

Legalidad Penal: Entre Liberalismo y Democracia*

Diego Pardo Álvarez**

Resumen

El principio de legalidad penal es considerado uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y una de las garantías de mayor relevancia del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. El autor revisa las distintas vías de fundamentación de la legalidad, desde una perspectiva que conjuga los criterios dogmáticos del derecho penal con los criterios propios de la filosofía política. A través de la crítica a la postura dominante, representada por el funcionalismo, se ilustra el punto de vista metodológico desde donde debe iniciarse la investigación de la fundamentación de la legalidad penal. La teoría del discurso de Habermas es capaz de proveer de un fundamento verosímil y a la vez racional de la práctica de la legalidad, desde un punto de vista interno que conecta con la tradición de filosofía política respecto de la relación entre el individuo y el Estado; y entre liberalismo y democracia.

* Agradezco los comentarios a la versión preliminar de este trabajo realizados por los profesores Dr. Raúl Núñez Ojeda y Jonatan Valenzuela Saldías, quienes no deben ser considerados responsables de lo dicho aquí.

** Alumno Egresado de Derecho. Ayudante de Teoría General del Derecho, Filosofía Moral y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Chile. diegopa@gmail.com

Palabras Clave

Legalidad penal, fundamentos de la legalidad, liberalismo, funcionalismo, teoría del discurso.

Sumario: I) Introducción. II) Construcción normativa. III) Fundamentos de la legalidad. 1.- Seguridad jurídica, liberalismo político y autonomía. a) Feuerbach. b) Culpabilidad y legalidad. c) Estado de Derecho y legalidad. d) Consideraciones críticas. e) Jakobs. i) El problema de las concreciones. ii) el problema de la arbitrariedad. 2.- Democracia, división de poderes y legalidad. a) Consideraciones generales. b) Críticas. c) Habermas. d) Conclusiones.

I) Introducción.

El principio de legalidad penal es considerado uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y una de las garantías de mayor relevancia del ciudadano frente al *ius puniendi*.¹ La amplia cobertura que el principio de legalidad intenta proyectar en el ámbito del derecho penal produce, y a la vez contrasta con, ciertos desajustes que se presentan tanto a nivel teórico como práctico en su fundamentación y aplicabilidad. Probablemente esto viene dado por el hecho de que la construcción histórica del principio supone en muchos aspectos consideraciones jurídicas de las que actualmente no se puede dar cuenta en cualquier formulación dentro del derecho en general y de la dogmática penal en particular. Estas consideraciones históricas, generan en el diálogo que se produce dentro de la dogmática una confusión, muchas veces desatendida, a nivel conceptual; confusión que no honra la fuerza con que el derecho a la legalidad penal debiera ser defendido en las actuales condiciones y orientaciones securitarias y expansivas de los sistemas penales modernos.

El análisis de la fundamentación que presenta la legalidad en los sistemas penales modernos puede y debe ser atendido, además de como un problema específicamente penal, como un problema de naturaleza más

¹ Roxin (1997), p. 137.

general. Si consideramos la evolución que ha tenido la filosofía política desde Hobbes, podemos apreciar que la legalidad se ha presentado siempre, aunque en diferente forma y medida, como un principio que intenta relacionar al sujeto de derecho con el poder público. La legalidad penal, desde este punto de vista, intenta vincular y legitimar las relaciones que se producen entre los destinatarios de la norma penal y el poder público punitivo. Esto hace que dicho principio sea aquel punto de vinculación entre la libertad del individuo y la posibilidad de que ésta sea afectada por la protección y el desarrollo de la comunidad política. El análisis de la legalidad penal que se intenta brindar aquí parte del supuesto, entonces, de que una correcta fundamentación de dicho principio genera una peculiar manera de entender cómo se relaciona el Estado con el sujeto de derecho, y por ende, cómo se legitima la imposición de formas de conducta y de sanciones contra sujetos libres.

Las afirmaciones hechas hasta aquí hacen que la legalidad no pueda ser desatendida. El objetivo de este trabajo es explicar y reconstruir las posiciones y argumentos que se han dado respecto de la legalidad penal. Una reconstrucción en términos racionales, en este caso al menos, implica una toma de postura respecto a posiciones normativas sobre el principio, de manera de generar una comprensión de la legalidad que permita dar cuenta de las condiciones que se presentan en la práctica a la vez de brindar un fundamento racional de ellas. Esto no responde a ninguno de dos extremos: no consiste en una descripción objetiva de las operaciones hechas en virtud del principio; como tampoco en una fundamentación política *de lege ferenda* de lo que debiera significar la legalidad penal. El ejercicio no es sólo de observación, pero lo es en mayor nivel que de activismo político: el real valor del principio de legalidad se rescatará una vez que demos cuenta de su racionalidad dentro del sistema jurídico vigente.

II) Construcción normativa

El principio de legalidad se encuentra reconocido en nuestro sistema constitucional en el artículo 19 n° 3 incisos 7 y 8 de la Constitución Política. El equivalente en la Ley Fundamental Alemana es el artículo 103 II, del siguiente tenor: “Un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes que se cometiera el hecho”. A nivel legal, la configuración del principio de legalidad se encuentra en el art. 18 del Código Penal Chileno. En general lo que se establece a este nivel es que la punibilidad de un hecho debe estar determinada por una ley con

anterioridad a la comisión del mismo. En este sentido, las condiciones más obvias que se derivan del principio de legalidad consisten en una clausura de las fuentes normativas de justificación de las premisas externas de la decisión condenatoria, lo que ocurre en dos direcciones: desde el punto de vista del legislador, no pueden dictarse normas que produzcan una condena con efecto retroactivo (*lex praevia*); y desde el punto de vista del juez, no puede justificarse una sentencia condenatoria sino con normas de rango legal, es decir, no puede fundamentarse una condena con normas de derecho consuetudinario y reglamentario (*lex scripta*). Como correlato a la clausura de las fuentes normativas de justificación de la decisión, están la prohibición de indeterminación y la prohibición de analogía. Entonces, desde el punto de vista del legislador, el principio de legalidad exige, además, la máxima determinación de las prescripciones normativas (*lex certa*); y desde el punto de vista del adjudicador, se prohíbe la interpretación generalizadora, extensiva o analógica (*lex stricta*).

