

PRESENTACIÓN: LA EROSIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN
EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL CONTEMPORÁNEO
*PRESENTATION: THE EROSION OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY
IN THE CONTEMPORARY CRIMINAL JUSTICE SYSTEM*

Lucía Martínez Garay

Clara Viana Ballester

Universitat de València

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.116>

PRESENTACIÓN: LA EROSIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL CONTEMPORÁNEO

Lucía Martínez Garay

Clara Viana Ballester

Universitat de València

Los trabajos que conforman la sección debate de este número son fruto de un Congreso que se celebró en la Universitat de València en mayo de 2023, y en el que intervinieron como ponentes, entre otros destacados juristas, los autores de los artículos que se publican en este número de Teoría y Derecho. El Congreso fue una de las actividades realizadas en el marco del proyecto de investigación PID2021-123441NB-I00: «La erosión del principio de legalidad en el sistema de justicia penal contemporáneo: diagnóstico y propuestas de solución» (financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa»), que codirigimos quienes firmamos esta presentación.

El conjunto de las ponencias que se presentaron en dicho congreso proporciona un retrato de la atormentada situación en que se encuentra en nuestros días el principio de legalidad penal, así como un diagnóstico de algunas de las variadas y complejas causas que nos han llevado hasta donde estamos. Por ello, pedimos a los autores que adaptaran los trabajos, para poder darlos a conocer a un público más amplio, y estimular la reflexión y el debate no solo sobre los problemas del presente, sino también sobre cómo evolucionar, ojalá que a mejor, a partir de ahora.

En el sistema de justicia penal español (y, también, en los países de nuestro entorno, donde se observan tendencias similares), el principio de legalidad penal está cada vez más alejado de la representación del ideal ilustrado, lo que se aprecia tanto en relación con el significado garantista de la máxima de legalidad penal, como respecto a la posición asumida por el poder legislativo y el poder judicial en relación con los procesos de elaboración e interpretación, respectivamente, de las normas penales. Se ha afirmado que nos encontramos ante una «legalidad penal líquida» (Silva, 2015), marcada por elementos de una crisis que es multinivel, en un sentido institucional, pero también de calidad normativa. Parte de la *mala praxis* en el proceso de elaboración de las normas penales, tanto a nivel político-criminal, condicionado por tendencias que no permiten una elaboración de las leyes penales siguiendo criterios de racionalidad (Díez Ripollés, 2013), como técnico jurídico. Sobre esta última nota, la falta de claridad de la normativa penal —influenciada por la emergencia legislativa que caracteriza modelos como el derecho penal simbólico o el populismo punitivo, entre otros— tiene un reflejo en su aplicación, debido a su deficiente configuración técnica, la cual determina que, con frecuencia, sean los tribunales quienes resuelvan el alcance de una disposición penal, apreciándose así una dejación de funciones legislativas, en pro de un modelo de «derecho judicial» (Rüthers, 2020). Las carencias técnicas de la legislación penal acaban convirtiendo así a los jueces —e incluso a fiscales—, en velados legisladores, obligados a llevar a cabo una extensa labor interpretativa para concretar el significado de las disposiciones normativas. Pues bien, será esta realidad poliédrica, conflictiva, sobre el principio de legalidad penal, la que orienta los trabajos presentados en este número monográfico.

El trabajo de Massimo Donini que encabeza este número repasa con detalle y rigor, en una magnífica síntesis, las múltiples dimensiones de esta crisis, y destaca que si bien son muchas las diferencias que cabe apreciar entre el momento actual y el ideal ilustrado, no todas ellas suponen una crisis de la legalidad. Resulta particularmente interesante su propuesta de una reserva de ley integral junto al código, y la conclusión de que el verdadero problema no es la crisis de la ley, sino la crisis del legislador, de la política.

