

El principio de legalidad como garantía criminal

~Esteban Sola Reche~

Catedrático de Derecho penal. Universidad de La Laguna

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL Y LA GARANTÍA CRIMINAL

1. La CE reconoce en el art. 1.2 que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. A continuación en los números 1 y 3 de su art. 9 declara la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico y garantiza el principio de legalidad, con singularizada mención a las disposiciones sancionadoras, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad. El ejercicio de los poderes del Estado, entre ellos y sobre todos el legislativo a través de los directos representantes del pueblo, no puede (no debe) orientarse por algo distinto que la voluntad popular. No por otra razón que la de ser producto formalizado del ejercicio de la soberanía popular la ley obtiene su legitimación democrática.

Tal es el fundamento democrático de que el Estado resulte cesionario, en exclusiva, del *ius puniendi*. Y el legítimo gestor de la suma política de las cesiones individuales de soberanía para la ordenación incluso coactiva de las condiciones en las que el ciudadano ejerce sus derechos y libertades en sociedad. Como muy gráficamente ha venido explicando la teoría del contrato social.

2. Los arts. 25.1 de la CE y 1º.1 del CP, consecuentes con ese proceso de legitimación, formulan expresamente el principio de legalidad penal en clave de garantía criminal (*nullum crimen sine lege*) como necesaria implicación. Con los términos del CP: “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración”. El equivalente precepto constitucional tiene como principal destinatario al legislador. El segundo, como se acaba de reproducir, se dirige a quienes corresponde juzgar los delitos. Así es que, de inmediato y expresamente, se desautoriza a quienes ejerzan el poder judicial sancionando conductas que la ley no haya declarado delictivas, como recalca el art. 4º.1 CP: “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”. Obviamente en estos preceptos está implícita la común declaración para el ciudadano por la que se le reconoce el derecho a conocer los límites de la ilegalidad.

3. En sentido restrictivo de la punibilidad, la garantía criminal que comporta el principio de legalidad supone sobre todo la prohibición de la analogía. La ley penal que prevé el carácter delictivo de un comportamiento no será aplicable más que a aquellos casos estrictamente comprendidos en la misma; sin que pueda extenderse a otros análogos. En el mismo sentido de restringir la punibilidad, ya sin que ello afecte (al menos directamente) a la garantía criminal, operan los criterios de *adecuación social* y la *analogía in bonam partem aplicada a las causas de justificación*. No hay que olvidar que tanto la adecuación social como causa de atipicidad como las causas de justificación parten de la constatación del carácter típico del comportamiento. En ambos casos se produce una penetración de la impunidad en el territorio de la tipicidad, que sin duda restringe la protección penal inicialmente otorgada a los bienes jurídicos que amenazan los correspondientes comportamientos socialmente adecuados o analógicamente justificados. Desde la perspectiva del ciudadano potencialmente infractor no se perjudica la garantía criminal; a cambio, la colectividad es la que ve reducidas sus expectativas de protección. Por eso los efectos exoneradores de la adecuación social y de las (discutidas) causas de justificación por analogía frecuentemente pueden alcanzarse a través de otros argumentos restrictivos de la tipicidad o como insignificancia de la afectación de bienes jurídicos, sobre todo cuando se trata de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

4. La garantía criminal así deducida del principio de legalidad penal lo es para el ciudadano que, en un Estado de Derecho pueda decidir responsablemente sobre su proceder, haciéndole accesible el objetivo conocimiento de los supuestos punibles legalmente establecidos. Y en esas condiciones, pueda contar con la suficiente interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, justamente en el ámbito en el que están previstas las sanciones más severas del Ordenamiento jurídico.

II. PRIMER COROLARIO DE LA GARANTÍA CRIMINAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: EL MANDATO DE DETERMINACIÓN (*LEX CERTA*)

1. Si bien como principio, el de legalidad, no requiere de demostración más allá de su legitimación, en cambio cuanto del mismo se deduzca sí que necesita de la correspondiente comprobación de congruencia para mantener el sustento democrático. Se explica así que el disidente ejercicio del poder público respecto a lo legalmente establecido, en el caso que nos ocupa, se desprendería de esa básica legitimación democrática del principio de legalidad.

Pero vayamos por orden. De la expresión constitucional del principio de legalidad es inmediata la deducción del mandato de determinación dirigido al legislador, por el que se le exige que formalmente, a través de la ley, establezca los límites de la punibilidad (*lex certa*). En términos que, por un lado, el juez tenga los suficientes elementos de juicio para adecuar sus resoluciones a la ley; y por otro lado, que el ciudadano pueda reconocer fácilmente el alcance de la prohibición (o el mandato) implícito en los preceptos penales.

