

Prof. Dr. Vittorio Manes

Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Bolonia (Italia). Socio FICP.

~¿“*Common law*-ización del Derecho penal”?

Transformaciones del *nullum crimen* y desafíos para el futuro cercano*~

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de las Cortes europeas – las *Court-made doctrines* (doctrinas jurisprudenciales) y las *cross-constitutional influences* (influencias transconstitucionales) – está modificando fuertemente el “ordenamiento constitucional” de todos los Estados europeos, y redefiniendo incluso la estructura del principio del *nullum crimen sine lege*, siguiendo contornos muy diferentes al de un modelo “rígido”, legalista y centrado en el Estado como era el heredado de la ilustración, siendo cada vez más cercano al paradigma *flou* (difuso), sustancial y *Rights-based* (basado en derechos) que sigue la jurisprudencia de la CEDH.

Lo que se está perfilando actualmente es un *modelo híbrido* de legalidad, fruto de una contaminación de esquemas y dispositivos propios (originalmente) del *common law*, donde sobretodo resalta el rol coprotagónico que la jurisprudencia ha alcanzado junto al de la ley, y donde emerge el problema urgente de adaptar los ordenamientos jurídicos que han basado su interpretación en el paradigma continental de la reserva de ley y el sometimiento del juez a la ley, a esa nueva dominación del *judicial law-making* (Derecho jurisprudencial).

Estamos pues en presencia de una “revolución epistemológica” que pone en discusión la relación juez-ley, la separación de poderes, el rol mismo de la dogmática y de la “ciencia del Derecho penal” la cual, por un lado, ya había sido puesta en un segundo plano por la invasión de la “doctrina de las cortes”, y por el otro, había sido responsabilizada de la apremiante necesidad de devolver la previsibilidad a la ley.

En este trabajo, partiendo del ejemplo italiano, se buscará recorrer esta transición, evidenciando las conclusiones actuales y los posibles aspectos problemáticos del “sistema *patchwork*” (“sistema de retales”) que se está consolidando.

* Traducción por la Prof. Dra. Paz Francés Lecumberri.

II. EL MODELO “TRADICIONAL” DE LA LEGALIDAD PENAL EN LA ESTRUCTURA JURÍDICA MODERNA

En la estructura jurídica moderna, la forma “tradicional” de la legalidad penal obtiene del principio del *nullum crimen* diferentes premisas, especialmente desarrolladas en el marco del Derecho continental europeo y recibidos en el ordenamiento italiano tanto por el código penal - Arts. 1 y 2 c.p.- como en la Constitución democrática de 1948 -Art. 25 Const. Estas premisas, como se sabe, han sido concretadas por la ilustración no solo en las garantías individuales sino también, y sobre todo, en la doctrina del Estado y de la separación de poderes.

El constituyente italiano –como se ha señalado- se ha nutrido de la tradición ilustrada especialmente en el establecimiento de los principios relativos a la magistratura y al ordenamiento jurisdiccional: el juez está sujeto a la ley, a la cual se reservan todas las previsiones punitivas; el control sobre el respeto a la ley por parte del juez de conocimiento competente para aplicarla se confía a la Corte de Casación, que tiene una competencia general e ineludible en cuanto a las violaciones a la ley (según el Art. 111 Const., el recurso de Casación se admite “siempre” por “violaciones a la ley”).

La original perspectiva ilustrada parte -como ha sido normalmente interpretado- del principio de legalidad penal (Art. 25/2 Const.), que satisface la necesidad de una precisa separación de competencias entre las articulaciones del poder, junto a la tradicional instancia de protección confiada al *nullum crimen* como “*Schutzrecht*” (Derecho de amparo), que garantiza a los ciudadanos que “el Estado [...] no les castigará sin previamente informarles acerca de lo que está prohibido u ordenado” (Corte const., n. 364 de 1988).

Desde esta perspectiva, el principio de reserva de ley preserva el monopolio legislativo de las decisiones punitivas de los abusos del poder ejecutivo y del poder judicial. El principio de irretroactividad es un límite garantista frente al riesgo de la arbitrariedad del poder judicial, además de una autolimitación impuesta al mismo legislador contra las posibles instrumentalizaciones en el ejercicio del *ius puniendi*. Y el principio de taxatividad o estricta tipicidad se sostiene (aún) como barrera contra los posibles excesos “paralegislativos” del poder judicial.

Como es sabido, la ilustración construye la “estructura jurídica moderna”, especialmente, sobre el principio de la separación de poderes, que según la concepción de tal época predicaba

para la magistratura, en términos sustanciales, un rol “neutral”: un “poder neutro” subordinado a la ley y al legislador, del cual el juez debía ser solo una “*longa manus*”.

En tal contexto cultural y político –donde obviamente se quería asegurar el nuevo orden político luego de la caída del *Ancien Régime* y de la neo-hegemonía burguesa-, las articulaciones esenciales de la separación de poderes apuntaban a una clara primacía de la ley: como base estaba la idea de un legislador “bueno y racional” (que según la teología política encarnaba el *God’s eye point of view* –punto de vista de Dios-), y la sacra centralidad del Parlamento como garante del bien común que representaba a “toda la sociedad, unida por el contrato social”, capaz precisamente de una iluminada visión general de las necesidades de tutela¹ y –especialmente por su característica de “generalidad y abstracción” y de (vocación de) estabilidad– de salvaguardar la “certeza del Derecho” entendida, sobre todo, como garantía de uniformidad en el trato de los ciudadanos (igualdad formal).

