

## Estructuras analíticas del principio de legalidad

Juan Pablo Montiel

Crimint

### **Abstract\***

*El artículo acerca un estudio de las estructuras fundamentales del principio de legalidad a partir de distinguir las incumbencias de los poderes constituidos en las tareas de crear, interpretar e integrar el Derecho penal y de identificar las bases del sistema normativo. Desde esta óptica, el artículo presupone identificar como principal cometido del principio de legalidad la delimitación de las competencias de los poderes constituidos y alejarse de (sin rechazarla completamente) la visión clásica que reduce la función de legalidad a la orientación de conductas del ciudadano. Sobre esta base se propone hacer un diagnóstico de los principales problemas de este principio constitucional, pero también acercar soluciones, sobre la base de las herramientas conceptuales aportadas desde la filosofía analítica y en especial desde las nociones básicas de los sistemas normativos.*

*Der Aufsatz stellt eine Untersuchung der grundlegenden Strukturen des Gesetzlichkeitsprinzips dar, die von der Unterscheidung verschiedener Formen bei der Schaffung, Auslegung und Fortbildung des Strafrechts sowie von der Bestimmung der Grundlagen des normativen Systems ausgeht, aber auch von seiner Funktion für die Feststellung vom Basis des normativen Systems. Unter diesen Gesichtspunkt lässt sich die Beschränkung der Kompetenzen der staatlichen Gewalten als Hauptaufgabe des Gesetzlichkeitsprinzips verstehen. Dies weicht in gewisse Weise von der klassischen Aussicht ab, nach der die Funktion der Gesetzlichkeit bestünde in die Steuerung der Bürgerverhaltensweisen. Ziel des Beitrags ist es daher, die Hauptprobleme dieser Grundannahme zu diagnostizieren und Lösungen zu formulieren, die vor allem auf aus der analytischen Philosophie stammende theoretische Instrumente – insbesondere auf die Hauptbegriff der normativen Systeme – stützen.*

*This paper analyzes the fundamental structure of the legality principle from the point of view of the distinction between the powers of each branch of Government in the creation, interpretation and integration of the criminal law, as well as in the identification of the bases of this normative system. The paper assumes that the most important task for the principle of legality is the delimitation of the powers of each branch of Government within the criminal law domain, thus setting itself apart from the classical approach and its focus on the guidance of the citizenry's conduct. With the help of analytical philosophy, especially the analytical theory of normative systems, the most difficult problems surrounding the principle of legality will be diagnosed and resolved.*

*Titel:* Analytische Strukturen des Gesetzlichkeitsprinzips.

*Title:* Analytical Structures of Legality.

*Palabras clave:* analogía, base del sistema, integración judicial, interpretación, legislación, prohibición de retroactividad, lagunas, sistema normativo.

*Stichworte:* Analogie, Auslegung, Basis des normativen Systems, Gesetzgebung, Lücken, normatives System, richterliche Rechtsfortbildung, Rückwirkungsverbot.

*Keywords:* Analogy, Basis of the Normative System, Interpretation, Judicial Law's Integration, Legal Gaps, Legislation, Normative System, Prohibition of Retroactive Penal Law.

---

\* El autor agradece a Iñigo Ortiz de Urbina por sus valiosos comentarios a este trabajo.

## Sumario

1. Una mirada a las bases analíticas del principio de legalidad
2. El principio de legalidad en una teoría (embrionaria) de las garantías jurídico-penales
3. El principio de legalidad como delimitador de las competencias de los poderes constituidos en materia penal
4. Competencias delimitadas por el principio de legalidad
5. Creación del Derecho penal
  - 5.1. Pautas constitucionales y mandato de *lex propria*
  - 5.2. Competencias marginales de los poderes constituidos y excepciones a la regla
    - a) La integración del Derecho penal como asunción de potestades “cuasi-legislativas” por parte del juez
    - b) Leyes penales en blanco: ¿co-legislación del poder ejecutivo?
    - c) El mandato de taxatividad y la dimensión material de la creación de Derecho penal
6. Identificación de la base normativa del sistema jurídico-penal
  - 6.1. Noción de “base normativa” y su dimensión material
  - 6.2. Sobre los efectos de la denominada “constitucionalización del Derecho” en la dimensión material de la base normativa del sistema jurídico-penal
  - 6.3. Bases normativas originarias y derivadas del sistema jurídico-penal
  - 6.4. La irretroactividad de la ley penal como manifestación de la dimensión temporal del sistema de fuentes
7. Delimitación de las facultades interpretativas del juez
  - 7.1. Equívocos de la expresión *lex stricta* y límites del principio de legalidad a la interpretación de la ley penal
  - 7.2. Interpretaciones posibles, arbitrarias y óptimas de la ley penal
8. Integración de la legislación penal
  - 8.1. Defectos legislativos condicionantes de la integración del Derecho penal
  - 8.2. Restricciones concretas de la legalidad en la integración del Derecho penal
9. Reflexiones finales
10. Bibliografía

## 1. Una mirada a las bases analíticas del principio de legalidad

En una de las obras críticas del Derecho penal posmoderno más influyente de las últimas décadas, Wolfgang NAUCKE<sup>1</sup> supo trazar un diagnóstico del tratamiento que recibe el principio de legalidad en la doctrina, que, por provocador que resulte, lamentablemente no es exagerado:

“Los grandes manuales de Derecho penal, que tendrían motivo y espacio suficiente como para exponer planteamientos personales y vigorosos sobre el mismo, se limitan a una escueta consideración sobre el alcance del artículo 103 II GG. El tenor literal de las consideraciones es el siguiente: el principio de legalidad penal no es un problema central del Derecho penal.

Existen en la doctrina extensas obras sobre el principio de legalidad penal, y sin embargo ninguna aborda el problema real del «principio de legalidad penal»; antes bien muestran un panorama aséptico de la bibliografía —por supuesto siempre con muestras de escepticismo ante las demandas de un principio de legalidad penal no comprometido”.

Más allá de la carga retórica de estas expresiones, el contenido del diagnóstico puede fácilmente compartirse. En mi opinión, si echamos un vistazo a la literatura especializada aparecida en las últimas décadas en español y alemán, no parece advertirse ninguna exposición que supere o ahonde el (poco discutido) opúsculo de Bernd SCHÜNEMANN, titulado “*Nulla poena sine lege?*”<sup>2</sup>. Este trabajo de 1978 no es en absoluto revolucionario, puesto que mantiene el formato clásico de los análisis sobre los fundamentos y las exigencias del principio de legalidad. Sin embargo, evidencia el loable intento de profundizar el modelo clásico a partir de argumentos mucho más sofisticados y que abrieron por aquel entonces nuevos frentes de debate. Hasta donde llego, un estudio ulterior comparable brilla por su ausencia.

Sin dudas, existen innumerables motivos capaces de explicar este vacío en la ciencia jurídico-penal. En mi opinión, no creo que se trate de un olvido del tema, pues constantemente se encuentran referencias a la problemática y se denuncian extralimitaciones en la labor judicial y legislativa que chocan contra el principio de legalidad. Más bien considero que la doctrina ha ido construyendo poco a poco (e inconscientemente) un callejón sin salida a las especulaciones teóricas, como consecuencia de haberse encorsetado en los criterios clásicos que operan en la fundamentación del principio de legalidad y en la derivación de las restricciones que impone a los poderes constituidos. De este modo, la creencia (errónea) de que los problemas teóricos de la legalidad ya estaban zanjados por la doctrina y de que, a partir de allí, los inconvenientes sólo podían surgir de la praxis, bloqueó el interés por explorar nuevos horizontes que nos hagan notar las insuficiencias teóricas que todavía hoy nos acechan. Según mi parecer, estas insuficiencias se presentan de manera palmaria en el nivel de la fundamentación del

---

<sup>1</sup> NAUCKE, «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia del positivismo relativista y politizado», en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 531, 533.

<sup>2</sup>SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, 1978, *passim*.

principio de legalidad y en el de las restricciones específicas a la actuación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

La presente contribución simplemente se propone presentar algunos criterios analíticos que permitan oxigenar el estudio del principio de legalidad, especialmente en lo referido a su función ordenadora de las competencias de los poderes constituidos<sup>3</sup>. Sin perjuicio de algunas distinciones que se aportan aquí y que sugieren cambiar nuestra mirada sobre algunas cuestiones clásicas, el trabajo se preocupa más por reorganizar la información disponible en la literatura que por generar otra nueva<sup>4</sup>. El lector no debería buscar en las páginas que siguen respuestas a todas las cuestiones fundamentales de interés práctico y teórico, dado que mi principal cometido es *diseccionar* las grandes estructuras subyacentes, dentro de las cuales se desarrollan los problemas cardinales del principio de legalidad. En este sentido, la contribución no tiene como objetivo principal dar respuesta a temas puntuales de la legalidad<sup>5</sup>, sino más bien ofrecer –mediante la identificación de las estructuras fundamentales– herramientas conceptuales para que esas respuestas puedan alcanzarse de manera más lúcida. En cualquier caso, confío en que la disección de las bases analíticas pueda ayudarnos a develar las rémoras que todavía arrastramos en el estudio de un tema tan antiguo como relevante.

## 2. El principio de legalidad en una teoría (embrionaria) de las garantías jurídico-penales

Si bien es muy común encontrar expresiones tales como “el Derecho penal es el sismógrafo de la Constitución” o “el Derecho penal es Derecho constitucional aplicado”<sup>6</sup>, todavía resulta difícil encontrar explicaciones teóricas robustas que logren explicar ese puente entre el Derecho constitucional y el Derecho penal. Ello especialmente se observa en aquellas materias “penales” que resultan particularmente sensibles para el Derecho constitucional, como pueden ser las garantías jurídico-penales. Basta echar un vistazo al tratamiento que los manuales asignan a este tópico para encontrarse con un panorama que muestra la escasa o nula sistematización de estas garantías a partir de principios o nociones iusconstitucionales<sup>7</sup>. Por lo general, los principios de culpabilidad, de humanidad de las penas, de legalidad, de personalidad de las penas, el principio de subsidiariedad, el derecho a condiciones carcelarias mínimas, etc., aparecen alistados uno detrás de otro sin ningún tipo

---

<sup>3</sup> Por ello, aquí se buscan complementar las líneas argumentales desarrolladas respecto a los fundamentos del principio de legalidad en MONTIEL, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, pp. 93 ss.

<sup>4</sup> Ello explica también que la literatura citada no incluya todos los trabajos aparecidos en los últimos años sobre el principio de legalidad, sino solo los que me parecieron más pertinentes para la óptica del trabajo.

<sup>5</sup> De este modo, excede ampliamente al trabajo el estudio de temas vinculados a los que aparecerán aquí tratados, pero que no son netamente *estructurales*, tales como el alcance del principio de legalidad en el Derecho procesal penal, la distinción entre interpretación extensiva y analogía, el tratamiento de los efectos “*in malam partem*” derivados del reconocimiento de causas supralegales de justificación o los condicionamientos de la legalidad en la teoría de los concursos.

<sup>6</sup> Expresiones éstas que se derivan indirectamente de la caracterización del Derecho procesal penal, cfr. MAIER, «¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho», *LH-Roxin*, 2001, p. 786.

<sup>7</sup> Como excepción (que confirma la regla) vale destacar el intento de sistematización básico, pero muy loable, que se ofrece en MIR PUIG, *PG*, 8<sup>a</sup> ed., 2008, Lección 4.

de idea rectora que otorgue una mínima sistematización. En mi opinión, esta situación es el reflejo (entre muchas otras cosas) de la falta de una teoría de los principios penales<sup>8</sup>, pero especialmente de las garantías político-criminales.

Los primeros mimbres conceptuales de una teoría de las garantías jurídico-penales deberían hallarse en la fundamental distinción que hacen las constituciones modernas entre una parte dogmática y una parte orgánica. Según mi parecer, esta distinción expresa mucho más que una mera taxonomía que busca deslindar cuestiones ligadas a la organización del Estado y a los derechos fundamentales. Más bien, si pensamos esa división a partir de las ideas de quienes la pergeñaron —básicamente el constitucionalismo clásico—, encontraremos que detrás de ella está presente la necesidad de limitar el poder del Estado de dos modos diferentes. Sin perjuicio de que las partes dogmáticas de nuestras constituciones modernas suelen contener declaraciones políticas, su núcleo principal está dado por el reconocimiento de derechos fundamentales que, según la lectura clásica, representan límites al Estado<sup>9</sup>. Éste no puede desconocer la vida, la libertad, la propiedad o la intimidad de sus ciudadanos. La aceptación de estos derechos representa en el fondo el reconocimiento del ciudadano como un sujeto de Derecho, un sujeto dotado de dignidad que no puede ser instrumentalizado en ningún caso para cumplir con los fines del Estado. Dicho esto, la parte dogmática impone límites al poder del Estado frente a la *ciudadanía*<sup>10</sup>. En cambio, la parte orgánica cristaliza un límite al ejercicio *per se* del poder estatal, esto es, busca equilibrar el ejercicio y evitar la concentración del poder público<sup>11</sup>. Ello explica que, así como en la parte dogmática la idea rectora es la dignidad humana, en la Parte orgánica es la idea de la división de poderes la guía de toda su estructuración<sup>12</sup>. Según esto último, las dimensiones más importantes del ejercicio del poder público (legislar, gestionar y administrar justicia) deben quedar en manos de tres instituciones diferentes, encabezadas a su vez por órganos diferentes<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Buenas excepciones en este panorama general lo constituyen los trabajos de SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, 2012, *passim*; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Los principios en el Derecho y la dogmática penal*, 2004, *passim*; YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y función en la argumentación penal*, 2002, *passim*; MONTIEL, *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, 2009, pp. 214 ss. En mi opinión, el principal cometido de una teoría de los principios penales demanda una clasificación según detenten o no naturaleza constitucional. En este sentido, cabría diferenciar principios político-criminales *de carácter constitucional* (*v. gr.* principio de legalidad, principio de humanidad de las penas, principio de personalidad de las penas, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad, etc.), cuya infracción conlleve la inconstitucionalidad de la medida en cuestión, y principios político-criminales *de carácter operativo* (*v. gr.* principio de lesividad, principio de subsidiariedad, etc.), orientados a garantizar el uso racional del *ius puniendi* y cuya infracción no trae aparejada la inconstitucionalidad. Siguiendo aquí la clásica distinción kantiana de imperativos, el primer grupo de principios serían imperativos categóricos, mientras que los segundos imperativos hipotéticos.

<sup>9</sup> ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 1995, pp. 23, 82; COMANDUCCI, «Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico», en CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 82.

<sup>10</sup> COHEN/VARAT/AMAR, *Constitutional Law. Cases and Materials*, 2005, pp. 125 ss.; SULLIVAN/GUNTHER, *Constitutional Law*, 17ª ed., 2007, pp. 340 ss.

<sup>11</sup> COHEN/VARAT/AMAR, *Constitutional Law*, 2005, pp. 465 s.; SULLIVAN/GUNTHER, *Constitutional Law*, 17ª ed., 2007, p. 244; PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, 14ª ed., 1998, pp. 576 ss.

<sup>12</sup> ROSATTI, *Tratado de Derecho constitucional*, t. I, 2010, p. 82.

<sup>13</sup> VILE, *Constitutionalism and the separation of powers*, 2ª ed., 1998, pp. 16, 25 ss.

La clasificación de nuestras garantías jurídico-penales no debería escapar a esta distinción esencial que plantea la Constitución, de allí que puedan reconocerse un grupo de garantías que encarnan principalmente la idea de dignidad humana de la parte dogmática, mientras que otro grupo será el reflejo en el campo jurídico-penal de las exigencias de la parte orgánica<sup>14</sup>. Dentro del primer grupo podría ubicarse, entre otros, al principio de resocialización, de humanidad de las penas, de culpabilidad, de personalidad de las penas o el derecho a las condiciones carcelarias mínimas<sup>15</sup>. Mientras que en el segundo grupo el principio estelar es el principio de legalidad. Justamente, desde esta perspectiva no debería sorprender a nadie cuando se lee en la literatura que el principio de legalidad tiene una raíz jurídico-política ligada a la división de poderes<sup>16</sup>, dado que ello refleja justamente el “linaje constitucional” de este principio.

Que el principio de legalidad aparezca enunciado en muchos casos en la parte dogmática de las constituciones o que se diga —siguiendo ciertos derroteros del pensamiento clásico— que la legalidad garantiza la previsibilidad y (por ello) en última instancia la libertad de los ciudadanos, no impide seguir viéndoselo como un principio “de” la parte orgánica de la Constitución. En cuanto a la primera cuestión, las partes dogmáticas de las Constituciones suelen cumplir el rol —además de reconocer derechos fundamentales— de una suerte de parte general de la Constitución, y por esta razón se resumen allí valores o principios que pueden corresponder en sentido estricto a otra parte del cuerpo constitucional, de allí que en algunas constituciones aparezca el principio de legalidad en la parte dogmática<sup>17</sup>. Respecto a la segunda cuestión, ciertamente la legalidad se propone garantizar la previsibilidad de los ciudadanos, pero (y aquí viene el punto decisivo) a partir de que se pueda anticipar cuál va a ser la reacción del Estado ante ciertas circunstancias. Precisamente, esta previsibilidad va a estar sujeta a lo que los poderes constituidos del Estado puedan hacer concretamente en el marco de un sistema democrático. En resumen, el principio de legalidad debe ser entendido como una garantía jurídico-penal destinada a garantizar la división de poderes y, por ende, la parte orgánica de la Constitución.

---

<sup>14</sup> Un esbozo de esta distinción ya en MONTIEL, «La garantía constitucional de la humanidad de las penas», en RIVERA *et al.* (eds.), *Tratado de Derecho constitucional*, 2014, pp. 511 ss.