Esta idea está en el origen de la separación conceptual entre tipicidad y antijuridicidad, debida a BELING. Frente a lo que cabía esperar, desde la naciente idea de que la tipicidad no sería más que la descripción formal del comportamiento antijurídico, se constata una creciente sobrecarga de la importancia y atención que la Doctrina científica ha dispensado a este elemento del concepto de delito. A mi juicio, merecidamente. Porque, en efecto, a la tipicidad corresponden los trazos gruesos de la punibilidad, trasladando al juez el enjuiciamiento consistente en comprobar la subsunción en los tipos penales, como la mayor parte de su tarea con la referencia al caso concreto. Es claro que las otras valoraciones de Derecho penal material relativas a la justificación del hecho (antijuridicidad) o al reproche de su autor (culpabilidad), pudiendo ser decisivas, son consiguientes a la declaración de tipicidad. Incluso la precedente decisión sobre la procedencia de su enjuiciamiento por existencia de indicios suficientes en el correspondiente trámite procesal, resulta de la provisional valoración de si la conducta, en caso de resultar probada, sería o no típica.

2. En un régimen democrático, en primera instancia, el legislador es destinatario del encargo por el pueblo soberano de identificar a través de las leyes penales las conductas punibles, con la exigencia de concretar el alcance y las posibles (previsibles) interpretaciones de los tipos penales, trazando así los límites máximos de intervención del Derecho penal. Esto es: recibe un genérico mandato de determinación, que aunque también alcanza a la fijación de la pena (*cuánto y cómo se castiga*) exige la más importante previsión de *qué se castiga*. Ambas son exigencias derivadas del principio de legalidad pero en esta ocasión nos ocupamos sólo de la segunda, respecto a la que ya tropezamos con específicas carencias: las indicaciones sobre la naturaleza y grado de la determinación exigida. En la propia CE se contienen las pautas más básicas: el catálogo de derechos fundamentales objeto de la más intensa protección que compete al Derecho penal; y el de derechos fundamentales procesales vinculados cuya infracción habilita el

amparo constitucional. El TC ha tenido que ocuparse de ello con una fragmentada dedicación provocada por las *apariciones* de casos concretos, traídas a su conocimiento las más de las veces por recursos de amparo y, las que quizás sean pocas, por cuestiones de (in)constitucionalidad. Es ejemplo de esto último la STC 101/2012 que estimando la cuestión ha declarado inconstitucional y nulo el art. 335 CP, al incumplir los requisitos del principio de legalidad por no contener “ninguna exigencia específica de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (la fauna silvestre) que sirva para precisar el núcleo esencial de la prohibición penal”.

3. La mayoría de los ámbitos de indeterminación son bien conocidos. Algunos seguramente irremediables: la caracterización como imprudente del comportamiento; la equivalencia de la omisión con la acción, precisamente mal resuelta en nuestro art. 11 por un desatinado empeño de determinación del legislador de 1995; las leyes penales en blanco; el frecuente uso de elementos normativos en la fijación de tipos de lo injusto. Y otro ámbito que merece ser profundamente revisado: la arrogación de la totipotencia de la jurisdicción penal con las cuestiones prejudiciales no devolutivas (*ex arts. 3 LECr y 10.1 LOPJ*), que sorteando la jurisdicción especializada (sobre todo la contencioso-administrativa), *de facto* se delega, a veces por jueces confesos de su ignorancia sobre la materia, en la valoración de peritos la inferencia de tipicidad de la conducta; ocurre p. ej. en materia tributaria, urbanística y medioambiental.

Las pautas generales dadas por el TC para cumplir con las exigencias de determinación *ex art. 25.1 CE*, todavía insuficientes, se concentran en dos reglas básicas: la realización del máximo esfuerzo de determinación posible por el legislador; y la formulación de los preceptos en modo que resulte previsible la interpretación que den los jueces. Ésta última, si bien también toma como referencia la posible indefensión del ciudadano, ya nos regresa al problema de la integración de la ley por quien carece de legitimación democrática para ello. En efecto, parece que *no es de ley* que al ciudadano se le haga esperar a la revisión judicial de los preceptos para cerciorarse del carácter delictivo de su conducta, o la definitiva atipicidad o justificación de la que creía ilícita y podría ser víctima.