De estos postulados surgen una serie de axiomas, que también son muy conocidos, y que se dirigen a garantizar su cumplimiento: el proyecto de sistematización del Derecho en los “códigos”, la intención de organizar las fuentes *more geometrico* en un “ordenamiento” –es decir, en un “sistema ordenado y ordenante” de normas– que tenía pretensión de completitud, y de ahí, especialmente, la visión del juez como mero “notario de la ley” y “máquina para realizar silogismos” (*Subsumptionsautomat*), lo que a su vez se garantizaba frente a interferencias externas por principios metodológicos que asumían su total autonomía (*iura novit curia*) o que establecían, en todo caso, la prohibición de recurrir a elementos externos (*in claris non fit interpretatio*).

Al juez, visto como principal responsable de los males del *Ancien régime* y siendo un auténtico chivo expiatorio, se le asigna un mandato de “esterilización política” que lo quiere establecer como mero mandatario y “mensajero” de la *voluntas legis*, de acuerdo a un modelo cuya esencia ideológica se encuentra claramente consignada en la célebre consigna de ROBESPIERRE: “*Le mot jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un état qui a sa constitution, la jurisprudence n’est autre chose que la loi*” (La palabra jurisprudencia debe ser

¹ Se resalta que esta postura parece reaparecer en algunas decisiones de la Corte Constitucional, como en la célebre Sentencia n. 487/1989, que negó cualquier competencia penal a las Regiones precisamente partiendo de la consideración de que solo el Parlamento puede ser “representativo de toda la sociedad, unida por el contrato social”.

eliminada de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, la jurisprudencia no es otra cosa que la ley).

Así pues, no se deja espacio alguno a la “jurisprudencia”, que incluso es expulsada, y en modo paralelo no se deja espacio a sus instrumentos metodológicos, empezando por la interpretación, como señalaba entonces VOLTAIRE, en su *Dictionnaire philosophique* (1764): “*que toute loi soit claire, uniforme e précise. L’interpréter, c’est presque toujours la corrompre*”² (que toda ley sea clara, uniforme y precisa. Interpretarla es casi siempre corromperla).

Esta postura dominaba también en el ámbito penal, donde incluso era más marcada en presencia de las peculiares instancias garantistas vinculadas al *argumentum libertatis* de la visión contractualista de la sociedad.

Basta recordar a BECCARIA, quien por un lado precisaba que “solo las leyes pueden decretar las penas para los delitos, y esta autoridad solo puede residir en el legislador, el cual representa a toda la sociedad unida por un contrato social; ningún magistrado (que es una parte de la sociedad), puede con justicia infligir penas contra otros miembros de la misma sociedad[...]”; y por otro lado excluía cualquier interpretación, señalando –en las célebres páginas del parágrafo IV de su “De los delitos y de las penas”– que “En cada delito se debe hacer por parte del juez un silogismo perfecto”, atribuyendo así al juez la simple tarea de realizar una operación lógico-deductiva sin espacio para experimentos interpretativos³ “[...] por la simple razón de que los jueces penales no son legisladores”.⁴

Por un lado, el positivismo jurídico ha recogido –y progresivamente exasperado– el mandato recibido por el legalismo ilustrado, y por el dogma de la división de poderes que, por lo demás, se encuentra en la base de la separación misma entre *dogmática* y *política criminal* proclamada –en la experiencia italiana– por los seguidores de la corriente técnico jurídica,

² VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique* (1764), traducción italiana editada por M. Bonfantini, Milano, 1968, p. 442.

³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (primera y anónima edición: Livorno 1764), § 4: “En cada delito se debe hacer por parte del juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general, la premisa menor la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez se vea obligado, o quiera hacer aunque sea dos silogismos, se abre la puerta para la incertidumbre”.

⁴ Toda la doctrina penal de los *Delitos y de las penas* en unión a la filosofía política que le subyace se desarrolla a la luz de una firme discusión con Montesquieu (a la que alude el autor desde la *Introducción*), y con el *Espíritu de las leyes*, como obra que ya era clásica en la segunda mitad del siglo XVIII y que era bien conocida por Beccaria (y por Verri).

emblemática en el conocido discurso de Sásari de ARTURO ROCCO:⁵ una separación funcional que asegure la fidelidad “ideológica” del intérprete-exegeta respecto al poder político, y garantice al Derecho positivo del Estado como única fuente, precisamente a través de una “precisa” regulación de los límites entre poderes.

Por otro lado y de manera paralela, en el medio cultural iuspositivista las diferentes consecuencias del *nullum crimen* han sido interpretadas según las particiones “formales” que se fueron perfilando por la dogmática penal (y por la *Begriffsjurisprudenz*): por ejemplo, la operatividad del principio de irretroactividad se ha basado en la oposición penas/medidas de seguridad (aplicándose para las primeras mientras que para las segundas se aplica el *tempus regit actum*), así como se presenta la distinción entre Derecho sustancial/Derecho procesal/Derecho de ejecución penal.

De manera breve puede decirse que la separación de poderes, el legalismo estatalista y el formalismo iuspositivista representan los fundamentos sobre los que se desarrolla el discurso de la legalidad penal en el paradigma jurídico “moderno”, y también los diques a través de los que se canaliza el ímpetu garantista del *nullum crimen sine praevia lege poenali stricta et scripta*.