<sup>15</sup> En este listado aparecen enunciados fuertemente deónticos que expresan límites de carácter constitucional que excluyen la criminalización (o el modo de castigo) sobre la base de razones constitucionales “preferentes” (cfr. VON HIRSCH, «Tolerancia como *mediating principle*», en EL MISMO *et al.*, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, p. 164). Esta clase de garantías resulta susceptible de complementación, gracias a los denominados *mediating principles* y a otros principios netamente instrumentales. Sobre estas últimas categorías, cfr. VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS, «Introducción: ¿Qué son los «*mediating principles*»?», en LOS MISMOS, *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 58 ss.

<sup>16</sup> Entre muchos otros, cfr. ROXIN, *AT I*, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 5, nm. 20 s.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, pp. 9 ss.; MIR PUIG, *PG*, 8.<sup>a</sup> ed., 2008, Lección 4, nm. 7.

<sup>17</sup> Éste es el caso de la Constitución argentina y española.

### 3. El principio de legalidad como delimitador de las competencias de los poderes constituidos en materia penal

Frente a una concepción bastante extendida en la literatura desde los tiempos de FEUERBACH, que fundamenta el principio de legalidad a partir de la idea de previsibilidad de la ciudadanía y de la prevención general<sup>18</sup>, aquí se propone trasladar nuestra atención a lo que hacen los poderes constituidos. Ello no implica negar que el principio de legalidad ayuda a que los ciudadanos puedan anticipar las reacciones estatales y gozar a partir de ello de mayor libertad<sup>19</sup>. Más bien, se quiere decir que es fundamental controlar que quien se encarga de crear una regla jurídico-penal lo haga de manera taxativa y que quien se encarga de aplicarla o de interpretarla se apegue al parámetro legislativo de decisión. El principio de legalidad entonces delimita el ámbito competencial de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial en todo lo que se refiere al tratamiento de las cuestiones penales<sup>20</sup>. Dicho esto, la legalidad no sólo garantiza saber de qué modo reaccionarán los poderes del Estado ante la comisión de un delito, sino también permite a los ciudadanos impedir a esos poderes un castigo por fuera de la ley.

El primer paso que corresponde dar aquí es identificar cuáles son esas competencias que el principio de legalidad pretende delimitar. Ellas pueden resumirse en las siguientes: creación del Derecho penal, identificación de las bases normativas del sistema jurídico-penal, interpretación e integración del Derecho penal<sup>21</sup>. Frente a la primera de estas competencias el principio de legalidad dispone cuál es la autoridad habilitada para criminalizar una conducta o establecer una pena y de qué manera debe regularse el contenido normativo. En la identificación de la base del sistema normativo del Derecho penal el principio de legalidad determina qué enunciados normativos pueden ser utilizados por el juez para justificar una decisión que resuelve una controversia judicial que se le presenta. Asimismo, la legalidad otorga pautas a los jueces para saber qué interpretaciones aceptar y cuáles no y además para determinar si judicialmente el sistema jurídico-penal de normas puede ser corregido ante un descuido de quien lo creó.

Los análisis que ofrecen los tratados y la literatura especializada en el principio de legalidad no se elaboran a partir de considerar individualmente las competencias que están en juego y se concentran, en cambio, en mandatos concretos y en sus destinatarios. Sin embargo, ello no ha hecho más que ayudar a la confusión de planos analíticos y a no dar respuestas claras a los grandes problemas. Incluso las denominaciones empleadas para los mandatos (*lex certa*, *lex stricta*, *lex scripta* y *lex praevia*) colaboran

---

<sup>18</sup> FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1845, § 20.

<sup>19</sup> Ello ya fue expuesto con maestría por MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 2ª ed., 1993, p. 107

<sup>20</sup> BOCKELMANN/VOLK, *AT*, 4ª ed., 1987, pp. 9 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, § 9, nm. 4; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, § 5/14.

<sup>21</sup> Tomando en consideración estas competencias, resulta absolutamente plausible la afirmación de que el principio piensa principalmente en el juez y sólo marginalmente en el legislador, cfr. KUHLEN, «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, p. 154.



más bien poco a clarificar el panorama. Por ejemplo, en el caso de la *lex stricta*, que representa la prohibición de analogía, de ninguna manera podría entenderse que la ley debe tener la característica de ser estricta, sino que el carácter estricto es un requisito del que debe gozar la *aplicación* de la ley<sup>22</sup>.

#### 4. Competencias delimitadas por el principio de legalidad

Desde que el Código penal es creado hasta que sus reglas son aplicadas a un caso concreto van interviniendo diferentes poderes constituidos del Estado realizando diversas actividades. Muchas de ellas –que aquí serán caracterizadas como *competencias*– suelen ser correctamente descritas por la literatura y habitualmente se mencionan en los análisis (aunque de manera incompleta) algunos aspectos relativos a la *creación de la ley, la aplicación de la ley y la corrección o integración judicial del Derecho penal*, como las competencias que se corresponden respectivamente con los mandatos de *lex certa, lex praevia y lex stricta*. Otras competencias tales como la *interpretación de la ley penal* o la *identificación de las bases normativas del Derecho penal* suelen ser ignoradas o, como sucede con la primera de ellas, suelen ser estudiadas en el lugar (y, por añadidura, con un abordaje) incorrecto. A los fines expositivos, diseccionaré el análisis del principio de legalidad tomando como criterio cuatro competencias distintas: la *creación del Derecho penal*, la *identificación de las fuentes aplicables* del Derecho penal, la *interpretación de la ley penal* y la *integración del Derecho penal*. Como veremos, cada una de ellas involucrará a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de diferente manera.

Frente a la cuestión relativa a la *creación de Derecho penal*, la función delimitadora del principio de legalidad se aprecia a la hora de determinar quién es la autoridad legitimada para crear un Código penal e introducir normas complementarias. Dicho de otro modo: la legalidad se encarga de determinar quién es la autoridad habilitada constitucionalmente para criminalizar conductas, establecer penas y causas de exclusión de la responsabilidad penal, de determinar mecanismos de individualización y ejecución de la pena, etc. Sin dudas, la cuestión más delicada es explicar de qué manera podrían en casos excepcionales participar de la tarea creadora órganos distintos de los primigeniamente legitimados; algo que la praxis y la ciencia aceptan, pero cuya fundamentación no alcanza a estar del todo clara. Ahora bien, en la determinación de esta competencia no resulta decisivo para el principio de legalidad determinar únicamente criterios de legitimidad creadora (*i. e.* cuál de los poderes constituidos está habilitado para crear delitos y establecer penas), sino también criterios relativos a la formulación del enunciado legal. En esta última dirección apunta justamente nuestro principio al demandar una ley y una pena determinada y clara en virtud del mandato de determinación o taxatividad<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> KUHLEN, en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, 2012, p. 154.

<sup>23</sup> Entre muchos otros, cfr. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, pp. 136 s.; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 5, nm. 11; KINDHÄUSER, *AT*, 5ª ed., 2011, § 3, nm. 5; FRISTER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 4, nm. 11 ss.; MIR PUIG, *PG*, 8ª ed., 2008, Lección 4, nm. 16.

Cuando toda norma entra en fase de ser aplicada, el órgano encargado de llevar adelante esta etapa deberá realizar determinadas actividades. Así, cuando se plantea ante los estrados judiciales un caso individual los jueces deben determinar, como primera medida, cuál es el conjunto de normas que están obligados a aplicar para ese caso concreto; es decir, el aplicador debe determinar cuáles son los enunciados normativos que está obligado a considerar para resolver el caso que se le plantea. El principio de legalidad también está llamado aquí a aportar criterios para identificar aquellos enunciados jurídicos que conforman la base del sistema normativo. Como se verá más adelante, esos criterios no sólo indican cuáles son los componentes de la base normativa en la sistematización, sino también coordinadas temporales o cronológicas<sup>24</sup>, puesto que las fuentes producen con cierta frecuencia nuevos enunciados normativos y por ello resulta fundamental determinar dentro de qué ámbito temporal son válidos esos enunciados. Este aspecto temporal de la competencia de identificación del sistema de fuentes es explicado bajo el mandato de *lex praevia*.

Una vez que son seleccionadas las normas que conforman la base, el juez deberá necesariamente interpretarlas para delimitar su ámbito de aplicación y saber, a partir de ello, qué casos y cómo son resueltos por ese conjunto finito de normas<sup>25</sup>. A diferencia de otras concepciones interpretativas que pululan en ciertos ambientes académicos<sup>26</sup>, aquí se defenderá que la interpretación consiste en un procedimiento mediante el cual el intérprete *identifica* el o los significados de los términos empleados en el enunciado normativo y se decide por aquella reconstrucción interpretativa más óptima. El principio de legalidad también establece ciertas restricciones en el ámbito interpretativo, dado que no cualquier interpretación puede ser hecha pasar por válida. Ello significa que el principio de legalidad puede verse infringido no solamente cuando el juez hace uso de la analogía, sino también cuando avala una interpretación que no encuentra apoyo en las reglas del habla de una determinada comunidad de hablantes. De este modo, el principio de legalidad tiene restricciones diferentes para la interpretación y para la analogía.

Existe además una competencia en todo este procedimiento que, a diferencia de las anteriores, tiene un carácter contingente respecto a la actividad del juez<sup>27</sup>. Todo aplicador del Derecho debe primero identificar las fuentes aplicables y luego interpretarlas para finalmente identificar cómo resuelve el sistema jurídico-penal el caso que se le presenta. Sin embargo, puede suceder que al concluir la etapa

---

<sup>24</sup> Sobre la relevancia de este aspecto para los sistemas normativos en general, cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, p. 124.

<sup>25</sup> Desde luego que ello presupone una tesis según la cual la interpretación es un acto de comprensión del material jurídico ineludible en la actividad judicial y, por ende, que no está reservado a la resolución de los casos difíciles. En este sentido, TRIFFTERER, *AT*, 2ª ed., Cap. 2/22; FUCHS, *AT*, 6ª ed., 2004, Cap. 4/1; OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 2, nm. 38; ANTOLISEI, *PG*, 14ª ed., 1997, p. 84; BACIGALUPO, *Principios del Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., p. 68; CUELLO CONTRERAS, *PG I*, 3ª ed., 2002, nm. 73; GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5ª ed., 2003, pp. 5 ss.

<sup>26</sup> Me refiero a quienes ven en la interpretación un procedimiento *atributivo* de significado, con lo que la norma no tendría ningún significado hasta tanto no pasar por las manos del intérprete. Esta visión de la interpretación presupone, en mi opinión, un determinado concepto de Derecho que, según la caracterización de GARCÍA AMADO, podría catalogarse como “concepción material del Derecho”, cfr. GARCÍA AMADO, «Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho», *Doxa*, (24), 2001, pp. 89 s.

<sup>27</sup> ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 10ª ed., 2005, p. 177.

interpretativa se encuentre con que el legislador ha hecho una incorrecta selección de casos para asignar una determinada consecuencia jurídica. Puede ser que, por ejemplo, ante el caso de un hurto entre una pareja que convive de hecho advierta el juez que cuando el legislador hizo la selección de las propiedades relevantes de los casos del art. 268 CP español (coincidente con el art. 185 CP argentino) no fue lo suficientemente fino y debería haber reconocido también esa eximente para los concubinos. En este sentido, la solución del castigo pareciera afectar la consistencia axiológica del sistema normativo. Frente a este tipo de problemas el principio de legalidad aspira asimismo a aportar criterios, no sólo para determinar si efectivamente se puede reconocer una falla en la legislación que amerite una corrección judicial, sino también para escoger el tipo de método de corrección al que puede acudir el juez<sup>28</sup>. Esta etapa se conoce en la teoría clásica del método jurídico como *integración del Derecho (penal)*, que con un sentido más gráfico puede igualmente nombrarse *perfeccionamiento del Derecho (Rechtsfortbildung)*<sup>29</sup>, puesto que de lo que se trata es justamente de que el juez modifique la legislación para enmendar un descuido del legislador. Como se enfatizará más adelante, es fundamental tener presente esta última circunstancia, pues en esta etapa el juez no busca transformarse en un “activista” que se subleva frente al Derecho, sino más en un colaborador del legislador que busca corregir aquellas fallas involuntarias en las que se incurrió en la creación de la norma.

## 5. Creación del Derecho penal

### 5.1. Pautas constitucionales y mandato de *lex propria*

En este apartado la primera pregunta relevante está referida a cuál de los tres poderes constituidos del Estado está legitimado para establecer las conductas delictivas, las penas y para fijar otras condiciones de su imposición (*v. gr.* reglas de individualización de la pena, reglas de suspensión o extinción de la condena o de la acción penal, etc.). En este sentido, las constituciones suelen responder a la respuesta de manera inequívoca: solamente – aunque como regla – el legislador está legitimado a crear Derecho penal. En el caso de la Argentina el art. 18 CN (Constitución Nacional) establece que nadie “puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” y algo similar dispone el constituyente español en el art. 25 1. CE (Constitución Española). De estos preceptos no deben surgir demasiadas dudas acerca de que el constituyente ha querido emplear el término *ley* o *legislación* de manera estricta.

---

<sup>28</sup> MONTIEL, «Regulaciones de excepción y prohibición de analogía», *InDret*, (3), 2013, pp. 19 ss.

<sup>29</sup> Klaus F. RÖHL/Hans Christian RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 2008, pp. 633 ss.

Con esta cuestión específica se involucra el llamado principio de reserva<sup>30</sup> o también mandato de *lex propria*. El Derecho penal de génesis deliberada<sup>31</sup> solamente puede ser incorporado a nuestros ordenamientos jurídicos mediante una decisión expresa del poder legislativo, pero además dicha decisión debe haber sido adoptada siguiendo los procedimientos preestablecidos en el Texto Constitucional, lo que en el caso de España aparece reglado por su Constitución a partir del art. 81. Esta última cuestión no sólo está referida a los pasos y trámites que exige cada Constitución que se siga dentro del seno del Parlamento (*v. gr.*, discusión en comisiones parlamentarias, aprobación por ambas cámaras, etc.) o fuera de él (*v. gr.*, promulgación por el poder ejecutivo), sino que además pueden ser de valor las mayorías con que esas leyes deben ser aprobadas. Esto último resulta irrelevante para muchos ordenamientos jurídicos que no demandan a nivel constitucional mayorías especiales para las leyes penales o que afectan derechos fundamentales (como es el caso argentino), pero *de lege ferenda* debería ser algo necesario a tener en consideración, debido al grado de injerencia que importan las sanciones penales en los derechos fundamentales de los condenados<sup>32</sup>.

Además, conviene agregar que habitualmente los textos constitucionales no solamente cuentan con reglas que expresamente habilitan al Parlamento a dictar el Código penal y sus leyes complementarias, sino que también otras reglas de idéntico rango enfatizan de diferente manera la inhabilitación de otros poderes en la creación de Derecho penal. Así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico argentino el art. 76 CN prohíbe implícitamente la delegación legislativa al poder ejecutivo, del mismo modo que el art. 99 inc. 3 párr. 2 prohíbe expresamente que el poder ejecutivo dicte decretos de necesidad y urgencia en materia penal. Una limitación específica del proceso de legislación penal también se encuentra en el art. 39 3ª párr. CN en el que se veda la posibilidad de que una reforma legislativa en materia penal tenga su génesis en la iniciativa popular. Con independencia de la nacionalidad de esta normativa constitucional, debe destacarse que ella pone en evidencia la sensibilidad del constituyente ante la gravedad de las consecuencias penales y, a partir de allí, su celo en excluir del proceso de legislación penal la injerencia de otros poderes o agentes que puedan macular la fundamentación fuertemente democrática de la ley penal.

---

<sup>30</sup> Sobre su extensión semántica, cfr. KUDLICH, «El principio de legalidad en el Derecho procesal penal (en especial, en el Derecho procesal penal alemán)», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, 2012, pp. 442 ss.; recientemente, PÉREZ BARBERÁ, «Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal», *En Letra Derecho penal*, 2015, pp. 45 ss.

<sup>31</sup> Por Derecho penal “de génesis deliberada” me refiero a aquel sistema jurídico-penal que surge de la *decisión* de una autoridad estatal competente. Ello se contrapone a aquel Derecho que surge de fuente *no deliberada*, esto es, que no surge de la decisión de una autoridad institucional sino espontáneamente de la dinámica de los ordenamientos jurídicos, como sucede en el ámbito del Derecho penal internacional con la costumbre.

<sup>32</sup> Entre las Constituciones que exigen mayorías cualificadas para aprobar leyes penales cabe citar, entre otras, a las de España (art. 81) y Colombia (art. 152). En el caso de Argentina, ello se exige por la doctrina, cfr. MAIER, en LASCANO (ed.), *LH-Roxin*, 2001, p. 783.

## 5.2. Competencias marginales de los poderes constituidos y excepciones a la regla

- a) La integración del Derecho penal como asunción de potestades “cuasi-legislativas” por parte del juez

La vigencia de la regla de *lex propria* suele toparse, según parte de la doctrina, con una primera objeción relativa al carácter creativo que asumen ciertas actuaciones de los jueces. Tal objeción resulta justificada porque efectivamente en ciertos casos extraordinarios el juez crea Derecho y se presenta así la necesidad de justificar esta excepción desde el punto de vista de la división de poderes. Sin embargo, estas competencias excepcionales son ejercidas en muchas menos ocasiones de las que habitualmente suele indicarse entre los penalistas.

