de la llamada *libertad de los modernos*. En efecto, su existencia como corolario de un Derecho penal liberal ha permitido que formulaciones repetidas en los primeros cursos de todas las facultades de derecho tales como “el Código penal es una Constitución en negativo” o “todo lo que no está prohibido está permitido”, se conviertan en máximas que todo jurista reconoce como inherentes a los presupuestos de un Estado democrático de Derecho. Por tanto, la preeminencia de la legalidad penal, entendida tanto en su vertiente programática de principio constitucional como desde la perspectiva de derecho fundamental que sirve de garantía para el ciudadano, se ha convertido desde la Ilustración en un elemento esencial para el desarrollo de un garantismo penal regido por la máxima del principio general de libertad.

Ahora bien, volviendo a la frase de Benjamin Constant, deberíamos preguntarnos si el principio de legalidad entendido estrictamente en su significado liberal puede ser fundamento de la *libertad de los posmodernos*. Este es el interrogante que motiva la realización de este trabajo donde, partiendo de una serie de cambios en los presupuestos de partida del Derecho penal liberal, se pretende ofrecer una propuesta destinada a reforzar el contenido esencial del principio de legalidad penal en un contexto político-social, el propio de la posmodernidad, en el que existen determinados obstáculos que podrían relativizar su importancia. En este sentido, dos son los riesgos que, a partir del análisis realizado en este trabajo, pueden permitir un debilitamiento o vulneración del significado garantista del principio de legalidad penal.

En primer lugar, el inicio de este estudio coincide con un momento de crisis de legitimidad, además de legalidad, en el Estado español consecuencia, a su vez, de la situación de conflicto político, social y económico originado a nivel global por el estallido de la Gran Recesión que se ha convenido situar a principios del año 2008. Centrando la argumentación en la situación de crisis de legalidad política en el Estado español, es de especial importancia reconocer la pérdida de soberanía en el ámbito de la Unión Europea como consecuencia de la consolidación del proceso de integración comunitaria, especialmente a partir de la firma del Tratado de Maastricht en 1992. Dicha tendencia ha venido marcada por una progresiva desprotección de los derechos y libertades de los ciudadanos de los Estados parte, la cual se ha visto reforzada por la hegemonía del pensamiento neoliberal en la Unión Europea que, a partir de una lógica puramente financiera, ha permitido una limitación en los derechos sociales de los ciudadanos.

Así pues, sin dudar de la existencia de otras consideraciones ideológicas, ha sido la comúnmente *razón económica*, aceptada por los parlamentos nacionales, la que ha venido debilitando el contenido político del concepto de soberanía popular. De acuerdo con lo expuesto, cabría preguntarse si esta práctica podría extenderse en lo relativo al Derecho penal, tradicionalmente vinculado al concepto de soberanía popular por su limitación del

ius puniendi al ámbito estrictamente estatal. Si el concepto de soberanía continua viéndose minusvalorado desde esta primacía del pensamiento neoliberal, podría debilitarse el contenido esencial del principio de legalidad penal, en base a la progresiva preeminencia de la razón económica mencionada.

Así las cosas, debe remarcarse que la crítica a la Unión Europea contenida en estas páginas no proviene de una postura *antieuropea* ni *euroescéptica*, sino todo lo contrario: en este trabajo se discute la legitimidad actual de las instituciones comunitarias precisamente porque se reconoce la necesidad de que el proceso de integración europea sea un camino sin retorno. De hecho, no ha habido mayor generador de euroescépticos en los últimos años que el conjunto de políticas monetarias, sociales o humanitarias desarrolladas por la Unión Europea. Como puede apreciarse fruto de la gestión de la crisis en Grecia o del propio *Brexit*, los derroteros actuales de la Unión Europea parece que sólo pueden terminar en una progresiva diáspora de lo que en su día fue un proyecto compartido de integración política y solidaridad entre Estados.

En segundo lugar, el principio de legalidad penal se enfrenta en la actualidad—tomando como marco de referencia el ordenamiento jurídico español— a un progresivo debilitamiento de su dimensión democrática. Sobre este particular, y considerando las tendencias político-criminales de las modernas reformas penales, entiendo que las aspiraciones de máxima libertad derivadas del principio *pro libertate* se han visto del todo desatendidas por una legislación penal que, de forma sistemática, ha infringido tanto las garantías políticas como técnicas derivadas del principio de legalidad penal. Se ha debilitado pues la *razón democrática* del principio de legalidad como consecuencia de una técnica legislativa contraria al concepto de seguridad jurídica así como por un rigor punitivo innecesario, como puede deducirse del análisis de las penas y medidas de seguridad desde la conexión entre los principios de legalidad y proporcionalidad. Así pues, la crisis de legalidad política derivada de la minusvaloración del concepto de soberanía popular tiene asimismo como consecuencia un déficit de legitimidad democrática por una política-criminal autoritaria y retrograda.