III. EL MODELO DE LEGALIDAD RECEPCIONADO POR EL ORDENAMIENTO ITALIANO: UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En la recepción del principio de legalidad y de sus diferentes aspectos garantistas, el ordenamiento italiano ha mantenido un lineamiento sustancial de continuidad con las ideas ilustradas, sosteniendo el *nullum crimen* simultáneamente como garantía “formal” (certeza del Derecho/taxatividad, estricta tipicidad y prohibición de analogía/irretroactividad) y “procedural” (monopolio parlamentario/reserva de ley), en un sentido –especialmente con posterioridad al renacimiento constitucional- vinculado a la separación de poderes.

Junto a las garantías consagradas en la Constitución Democrática (Art. 13, Art. 25/2, Art. 101/2 Const.), que buscaban reafirmar “una noción de legalidad densa, en sus consecuencias, con requisitos de legitimación estrechamente ligados al nuevo orden político”, con la institución misma de la Corte Constitucional “se trató de confiar la protección de su respeto por parte de

⁵ ART. ROCCO, Il problema e il metodo della scienza del diritto penale, en Rivista de diritto e procedura penale, 1910, pp. 497 y ss. (también en: Id., Opere giuridiche, vol. III, Roma, 1933, p. 314).

todos los poderes del Estado”⁶; y en tal sentido se han desarrollado y consolidado los rasgos de la jurisprudencia constitucional.

Desde el principio de reserva de ley –incluso en la dimensión *relativa* acogida por la Corte⁷– se han derivado dos implicaciones de especial interés para nuestro discurso: a) la prohibición de acceso a la jurisprudencia entre las diferentes fuentes del Derecho (la más reciente es la Sentencia n. 230 de 2012); b) la prohibición para la misma Corte Constitucional de adoptar sentencias que creen o extiendan tipos penales (las denominadas sentencias aditivas *in malam partem*).

La continuidad con la postura del *nullum crimen* se aprecia también en relación al ámbito de aplicación de varias consecuencias de la legalidad, y en particular de la irretroactividad: mientras que la reserva de ley (y también la instancia de la taxatividad/estricta tipicidad) aspira a cubrir todo el universo penal (tanto las penas como las medidas de seguridad, de acuerdo al Art. 25 Const., respectivamente en el inciso dos y tercero; pero también las medidas preventivas, aunque sea en una medida distinta: Sentencia n. 177 de 1980), la operatividad de la garantía de irretroactividad está marcada por la distinción pena/medida de seguridad (constitucionalmente “impuesta” por las diferentes indicaciones de los incisos segundo y tercero del Art. 25 Const.) pero ha estado por mucho tiempo dominada por las categorizaciones conceptuales que distinguen entre Derecho sustancial/Derecho procesal/ejecución penal.

En otras palabras, solo para las sanciones *formalmente* penales (y/o para las instituciones reconducibles al Derecho penal sustancial, entre los cuales se señala, en el contexto italiano, también la prescripción) se ha establecido la prohibición de retroactividad, mientras que –al menos tradicionalmente y salvo lo indicado frente a jurisprudencia reciente– se considera que para las normas procesales, para las normas sobre la ejecución de la pena, así como para aquellas que regulan las medidas de seguridad, vale y se aplique el régimen vigente al momento de la aplicación o ejecución de la medida (el denominado principio del *tempus regit actum*).

⁶ Así en G. INSOLERA, *Introduzione alla IV sessione “Corte costituzionale e legalità”*, en AA.VV., *Cassazione e legalità penale* (Sesiones del congreso de Parma, 8-9 octubre de 2015), editado por A. Cadoppi, 2016, de próxima publicación.

⁷ A pesar de que recientemente se hayan asumido algunas posturas en un sentido más riguroso, que parecen aludir a la reserva *absoluta* en algunos campos: Corte Const. Sentencia n. 32 de 2014.

IV. UN “MODELO” DISTINTO DE “LEGALIDAD PENAL” ACOGIDO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CEDH

1. Sobre la mencionada estructura, la Convención Europea de Derechos Humanos (Art. 7 CEDH) y sobre todo la jurisprudencia de la Corte Europea proponen una concepción de la legalidad muy diferente, incluso contradictoria en ciertos aspectos. Esta diversidad se origina tanto en *razones estructurales* (que remiten al ámbito de aplicación de la Convención y a la muy amplia jurisdicción de la Corte de Estrasburgo, dirigida a abarcar tanto contextos de *civil law* como de *common law*⁸) como en *razones funcionales* (que aluden a la necesidad de promover la armonización de las garantías en los distintos Países miembros del COE –Consejo de Europa-, superando las distinciones categoriales acogidas en los diferentes ordenamientos⁹), unidas a una *finalidad* como es promover la tutela más amplia posible de las garantías en particular¹⁰, en un marco donde el respeto de la “rule of law” (“regla de ley”) y la afirmación de la “prééminence du droit” (“supremacía del Derecho”) son la principal preocupación de la Corte.