Las contribuciones de Íñigo Ortiz de Urbina y de José Manuel Paredes enlazan precisamente con esta dimensión: la de la progresiva pérdida de racionalidad en el proceso de elaboración de las leyes penales por parte del poder legislativo que caracteriza la política contemporánea. El primero destaca los vicios más importantes que aquejan al desarrollo de la política legislativa en España, al hilo del ejemplo de la tramitación parlamentaria de la LO 14/2022, pero no se limita a describir la situación: muestra también que no sería en absoluto complicado evitar incurrir en ellos. El segundo se ocupa asimismo del proceso legislativo y analiza las diversas dinámicas que condicionan los resultados posibles del debate político-criminal real, teniendo en cuenta las características específicas que reviste en las democracias contemporáneas de masas y de opinión pública. Paredes subraya que la racionalidad política es una racionalidad limitada, y delimita el tipo de razones que pueden aportar los expertos en el proceso de elaboración de la legislación penal, y el ámbito posible de influencia que estos pueden razonablemente aspirar a tener.

Los trabajos de Juan Antonio Lascuráin y Miguel Ángel Presno abordan la otra dimensión de la crisis del principio de legalidad, que tiene que ver con el principio de separación de poderes: analizan distintos aspectos de la tensión entre el poder judicial y el poder legislativo, y la tendencia del primero a asumir un protagonismo creciente en la aplicación del derecho (aspecto también destacado en el trabajo de Donini, que encabeza este monográfico). Lascuráin analiza las razones a favor y en contra de la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales. Con apoyo en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se inclina por la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables, siempre que se den determinadas condiciones, y no considera que ello implique entender la labor del juez como «conormador» (junto al legislador), sino que bastarían para apoyar dicha tesis los argumentos atinentes a la seguridad jurídica.

En el trabajo de Presno lo que se analiza no es la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, sino la del Tribunal Constitucional, y desde una perspectiva crítica en la medida en que se denuncian tres casos (entre los que está, de nuevo, el relativo a la LO 14/2022, objeto de análisis previamente por Ortiz de Urbina) en los que el autor denuncia que el Tribunal se aparta de su función de declarar el sentido del texto constitucional a través de razonamientos jurídicos y se adentra en el terreno del legislador, bien porque manipula una disposición legal, bien porque le dice al legislador lo que debe hacer o, finalmente, porque le impide continuar el proceso de debate y, en su caso, aprobación de una iniciativa legislativa.

Esta crítica a posibles excesos del Tribunal Constitucional enlaza el trabajo de Presno con los tres siguientes, en los que desde diferentes perspectivas se valora la doctrina y la jurisprudencia partidaria de reconocer que de los derechos humanos o fundamentales (especialmente, el derecho a la vida y a la integridad física) emanan deberes para el legislador, que está obligado a utilizar el Derecho penal para protegerlos frente a agresiones de terceros. Quizá es conveniente aclarar aquí el porqué de haber incluido estas contribuciones en un número monográfico (y previamente en un congreso) dedicados al principio de legalidad, pues su conexión con este último puede, a simple vista, no resultar tan obvia como en las contribuciones que conforman la primera parte del número.

La relación, sin embargo, es clara, y preocupante. El principio de legalidad es, en sí mismo, un derecho, reconocido con la categoría de fundamental en el art. 25.1 de la Constitución española, y consagrado como derecho humano en los tratados internacionales. Tiene, por tanto, una dimensión de garantía para el ciudadano, en la medida en que presupone que todo lo que no está prohibido está permitido. Constituye la base de la libertad negativa, esto es, de lo que Constant llamara «la libertad de los modernos», que descansa sobre la seguridad jurídica, sobre la exclusión de toda injerencia estatal respecto de los actos no prohibidos y la posibilidad de calcular con exactitud las consecuencias que podrían derivarse de estas conductas cuando fueran consideradas delictivas (Vives, 2011: 726). Así, la configuración ofrecida al derecho penal desde la Ilustración supone afirmar que la restricción de libertad que representa la norma penal como instancia de control social formal debe ser la mínima posible, de modo que debe interpretarse como odiosa cualquier restricción de libertad que no se encuentre justificada (Carbonell, 2001: 130-131).