2. Legitimidad política y legalidad penal: el Derecho penal entre la defensa de la soberanía y la Europa de los intereses financieros

Por lo que respecta a los fundamentos políticos, parto de la actual crisis de legitimidad política reconocible en el ámbito europeo, consecuencia de una hegemonía del pensamiento neoliberal que pretende desnaturalizar cuestiones vitales para el mantenimiento de un Estado social y democrático de Derecho. Este proceso, que pretende esconderse en una apariencia de neutralidad técnica, ha llevado a legitimar por encima de la soberanía popular la razón económica impuesta a los parlamentos nacionales desde instancias comunitarias u organismos supranacionales de dudosa legitimidad política, como por ejemplo el FMI. No obstante, esta apariencia de neutralidad, no es más que un posicionamiento ideológico en su más pura extensión, puesto que la asunción de un

lenguaje técnico, marcadamente economicista, no puede legitimar las limitaciones de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Este escenario ha sido descrito como un marcado proceso de *desconstitucionalización*, concepto que representa la crisis del constitucionalismo democrático como consecuencia de la primacía de una razón económica que antepone los intereses del Mercado a la salvaguarda de los principios constitucionales. Lo que me pregunto en esta tesis es qué podría ocurrir si este proceso, pretendidamente legitimado por su validez científica, afectara también al Derecho penal, con la amenaza que esto supondría para un principio constitucional tan estrechamente unido a la soberanía popular como lo es el principio de legalidad penal.

Para responder a este interrogante, se ha defendido la necesaria vocación crítica en el estudio del Derecho penal, considerando inconcebibles aquellas propuestas que limiten sus fundamentos a la mera validez científica, a partir de formulaciones que pretenden reconducir la dogmática penal al estudio apriorístico. En este sentido, no he dudado en asimilar con esta pretensión el neofuncionalismo sistémico propuesto por JAKOBS, como muestra inequívoca de esta pretendida neutralidad técnica o científica, que esconde en su contenido un posicionamiento ideológico claro. En el caso del autor alemán, bastan con mencionar la incompatibilidad con la protección de los derechos humanos del *derecho penal del enemigo*, como muestra de autolegitimación normativa desentendida de cualquier legitimación externa.

Por lo tanto, ¿qué hacemos para articular el potencial crítico de la dogmática penal en una situación de crisis de legalidad política? La respuesta ha sido presentar el concepto de *estricta legalidad* como fundamento político de este estudio. Partiendo de la propuesta de FERRAJOLI, pretendo subordinar la legitimidad del ordenamiento jurídico al aseguramiento de las condiciones de disfrute de los derechos fundamentales, de modo que el principio general de libertad, como fundamento de legalidad, sería reconocible siempre de forma correlativa a la igualdad material y la justicia social. Este modelo me ha permitido desarrollar una propuesta donde puede afirmarse que no existiría legalidad penal efectiva sin el previo reconocimiento de las condiciones materiales de vida que permiten apreciar una legalidad política. O dicho en otras palabras, para poder actuar libremente hay que tener la capacidad de ser libre. Así las cosas, el concepto de *estricta legalidad* permite fundamentar una *dogmática de los derechos* que canalice el potencial crítico del Derecho penal.

3. La norma penal como *law in action*: aproximación metodológica desde el Derecho penal comparado

Respecto de los fundamentos metodológicos, he formulado el *método democrático* como marco de referencia de este estudio. Su importancia radica en que mediante su desarrollo pretendo establecer una coexistencia entre la garantía formal y material del principio de legalidad penal, para así recuperar su dimensión democrática.

Para ello, se refuerza el contenido del principio general de libertad, considerando que las limitaciones impuestas por la *autoritas* deben regirse por la garantía de permitir el máximo de libertad posible, minimizando el recurso al Derecho penal. Esta postura viene acompañada por una defensa de la concepción objetiva de la seguridad jurídica, que supone reconocerla como límite al *ius puniendi* y garantía de neutralidad en su desarrollo como regularidad estructural y funcional de dicha potestad punitiva. Si bien puede verse que partimos de la garantía formal de la legalidad penal, el *método democrático* pretende integrar la garantía material del derecho a la legalidad penal representada por el control jurisdiccional. Esto es así porque a la luz de las últimas reformas en el ordenamiento jurídico español parece difícil sostener que la garantía formal del principio puede ser suficiente para armonizar su dimensión democrática, como consecuencia de un rigor punitivo insostenible, así como de la incongruente indeterminación en materia de técnica legislativa. Esta correlación no supondría abandonarse al arbitrio judicial, sino más bien reforzar el control jurisdiccional de la legalidad penal, mediante la integración de la dimensión democrática del principio en el proceso de interpretación-aplicación de las normas penales.