⁸ En cuanto a las razones estructurales más en particular, se sabe que de los 47 países miembros del COE (Consejo de Europa) hay algunos con ordenamientos de *civil law*, donde la única fuente de producción legítima en materia penal –en principio- es la *lex parlamentaria* (como Italia y España, pero también Alemania y Francia, por ejemplo) y otros con ordenamientos de *common law*, donde en cambio domina el *judge-made law* (Derecho jurisprudencial) (y el *stare decisis* -precedente judicial-; como en Gran Bretaña). Por estas razones, la Corte –para definir el ámbito de aplicación del *nullum crimen*- ha desarrollado una “noción autónoma” de ley, que genera una suerte de “fusión de los horizontes” entre el *civil law* y el *common law*: en un concepto amplio de “ley”, actualmente consolidado en la jurisprudencia de la Corte, caben tanto la ley formal del Parlamento (y/o el Derecho de producción “política”), como el Derecho de fuente jurisprudencial (el *judge made law*), que es considerado completamente como fuente del Derecho para la Convención, con las consiguientes aplicaciones de las garantías previstas en el Art. 7 CEDH.

⁹ Hay razones funcionales que se encuentran en la base de la “noción autónoma” utilizada por la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo para definir el ámbito de aplicación de las garantías del *nullum crimen*: ya que en los distintos países rigen distinciones categoriales muy diferentes (la bipartición italiana de los delitos y las contravenciones, o la española en delitos y faltas, se opone al modelo tripartito acogido en Alemania: *Verbrechen/Vergehen/Ordnungswidrigkeiten* o en Francia: *crime/délit/contravention*), la Corte Europea no puede utilizar conceptos de *género* (delito) o de *especie* (crimen/delito/contravención) de tipo *formal*, sino que utiliza una noción sustancial –la noción de *materia penal*– que promueve la aplicación de las garantías penales establecidas en los Arts. 6 (*fair trial* –juicio justo-) y 7 (*nullum crimen sine lege*) de la Convención “más allá de las etiquetas” y de las denominaciones acogidas en cada país.

¹⁰ Junto a las mencionadas razones estructurales y funcionales, una importante racionalidad orientada a los objetivos lleva a la Corte a adoptar una visión antiformalista y orientada a ir “*behind the appearances at the realities of the situation*” (más allá de las apariencias a las realidades de la situación): se busca asegurar que las garantías convencionales tengan la extensión más amplia posible y sobretodo velar por una tutela “efectiva y concreta, no ilusoria ni abstracta” de los derechos reconocidos en la Convención. En conclusión, la Corte tiende a interpretar la Convención *magis ut valeat*, superando las barreras formales que limitan la potencialidad axiológica de los diferentes derechos y libertades allí reconocidos.

2. Ahora bien, como se sabe, son muy diferentes y profundas las recaídas de este enfoque diferente de la legalidad penal, y los consecuentes resultados demuestran una distancia radical frente a la concepción “tradicional” de la legalidad penal.

2.a) En primer lugar, y como ha sido indicado, a través del concepto “no formal” en “materia penal” la Corte de Estrasburgo ha abandonado la postura tradicional que pretende que las garantías del *nullum crimen* aplicables con base en categorizaciones *formales* (edificadas en un concepto formal de delito, y sobre las conceptualizaciones que de allí se desarrollan para la dogmática de tradición alemana) en favor de una postura orientada a distinciones *de contenido teleológicas* (donde sobresale, especialmente, la diferencia entre las finalidades aflictivas, preventivas o compensatorias).

Para concluir, a la luz de una visión “sustancialista” que no es diferente a aquella seguida – también aquí- en algunos contextos de *common law*¹¹, donde no se encuentra una distinción entre la sanción penal y la administrativa, y en cambio se presenta un concepto omnicompreensivo de *punishment* (castigo), se considera que todas las instituciones que tengan un contenido aflictivo y/o “intrínsecamente punitivo”, sin importar cuál sea su “etiqueta” o la denominación formal, tendrán que estar sometidas a las garantías sustanciales y procesales previstas en la Convención, como –por ejemplo- la garantía de la irretroactividad; se trate de instituciones asimilables a las *medidas de seguridad*¹², o de sanciones formalmente pertenecientes a las de tipo *administrativo*¹³, o de disposiciones en materia *procesal*¹⁴, o de medidas que se refieran a la *ejecución penal*¹⁵.

¹¹ Una postura similar es seguida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Al respecto, v. por ejemplo G. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 1998, pp. 47 ss.

¹² Como en el caso de las diferentes tipologías de confiscación, a partir del caso *Welch vs. Reino Unido*, 1995.

¹³ Como en el caso *Grande Stevens vs. Italia*, sobre el *ne bis in idem*, o en el caso *Menarini Diagnostic s.r.l. vs. Italia*, en donde la Corte Europea, de manera inequívoca se manifestó (en la aceptación del recurso) sobre la aplicabilidad del Art. 6, § 1, CEDH (“acusación penal”) a una autoridad administrativa independiente (en el caso, la AGCM, Autoridad Garante de la Competencia del Mercado Italiano).

¹⁴ Como en el caso de la Gran Cámara, CEDH, del 17 de septiembre de 2009, *Scoppola vs. Italia*; y al respecto debe verse actualmente la interesante Sentencia CEDH, del 7 de julio de 2015, *Gaetano Davide Greco vs. Italia*: “La Corte está lista para aceptar que, aunque haga parte del CPP, cuyas disposiciones regulan la norma de procedimiento a seguir para perseguir y juzgar los delitos, el artículo 597, inciso 3, ya citado, puede ser considerado una disposición de Derecho penal material, en virtud a la severidad de la pena a infligir cuando la apelación se interpone únicamente por el imputado”.

