

TRATAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN LA FORMACIÓN DE JURISTAS

ESTADO DE DERECHO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN LA FORMACIÓN DE JURISTAS

AUTOR: Salomón Alejandro Montecé Giler¹DIRECCIÓN PARA CORRESPONDENCIA: alejandromontece_1983@hotmail.com

Fecha de recepción: 10 - 12 - 2018

Fecha de aceptación: 19 - 02 - 2019

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal, brindar al lector elementos cognitivos con respecto al Estado de derecho y el principio de legalidad pues, desde luego, este principio viene a constituir la columna vertebral de todo el ordenamiento jurídico de un país, por cuanto es el fundamento básico en el que se desenvuelve la actividad del Estado. Así, por ejemplo, en materia penal tenemos que “no hay delito, ni pena, sin ley”. De ahí que este principio determina qué comportamiento debe realizar el funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Para Ferrajoli el principio de legalidad es “la garantía política de los poderes públicos y el respeto de estos con la legalidad constitucional”². Lo que quiere decir que la necesidad de este principio es inherente a todos los ordenamientos jurídicos, a fin de poner un límite al poder.

PALABRAS CLAVE: Estado; principio de legalidad; formación; juristas.

THE TREATMENT OF THE RULE OF LAW AND THE PRINCIPLE OF CRIMINAL LEGALITY IN THE FORMATION OF JURISTS

ABSTRACT

The main objective of this research work is to provide the reader with cognitive elements regarding the rule of law and the principle of legality, since; of course, this principle constitutes the backbone of the entire legal system of a country, as it is the basic foundation on which the activity of the State operates. Thus, for example, in criminal matters we have "no crime, no penalty, and no law". Hence, this principle determines what behavior the public official must perform in the exercise of his functions. For Ferrajoli the principle of legality is "the political guarantee of the public powers and the respect of these with the constitutional legality". Which means that the need for this principle is inherent in all legal systems, in order to put a limit on power.

¹ Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador. Magister en Ciencias Internacionales por la Universidad Central del Ecuador. Especialista en Derecho Constitucional. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Defensor Público en el Área Penal y Docente Titular de la Facultad de Derecho por la Universidad Uniandes-Extensión-Santo-Domingo-Ecuador.

² Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 943.

KEYWORDS: State; principle of legality; training; jurists.

INTRODUCCIÓN

En líneas anteriores expresé que este principio es la columna vertebral de un Estado de derecho y, en efecto, se encuentra implícito en toda constitución y, posteriormente en la historia del derecho, se desarrollará en las demás normas secundarias de la legislación de un país. Por lo tanto, el principio de legalidad es una garantía básica que tenemos todos los seres humanos frente a las actuaciones del *ius puniendi* o poder punitivo del Estado, que se sustenta en que en derecho público solo debemos hacer lo que no está prohibido por la ley, es decir, nos establece los límites de la libertad de las personas, tanto en el orden interno de los Estados como en el derecho externo regido por el derecho internacional.

Con respecto al poder de castigar del Estado, Beccaria manifiesta en el capítulo dos de su obra, donde trata el derecho de castigar, que este le asiste al soberano siempre y cuando toda pena derive de la necesidad de la defensa de la salud pública de los particulares que debe ponerse a cubierto de los usurpadores, pues mientras más sagrada e inviolable resulte la protección de la libertad, mayor será a los ojos del súbdito el respeto al poder punitivo del Estado³.

De ahí que, es necesario poder establecer en el presente trabajo de investigación en qué consiste este principio, sus ventajas, desventajas, su origen, sus efectos dentro de un Estado de derecho, entre otros temas que iremos desarrollando en el transcurso de la investigación, a fin de poder proporcionar ideas suficientes, a tal punto de podernos preguntar si este principio de legalidad en materia penal cumple con su rol de prevenir el cometimiento de delitos y con ello brindar seguridad a los ciudadanos o, en su defecto, ha incrementado la crisis en su fin principal, que es prevenir el cometimiento de actos ilícitos.

DESARROLLO

Origen del principio de legalidad

Este principio, tiene su génesis en el siglo XVIII, y nace frente a la necesidad de limitar el poder, la arbitrariedad y la inseguridad jurídica. Existe una tendencia que afirma que luego de la Revolución francesa y con la instauración del constitucionalismo clásico, los Estados no solo deben limitarse a garantizar el cumplimiento de la ley, sino que deben observar el respeto de los derechos humanos. Otros autores sostienen que el principio de legalidad tuvo su apareamiento por primera vez en la Edad Media con la vigencia de la “Carta Magna inglesa y que dicho principio se encuentra consagrado en la Cláusula N°

³ Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (México, D.F.: Porrúa, 1988), 9-11.

39”⁴. Opinión que la comparto, por cuanto en esa época ya se le limitó el poder al Rey Juan sin Tierra, al tomar sus decisiones en contra del pueblo. Desde luego debemos recordar que la naturaleza jurídica del principio de legalidad es limitar el poder de quien lo ostenta.

Después de la publicación de la obra de Cesare Beccaria, el principio de legalidad aparece ya en las constitucionales de los Estados y en las declaraciones de derechos. Un ejemplo de esto lo tenemos en la Constitución de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, que fue producto de los aportes de las 13 colonias inglesas; como es el caso de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776). En Europa se encuentra en la legislación de Pedro Leopoldo de Toscana de 1786 y en la Josefina austriaca de 1787.