En general, la teoría de la ley penal se encuentra fuertemente influenciada por la metodología jurídica de corte alemán, muy propensa a favorecer acepciones maximalistas del concepto “creación judicial”<sup>33</sup>. Especialmente, la hermenéutica –siguiendo aquí algunos derroteros ya trazados por KELSEN–<sup>34</sup> ve difícilmente separables los conceptos de actividad judicial y creación del Derecho. Desde esta perspectiva, por ejemplo, no sólo la analogía sino también toda aplicación de la ley implicaría un acto de creación judicial, puesto que en la concreción de una ley en un caso concreto el juez agregaría elementos que no venían dados previamente por la ley<sup>35</sup>. La sentencia sería, entonces, el fruto de un acto creador del juez. No resulta difícil advertir que esta visión contrasta fuertemente con la ya clásica posición abolicionista frente a la creación judicial en el ámbito del Derecho penal<sup>36</sup>.

Ahora bien, uno de los principales defectos de las concepciones maximalistas tiene que ver con el uso promiscuo de la expresión “creación judicial” en contextos claramente disímiles y con una denotación

<sup>33</sup> Entre muchos otros, KUDLICH/CHRISTENSEN, «Wortlautgrenze: Spekulativ oder pragmatisch? Zugleich Besprechung von Matthias Klatt. Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation (2004)», *ARSP*, (93), 2007, p. 132; JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 4/33; TRIFFTERER, *AT*, 2ª ed., 1994, Cap. 2/29; MEYER-LADEWIG, «Der Satz nulla poena sine lege in dogmatischer Sicht», *MDR*, (4), 1962, p. 263; KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht. Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots*, 1977, p. 205; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 14 ss.; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, 2003, pp. 24 s.; HURTADO POZO, «Principio de legalidad e interpretación: prostitución y el Tribunal Federal Suizo», *LH-Enrique Bacigalupo*, t. II, 2004, p. 1005; SALGUERO, «Producción normativa de la jurisprudencia y límites del decisionismo en la aplicación analógica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (6), 2003, p. 163.

<sup>34</sup> Para una explicación del influjo de la obra de KELSEN en la hermenéutica, cfr. CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, 1994, p. 130.

<sup>35</sup> MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, t. I, 9ª ed., 2004, nm. 533; KUDLICH/CHRISTENSEN, *ARSP*, (93), 2007, p. 137; HASSEMER, «¿Palabras justas para un Derecho justo? Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho Penal», *Persona y Derecho*, (35), 1996, p. 147. En mi opinión, esta posición subyace forzosamente al planteamiento de LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Principios del Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal», en EL MISMO (coord.), *Introducción al Derecho penal*, 2011, pp. 69 s., cuando señala que una reserva “absoluta” de ley dejaría a los jueces sin margen de apreciación interpretativa.

<sup>36</sup> No hace falta volver al célebre estudio clásico de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 1993, p. 31, para reconocer un semejante modelo abolicionista, sino que incluso en el siglo pasado algunos autores abogaron por este criterio (cfr., entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. II, 5ª ed., 1992, p. 524), al igual que algunos códigos penales todavía defienden una posición incompatible con la creación judicial (*v. gr.*, art. 4 CP español).

distinta. En el caso anterior, por ejemplo, se confunden dos niveles distintos de creación, como lo es la creación de normas *genéricas* y de “normas” *individuales*<sup>37</sup>. Más bien, al concepto de creación judicial debería otorgársele un alcance mucho más restringido. En realidad, puede afirmarse que una norma del sistema ha sido creada por el juez cuando su contenido no es idéntico al de ninguna otra norma del sistema normativo o no es consecuencia lógica de alguna otra<sup>38</sup>. Como consecuencia de ello el concepto de “creación judicial de Derecho” aparece asociado con la creación de una norma genérica<sup>39</sup>, esto es, una norma que correlaciona un caso genérico con una solución normativa. Lo más importante de esta creación es la novedad del contenido prescripto de la norma<sup>40</sup>.

Hecha esta delimitación es posible afirmar que efectivamente el Derecho penal conoce casos en los que los jueces crean Derecho, especialmente en el terreno de las eximentes. Por ejemplo, las denominadas causas supralegales de justificación o de exculpación representan el *producto* de una herramienta argumentativa creadora de Derecho, como lo es la analogía favorable al reo<sup>41</sup>. En estos casos se está ante lo que se definió *supra* como integración o perfeccionamiento del Derecho penal, es decir, una instancia en la que el juez verifica que hubo una equivocación del legislador que dio lugar a una laguna que amerita ser corregida. Lo relevante es destacar que la integración de ningún modo puede ser entendida como un acto de rebeldía ante la legislación, sino que el juez pretende ser un realizador de la voluntad implícita del legislador que, fruto de un descuido, aportó una regulación deficiente desde un punto de vista axiológico.

La posibilidad de reconocer lagunas (axiológicas) en el Derecho penal, al igual que su integración judicial, debe tener en nuestros ordenamientos constitucionales un carácter eminentemente excepcional. Dicha excepcionalidad es la expresión de la necesidad de preservar el principio democrático, pero a la vez se requiere de algún argumento adicional que avale el reconocimiento de potestades “cuasi-legislativas” en el juez. En esta dirección aportan importantes argumentos algunas de las corrientes moderadas del neoconstitucionalismo<sup>42</sup>, según las cuales el juez se encuentra habilitado para asumir en ciertos casos tareas que incumben a otro poder constituido. Se trata de competencias *marginales* que el juez puede asumir en casos muy limitados, pues la regla constitucional indica que toda falla del legislador debe ser por él mismo corregida y sólo en casos extraordinarios se

---

<sup>37</sup> A los efectos del presente trabajo solamente se considera norma en sentido estricto a la “norma genérica”. La referencia gráfica (pero impropia) a “norma” individual se refiere a la “norma” (impropia) que correlaciona un caso individual con una solución normativa, que no es otra cosa más que la consecuencia de una inferencia lógica de las normas que integran un sistema normativo.

<sup>38</sup> Sobre este concepto restrictivo de “creación judicial”, cfr. BULYGIN, «Sentencia judicial y creación de Derecho», en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, 1991, p. 360.

<sup>39</sup> RÜTHERS/FISCHER, *Rechtstheorie*, 5ª ed., nm. 894 ss.

<sup>40</sup> HAFTER, «Lücken im Strafgesetzbuch. Lückenausfüllung», *SchwZStr*, (62), 1947, p. 138; NAVARRO/BOUZAT/ESANDI, *Juez y ley penal. Un análisis de la interpretación y aplicación de las normas penales*, 2001, p. 30.

<sup>41</sup> Cfr. al respecto y en detalle con ulteriores referencias MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, pp. 297 ss., 464 ss.

<sup>42</sup> En detalle sobre las diferentes corrientes del neoconstitucionalismo en la explicación del principio de legalidad, MONTIEL, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, pp. 105 ss.

habilita la intervención del juez.<sup>43</sup> Las modernas dinámicas institucionales muestran que ninguno de los poderes constituidos ejercita sus competencias legislativas, ejecutivas y judiciales de manera exclusiva, sino que un poder puede asumir las competencias de otro en casos excepcionales o de manera marginal<sup>44</sup>. Ello no conduce a una negación de la división de poderes, sino más bien muestra que los poderes cuentan con funciones centrales y con funciones marginales o periféricas<sup>45</sup>. A partir de esta argumentación se comprende que en situaciones extremas el juez pueda verse forzado a corregir mediante la analogía favorable al reo una falla de la legislación, lo que refleja el ejercicio de una función periférica del poder judicial. Por tanto, la distinción entre funciones centrales y periféricas no se encuentra en oposición con el principio de división de poderes y se preocupa además de un mejor intercambio entre los poderes y de un mejoramiento del cumplimiento de sus funciones<sup>46</sup>.

Con todo, la posibilidad de que en casos excepcionales el juez quede habilitado a crear Derecho penal cuando favorece al reo no conlleva una asimilación entre las normas creadas por el juez y por el legislador. La explicación precedente sobre el espacio que abre el constitucionalismo a la creación judicial de Derecho permite dar cuenta de la *validez* de la que goza la norma judicial, esto es, se trata de una norma originada en una autoridad que estaba (excepcionalmente) habilitada para ello<sup>47</sup>. Sin embargo, una de las notas de las que carece toda norma judicial (incluso una causa de justificación supralegal que corrige un grave error del legislador) es la *obligatoriedad*, esto es, la posibilidad de que la norma judicial se incorpore al sistema y a partir de entonces sea vinculante para todos los restantes jueces<sup>48</sup>. Solamente aquellas normas creadas por el legislador se incorporan inmediatamente al sistema y adquieren obligatoriedad para los jueces una vez verificadas sus condiciones de su aplicación. Por ello, en sentido estricto, debería afirmarse que cuando el juez hace uso, por ejemplo, de la analogía *in bonam partem* asume un rol “cuasi”-legislativo.

<sup>43</sup> VILE, *Constitutionalism and the separation of powers*, 2ª ed., 1998, pp. 415 s.; EHLERS, «Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat», en ERICHSEN/EHLERS (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14ª ed., 2010, § 1, nm. 8.

<sup>44</sup> HERDEGEN, «Art. 79», en MAUNZ/DÜRIG (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, 65º suplemento, 2012, nm. 140; SCHMIDT-ARMANN/SCHENK, «Einleitung», en SCHOCH/SCHNEIDER/BIER (eds.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 23º suplemento, 2012, nm. 56 s.

<sup>45</sup> A partir de allí puede hablarse de dos funciones diferentes: las *primarias*, que se refieren a aquellas competencias que hacen a su esencia en el plano constitucional (*v. gr.*, la potestad de legislar del Parlamento) y las *periféricas*, las cuales son primigeniamente competencias primarias de otro poder pero que excepcionalmente pueden ser ejercidas por otro (por ejemplo, las facultades administrativas que ejercita el poder judicial internamente), cfr. GÁMEZ MEJÍAS, *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*, 2004, p. 325.

<sup>46</sup> Por este motivo la creación judicial de normas genéricas en estos términos todavía puede ser vista en armonía con el principio democrático, SASTRE ARIZA, «La ciencia jurídica ante el Neoconstitucionalismo», en CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 244.

<sup>47</sup> BULYGIN, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, 1991, p. 363.

<sup>48</sup> BULYGIN, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, 1991, p. 364. A lo sumo podrá decirse que se trataría de una mera exigencia de “racionalidad” que en ulteriores casos similares decida en el mismo sentido.

b) Leyes penales en blanco: ¿co-legislación del poder ejecutivo?

La explicación precedente da pie para preguntarnos si también las leyes penales en blanco que establecen una remisión a una normativa administrativa constituyen excepciones a la regla impuesta por el principio de reserva de ley, según la cual solamente el poder legislativo está autorizado a establecer qué conductas son delictivas y cuál es su marco penal.<sup>49</sup> Para responder a esta cuestión, primero es necesario reflexionar acerca de lo que efectivamente hace el poder ejecutivo cuando interviene en una ley penal en blanco. ¿Crea junto al legislador Derecho penal o acaso simplemente complementa los aspectos marginales de la implementación de la ley?

La participación que tiene el poder ejecutivo en una ley penal en blanco es distinta y mucho más decisiva en la materia regulada que las meras tareas reglamentarias que a diario cumple al promulgarse una ley. Mientras que en este último caso el Gobierno determina los pormenores que contribuirán a que la ley pueda ser implementada en la práctica, en el segundo caso el ejecutivo concurre junto al Parlamento a determinar el grupo de conductas que constituyen la materia prohibida. Desde una perspectiva más *naif* cabría preguntarse si acaso en estas situaciones el Gobierno no está simplemente colaborando en la etapa legislativa, pero simplemente “concretando” lo dispuesto ya por el legislador. Quienes responden afirmativamente a la anterior pregunta ven en la intervención del Gobierno una incidencia marginal en la determinación de la prohibición y por ello encuentran solamente una complementación *no creadora* de Derecho<sup>50</sup>. Desde esta visión, los interrogantes que plantean las leyes penales en blanco para el principio de legalidad únicamente serían localizables en el mandato de determinación.

No obstante, basta con ajustar un poco el lente de análisis para advertir con facilidad que el ejecutivo hace algo más que una complementación “inofensiva” para la fijación del tipo penal. La jurisprudencia y la doctrina se han preocupado de que la voluntad de la ley no pueda ser alterada por otro poder del Estado, de ahí la exigencia de que la constitucionalidad de una ley penal en blanco esté condicionada por la determinación legislativa del núcleo esencial de la prohibición<sup>51</sup>. Sin embargo, que el legislador ya haya establecido la esencia del tipo penal no quita que el componente que agrega el Gobierno contribuya a la selección de las conductas prohibidas por el tipo. Esto significa que las propiedades relevantes del caso genérico enunciado por el tipo penal no quedan totalmente designadas sino recién hasta la intervención del poder ejecutivo. Siguiendo la metáfora que inspira la idea de la ley penal en blanco, nos encontraríamos ante un cheque que el poder legislativo gira al Gobierno, sólo que no se le

---

<sup>49</sup> Dado que el tema se desarrolla a partir de la cuestión relativa a cómo se distribuyen entre los poderes *constituidos* las tareas de creación y aplicación (en sentido amplio) de la ley penal, se torna muy marginal la problemática (no obstante, relevante en otros aspectos) de las remisiones a instancias legislativas de diferentes niveles, como sucede con las remisiones a leyes de estados federados, comunidades autónomas, entes supranacionales, etc.

<sup>50</sup> FRISTER, AT, 6ª ed., 2013, § 11, nm. 38; ROXIN, AT I, 4.ª ed., 2006, § 5, nm. 40.

<sup>51</sup> MIR PUIG, PG, 8ª ed., 2008, Lección 8, nm. 28; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en EL MISMO (coord.), *Introducción al Derecho penal*, 2011, pp. 70 s.; EL MISMO, «El control constitucional de las leyes penales», en NIETO MARTÍN *et al.* (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, 2016, pp. 371 s., remarcando casos especialmente controvertidos de reenvío a otros instrumentos normativos. En la jurisprudencia española, cfr., entre muchas otras, SSTC 127/1990, de 5 de julio; y 62/1994, de 28 de febrero.



deja para rellenar el monto o el nombre del beneficiario, pero sí la fecha y lugar de la emisión o el lugar de pago. Con la metáfora se intenta marcar que el poder ejecutivo establece cuestiones secundarias de la conducta prohibida, pero no por ello deja de co-legislar.

A diferencia de lo que sucede con los casos de integración judicial del Derecho, en donde el juez crea una nueva norma que reemplaza o complementa una ley, en la ley penal en blanco el ejecutivo concurre con el Parlamento a fijar conjuntamente la materia de la prohibición. Se trata en sentido estricto de una *legislación conjunta*, de una *co-legislación*, y no de una corrección de la legislación. Posiblemente la circunstancia de que el ejecutivo se encuentre *ab initio* más condicionado respecto a su intervención creadora permita entender mejor por qué los fundamentos de una legitimación no sean tan fuertemente demandados en comparación con la creación judicial. En general, podría interpretarse que para la doctrina y la jurisprudencia la legitimidad se deriva implícitamente, *a contrario sensu* de la falta de una prohibición explícita. De ahí que baste con que la ley penal en blanco cumpla con ciertos requisitos (el núcleo esencial de la prohibición debe estar determinado legislativamente, justificación por la materia, etc.)<sup>52</sup> para que se valide su constitucionalidad<sup>53</sup>. Ahora bien, conviene aquí hacer un alto y reflexionar acerca de la dirección a la que apuntan estos requisitos de constitucionalidad: en el fondo, ellos solamente procuran explicar por qué razón el poder ejecutivo está habilitado en ciertos casos a co-legislar, pero estos requisitos no son la razón por la que se flexibiliza el mandato de determinación. Evidentemente para explicar esto último parece más propicio el recurso a otros argumentos<sup>54</sup>. La reflexión analítica que vale dejar grabada en este punto es que una mejor comprensión del vínculo entre las leyes penales en blanco y el principio de legalidad exige estudiar no sólo las repercusiones en el nivel del mandato de determinación, sino también en cuanto al principio de reserva de ley o *lex propria*.

#### c) El mandato de taxatividad y la dimensión material de la creación de Derecho penal

El principio de legalidad no sólo se preocupa en el nivel de la “creación del Derecho penal” de establecer cuál de los poderes constituidos está legitimado para determinar penas y delitos, sino también de establecer estándares respecto al contenido de los enunciados penales. Así, como lo expresa el mandato de taxatividad o determinación, los tipos penales no pueden quedar configurados de cualquier manera y por ello para respetar la legalidad debe estar determinada la conducta punible y su marco penal. En general, la mayor preocupación que ha expresado en las últimas décadas la doctrina en este ámbito se vincula con el asiduo recurso a cláusulas generales, como así también con

<sup>52</sup> Sobre estos requisitos, cfr. HASSEMER/KARGL, «§ 1», NK, 4ª ed., 2013, nm. 22.

<sup>53</sup> De todos modos, en aquellos países que establecen prohibiciones expresas a delegar al poder ejecutivo porciones de la función legislativa en materia penal sería conveniente que una reforma constitucional avale expresamente el recurso a esta técnica legislativa. En definitiva, las leyes penales en blanco no resultan armoniosas con el espíritu de la Constitución, celoso del monopolio del poder legislativo.

<sup>54</sup> En mi opinión, estos argumentos adicionales deben proceder de un análisis filosófico-político que dé cuenta del impacto de la gestión del poder ejecutivo en los Estados modernos, especialmente permitiendo dotar a la legislación de dinamismo y de capacidad de adaptación a los tiempos. Al respecto, cfr. MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, pp. 78 ss., con ulteriores referencias.

expresiones notablemente imprecisas, usadas en diferentes áreas del Derecho penal para evitar problemas de infrainclusión<sup>55</sup>. Quizá debería llamarnos a la reflexión un problema poco advertido en la discusión, que simplemente me conformaré aquí con dejar apuntado y que podría llamarse “indeterminación por sobredeterminación”. Muchas veces el cuidado extremo de que la ley designe todas las propiedades relevantes de los casos genéricos puede conducir a extremos de sofisticación que haga poco entendible el tipo penal. En casos de esta naturaleza también la ley dejaría de ser una pauta clara de decisión para el juez.