Las dificultades que se dan dentro de la dogmática penal respecto al principio de legalidad son más intensas, por los defectos que producen en la realización del principio, en las concreciones de *lex certa* y *lex stricta*. La diferencia crucial entre estas concreciones y las otras dos restantes (*lex scripta* y *lex praevia*) es que en estas últimas existen arreglos institucionales que determinan en forma más o menos cierta su respeto o vulneración. Las primeras, en cambio, no están acompañadas de arreglos institucionales semejantes. Aun así la aplicabilidad de las garantías de reserva de ley (*scripta*) y de prohibición de retroactividad (*praevia*) presenta problemas en la práctica,² pero los más relevantes se presentan a la luz de las otras dos garantías. Esto porque, como ya se dijo, están sujetas a un cumplimiento material que no tiene un correlato institucional determinado. Además, ambas están estrechamente relacionadas, a nivel que una depende de la otra en gran medida respecto de su satisfacción.³

Las breves consideraciones expresadas hasta aquí tienen por fin sólo introducirnos a la comprensión normativa de la que goza el principio de legalidad en opinión mayoritaria de la dogmática. Una fundamentación del principio de legalidad que se sustraiga o que no de cuenta de alguna de sus concreciones reconocidas como esenciales, como veremos, no puede ser una fundamentación verosímil.

² Por ejemplo, los problemas derivados de las leyes penales en blanco y del ámbito de protección de la prohibición de retroactividad.

³ Hassemer (2003), p. 22.

III) Fundamentos de la legalidad.

1.- Seguridad jurídica, liberalismo político y autonomía.

Las posiciones que pretenden fundamentar el principio de legalidad a partir de la perspectiva de la autonomía del individuo son las que reafirman con mayor intensidad el aspecto garantista de la legalidad frente a las posibles intervenciones estatales.⁴ Si el Estado de Derecho pretende proteger la libertad de acción del individuo, necesariamente esta protección implica la exclusión de la imputación de consecuencias gravosas de modo no calculable.⁵

El principio de legalidad así entendido refleja el ideal liberal de garantizar esferas de libertad de acción frente a posibles intervenciones estatales.⁶ Con su ascenso a rango Constitucional, la legalidad ya no protege al individuo sólo de la arbitrariedad judicial, sino que también lo transforma en beneficiario de un interés contramayoritario en la protección de su autonomía por sobre los intereses expansivos del estado concretados en decisiones legislativas.

a) *Feuerbach* conectó la idea de la protección de la confianza con la funcionalidad de la pena dentro de su teoría. De esta forma configuró la legalidad penal no sólo como un límite del *ius puniendi* frente al ciudadano, sino que también, y a la vez, como la realización de aquel *ius puniendi* que pretende limitar.⁷ La coacción psicológica que intenta cancelar el impulso sensual, cuyo resultado es la lesión jurídica, sólo puede obtenerse si las prescripciones legales intimidatorias son accesibles para todos de forma clara.⁸ De esta forma, la vinculación que se da entre la función de la legalidad penal y la garantía que implica, permite apreciar, en la teoría de *Feuerbach*, un garantismo del que no se es consciente de inmediato. Derecho penal y principio de legalidad aparecen, en este sentido, mancomunados en la obtención de una pretensión común: la protección de esferas subjetivas de acción, de la libertad recíproca de los individuos. El *ius puniendi* necesita del principio de legalidad para el logro de sus

⁴ A pesar de que en sus orígenes esto no era lo pretendido. Al respecto, Roxin (1997), p. 142.

⁵ Jakobs (1995), p. 81; Roxin (1997), p. 144; Maurach/Zipf (1994), pp. 156-7.

⁶ Hassemer (1984), p. 311.

⁷ Moccia (2003), p. 123.

⁸ *v.* *Feuerbach* (1983), p. 60.

pretensiones funcionales; éste aparece como una herramienta de un derecho penal legitimado no por sus restricciones específicas, sino por su contenido.⁹ Tanto el derecho penal como la legalidad cumplen la función del Estado de garantizar la libertad recíproca de los individuos. La ley penal conectada *uno actu* a consideraciones restrictivas y funcionales genera una legitimidad constitutiva de la praxis punitiva.¹⁰

Con el abandono de la definición de delito como lesión de un derecho y el tránsito hacia una concepción en torno a los bienes jurídicos, se desplaza “a un segundo plano el carácter fundamentador y con ello a la vez limitador y controlador (frente a los intereses político-criminales expansivos del Estado) de los derechos subjetivos”.¹¹ Mediante la descarga legitimatoria sobre el bien jurídico, el principio de legalidad se desvincula de sus pretensiones funcionales y pasa a oponerse al interés del derecho penal expansivo. Entonces la legalidad se reafirma como una defensa liberal constitucional contra un *ius puniendi* ahora reforzado y, por ende, más peligroso; cuyo contenido es problematizado y consecuentemente ampliado. La concatenación libertad-legalidad tan fructífera en Feuerbach ya no es aquel momento constitutivo de la praxis punitiva, pues no resulta idóneo para puntualizar lo que es justo castigar,¹² sino sólo da forma a un derecho penal legitimado por los bienes que protege.

La evolución expresada hasta aquí no explica, sin embargo, la desconexión a nivel de fundamentación entre la prevención general negativa de Feuerbach y el fundamento de la legalidad penal, sino sólo muestra la pérdida de contenido constitutivo de la *praxis* penal mediante el abandono de una fundamentación pre-positiva del *ius puniendi*. Pero un principio de legalidad configurado en torno a la protección de bienes jurídicos puede continuar yuxtapuesto al efecto coaccionador de las normas penales. La coacción psicológica no es algo específico de un derecho penal protector sólo de libertades generadas desde el pacto social, sino que también puede presentarse como una teoría de los fines de la pena dentro de un esquema de protección de bienes jurídicos. El *nullu crime* debe tanto más a las condiciones subjetivas que presupone en el agente destinatario de la norma (de comportamiento) que a la específica relación que mantiene con la coacción psicológica como teoría de la pena.

⁹ *Ibid.* 62.

¹⁰ Naucke (2000), pp. 535-6; Günther (2000), pp. 489-91.

¹¹ Günther (2000), p. 496.