El principio de legalidad es, por tanto, «*nullum crimen sine lege*», no «*nullum crimen sine poena*», expresión esta última de una suerte de principio de legalidad invertido que tradicionalmente se ha considerado propia de regímenes autoritarios (Silva, 2008). Sin embargo, la doctrina de las obligaciones de tutela penal, aun concediendo que en último término persigue fines absolutamente compatibles (de asegurar la vigencia real de los derechos, especialmente los de colectivos o personas en situación de vulnerabilidad o discriminación, y reclamar justicia para graves violaciones de derechos humanos) apunta precisamente a esto: a que no debe quedar ningún crimen sin pena. Y termina derivando en la reivindicación de un peligroso derecho humano a la seguridad, con el que fácilmente se socavan las bases de todos los demás. Los retos que supone este cambio de perspectiva para la concepción tradicional del Derecho Penal son mayúsculos. La contribución de Liora Lazarus ofrece una interesantísima panorámica de la evolución a nivel internacional, y destaca que estas obligaciones de tutela penal son utilizadas por corrientes de extrema derecha para reforzar la represión en nombre de los derechos, pero que al mismo tiempo la construcción tiene indudables raíces en doctrinas bien consolidadas de defensa de los derechos. Y urge a la necesidad de distinguir ambas cosas, y de denunciar la explotación populista de los derechos humanos para promover fines represivos.

Los dos siguientes trabajos tratan el problema desde dos posturas diferentes. Doménech Pascual expone los argumentos por los que entiende admisibles y necesarias las obligaciones de tutela penal. Si bien, introduce el matiz de que los derechos que tienen los ciudadanos a reclamar que el Estado active el derecho penal para protegerlos frente a la delincuencia no son totalmente simétricas a los derechos que tienen esos mismos ciudadanos a protegerse frente a las injerencias indebidas del Estado cuando se excede en el uso del *ius puniendi*, porque los riesgos de abuso en este último caso son mayores. Este autor considera —y aquí el nexo con el trabajo de Presno— que reconocer a los Tribunales Constitucionales la competencia para controlar si el legislador ha cumplido suficientemente sus obligaciones de penalización no tiene por qué suponer una ampliación indebida del poder del primero sobre el segundo. Martínez Garay, por el contrario, defiende una postura opuesta. Acepta que los Estados puedan estar obligados a proteger los derechos fundamentales frente a los ataques de que son objeto por parte de particulares, pero defiende que dichas obligaciones no alcanzan al Derecho penal. Entiende que esta rama del ordenamiento jurídico es diferente, que los argumentos que pueden legitimar las obligaciones de tutela en otras áreas del derecho no son trasladables al derecho penal, y que en el derecho penal estas obligaciones no funcionan igual que lo hacen en esos otros ámbitos. En particular, y en contra de lo que sostiene Doménech, argumenta que la realidad evidencia que el Tribunal Constitucional invade el campo del legislador cuando aplica los deberes de protección de los derechos fundamentales al ámbito penal.

Creemos, en fin, que el conjunto de los trabajos que presentamos ofrece una reflexión imprescindible sobre la crisis actual de la legalidad penal. Una reflexión, por un lado, práctica, atenta a las circunstancias, los ejemplos y los problemas diarios de nuestra realidad política, judicial y legislativa. Una reflexión útil, con propuestas para mejorar algunos de los problemas que esa realidad evidencia. Y una reflexión crítica y plural, con miradas

distintas sobre una misma realidad, que esperamos pueda servir para entender mejor los retos y los dilemas políticos y jurídicos que se evidencian en la crisis de la legalidad penal. Agradecemos, por ello, a todos los autores sus aportaciones, que han hecho posible este número de referencia en materia de legalidad penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, Javier (2009): *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch: Valencia.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos (2001): «Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad», en J. Arroyo Zapatero y A. Berdugo Gómez de la Torre (coords.), Libro homenaje al Prof. Marino Barbero Santos, 1, 85-104.
- Correcher Mira, Jorge (2018): *Principio de legalidad penal: ley formal vs. Law in action*, Tirant lo Blanch – Universitat de València: Valencia.
- Díez Ripollés, José Luis (2013): *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Trotta: Madrid.
- Rüthers, Bernd (2020): *La revolución secreta. Del Estado de Derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, Marcial Pons: Madrid.
- Silva Sánchez, Jesús María (2008): «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», *Derecho Penal y Criminología (Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas)*, 29, 86-8.
- Silva Sánchez, Jesús María (2015) «Legalidad penal líquida», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona.
- Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos del sistema penal. Acción Significativa y Derechos Constitucionales*, Tirant lo Blanch: Valencia.