Resulta conveniente advertir que los problemas de taxatividad no sólo pueden afectar a la determinación de la conducta punible, sino también la del marco penal. Sin duda esta advertencia no se condice con nuestras intuiciones básicas, que nos indican que el uso del lenguaje para expresar normas nos condena a llevar a cuestras problemas de textura abierta, mientras que no así el uso de números. Sin embargo, ya SCHÜNEMANN en su mencionado trabajo advirtió que el principio de legalidad se veía comprometido cuando el legislador fija marcos penales extremadamente amplios (*v. gr.*, penas de prisión de entre seis meses y penas perpetuas o marcos penales que van desde una pena de multa a una prisión de seis años) o establece reglas de individualización de la pena claramente imprecisas<sup>56</sup>. Que en estos supuestos se vea un olvido del mandato de taxatividad responde a que no sólo se demanda del legislador el dictado de leyes *claras e inteligibles* –requisitos indudablemente cumplidos con cualquier marco penal fijado en escala numérica–, sino también de leyes *concretas y precisas*<sup>57</sup>. Para entender este último apunte es necesario partir de la base de que la *lex certa* funciona para garantizar una adecuada comunicación con la ciudadanía –lo cual se ve favorecido por leyes claras–, pero fundamentalmente –de ahí el giro de análisis que se defiende en este trabajo– para evitar que el juez tenga un margen tan amplio de discrecionalidad que al final del proceso de aplicación del Derecho sea el juez –y no el legislador– quien se encargue de fijar la pena<sup>58</sup>. Una ley que no cumple con este último requisito se ve imposibilitada de cumplir con la exigencia de sujeción del juez a la ley<sup>59</sup>, dado que amplía notablemente su ámbito de discreción.

---

<sup>55</sup> Sobre esta problemática, ver por todos el (ya clásico) trabajo de SÜB, «El trato actual del mandato de determinación», en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 223 ss.

<sup>56</sup> SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 7.

<sup>57</sup> Sobre estas exigencias implicadas en el mandato de taxatividad, cfr. NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, 2010, pp. 52 ss.

<sup>58</sup> Sin perjuicio de ello, se entiende en la doctrina que el mandato de taxatividad debería regir de manera debilitada respecto a la determinación de la pena, cfr. SCHMITZ, «§ 1», *MK*, 2ª ed., 2011, nm. 52; ESER, «§ 1», *Sch/Schr*, 27ª ed., 2006, nm. 23; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, § 9, nm. 16 ss.; MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2001, p. 155.

<sup>59</sup> Al respecto, NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, 2010, p. 56

## 6. Identificación de la base normativa del sistema jurídico-penal

### 6.1. Noción de “base normativa” y su dimensión material

Normalmente se olvida que, antes de que el juez se disponga a interpretar la ley y a analizar su aplicabilidad al caso concreto, es necesario pasar por una fase previa en la que se identifican aquellas normas que son candidatas a resolver el caso judicial. Que en muchos casos la rutina haga prácticamente automática la tarea de identificar los preceptos aplicables al caso no debe llevarnos a pasar por alto la importancia que tiene este momento en el ejercicio de la tarea jurisdiccional. Esta etapa coincide con lo que en cierta tradición se denomina “sistematización”<sup>60</sup>, esto es, un momento en el que se define, entre otras cosas, la problemática y el contexto de lo que se va a resolver (la materia) y la normativa aplicable a esa problemática (la base del sistema).

Determinar la base del sistema implica identificar cuál es el enunciado o el conjunto de enunciados que están referidos a la problemática que se dispone a resolver el juez. Por ejemplo, ante un caso de lesiones producidas para repeler la agresión de una pandilla se ubicará en la base del sistema a los artículos (art. 147 ss. CP español) que prevén el delito de lesiones y la regulación de la legítima defensa (art. 20 inc. 4º CP español). Esto significa que se ubica en la base del sistema a dos *enunciados legales*<sup>61</sup>. Que el juez pueda colocar en la base del sistema leyes y no también jurisprudencia, los principios generales del Derecho, la costumbre, etc., es también fruto del rol que cumple el principio de legalidad, el cual se encarga también de brindar criterios para establecer la base del sistema normativo en el Derecho penal.

A los efectos expositivos se entenderá por base normativa del Derecho penal el conjunto de materiales jurídicos al amparo de los cuales un juez está obligado a resolver los casos penales que se le plantean<sup>62</sup>. Esto quiere decir que esta base constituye el grupo de criterios externos que permiten objetivar la decisión de un juez. Ahora bien, para saber qué materiales o elementos jurídicos pueden integrar el sistema de fuentes es necesario contar con un (así llamado) *criterio de identificación*, es decir, una pauta que determina qué requisitos debe reunir un enunciado jurídico para ser válido, esto es, para formar parte de la base del sistema normativo<sup>63</sup>. El Derecho en general no cuenta con un único criterio de identificación válido para todas sus ramas, de ahí que con razón advierta NINO que no puede establecerse *a priori* cuál o cuáles de las diversas fuentes del Derecho se admiten en cada sistema jurídico concreto<sup>64</sup>. Cada rama del Derecho cuenta con sus propios criterios de identificación y ellos

---

<sup>60</sup> ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, pp. 113 ss.

<sup>61</sup> A partir de este ejemplo, es importante destacar que en ciertos casos la fijación de la base del sistema viene precedida de una etapa interpretativa. Ello sucede especialmente en los casos de concursos aparentes. Allí, una buena sistematización debería iniciarse cuando ya se hubiesen determinado por vía interpretativa cuáles de las leyes candidatas a ser aplicables son pertinentes para el caso concreto.

<sup>62</sup> Cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, pp. 118 ss.

<sup>63</sup> ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, pp. 118 s.

<sup>64</sup> NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed., 1988, p. 152.

pueden otorgar validez a fuentes deliberadas o fuentes espontáneas, según si el enunciado jurídico que toma el juez es o no el producto de la decisión de un órgano competente con la intención de establecer tales reglas<sup>65</sup>. Yendo aún más lejos con esta idea, algunos penalistas advierten que el criterio de identificación varía en el Derecho penal según la materia que se pretende resolver, de ahí que, por ejemplo, en las causas de justificación se emplee un criterio particular que admite materiales distintos a la ley, como la costumbre<sup>66</sup>.

En lo personal, estimo que existe una subdivisión de áreas temáticas del Derecho penal que resulta fundamental de cara a la identificación de la base del sistema que *determina la calificación deóntica* de los comportamientos jurídico-penalmente relevantes. Así, cabe distinguir entre los criterios de identificación del Derecho penal nacional y del Derecho penal internacional.

En la primera subdivisión, el requisito de *lex propria* —ya adelantado en los apartados anteriores— parte del criterio de identificación que se emplea en el Derecho penal vernáculo: solamente la ley en sentido formal o estricta puede ser considerada fuente del Derecho. En mi opinión, éste es un criterio que debe regir en *todo* el Derecho penal —siendo insensibles a otras distinciones que pretendan particularizar el análisis, como Parte general/Parte especial, fundamento del castigo/exclusión del castigo— y que lleva a excluir otras fuentes deliberadas como los contratos o los decretos, o espontáneas como la costumbre<sup>67</sup> y los principios jurídicos<sup>68,69</sup>. Sin embargo, es necesario advertir que el mandato de *lex propria* determina sólo una parte del criterio de identificación, dado que aquél no dice nada sobre el tipo de ley que puede integrar la base del sistema. ¿La conforman por igual leyes penales, procesales, civiles, laborales, etc.? Al respecto, entiendo que solamente la ley *penal* (Código penal y sus leyes complementarias) pueden ser reconocidas por el criterio de identificación como material primeramente aplicable por los jueces a la hora de determinar si el procesado ha cometido o no un delito, al igual que en situaciones marginales la ley *procesal-penal* puede concurrir a dicha determinación, sobre todo cuando reconoce causas de justificación<sup>70</sup>.

Por su parte, respecto a la segunda subdivisión que reconoce al Derecho penal internacional es necesario advertir la existencia de un criterio de identificación autónomo, atendiendo a la particular

---

<sup>65</sup> Cfr. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed., 1988, p. 148.

<sup>66</sup> PAEFFGEN, «Vor §§ 32 bis 35», NK, 3ª ed., 2010, nm. 56; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., p. 23; HIRSCH, «Vor § 32», LK, 11ª ed., 2003, nm. 34; ROXIN, AT I, 4.ª ed., 2006, § 5, nm. 49 s.; BACIGALUPO, *Manual de Derecho penal*, 1998, p. 38; NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10ª ed., 2002, § 2, nm. 27; MAYER, AT, 1953, p. 83.

<sup>67</sup> No obstante, es importante resaltar que en los años treinta del siglo pasado entendía v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1930, pp. 31 s., que el Derecho penal tenía como únicas fuentes a la ley y a la costumbre, reconociéndole a ambas idéntica validez.

<sup>68</sup> RUIZ MANERO, «Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas», en ATRIA *et al.* (eds.), *Las lagunas en el Derecho*, 2005, pp. 119 s.; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, 2000, p. 124; PRIETO SANCHÍS, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 157.

<sup>69</sup> La diferenciación entre los materiales jurídicos que el criterio de identificación acepta y los que rechaza refleja que dicho criterio trae consigo *reglas de admisión* y *reglas de rechazo*; al respecto, cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, p. 119.

<sup>70</sup> Por ejemplo, art. 490 Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 284 Código procesal penal argentino.

área de desarrollo de esta sub-rama del Derecho penal. La inevitable influencia del Derecho internacional público explica que el Derecho penal internacional se vea también condicionado a aceptar la existencia de fuentes deliberadas equivalentes a la ley (esto es, los tratados), pero también fuentes espontáneas como la costumbre<sup>71</sup>. Con todo, pese a la gran discusión que ha abierto el reconocimiento de la costumbre como fuente del Derecho penal internacional en la doctrina, entiendo que el mayor problema que se aprecia en la praxis jurídica tiene que ver más bien con los procedimientos que los tribunales han seguido para reconocer el Derecho consuetudinario. Tomando como referencia las principales sentencias de tribunales internacionales o nacionales, al igual que la opinión de los juristas, se puede apreciar una verificación de los requisitos de la costumbre que resulta preocupantemente deficitaria<sup>72</sup>. En muchos casos, la acreditación de los requisitos objetivos de toda norma consuetudinaria (constancia, extensión o representatividad y uniformidad)<sup>73</sup> es insuficiente o directamente nula<sup>74</sup>.

## **6.2. Sobre los efectos de la denominada “constitucionalización del Derecho” en la dimensión material de la base normativa del sistema jurídico-penal**

Una de las banderas más firmemente levantadas por las corrientes neoconstitucionalistas es la de la denominada “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, esto es, “un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”<sup>75</sup>. La tónica de este proceso varía según la versión del neoconstitucionalismo que se defiende, de ahí que en algunos casos la constitucionalización pueda significar una mera lectura o control de la legislación a la luz de las reglas y principios de derechos fundamentales o bien un “desplazamiento” de la legislación por parte de los contenidos constitucionales. Estas tendencias tienen cada vez una mayor gravitación en el Derecho penal y, si bien ello hasta ahora solamente ha sido resaltado especialmente en el ámbito de la así llamada “interpretación conforme a la Constitución”<sup>76</sup>, su trascendencia es notable en el momento de identificar la base normativa del sistema.

---

<sup>71</sup> Cfr., entre otros, WERLE, *Tratado de Derecho penal internacional*, 2005, nm. 123; SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht. Völkerstrafrecht*, 4ª ed., 2010, § 15, nm. 2; BASSIOUNI, *Introduction to the International Criminal Law*, 2003, pp. 2 ss.; AMBOS, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäisches Strafrecht*, 2ª ed., 2008, p. 84.

<sup>72</sup> MONTIEL, «La “mala costumbre” de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre internacional como fuente de Derecho penal internacional», en EL MISMO (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, 2012, pp. 414 ss.

<sup>73</sup> Sobre estos requisitos, cfr. London Conference, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, Final Report of the Committee on Formation of Customary (General) International Law, 2000, p. 14.

<sup>74</sup> MONTIEL, en EL MISMO (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, 2012, pp. 414 ss.

<sup>75</sup> GUASTINI, «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49.

<sup>76</sup> Al respecto, KUHLEN, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, 2012, pp. 24 s.; KUDLICH, «Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht», *JZ*, 2003, pp. 127 ss.

La expresión más clara de esto último la encontramos cuando se defiende que el juez penal no sólo está obligado a aplicar las disposiciones del Código penal y la restante legislación complementaria, sino también el conjunto del bloque de constitucionalidad<sup>77</sup>. Ello significa que el criterio de identificación patrocinado desde las versiones más radicales de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico” considera que también deberían integrar la base del sistema jurídico-penal los enunciados contenidos en la Constitución, al igual que los contenidos en los tratados en materia de derechos humanos y la jurisprudencia en materia constitucional de los altos tribunales<sup>78</sup>. Una de las expresiones más claras de semejante criterio puede ser hallado en el art. 2 del CP colombiano, que establece lo siguiente: “Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código”. De este modo, la integración de la base del sistema se amplifica notoriamente por la incorporación de un sinnúmero de nuevos enunciados, que, por otro lado, cuentan en muchos casos con condiciones de aplicación claramente indeterminadas. Esta circunstancia anula o bien restringe significativamente la posibilidad de reconocer lagunas<sup>79</sup>.

Según la interpretación más extendida en la doctrina y la jurisprudencia, la “constitucionalización” del sistema de fuentes del Derecho penal implica que para resolver si el procesado ha cometido o no un delito el juez debe echar un vistazo a la legislación penal, a la Constitución, a los tratados internacionales y a la jurisprudencia constitucional. Esta interpretación acerca una imagen de la función jurisdiccional muy similar a la desempeñada por el idílico Hércules *dworkiniano*, esto es, un juez con capacidades superiores para encontrar la mejor solución, tras relevar todos los enunciados normativos contenidos en infinidad de sitios del ordenamiento jurídico. En mi opinión, semejante exposición peca de ingenua en un doble sentido<sup>80</sup>. En primer lugar, exigir a un juez penal que cotidianamente haga un relevamiento de toda la normativa penal y del bloque de constitucionalidad dificultaría y retardaría notablemente la prestación de justicia. Pero, sobre todo, con esta visión se pretende que el juez integre en la base normativa del sistema jurídico-penal materiales jurídicos absolutamente heterogéneos, que en la mayoría de los casos no aportan criterios claves para determinar si existe o no un delito<sup>81</sup>. Quien se encarga primigeniamente de establecer los presupuestos

---

<sup>77</sup> Sobre el alcance del concepto del bloque de constitucionalidad, cfr. por todos BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. I, 1998, Cap. 1, nm. 17; SAGÜÉS, *Manual de Derecho constitucional*, 2007, pp. 81 s.

<sup>78</sup> Según interpreto, a los siguientes autores subyace una comprensión expansiva del sistema de fuentes jurídico-penal: YACOBUCCL, *El sentido de los principios penales*, 2002, p. 98; MORENO Y BRAVO, «El principio de culpabilidad. Dilaciones indebidas en el proceso penal y su incidencia en la determinación de la pena», *LH-Enrique Bacigalupo*, t. I, 2004, p. 551.

<sup>79</sup> MONTIEL, «Reflexiones sobre el papel de la analogía “in bonam partem” en el derecho penal colombiano», *Derecho penal contemporáneo*, (33), 2010, pp. 76 ss.; EL MISMO, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, pp. 51 ss.

<sup>80</sup> Dejando aquí de lado los problemas que generalmente se arrastran como consecuencia de colocar a la legislación en un lugar marginal de estos sistemas de fuentes, bajo la sospecha continua de no adecuarse al bloque de constitucionalidad. Para una crítica sólida de esta interpretación, cfr. LAPORTA, «Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y crisis de la ley», *Doxa*, (22), 1999, pp. 321 ss.

<sup>81</sup> Sin dudas, uno de los más grandes problemas en este punto es que no sólo la heterogeneidad, sino también (y especialmente) la generalidad de los enunciados constitucionales, han otorgado un marco exagerado de decisión a los jueces que les permite fácilmente escapar a las limitaciones que les impone el tenor de las leyes y justificar cualquier

del delito y de su no existencia es el legislador, por lo que difícilmente se encuentre en una Constitución un criterio definitorio para conocer la calificación deóntica de un comportamiento.

Pues bien, mirar la “constitucionalización” del sistema de fuentes jurídico-penales en su mejor luz debería llevarnos a interpretar la relación entre la legislación penal y el bloque de constitucionalidad de otra manera, resaltando cierta independencia entre ambos conjuntos de enunciados normativos. Ello es todavía compatible con la idea de una subordinación jerárquica de la legislación penal al bloque de constitucionalidad. Así, que en la base del sistema debamos ubicar la legislación o el multiforme material aportado por el bloque de constitucionalidad va a depender de la *materia*<sup>82</sup> o problemática que muestre la necesidad de una *sistematización*. Si de lo que se trata es de determinar la o las soluciones normativas que ofrece el Derecho penal a ciertas conductas, el juez deberá acudir a la legislación penal, dado que es este subsistema el que tiene asignada la función de establecer el estatus deóntico de las conductas penalmente relevantes y las soluciones jurídicas con las que se encuentran correlacionadas. En cambio, cuando la materia está referida al control de constitucionalidad de una concreta norma, un criterio de identificación debería conducirnos a colocar en la base del sistema a los enunciados pertenecientes al conjunto del bloque de constitucionalidad. Dicho con otras palabras: la configuración del sistema de fuentes del Derecho penal depende forzosamente del tipo de problemática que el juez busca resolver y por esta razón la base del sistema de fuentes estará configurada por enunciados de la legislación penal o del bloque de constitucionalidad según se quiera determinar el carácter delictivo de una conducta o bien juzgar la constitucionalidad de una regulación jurídico-penal.