Con el transcurrir del tiempo este principio tiene una acogida de carácter universal y se encuentra previsto en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto 1789, en donde en el artículo 8 señala lo siguiente: “La ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada”⁵. Cabe resaltar que este principio se encuentra consagrado en las constituciones francesas de 1791, en el artículo 8, la de 1793, artículo 14. Más adelante el principio de legalidad penal es incorporado en otras legislaciones de otros Estados. Es decir, desde ese entonces este principio tiene un “origen penal con supremacía constitucional”⁶.

Con respecto al término latino *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*, se le atribuye a Feuerbach durante el siglo XIX. También se le conoce como *nullum crimen sine lege*⁷, estos “aforismos hacen alusión al principio de legalidad penal”⁸. Otro estudioso del derecho que aportó con respecto a este tema fue Beling al hablar sobre la teoría del delito, teniendo en cuenta el principio de tipicidad y las exigencias materiales del principio de legalidad penal⁹.

Desde luego, no siempre va a haber un pensamiento unipolar cuando se refiere a planteamientos y opiniones, por ejemplo, existieron en su época

⁴ La Carta Magna del 5 de junio de 1215 es una cédula que el rey Juan sin Tierra de Inglaterra confirió a los nobles ingleses el 15 de junio de 1215, a fin de comprometerse a respetar los fueros e inmunidades de la nobleza, así como también a no dar muerte, ni enviar a prisión a los nobles ni a la confiscación de sus bienes, mientras exista un juicio previo que determine su responsabilidad. Alipio Valencia Vega, *Desarrollo del constitucionalismo* (La Paz: Juventud, 1988), 81.

⁵ Versión electrónica de la Declaración de 1789 en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

⁶ Agustín Ruiz Robledo, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 67-109.

⁷ Aun cuando debe advertirse que Feuerbach no utilizó literalmente la expresión *nullum crimen sine lege*. Santiago Mir Puig, *Derecho penal* (Barcelona: Reppertor, 2008), 34.

⁸ El principio de legalidad y su correspondiente aforismo latino ha tenido tal trascendencia para el derecho penal que, de hecho, Feuerbach ha sido considerado el fundador o el padre del Derecho penal moderno. Juan Bustos Ramírez, *Derecho penal español* (Barcelona: Ariel, 1984), 359.

⁹ Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón, *Derecho penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 76.

planteamientos teóricos contrarios a la vigencia de este principio, así tenemos la escuela positivista italiana, o la teoría de la defensa social, que realizaron varios cuestionamientos con respecto a la ley y a sus elementos del principio de legalidad, “como el desaparecimiento de la irretroactividad en la época del terror durante la Revolución francesa, la introducción de la analogía en el código penal soviético de 1926, en el danés de 1930, o la ley nazi de 1935, que modificó el código penal alemán en este mismo sentido”¹⁰.

Con la culminación de la Segunda Guerra Mundial el principio de legalidad fue restablecido debido a los múltiples excesos y violaciones a los derechos individuales, esos antecedentes dejaron el punto de partida hacia un reconocimiento de protección de derechos a nivel internacional.

De ahí que el principio de legalidad penal es incorporado en el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹¹. Posteriormente es reconocido también por el Convenio Europeo de Derecho Humanos de 1950¹². Después este principio es plasmado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969¹³, en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y, más recientemente, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁴.

Sin embargo, el contenido del principio de legalidad, su alcance o materialización no es uniforme con otros Estados por cuanto existen opiniones distintas de un sistema jurídico a otro, pero también debemos reconocer que el pensamiento es tan diverso como lo es la cultura, costumbres y cosmovisiones, es por ello que existen esta diversidad de pensamientos o de modos de actuar. Sin embargo, se deben consolidar estos pensamientos a fin de existir una aplicación uniforme con respecto al principio de legalidad, y es por ello que

¹⁰ Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho penal* (Granada: Comares, 2002), 100.

¹¹ En el artículo 11, numeral 2, manifiesta: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional”.

¹² En el artículo 7: “No hay pena sin ley: 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que en el momento en que haya sido cometida no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.”

¹³ Artículo 7, numeral 2: “Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y solo pueden ser impuestas al transgresor.

¹⁴ Artículo 49: Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada esta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones. 3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

nació el derecho internacional de los derechos humanos, a fin de ser norma de conducta general de los Estados.

Cómo se conceptualiza al principio de legalidad

El principio de legalidad es concebido como un axioma de carácter universal o innato en los ordenamientos jurídicos de todo Estado, en virtud del cual no puede existir sanción si no está escrita previamente en una ley antes del cometimiento del acto ilícito. Al respecto Kelsen nos dice que todo “Estado es un Estado de Derecho”¹⁵. Lo que nos da a entender que al nacer el Estado de Derecho ya trae consigo esta garantía básica, así, por ejemplo, tenemos en el caso del Estado ecuatoriano que este principio se encuentra consagrado en el artículo 76, numeral 3 de la Constitución que manifiesta lo siguiente:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento¹⁶.

Por lo expuesto, con antelación se puede determinar que la Constitución ecuatoriana en los derechos de protección materializa el principio de legalidad con respecto a la tipificación del hecho y su respectiva sanción. Pero también debo expresar que el principio de legalidad no solo se establece para ese efecto, sino para todas las esferas de las ramas del derecho, para lo cual señalo lo que consagra el artículo 76, numeral 1 de la Constitución:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes¹⁷.

