La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la *regla iuris*[*]

Francesco Palazzo

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Florencia

Revista Penal, n.º 25.— Enero 2010

RESUMEN: *Se analiza la crisis contemporánea de la ley y del Principio de Legalidad, destacando que no todos los contenidos de la legalidad penal padecen dichos efectos negativos. El Principio de Irretroactividad de la ley penal se encuentra a salvo de cualquier crisis por ser irrenunciable. También están a salvo aspectos sustanciales de los principios de reserva de ley y de determinación. En síntesis, el principio de legalidad no muere pero si se transforma, exigiendo al jurista un nuevo empeño»*

PALABRAS CLAVE: *Principio de Legalidad. Ley Penal. Principio de Irretroactividad. Principio de determinación.*

ABSTRACT: *Si analizza la crisi contemporanea de la legge del «Principio Legale», mettendo in rilievo il fatto che non tutti gli aspetti della legalità penale soffrono questi effetti negativi. Il «Principio Irretroattivo» de la legge penale si è salvaguardata per il suo aspetto di inalienabilità. Inoltre vengono tutelati gli aspetti sostanziali dei «principi di riserva di legge» e di determinazione. Riassumendo, il principio legale no si annulla, bensì subisce una trasformazione, esigendo all'avvocato un nuovo impegno.*

KEY WORDS: *Principio di legalità. Legge penale. Principio di irretroattività. principio di determinatezza*

SUMARIO: *1. Crisis de la ley, crisis de legalidad. 2. Contenidos de la legalidad penal. 3. Legalidad penal y crisis de la Ley. 4. La determinación de las normas de la parte general y de las previsiones sancionadoras. 5. Las sentencias de ilegitimidad constitucional por indeterminación. 6. Las sentencias de infundamentación de las cuestiones de indeterminación y significado lingüístico. 7. Continuación: indeterminación e interpretaciones correctivas de la Corte Constitucional. 8. El significado interpretativo en el «derecho vivo» de los jueces y en las interpretaciones correctivas de la Corte Constitucional. 9. Determinación y concepto de la regla iuris: el ordenamiento de las Cortes europeas.*

1. Es casi un lugar común, el de la crisis de la ley. De aquí se llega, a la tan obvia como agobiante realidad, respecto a la crisis de la legalidad, naturalmente también en el área del Derecho Penal. Entonces se elevan altas y difusas manifestaciones, para que el Derecho Penal no pierda su orientación al principio fundamental y constitutivo de su propia manera de ser: el *principio de legalidad,* que viene por lo tanto propuesto nuevamente como baluarte de civilismo en los enfrentamientos tanto del legislador como del juez, quienes formulan ciertas pretensiones destinadas, desafortunadamente, a ser regularmente incumplidas sin que se aprecien señales de una vuelta del triunfo de la ley[1].

Bien, asumiendo *el ahimé* (dolor y compasión) como un hecho de la crisis de la ley, queremos en cambio buscar la

* Traducción realizada por Irene Melero Sánchez (Universidad de Salamanca) y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva).

manera de decir como las repercusiones negativas en la legalidad penal, que son claramente indudables, pero no son así de automáticas, integrales y negativas como parecen. Así pues, querríamos exhortar, una vez más, a que el empeño por el «relanzamiento» —digámoslo así— de la legalidad no se resuelva con una contemplación imposible de un mundo jurídico que no existe más, pero que garantiza sin embargo el rescate de las irrenunciables exigencias sujetas a la legalidad en la realidad actual.

Crisis de la Ley, por tanto. Es casi inmensa, y sus raíces están tan notoriamente multiplicadas y tan profundas, como para revelarse como crisis estructural. Se puede quizás llegar a la hipótesis, en primer lugar, de que la crisis de la ley encuentra una de sus causas en el plano filosófico, en el sentido de que esa sea incluso una de las tantas formas de manifestación de la crisis más generalizada del pensamiento occidental[2]. La Ley, como expresión normativa de aquel voluntarismo imperante, con el que el hombre occidental ha afirmado la propia subjetividad plegándose a la realidad en una relación —indirecta luego de la ciencia y de la técnica— en la cual los «entes» están todos pensados en función del hombre y de su exigencia de seguridad dominante. Desde el mismo momento en el que este pensamiento del Occidente ordenante y racionalizador, muestra su incapacidad de ver en conjunto toda la inagotable y desorientada riqueza del ser, reducida sin embargo al ente como el definido y pensado por el sujeto, entonces el nihilismo imperante arrolla también a la bondad intrínseca de la Ley de la memoria socrática[3].