### 6.3. Bases normativas originarias y derivadas del sistema jurídico-penal

Habitualmente las bases de los sistemas jurídicos que permiten resolver los casos judiciales se mantienen inalteradas desde su identificación hasta la resolución final de la contienda judicial. Sin embargo, en situaciones anómalas, en las que un sistema normativo puntual padece algún defecto en el nivel de la regulación de los casos genéricos (lagunas normativas o axiológicas, antinomias) y se hace necesaria la integración o corrección judicial, se produce una modificación de la base del sistema<sup>83</sup>. Ello significa que, de cara a la adopción de una decisión de fondo sobre la contienda judicial, el juez ya no se ve obligado a aplicar las mismas normas que formaban parte de la base desde el

---

decisión. Un buen ejemplo de este proceder se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo español que considera obligatoria la atenuación de la pena del *extraneus* en los delitos especiales propios amparándose en el art. 1 Constitución española, cfr. STS 13 de julio 2007, ponente Bacigalupo. También críticamente en este punto y refiriéndose a la sentencia del Tribunal Supremo español comentada precedentemente, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, 2012, pp. 184 ss. Destacando igualmente la incapacidad de la Constitución para decidir el problema de interpretación de la legalidad ordinaria, KUDLICH, «Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht», *JZ*, 2003, pp. 128 s.

<sup>82</sup> Se emplea aquí la expresión “materia” en un sentido más amplio que el dado por ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, pp. 114 ss., quienes la reducen a la cuestión del estatus normativo que el Derecho confiere a ciertas acciones en ciertas circunstancias.

<sup>83</sup> ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, pp. 126 ss., 139 s.

comienzo de la sistematización, sino que se ha agregado alguna otra norma que brinda nuevas alternativas de decisión.

En el ámbito del Derecho penal, en el que se permite la *corrección judicial* de la legislación cuando se procura favorecer al reo, se presenta esta situación cuando se hace uso de la analogía para reconocer nuevas eximentes<sup>84</sup>. Puede tomarse como ejemplo el caso del error de prohibición, el cual tiene reconocido por la jurisprudencia argentina el estatus de causa de exclusión de la culpabilidad, aunque todavía la legislación guarda silencio. También sirve de ejemplo la excusa absolutoria del art. 185 inc. 1º CP, que no se refiere a las afectaciones patrimoniales no violentas que se provocaren los concubinos. Cuando un juez afronta un caso en el que el procesado cometió un delito fiscal afectado por un desconocimiento inevitable de la prohibición o bien hurtó los bienes de su concubina, el sistema normativo tiene en su base dos normas, un tipo penal (tipo del delito fiscal o el tipo de hurto) y una eximente (art. 34 inc. 1º o el art. 185 inc. 1º CP). Este primer conjunto de normas conforma lo que aquí denomino *base originaria* del sistema<sup>85</sup>.

Sin embargo, si el juez llegase a advertir que el castigo dispuesto por el legislador, pese a la existencia de una situación análoga a una eximente, responde a un descuido del legislador, entonces podrá corregir ese defecto a partir de la creación de una nueva norma. A partir de entonces el juez contará con un nuevo sistema normativo para resolver la cuestión, un sistema que, a diferencia del originario, cuenta con una norma adicional, aportada por el juez. De este modo, y volviendo a los ejemplos anteriores, el nuevo conjunto de fuentes contará, además de con los tipos penales y las eximentes mencionadas, con un error de prohibición y una excusa absolutoria supralegal respectivamente. Este nuevo conjunto de fuentes, el cual en definitiva aportará los criterios finales para resolver el caso judicial, es denominado aquí *base derivada*. Es importante destacar aquí que, conforme a los criterios aportados anteriormente acerca del estatus del Derecho judicial en el terreno del Derecho penal, esta base derivada solamente rige respecto al caso puntual que suscita la creación judicial. Ello significa que cuando ante otro caso un juez se dispone a reconocer la base originaria dada por el legislador, ella no estará integrada por la norma judicial<sup>86</sup>.

#### **6.4. La irretroactividad de la ley penal como manifestación de la dimensión temporal del sistema de fuentes**

Hasta aquí se ha enfocado el análisis de la identificación del sistema de fuentes en su *dimensión material*, es decir, se ha precisado qué tipo de materiales jurídicos puede ser fuente del Derecho penal y de qué manera esos componentes pueden variar con la integración del Derecho. Sin embargo, nada se ha dicho todavía de su *dimensión temporal*. Justamente, indican ALCHOURRÓN y BULYGIN que entre los

---

<sup>84</sup> MONTIEL, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, pp. 37 s., especialmente nota 85.

<sup>85</sup> De modo equivalente se habla en este caso de base *primitiva* en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, p. 128.

<sup>86</sup> De otra opinión, respecto al estado de necesidad justificante supralegal bajo la vigencia del RStGB, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 83.



factores que condicionan la conformación de la base del sistema aparece “[e]l momento cronológico con referencia al cual se hace la identificación de los enunciados válidos”<sup>87</sup>. Sin dudas, el factor temporal tiene una notable incidencia en la identificación de las bases del sistema, puesto que los órganos están creando con cierta frecuencia nuevos enunciados legales, cuyos contenidos pueden variar y ofrecer así nuevas soluciones al universo de casos.

Aquí también el principio de legalidad viene a establecer criterios temporales a la identificación del sistema de fuentes, mediante la regla de la prohibición de retroactividad. Esta regla permite definir una situación que *prima facie* podría resultar problemática, pues el juez debe identificar la base del sistema, pero partiendo de la existencia de normas cronológicamente distintas, que al mismo tiempo pueden ofrecer soluciones diferentes. Ante estas situaciones los jueces cuentan con tantos sistemas normativos como normas cronológicamente distintas existen<sup>88</sup>. Desde esta perspectiva, el conocido requerimiento de *lex praevia* aporta una *dimensión temporal* al criterio de identificación de las bases del sistema.

El criterio general que rige la dimensión temporal del conjunto de fuentes es la *irretroactividad de la ley penal*, es decir, que toda acción debe ser juzgada a partir de la ley que estaba vigente en el momento del hecho. La excepción más importante a esta regla la encontramos a partir del principio de favorabilidad, en virtud del cual pueden tener vigencia retroactiva leyes penales más favorables. Esta solución, reconocida a escala global en constituciones o Códigos penales y en la literatura jurídica, ya ofrece un criterio de resolución de la vigencia temporal de la ley cuando existen divergencias en el contenido de la normativa vigente en momentos distintos. Conforme a este criterio, el juez sabe que en el momento de identificar la base de un sistema jurídico-penal y encontrarse con normas asincrónicas de contenido divergente, deberá considerar parte del sistema a aquellas que ofrezcan un tratamiento más favorable al procesado. Por esta vía se exceptúa la vigencia de la regla de la irretroactividad de la ley penal.

Sin perjuicio de estos criterios ampliamente conocidos, no conviene olvidar que no son éstos los únicos que se conocen para determinar la dimensión temporal del sistema de fuentes del Derecho penal. Así, diferentes legislaciones extranjeras reconocen reglas específicas para determinados tipos de ley, especialmente respecto a las leyes temporales, dado que el criterio de la retroactividad *in bonam partem* haría prácticamente inaplicable este tipo de ley. Para evitar este inconveniente se reafirma explícitamente el criterio de la irretroactividad incondicionada de la ley temporal, tal como lo expresa por ejemplo el art. 2.2 *in fine* CP español. En general, la existencia de estos otros criterios responde a la necesidad de evitar que los incentivos ofrecidos por la legislación para mantenerse dentro de la legalidad no sean bloqueados por el principio de favorabilidad. Por esta vía se impide que, por ejemplo, quien realizó un delito bajo la vigencia de una ley temporal evada la condena más grave tras la vuelta de la ley general.

---

<sup>87</sup> ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, p. 124.

<sup>88</sup> ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, p. 124.

## 7. Delimitación de las facultades interpretativas del juez

### 7.1. Equívocos de la expresión *lex stricta* y límites del principio de legalidad a la interpretación de la ley penal

Se encuentra ampliamente aceptado por la doctrina que del mandato de *lex stricta* cabe derivar la prohibición de analogía<sup>89</sup>. Ello implica que la actividad del juez debe quedar ceñida estrictamente a hallar el significado de las palabras usadas por el legislador, sin poder en ningún caso hacer interpretaciones que vayan más allá del tenor literal. Esto último implicaría hacer uso de la analogía. Ahora bien, con independencia de que pueda controvertirse que el tenor literal es el límite entre interpretación y analogía<sup>90</sup>, lo cierto es que la doctrina no ha podido aquí reconocer una restricción que impone el principio de legalidad a la tarea interpretativa *per se*, sino únicamente una limitación a la corrección de la legislación que presupone la creación judicial. Dicho con otras palabras: hasta aquí solamente se vio una restricción a la integración del Derecho penal pero no a la interpretación. Ello implica desconocer que con la analogía y la interpretación se ejercitan competencias distintas y por ello también el principio de legalidad debería encargarse de ofrecer criterios que delimiten el ejercicio de la actividad interpretativa<sup>91</sup>. Todo ello debe llevarnos a entender que incluso interpretaciones que no implican analogía pueden ser contrarias al principio de legalidad<sup>92</sup>.

La interpretación es la operación empleada por el intérprete para desentrañar el significado del enunciado legal<sup>93</sup>, de ahí que la actividad tome como objeto de referencia a su tenor literal. Justamente, la gran importancia que tiene el tenor literal para la ciencia jurídica en general es la de reconocerle legitimidad y objetividad a las decisiones judiciales<sup>94</sup>. Además de caer sobre el juez penal la obligación de resolver los casos que se le plantean, pesa sobre éste la obligación de fundar su decisión a partir de los criterios aportados por el sistema de fuentes aplicable, de ahí que sea necesario sujetarse a la letra de la ley. Igualmente, la proscripción de la arbitrariedad que impera en el Derecho obliga a que el juez

<sup>89</sup> Sólo de manera ejemplificativa, cfr. en la manualística BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1999, nm. 246 ss.; ROXIN, *AT I*, 4.ª ed., 2006, § 5, nm. 8; FRISTER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 4, nm. 22. De otra opinión, MIR PUIG, *PG*, 8ª ed., 2008, Lección 4, nm. 16.

<sup>90</sup> Así, MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, pp. 197 ss., con ulteriores referencias.

<sup>91</sup> Pese a la tendencia general, reconocen la necesidad de distinguir las implicancias del principio de legalidad en la interpretación y la integración del Derecho penal, ARROYO ZAPATERO, «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *REDC*, (8), 1983, pp. 20 ss.; KUHLEN, en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, 2012, p. 154, quien incluso alude a un postulado de “certeza interpretativa”.

<sup>92</sup> En opinión de KUDLICH, «„Gesetzesumgehung“ und andere Fälle teleologischer Lückenschließung im Strafrecht», *FS-Stöckel*, 2010, pp. 97 ss., ello es así en aquellos casos en los que resulta directamente inadmisibles la interpretación postulada.

<sup>93</sup> Esta afirmación presupone el favorecimiento de una tesis no-adscriptivista de la naturaleza de la interpretación. De esta opinión, Klaus F. RÖHL/Hans Christian RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 3ª ed., 2008, p. 613; SANG-DON, *Wortlautgrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung. Das strafrechtliche Analogieverbot*, 1992, p. 127.

<sup>94</sup> KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, 2004, pp. 19, 21, 22-23; EL MISMO, «Die Wortlautgrenze», en LERCH (ed.), *Die Sprache des Rechts*, t. II, 2005, p. 346; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 151.

decida según parámetros externos y no según su subjetivismo. Precisamente, el tenor literal haría posible este parámetro externo que otorgue objetividad a la decisión del juez.

En este punto del análisis resulta necesario analizar dos premisas fundamentales que guían la comprensión del alcance del principio de legalidad frente a la actividad interpretativa del juez:

1. *El juez debe limitarse a interpretar las palabras que aparecen en el enunciado*: si se afirma que el tenor literal es el obligado objeto de referencia de la interpretación, ello significa que el intérprete está sujeto a la expresión lingüística que ha elegido el legislador para transmitir la norma<sup>95</sup>. Con independencia de si la formulación lingüística es todo lo buena que debiera ser según parámetros objetivos, el intérprete debe desentrañar el significado de los *mismos* términos que aparecen en el enunciado. Esta máxima, que puede parecer obvia, no lo es en absoluto en nuestra tradición continental del método jurídico y de la teoría de la interpretación de la ley penal. Una buena muestra de ello lo ofrecen innumerables ejemplos en los que, bajo el rótulo de *interpretaciones restrictivas, extensivas o teleológicas*, se interpretan normas a las que se les ha mutilado o agregado algún término. Entre los ejemplos más conocidos de estas artimañas encontramos las denominadas “restricciones ético-sociales” a la legítima defensa, las cuales en la mayoría de los casos no aparecen expresamente previstas por la ley, pese a lo cual los intérpretes las consideran parte de la definición legal de esta causa de justificación<sup>96</sup>. Esto lleva a que cuando la doctrina y la jurisprudencia se debaten entre conceder o no la legítima defensa y se establece alguna restricción al ejercicio de la defensa, deba concluirse que se está manejando un concepto de legítima defensa distinto del plasmado en la ley. Cuando un juez interpreta una palabra o expresión no contemplada en la ley o bien omite interpretar algún término que sí está en el enunciado, ha cambiado su objeto de referencia, puesto que en este caso está interpretando un enunciado distinto del que debe interpretar<sup>97</sup>. Más bien, deberá concluirse que el juez ha *creado* una nueva norma – que contiene el elemento faltante o suprime el cuestionable – y que es esa nueva norma la que está interpretando. Con este comportamiento el juez violenta el principio de legalidad y su decisión pierde la objetividad y legitimidad necesarias.

2. *Los elementos de las normas deben ser interpretados conforme a las reglas del habla que rigen en la comunidad de hablantes*: es importante remarcar que a partir del pragmatismo de BRANDOM la praxis lingüística de una comunidad de hablantes es vista como una praxis estructurada implícitamente por reglas<sup>98</sup> que

---

<sup>95</sup> KUDLICH/CHRISTENSEN, *Gesetzesbindung: vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, 2008, pp. 185 ss.; KUDLICH, «„Regel der Grammatik“, grammatische Auslegung und Wortlautgrenze», *FS-Puppe*, 2011, p. 132.

<sup>96</sup> PUPPE, «Justificación y certeza», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, 2012, pp. 256 ss.

<sup>97</sup> En mi opinión, ello sucede también en aquellos casos en los que, pese a que el legislador ha empleado expresiones en plural (*v. gr.*, cheques o letras de pago en los §§ 152a y 152b StGB), la doctrina se esfuerza por considerar que basta con la verificación de un único objeto para considerar típica la acción. Así, KUDLICH, *FS-Puppe*, 2011, pp. 133 ss. Coincidente con la tesis interpretativa defendida aquí, PUPPE, «§ 152b», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 5.

<sup>98</sup> BRANDOM, *Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung*, 2002, pp. 272 ss.; KLATT, en LERCH (ed.), *Die Sprache des Rechts*, t. II, 2005, p. 352.

rigen nuestro lenguaje y separan los usos correctos e incorrectos de nuestro lenguaje<sup>99</sup>. En cada acto del habla realizado por la comunidad de hablantes se da un uso concreto del respectivo concepto, que se va solidificando y estandarizando mediante la reiteración<sup>100</sup>. En este punto de la argumentación es útil recurrir a la metáfora del “contador deóntico” que posee la comunidad de hablantes para registrar los usos correctos y defendibles de un concepto<sup>101</sup>, que luego son evaluados por la propia comunidad de hablantes. Ello significa que existen actos del habla que se corresponden con las reglas del habla que rigen en una comunidad de hablantes determinada y también otros actos del habla que infringen esas reglas del habla: aquellos actos que siguen dichas reglas constituyen usos correctos del lenguaje, mientras que aquellos otros que las infringen deben ser vistos como lingüísticamente absurdos o arbitrarios. En nuestra vida cotidiana es la comunicación la que asume los costos más altos de un uso incorrecto de las reglas del habla, dado que difícilmente puede haber un intercambio fiable de comunicación cuando uno de los interlocutores habla de su perro señalando un *Fiat Cinquecento* estacionado en la puerta de su casa. Pero de cara al principio de legalidad, semejante uso de las palabras tiene consecuencias institucionales dramáticas, dado que se produce una anulación escasamente perceptible (pero palmaria) del principio de sujeción del juez a la ley. Muchas veces la fabricación de reglas del habla *ad hoc* representa una estrategia para resolver un caso según el subjetivismo del juez y no según el parámetro externo que impone la legislación.

## 7.2. Interpretaciones posibles, arbitrarias y óptimas de la ley penal

La tarea de identificar el significado de un enunciado legal suele ser problemática, dado que las leyes y las palabras en ellas contenidas no tienen un único significado fijo<sup>102</sup>, sino que generalmente en contextos diferentes pueden ser entendidas también de modo distinto<sup>103</sup>. La existencia de diferentes cánones interpretativos atestigua esta idea, porque tales cánones indican el uso de una palabra en el respectivo contexto de habla. Una palabra puede tener un significado dentro de la sistemática del Código penal, en el lenguaje ordinario, en el lenguaje técnico, en los proyectos legislativos, etc.<sup>104,105</sup>.