Es decir, este principio está vinculado a toda autoridad administrativa y jurisdiccional, esto significa a todo el Estado. Con respecto a este tema, Karla Pérez Portilla nos dice lo siguiente: “La vinculación del principio de legalidad a todos los poderes del Estado se manifiesta en diferentes niveles. Así, tiene una presencia muy fuerte en el poder ejecutivo, legislativa y judicial”¹⁸. Pero me pregunto, ¿hasta qué punto este principio de legalidad es respetado por las funciones del Estado o por los gobiernos de turno? Y lo digo por cuanto a menudo se escucha en los Estados sanciones por violaciones a los derechos humanos, lo que significa que no se ha respetado este principio, ya sea por no respetar el debido proceso o por la presencia de golpes de estado, entre otros casos, que son de conocimiento internacional. Estos hechos lo único que

¹⁵ Hans Kelsen, *Teoría general del Estado* (México, D.F.: Nacional, 1979), 57 y 119.

¹⁶ Ecuador, *Constitución de la República*, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre del 2008.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Karla Pérez Portilla, *Principio de igualdad: alcance y perspectiva* (México: UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2005), 55.

demuestran en nuestras realidades jurídicas es un alto grado de irrespeto y de inmadurez en el desarrollo cultural, político y social de sus pueblos. Por lo tanto, esos niveles de poder deben observar de manera estricta el principio de legalidad a fin de evitar graves consecuencias jurídicas para el Estado, y de esta forma ser un aporte valioso para las nuevas generaciones.

Montesquieu hablaba de un sistema de frenos y contrapesos, decía que al estar dividido el poder del Estado se podrá controlar al poder. Pero, desde luego, esto se lo puede realizar exclusivamente con la instauración y el pleno respeto a la aplicación del principio de legalidad.

Significados del principio de legalidad

La doctrina jurídica sostiene que el principio de legalidad tiene un doble sentido. Por una parte, cuenta con un “significado político, y por otra parte se dota de un significado científico”¹⁹. Por lo expuesto, a continuación vamos a tratar en qué consisten estos dos significados, a fin de que el lector comprenda la naturaleza jurídica de los mismos.

Significado político. Al respecto del significado político, este comprende al momento histórico que dio lugar al antecedente del término *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que desde luego fue producto de una lucha, en contra del *ius incertum*²⁰. Es decir, esta máxima es consecuencia de la inseguridad que existía en la época antigua, propia del antiguo régimen que en ese entonces se vivía.

Por lo tanto, el principio de legalidad es universal en el derecho de los Estados, lo que significa que desde sus orígenes tenía un rango constitucional y, por supuesto, es objeto de análisis por parte de los estudiosos del derecho penal. De ahí que el principio de legalidad penal tiene exigencias para el Estado, a fin de brindar a la persona seguridad jurídica. Estos postulados dan origen al Estado de derecho, que será la antorcha para otros Estados. En la actualidad existe una postura con respecto a la uniformidad del reconocimiento del principio de legalidad penal y, desde luego, al existir un reconocimiento internacional de este principio debe ser incorporado en las constituciones de los Estados partes. Otro elemento fundamental del Estado de Derecho es que el principio de legalidad solo se produce a través de una ley, la misma que debe ser debatida democráticamente por el parlamento legislativo, aprobada y promulgada para su validez y eficacia. Como ejemplo de estos argumentos tenemos que los ciudadanos elegimos a nuestros representantes con la finalidad de que nos representen y se puedan “establecer los delitos y penas”²¹.

De lo manifestado en líneas anteriores podemos llegar a la conclusión de que una ley que no tenga legitimidad democrática, y más si su origen es producto de un régimen de golpe de Estado, puede que cumpla esta ley con las demás

¹⁹ Rosario de Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 887.

²⁰ *Ibidem*, 889.

²¹ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 94.

“exigencias que emanan del significado jurídico o científico del principio, al tener casos de esta naturaleza la forma y el fondo de cómo se originaron estas leyes serían contraria a la dimensión política del principio de legalidad”²². Por lo tanto, el significado político del principio de legalidad no solo concierne al respeto del ciudadano con la ley, sino que el Estado a través de sus instituciones sea el cuadro a seguir como ejemplo para los ciudadanos, con plena sujeción de todas las funciones del Estado con el estricto respeto de la ley, a lo que Prieto Sanchís denomina el “Imperio de la ley”²³. En este aspecto debo ser muy crítico, toda vez que el Estado a través de sus representantes debe ser el cuadro a seguir, pero lamentablemente en Ecuador como en América Latina está predominada una cultura de corrupción y de irrespeto a la cosa pública del Estado, lo que genera desconfianza en todo sistema político que llegue a gobernar. Es decir, el principio de legalidad incluye también la división de funciones del Estado, el respeto a los derechos y libertades individuales y mucho más la ley penal, que regula la libertad de los ciudadanos, deben ser emanados de la autoridad legítima de representantes que elija el pueblo, que es donde radica la soberanía.

Significado jurídico penal. El significado jurídico penal, más conocido como científico, está vinculado a estudios exclusivos a la materia del derecho penal. Se recuerda al estudioso Feuerbach, por hablar del enunciado latino del principio de legalidad. Sin embargo, este tratadista no fue el primero en hablar de este principio de legalidad como presupuesto necesario de la prevención del delito, para lo cual señalamos lo siguiente: “Feuerbach no es en absoluto el creador de dicho principio, desarrollado y muchas veces también codificado bastante antes de él, y cuya fundamentación jurídico-política también consideraba decisiva él mismo”²⁴.