III. SEGUNDO COROLARIO: LA INJUSTICIA DE LA INSEGURIDAD JURÍDICA

1. Volviendo al punto de partida de un Estado democrático y de Derecho: del principio de legalidad se deduce que la decisión que se considera (más) justa para

valorar qué debe ser delictivo habría sido consensuada democráticamente y obtiene expresión en los preceptos legales. El incumplimiento del legislador con el mandato de determinación, del que es directo destinatario, es lógicamente fuente de inseguridad jurídica. La indeterminación de la ley penal que la provoca acarrea niveles de incertidumbre que se traslada exponencialmente al juez y al ciudadano. Para un caso poco afortunado, el propio legislador lo ha recordado en el Preámbulo de la reciente LO 1/2015 de reforma del CP: “La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice *resoluciones judiciales previsibles* que, además sean percibidas como justas”. La interacción de estos factores era esquemáticamente descrita por RADBRUCH: “Tenemos que buscar la justicia, pero al mismo tiempo tenemos que mantener la seguridad jurídica, que no es más que un aspecto de la misma justicia (...). La democracia es ciertamente un bien precioso (...); y lo mejor de la democracia es precisamente eso: que es la única forma de gobierno apropiada para garantizar el Estado de Derecho”.

2. Las leyes penales indeterminadas socavan pues la garantía criminal con indeseables consecuencias para el ciudadano. En primer lugar, comportan una suerte de indefensión frente a las decisiones del legislador. Desdibujan los límites a los que tiene someterse el Estado en el ejercicio legítimo del *ius puniendi*, minando el derecho del ciudadano soberano a conocer qué es lo que por él se ha decidido que sea delictivo. Valga el ejemplo del art. 318 bis.1 CP por el que cualquier ayuda con exclusivos fines humanitarios a extranjeros que entraban ilegalmente en territorio español podía llegar a ser considerada delito.

En segundo lugar, las leyes penales insuficientemente determinadas reducen las posibilidades de que las resoluciones que correctamente las apliquen abonen el sentimiento de su justicia, y así favorezcan los irrenunciables, aunque postergados, fines de prevención general positiva (integradora); es también una obviedad que cuanto mayor previsibilidad ofrezca la ley para enjuiciar en Derecho mayor será su capacidad pedagógica. Y en el mismo sentido: si lo previsible es percibido como injusto, más fácilmente el ciudadano adquirirá conciencia de la necesidad de reformar la ley; en cambio la inseguridad jurídica no motiva en igual medida la urgencia de derogar una ley eventualmente injusta.

3. En la correa de transmisión de la inseguridad jurídica encontramos, entre otros, los riesgos de una subversiva intermediación judicial. Aunque en nuestro entorno político esa suplencia judicial del legislador se asuma con resignación y buenas intenciones, no deja de suponer una fractura democrática ante la indeterminación de la ley, porque al juez se le coloca como involuntario delegado de las funciones del legislador. En no pocas ocasiones su contribución, por no prevista en la ley, padece la deslegitimación democrática de haber asumido el papel de legislar. No tanto porque se resuelva *contra legem*, que a veces ocurre. Sino porque se haga *praeter legem*. Esto es reconocible, en procesos tan disfuncionales como los que a continuación vemos: a) la solución judicial con la justificación legal *a posteriori*; y b) la particular solución legal del caso concreto.

a) Perspectiva judicial: la solución con la justificación legal a posteriori

1) Como se ha apuntado, el proceso penal se inspira en una creciente comprobación de la subsunción de los hechos denunciados en lo previsto en la ley como delito, que arranca en la fase de instrucción. Aquí bastando indicios; siendo ya necesarias pruebas en la fase de enjuiciamiento. Pero en todo momento con la referencia de la tipicidad (indiciaria o probada) de la conducta objeto de enjuiciamiento.

La garantía jurisdiccional que también comporta el principio de legalidad, en mi opinión, impone la misma secuencia. De forma que sería contrario a dicho principio la anticipación del fallo resultante del criterio del juez (“la solución judicial” del caso) que luego (*a posteriori*) se fundamenta con la búsqueda de compatibilidad con la previsión legal. Cambiando así el objeto de subsunción: deberían ser los hechos y pasa a ser la solución judicial, como se denunciaba de la Jurisprudencia de valoración. Lógicamente, a su vez puede verse afectada también la garantía criminal: si la solución judicial, probablemente respaldada con solventes argumentos de Justicia, no era (suficientemente) previsible desde los términos de la ley. El principio de legalidad constituye “una decisión explícita a favor de salvaguardar la libertad de los ciudadanos aunque ello suponga renunciar a una decisión del caso concreto quizás más justa”. Con semejante manipulación del objeto de enjuiciamiento, no es que se integren posibles lagunas de la ley: se crea el Derecho. No es que la “ley diga”; es “que el juez dice lo que la ley ha de decir”. Que esto se aleja de los mínimos de legitimación democrática lo reconoce el propio TS, como da cuenta la STS 358/2016 de 26 de abril, en su FD QUINTO:

“Los Tribunales están sujetos al principio de legalidad y (...) la consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación, pues el Derecho Penal se rige por el principio de legalidad estricta (...). Por tanto el respeto del principio de legalidad, en su exigencia de Lex Stricta, impide la aplicación del tipo en perjuicio del reo más allá de lo que consiente el propio sentido literal del precepto que configura el alcance de protección de la norma. Y (...) la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones («lex certa»). Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal (...) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía «in malam partem» (...). El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes”.

2) En la zona limítrofe del enjuiciamiento ajustado a las exigencias de la tipicidad se localiza la técnica judicial de *subsunción alternativa de la condena*, por la que habiendo obtenido el juez la plena convicción de que el acusado cometió un delito de entre varios posibles, condena sin poder resolver la disyuntiva de qué concreto tipo penal se ha realizado por falta de prueba. En mi opinión no se trata tanto de una huida del principio de legalidad en la medida en que ninguna calificación (de entre las alternativas consideradas) se aparte de la previsión legal, cuanto de declarados incumplimientos (por el propio juez que la invoca) de las exigencias derivadas de los derechos procesales fundamentales de presunción de inocencia y tutela judicial efectiva. Se trata más bien de una versión restringida del *versari in re illicita*, que sigue entre nosotros.

b) Perspectiva legislativa: la particular solución legal del caso concreto

1) La suplencia judicial para los incumplimientos del legislador necesariamente acarrea dosis de inseguridad jurídica para el ciudadano, que percibe desdibujados los

límites del *ius puniendi* estatal. Estrechamente relacionada con la manifestación anterior, la garantía criminal que deriva del principio de legalidad sufre mermas cuanto más singular sea el tratamiento (mayor variedad de criterios de ilicitud) que se dispense a casos análogos.

Esto se comprueba con la revisión de las soluciones ofrecidas por la Doctrina y la Jurisprudencia a concretos problemas que se plantean en la Parte Especial del Derecho penal, que no pocas veces pone en tela de juicio su adecuación al sistema que como coordenadas de referencia habría de ofrecer la Parte General; síntoma que se ha agudizado en relación con los modernos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, en cuanto han supuesto una de las principales vías de expansión del moderno Derecho penal. En efecto, el contenido mismo de la Parte Especial del Derecho penal no es el resultado de un programa científicamente diseñado para lograr una *correcta* elección de los comportamientos que han de ser constitutivos de infracción penal. Más bien lo es de la suma (poco ordenada) de las decisiones que el legislador ha venido adoptando con el directo objetivo de resolver problemas para la convivencia pacífica bajo la tutela del *ius puniendi*. Las más de las veces cuando tales problemas ya han desplegado sus indeseables efectos; y excepcionalmente con visionaria anticipación. Lógicamente las líneas maestras de esa constante reconstrucción de la Parte Especial debieran estar inspiradas en el modelo que diseña como norma fundamental la Constitución. Pero con desigual proximidad a ese modelo muchos de los concretos contenidos de la Parte Especial del Derecho penal obedecen a las que el legislador ocasionalmente percibe como conveniencias basadas en las cambiantes concepciones sociales (y políticas). Lo cual relativiza definitivamente la justificación de la intervención del Derecho penal al amparo del principio de protección de los bienes jurídicos más importantes para la convivencia, que se convierte en una condición necesaria, aunque no sea suficiente.

2) Para lo que ahora aquí nos interesa, las interpretaciones de los tipos penales de la Parte Especial del Derecho penal también presentan un considerable grado de variabilidad, que no siempre queda (suficientemente) limitada por los vínculos con la Parte General de los términos en que se formulan: los diversos significados que con convincentes argumentos se dan de los particulares elementos de cada tipo penal, la adecuación o el distanciamiento con la voluntad con frecuencia insuficientemente

inexplícita del legislador, y las distintas realidades que pretenden ser aprehendidas por las mismas descripciones típicas, son algunas de sus causas.