<sup>99</sup> KLATT, en LERCH (ed.), *Die Sprache des Rechts*, t. II, 2005, p. 351.

<sup>100</sup> KLATT, en LERCH (ed.), *Die Sprache des Rechts*, t. II, 2005, p. 354; CHRISTENSEN/SOKOLOWSKY, «Neo-Pragmatismus: Brandom», en BUCKEL et al. (eds.), *Neue Theorien des Rechts*, 2006, p. 250.

<sup>101</sup> BRANDOM, *Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus*, 2001, p. 107.

<sup>102</sup> ROXIN, *AT I*, 4.ª ed., 2006, § 5, nm. 31; TRIFFTERER, *AT*, 2ª ed., Cap. 2/30; Klaus F. RÖHL/Hans Christian RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 3ª ed., 2008, § 77, p. 611 s.; RÜTHERS/FISCHER, *Rechtstheorie*, 5ª ed., 2010, nm. 743; VOLLMER, *Auslegung und „Auslegungsregeln“*, 1990, p. 13; KUDLICH/CHRISTENSEN, «Die Auslegungslehre als implizite Sprachtheorie der Juristen», *ARSP*, (88), 2002, p. 239; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991, pp. 320 ss.; BACIGALUPO, *Hacia el nuevo Derecho penal*, 2006, p. 107; EL MISMO, *Principios del Derecho penal*, 5ª ed., 1998, p. 68; HURTADO POZO, *LH-Enrique Bacigalupo*, t. II, 2004, p. 1005.

<sup>103</sup> ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, 1997, p. 111; GREENAWALT, «The nature of rules and the meaning of meaning», *Notre Dame Law Review*, (72), 1997, p. 1472 ss.

<sup>104</sup> CHRISTENSEN, «Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung», en LERCH (ed.), *Die Sprache des Rechts*, t. II, p. 12.

<sup>105</sup> Excede por completo a las pretensiones de este trabajo la cuestión que se abre en este punto relativa a la existencia (o no) de una jerarquía de los cánones o, en cualquier caso, relativa a si el lenguaje ordinario prevale frente a los restantes contextos. Al respecto, ver por todos ORTIZ DE URBINA GIMENO, en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, 2012, pp. 200 ss.; VIVES ANTÓN, «Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO (eds.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Bogotá, 2006, pp. 301 s., 340.

Por ejemplo, la palabra “hongo” en el marco del tráfico de estupefacientes tiene significados distintos según su contexto de uso sea el lenguaje técnico (la biología) o el lenguaje ordinario<sup>106</sup>; del mismo modo, el término “arma” puede tener un ámbito de significado más amplio en lenguaje ordinario que el que se acepta en el llamado lenguaje “jurídico-penal”<sup>107</sup>. Sin embargo, en estos casos siempre debe prestarse atención a las reglas que rigen en la respectiva comunidad de hablantes. Estas reglas arrojan una primera distinción entre usos correctos y usos incorrectos de las palabras, la cual, sin embargo, no excluye que también dentro de los usos correctos podamos encontrar varios modos alternativos (pero igualmente defendibles) de emplear las palabras.

Sobre esta base lingüística es pertinente distinguir primeramente entre dos clases de interpretación: las interpretaciones *posibles* o *justificables* y las *arbitrarias*<sup>108</sup>. Una interpretación es *posible* o *justificable* cuando es el resultado del seguimiento de las reglas de habla de una comunidad de hablantes. Ello significa que, con independencia de si se trata o no de la mejor reconstrucción interpretativa del enunciado legal, esa intelección de la norma constituye un uso correcto del lenguaje. Tomemos el ejemplo del término “violencia”, que suele aparecer con cierta frecuencia en nuestros Códigos penales. Ciertos tipos penales emplean este término como acometimiento físico, mientras que otros también aceptan la posibilidad de cobijar el uso de amenazas para infundir en el destinatario un temor de sufrir un daño futuro grave. Incluso algunas legislaciones, como la argentina, permiten entender “violencia” como el uso de medios narcóticos e hipnóticos (art. 78 CP argentino)<sup>109</sup>. Sin perjuicio de que, según el contexto puntual en que se ubica cada enunciado y de su estructura lingüística, una acepción de violencia puede resultar mejor que la otra, ello no hace *inaceptable* o *injustificable* una interpretación que se funda en una regla del habla distinta, pero aceptada por la comunidad de hablantes. En cambio, en los casos de interpretaciones *arbitrarias* o *absurdas* el intérprete hace una intelección del enunciado apartándose de las reglas válidas de habla y más bien desarrolla reglas propias del lenguaje que, sin legitimación, intenta importar en la comunidad de hablantes. Entre los ejemplos más clásicos de este tipo de interpretación cuenta el conocido caso resuelto por el Tribunal Supremo alemán<sup>110</sup>, en el que interpretó que la expresión “carruaje tirado a caballos” del § 3 ap. 1 n° 6 PrFDG (Ley prusiana relativa

<sup>106</sup> MONTIEL/RAMÍREZ LUDEÑA, «De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos. A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal», *InDret*, (1), 2010, pp. 1 ss.; KUDLICH/CHRISTENSEN/SOKOLOWSKI, «Zauberpilze und Cybernauten – oder: Macht Sprache aus Pilzen Pflanzen? Überlegungen zu BGH 1 StR 384/06 v. 25.10.2006 aus rechtslinguistischer Sicht», en MÜLLER (ed.), *Politik, [Neue] Medien und die Sprache des Rechts*, 2007, p. 125 ss.

<sup>107</sup> SIMON, *Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, 2005, pp. 56, 57, 129, 130. Acerca de la dogmática jurídico-penal como comunidad de hablantes específica, cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Zur sogenannten teleologischen Auslegung», *FS-Jakobs*, 2007, pp. 660 s.

<sup>108</sup> En detalle sobre la distinción, MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, pp. 183 ss., con ulteriores referencias. También se encuentra una distinción equivalente en SCHUHR, «Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage», *JZ*, 2008, pp. 603 ss.; EL MISMO, «Der „Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Strafen“ im Recht der Europäischen Union», en KUDLICH/MONTIEL/SCHUHR (eds.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, 2012, p. 263.

<sup>109</sup> Vale la pena mencionar que no son éstos los únicos usos que se ha dado al término “violencia”. Para una visión panorámica sobre el punto, en relación con el de coacciones, RAGUÉS I VALLÈS, «¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional de derecho penal», *LH-Jakobs*, t. I, Bogotá, 2003, pp. 481 ss.

<sup>110</sup> BGHSt. 10, 375.

a hurtos forestales) también comprendía automóviles<sup>111</sup>. Lo mismo cabe afirmar respecto a una interpretación que defienda que las palabras “quien” o “funcionario público” deben ser interpretadas de tal manera que solamente varones y no mujeres puedan ser castigadas a partir de los tipos respectivos<sup>112</sup>.

Una de las preguntas que en este momento del análisis se plantea con naturalidad es qué diferencia existe (si es que la hubiese) entre la interpretación arbitraria y la analogía. Puesto que al final de cuentas en ambos casos el juez se acaba desvinculando igualmente del tenor literal y acaba decidiendo según sus propios criterios, *prima facie* nos veríamos tentados a afirmar que son métodos idénticos. Sin embargo, y pese a esta primera impresión, la interpretación arbitraria y la analogía suponen dos maniobras distintas de adoptar decisiones judiciales al margen de la letra de la ley<sup>113</sup>. En la interpretación arbitraria el juez se abstiene de seguir una de las reglas básicas de la interpretación remarcadas *supra*: la interpretación debe realizarse siguiendo los usos lingüísticos aceptados en la comunidad de hablantes. En este caso, el aplicador del Derecho dice estar sujetándose al texto de la ley cuando en realidad está manipulando las reglas de habla, para “hacer pasar” ante la comunidad lingüística por válido un uso del lenguaje que no lo es. El tenor literal sería una mera fachada, detrás de la cual se escondería una decisión del juez, basada en una norma creada para el caso concreto. En los casos de analogía, el juez no asume esta actitud “embaucadora” frente a las reglas argumentativas, sino que, al contrario, transparenta su decisión, dado que reconoce que el caso no está cubierto por el tenor literal —y ello implica seguir las reglas del habla— y por ello crea una norma análoga. Justamente, que el aplicador del Derecho deba razonar por analogía para extender una regulación es consecuencia de reconocer que la norma “extendida analógicamente” no cobija el caso genérico en cuestión<sup>114</sup>.

Fuera de esta disputa se encuentra lo que se denomina aquí la *interpretación óptima*, la cual está directamente conectada con los casos de interpretaciones posibles. Que la doctrina especializada y la jurisprudencia acepten la posibilidad de una pluralidad de interpretaciones defendibles o

---

<sup>111</sup> SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 4; SCHEFFLER, «Die Wortsinnngrenze bei der Auslegung. Ist der Verlust der Empfängnisfähigkeit von § 224 StGB umfaßt?», *Jura*, 1995, p. 507.

<sup>112</sup> SIMON, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, 2005, p. 55.

<sup>113</sup> Respecto a los modos de transgredir el tenor literal en casos de esta naturaleza, KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze*, 2004, pp. 241 ss.

<sup>114</sup> En mi opinión, el Tribunal Constitucional español también da cuenta implícitamente de esta distinción entre interpretación arbitraria y analogía cuando indica que “no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino que también son constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico — una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante —, o axiológico — una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional —, conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios subyace también en la jurisprudencia” (STC 21/2015). Al respecto, cfr. también LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, 2016, pp. 121 s., con ulteriores referencias.

justificables<sup>115</sup> no alcanza a zanjar completamente los problemas interpretativos, dado que todavía queda pendiente una decisión fundamental: decidir cuál de las diversas reconstrucciones interpretativas es la *mejor* para el caso judicial; cuál es la interpretación que “triumfa” al competir con las restantes. La interpretación *óptima* es justamente aquella que en el caso judicial representa la mejor reconstrucción del significado de un enunciado normativo<sup>116</sup>. Así, la distinción entre interpretaciones posibles y óptimas hace posible explicar coherentemente los cambios de criterios interpretativos en la jurisprudencia: que una línea jurisprudencial cambie no significa necesariamente que la interpretación seguida hasta entonces no sea acorde a los usos lingüísticos de una determinada comunidad de hablantes, sino que puede significar que la nueva interpretación es mejor que la anterior. Desde luego que determinar qué reconstrucción interpretativa es la mejor requiere contar con algún criterio adicional<sup>117</sup>. En el Derecho penal campea la máxima de *favorabilidad* que podría sugerir en este terreno que, ante un conflicto de interpretaciones posibles en pugna, triunfa (*i. e.* resulta óptima) siempre aquella que ofrece un tratamiento más favorable al reo<sup>118,119</sup>. Frente a ello, cabe afirmar que no siempre la interpretación más favorable es la que ofrece la mejor solución para el caso puntual<sup>120</sup>. Igualmente, podría adoptarse como criterio el de la mayor afinidad constitucional, lo cual igualmente plantea dudas respecto a la posibilidad (extraña) de tener que reconocer la existencia de interpretaciones “más afines” que otras a la Constitución. Personalmente creo que el juez en estos casos se encuentra ante una tarea muy espinosa de la que no se pueden sacar *a priori* resultados concluyentes y que, en el mejor de los casos, debe esperarse que el juez transparente la argumentación mediante la cual elige entre las interpretaciones defendibles aquella que de mejor modo concilia las aspiraciones garantistas y preventivas del Derecho penal<sup>121</sup>.

---

<sup>115</sup> Ver nota 102.

<sup>116</sup> Al respecto, con ulteriores referencias MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, pp. 185 s.; EL MISMO, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, pp. 30 s.

<sup>117</sup> Esta aclaración es fundamental para entender por qué la categoría de las “interpretaciones óptimas” no encierra circularidad. La “interpretación óptima” designa aquella opción interpretativa que en el caso judicial concreto “triumfa” frente a las restantes, por representar, según la opinión del juez concreto, la mejor intelección de la norma interpretada. Cuál sea esa “mejor intelección” va a depender de criterios adicionales que escoja el juez: ejemplificativamente, la interpretación más favorable al reo, la más ajustada a los Derechos humanos, la que asegura en mayor medida los efectos preventivos de la ley, etc. Por ello, es necesario distinguir la interpretación óptima en tanto categoría *descriptiva* de una praxis interpretativa, de aquellos argumentos materiales que apoyan la elección interpretativa del juez.

<sup>118</sup> Cabe recordar que esta decisión está plasmada en el art. 22.2 del Estatuto de Roma.

<sup>119</sup> Sobre el principio de favorabilidad, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «La ley penal», *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, (1), 2004, pp. 209 ss.: pese a concentrarse en su aplicación de cara a la retroactividad de la ley penal, la contribución ofrece elementos argumentativos fecundos para el terreno interpretativo.

<sup>120</sup> También crítico, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, 2016, p. 147, para quien este criterio desconoce que “la norma penal no deja de ser un determinado punto de equilibrio entre los intereses sociales y los del acusado cuya mejor ubicación no pasa siempre por su cercanía posible a estos”.

<sup>121</sup> MONTIEL, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, p. 31.

## 8. Integración de la legislación penal

### 8.1. Defectos legislativos condicionantes de la integración del Derecho penal

Previamente fueron hechas notar dos características centrales de esta fase (contingente) de la actividad judicial: su carácter creador y su misión de subsanar defectos legislativos. Justamente esta última nota explica (en parte) la tolerancia que los diferentes Estados de Derecho muestran frente a estos supuestos excepcionales en los que el juez asume potestades “cuasi-legislativas”. Es decir, el juez no busca en esta fase suspender momentáneamente su sujeción a la ley y decidir abiertamente a partir de sus propios criterios normativos, sino que la idea de esta integración es *perfeccionar* o *corregir* la legislación. El juez corrige entonces un defecto puntual que afecta al caso genérico en relación al cual debe resolver. El lema de este perfeccionamiento del Derecho penal es el siguiente: “jueces activistas no, jueces colaboradores sí”.

Entre los defectos señalados por la metodología jurídica clásica como candidatos a ser corregidos figuran principalmente las *lagunas*, lo cual no significa que todo tipo de laguna sea susceptible de integración. Solamente las lagunas normativas y las lagunas axiológicas<sup>122</sup> – esto es, defectos que se plantean en el “nivel sistema”; *grosso modo* en el nivel en el que se determina cómo aparecen solucionados en el sistema normativo los casos genéricos— pueden ser susceptibles de integración en la metodología jurídica. El común de los juristas, pero especialmente de los penalistas, asocia el concepto de laguna con el de “vacío legal”, esto es, con la existencia de un caso genérico que no se encuentra correlacionado con una solución normativa<sup>123</sup>. Esta idea es representada sólo por el primer tipo de lagunas mencionadas: las lagunas normativas.

Sin embargo, la posibilidad de reconocer la existencia de este tipo de lagunas en el Derecho penal está bloqueada, dado que esta rama del Derecho constituye un *sistema cerrado*<sup>124</sup> en cuanto a la calificación normativa de las conductas delictivas. El Derecho penal cuenta con una regla de clausura, mediante la cual todos aquellos comportamientos que no se encuentran expresamente tipificados como delito por la ley deben ser tratados como permitidos<sup>125</sup>. Eventualmente, la descripción conforme a la cual el Derecho penal presenta lagunas normativas solamente podría resultar verdadera respecto del sistema de normas que regula la actividad de los jueces en cuanto a la aplicación de las sanciones. Por ejemplo, el art. 10 inc. f. CP argentino estipula que el juez competente puede conceder la prisión domiciliaria a la madre de un niño menor de cinco años o de una persona discapacitada a su cargo. Este precepto legal guarda silencio respecto al padre, de ahí que la jurisprudencia haya ampliado este beneficio

---

<sup>122</sup> Sobre el concepto de estos tipos de laguna, cfr. especialmente ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, pp. 59, 157 ss.

<sup>123</sup> Entre otros, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, § 5/41; LÜCKE, «Der allgemeine Schuldausschliessungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem», *JR*, (2), 1975, p. 56.

<sup>124</sup> Sobre el concepto de *sistemas cerrados*, cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, pp. 170 s.

<sup>125</sup> ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, p. 198.



carcelario también para estos otros supuestos<sup>126</sup>. Ante esta situación, el empleo de un mecanismo de integración de la ley penal (concretamente la analogía) se hizo para colmar una laguna normativa.

Ahora bien, fuera de los casos de las reglas que rigen las competencias de los jueces en la aplicación de la pena, el sistema de normas *del ciudadano* –esto es, aquel que establece delitos y los casos de exención de responsabilidad– no puede padecer lagunas normativas, dado que todos los casos de un sistema normativo (penal) están correlacionados con una solución. Por un lado, frente a las denominadas “lagunas de punibilidad”<sup>127</sup> –es decir, supuestos en los que un comportamiento que merece castigo no está tipificado por la ley– las conductas no previstas legalmente como delito siguen estando solucionadas por el sistema, dado que el principio de legalidad soluciona el caso mediante una permisón<sup>128</sup>. Por otro lado, un caso que merece la justificación o la exculpación pero que no está previsto legalmente –*v. gr.* una situación análoga a la legítima defensa– también está correlacionado con la solución normativa que ofrece el tipo penal en cuestión. Esta situación explica que en el nivel del sistema jurídico-penal que determina los delitos y sus exenciones solamente puedan ser las lagunas axiológicas los únicos defectos del sistema jurídico-penal que se solucionen mediante los diferentes mecanismos de integración<sup>129</sup>.