El aporte que realiza Feuerbach con respecto al significado jurídico penal es generar una fundamentación autónoma del principio partiendo de la teoría de la pena²⁵, que no trataba sobre temas de índole política o democrática, sino que se refería exclusivamente a su teoría de la “coacción psicológica”²⁶.

Esto quiere decir que vigencia de la ley trae consigo una especie de intimidación sobre la sociedad, y con ello “evitar o prevenir que se vulnere el orden jurídico”²⁷. La pregunta es cómo se puede medir el nivel de eficacia o de prevención general, del no cometer infracciones penales o de respeto a la ley, si se encuentran inmersos en nuestra sociedad fenómenos imposibles de controlar como la corrupción, entre otros temas que también afectan el tema

²² Al respecto, se ha señalado que “se someten al principio de legalidad los ordenamientos jurídicos de todas las dictaduras que practican el terror penal sin límites formales [democráticos] de ninguna clase”. Gonzalo Quintero Olivares, *Parte general del Derecho penal* (Navarra: Aranzadi, 2010), 52.

²³ Luis Prieto Sanchís, *Garantismo y derecho penal* (Madrid: Iustel, 2011), 100.

²⁴ Claus Roxin, *Derecho penal* (Madrid: Thomson-Civitas, 2003), 145-146.

²⁵ *Ibid.*, 146.

²⁶ Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XIV. Barcelona, Francisco Seix, 1978.

²⁷ Edmund Mezger, *Derecho penal* (Buenos Aires: Din Editora, 1989), 41. El autor agrega –además. que para Feuerbach, “la ejecución de la pena es solamente la consecuencia necesaria y la afirmación de toda conminación”.

objeto de nuestro análisis. Es decir, la llamada prevención general negativa o intimidatoria²⁸ no está cumpliendo su función desde el momento que no está previniendo y evitando la consumación del cometimiento del delito. Pero es necesario el establecimiento previo del delito y su sanción, como su conocimiento por parte de la ciudadanía sobre la conducta prohibida y la pena establecida. Feuerbach nos dice que solo “cuando el precepto está claramente especificado, solo cuando la pena está conminada de una manera que no pueda existir ninguna duda, la generalidad de los sujetos puede ser inhibido de la comisión de delitos”²⁹. Desde luego, este nivel de creencia o de apreciación cultural produce una coacción psicológica en el ser humano y tendríamos mayor eficacia en el respeto del principio de legalidad.

Para Günther Jakobs, mientras más rigurosa es el “mal de la pena”³⁰ es mejor el remedio para evitar los delitos. Estos argumentos convierten a Feuerbach como el creador y precursor de los tipos penales³¹. En el siglo XX se dio más importancia al tema del desarrollo del significado jurídico penal, con la teoría de la tipicidad expuesta por Beling, en la que el tipo penal aparece como un corolario o “precipitado técnico” del principio político *nullum crimen sine lege*³². La importancia del profesor Beling reside en haber expuesto el paso lógico desde el aspecto político del principio de legalidad a sus consecuencias técnico-jurídicas³³.

Desde luego, el haberse establecido el principio de legalidad penal en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, con jerarquía constitucional, produciría una transformación sustancial del derecho penal. Como expresó Beling, en su momento “el juez podía castigar toda ilicitud culpable”, ya que una acción que fuera antijurídica y culpable “era ya por eso una acción punible”, pudiendo el juez, además, “imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción estimada punible”; Ahora, con la llegada del liberalismo del siglo XVIII, que surgió frente a la inseguridad jurídica que se vivía en esos momentos, Beling nos dice con la presencia de la legislación redujo el concepto de ilicitud penal y se determinó lo que se denomina “tipos delictivos”, en donde se debe establecer una pena como consecuencia del delito cometido. Esta positivización de las penas permite seguir reglas para poder administrar justicia de una forma adecuada y legal. Por lo tanto, Beling concluye diciendo que la protección jurídica del ciudadano se vitaliza desde el momento en que el “legislador se convierte en el creador de la elaboración de las normas jurídicas para construir los tipos penales e imponer la pena correspondiente, con exclusión del derecho consuetudinario y de la analogía”³⁴.

²⁸ Roxin, *Derecho penal*, 89–93. Sobre la prevención general, su origen en Feuerbach y su evolución posterior.

²⁹ Giuseppe Bettiol, *Diritto penale. Parte generale* (Verona: Padova, 1973), 105.

³⁰ Günther Jakobs, *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación* (Madrid: Marcial Pons, 1997), 79.

³¹ Según Mezger (*Derecho penal*, 41), es Feuerbach “en el creador de los tipos penales claramente definidos”.

³² Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XIV. Barcelona, Francisco Seix, 1978.

³³ De Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal*, 887.

³⁴ Ernst von Beling, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito tipo* (Buenos Aires: Palma, 1944), 36-37.