¹² Naucke (2000), p. 536.

b) *Culpabilidad y principio de legalidad*. No vinculada necesariamente a consideraciones de prevención general negativa, pero sí como una consecuencia de presupuestos subjetivos adscritos al agente destinatario de la norma punitiva, otra área de fundamentación muy relacionada con la anterior conecta el principio de legalidad como una exigencia necesaria para la afirmación de la *culpabilidad* del agente. Así, “si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad hubiera estado determinada legalmente antes del hecho”.¹³ De esta forma la exigencia de tipicidad de las disposiciones legales, su interpretación estricta y la irretroactividad son todos elementos que consagran la posibilidad de que el agente sea capaz de ser declarado culpable del hecho antijurídico que se le imputa.

c) *Estado de derecho y legalidad*. Los más importantes planteamientos respecto al principio *nulla poena sine lege*, siempre desde la consideración fundamental de la libertad individual, se han generado a partir de su inclusión como uno de los elementos constitutivos del Estado de Derecho,¹⁴ que incluye los elementos de justicia material y seguridad jurídica.¹⁵ La seguridad jurídica propia del Estado de Derecho se ve garantizada si las prescripciones jurídico-penales están determinadas de antemano, de forma previa a la acción del individuo (destinatario de la norma de comportamiento), son claras y precisas y no reciben (por parte del adjudicador) una interpretación extensiva. De esta forma se protege la confianza del individuo en que no se le asignarán a su comportamiento consecuencias gravosas de modo no calculable.¹⁶ La seguridad jurídica entonces permite, a la vez que eleva a una condición de justicia ineludible,¹⁷ la garantía de que el individuo puede hacer uso de su libertad estratégica considerando todos los factores que posiblemente incidirán en su actuar.

d) *Consideraciones críticas*. Todas las posturas descritas pueden reinterpretarse como vinculadas a una idea de protección de la confianza del ciudadano frente a la posible arbitrariedad y la adscripción de consecuencias gravosas a su comportamiento de modo no calculable. Dicha

¹³ Roxin (1997), p. 146; Jakobs (1995), pp. 79-80.

¹⁴ Maurach/Zipf (1994), p. 156; Jescheck/Weigend (2002), p. 28.

¹⁵ Maurach/Zipf (1994), p. 154.

¹⁶ Jakobs (1995), p. 81.

¹⁷ Rawls (2004), pp. 222 y ss.

calculabilidad, por cierto, no se configura de forma equivalente en todos los casos. Ya en Feuerbach el principio de legalidad posibilita “que cada uno sepa que a su hecho (delictivo) ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho”,¹⁸ es decir, la legalidad posibilita el cumplimiento de la norma penal por parte del sujeto. La concatenación legalidad-culpabilidad provoca un efecto similar: sólo se puede delinquir culpablemente si se determina *ex ante* la punibilidad del comportamiento; sólo se puede evitar un comportamiento antijurídico y culpable si se puede conocer cuales son dichos comportamientos antes de ejecutarlos. En ambos casos, y a diferencia de la tesis vinculada a la seguridad jurídica, se dispone de un elemento *constitutivo* de la practica punitiva: la legalidad no es necesaria sólo como un límite al derecho penal, sino que también como un principio que, al menos, garantiza la eficacia de la norma de comportamiento, es decir, su obligatoriedad.

La protección de la confianza como componente de la libertad del sujeto no puede ser entredicha; pero como idea rectora de todos estos planteamientos no puede, por sí sola, proveer de un fundamento al principio de legalidad, a pesar de su corrección desde el punto de vista de la justicia política.

La coacción psicológica de Feuerbach y la concepción vinculada a la culpabilidad se comprometen con el hecho de considerar los problemas suscitados a partir del principio de legalidad como problemas que se derivan de las condiciones particulares de imputabilidad del agente. Estas ya se encuentran suficientemente protegidas por la teoría del error como consecuencia del principio de culpabilidad. Las condiciones de previsibilidad que supuestamente exige el principio de legalidad, en este sentido, son más intensas que las que institucionalmente se le exigen al agente para determinar su imputabilidad.¹⁹ Desde luego la consideración funcional dentro de la teoría de Feuerbach, en conexión con el principio de legalidad, es especulativa: una amenaza difusa de pena puede ser más determinante como coacción que una perfectamente determinada, por lo que el efecto intimidatorio puede ser satisfecho incluso en mayor medida infringiendo la legalidad. Y respecto a la culpabilidad, no todas las condiciones generadas a partir del principio de legalidad pueden ser explicadas como una concreción o un requisito del juicio de culpabilidad;

¹⁸ v. Feuerbach (1983), p. 60.

¹⁹ *Ibid*, pp. 81-2.

de hecho, el principio de legalidad concreta condiciones más exigentes que la culpabilidad cuando son vistas desde la óptica subjetiva del agente, ya que la culpabilidad, según la doctrina mayoritaria,²⁰ sólo exige el conocimiento del injusto, pero no la punibilidad ni la penalidad de la conducta. La capacidad de actuar conforme a la norma de comportamiento sólo exige el conocimiento de dicha norma de comportamiento,²¹ pero no el conocimiento de la sanción aplicable.

También la legalidad generada como una condición del Estado de Derecho sufre una objeción similar. La confianza del agente como condición del Estado de Derecho está protegida por las normas derivadas del error de prohibición, no por las condiciones impuestas por el principio de legalidad. Los requisitos intensos de la legalidad no se explican desde el punto de vista de la confianza del ciudadano en el conocimiento de los efectos de su actuar. Pero además, “no todas las condiciones que requiere un Estado de Derecho son objeto de la confianza de autores potenciales, pues el Estado de Derecho no se agota en las garantías a la que legítimamente se atiene un autor potencial”.²² El Estado de Derecho no sólo se concreta en la seguridad jurídica; el principio de legalidad, como veremos, tampoco.

e) *Jakobs* presenta una fundamentación de la legalidad penal que, aunque vinculada a las posturas del Estado de Derecho, supera los defectos que se le atribuyen, reduciendo su contenido *pro libertatis*. Él considera en su tratado que el fundamento del principio de legalidad consiste en servir de garantía de objetividad. “El comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino *por anticipado y con validez general*, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho”.²³ Según su planteamiento, entonces, lo relevante del principio de legalidad es la “*protección de la confianza*” de la persona en un Estado de Derecho. Es el correlato necesario de la libertad personal, ya que ésta “sólo tiene pleno valor allí donde no existe peligro de que se vinculen al comportamiento consecuencias gravosas de modo no calculable”.²⁴ El que se le asigne una función semejante al principio de

²⁰ Roxin (1997), p. 147.

²¹ Hrushcka (1994), p. 351.