Por otra parte, en el marco de este estudio comparado, el método propuesto integra una *razón democrática* en el sentido de permitir un análisis no-discriminatorio de los órdenes jurídicos estudiados, a partir de la comprensión dialéctica de cuestiones transversales a su desarrollo. Así las cosas, partiendo del principio general de libertad y el concepto de seguridad jurídica, se han integrado cuestiones como la naturaleza jurídica del precedente interpretativo, o los fundamentos de la interpretación-aplicación de las normas penales por los Tribunales.

A partir del estudio de dichas cuestiones, se ha presentado el concepto de *law in action* como corolario del *método democrático*, correlativo a la función correctiva de la dogmática penal siguiendo el concepto de *estricta legalidad*, o lo que se ha denominado como *dogmática de los derechos*. El concepto de *law in action* supone asumir una dimensión problemática del principio de legalidad penal, considerando la importancia de la interpretación-aplicación de la norma penal por los tribunales como garantía material del juicio de legalidad penal, de acuerdo con la diferenciación entre los conceptos de vigencia y validez de la norma jurídica. Si bien la *ley* puede ser vigente de acuerdo con la garantía formal del principio de legalidad penal, será su aplicación sometida a los controles democráticos de la dogmática penal y la judicatura lo que la convierte realmente en *derecho*.

4. El principio de legalidad penal en la cultura legal continental: propuesta de refundamentación a partir de los conceptos de *estricta legalidad* y *law in action*

Estos fundamentos políticos y metodológicos han sido integrados en el análisis presentado respecto del principio de legalidad en la cultura legal continental, centrandose

el discurso en el ordenamiento jurídico español, para así alcanzar una dimensión propositiva.

En este sentido, puede observarse el entendimiento ofrecido a la prohibición de retroactividad, sosteniendo su inclusión como parte del contenido esencial del principio de legalidad. Para ello, he fundamentado esta posición a partir de una orientación en términos objetivos de la seguridad jurídica, rechazando propuesta de alcance subjetivo que parecen más bien transmitir la responsabilidad al ciudadano en su adhesión a la norma. De igual modo, he defendido la admisión de la retroactividad favorable a partir de una fundamentación que parte del principio general de libertad como presupuesto del principio de legalidad. Esta postura permite reconocer una serie de exigencias desde el principio de prohibición de exceso, puesto que únicamente en los supuestos estrictamente necesarios sería posible el castigo de una conducta, de forma que si la vigencia temporal del principio de legalidad permite la aplicación retroactiva de una norma penal favorable, no podría refutarse como necesaria la limitación de libertad que supondría no aplicar esta posibilidad. Así las cosas, se entendería la vigencia temporal del principio de legalidad no de manera sincrónica, sino diacrónica. Esto supone que la vigencia de la norma en los supuestos de retroactividad favorable no se limitaría a una perspectiva lineal, puesto que la mencionada lógica diacrónica permitiría entender como vigente aquella disposición penal que retroactivamente fuera favorable. Desde esta postura, personalmente considero admisible la interpretación jurisprudencial favorable que pudiera aplicarse con efectos retroactivos. Eso sí, no supondría atribuir a los tribunales una función legislativa, sino un mecanismo correctivo en supuestos no contemplados por la disposición normativa, siguiendo en todo caso criterios coherentes de unificación jurisprudencial que armonizaran el precedente interpretativo. No cabría en todo caso aceptar giros jurisprudenciales que pudieran aplicarse de forma desfavorable a la esfera jurídica del reo, como se ha criticado por la doctrina respecto de la STS 197/2006 de 28 de febrero relativa a la Doctrina Parot, que supuso al posterior condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Del Río Prada c. España*, a por infracción del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por lo que respecta a la taxatividad como integrante del contenido esencial del principio de legalidad, ésta ha sido estudiada desde la perspectiva del mandato de determinación y el valor normativo de la jurisprudencia. Para esto, se ha considerado el principio de igualdad como parte fundamental de la determinación de las leyes penales, desde una doble perspectiva donde puede entenderse tanto *igualdad en la ley* como *igualdad en la aplicación de la ley*. De acuerdo con esta diferenciación, se han expuesto cuestiones tales como la dicotomía entre el desarrollo generalizador o casuístico de las normas penales, optando por una postura acorde al contenido objetivo de la seguridad jurídica, considerando la necesidad de aspirar a una elaboración generalizadora de las normas penales, pero garantizando criterios de concreción que no permitan una abstracción inaplicable de las disposiciones normativas. Partiendo de estas premisas, se ha aceptado

la utilización conceptos jurídicos indeterminados, rechazando por el contrario la extensión de cláusulas generales por la inexistencia en su significado de cualquier atributo reconocible como núcleo esencial de la norma penal.