¹⁵ Como en el conocidísimo caso español sobre la denominada “doctrina Parot” fallado por la Gran Cámara, CEDH, del 21 de octubre de 2013, *Del Rio Prada vs. España*, donde los jueces han reconocido que, si bien la materia de ejecución penal sigue estando excluida, en principio, del concepto de “materia penal” (y por ende sujeta al principio de irretroactividad del que trata el Art. 7 CEDH), en el caso examinado la regulación de la redención de penas debe ser considerada parte del “droit pénal matériel” (“Derecho penal material”), conclusión reafirmada por el

2.b) En segundo lugar, la posición de que la jurisprudencia se encuentra dentro de la “noción autónoma” de ley, y su equiparación a la ley en la constelación de las fuentes del Derecho en materia penal, evidencia aún más el vuelco de los postulados tradicionales de fondo del *nullum crimen* en su versión clásica.

Desde esta perspectiva, el principio de legalidad penal no es apreciado como garantía que se dirija (también) a salvaguardar la separación de poderes, y el corolario del *nullum crimen sine lege parlamentaria* no es –para usar un eufemismo– un interés central para la Corte de Estrasburgo, preocupada solo porque la punición provenga de una “base legal” previa y no de incriminaciones que terminen por “sorprender” al individuo, contrariando la *preéminence du droit*.

En modo paralelo, el “Derecho jurisprudencial” se reconoce totalmente como fuente en materia penal, y está sujeto a los mismos requisitos cualitativos de accesibilidad (*accessibility*) y previsibilidad (*foreseeability*), así como a la predeterminabilidad (*predictability*) de sus consecuencias, encontrándose vinculado a las garantías del *nullum crimen*, con la consiguiente aplicación de la irretroactividad en caso de nuevas interpretaciones jurisprudenciales o de *overruling* (decisiones en contra) imprevisibles¹⁶.

La “revolución copernicana” en cuanto a las bases iluministas es evidente, y la distancia se hace abismal si se piensa en los textos de los enciclopedistas franceses o de los iluministas italianos que se recordaron antes.

Por un lado está el rol protagónico de la jurisprudencia; un rol que por lo demás corresponde a una perspectiva *rights-based* (basada en derechos) y a la idea de que la tutela de los derechos humanos –en una perspectiva, como suele decir la Corte, “efectiva y concreta y no teórica e ilusoria”– debe estar confiada a la decisión del juez antes que a la ilusión igualitaria de ley “general y abstracta”, y que puede ser garantizada solo a través de una valoración *hic et nunc*, abierta a una ponderación guiada por criterios dúctiles como aquellos –tan presentes en los

hecho de que en la reforma de 1995, el legislador español tuvo la precaución de formular disposiciones transitorias que buscaban garantizar la aplicación del beneficio a los sujetos juzgados con base en el Código penal de 1973.

¹⁶ Finalmente, teniendo un fuerte impacto en el ordenamiento italiano, está la Sentencia CEDH del 14 de abril de 2015, *Contrada vs. Italia*, donde se reconoció la violación del Art. 7 CEDH, considerando que no es suficientemente claro ni previsible el “tipo penal” del concurso externo de asociación para delinquir de tipo mafioso (Arts. 110/416 *bis* c.p.), evidenciando su génesis jurisprudencial *posterior* al momento de los hechos por los cuales el recurrente había sido condenado, y considerando que tal “tipo jurisprudencial” se había consolidado solo a partir de la (primera) intervención aclaratoria de la Sesión Conjunta de Casación de 1994.

pronunciamientos de la CEDH- de la *necesidad/proporcionalidad* y de la *razonabilidad*.

Por otro lado, y en modo paralelo, surge –también aquí- la centralidad de la interpretación del juez, como auténtico eje del sistema; hasta el punto que podemos concluir que la pieza que fuera descartada por los constructores de la estructura ilustrada, ha llegado a ser la piedra angular en la red normativa europea.

V. ENCUENTROS Y DESENCUENTROS CON NUESTRA CORTE CONSTITUCIONAL

Podemos preguntarnos ahora si estas dos concepciones de la legalidad –tan diferentes y contrastantes- han logrado conciliarse, y si –más en concreto- nuestra Corte Constitucional ha mostrado tener una inclinación hacia la recepción de los novedosos aires que emergen de la jurisprudencia de Estrasburgo.

Las líneas jurisprudenciales más recientes dejan ver, al respecto, tanto encuentros como desencuentros.

1. Por ejemplo, la Corte Constitucional Italiana –así como lo han hecho otros tribunales constitucionales¹⁷ - se ha mostrado propensa a dar espacio al concepto sustancial en materia penal, empezando a aplicar las garantías penales –y en particular la garantía de irretroactividad- “más allá de las etiquetas” y “*behind the appearances*” (más allá de las apariencias).

Lo hizo con claridad en la Sentencia n. 196 de 2010, demostrando un *idem* sentir –y un acercamiento casi “de espejo”- respecto a la Corte de Estrasburgo. En esta decisión, la Corte Constitucional determinó la irretroactividad de una hipótesis “especial” de confiscación –la confiscación del vehículo automotor por el delito de conducir en estado de embriaguez– como consecuencia de reconocer su naturaleza “intrínsecamente aflictiva”. De manera análoga actuó la Corte Constitucional con las ordenanzas número 97 y 301 de 2009, donde se afirmaba la