²² Jakobs (1995), p. 82.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibid.*, p. 79.

legalidad no es discutible: precisamente el derecho cumple su función de estabilizar las expectativas de comportamiento a través de la generación de normas con carácter vinculante que puedan ser, al menos, conocidas por el agente e incorporada a su decisión como una consecuencia esperable, de forma que “el arbitrio del uno pueda conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad” en la fórmula kantiana.²⁵

Con esto no se refiere Jakobs al aseguramiento de una confianza subjetiva del agente consistente en que él pueda esperar de modo calculable las consecuencias (y la probabilidad de que ocurran) de su comportamiento típico y antijurídico. El principio de legalidad “no es para configurar al ‘delincuente’ de modo detalladamente calculable las consecuencias de su comportamiento”.²⁶ Éste más bien consiste en que el agente tenga derecho a un tratamiento objetivo de su comportamiento, no al hecho de conocer todas y cada una de las consecuencias de su actuar antijurídico antes de que lo realice. Pero ¿en qué consiste un tratamiento objetivo del hecho? Jakobs respondería a esto diciendo que consiste en que el comportamiento sea enjuiciado con una norma dictada con anterioridad y con validez general por un tribunal que de forma imparcial (al menos no a través de una interpretación exageradamente extensiva) considere el comportamiento como punible y determine una sanción dentro del rango establecido en la ley.

La cuestión central radica, por otra parte, en la pregunta sobre el contenido de nuestro derecho a la legalidad penal. ¿De qué manera nuestra comprensión del principio de legalidad penal se agota en el reconocimiento de la *objetividad* en la conminación y sanción penales? El principio de legalidad penal ¿es sólo un derecho al tratamiento objetivo de cuestiones penales? La confianza en el Estado de Derecho ¿se centra en la confianza en la objetividad de nuestro sistema legal y procesal?

Para que la tesis de Jakobs fuera correcta, las diferentes concreciones que se atribuyen al principio de legalidad deberían estar unidas a su comprensión de dicho principio como garantía de objetividad. De no ser así, el principio de legalidad propuesto por Jakobs no daría cuenta de las condiciones en que éste se desempeña en la práctica, por lo que no sería una respuesta verosímil al problema acerca su fundamento.

²⁵ Kant (1997), p. 46.

²⁶ Jakobs (1995), p. 82.

Es necesario preguntarse entonces, si las condiciones descritas por Jakobs como exigencias del principio de legalidad se cumplen necesaria y suficientemente a través de las concreciones que su propuesta dogmática atribuye al principio. Pretendo demostrar, por una parte que (i) las concreciones del principio de legalidad no se explican bajo una concepción del principio como objetividad y; (ii) la concepción del principio de legalidad como objetividad no satisface necesariamente las condiciones que el mismo Jakobs, desde la perspectiva del observador, considera que debería satisfacer.

i) *El problema de las concreciones.* Jakobs determina que el primer efecto del principio de legalidad es que la determinación de la punibilidad tiene que llevarse a cabo mediante *ley (lex scripta)*.²⁷ Entiende por ley en este sentido cualquier norma jurídica escrita, “bien se trate de una ley formal, de un reglamento o de un decreto”.²⁸ Obviamente la apelación a decretos y reglamentos se considera sólo a través de la constatación de la existencia de una ley delegatoria. No son relevantes aquí las condiciones particulares de dicha delegación ni, en general, el problema de fuentes de la decisión condenatoria. Lo importante de destacar es que en Jakobs, como para el resto de la dogmática dominante, el principio de legalidad impide que las condiciones fundamentales de la punibilidad y la penalidad de una conducta sean establecidas por una norma de rango infralegal. “Sólo cabe delegar la especificación del tipo penal”.²⁹ ¿Cómo deduce Jakobs una concreción semejante del principio de legalidad a partir de su consideración como prohibición de arbitrariedad? La respuesta que nos da es la necesaria validez general de las normas penales. “La forma de ley se requiere porque la punibilidad ha de estar determinada mediante reglas generales, no sólo mediante reglas válidas para el caso concreto o sólo para un individuo”.³⁰ Esta respuesta no es mayormente discutible, pero no parece ser completamente idónea. ¿Qué condiciones de generalidad como prohibición de arbitrariedad nos asegura la determinación legal (formal) del injusto por sobre la determinación reglamentaria? ¿Qué hace que un reglamento no pueda establecer una norma de carácter general? Si alguna de las normas de la parte especial del Código Penal fuera una disposición de carácter puramente reglamentario, sería una norma inconstitucional por no respetar el mandato de *lex stricta*. Pero no podría decirse que existe una arbitrariedad en la regulación ni en la decisión tomada en función de ella.

²⁷ *Ibid.*, p. 88.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibid.*, pág. 89.

Tampoco puede decirse sobre esta norma que existe una falta de generalidad en la regulación, que se regula sólo un caso concreto o un individuo particular, de forma no objetiva. Claro, Jakobs podría considerar que una regulación reglamentaria es más débil en atención al procedimiento de generación de dicha norma, ya que es más difícil la modificación de una norma legal que la modificación de una norma reglamentaria, lo que significa que también es más débil la creencia generalizada en la no arbitrariedad del sistema garantizada por la permanencia y estabilidad de la norma. Pero esta consideración no se satisface con la prohibición de regulación infralegal, sino sólo con el requisito de la *anterioridad* de Jakobs como prohibición a la aplicación retroactiva de la ley.³¹ Ninguna arbitrariedad (en el sentido de Jakobs) se deduce del carácter formal legal de la regulación penal.

La pregunta no es menor: si Jakobs pretende dar al menos una descripción verosímil del principio de legalidad y su desempeño en la práctica, su comprensión debe considerar y explicar las concreciones que se derivan normativamente de él. Si dentro de las consecuencias del principio de legalidad se encuentra la prohibición de determinación reglamentaria (infralegal) de la punibilidad, entonces esta consecuencia debe ser explicada como una concreción del propio principio de legalidad. Una interpretación del principio de legalidad que sólo explica partes del principio, no puede ser considerada una interpretación correcta. El contenido específico de la reserva de ley no puede ser explicado como una consecuencia de la prohibición de arbitrariedad, puesto que la concepción de arbitrariedad en el propio Jakobs no hace que un reglamento sea *per se* arbitrario. Esto nos conduce al segundo punto enunciado más arriba.

ii) El problema de la arbitrariedad. Ahora debemos considerar más generalmente las condiciones que el principio de legalidad implica a favor de la prohibición de la arbitrariedad del sistema penal, es decir, debemos analizar qué condiciones hacen que una norma sea arbitraria en función del principio de legalidad.

Jakobs considera que la objetividad consiste en la dictación de normas anteriores y con validez general. Sin embargo, el contenido específico de esta validez general en la que piensa Jakobs es problemático.

³¹ Además de una determinación de deberes de publicidad en la promulgación de las normas.