El concepto de tipicidad y los tipos penales que hoy existen en los ordenamientos jurídicos son una consecuencia “directa del principio de legalidad”³⁵. Beling, al conceptualizar el principio de legalidad penal lo definió como el “el tenor literal” y el “significado esencial”. El primero lo denominó como la reserva sustancial y absoluta de ley para establecer delitos y penas con su agravante. Con respecto al significado esencial, tiene que ver con otros requisitos que se encontraban inmersos con la reserva de ley³⁶. En la actualidad, lo que

 Beling denominó tenor literal y significado esencial del principio de legalidad, se identifican con sus cuatro consabidos elementos de *lex scripta* o reserva absoluta de ley, *lex certa* o mandato de taxatividad, *lex stricta* o prohibición de la analogía y en general de la creación judicial del derecho, y *lex praevia* o prohibición de retroactividad³⁷.

Relación entre el significado político y jurídico penal

En el significado político está implícito el delito, y la tipificación de este debe provenir de una ley, que tenga un origen democrático a través de un parlamento. En cambio para el significado jurídico requiere que el ciudadano conozca o pueda conocer con precisión sobre la existencia de lo que no está permitido hacer, así como también cuáles son las consecuencias frente a su desobedecimiento. Esto le va a permitir decidir al ciudadano si cumplir su adecuación con el tipo penal o abstenerse de hacerlo.

Una vez, que se ha analizado el contenido de los significados y su relación con el principio de legalidad penal. En la actualidad se habla por parte de los ciudadanos que las leyes Penales es “la Carta magna del delincuente”.³⁸ Desde luego, es una semántica sin argumentos o sin sustento, por cuanto ningún ciudadano no está exento de incurrir en el cometimiento de un delito. Pero sí podemos decir que las leyes penales es la protección del ciudadano, por cuanto protege al individuo honesto y al no honesto de todo castigo por una conducta que al momento de cometer un delito no esté establecida como punible. Esto significa que por muy dañino, inmoral o injusto que sea ese hecho no se lo podrá sancionar y quedará impune el mismo.

³⁵ Roxin, *Derecho penal*, 141.

³⁶ De Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal*, 27.

³⁷ Como veremos en detalle más adelante, buena parte de la doctrina identifica solo tres elementos, a saber, *lex scripta*, *stricta* y *praevia*, englobando el mandato de taxatividad y la prohibición de la analogía bajo el epígrafe de *lex stricta*. Sin embargo, cada vez más se utiliza el rótulo *lex certa* para referirse al mandato de taxatividad y *lex stricta* para abordar la prohibición de la analogía. Por su parte, la doctrina alemana no habla de reserva absoluta de ley sino de prohibición de invocar el derecho consuetudinario, quedando así configurado el principio de legalidad en cuatro prohibiciones: (1) prohibición de analogía; (2) la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena; (3) prohibición de retroactividad, y (4) prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. Véase, entre otros, Roxin, *Derecho penal*, 140, Winfried Hassemer, *Crítica al Derecho penal de hoy* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995), 21-22. Joaquín Cuello Contreras, *El Derecho penal español* (Madrid: Dykinson, 2002), 196.

³⁸ Roxin, *Derecho penal*, 138.

Importancia de la relación del principio de legalidad

El principio de legalidad es la columna vertebral del derecho penal actual y esto nos demuestra que existe una estrecha relación entre la “legalidad penal, tipicidad y la teoría de la culpabilidad, por cuanto la conminación legal previa es un presupuesto indispensable para que tenga cabida el reproche penal”³⁹. Con respecto al dolo, es el conocer y querer la realización típica. Estos temas también se relacionan con la teoría del error, por cuanto el error de tipo como el error de prohibición se encuentran inmersos en el principio de tipicidad, y esta con el principio de legalidad penal. Así también “existe relación entre el principio de legalidad y las teorías de la pena”⁴⁰. Es muy notable que el principio de legalidad también se relaciona con la interpretación de la ley penal, aplicación en el tiempo, en el espacio y en las personas. Pero también la legalidad tiene conexión con la “seguridad jurídica, igualdad, incluso con los principios democráticos del Estado de Derecho, por cuanto el origen de la norma proviene a través de la legitimidad democrática”⁴¹.

Fundamentos del principio de legalidad

La doctrina ha procurado decir cuáles son los fundamentos del principio de legalidad, que han sido expuestos con antelación, como por ejemplo el significado político jurídico y penal, las consecuencias o exigencias jurídicas de la ley penal. Con respecto a este tema, existen varias formulaciones teóricas, así tenemos autores que tratan esta temática desde un punto de vista de la evolución histórica, en qué consisten los significados políticos y jurídico penal, garantías y elementos del principio de legalidad. Hay también estudiosos del derecho que tratan estos temas como fundamentos, otros lo denominan como “funciones del principio de legalidad”⁴², y existen otros autores que lo denominan como “raíces”⁴³, pero todos estos autores estudian la misma problemática objeto de nuestro estudio, que llegan a establecer, principios, valores y fundamentos con respecto al principio de legalidad y las exigencias jurídicas que él conlleva.

La prevención del delito

La prevención del delito es una de las formas positivas que el derecho penal ha generado a través del significado político y jurídico penal, con la finalidad de erradicar los altos grados de índice de cometimiento de delitos. Sin embargo, la prevención del delito ha sido históricamente defendida por la doctrina y por algunos autores que sostienen que esto es tarea del fundamento jurídico penal o científico, al que otros autores denominan como político criminal⁴⁴. Cabe

³⁹ Jakobs, *Derecho penal*, Madrid, 80.

⁴⁰ Cuello Contreras, *El Derecho penal español*, 195. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 277-278.