Pero dejando de lado estas influencias de estampa filosófica, sin duda está en segundo lugar la raíz político-institucional de la crisis de la Ley. Lejos está de ser aquí compendiada de forma apresurada, de un lado, en la crisis atravesada por la representación parlamentaria y del principio mayoritario (los dos pilares de la democracia), incapaces ya de asegurar a la Ley contenidos normativos siempre y necesariamente lo suficientemente «buenos» para atribuirlos a aquella majestuosidad de la cual se ha alimentado el *Principio de legalidad*[4]. De otra parte, y consecuentemente, el control de constitucionalidad de las leyes ha acercado a la legalidad tradicional una prepotente legalidad constitucional, que ha alterado profundamente los equilibrios de poder institucional sobre los que se fundaba el *nullum crimen nulla poena sine lege*[5].

En fin, sobre el plano que llamaremos técnico-hermenéutico sobre el cual la ley vive su única y verdadera vida normativa, los progresos de los estudios de hermenéutica jurídica han valorado el contexto aplicable respecto del texto legislativo, demostrando cuanto menos como el *Principio de Legalidad* es algo de mucha más complejidad que el ciego guardián de la omnipotencia del legislador, asumiendo ello, el bien más cauteloso, encargado de poner en equilibrio el texto y el contexto, o bien —en términos político constitucionales— Ley y juez[6].

2. Como enseñan, casi todos los manuales italianos y extranjeros, el contenido del *Principio de Legalidad* en materia penal es triple, así como diversas son las exigencias sostenidas a aquellos tres sub principios. Reserva de ley, determinación e irretroactividad son las tres notas articuladoras del unitario principio de legalidad: cada una de ellas, revela un diferente grado de adaptabilidad y de resistencia al choque de las mutaciones históricas[7]. En otros términos, se podría decir que, mientras alguno de aquellos sub principios tenga una vocación, al menos tendente a la universalidad, otros presentan un más que sobresaliente

1 *Cfr. M. DONINI, Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tradifferenziazione e sussidiarietà (El rostro actual del ilícito penal. La democracia penal entre la diferenciación y la subsidiariedad)*, Milán 2004, p. 145 ss.; G FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale, in Il diritto penale tra legge e giudice* (*La legalidad penal dentro de los equilibrios del sistema político-institucional,* en *El derecho penal entre la Ley y el juez),* Padova 2002, p.3 ss. F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi, in Studi in ricordo di G.D. Pisapia*, (*El juez y la ley penal. Valor y crisis de la legalidad, hoy, en Estudios en recuerdo de* G.D. Pisapia), I, Milán 2000, p. 63 ss; INSOLERA (a cargo de), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale* (*Reserva de ley y democracia penal: el papel de la ciencia pena),* Bolonia 2005, p. 11 ss.; F. PALAZZO, *Il diritto penale incerto ed efficace* (*El Sistema de las fuentes y legalidad penal), en Cass. Pen.,* 2001, p. 1193 ss.

2 U. GALIMBERTI, *Il tramonto dell'Occidente nella lettura di Heidegger e Jaspers* (*El ocaso de Occidente en la lectura de Heidegger e Jaspers),* Milán 2005, referencia a varios puntos a lo largo del libro.

3 N. IRTI, *Nichilismo giuridico (Nihilismo jurídico),* Roma-Bari 2005, p. 5 ss.

4 S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità* (*Consideraciones sobre el principio democrático y el principio de legalidad), en Dir. Pubbl.,* 2005, p. 467 ss.

5 P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità* (*Mitología jurídica de la modernidad),* Milán 2001, p. 43 SS.

6 G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale (Hermenéutica y aplicación judicial del derecho penal), in Riv. it. dir. proc. pen.,* 2001, p. 353 ss.; F. PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico* (*Reglas y práctica de la interpretación penalista en el actual momento histórico),* en *Dir. priv.*, 2001-2002, *L'interpretazione e il giurista* (*La interpretación y el jurista),* p. 507 ss.; V. VILLA, *Un approccio pragmaticamente orientato alla inter— pretazione giuridica* (*Acercamiento pragmáticamente orientado a la interpretación jurídica),* en *Quest. Giust.*, 2005, p. 934 ss.