Él establece una diferenciación no muy aclaratoria: “no se trata aquí de la generalidad de la ley como garantía de solución correcta (como algo paralelo a la ley natural), sino de la generalidad para impedir la arbitrariedad”.³² ¿Cuál es la generalidad que impide la arbitrariedad? Parece ser que la respuesta que se puede dar desde Jakobs consiste en que la generalidad de la regulación se asegura mediante normas que no regulan supuestos específicos o a personas específicas (individualmente consideradas) sino a clases de personas o de supuestos de hechos. Lo que supone la generalidad en este sentido es la no discriminación arbitraria en la regulación del supuesto de hecho, su pena y el juicio de adjudicación.

Pero esto eleva la interrogante planteada a otro nivel ¿qué contenido específico provee el principio de legalidad para evitar la arbitrariedad de la regulación? Si la generalidad implica la no discriminación arbitraria ¿qué concepto de discriminación arbitraria implica la concepción de Jakobs? Lo cierto es que el principio de legalidad en Jakobs no entrega criterio alguno de legitimación material de la legislación. El concepto de generalidad no es otro aquí que la comprensión del positivismo formal de la discriminación arbitraria, entendido en términos de justicia distributiva (a lo igual debe tratarse igual y a lo diferente de forma distinta).³³ La irracionalidad de la ley penal no es un problema del principio de legalidad, sino que es una cuestión dejada en manos de los criterios materiales de legitimación del *ius puniendi*. Lo relevante para el principio de legalidad es que la norma penal sea aplicada de forma generalizada, es decir, “debe ser aplicada no solamente en un caso único, sino también en un número indeterminado de casos”.³⁴ De qué forma deben ser regulados estos supuestos generales no es una pregunta que pueda hacerse válidamente al principio de legalidad, puesto que éste no entrega ningún criterio material de evaluación respecto de la legislación, sino sólo el concepto formal antes enunciado. Sea lo que sea que el legislador determine, lo que debe hacerse en respeto a la legalidad penal es generar una norma de aplicabilidad general, no específica.³⁵

³² *Ibidem*.

³³ Kelsen (1966), pp. 83 y ss.; Perelman (1964); Hart (1963), pp. 193 y ss.

³⁴ Kelsen (1966), p. 86.

³⁵ Juan Ignacio Piña ha intentado abordar la discusión acerca de la legitimidad del derecho penal desde una perspectiva funcionalista. Para ello parte de la base de una vinculación entre la función del derecho penal y la forma en que éste debe operar, es decir asume una perspectiva que “resalta de inmediato la estrecha vinculación del sistema de imputación y el cumplimiento de su función”. El sistema penal es, en este sentido, también destinatario de expectativas normativas susceptibles de ser defraudadas, por lo que es preciso que cuente con mecanismos especializados en estabilizar las expectativas que se le dirigen, de modo de

La idea central que puede extraerse de la tesis de Jakobs es que sus consideraciones respecto a la legalidad se vinculan a la racionalidad de la administración de justicia. En el nivel del proceso y de la imposición de la pena, es donde la legalidad refuerza la posición del individuo respecto a la arbitrariedad en el uso de la fuerza. Toda la idea de la objetividad como contenido de la legalidad redundante en que el control generado a partir del principio ataca directamente, y en exclusiva, a la aplicación del derecho penal. Por eso en Jakobs la reserva legal pierde todo contenido propio: "Ley en sentido del principio de legalidad es toda norma jurídica escrita".³⁶ La exclusión sólo se presenta respecto del derecho consuetudinario, porque "no lo ha creado una instancia legitimada lo más directamente posible de modo democrático",³⁷ razón que, por lo demás, suena paradójica considerando que de ninguna parte de la tesis de Jakobs puede extraerse una legitimidad democrática para la objetividad.

El problema se da desde luego porque Jakobs analiza la legalidad penal desde la perspectiva del observador. Desde esa posición no es posible acceder a la pretensión de legitimidad inmanente al derecho, sino que sólo puede observar el juego de argumentaciones de los partícipes y traducirlos al código del derecho *al mismo nivel* que las decisiones y sucesos contingentes. El derecho como sistema o hecho observable queda sujeto a una función de expectativas de comportamiento cuyo contenido es traducido de un proceso de decisión política diferenciado, a cuyo lenguaje

mantener su reproducción autopoiética dentro de los límites de la función que le corresponde: de dichas estructuras pende que el sistema opere legítimamente (p. 521). Estas estructuras de legitimidad pueden ser clasificadas como formales o materiales. La legalidad es una de las estructuras de legitimación formales, mediante la que se "desinterpenetra" el sistema político del penal, de forma de lograr una autolegitimación operativa, que realiza "la estabilización de las expectativas mediante la no pena" (p. 524), es decir, el cumplimiento de su función de estabilización. Pero esa autolegitimación funcional a través de mecanismos insertos en el propio subsistema penal termina por confundir función con operación legítima. Que el sistema penal es destinatario de una expectativa normativa tendiente al cumplimiento legítimo de su función no es una idea que pueda contradecirse, pero al interpretar las estructuras legitimatorias internamente no se satisfacen los criterios que generan las propias expectativas dirigidas al sistema penal, que vienen desde afuera. La construcción funcionalista define la legitimidad a través de su función, pero los propios criterios legitimatorios vienen interpretados a la luz de dicha función, por lo que se produce una circularidad en el argumento. Piña intenta salir adelante sometiendo la legalidad a una "(meta)estructura de legitimidad. Una estructura de legitimidad que vela por la legitimidad de la estructura" (p. 528), pero no se explica si esta estructura es interna al sistema ni menos la forma en que es funcional al cumplimiento de la tarea del sistema penal. Ver Piña (2004), pp. 515 y ss.

³⁶ Jakobs (1995), p. 88.

³⁷ *Ibid.*, p. 89.