La determinación de las leyes penales se enfrenta a la dicotomía propia de un desarrollo generalizador o casuístico de las normas penales. Desde esta perspectiva, se han confrontado los conceptos de seguridad jurídica en sentido estricto y justicia material considerando que, si bien ambas posibilidades aceptan matices, es necesario aspirar a una elaboración generalizadora de las normas penales, permitiendo en todo caso criterios de concreción que, siguiendo lo dispuesto para el principio de igualdad, no permitan una abstracción inaplicable de las disposiciones normativas.

En este sentido, los requisitos de generalización pueden requerir en ocasiones de un cierto grado de indeterminación que permita una atribución de significado acorde a las necesidades aplicativas de las normas penales. Como muestra de este proceso, se ha discutido sobre la aceptación de los conceptos jurídicos indeterminados y las cláusulas generales, como muestra de la *desformalización* del mandato de determinación, a partir de conceptos con un contenido valorativo. Por lo que respecta a los conceptos jurídicos indeterminados, su inclusión respondería al esquema de generalización apuntado para ser posteriormente diferenciados mediante la interpretación-aplicación por los tribunales. Más difícil sería aceptar las cláusulas generales, puesto que en este caso la propia generalización queda establecida por un concepto vago, de forma que deberían limitarse excepto en los supuestos donde dicha vaguedad no afecte al carácter esencial de la norma penal.

Por otra parte, se ha reparado en el riesgo de que, mediante una utilización exhaustiva del lenguaje propio de la técnica legislativa, se incurra en la *sobreinclusión* o *infrainclusión* del contenido de las disposiciones normativas, consecuencia de la imposibilidad de formular en unos términos completamente precisos los enunciados legislativos.

La validez del mandato de determinación no se vería limitada a la vigencia de la norma penal, sino también a la *aplicabilidad* de su contenido a partir del proceso de interpretación-aplicación desarrollado por los tribunales. De este modo, podría reconocerse una perspectiva normativa en el valor de la jurisprudencia como parte de la determinación de la ley penal. Esta posibilidad vendría precisada por una postura hermenéutica que, a partir del principio general de libertad y el concepto de seguridad jurídica en sentido estricto, posibilitara reconocer una dimensión axiológica en las decisiones de los tribunales, siguiendo los conceptos de *estricta legalidad* y *law in action* desarrollados en este trabajo

5. El principio de legalidad penal en el Derecho penal inglés: su papel como elemento central del concepto *rule of law*

A continuación, presentaré una descripción de los rasgos esenciales del principio de legalidad en la cultura legal anglosajona, concretamente en el Derecho penal de Inglaterra y Gales. Esta ha sido una parte especialmente bonita de esta tesis, puesto que me ha brindado la oportunidad de comunicar una realidad jurídica que ha sido tradicionalmente desatendida por la doctrina penal continental. Para ello, he presentado una visión amplia e integral del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico inglés, de acuerdo con el marco constitucional posterior a la aprobación de la *Human Rights Act*, el sistema de fuentes legales propio del ámbito jurídico del *common law*, así como la centralidad del principio de legalidad dentro del concepto constitucional conocido como *rule of law*. Suele afirmarse de forma un tanto aventurada que en el *common law no existe el principio de legalidad*. Pues bien, después de este estudio considero que esta sentencia podría reconducirse a que los británicos *no tienen nuestro principio de legalidad*, lo cual no quiere decir que no hayan sido capaces de construir su propio entendimiento de la legalidad penal.

Por lo que respecta al desarrollo del principio de legalidad en el Derecho penal inglés, como ordenamiento jurídico perteneciente al ámbito del *common law*, se ha presentado una visión integrada de su evolución a partir de la aprobación de la *Human Rights Act* 1998, así como las peculiaridades propias del sistema de fuentes de la cultura legal anglosajona, y la importancia del principio de legalidad como elemento central del concepto *rule of law*. Veamos a continuación algunas de las conclusiones más relevantes de estas cuestiones en el desarrollo del principio de legalidad en el Derecho penal inglés.