⁴¹ Jakobs, *Derecho penal*, 80.

⁴² *Ibíd.*, 77. Jescheck, *Tratado de derecho penal*, 134 y 140.

⁴³ Roxin los denomina “Las raíces de teoría del Estado y penales aún vigentes del principio de legalidad” (147).

⁴⁴ Luis Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8 (mayo-agosto de 1983), 19, De Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal*, 14-15.

señalar que este aporte se fundamenta con la teoría de la coacción psicológica elaborada por Feuerbach⁴⁵, esta contribución del mencionado autor tiene como finalidad la prevención general del delito. Y en sus formulaciones señala que solo una amenaza penal prevista en la ley con anterioridad al hecho permite paralizar el impulso a la comisión del delito.

Por lo expuesto, el derecho penal persigue la prevención del delito para que sea posible la convivencia social entre los ciudadanos, y para ello es necesario que conozcan o puedan conocer la ley penal, la que debe estar escrita en los códigos, estableciendo con precisión cuál es la conducta penalmente relevante y su correspondiente pena, con anterioridad a la comisión del delito, no pudiendo posteriormente el juez efectuar una aplicación analógica si es que la conducta concreta no está contenida en la norma penal. La “prevención general del delito, es llamada también negativa o intimidatoria”⁴⁶, la que en la actualidad es rechazado por la doctrina como “fundamento del principio de legalidad, principalmente por haber sido superada la teoría de la coacción psicológica”⁴⁷. La versión actual de la prevención general, llamada positiva o integradora tiene como fundamento el principio de legalidad y el significado jurídico penal. Así, se afirma que:

Si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no lo hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos⁴⁸.

Entre los tipos de principio de legalidad tenemos el principio de legalidad sustancial y el principio de legalidad formal.

Principio de legalidad penal sustancial: Este principio es un axioma extrajurídico de defensa que tiene como finalidad sancionar con la imposición de una pena como medida de seguridad frente a cualquier acción u omisión que realice una persona en contra de la sociedad.

Principio de legalidad penal formal: Es un principio en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que la ley anterior lo haya previsto como delito (*nullum crimen sine praevia lege*) una vez que se ha mencionado. Así como también los tipos de principios de legalidad, debemos señalar las ventajas y desventajas del mismo y entre las ventajas tenemos las siguientes:

⁴⁵ Mencionan este fundamento, aunque ambos con una perspectiva crítica, Cuello Contreras (*El Derecho penal español*, 200-201) y Roxin, *Derecho penal*, 145-146.

⁴⁶ Reinhart Maurach, *Derecho penal* (Buenos Aires: Astrea, 1994), 106-107.

⁴⁷ Cuello Contreras *El Derecho penal español*, 201. Roxin, *Derecho penal*, 146.

⁴⁸ Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad”, 14, señala que no se trata de fundamentar el moderno derecho penal en la teoría de la coacción psicológica, sino en la función de motivación de la norma. En cambio, para Cuello Contreras, *El Derecho penal español*, 201-202, los fundamentos del principio de legalidad “se han ido distanciando cada vez más de las cambiantes teorías de la pena”.

garantiza la libertad de las personas, limita la arbitrariedad y genera seguridad jurídica. Con respecto a las desventajas del principio de legalidad, señalamos las siguientes: que viene a constituir una barrera para la defensa social, no asegura las garantías contra el Estado legislador y existe rompimiento entre criminalidad real y legal. Esto significa que por más duros que sean unos hechos para una sociedad, si ese hecho no está descrito como delito en la ley, favorece la impunidad y no será castigado.

La doctrina también hace mención a las funciones del principio de legalidad, y entre esas funciones mencionamos las siguientes: 1. Garantiza los derechos y libertades individuales de los ciudadanos. Evita la instauración de la venganza pública, toda vez que ningún hecho por más reprochable que sea, solo puede ser reprimido siempre y cuando esté previsto como delito en la ley penal. 2. Limita el libre albedrío del poder del Estado. 3. Brinda al Estado certeza y seguridad jurídicas. Estas funciones del principio de legalidad promueven que la potestad de castigar inherente del Estado podrá intervenir únicamente cuando la conducta del ciudadano se subsume en una figura penal previamente tipificada como delito por el legislativo.

Entre las clases de principios de legalidad podemos mencionar los siguientes:

1. Principio de legalidad referente a delitos.
2. Principio de legalidad con respecto a las penas.
3. Principio de legalidad de ejecución.
4. Principio de legalidad adjetiva o procesal.
5. Principio de legalidad jurisdiccional.

Principio de legalidad referente a delitos. Al respecto la Convención Americana de Derechos Humanos consagra en el artículo 9 lo siguiente: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas"⁴⁹. Así también, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos manifiesta lo siguiente con respecto al tema objeto de nuestro estudio: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos"⁵⁰.

Principio de legalidad de las penas. Este principio es representado a través del siguiente aforismo jurídico, muy conocido tanto por la doctrina jurídica como por los Estados que tienen un estado legislativo de derecho: *nullum poena sine scripta, certa, stricta et praevia lege*, que significa que no hay pena sin ley escrita, cierta y anterior, que lo que se establezca como tal. Desde luego este principio, al menos en América Latina, se encuentra incorporado en sus textos constitucionales, como en sus normas secundarias. De ahí que el principio de legalidad de las penas también se lo identifica como un axioma jurídico universal que dice que no se puede

⁴⁹ Pacto de San José de Costa Rica, artículo 9.