A esto se suma el “despecho” de la preocupación sistemática que se hace evidente por ejemplo en los modernos delitos contra el orden socioeconómico, y que en contra de lo que se ha querido justificar, no se debe únicamente, yo diría que ni siquiera sobre todo, a su precedente incompatibilidad con la creciente necesidad de respuestas jurídico-penales supranacionales. Ya traía causa en la insuficiente preocupación por la proyección armónica del sistema que trabajosamente se venía perfilando en la Parte General, al conjunto de la Parte Especial. Casi siempre se ha tomado por suficiente el análisis particular de cada una de las figuras delictivas, o de los grupos de delitos más cercanos, con los protocolos asumidos de estructura del delito. Y en lo que de criticable tenga, corresponde a la Doctrina el mayor tanto de culpa. Quizás sobre todo porque no acaba de lograrse la armonía deseable de los resultados del estudio y aplicación de las diversas figuras delictivas, todo sea dicho, con la importantísima contribución que viene haciendo una Jurisprudencia no pocas veces errática. Aun aceptando que el Derecho es funcionalmente distinto en cuanto se establece y en cuanto se aplica.

Y ello dando por descontado que lógicamente la Parte Especial necesita de una metodología distinta a la de la Parte General, vinculada aquélla a disposiciones más apegadas a los concretos fenómenos delictivos. De alguna manera con la exacerbación del método fenomenológico hasta donde permite el principio de legalidad, pero bastante alejado del límite hasta donde parece razonable que debe llegar una aceptable técnica legislativa integradora. Faltan los estudios de detalle que acrediten esa intromisión del método fenomenológico, o que quizás pudieran descubrir la ausencia de todo método; y en realidad el contenido de la Parte Especial del Derecho penal no sea más que una constante concesión al oportunismo. Es discutible que exista realmente una estructura que soporte un sistema de la Parte Especial del Derecho penal; no se ha acometido el objetivo de consensuar una clara y programada política criminal que la inspire; no son reconocibles unos principios básicos de técnica legislativa que la realice; y se echa de menos un fluido diálogo dogmático que asuma el propósito de sistematizar el estudio de la Parte Especial del Derecho penal.

3) Es lo cierto que la voluntad del legislador del momento se expresa con mayor claridad, otra cosa sería ver si con el debido acierto, en la Parte Especial, donde tienen un reflejo directo *las políticas criminales*. Hasta el punto de producir la impresión de

que, sobre todo en las reformas de la Parte Especial, poco se repara en la armonía del sistema cuyas directrices habría trazado previamente la Parte General, agravando la “tópica exasperante y caótica” que denunció GIMBERNAT ORDEIG. Desde una dimensión previa, no ha de extrañar entonces que esto culmine en un creciente desorden en la Parte Especial agolpándose en la confección de los tipos penales elementos normativos procedentes de los demás sectores del ordenamiento jurídico.

Por eso, de esto que acontece en la Parte Especial, quizás recoja las consecuencias del llamado método político criminal, desarrollado a partir de las fundamentales aportaciones de ROXIN, presentado como el método corrector de las “disfunciones congruentes” a las que supuestamente conduciría la estricta aplicación del pensamiento sistemático. En mi opinión cuando esto ocurre, que ocurre, se debe a una de estas dos razones: o el sistema está mal construido en alguno de sus pasos, o se olvida que la decisión de *una concreta política criminal* traducida en la concreta disposición normativa es muy posterior al sistema y sus garantías; y por ello, tanto en uno como en otro caso, el propio sistema debe quedar sometido a un constante proceso de adaptación de las nuevas realidades e intereses sociales con legitimación democrática, en la irrenunciable tarea de integrar los dictados de una política criminal también democrática. Y no a la inversa: como sería añadir al sistema nuevas partes, o modificar las existentes, sin considerar las interacciones que en lo que es su objeto se producen. Pues existen formas más o menos correctas de encauzar los objetivos político-criminales a través de las disposiciones legales, que convendría respetar evitando las manifiestamente incorrectas; ya que no es irrelevante el precio que se paga por la obcecada persecución de concretos objetivos político criminales. Por eso, el pragmatismo con el que la política criminal aborda los problemas encuentra un cauce expedito en la resignación fenomenológica, desembarazándose del constreñimiento de la pretendida armonía sistemática.