La aprobación de la *Human Rights Act* supone un nuevo escenario normativo en el Derecho penal inglés por la incorporación directa del contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico británico. De especial importancia para este estudio es la inclusión en su art. 7 del principio de legalidad penal, en la medida en que su reconocimiento normativo le otorga un lugar de preeminencia en el ordenamiento jurídico británico. Sobre esta cuestión, es significativo lo dispuesto por la s. 2 (1) HRA, donde quedan recogidos los criterios que debe seguir el *case law* en la interpretación del contenido del CEDH incorporado por la HRA. Así, se otorga a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos un efecto persuasivo sobre el *case law* británico, confiando en el margen de apreciación y la responsabilidad institucional de los tribunales nacionales para no entrar en contradicciones con la doctrina jurisprudencial del TEDH. En sentido similar, puede señalarse el valor de las reglas interpretativas contenidas en la s. 3 (1) HRA, pues se dispone que la interpretación de las disposiciones legislativas británicas debe realizarse en unos términos compatibles con la protección efectiva de los derechos y libertades recogidos en la HRA. De acuerdo con lo expuesto, se ha considerado la importancia de este nuevo escenario normativo para el significado del

principio de legalidad penal en la medida en que permite una evolución de acuerdo con los estándares propios del Tribunal de Estrasburgo.

Pasando a la relación del principio de legalidad penal con el sistema de fuentes del *common law*, se han expuesto los riesgos que para su protección en el Derecho penal inglés representan determinadas cuestiones. En primer lugar, el carácter casuístico de las *Statutory Offences*, que ha producido cierta hipertrofia legislativa en el Derecho penal inglés; en segundo lugar, pese a que se ha reducido su producción, la existencia de *Common Law Offences*, delitos creados directamente por los tribunales, o reglas y criterios interpretativos de la Parte General del Derecho penal elaboradas por los tribunales. En consecuencia, el casuismo y la falta de precisión de las fuentes legales propias del Derecho penal inglés podrían no colmar las exigencias derivadas del principio de legalidad penal.

En relación con ambas instituciones, se ha considerado la importancia de la *Human Rights Act 1998*, en la medida en que las secciones 2 (1) y 3 (1) permiten una evolución normativa de estas cuestiones a partir de una interpretación estricta (*strict construction*) de su significado desde la perspectiva de la protección otorgada al principio de legalidad. Pese a esta funcionalidad correctora de la *Human Rights Act 1998*, no han sido pocas las voces que han reclamado avances en materia de codificación penal, especialmente en lo relativo a las reglas interpretativas de los conceptos de la Parte General. No obstante, esta posibilidad se presenta en la actualidad como una discusión todavía abierta, en la medida en que las resistencias propias de un ordenamiento jurídico del *common law* a la codificación penal han dificultado que ésta pueda llevarse a cabo, pese a las demandas de la moderna doctrina anglosajona.

Finalmente, la centralidad del principio de legalidad como elemento integrante del concepto *rule of law* supone reconocer la dimensión democrática del principio en la cultura legal anglosajona. Sobre esta cuestión, se ha presentado una aproximación a la visión formal y sustancial de la *rule of law*, considerando que, si bien debe partirse de la corrección procedimental representada por la garantía formal de este concepto, su importancia no puede magnificarse, pues limitaría el alcance del concepto por su reducción a una *ideología* en sí misma. Por ello, se ha expuesto la necesaria consideración de la perspectiva sustancial del concepto *rule of law*, a partir de una integración en su significado por parte de los tribunales de la protección efectiva de los derechos y libertades de los ciudadanos, de modo que sus fundamentos puedan reconocerse como un *ideal* democrático.

Esta posibilidad sería coherente con la representación del *case law* en la cultura legal anglosajona puesto que forma parte de su atribución de funciones actuar como garantía material de los derechos y libertades de los ciudadanos. De este modo, podría observarse un marco de referencia coherente con el desarrollo del principio de legalidad de acuerdo con los presupuestos estructurales del *common law*. Así las cosas, la posición del principio

de legalidad como elemento central del concepto *rule of law* permitiría que, de acuerdo con el reconocimiento normativo efectuado por el art. 7 de la *Human Rights Act* 1998, pudiera reconocerse una integración efectiva de los derechos y libertades de los ciudadanos por parte de los tribunales.