¹⁷ Cfr., específicamente, *Conseil constitutionnel*, 18 de marzo de 2015, Decisión 2014-453/454 QPC y 2015/462 QPC, *M. John et autres*, que –en cuanto al *ne bis in idem*- ha reconocido que los principios de necesidad y proporcionalidad de los delitos y de las penas de que trata el Art 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano no tienen que ver exclusivamente con las sanciones formalmente penales, sino con cualquier sanción que presente las connotaciones sustanciales de una pena. Sobre esta importante decisión, se remite, entre muchos comentarios, al de F. SUDRE, *Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'oeil du Conseil constitutionnel*, en *La Semaine Juridique*, n. 13/2015, 368 y ss.; J.R. M MAUZY, *La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015: un raisonnement d'initié?*, en *Les Petites Affiches*, n. 151/2015, 4 y ss.; finalmente, sobre este tema véase a C. ARNAUD, *Le cumul des poursuites et des sanctions: divergences constitutionnelle et européennes*, en *Revue française de droit administratif*, n. 5/2015, 1019 y ss.

naturaleza aflictivo-punitiva de la confiscación por equivalente poco antes introducida por el legislador italiano frente a algunos delitos tributarios, reconociendo la irretroactividad para tal figura.

2. En cambio, nuestra Corte se mostró mucho más reacia a aceptar una equiparación formal entre la jurisprudencia y la ley. Este problema se afrontó en un recurso donde –sintetizando al extremo- se solicitaba equiparar la *abolitio criminis* (Art. 2 c.p.) al cambio jurisprudencial favorable (por lo menos aquel avalado por la autoridad de las Sesiones Conjuntas), reclamando su retroactividad *in mitius* (Sentencia n. 230 de 2012).

En efecto, una vez que los jueces italianos se enfrentaron a la cuestión de la constitucionalidad del Art. 673 c.p.p. –dirigida a rechazar la desigualdad en el trato reservado al fallo de condena frente a la hipótesis de la *abolitio criminis* ‘de tipo jurisprudencial’¹⁸ – se mostraron enérgicamente contrarios a la equiparación formal entre la ley y la jurisprudencia, reafirmando con estrépito principios tradicionales como la reserva de ley y el sometimiento del juez a la ley (de que trata el Art. 101, inciso 2, Const.), junto al principio “arquetípico” de la separación de poderes.

Especialmente, la Corte Constitucional ha considerado imposible «una trasposición mecánica al ordenamiento interno de la postulada equiparación entre ley escrita y Derecho de producción jurisprudencial» debido a la “pérdida de tutela” que se apreciaría frente a la legalidad convencional¹⁹, afirmando al tiempo que el principio de separación de poderes –específicamente reflejado en el precepto que indica que el juez (solo) está sujeto a la ley- no puede ser considerado renunciante (ni siquiera) frente a un cambio jurisprudencial muy favorable, puesto que «junto con la creación de las normas, y de las normas penales en particular, incluso su abrogación –total o parcial- no puede depender, de hecho, del diseño constitucional o de reglas jurisprudenciales, sino solamente de un acto de voluntad del legislador (*eius est abrogare cuius est condere*)».

¹⁸ La mencionada disposición del código de procedimiento italiano contempla la revocatoria del fallo de condena (solo) para los casos de *abolitio criminis* ‘de tipo legislativo’ y de declarada inconstitucionalidad de la norma incriminatoria.

¹⁹ Teniendo en cuenta que «en la interpretación de la Corte de Estrasburgo, el principio convencional de legalidad penal es menos amplio que aquel acogido por la Constitución Italiana (y en general por los ordenamientos continentales)», siéndole ajeno el principio de reserva de ley.

VI. LEGALIDAD EN TRANSFORMACIÓN: LUCES Y SOMBRAS DE LA “COMMON LAW-ISACIÓN DEL DERECHO PENAL”

Como se ha observado, son muchas las caras del *nullum crimen* en la representación que de éste ofrece la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia de la CEDH, las cuales se inspiran en concepciones de la legalidad definitivamente distantes: una visión tradicional que entendía que la “certeza del Derecho” se confiaba a la “reserva de ley”, y que excluía al Derecho jurisprudencial de la “pirámide” de las fuentes; y una visión, la “europea”, que parece anteponer a la “certeza del Derecho” la “certeza de los derechos”, y que ve en la jurisprudencia no un mero espectador, sino un co-protagonista del fenómeno jurídico, en una posición paritaria respecto a la ley.

En particular, la legalidad penal parece reposicionarse en dirección centrífuga respecto al orden puesto como base de la construcción jurídica moderna, donde los custodios del Derecho –y de su “certeza”- eran el Parlamento y si mucho –como “legisladores negativos”- los tribunales constitucionales. De hecho, como se ha visto, es indudable que el poder judicial ha pasado de ser un simple corista a ser coprotagonista de la legalidad²⁰, y que tal tarea “constitutiva” se ha dividido equitativamente entre las Cortes europeas y los jueces comunes²¹, destinatarios de los “*grand recits*” de las “Altas Cortes”, y expresamente reconocidas –en el sistema convencional de tutela de los derechos humanos- como “*the first guardians of human rights ensuring the full, effective and direct application of the Convention – in the light of the Court’s case law – in their national legal system, in accordance with the principle of subsidiarity*” (“las primeras guardianas de los derechos humanos, asegurando la completa, efectiva y directa aplicación de la Convención –a la luz de la jurisprudencia de la Corte- en sus respectivos sistemas legales, de acuerdo al principio de subsidiariedad”)²².

²⁰ Fenómeno ampliamente investigado a partir de la investigación pionera de A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, que ahora se encuentra en su segunda edición: Torino, 2014, pp. 13 y ss., pp. 304 y ss. y *passim*.