(y por ende, a su pretensión de validez) no se puede acceder. El principio de legalidad no provee de criterios racionales de evaluación de la validez de la legislación penal, porque ésta se considera como un dato más del sistema analizado.³⁸ Distinto resulta si asumimos la pretensión de validez implícita en la autocomprensión del derecho. Desde este punto de vista no puede considerarse al derecho en conjunto (ni a alguna de sus normas aisladas) sólo como un orden coercitivo destinado a estabilizar el comportamiento del sujeto para que se ajuste a la perspectiva del agente cuya acción individual se orienta a la consecución de fines particulares. Antes bien, el derecho establece un orden cuya coacción viene legitimada racionalmente: toma su validez no desde (o sólo) de su positividad, sino desde su legitimidad, a cuyo acceso sólo se nos permite desde el punto de vista del partícipe en el sistema. El principio de legalidad, entendido desde la perspectiva objetiva del observador, no puede acceder al complejo de ideas que subyacen a la calificación de una norma como arbitraria (no válida). Así, “las comunicaciones jurídicamente estructuradas o las comunicaciones controladas por el derecho son descritas en un lenguaje que, al articularse en términos objetivistas, hace caso omiso de la autocomprensión de los actores y que ni busca conectar, ni tampoco conecta, con el saber intuitivo de los participantes”.³⁹

2.- Democracia, división de poderes y legitimidad.

a) *Consideraciones generales.* Una segunda alternativa de fundamentación del principio de legalidad es aquella que lo conecta con el procedimiento democrático y su legitimidad. Constituye, desde cierta perspectiva, el anverso de las posiciones generadas a partir del liberalismo y la autonomía individual: aquí la legalidad legitima no ya por la relevancia de los intereses individuales por sobre los represivos, sino el procedimiento que vincula la norma penal con el autogobierno de la comunidad. La democracia es un fundamento, no un límite al *ius puniendi*.

El por qué el derecho penal requiere de una fundamentación directamente democrática, mediante el principio de legalidad, tiene una respuesta estándar dentro de la doctrina: “La aplicación de la pena

³⁸ Ver Piña (2004), p. 523. “Naturalmente en la legitimación democrática puede apreciarse una interpenetración del sistema político en el sistema jurídico. Sin embargo es imprescindible tener presente que, desde una perspectiva sistémica, la ley no forma parte del sistema jurídico. Este sólo está integrado por ‘comunicaciones con contenido jurídico’...”

³⁹ Habermas (2005), p. 111.

constituye una injerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo".⁴⁰ Esta idea, aunque generalmente admitida, es muy controvertible. Su asunción nos obligaría a considerar cualquier injerencia intensa en la libertad de la persona como una injerencia digna de una fundamentación exclusivamente democrática. Pero la realidad contrasta con esta directriz: en muchas áreas del derecho donde no rige el principio de legalidad (y por ende la exclusiva fundamentación democrática) se establecen sanciones que pueden ser consideradas como una afectación más intensa a la libertad individual que las contempladas por el derecho penal. Una sanción civil (vgr. una indemnización de perjuicios) puede ser considerada en muchos casos como una intervención más dura en la libertad del individuo que una sanción penal (por ejemplo, una multa). El dato de la gravedad de la afectación no es determinante para la configuración del principio de legalidad. Este dato aparece como relevante cuando se analiza con ojos de liberal la legitimidad democrática, pues centralizar nuestro miedo a las sanciones penales y rodearlo de la cobertura del *nullu crime* no dignifica el real peso del planteamiento democrático. No es la gravedad de la afectación lo que genera las restricciones en la decisión de incriminación, sino su propia naturaleza. La incriminación penal (en todos sus niveles), como parte del derecho público del Estado, toma partido respecto de asuntos de naturaleza generalizables, cuya legitimación (como decisión) depende del procedimiento democrático.

b) Crítica. Aun asumiendo este matiz se le ha asignado, por parte de la dogmática, deficiencias a una concepción de la legalidad a partir de la separación de poderes y de la legitimidad democrática. Esto viene dado porque, si es el procedimiento democrático lo que fundamenta la legitimidad de la decisión penal, sólo éste determina dicha legitimidad. La legalidad se transforma en decisión democrática, y las restricciones directamente asociadas al legislador pierden su sentido. "Los problemas de retroactividad de la ley, de la taxatividad de la ley y de la distinción entre ley general y acto individual no son algo específico de la democracia".⁴¹ La constatación de que el legislador tiene reducido su ámbito de decisión como consecuencia de la incorporación del principio de legalidad a los órdenes constitucionales, no contradice las objeciones dogmáticas al

⁴⁰ Roxin (1997), p. 145; Jakobs (1995), p. 80; Baumann (1981), p. 57.

⁴¹ Jakobs (1995), p. 80. En igual sentido Roxin (1997), p. 145.

fundamento democrático, sino todo lo contrario, reafirma la poca verosimilitud de dicho fundamento, pues esta constatación derivaría en la exclusión de la taxatividad y la irretroactividad como restricciones propias de la legalidad. La irretroactividad y la taxatividad no se explicarían como una derivación del principio de legalidad. Si la democracia no explica todas las concreciones de la legalidad, entonces no constituye un fundamento verosímil.

El debate dentro de la dogmática acerca del fundamento del principio de legalidad, presentado, como aquí, a través de la oposición de fundamentos liberales y democráticos, pretende ser ilustrativo de la tensión inicial de ambas interpretaciones. De inmediato puede apreciarse que la diferencia crucial se encuentra en la tensión entre individuo y sociedad, o si se prefiere, entre interés individual e interés colectivo. Mientras la autonomía individual es incapaz de explicar satisfactoriamente aquella dimensión de la legalidad constitutiva de la *praxis* punitiva (reserva de ley); el fundamento democrático yerra en la consideración de la seguridad jurídica vital para la acción individual conforme a fines (irretroactividad y taxatividad). Esta tensión interna también debe ser resuelta desde adentro, a través de una reconstrucción de la argumentación que haga valer equilibradamente la libertad individual y la soberanía popular. Esta es la propuesta de Habermas, que será descrita en sus rasgos fundamentales en el siguiente apartado.

c) Habermas considera que el código que representa el derecho y el código que representa el poder cumplen en la sociedad moderna una función propia y una función para el otro. El poder cumple para el derecho la institucionalización estatal del derecho. “Los tribunales deciden acerca de qué es de derecho y qué no es de derecho”,⁴² siendo dicha decisión vinculante coactivamente para el agente. Paralelamente, el derecho sirve al poder como medio de organización de la dominación política: “El derecho no se agota en modo alguno en normas rectoras del comportamiento, sino que sirven a la organización y a la regulación y control del poder estatal”.⁴³ Este entrecruzamiento entre las funciones del derecho y del poder nos muestra la naturaleza de la validez que reclama uno y otro también operan entrecruzadas: el derecho es válido mientras sea producto de una voluntad racional de la comunidad; el poder es válido mientras respete el derecho vigente.

⁴² Habermas (2005), p. 211.

⁴³ *Ibid.*, p. 212.