Como parte del contenido esencial del principio de legalidad penal en la cultura legal anglosajona, se ha reconocido la importancia de la vigencia temporal de la norma penal para así fundamentar la prohibición de retroactividad. Su aceptación se encuentra relacionada de forma directa con los requisitos de máxima certeza y seguridad jurídica. La integración del requisito de certeza desde la perspectiva de la irretroactividad supone que las posibles ambigüedades en lo concerniente a la aplicación e interpretación de las normas penales sean resueltas de acuerdo con los materiales legales vigentes en el momento en que se produce el supuesto de hecho. De forma paralela, la remisión a la seguridad jurídica supone una garantía desde el punto de vista de las expectativas que los ciudadanos asumen en relación con la adecuación de su comportamiento a las normas penales vigentes.

Así las cosas, no puede exigirse el cumplimiento de una disposición normativa incorporada al ordenamiento jurídico de forma posterior a la realización del comportamiento por parte de la persona a quien éste se le imputa. Asumida la prohibición de retroactividad como regla general, se contempla la excepción a este elemento esencial en los supuestos donde la modificación en la disposición normativa suponga un cambio favorable en la esfera jurídica del reo. La existencia de esta excepción se configura como una posibilidad para suavizar el rigor punitivo ante una conducta concreta, en un escenario donde se produce un cambio legislativo posterior la realización de dicho actuar.

La prohibición de retroactividad en la cultura legal anglosajona presenta mayores dificultades cuando ésta se proyecta, no sobre las disposiciones normativas, sino respecto de su interpretación por el *case law*. El carácter dinámico del *common law* supone que en determinados supuestos pueda observarse conflictos cuando el *case law* se ha visto tentado por realizar una aplicación retroactiva de las normas penales.

Sobre esta cuestión, la problemática radica en el peligro de relativizar los requisitos de seguridad jurídica y certeza, así como por la falta de consistencia que supondría limitar el contenido esencial de la irretroactividad, convirtiéndolo en un asunto de mera oportunidad, cambiante de acuerdo con los condicionantes externos que pudieran influir en la interpretación de los tribunales en el caso concreto. En este sentido, puede resaltarse la crítica de la doctrina anglosajona a la creación de nuevos delitos por los tribunales (*Common Law Offences*) que permita criminalizar *ex post facto* una conducta, cuestión que supondría una aplicación retroactiva *per se* del *case law*. De acuerdo con lo expuesto, se ha criticado la doctrina del *thin ice principle* basada en criterios de previsibilidad subjetiva que descargan la responsabilidad para el cumplimiento de las normas penales en los ciudadanos, descuidando los deberes de certeza y seguridad jurídica impuestos a

los poderes públicos. Siguiendo esta doctrina, cabría la aplicación retroactiva *in malam partem* de una decisión jurisprudencial si el ciudadano podía tener una mínima sospecha sobre la ilicitud de su comportamiento. Esta postura ha sido rechazada por la moderna dogmática anglosajona, considerando necesaria una actividad legislativa que elimine los posibles espacios de arbitrariedad que podrían ser utilizados por los tribunales para extender la aplicación retroactiva del derecho.

Por lo que respecta a la admisión de la retroactividad de la jurisprudencia en el *common law*, el carácter dinámico del *case law* permite en determinados supuestos donde se discute la aplicación de las *general defences* o *excuses* reconocer una potestad adjudicativa en la actividad interpretativa de los tribunales. El principio de adjudicación permite, desde la perspectiva del Derecho penal inglés, una valoración *ex post facto* de la responsabilidad penal del sujeto atendiendo a las circunstancias que envuelven el comportamiento delictivo. En este sentido, cabría preguntarse si estas reglas adjudicativas son compatibles con la irretroactividad como elemento esencial del principio de legalidad. La doctrina entiende que, partiendo de la consideración de que el principio de adjudicación reconoce que determinadas disposiciones normativas están preferentemente dirigidas a los tribunales en la interpretación-aplicación del caso concreto, puede considerarse su compatibilidad con la vigencia temporal del principio de legalidad, especialmente en aquéllos supuestos donde no exista una codificación sobre las eximentes de la responsabilidad penal.

Esta apreciación del principio de legalidad en relación con la adjudicación realizada respecto del *case law* viene a reafirmar la necesidad de ofrecer un marco legal donde el precedente pueda actuar como criterio para reducir la potencial arbitrariedad que supondría el tratamiento de la atribución de responsabilidad penal sin considerar las *excuses* desde una perspectiva sustantiva. El desarrollo de las reglas de adjudicación, teniendo siempre en cuenta la preeminencia de la soberanía parlamentaria en los supuestos donde exista una regulación normativa, o como mínimo la voluntad de realizarla, lleva a la doctrina a aceptar la inclusión de ciertas excepciones a la presunción de irretroactividad mediante la remisión al principio de adjudicación, en la medida en que aparece el principio de legalidad penal como criterio orientador aplicado a las decisiones jurisprudenciales.