²¹ “[...] el juez ordinario está cada vez menos vinculado a la “ley” (Art. 101 Const.) y se ubica cada vez más en una relación directa tanto la Constitución, como con otras fuentes supranacionales, hasta el punto de generar la discusión sobre un Derecho jurisprudencial; Derecho que se presenta no solo por parte de las Cortes nacionales sino también, en una época de globalización, por parte de una fina red de otras Cortes”: A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 280.

²² Véase la Declaración del 27 de febrero de 2015, junto a la *High – level Conference on the “Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility”*, Bruxelles, 26-27 de marzo de 2015, en http://justice.belgium.be/fr/binaries/Declaration_EN_tcm421-265137.pdf.

Claro que esta transición no carece de sombras: mientras desde algunas perspectivas el declive de la centralidad de la ley –junto con el rechazo del formalismo interpretativo– ha sido visto con complacencia, en materia penal se advierte especialmente, y no desde hace poco tiempo, el riesgo de que la (aclamada) dimensión judicial del Derecho implique un intolerable saldo negativo no solo desde el punto de vista de la “separación de poderes” (sobre la que, como se ha visto, se edificaron las bases más tradicionales del *nullum crimen*, al menos en su dimensión “continental” y de “civil law”), sino también y sobre todo en cuanto a la “certeza subjetiva del Derecho”.

Se trata de riesgos serios y graves que merecen ser analizados –a modo de conclusión– desde dos perspectivas diferentes, aunque se sea consciente de que una investigación así merecería un mayor espacio y capacidad.

Por un lado, en nuestra opinión es difícil negar el movimiento ascensional de los niveles de tutela que la concepción de la legalidad patrocinada por la Corte de Estrasburgo –junto con el flujo inter-jurisprudencial que la recibe en el país– ha activado hasta ahora. Si actualmente una medida “intrínsecamente punitiva” ya no puede ser aplicada *sine praevia lege poenale* (ni quizá tampoco *sine iudicio*), esto se le debe a la Corte de Estrasburgo, a la que también se debe haber desenmascarado las heridas garantistas abiertas por los cambios jurisprudenciales *in malam partem*, haber retomado la salvaguarda de (algunas) “normas procesales con relevancia sustancial”²³, así como haber devuelto la fuerza al principio del *ne bis in idem*. Y es también la Corte Europea la que –inter alia– ha garantizado al *nullum crimen* efectos que los principios de taxatividad y estricta tipicidad jamás habrían podido garantizar²⁴, poniendo un límite a la creatividad (o al menos a la volubilidad) de la interpretación jurisprudencial.

Por otro lado, y al mismo tiempo, tampoco se puede negar que esta “progresión axiológica” está acompañada de una verdadera “revolución epistemológica”, perfilando un cada vez más marcado proceso de “*common law-isation*” del sistema penal, en el que la fuente jurisprudencial se ha unido prepotentemente a la ley.

²³ Como las modificaciones sobre los “beneficios sancionatorios” relativos al procedimiento abreviado, en el caso Scoppola (CEDH, 17 de septiembre de 2009, *Scoppola vs. Italia*, cit).

²⁴ Al respecto, cfr. la ya citada sentencia de la CEDH, 14 de abril de 2015, *Contrada vs. Italia*.

En todo caso, para quien parta de una perspectiva continental se trata de una transición que deja ver diferentes puntos de crisis del modelo tradicional, e iguales desafíos para la ciencia penal, y para la “democracia penal” misma.

1. La atribución al *judicial law-making* (Derecho jurisprudencial) del rango de “fuente” antes que de mero “formante”, obliga sobre todo a la “ciencia penal” a afrontar una nueva dimensión del *nullum crimen* en una perspectiva *prescriptiva* y no meramente *descriptiva*, proporcionando el “formante jurisprudencial” -precisamente como lo reclama la jurisprudencia de Estrasburgo- criterios garantistas que sepan contener los empujones deformantes e iliberales²⁵; lo que es una tarea sumamente compleja en un sistema –y en un ordenamiento judicial– como el italiano, donde no se asigna ninguna obligatoriedad al precedente, ni siquiera en el caso en que haya dado un pronunciamiento por parte de la Casación en Sesiones Conjuntas, con la consiguiente volatilidad de la “legalidad jurisprudencial”²⁶.

El punto de crisis es claro, así como lo es el cortocircuito al que se exponen los ordenamientos continentales frente a la progresiva *commonlaw*-ización del sistema penal²⁷: la legalidad convencional que va forjando una nueva dimensión del *nullum crimen* a nivel doméstico se confía también –y sobre todo- al Derecho denominado “de los jueces”, pero –una vez dislocada la garantía del concepto de previsibilidad- no establece con claridad qué grado de consolidación sea el necesario para reconocerle una “base legal” convencionalmente aceptable (de acuerdo al Art. 7 y también, como parece, al Art. 6 CEDH).