La legalidad penal puede ser desde ya entendida como el entrecruzamiento desde el poder político hacia el derecho. “La aportación que el poder político hace a la función propia del derecho, es decir, a la estabilización de expectativas de comportamiento, consiste en el establecimiento de una *seguridad jurídica* que permite a los destinatarios del derecho calcular las consecuencias de su propio comportamiento y el del prójimo”.⁴⁴ Este es el concepto que subyace a las fundamentaciones basadas en la libertad subjetiva del agente. La legalidad penal institucionaliza y sanciona el derecho penal de forma que permita la dominación legal racional como una garantía para el agente. Al menos esto permite un tratamiento objetivo en el momento de la imputación penal. Pero desde ya puede apreciarse que la forma de ley no es un requisito de semejante dominación. La generación de una seguridad jurídica sancionada por el poder requiere sólo de su institucionalización, siendo la forma de ley una de tantas formas de obtenerla: el reconocimiento de la costumbre, el precedente o el poder administrativo como generador de normas son otras que, a este nivel, parecen ser igualmente válidas.

La función propia del poder es la realización de fines colectivos. “En este aspecto el derecho actúa como medio de organización del poder estatal”.⁴⁵ Funciona (el derecho) como una norma constitutiva del poder político, distribuye competencias, cargos y facultades. Legitima el poder. El principio de legalidad, visto ahora desde la perspectiva democrática, legitima la vinculación del ciudadano a la norma penal: ésta sólo debe venir decidida mediante un procedimiento democrático. El derecho distribuye la competencia de generación de normas penales a favor del legislador democrático. Pero el poder sancionado democráticamente y legitimado por la forma jurídica puede degradar al derecho a mero instrumento de la razón de Estado. De esta forma el poder instrumentaliza al derecho, el que pierde toda fuerza legitimatoria.

La respuesta liberal al problema del uso instrumental del poder mediante un derecho instrumentalizado es la generación de derechos contramayoritarios de protección del individuo. Una polémica contra esta idea no puede ser desarrollada aquí. Sin embargo, aun asumiendo la existencia de derechos fundamentales como límites regulativos de la acción estatal, continúa sin explicación la especial vinculación del principio de legalidad con la generación democrática de normas en forma de ley. El

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibid.* p. 210.

control en términos de constitucionalidad todavía puede desarrollarse en todos los niveles del sistema jurídico. Además, y esto es lo más importante, la persecución de fines colectivos a través del poder legitimado por el derecho obtiene su racionalidad no a partir de los fines que persigue ni de los límites que respeta, sino del procedimiento mediante el que esos fines se determinan. El legislador democrático es quien determina racionalmente cuales son los fines y de que formas serán perseguidos por la comunidad. La limitación de dicha decisión, por un órgano ajeno a la producción legislativa de normas, es decir, ajeno a una fundamentación democrática, no puede constituir una racionalización de la decisión del legislador, sino sólo un límite.

El principio de legalidad, al exigir el procedimiento democrático para la generación de normas penales, no puede ser ya entendido sólo como una defensa a la libertad individual, sino que debe comprenderse como un principio constitutivo de la *praxis* penal. La forma de ley, como ya se dijo más arriba, es exigida por la específica naturaleza de la norma penal como reguladora de asuntos de relevancia pública. La racionalidad de una decisión de esta naturaleza viene asegurada por su procedimiento. Habermas introduce el principio del discurso, mediante el cual “válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”.⁴⁶ El nivel de abstracción propio del principio de discurso se especifica a través del principio democrático “para aquellas normas de acción que se presentan en forma de derecho”.⁴⁷ Así, la participación en discursos racionales de fundamentación de normas legitima las normas producto de dicho discurso. La legalidad penal es constitutiva de la racionalidad penal.

Aun no se explica cómo un principio de legalidad fundamentado en estos términos puede generar restricciones específicas al legislador (vgr. irretroactividad y taxatividad). El principio del discurso exige la autonomía del participante como persona deliberativa, es decir, como “aquella a la cual se reconoce libertad comunicativa, que puede entenderse como capacidad crítica, esto es, como la capacidad de tomar posicionamiento crítico, tanto frente a manifestaciones y acciones ajenas como frente a manifestaciones y acciones propias”.⁴⁸ La libertad comunicativa de la

⁴⁶ *Ibid.*, p. 172.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 173.

⁴⁸ Mañalich (2005), p. 66.

persona deliberativa la posiciona como ciudadano de Estado “de modo que la capacidad de participar en el procedimiento de establecimiento de normas, tomando posición crítica frente a los actos de justificación de normas, hace posible reconducir estas a la autonomía del ciudadano”.⁴⁹ El principio de derecho se encuentra restringido a una toma de decisión sobre normas positivas, dentro de un espacio de tiempo y geográfico determinado y vinculadas a un legislador histórico.⁵⁰ La facticidad en la producción del derecho “implica que las normas jurídicas, democráticamente establecidas, también rigen respecto de sujetos que no han hecho uso de su autonomía pública”.⁵¹ La obligatoriedad del derecho positivo se funda, antes que en la participación real en discursos de fundamentación, en la posibilidad de participación en tales discursos.⁵² La persona deliberativa puede sustraerse de participar en discursos de fundamentación de normas, y respetar el derecho en consideración a razones puramente instrumentales, estratégicas. “Las normas jurídicas *siempre* han de *poder* ser seguidas por convicción”,⁵³ pero el derecho moderno reconoce al individuo, en la forma de derecho subjetivo, seguir el derecho por razones estratégicas y no por su asentimiento racional. La posibilidad de un cumplimiento puramente estratégico de las normas determina la conminación legal de la sanción: la coercibilidad del derecho es una condición necesaria a raíz de la necesidad de estabilizar expectativas de comportamiento de sujetos que, en uso de una (reconocida) libertad individual pueden hacer uso del derecho por razones estratégicas. Sólo de esta forma puede obtenerse el mayor grado de libertades posibles para cualquiera.⁵⁴ Planteado de otra forma, la conminación legal a la sanción se explica por el reconocimiento de la libertad estratégica del agente dentro de un derecho que pretende estabilizar expectativas de comportamiento.

Si se anudan las distintas afirmaciones que se han hecho hasta ahora es posible entender el fundamento y la naturaleza de la legalidad penal. En su vertiente democrática el principio de legalidad constituye la *praxis* punitiva. La norma de comportamiento penal se fundamenta a partir de la posibilidad de participación de todos los eventuales afectados en su generación. El procedimiento democrático paradigmáticamente (aunque no

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Habermas (2005), p. 190.

⁵¹ Mañalich (2005), p. 67.

⁵² Günther, Klaus: “*Schuld und kommunikative Freiheit*”, p. 250; citado por Mañalich (2005), p. 67.