⁵⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 15, ap. 1.

sancionar a una persona si la pena no ha sido establecida con anterioridad al cometimiento del acto ilícito a través de la vigencia de una ley.

Principio de legalidad de ejecución: Este principio nos da entender que en los Estados de derecho existe un principio constitucional a la inocencia, y que mientras no exista una sentencia o resolución en firme nos encontramos frente al siguiente aforismo: *nulla execution sine praevia lege*, que significa que no existe ejecución sin sentencia o resolución ejecutoriada. Desde luego, en los textos constitucionales, al guardar plena unidad con lo señalado por la vigencia y validez de los instrumentos internacionales de derechos humanos, se puede detener esa ejecución a través de la interposición de recursos horizontales o verticales y con ello interrumpiendo toda ejecución de la sentencia. Es decir, el principio de legalidad de ejecución es el fundamento jurídico que sostiene que nadie puede estar en prisión si no se encuentra ejecutoriada una sentencia.

Principio de legalidad procesal: Este principio se encuentra sostenido a través del siguiente aforismo: *nullum iudicium sine praevia lege*, que significa que no hay proceso sin ley previa de cómo hacerlo. Esto quiere decir que tiene que estar establecido el camino a seguir para poder efectivizar la exigencia del derecho subjetivo que haya sido vulnerado o infringido por el presunto infractor. Como ejemplo de esto tenemos que en los ordenamientos jurídicos hay una norma secundaria o procesal adjetiva que determina cuál es el paso a seguir y ante qué autoridad se debe recurrir para la exigencia de ese derecho a resarcir. Por lo tanto, en base al principio de legalidad procesal el investigado o procesado no puede ser sometido a un proceso con la vigencia de una ley posterior del acto u omisión de carácter ilícita.

Principio de legalidad jurisdiccional: La legalidad jurisdiccional se encuentra regida bajo el aforismo: *nemo damnetur nisi per legale iudicium*, que significa que no hay condena sin sentencia firme. En efecto, este principio es acogido por los ordenamientos jurídicos en virtud del cual nadie puede ser condenado mientras no haya sentencia ejecutoriada, es decir, que tenga efecto de cosa juzgada y que sea legitimada por el juez competente.

El imperio del principio de legalidad

Significa que el ejercicio del poder público está sometido a la vigencia de la ley de acuerdo a su jurisdicción tanto territorial como espacial. Esto quiere decir que las decisiones de las personas deben guardar estricta observancia con el poder constituido del Estado. Desde luego que al respeto al principio de legalidad tenemos como respuesta la seguridad jurídica, ya que no solo el ciudadano debe aportar con su comportamiento de bienestar sino también las autoridades públicas, y muchos más nuestros representantes que son partícipes del ejercicio del poder ya que con que sus actuaciones estén sometidas al principio de legalidad generarán ejemplos a seguir para el resto de ciudadanos que conformamos la sociedad, y con ello se disminuiría el alto grado de índice de incrementos de delitos que se está generando en los actuales momentos en las distintas sociedades de todo el mundo.

Cabe señalar que este principio es la regla de juego para el derecho público, por cuanto viene a constituir su límite a través del establecimiento de normas jurídicas. Otros doctrinarios sostienen que a este principio se lo denomina como la reserva de ley por que da sus directrices para el desarrollo de las demás leyes y obliga que sea cumplida por todos los que pertenecemos al Estado.

El carácter constitucional de las garantías contenidas en el principio de legalidad

Si bien es cierto, como se ha manifestado en líneas anteriores, que el principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio del poder punitivo que incluyen también garantías para los ciudadanos en caso de que el poder punitivo se extienda más allá de lo que permite la ley. Por lo tanto, el contenido esencial del principio de legalidad en materia penal radica en que no se puede juzgar a una persona, y peor sancionarla, si esa conducta y la pena no han estado escritas en la ley penal. Esto viene a coincidir con el denominado principio de legalidad, que es parte del nacimiento del Derecho penal moderno y aceptado por el derecho internacional, conforme lo hemos mencionado en líneas anteriores. Desde luego, la existencia de la ley no garantiza que esta sea cumplida por los ciudadanos, como tampoco que el infractor sea rehabilitado, y mucho más con los múltiples casos de hacinamientos carcelarios que han sido denunciados por parte de organizaciones defensoras de los derechos humanos.

El principio de legalidad de los delitos y las penas contiene una garantía criminal y una garantía penal, que vienen a actuar en el momento de la definición legal de los delitos y las penas y en el de la decisión de la responsabilidad penal y la pena aplicable. De ahí que el Estado debe actuar con total sometimiento al imperio de la ley dentro de sus límites, y que también el ciudadano debe conocer cuáles serán las consecuencias de su conducta, esto es garantía criminal. Mientras que la garantía penal es activada cuando se ha vulnerado la aplicación de un derecho constitucional.

CONCLUSIONES

Al finalizar el presente trabajo respecto al principio de legalidad hemos llegado a las conclusiones que a continuación vamos a indicar, a fin de que el lector comprenda la necesidad de la existencia y del respeto del mencionado principio, que no solo debe serlo por parte de los ciudadanos particulares, sino que debe ser acogido por el poder estatal a fin de no violentar derechos constitucionales, para ello es necesario señalar lo siguiente:

El principio de legalidad tiene una acogida de carácter universal, se encuentra consagrada en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto 1789, en donde en el artículo 8 señala lo siguiente: “La ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada”.