Es así que ya incluso con carácter previo al cómo se articulen en los instrumentos legales los objetivos marcados, el mismo término “política” en el concepto “política criminal” anticipa la asunción de compromisos con unos objetivos y métodos. Identificarían unos concretos objetivos de política criminal, p. ej. la especial dedicación de instrumentos legales a la lucha contra ciertas clases de delincuencia (la violencia machista, la económica, la transnacional, la juvenil, etc.). Y ello puede llevarse a cabo mediante un mayor o menor intervencionismo, p. ej. rebajando o aumentando el umbral

de la gravedad de los hechos que serían constitutivos de delito; con la integración de normativas procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico (de naturaleza administrativa, social, económica, etc.); o con la propia orientación de la normativa penal hacia fines preventivo generales o preventivos especiales. Entonces, mal puede hablarse de *una* política criminal resultante de *diversas* políticas criminales no armonizadas, o hasta contradictorias, o incluso porque lo que se demuestra es que no existe una política criminal sino una desordenada y oportunista reacción a concretos fenómenos delictivos.

4) Así es como, en esas condiciones, la exacerbación de esas tensiones entre “políticas criminales” y sistema, en mi opinión, acabó apuntado hacia la nueva versión del Derecho penal del enemigo que, por responder en los mismos términos en los que el método de la política criminal quiere justificarse, padecería la consiguiente “disfunción congruente” de las incontenidas políticas criminales.

Ello acarrea otras disfunciones quizás menos llamativas pero que acaban por invalidar las posibilidades de obtención de los originales concretos objetivos de política criminal. A salvo, claro es, de que se prescinda de la estricta vinculación a la ley por parte de los órganos judiciales con la consiguiente perversión del derecho (de los ciudadanos) a la tutela judicial efectiva. Los desencuentros, notables, entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, más bien hacen pensar en razones de “política judicial”, que no son más que la más cualificada muestra de lo que ocurre en los Tribunales de justicia con la aplicación e inaplicación de las disposiciones legales que se ensortijan en torno a la categoría de las nuevas formas de delincuencia. Así es que una de las lamentables consecuencias es la creciente desconfianza de que se mantienen los niveles suficientes de Estado de Derecho, a través del que cabría esperar la tutela judicial efectiva del interés general, continente a su vez de los intereses particulares en cuanto que legitimados democráticamente.

5) Aunque fácilmente se cae en la tentación de pensar que éste no es más que el resultado de una generalizada forma irreflexiva de acometer los problemas que parecen reclamar la intervención del Derecho penal, hay que reparar que en el trasfondo está una consciente actitud de relajamiento de los compromisos metodológicos y sistemáticos. Como describe LUHMANN para los fenómenos sociales, que ante nuestro conocimiento se muestran son retroacoplables, de modo que con lo que realmente se opera es con provisionales descripciones. El Derecho no puede desprenderse por completo de todas

las pre-realidades sin perder de vista lo que es su objeto de regulación. Otra cosa es que la fenomenología admita que *realmente* se pueda operar con esos valores primarios, pues cuenta con que su traducción explícita acaba por ser, necesariamente, inexacta; de modo que, ante su irreductibilidad a valores absolutos, podría admitirse *cualquier solución lógica*. La ilusión del absolutismo jurídico sería pues un error. Tal relativismo acaba por traducirse en que cada caso es operativamente distinto, y la armonía sistemática ¡terminaría siendo fuente principal de injusticia!

Todo lo cual se nos muestra como un triángulo en el que, en un vértice, el pensamiento sistemático sirve para analizar *cómo* se estructura el hecho delictivo y ello se repercute en su formulación típica; en otro vértice, desde pronunciamientos de política-criminal se decide qué ha de perseguirse como delito; y en el otro vértice, la fundamentación fenomenológica, sirve para justificar tal decisión aunque no quede perfectamente integrada en la estructura (básica) que el sistema ofrece. Si el pensamiento sistemático persigue la homogeneidad, la política criminal asume la oportunidad; y con la cobertura fenomenológica se legitima en el plano teórico la asistematicidad de la decisión judicial.

De modo que, como viene ocurriendo, las formulaciones propias de la Parte Especial del Derecho penal, dedicadas sobre todo a la más o menos precisa descripción (operativa) de los hechos delictivos, quedan demasiado alejadas de las estructuras lógico objetivas; y en su particular dedicación a resolver un concreto problema parecen quedar amparadas por un legítimo desapego del sistema. Hasta el punto que ni siquiera se plantea si, como es característico de nuestra Parte Especial, no obstante cabe obtener los mismos objetivos (de política criminal) sin la necesidad de resignarse a las “útiles desviaciones del sistema”. En esas condiciones, hay que asumir proporciones razonables de inseguridad jurídica. Pero no puede franquearse la barrera de lo no previsible por el destinatario último de la norma que es presupuesto de la disposición legal.