⁵³ Habermas (2005), p. 185.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 169 y ss.

solamente) inserto en la discusión parlamentaria asegura la expresión de la idea del autogobierno de una comunidad política. La norma de comportamiento es expresión, gracias al principio de legalidad, de dicho autogobierno. Al inverso, en su vertiente liberal, el principio de legalidad limita la decisión de la comunidad a partir del reconocimiento de la autonomía individual del agente y su posibilidad de acción puramente estratégica. El autogobierno exige la definición del *status* de las personas jurídicas como portadoras de derechos. “Estos derechos están cortados a la medida de la libertad de arbitrio (...) es decir, a la medida de libertades subjetivas de acción”.⁵⁵ La función constitutiva y limitadora del principio de legalidad son las dos caras de una misma moneda: la *praxis* punitiva es fruto del autogobierno de ciudadanos que se reconocen mutuamente la posibilidad tanto de participar o no en la fundamentación de la norma.

El entendimiento liberal del principio de legalidad no ha sido consciente de su punto de partida. Oponen al gobierno (no necesariamente entendido como autogobierno) la libertad subjetiva del agente. El intento de Habermas consiste en equilibrar autonomía pública y autonomía privada. Su desarrollo puede no ser satisfactorio, pero al menos la discusión dentro de la dogmática del principio de legalidad da muestras de su corrección.

d) *Conclusiones.* Las consideraciones hechas en este trabajo son fundamentalmente conceptuales. Pero su desarrollo va, a mi parecer, generando una nueva óptica en el análisis de cuestiones penales de variada índole. Desde luego aspectos de relevancia práctica asociadas a la legalidad penal reciben un nuevo enfoque, como las garantías adscritas al *nullu crime* incluso dentro del derecho procesal penal (vgr. los problemas de prescripción y la relación entre el principio de oportunidad y el de legalidad). Pero también asuntos de mayor abstracción, como la labor de la judicatura constitucional y la relación entre dogmática y práctica legal se revitalizan. Al menos el principio de legalidad obliga a sentirnos parte de una comunidad ampliada de argumentación y racionalización que desborda las ya clásicas pretensiones de orden y coherencia dogmática. Si ya el principio de legalidad penal entrecruza en la propia estructura del derecho penal la autonomía pública y la privada; la dogmática (consecuente con el principio) debe *ella misma* operar entrecruzada: su racionalidad aporta tanto los elementos de cálculo (legítimo) del sujeto que actúa instrumentalmente como el lenguaje con el que los sujetos, en una

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 184-5.

actitud orientada al entendimiento, fundamentan las normas penales por las que quieren ser regulados.

En esta última parte no pretendo abordar esta cuestión metodológica, sino retomar, aunque de forma precaria, una afirmación hecha al principio. Mediante el presente trabajo he pretendido analizar los problemas que genera una fundamentación del principio de legalidad penal a la luz de la discusión que se ha dado principalmente en la doctrina alemana. La especificidad del problema no debe hacernos olvidar que estas cuestiones conceptuales son el reflejo de consideraciones que se han mantenido como un prólogo silencioso respecto de los intentos de fundamentación. Si se contrasta la discusión en torno al principio de legalidad con la discusión propia que ha tradicionalmente ocupado a la filosofía política, podemos apreciar que ambas tareas pueden ser interpretadas como marcadas por el mismo signo distintivo. La filosofía política, al menos desde Hobbes, puede ser entendida como el intento de conceptualizar y legitimar la peculiar tensión que se da entre la autonomía individual, por una parte, y el Estado o el poder público, por la otra. La forma de explicar esta tensión siempre ha sido abordada mediante el lenguaje interno del derecho. Con esta discusión acerca de la legalidad he querido dar luces acerca de cómo el modo en que el derecho penal moderno reclama legitimidad descansa, en último término, en cuestiones normativas abordadas directamente por toda la tradición de filosofía política occidental. No debería extrañar la familiaridad con que, en una discusión aparentemente específica y conceptual como la de la legalidad penal, quepa una aproximación con tanta familiaridad a conceptos como liberalismo, democracia, republicanismo, participación, igualdad y libertad. La discusión abordada aquí muestra como la legalidad penal está cargada de un contenido normativo que apela, en último término, a nuestra propia comprensión de la relación entre el individuo y la sociedad. La respuesta positiva a la posibilidad de legitimar democráticamente la práctica penal es un paso imprescindible para la propia legitimación de la democracia, el castigo y del Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Baumann, Jürgen (1981). *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Depalma, Buenos Aires.
- Bacigalupo, Enrique (1999). "La Garantía del Principio de Legalidad y la Prohibición de Analogía", en su *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Hammurabi, Buenos Aires.
- Calderon, Guillermo O. (2000). "El Fundamento del Principio de Irretroactividad de la Ley Penal", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI*.
- v. Feuerbach, Paul Johann Anselm (1989). *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Hammurabi, Buenos Aires.
- Günther, Claus (2000). "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el derecho penal?", en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.) – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), *La insostenible situación del derecho penal*. Comares, Granada.
- Habermas, Jürgen (2005). *Facticidad y Validez*. Trotta, Madrid.
- Hart, H.L.A. (1963). *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Hassemer, Winfried (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Bosch, Barcelona.
- _____ (2003). *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Hrushcka, Joachim (1994). "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVII, Fascículo III.
- Jakobs, Günther (1995). *Derecho Penal. Parte General*. Marcial Pons, Madrid.
- Jescheck, Hans - Weigend, Thomas (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares, Granada.
- Kant, Immanuel (1997). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Marcial Pons, Madrid.
- Kelsen, Hans (1966). "Justicia y Derecho Natural", en H. Kelsen, H. Bobbio (et. al.) *Crítica al Derecho Natural*. Taurus, Madrid.
- Mañalich, Juan Pablo (2005). "Pena y ciudadanía", en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 6, 2005.

-
- Maurach, Reinhart – Zipf, Heinz (1994). *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. Astrea, Buenos Aires.
 - Misseroni, Adelio (1994). “El Principio de Tipicidad en la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XV* (1993-1994).
 - Moccia, Sergio (2003). *El Derecho Penal entre ser y valor*. B de F, Buenos Aires.
 - Naucke, Wolfgang (2000). “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.) – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada.
 - Perelman, Chaim (1964). *De la Justicia*. Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México.
 - Piña, Juan Ignacio (2004). “Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del derecho penal ¿es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 31, N° 3.
 - Rawls, John (2004). “*Teoría de la Justicia*”, Fondo de Cultura Económica, México D. F.
 - Roxin, Claus (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Civitas, Madrid.