## 8.2. Restricciones concretas de la legalidad en la integración del Derecho penal

El principio de legalidad aporta criterios determinantes a la hora de señalar las condiciones bajo las cuales opera el juez en esta instancia. Ellos no sólo determinan cuál es la actitud que debe asumir un juez frente a la posibilidad de reconocer defectos “integrables” (“corregibles”), sino también los concretos mecanismos de integración judicial que pueden emplearse. En este sentido, las restricciones están orientadas a partir de las raíces jurídico-políticas y jurídico-penales del principio de legalidad<sup>130</sup>.

En primer lugar, la expresión básica del principio de legalidad como “todo lo que no está prohibido está permitido” establece un primer condicionante en la integración judicial. La interpretación de permitido como permiso en sentido fuerte<sup>131</sup> consigue clausurar el sistema normativo del Derecho penal y disolver la posibilidad de que pueda quedar en el sistema de normas que establecen delitos un

---

<sup>126</sup> Fallo núm. 1923/12 de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación penal (Argentina), de 16 de octubre de 2012.

<sup>127</sup> Sobre el concepto de este tipo de laguna, cfr. KERTAL, «Strafbarkeitslücken als Argument. Gesetzesauslegung und Bestimmtheitsgebot», *JuS*, 2011, p. 981.

<sup>128</sup> ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, pp. 198 s.

<sup>129</sup> Para mayor detalle sobre el concepto de lagunas axiológicas en el Derecho penal, cfr. MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, pp. 248 ss.; y EL MISMO, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, pp. 42 ss., con ulteriores referencias.

<sup>130</sup> Al respecto, con ulteriores referencias, MONTIEL, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, pp. 139 ss.

<sup>131</sup> Esta interpretación está seguramente sujeta a controversia y una profundización excede completamente los fines de este trabajo. Se prefiere seguir la interpretación habitualmente defendida en la doctrina. Cfr. entre otros ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, pp. 196 ss.

caso genérico sin una solución normativa. Como se acaba de ver, ello impide hallar lagunas normativas.

Sin embargo, la legalidad también introduce limitaciones adicionales en el reconocimiento de aquellos defectos del sistema que son susceptibles de ser solucionados mediante un cambio del sistema, operado judicialmente. Si bien, como se dijo previamente, el juez únicamente queda habilitado para reformar excepcionalmente la legislación penal en casos de lagunas axiológicas, existen casos fronterizos con éstas que pueden servir de pretexto para un apartamiento de la ley contrario a la legalidad<sup>132</sup>. Las lagunas axiológicas, en tanto disparidad entre tesis e hipótesis de relevancia<sup>133</sup>, presuponen un descuido del legislador, es decir, expresan que la falta de seguimiento de un determinado valor que hubiese conducido a una mejor selección de propiedades relevantes descansa en un desliz indeseado del legislador<sup>134</sup>. Así, por ejemplo, solamente puede verse una laguna axiológica en la falta de regulación del error de prohibición en el art. 34 CP argentino o del tipo de corrupción privada en el mismo cuerpo legal cuando se advierta que una desatención llevó al legislador a no exculpar o castigar, respectivamente, estos supuestos. Cuando, al contrario, el legislador ha previsto una determinada situación y a pesar de ello decide no distinguirla, ya se abandona el terreno de las lagunas axiológicas y se pasa a hablar de *desacuerdos valorativos*<sup>135</sup>. Aquí, la falta de coincidencia entre las visiones valorativas del juez y del legislador no puede ser vista como un auténtico *defecto* que merece una corrección judicial<sup>136</sup>. Para entender este punto, se requiere comprender que la legalidad demanda del juez siempre una actitud “reverencial” ante la ley, algo que se mantiene incluso en aquellos casos en los que está habilitado a modificarla. Debe ser una modificación conforme al espíritu o las intenciones de la legislación (*praeter legem*). De ahí que la

---

<sup>132</sup> Sin perjuicio de los casos fronterizos que serán abordados *infra*, me interesa remarcar una situación escasamente advertida en la doctrina y que tiene que ver con los supuestos de *lex tertia*; i. e. casos que se presentan a la hora de aplicación retroactiva de la ley más favorable, en los que el juez no aplica ninguno de los marcos de las leyes en pugna, sino que crea uno nuevo a partir de tomar el máximo y el mínimo más favorable de entre ellas. Dado que en este caso lo que enmienda el juez es el marco penal –allí supuestamente radicaría el defecto de la legislación–, el concepto de laguna axiológica resulta inaplicable. El desafío aquí pasa por tomar una decisión entre rechazar la creación judicial por la inexistencia de una laguna axiológica o bien aceptar la integración a partir de ampliar el catálogo de defectos integrables judicialmente.

<sup>133</sup> Esto es, en tanto falta de coincidencia entre las propiedades que el legislador considera relevantes para asignar a un caso genérico una determinada solución normativa y las propiedades que, según el criterio del intérprete/juez, debería haber considerado relevantes. Al respecto, cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, pp. 158 s. Vale poner un ejemplo. Un hombre que agrede frecuentemente a su mujer ingresa a su vivienda con la intención de golpearla pero antes de encontrarla es agredido por ésta de manera sorpresiva, dado que, por la disparidad de contexturas físicas de los cónyuges, a la mujer le habría sido imposible defenderse si esperaba a que la agresión fuera actual o inminente. En este caso la legítima defensa es inaplicable al faltar el requisito de la actualidad o inminencia de la agresión; sin embargo, la existencia de una laguna axiológica plantea que el legislador ha sido poco fino a la hora de distinguir situaciones que merecen la justificación y por ello ha distinguido menos situaciones de las debidas. En este caso se plantea entonces una laguna axiológica porque de no haber incurrido en un descuido el legislador la situación de la mujer estaría justificada mediante una regulación similar a la legítima defensa.

<sup>134</sup> MONTIEL, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, pp. 42 ss.

<sup>135</sup> Hablando concretamente de un *desacuerdo valorativo por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*, MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, pp. 252 s.

<sup>136</sup> Así también, FALCÓN Y TELLA, *El argumento analógico en derecho*, 1991, p. 217.

legalidad promueva en los jueces una actitud *colaborativa* en la fase de integración, más que una de *sublección*<sup>137</sup>. De este modo, mientras que el juez ante la corrección de una laguna axiológica demuestra lo primero, ante la “corrección” de un desacuerdo valorativo demuestra lo segundo<sup>138</sup>.

Ahora bien, el principio de legalidad no sólo establece restricciones respecto a los tipos de defectos integrables, sino también respecto *al cómo* se integran dichos defectos. Ello significa que, incluso en los casos en que se presenten lagunas axiológicas, todavía el juez puede verse privado de enmendar ese defecto legislativo.

En primer lugar, el principio de legalidad excluye completamente toda corrección judicial de la legislación penal que resulte perjudicial al reo. Esta máxima no viene a transmitirnos que dentro del sistema normativo que integran los tipos penales no puedan reconocerse lagunas axiológicas, sino que, en caso de presentarse, éstas solamente podrán ser corregidas por el legislador<sup>139</sup>. Dicho con otras palabras: aquí queda inhabilitada una integración de Derecho penal en sentido estricto y es solamente el legislador quien puede enmendar su propio error. Así, volviendo al ejemplo de la corrupción entre particulares (no regulada en el Derecho argentino), si atendemos a cuál es la tendencia en la legislación anticorrupción y al *modus operandi* en el manejo de dinero sucio de muchas empresas, resulta plausible aceptar que el legislador descuidadamente no previó este tipo penal. Sin embargo, esta laguna axiológica no puede ser integrada, no puede ser corregida por el juez, sino que aquí el legislador mantiene sus “prerrogativas de corrección”.

Existe, no obstante, el extraño caso de España, donde el recurso a la analogía favorable al reo está legalmente prohibido en virtud del art. 4.3 CP, en contra de lo que señala la más autorizada doctrina de ese país<sup>140</sup>. Si bien se han ensayado propuestas para validar esta forma de analogía, el texto de la ley y las exposiciones de motivo hacen insalvable este modo de integrar el Derecho penal. En este contexto, solamente la declaración de inconstitucionalidad del art. 4.3 CP daría plausibilidad a las tesis favorables a la analogía *in bonam partem*<sup>141</sup>.

Ahora bien, pese a que argumentando a contrario se deriva la autorización de una analogía *in bonam partem*, ella no debe ser interpretada como un permiso absoluto. Que la integración del Derecho penal favorable al reo también se encuentre restringida en ciertos casos obedece a razones distintas: o bien puede estar vinculada a la división de poderes, o bien a la necesidad de lograr una prevención eficiente con el menor costo posible de libertades individuales. Cualquiera sea la explicación de estas restricciones, lo cierto es que ambas facetas son incumbencia del principio de legalidad, dada su

---

<sup>137</sup> KREY, «Zur Problematik richterliche Rechtsfortbildung «contra legem», *JZ*, 1978, p. 362.

<sup>138</sup> En palabras de NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, 1955, pp. 9 s., este último caso se estaría ante un supuesto de “jurisprudencia *contra legem*”.

<sup>139</sup> MONTIEL, *InDret*, (3), pp. 5 s.

<sup>140</sup> Cfr., entre otros, MIR PUIG, *PG*, 8ª ed., 2008, Lección 4, nm. 42 s.; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 1999, p. 61; BACIGALUPO, «La rigurosa aplicación de la ley penal», en EL MISMO, *Principios constitucionales de derecho penal*, 1999, p. 115; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 74

<sup>141</sup> Sobre esta discusión y el carácter inconstitucional de este precepto legal, MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, pp. 102 ss.

apoyatura en fundamentos jurídico-políticos y jurídico-penales<sup>142</sup>. Por tanto, las restricciones a la integración del Derecho penal que impone el principio de legalidad pueden ser explicadas en clave de las exigencias del Estado de Derecho o bien de la conciliación de los fines del Derecho penal<sup>143</sup>.

Desde la perspectiva de la raíz jurídico-política del principio de legalidad, las limitaciones buscan mantener la corrección judicial lo más apegada posible al espíritu de la legislación y garantizar su carácter excepcional. Solo de este modo se hace compatible la modificación judicial con el principio democrático y la división de poderes. En primer lugar, el mayor seguimiento de la legislación en la integración se logra priorizando aquellos argumentos más fuertemente apegados a la letra de la ley (*i. e.* mecanismos de integración que implican razonar y crear una norma judicial a partir de un enunciado legal concreto) en detrimento de aquellos otros argumentos menos apegados a una norma legal concreta. Por esta razón, los mecanismos de integración más fuertemente vinculados a la legislación —como lo son la analogía *legis*, la aplicación (o importación) de Derecho extrapenal<sup>144</sup> y las reducciones/ampliaciones teleológicas<sup>145</sup>— van a tener prioridad frente a la analogía *institutionis*<sup>146</sup>. Esta última presupone un razonamiento marcado principalmente por principios institucionales —y, por ende, más abstractos— y conlleva también un alejamiento más pronunciado —pero todavía existente— respecto a una concreta decisión del legislador<sup>147</sup>. Pero, además, que la integración esté lo más apegada posible a la legislación conduce también a rechazar aquellos argumentos que proponen un tipo de razonamiento de notable abstracción y de sujeción al espíritu de la ley sumamente dudoso. Éste es el caso de la analogía *iuris*, de cuestionable estatus epistémico<sup>148</sup>, que se presenta como una

---

<sup>142</sup> Entre otros, ROXIN, *AT I*, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 5, nm. 18 ss.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, pp. 10 ss.

<sup>143</sup> MONTIEL, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, pp. 139 ss.

<sup>144</sup> De los mecanismos de integración del Derecho penal mencionados, seguramente sea la aplicación o importación de Derecho extrapenal el menos conocido de todos. Sin embargo, vale la pena mencionar que en el ámbito de las causas de justificación es un mecanismo empleado para colmar lagunas axiológicas. Así, por ejemplo, durante la vigencia del RStGB el sistema de causas de justificación jurídico-penal no contaba con el estado de necesidad, sin perjuicio de lo cual tal desperfecto fue solucionado gracias a importar la regulación jurídico-civil del estado de necesidad justificante. De manera similar, se observa esta misma metodología a la hora de traer regulaciones del Derecho de protección de datos también al Derecho penal, al respecto, cfr. RÜBENSTAHL/DEBUS, «Strafbarkeit verdachtabhängiger E-Mail und EDV-Kontrollen bei Internal Investigations?», *NZWiSt*, 2012, p. 135. En todos estos casos, la principal característica del mecanismo consiste en que la norma finalmente creada por el juez mantendrá el mismo supuesto de hecho que la regla legal, pero habrá modificado la solución normativa y la habrá adaptado al nuevo “hábitat jurídico”. Así, una regla pensada para excluir el deber de indemnizar pasa a estar al servicio de la exclusión de una pena. En detalle, MONTIEL, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, pp. 37 ss.

<sup>145</sup> Según mi parecer, puede ubicarse dentro de las ampliaciones o reducciones teleológicas al denominado “fraude de ley”, recientemente tematizado por RIGGI, *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, 2013, *passim*, pese a que el autor considera al fraude de ley más una forma de analogía que de ampliación o reducción teleológica o bien un mecanismo de solución de cuestiones semánticas (pp. 47 s.).

<sup>146</sup> Cfr. MONTIEL, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, p. 70, con ulteriores referencias.

<sup>147</sup> Con ulteriores referencias, MONTIEL, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, pp. 63 ss.

<sup>148</sup> SUNSTEIN, «On analogical reasoning», *Harvard Law Review*, 1992-1993, p. 746.

estructura argumentativa prácticamente vacía que ofrece solamente un camuflaje “legal” al puro subjetivismo del juez<sup>149</sup>.

Además, desde la raíz jurídico-penal del principio de legalidad surgen otras limitaciones que encuentran expresión en la idea del carácter excepcional del tipo de eximente, cuya extensión analógica se acepta<sup>150</sup>. Por parte del legislador no sólo se exige un examen concienzudo antes de adoptar una decisión a favor de la criminalización de una conducta, sino también respecto a la decisión sobre los supuestos en los que se exceptúa el castigo ante circunstancias puntuales, dado que se ponen en juego sensibles cuestiones ligadas a la vigencia preventiva del Derecho penal<sup>151</sup>. Esto último explica que, desde el punto de vista preventivo-general, no exista una vocación de generalizar *per se* las decisiones puntuales que implican la impunidad, sino que, al contrario, ellas suponen también supuestos excepcionales. Con todo, esta excepcionalidad puede ser entendida en el Derecho penal de manera gradual, es decir, no todas las eximentes tienen el mismo nivel de excepcionalidad. Aquellas eximentes que excluyen la responsabilidad cuando el hecho reúna más requisitos de la conducta punible serán reputadas más excepcionales que aquellas otras que contienen menos requisitos<sup>152</sup>. Así, por ejemplo, una excusa absoluta tendrá un carácter más excepcional que una causa de justificación, puesto que la primera excluye la responsabilidad en un caso que ya constituye un delito, mientras que en el segundo caso el hecho ni siquiera llegó a infringir una prohibición. Este diferente grado de excepcionalidad justifica que, a mayor grado de excepcionalidad, más fuerte sea también la vigencia de la prohibición de analogía. Dicho esto, y atentos a los niveles de excepcionalidad de las eximentes, considero que la analogía *in bonam partem* no podría aceptarse respecto de las excusas absolutorias, mientras que en las restantes eximentes ello es todavía posible<sup>153</sup>.

## 9. Reflexiones finales

Posiblemente la ruptura más fuerte que propone (sutilmente) este trabajo respecto al modelo heredado sea entender la legalidad *prioritariamente* como un problema de delimitación de las competencias de los poderes constituidos, en lugar de como un instrumento que garantiza a la ciudadanía la previsibilidad de las reacciones estatales. Entiendo que este segundo aspecto, sin ser totalmente irrelevante, sí es inoperante para aplicar explicar genuinamente los fundamentos y alcances del principio de legalidad. Sin embargo, no creo que sea ésta la idea más importante que intenta acercarse. Más bien, debe hacerse foco en la distinción entre problemas *conceptuales* y *de legitimidad*, cuya confusión explica en mi opinión buena parte de los atrasos y estancamientos que vive la teoría de la legalidad penal desde hace décadas.

---

<sup>149</sup> Para más detalle, MONTIEL, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2014, pp. 140 ss.

<sup>150</sup> Sobre el carácter excepcional de las eximentes, cfr. MONTIEL, *InDret*, (3), pp. 7 ss., con abundantes referencias.

<sup>151</sup> Cfr. MONTIEL, *InDret*, (3), pp. 8 s., con ulteriores referencias.

<sup>152</sup> En profundidad sobre esta idea, MONTIEL, *InDret*, (3), pp. 14 ss.

<sup>153</sup> En detalle, cfr. MONTIEL, *InDret*, (3), pp. 19 ss.

El principio de legalidad se involucra directamente con problemas de *legitimidad*, puesto que determina si un poder constituido está habilitado a asumir una determinada competencia y la medida en que ello es posible. En este plano, la evolución de nuestra disciplina está condenada al fracaso si se prescinde de los aportes de la moderna teoría constitucional y de la filosofía política. Incluso, es necesario incorporar reflexiones sobre las finalidades del Derecho penal que expliquen el concreto alcance de la legalidad en este sector del ordenamiento jurídico. Ahora bien, la principal rémora que sufre nuestra doctrina está vinculada a cuestiones *conceptuales*, dado que no aparecen suficientemente clarificadas nociones elementales, tales como el significado de la interpretación, de creación judicial de Derecho, de lagunas jurídicas, etc. Como se desarrolla en el trabajo, mucho tienen para aportar en este terreno la filosofía del lenguaje y la metodología jurídica de corte analítico.