IV. TERCER COROLARIO: LA INJUSTICIA DE LA ILEGALIDAD

1. Esta tercera consecuencia es todavía más inmediata: de la vigencia del principio de legalidad se infiere que, en un Estado democrático y de Derecho, el pronunciamiento sobre ilegalidad comporta el de injusticia. La ley impuesta sin amparo democrático es siempre injusta. Sin embargo esto no descarta que una ley con respaldo democrático pueda ser injusta. El delito de estafa procesal del art. 250.1.7º CP prevé esa posibilidad: la correcta aplicación de la ley puede resultar injusta cuando los elementos de juicio han

sido manipulados. La declaración de inconstitucionalidad de la previsión delictiva de un comportamiento lo sustrae, por los cauces democráticos, de la ilegalidad; como ocurrió con la negación del genocidio prevista en la anterior redacción del art. 607.2, anulada por la STC 235/2007 de 7 de noviembre. La legendaria condena a muerte de Sócrates en las versiones de Jenofonte y Platón, la única dosis de injusticia con la que no contaba era la de su ilegalidad.

2. Al amparo del principio de legalidad, el art. 4º.3 CP expresamente contempla la vigencia de la ley posiblemente injusta: “sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que (...) no debiera serlo”. De lo que se colige que sería igualmente injusto convertir en ilegal lo que no lo es. Así, la STC 196/2013 otorgó el amparo a quien venía condenado por un delito del art. 225 bis 2.2º (retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por una resolución) porque los órganos judiciales habían “conferido al precepto (...) de una amplitud de prohibición penal que va más allá de la que el tipo establece de forma precisa, amplitud que se refleja en la interpretación extensiva que llevaron a cabo a la hora de calibrar la intencionalidad del demandante”, que “no se acompasa con el mandato derivado del principio de legalidad” [“omiten cualquier juicio valorativo relacionado con el conocimiento o grado de representación (...) de la existencia y contenido de las resoluciones judiciales objetivamente quebrantadas”].

El contexto de un Estado democrático y de Derecho impone pues que la ley injusta debe ser cambiada; pero por los *cauces democráticos legalmente establecidos*. Para que lo que injustamente sea delito deje de serlo, o lo que injustamente no es delito pase a serlo.

V. TEOREMA: EL GRADO DE SEGURIDAD JURÍDICA ES DIRECTAMENTE PROPORCIONAL A LA EFICIENCIA DEL SISTEMA PENAL

1. El sentimiento de la Doctrina científica de que el Derecho penal se desenvuelve en una situación de crisis se ha cronificado. Convirtiéndose en opinión pública que el Derecho penal no es lo bastante eficiente, sobre todo para la prevención y sanción de los graves delitos contra las personas y de los delitos relacionados con la corrupción. Ambos grupos de delitos vienen dando los principales titulares a los medios de comunicación. Y pareciera que el Derecho penal se ha convertido para el legislador en

un instrumento político al que recurrir para acallar el griterío popular con resonancia mediática. Recuérdese el motivo de la cita de unas líneas atrás del Preámbulo de la LO 1/2015, que por sí sola bien pudiera ser la definitiva respuesta a la inquietud que inspira este trabajo; el legislador motiva (el concreto punto de) la reforma, casi textualmente, en que es necesario el fortalecimiento de la confianza en la Administración de Justicia poniendo a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas como justas. Que esa necesidad pretenda satisfacerse ¡mediante la introducción en el sistema de penas de la prisión permanente revisable para delitos de extrema gravedad!, da la impresión de que el legislador se ha quedado atrapado en el bucle programático de que para obtener mayor prevención de delitos hay que agravar penas y convertir más comportamientos en delictivos: penas más graves, más Derecho penal. Sin embargo, se ha visto sobradas veces que el objetivo de la prevención requiere de otras apuestas: las intervenciones (no penales) previas a las situaciones de riesgo de delito. Son buenos ejemplos, la creciente exigencia de transparencia en la gestión pública; la mejor instrucción y dotación de medios de las fuerzas y cuerpos de seguridad, y de los órganos de la Administración fiscalizadores de la actividad económica. Entre otros. El inmediato y fácil recurso al Derecho penal se ha demostrado poco eficiente y despreciativo de la prevención desde fuera del Derecho penal. La mejor apuesta no es más Derecho penal; la mejor apuesta es menos ocasiones para el Derecho penal con más prevención de conductas de riesgo antes de que puedan adquirir entidad delictiva.