El significado del principio de legalidad en el Derecho penal inglés encuentra la formulación *fair warning* como máxima propia del *common law* donde quedan englobados los requisitos de certeza y seguridad jurídica como elementos centrales de la determinación de las normas penales. Mediante este concepto, se pretende garantizar la certeza y consiguiente aprehensión del ordenamiento jurídico por parte de los ciudadanos, de forma que puedan adecuar su comportamiento al marco de referencia establecido por las leyes penales. En este sentido, entraría en contradicción con el significado del concepto *fair warning* la existencia de *Statutory Offences* con un contenido y lenguaje

anacrónicos, repletos de valoraciones morales o éticas que difícilmente pueden concretarse en un espacio de interpretación estrictamente normativo.

El concepto de *fair warning* puede encontrarse ante obstáculos en los supuestos donde el *case law* incurra en cierto grado de inseguridad al establecer los supuestos que formarían parte del precedente. En este sentido, puede verse de qué manera el concepto *fair warning* no se limita estrictamente a las normas penales de elaboración parlamentaria, sino también a la interpretación realizada por el *case law*. Así las cosas, se ha considerado como contraria a los requisitos de certeza y seguridad jurídica representados por el concepto *fair warning* la llamada *policy of social defence*, basada en la atribución de cierta flexibilidad al contenido esencial del principio de legalidad para así ofrecer a los tribunales un margen interpretativo extensivo que permita la *sobrecriminalización* de determinadas conductas especialmente desvaloradas en el ámbito social.

El concepto *fair warning* no impide que en las leyes penales puedan incluirse conceptos jurídicos indeterminados necesarios para favorecer la adaptabilidad de las normas penales a supuestos de hecho variados. Sobre esta cuestión, señala la doctrina anglosajona la dificultad de formular las disposiciones normativas de forma completamente cierta, puesto que la imprecisión del lenguaje puede ser asumida por los requisitos de seguridad jurídica y certeza siempre que la indeterminación de estos conceptos no suponga la imposibilidad de acceder al contenido de la disposición normativa.

De acuerdo con lo expuesto, puede argumentarse la inviabilidad de anticipar las múltiples combinaciones de circunstancias fácticas que pueden darse en la realidad regulada por las normas penales. En este sentido, la existencia de conceptos evaluativos no debe entenderse como una renuncia a cumplir el significado del principio de legalidad penal, sino que únicamente ofrecen un mínimo de flexibilidad interpretativa en supuestos que no pueden anticiparse previamente a la realización de la conducta.

El concepto *fair warning* integra dentro de su significado el concepto *fair labelling* como elemento integrante del principio de legalidad penal. Su significado se concreta en la exigencia de nombrar con claridad, certeza y precisión los comportamientos considerados como delictivos, con la finalidad de representar efectivamente la naturaleza de la conducta y la magnitud de la transgresión respecto de la ley penal. La denominación del delito mediante la terminología más clara posible supone garantizar que, desde una perspectiva *ex ante*, el sujeto pueda saber de forma efectiva si su comportamiento se encuentra englobado dentro del delito delimitado por una formulación concreta, reforzándose así la máxima de predictibilidad. De igual manera, desde una consideración *ex post*, asume una función declaratoria sobre la inclusión de determinados comportamientos en una categoría delictiva concreta.

6. El principio de legalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Expuesta la evolución del principio de legalidad en el Derecho penal inglés a partir de la aprobación de la *Human Rights Act*, se ha cerrado este estudio con un análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a modo de punto de aproximación normativo entre ambas culturas legales. Para abarcar este objetivo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo presenta una flexibilización, no siempre positiva, de los requisitos esenciales del principio de legalidad penal propios de la tradición jurídica continental. Este debilitamiento permite integrar rasgos tradicionales del *common law*, especialmente considerando la importancia conferida a la interpretación jurisprudencial como parte de la asimilación del CEDH como instrumento vivo, que requiere del TEDH una interpretación dinámica y evolutiva.

Para cumplir estos objetivos, puede destacarse la elaboración de conceptos autónomos por parte del TEDH, siendo de especial significación el concepto material de ley presentado a partir de la *STEDH Sunday Times c. Reino Unido, de 26 de abril de 1979*, y seguida por los *leading cases* en materia de legalidad penal. Dicha interpretación sigue una postura sustancial, asumida no solo como enunciado normativo formalmente reconocido en un texto legal, sino también integrando como *ley* el resultado de la interpretación jurisprudencial, pudiendo entenderse como *derecho*. Este desarrollo puede reconocerse como una suerte de “guiño” a los sistemas del *common law*, debiendo estar en todo caso sometido a los requisitos cualitativos de previsibilidad y accesibilidad elaborados por el Tribunal de Estrasburgo, proyectándose éstos tanto sobre la prohibición de retroactividad de las leyes penales, como respecto de la determinación de la ley penal.