Como pudo verse, las posiciones asumidas en este escrito arrancan con una determinada comprensión de los sistemas normativos, lo que permite clarificar de qué modo se gesta una sistematización y se identifican los posibles defectos que pueden afectar a la aplicación del Derecho penal. En mi opinión, esta aproximación corre con la ventaja de poder identificar mejor todas aquellas cuestiones relevantes que se ven involucradas cuando aludimos a la creación (legislativa o judicial) de Derecho, a la aplicación e interpretación de la ley penal y a la identificación del sistema de fuentes. Una mejor comprensión de estas competencias de los poderes constituidos permite identificar mejor *qué y cómo* delimita el principio de legalidad.

Con ello llegamos a una enseñanza que tímidamente nos dejaba SCHÜNEMANN hace casi cuatro décadas: una comprensión más acabada del principio de legalidad únicamente puede ser realista en la medida en que se profundicen nuestros conocimientos en disciplinas ajenas al Derecho penal<sup>154</sup>. En este sentido, el presente artículo ha intentado simplemente mostrar un mapa conceptual que indica aquellas “paradas” en las que las remisiones a cuestiones de “extra-legalidad” resultan necesarias para “oxigenar” la teoría de la legalidad penal. Aunque sin perder de vista que lo relevante es cómo se utilizan esas herramientas, más que el solo hecho de traerlas de paseo al Derecho penal.

Por último, esta contribución debe ser entendida como una invitación a nuestra comunidad de penalistas a mostrarse permeables también en este terreno al influjo de la filosofía analítica. Y esta invitación está hecha a partir de mostrar de qué manera el suministro de criterios procedentes de esta tradición filosófica aporta claridad a la comprensión del principio de legalidad. Esa mayor claridad se logra distinguiendo aspectos conceptuales que hasta ahora nuestra tradición sólo había hecho pobremente (basta pensar en la unificación que suele hacerse entre temas de interpretación e integración del Derecho penal) y evitando la promiscuidad terminológica, con la cual tan frecuentemente coqueteamos (*v. gr.*, la multiplicidad de sentidos en los que se habla de

---

<sup>154</sup> SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, pp. 1 ss.

analogía, de creación judicial de Derecho, etc.). En mi opinión, la introducción de estos criterios en nuestros estudios nos ayudará a tener una mayor capacidad para diagnosticar los diferentes problemas que debemos enfrentar y para proponer soluciones más satisfactorias. En el fondo, el presente artículo ha pretendido principalmente acomodar, *según criterios analíticos*, la abundante y rica información aceptada de manera dominante por nuestra tradición jurídico-penal en materia de legalidad, y a partir de allí ofrecer explicaciones más sofisticadas de la problemática y su tratamiento.

## 10. Bibliografía

ALCHOURRÓN/BULYGIN (2002), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires. (Citado por la cuarta reimpresión, 1ª ed. de 1975)

AMBOS (2008), *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäisches Strafrecht*, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich.

ANTOLISEI (1997), *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 14ª ed., Giuffrè, Milán.

ARROYO ZAPATERO (1983), «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (8), pp. 9 ss.

ATIENZA/RUIZ MANERO (2000), *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid.

BACIGALUPO ZAPATER (2006), *Hacia el nuevo Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires.

————— (1999), *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires.

————— (1999), «La rigurosa aplicación de la ley penal», en EL MISMO, *Principios constitucionales de derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 115 ss.

————— (1998), *Manual de derecho penal*, Temis, Bogotá.

————— (1998), *Principios del Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tecnos, Madrid.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2004), «La ley penal», *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, (1), pp. 209 ss.

BASSIOUNI (2003), *Introduction to the International Criminal Law*, Transnational, Nueva York.

BAUMANN/WEBER/MITSCH (2003), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 11ª ed., Gieseking, Bielefeld.

BECCARIA (1993), *De los delitos y de las penas* (trad. Casas), Alianza, Madrid.

BIDART CAMPOS (1998), *Manual de la Constitución reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires.

BOCKELMANN/VOLK (1987), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich.

BRANDOM (2001), *Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus* (trad. Gilmer), Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

————— (2000), *Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung* (trad. Gilmer/Vetter), Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

BULYGIN (1991), «Sentencia judicial y creación de Derecho», en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 355 ss.

CALVO GARCÍA (1994), *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid.

CHRISTENSEN (2005), «Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung», en LERCH (ed.), *Die Sprache des Rechts*, t. II, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, pp. 1 ss.

CHRISTENSEN/SOKOLOWSKY (2006), «Neo-Pragmatismus: Brandom», en BUCKEL *et al.* (eds.), *Neue Theorien des Rechts*, UTB, Estucardia, pp. 239 ss.

COMANDUCCI (2003), «Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateorético» (trad. Carbonell), en CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp. 75 ss.

COHEN/VARAT/AMAR (2005), *Constitutional Law. Cases and Materials*, Foundation Press, Nueva York.

CUELLO CONTRERAS (2002), *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid.

EHLERS (2010), «Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat», en ERICHSEN/EHLERS (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14ª ed., Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, pp. 1 ss.

ENGISCH (2005), *Einführung in das juristische Denken*, 10ª ed., Kohlhammer, Estucardia.

ESER (2006), «§ 1», en EL MISMO (ed.), *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., C. H. Beck, Múnich.

FALCÓN TELLA (1991), *El argumento analógico en derecho*, Civitas, Madrid.

FEUERBACH (1847), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Georg Friedrich Heyer, Giessen.



FRISTER (2013), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., C. H. Beck, Múnich.

FUCHS (2004), *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Springer, Viena, 2004.

GÁMEZ MEJÍAS (2004), *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*, Dykinson, Madrid.

GARCÍA AMADO (2001), «Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (24), pp. 85 ss.

GIMBERNAT ORDEIG (1999), *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid.

GREENAWALT (1997), «The nature of rules and the meaning of meaning», *Notre Dame Law Review*, (72), pp. 1449 ss.

GUASTINI (2003), *Estudios sobre la interpretación jurídica* (trad. Gastón/Carbonell), 5ª ed., Porrúa, México.

————— (2003), «La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano» (trad. Lujambio), en CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp. 49 ss.

HAFTER (1947), «Lücken im Strafgesetzbuch. Lückenausfüllung», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, (62), pp. 133 ss.

HASSEMER (1996), «¿Palabras justas para un Derecho justo? Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho Penal» (trad. Zafra), *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos humanos*, (35), pp. 143 ss.

HASSEMER/KARGL (2013), «§ 1», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden.

HERDEGEN (2012), «Art. 79», en MAUNZ/DÜRIG (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, 65ª suplemento, C. H. Beck, Múnich.

V. HIPPEL (1930), *Deutsches Strafrecht*, t. II, Springer, Berlín.

HIRSCH (2003), «Vor §§ 32 ff.», en LAUFHÜTTE *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, t. II, 11ª ed., Berlín.

VON HIRSCH (2012), «Tolerancia como *mediating principle*», en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS , *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (trad. Felip i Saborit), Atelier, Barcelona, pp. 163 ss.

VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (2012), «Introducción: ¿Qué son los «*mediating principles*»?», en LOS MISMOS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (trad. Robles Planas), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 55 ss.

HURTADO POZO (2004), «Principio de legalidad e interpretación: prostitución y el Tribunal Federal Suizo», en ZUGALDÍA ESPINAR *et al.* (eds.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II, Marcial Pons, Madrid, pp. 993 ss.

JAKOBS (1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York.

JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

JIMÉNEZ DE ASÚA (1992), *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y ley penal*, t. II, 5ª ed., Losada, Buenos Aires.

KELSEN (2000), *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Österreich, Viena.

KERTAI (2011), «Strafbarkeitslücken als Argument. Gesetzesauslegung und Bestimmtheitsgebot», *Juristische Schulung*, pp. 976 ss.

KINDHÄUSER (2011), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Nomos, Baden Baden.

KLATT (2005), «Die Wortlautgrenze», en LERCH (ed.), *Die Sprache des Rechts*, t. II, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, pp. 343 ss.

————— (2004), *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Nomos Baden Baden.

KUDLICH (2012), «El principio de legalidad en el Derecho procesal penal (en especial, en el Derecho procesal penal alemán)» (trad. Guerra), en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid (entre otras), pp. 435 ss.

————— (2011), «„Regel der Grammatik“, grammatische Auslegung und Wortlautgrenze», en PAEFFGEN *et al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 123 ss.

————— (2010), «„Gesetzesumgehung“ und andere Fälle teleologischer Lückenschließung im Strafrecht», en JAHN/KUDLICH/STRENG (eds.), *Strafrechtspraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 93 ss.

————— (2003), «Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht», *JuristenZeitung*, pp. 127 ss.

KUDLICH/CHRISTENSEN (2008), *Gesetzesbindung: vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, Duncker & Humblot, Berlín.

————— (2007), «Wortlautgrenze: Spekulativ oder pragmatisch? Zugleich Besprechung von Matthias Klatt. Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation (2004)», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (93), pp. 128 ss.

————— (2002), «Die Auslegungslehre als implizite Sprachtheorie der Juristen», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (88), pp. 230 ss.

KUDLICH/CHRISTENSEN/SOKOLOWSKI (2007), «Zauberpilze und Cybernauten - oder: Macht Sprache aus Pilzen Pflanzen?. Überlegungen zu BGH 1 StR 384/06 v. 25.10.2006 aus rechtslinguistischer Sicht», en MÜLLER (ed.), *Politik, [Neue] Medien und die Sprache des Rechts*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 119 ss.

KUHLEN (2012), *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales* (trad. N. Pastor), Marcial Pons, Madrid (entre otras).

————— (2012), «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía» (trad. Nanzer), en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid (entre otras), pp. 151 ss.

KREY (1978), «Zur Problematik richterliche Rechtsfortbildung contra legem», *JuristenZeitung*, pp. 361 ss.

————— (1977), *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht. Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots*, Duncker & Humblot, Berlín.

LAPORTA (1999), «Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y crisis de la ley», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (22), pp. 321 ss.

LARENZ (1991), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Springer, Berlín.

LASCURAÍN SÁNCHEZ (2016), «El control constitucional de las leyes penales», en NIETO MARTÍN *et al.* (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid (entre otras), pp. 351 ss.

————— (2016), «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid (entre otras), pp. 119 ss.

————— (2011), «Principios del Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 59 ss.

MAIER (2001), «¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho», en LASCANO (ed.), *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Libro homenaje a Claus Roxin*, Lerner, Córdoba, pp. 777 ss.

MAYER (1953), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Estucardia/Colonia.

MEIER (2001), *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer, Heidelberg.

MEYER-LADEWIG (1962), «Der Satz nulla poena sine lege in dogmatischer Sicht», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, (4), pp. 262 ss.

LÜCKE (1975), «Der allgemeine Schuldausschliessungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem», *Juristische Rundschau*, (2), pp. 55 ss.

MIR PUIG (2008), *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona.

————— (1994): *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona.

MONTESQUIEU (1993), *Del espíritu de las leyes* (trad. Blázquez/de Vega), 2ª ed., Tecnos, Madrid.

MONTIEL (2014), *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín.

————— (2014), «La garantía constitucional de la humanidad de las penas», en RIVERA *et al.* (eds.), *Tratado de Derecho constitucional*, La Ley, Buenos Aires, pp. 511 ss.

————— (2013), «Regulaciones de excepción y prohibición de analogía», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3).

————— (2012), «La “mala costumbre” de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre internacional como fuente de Derecho penal internacional», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid (entre otras), pp. 399 ss.

————— (2010), «Reflexiones sobre el papel de la analogía “in bonam partem” en el derecho penal colombiano», *Derecho penal contemporáneo*, (33), pp. 49 ss.

————— (2009), *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, La Ley, Madrid.

MONTIEL/ RAMÍREZ LUDEÑA (2010), «De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos. A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).

MORENO Y BRAVO (2004), «El principio de culpabilidad. Dilaciones indebidas en el proceso penal y su incidencia en la determinación de la pena», en ZUGALDÍA ESPINAR *et al.* (eds.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, pp. 549 ss.

MÜLLER/CHRISTENSEN (2004), *Juristische Methodik*, t. I, 8ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

NAUCKE (2002), *Strafrecht. Eine Einführung*, 10ª ed., Luchterhand, Wiesbaden.

————— (2000), «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia del positivismo relativista y politizado» (trad. Sánchez-Ostiz Gutiérrez), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal* (ed. española a cargo del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra), Comares, Granada, pp. 531 ss.

NAVARRO/BOUZAT/ESANDI (2001), *Juez y ley penal. Un análisis de la interpretación y aplicación de las normas penales*, Alveroni, Córdoba.

NAVARRO FRÍAS (2010), *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Comares, Granada.

NINO (1988), *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires.

NOLL (1955), *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, Recht und Gesellschaft, Basilea.

ORTIZ DE URBINA GIMENO (2012), «¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid (entre otras), pp. 173 ss.

OTERO GONZÁLEZ (2003), *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia.

OTTO (2004), *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.

PAEFFGEN (2010), «Vor §§ 32 ff.», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t I, 3ª ed., Nomos, Baden Baden.

PÉREZ ROYO (2014), *Curso de Derecho constitucional*, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid (entre otras).

PÉREZ BARBERÁ (2015), «Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal», *En Letra Derecho penal*, pp. 42 ss.

PRIETO SANCHÍS (2003), «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp. 123 ss.

PUPPE (2013), «§152b», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Strafgesetzbuch*, t. 2, 4ª ed., Nomos, Baden Baden.

————— (2012), «Justificación y certeza» (trad. Palermo), en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid (entre otras), pp. 251 ss.

RAGUÉS I VALLÈS (2003), «¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional de derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT (ed.), *El Funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 481 ss.

RIGGI (2013), *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Ad-hoc, Buenos Aires.

RÖDIG (1986), *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, Springer, Berlín (entre otras).

Klaus F. RÖHL/Hans Christian RÖHL (2008), *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Vahlen, Colonia/Múnich.

ROSATTI (2010), *Tratado de Derecho constitucional*, t. I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

ROSS (1997), *Sobre el derecho y la justicia* (trad. Carrió), Eudeba, Buenos Aires.

ROXIN (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich.

RÜBENSTAHL/DEBUS (2012), «Strafbarkeit verdachtabhängiger E-Mail und EDV-Kontrollen bei Internal Investigations?», *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, pp. 129 ss.

RÜTHERS/FISCHER (2010), *Rechtstheorie*, 5ª ed., C. H. Beck, Múnich.

RUIZ MANERO (2005): «Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas», en ATRIA *et al.* (eds.), *Las lagunas en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 103 ss.

SAGÜÉS (2007), *Manual de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires.

SALGUERO (2003), «Producción normativa de la jurisprudencia y límites del decisionismo en la aplicación analógica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (6), pp. 155 ss.

SÁNCHEZ-OSTIZ (2012), *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid (entre otras).

SÁNCHEZ MARTÍNEZ (2004), *Los principios en el derecho y la dogmática penal*, Dykinson, Madrid.

SANG-DON (1992), *Wortlautgrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung. Das strafrechtliche Analogieverbot*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

SASTRE ARIZA (2003), «La ciencia jurídica ante el Neoconstitucionalismo», en CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp. 239 ss.

SATZGER (2010), *Internationales und Europäisches Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Europäisches Straf- und Strafvorfahrensrecht. Völkerstrafrecht*, 4ª ed., Nomos, Baden Baden.

SCHEFFLER (1995), «Die Wortsinnngrenze bei der Auslegung. Ist der Verlust der Empfängnisfähigkeit von § 224 StGB umfaßt?», *Jura – Juristische Ausbildung*, pp. 505 ss.

SCHMIDHÄUSER (1975), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 20ª ed., Mohr, Tubinga.

SCHMIDT-ARMANN/SCHENK (2012), «Einleitung», en SCHOCH/SCHNEIDER/BIER (eds.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 23º suplemento, C. H. Beck, Múnich.

SCHMITZ (2011), «§ 1», en JOECKS/MIEBAC (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich.

SCHÜNEMANN (1978), *Nulla poena sine lege?: Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Walter de Gruyter, Berlín.

SCHUHR (2012), «Der „Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Strafen“ im Recht der Europäischen Union», en KUDLICH/MONTIEL/SCHUHR (eds.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 255 ss.

————— (2008), «Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage», *JuristenZeitung*, pp. 603 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2007), «Zur sogenannten teleologischen Auslegung», en PAWLIK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Carl Heymann, Colonia (entre otras), pp. 645 ss.

————— (2005), *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, Atelier.

SIMON (2005), *Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Duncker & Humblot, Berlín.

SULLIVAN/GUNTHER (2007), *Constitutional Law*, 17ª ed., Foundation Press, Nueva York.

SUNSTEIN (1993), «On analogical reasoning», *Harvard Law Review*, pp. 741 ss.

SÜß (2000), «El trato actual del mandato de determinación» (trad. Felip i Saborit), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal* (ed. española a cargo del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra), Comares, Granada, pp. 223 ss.

TRIFFTERER (1994), *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Viena.

VILE (1998), *Constitutionalism and the separation of powers*, 2ª ed., Liberty Fund, Indianápolis.

VIVES ANTÓN (2006), «Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal», DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO (eds.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 295 ss.

VOLLMER (1990), *Auslegung und „Auslegungsregeln“*, Duncker & Humblot, Berlín.

WELZEL (1969), *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.

WERLE (2005), *Tratado de Derecho penal internacional* (trad. Díaz Pita et al.), Tirant lo Blanch, Valencia.

YACOBUCCI (2002), *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y función en la argumentación penal*, Ábaco, Buenos Aires.

ZAGREBELSKY (1995), *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia* (trad. Gascón), Trotta, Madrid.