2. Volviendo a la necesidad de abonar la confianza en la Administración de Justicia, la cita del Preámbulo de la LO 1/2015 contiene, en eso sí, el acierto pleno de que es decisivo un sistema legal desde el que las resoluciones judiciales sean previsibles y sentidas como justas. Para ello no hay mejores coordenadas que las que ofrece la *lex certa*. La correcta realización del principio de legalidad tiene su inmediato efecto en la reducción de áreas de inseguridad jurídica. En Derecho penal la categoría de la tipicidad desempeña para ello el principal papel de delimitar la punibilidad. Pero en cierto modo, el conjunto de los comportamientos tipificados también es indicativo de las que hemos llamado *políticas criminales*, en cuanto formaliza caso a caso el compromiso estatal con el conjunto de la ciudadanía de la persecución de las conductas consideradas más graves para la convivencia. En un Estado democrático y de Derecho la ley es expresión, en todos los sentidos, de la voluntad del pueblo soberano. Y en esas condiciones, como

acabamos de ver, incluso la ley injusta goza de una provisional legitimidad democrática; mientras que la ley sin legitimidad democrática es por principio injusta.

La creación de la ley no es entonces, ni debe ser, cosa de jueces. Siendo la doctrina judicial la instancia definitiva para su interpretación, tanto más soporte democrático tendrá cuanto más consensuada y previsible resulte su aplicación para la ciudadanía. La Jurisprudencia, y sobre todo la Jurisprudencia penal, no debiera convertirse en el lejano oráculo de la ley para quienes eligen al (su) legislador. Siguiendo la lapidaria frase de VON KIRCHMANN, que el legislador pueda convertir con tres palabras rectificadoras bibliotecas enteras en basura, no puede convertirse en que tres palabras del juez tengan la misma capacidad con la ley (y ya de paso con las bibliotecas): “no se puede dejar en manos de cualquier juez el poder dejar las leyes sin valor”.

La entidad de este riesgo resulta de la concurrencia con el *principio de conservación de las resoluciones judiciales* que gana terreno en el proceso penal, reconocible en la sobrevalorada inmediación para la apreciación de la prueba, y las restricciones impuestas a los objetos de recurso ante las instancias superiores, especialmente la casación y el amparo constitucional, para cuya desconsideración basta la simple mención ausente de la más mínima motivación de “falta de interés constitucional”.

3. Es innegable que el proceso penal llegado al término de la sentencia contribuye a dar (o quitar) certeza a la ley. Pero también que la mayor certidumbre sobre lo que es y deja de ser delito tiene en la ciudadanía efectos preventivos. P. ej., la reforma de los delitos contra la seguridad vial de conducción a velocidad gravemente excesiva o con altas tasas de alcohol, de los núms. 1 y 2 del art. 379 CP, además de sus propios efectos, ha propiciado la uniformización y celeridad de los procedimientos (un buen número de casos se sustancian por enjuiciamientos rápidos) y con resultados muy previsibles, ya desde su instrucción. Y se ha reducido considerablemente la varianza en la doctrina judicial sobre estos delitos. Desde los términos de la ley el mensaje disuasorio (prevención general negativa) es claro; y ha servido a la concienciación sobre qué conductas son consideradas democráticamente indeseables (prevención general positiva).

A esto contribuiría una *instrucción especializada de las causas penales*. En clave de principio de legalidad, al menos por tres motivos: 1) Se uniformizaría la

identificación o descarte de indicios de criminalidad. Esto es: se favorece mayor unidad de criterio acerca de los elementos determinantes de la tipicidad de los hechos. 2) Sometidos al que hemos llamado principio de conservación de las resoluciones precedentes, es de pura lógica que, cuanto más objetivable sean las primeras resoluciones judiciales, mayor grado de certidumbre se tendrá sobre las resoluciones definitivas. Y 3), de igual modo, la creciente usurpación de la jurisdicción penal a otras jurisdicciones de valoraciones que les serían propias a través de las cuestiones prejudiciales no devolutivas, amenaza a un uniforme cuerpo de doctrina, que al menos se vería contenida por instrucciones especializadas. Con el consiguiente incremento de la predictibilidad.

4. La seguridad jurídica, muy singularmente respecto a la protección penal de los valores más importantes para la convivencia democrática, es paso obligado del reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos soberanos. Al Estado compete garantizar su ejercicio, sometiéndose a las exigencias del principio de legalidad. Se demuestra que su cumplimiento demanda un sistema penal eficiente inspirado en el garantismo del que es acreedor todo ciudadano en un Estado social y democrático de Derecho.