La definición de los requisitos de previsibilidad y accesibilidad presenta dudas por el casuismo con que han sido utilizados por la doctrina jurisprudencial del TEDH, como muestra el famoso caso *S.W. c. Reino Unido de 22 de noviembre de 1995* relativo a la defensa conocida como *marital rape*, o el caso *Cantoni c. Francia de 11 de noviembre de 1996*, donde establece como complemento para observar los requisitos de previsibilidad y accesibilidad el recurso a asesoramiento legal por parte del sujeto. De este y otros casos parece deducirse un tratamiento excesivamente rígido de estos requisitos cualitativos, a partir de un examen subjetivo de las condiciones generales del contexto punitivo que reducen su significado a lo subjetivamente previsible. Esta valoración recupera la doctrina del *thin ice principle* criticada desde la cultura legal anglosajona. Siguiendo esta doctrina, lo que parece decirnos el TEDH es que no puede señalarse el punto concreto donde el hielo puede quebrar, sino simplemente avisar a los patinadores del riesgo que corren al entrar en una capa de hielo que en cualquier momento puede desmoronarse. Volviendo a los casos anteriores, puede aceptarse esta argumentación en el supuesto de *S.W. c. Reino Unido*, puesto que el demandante alegaba una defensa arcaica del *common law* conocida como *marital rape* para justificar la violación de su esposa, habiendo sido esta defensa superada por doctrina y jurisprudencia.

Sin embargo, más problemas presenta en el caso de *Cantoni c. Francia*, puesto que el demandante, gerente de un supermercado, termina siendo condenado por el suministro de un muy concreto producto de parafarmacia, cuyos componentes no podían ser vendidos al público en establecimientos de estas características, según el Código de Salud Pública. Esto ha llevado a apreciar esta previsibilidad en unos términos que parecen remitir a la reprochabilidad, como se ha puesto de manifiesto en la STEDH *Sud Fondi c. Italia de 20 de enero de 2009*, donde se aprecia una conexión entre el juicio de legalidad penal en relación con el principio de culpabilidad.

A pesar de estas críticas, no pueden obviarse los avances realizados por la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Derechos Humanos para la construcción de un estándar de mínimos en la cultura europea de la legalidad, a partir del desarrollo de la escueta definición contenida en el art. 7 CEDH. Sin ser exhaustivo, me gustaría destacar el reconocimiento en la STEDH *Scoppola c. Italia*, de 17 de septiembre de 2009, de la admisión de la retroactividad favorable, así como el desarrollo de un concepto autónomo de pena donde se incluye la ejecución penitenciaria, a partir de una noción intermedia entre ejecución y aplicación que permite incluir ambas dentro de la garantía de legalidad penal. Esta argumentación, en conexión con el concepto material de ley previamente señalado, permitió sustentar la anulación de la conocida como Doctrina Parot mediante la STEDH *Del Río Prada c. España*, mostrando la validez del Tribunal de Estrasburgo como instancia de protección de los derechos y libertades de la ciudadanía europea.

7. Conclusión

A modo de conclusión, simplemente recalcar que esta investigación pretendía contribuir al desarrollo de la cultura de la legalidad en el Derecho penal, mediante el refuerzo, o siendo pesimistas, la recuperación del significado del principio de legalidad penal. Se ha entendido esta legalidad en un sentido estricto, como legalidad política a partir del reconocimiento de las condiciones materiales de disfrute de los derechos fundamentales como presupuesto inherente para que pueda reconocerse el principio de legalidad penal. Asimismo, a partir de las aportaciones de la cultura legal anglosajona o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha considerado la necesidad de integrar este componente democrático en el proceso de interpretación-aplicación de las normas penales por los tribunales.

Para ello, se han presentado los conceptos de *estricta legalidad* y *law in action*, a efectos de desarrollar su contenido material y potenciar la garantía democrática que representan. En el estado de cosas actual, no creo que pueda haber nada más transformador que pensar y disputar el significado de palabras como “democracia”, “derecho”, y por supuesto, “legalidad”. Este ha sido el objetivo del estudio comparado propuesto en este trabajo, a partir de un entendimiento crítico del Derecho penal como mecanismo de control social, pero también de la vocación garantista que debe asumir la dogmática penal para proteger los derechos y libertades de la ciudadanía.