El principio de legalidad es un axioma innato en los ordenamientos jurídicos de todo Estado en virtud del cual no puede existir sanción si no está escrita previamente en una ley, antes del cometimiento del acto ilícito. Al respecto Kelsen nos dice que todo “Estado es un Estado de Derecho”. Lo que nos da a entender que al nacer el Estado de Derecho ya trae consigo esta garantía básica, así por ejemplo, tenemos que en el caso del Estado ecuatoriano este principio se encuentra consagrado en el artículo 76, numeral 3, de la Constitución.

En los Estados fuertes democráticamente el principio de legalidad es respetado por el principio de división de poderes. Toda vez que al existir un ordenamiento jurídico que limite al poder de interpretar las leyes, y que el mismo que las ejecute, se consolida al principio de legalidad. Caso contrario, al existir un gobierno que concentre todo el poder, va a crear leyes a su conveniencia y a reprimir derechos del ciudadano, ya sea por no pensar de acuerdo a su ideología o para que no se puedan fiscalizar sus actos en el ejercicio del poder. Esto lo expreso por cuanto, por muy correctos que pueda ser un gobierno siempre tiene un margen de error, y por ello es necesaria una oposición centrada y respetuosa, que las críticas y las sugerencias que esgrima sean acogidas por el bienestar del soberano y no solo por el entorno político de un determinado grupo.

Al existir estos excesos de poder, la Constitución de cada país, y a través del establecimiento del derecho penal encuentra su base en el principio de legalidad y establece delitos para poder perseguir a los presuntos infractores de la ley penal y de esta manera poder impedir el juzgamiento de una persona sin un debido proceso justo. Por lo expuesto, el principio de legalidad no permite que una persona sea procesada y sancionada en forma arbitraria por un delito.

El principio de legalidad es la columna vertebral del derecho penal actual, lo cual demuestra que existe una estrecha relación entre la legalidad penal, tipicidad y la teoría de la culpabilidad, por cuanto la conminación legal previa es un presupuesto indispensable para que tenga cabida el reproche penal. Es muy notable que el principio de legalidad también se relaciona con la interpretación de la ley penal, aplicación en el tiempo, en el espacio y en las personas. Pero también la legalidad tiene conexión con la seguridad jurídica, igualdad, incluso con los principios democráticos del Estado de derecho, por cuanto el origen de la norma proviene a través de la legitimidad democrática.

Por lo expuesto, el derecho penal persigue la prevención del delito para que sea posible la convivencia social entre los ciudadanos, y para ello es necesario que conozcan o puedan conocer la ley penal, la que debe estar escrita en los códigos, estableciendo con precisión cuál es la conducta penalmente relevante y su correspondiente pena, con anterioridad a la comisión del delito.

De lo manifestado en líneas anteriores podemos establecer que una ley que no tenga legitimidad democrática, y si su origen es producto de un régimen de golpe de Estado o del autoritarismo disfrazado de democracia, sus intereses

serán muy contrarios al respeto de los derechos humanos y sobre todo al propio principio de legalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo Zapatero, L. (1983). «Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal.» *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 8: 9–46.
- Becaria, C. (1988). *Tratado de los delitos y de las penas*. Primera edición. México: Porrúa.
- Bettioli, G. (1973). *Dirito penale. Parte generale*. Octava edición. Verona: Padova.
- Bustos Ramírez, J. (1984). *Derecho penal español*. Barcelona: Ariel.
- Bustos, J. (2005). *Derecho Penal moderno*. Lima: Colección Lustitia.
- Cobo del Rosal, M. y T. Vives Anton. (1999). *Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuello Contreras, J. (2002). *El Derecho penal español*. Tercera. Madrid: Dykinson.
- De Vicente Martínez, R. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Hassemer, W. (1995). *Crítica al Derecho penal de hoy*. Traducido por Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda (corregida). Traducido por Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H.H. (2002). *Tratado de Derecho penal*. Quinta. Traducido por Miguel Olmedo. Granada: Comares.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría general del Estado*. México, D.F.: Nacional.
- Martínez Vicente, R. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Maurach, R. (1994). *Derecho penal*. Buenos Aires: Astrea.
- Mezger, E. (2010). *Derecho penal*. Traducido por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Din Editora.
- Muñoz Conde, F. y M. García Arán. (2010). *Derecho Penal*. Octava. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Portilla, K. (2005). *Principio de igualdad: alcance y perspectiva*. México: UNAM Instituto de investigaciones jurídicas, 2005.
- Prieto Sanchis, L. (2011). *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel.
- Quintero Olivares, G. (2010). *Parte general del Derecho penal*. Cuarta. Navarra: Aranzadi.
- Roxin, C. (2003). *Derecho penal*. Traducido por Diego Manuel Díaz y García Conlledo, Miguel Luzón Peña y Javier Vicente Remesal. Madrid: Thomson / Civitas.
- Ruiz Robledo, A. (2003). *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sanchis Prieto, L. (2011). *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Lustel.
- Valencia Vega, A. (1988). *Desarrollo del constitucionalismo*. Segunda edición. La Paz: Juventud.
- Von Beling, E. (1944). *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito tipo*. Buenos Aires: Palma.
- Welzel, H. (1993). *Derecho penal alemán*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.