En la Sentencia *Contrada vs. Italia* –con toda la precariedad de una referencia “*constrained by the facts of the case*” (“restringida a los hechos del caso”)– se ha indicado que la intervención de las Sesiones Conjuntas es un estadio de consolidación mínimo para que el Derecho jurisprudencial pueda decirse que es “*accessible*” (“accesible”) y “*foreseeable*” (“previsible”); pero en el ordenamiento italiano un fallo de Casación puede ser desatendido, por lo que tiene una eficacia (eminentemente) persuasiva pero no (formalmente) obligatoria, por lo

²⁵ Es el objetivo que se planteó D. PULITANÒ, Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza, en RIDDP, 2015, pp. 29 y ss., considerando precisamente al ‘formante’ jurisprudencial como un posible deformador de la legalidad, e proponiendo reconocer a las partes el derecho de contrastar, con una adecuada motivación y derecho a respuesta motivada, la autoridad o plausibilidad sustancial de aplicar precedentes jurisprudenciales más o menos. Hay esfuerzos muy importantes también al respecto en las posturas de M. DONINI, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, en *Id.*, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, pp. 63 y ss.

²⁶ V. Al respecto A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit.

²⁷ Cfr., también sobre esto M. BIGNAMI, *Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo*, cit., p. 5.

que cada juez común puede disentir, motivándolo, de la interpretación propuesta incluso por parte de las Sesiones Conjuntas de la Corte Suprema.

Más allá de la ausencia de la regla del *stare decisis*, hay que señalar que el problema se ve agudizado por un contexto estructural en el que -como es evidente- la hipertrofia en las tipificaciones permite al “juez-fuente”, en hipótesis, librarse de la propia energía “nomotética” partiendo de los innumerables *starting points* (puntos de partida) punitivos –frecuentemente bastante artificiales- diseminados en los más variados ámbitos del tráfico jurídico-social, con características sistemáticas ubicadas a una distancia sideral respecto al “espíritu del *common law*”, y del “*common sense*” (“sentido común”) al que alude la jurisprudencia de la CEDH²⁸.

2. En todo caso, hay dos modificaciones “de sistema” al respecto que merecen ser discutidas.

En cuanto al ordenamiento, la atribución de un carácter obligatorio a las decisiones (de las Sesiones Conjuntas) de Casación parece una modificación funcional a la estabilización del Derecho jurisprudencial, y por ende a la certeza del Derecho, además de ser funcional a un reequilibrio interno del poder judicial²⁹.

Sobre el aspecto individual-garantista de la legalidad, la introducción del mecanismo de *prospective overruling* (probable rechazo) en el ordenamiento italiano respecto a conductas precedentemente excluidas del tipo incriminatorio –más allá de la solución “parche” ofrecida por la potenciación del error inevitable de derecho (Art. 5 c.p.)³⁰- parece en este momento una decisión obligada para controlar las contaminaciones del sistema con ulteriores “trasplantes” de un mecanismo prestado del *common law*;³¹ y este “freno de emergencia” tendrá que ser activable siempre que el cambio jurisprudencial –y su resultado *in malam partem* – no haya sido, precisamente, “previsible”.

²⁸ V. Por ejemplo, la clara remisión al “*common sense*” (“sentido común”) que se manifestó en estas célebres sentencias sobre violencia conyugal: CEDH, *S.W. vs. Reino Unido* y *C.R. vs. Reino Unido*.

²⁹ Cfr. A. GARAPON, *Del giudicare*, cit., p. 144: “Se suele decir que el juez tiene más poder en un sistema fundado en la regla del precedente que en uno en el que esté condicionado por la ley; quizá se olvida que solo un puñado de altos magistrados de la Corte de Apelaciones de Londres, o de las Cortes Supremas en el sistema americano (que nunca son más e diez), puede permitirse contradecir un precedente, mientras que los jueces continentales no están condicionados, al menos en teoría, a los pronunciamientos de casación”.

³⁰ Solución que, como es sabido, fue patrocinada en la conocida Sentencia de la Corte Constitucional número 364 de 1988.

³¹ Análogamente, por ejemplo, J. SILVA SANCHEZ, *Sullo stato della legalità penale*, cit., p. 189.

3. Pero el escenario, como se ha visto, demuestra también la consolidación de un nuevo (o ulterior) aspecto de crisis de la legalidad, confrontando –además de al aspecto individual/garantista- a la misma instancia democrática subyacente al *nullum crimen*; y es aquí donde más parpadean todas las “llamas constituyentes” de la transición que está teniendo lugar, y sus respectivas sombras.

En otros términos, surge aquí toda el peso político de la revolución *in progress* (en progreso), respecto a la que ningún mecanismo de estabilización del precedente –o de perfeccionamiento de la función nomofiláctica confiada a la Casación³²– parece estar en grado de contrarrestar esa nueva “autoridad para-legislativa” reconocida a la *judge-made law* (ley hecha por jueces /Derecho jurisprudencial), ni de reequilibrar un contexto donde ya el juez comparte esos deberes de garantía –y de tutela de los derechos individuales- que antes fueron confiados a la ley y al principio democrático.

Es pues desde esta perspectiva que se percibe el mayor reto para la ciencia del Derecho constitucional y para la misma ciencia penal; la que, por lo demás, ya no puede pretender tener un rol de racionalización confiando en el monopolio de su construcción por medio del marco “dogmáticamente orientado”, y confiando en su aplicación por parte de jueces-partidarios.

³² Una función que hoy es simplemente... impensable, frente al excesivo número de recursos que anualmente se presentan ante la Suprema Corte Italiana (aproximadamente 80.000, solo en el área penal); sobre este tema, cfr. actualmente G. ROMEO, *Allegria di naufragi: dove va la Corte di Cassazione?*, en www.penalecontemporaneo.it, 12 de octubre de 2015; al respecto, v. también G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, en *Casazione penale*, 2005, pp. 1722 y ss.