7 G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege,* en *Dig. disCo pen.,* VII, Turín 1994, p. 278 ss.; F. PALAZZO, *Ancora sulla legalità in materia penale, Quaderno, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari (Aún sobre la legalidad en materia penal, Cuaderno,* Asociación para los estudios y las investigaciones parlamentarias), 5, Turín 1995, p. 59 ss.

relativismo historico[8]. De hecho, la reserva de la ley parece ser el principio más condicionado históricamente en cuanto presupone, en primer lugar, la existencia de una pluralidad de fuentes del derecho entre las cuales se impone la exigencia de una jerarquía, de una selección y de una concentración, que evidentemente, no tendrían sentido alguno en un ordenamiento en el cual el poder normativo estuviera, en cambio, concentrado en la única fuente y en un único órgano. En segundo lugar, justo porque se selecciona la elección entre fuentes diferentes, la reserva de ley presupone que son practicables los criterios de elección para la individualización de las fuentes «mejores»; mientras, donde esta jerarquía cualitativa entre las fuentes no sea instaurable, o sea en cualquier caso rebatida por los hechos, el sentido profundo de la reserva viene disminuido, e históricamente relativizado su valor político-jurídico de principio fundamental de Derecho penal.

En el extremo opuesto de la Ley penal se encuentra el principio de irretroactividad (la Ley penal es obviamente desfavorable). Lo que parece de hecho, decantarse por una serie de inmutabilidad y de reconocimiento general en tiempos y en lugares diferentes, que lo hacen un principio tendencialmente universal: y de ello es prueba indirecta y exterior pero no insignificante, el hecho de que muchos enunciados constitucionales están basados sobre la prohibición de la retroactividad de la Ley penal, y es casi la demostración verbal que ello constituye el marco del *principio de legalidad*. Efectivamente, en otras ramas del derecho, la disciplina *ex post* de las consecuencias de determinados hechos o actos pasados, en cuanto se refiere solamente a su sucesiva realización, son apreciables la necesidad o el mérito de su disciplina jurídica, que es del todo plausible. El derecho civil o el administrativo, precisamente porque dan forma y eficacia jurídica a las relaciones interpersonales y a situaciones de hecho, que a la vista de la realización de los intereses de los sujetos agentes, bien pueden intervenir *ex post facto*, al menos de manera excepcional o residual. En el derecho penal, en cambio, la norma penal se pone siempre y necesariamente en relación directa con el sujeto agente y con su capacidad de actuar. El interés de la sociedad por la tutela de los bienes jurídicos, el interés del sujeto por el ejercicio de la propia libertad de autodeterminación coinciden en esto, en la necesidad, de que la norma pueda condicionar la elección de la acción del sujeto, de aquellas elecciones potencialmente ofensivas para los bienes jurídicos. Pero en verdad, en la realidad de las decisiones concretas de las acciones de los hombres, no siempre actúan ponderando todas las consecuencias de sus propias acciones, pero esta desconsideración de la propia elección de las acciones es un límite suyo, más o menos voluntario. Lo que importa es que los individuos puedan actuar sobre la base de una valoración previa de las consecuencias, y por tanto, que el ordenamiento —de una parte— garantice las condiciones para estas valoraciones previas. El principio de irretroactividad, mejor visto, garantiza dos veces al individuo por delante del ordenamiento: la primera, preparándolo en condiciones de actuar con libertad de autodeterminación, la segunda, porque evita que el poder punitivo ceda ante la tentación de utilizar la aplicación retroactiva de la ley penal, para golpear legalmente los propios enemigos a través de la incriminación instrumental.

La determinación se ubica, por así decirlo, a mitad de camino entre el relativismo tendencial de la reserva y el carácter universal de la irretroactividad. El Principio de determinación comparte con la reserva de ley, la aspiración y el fundamento democrático, en la medida en la que concurre tener concentrada en la Ley, la producción de la *regula iuris* y en la medida —históricamente relativa y mutable— en la que la ley sea expresión de la voluntad democrática y por el contrario el juez sea privado de legitimación democrática. Con el principio de irretroactividad, por otra parte, la determinación comparte la garantía de la libertad de autodeterminación del individuo, en la medida en la que logre hacer previsibles las consecuencias penales del propio comportamiento sobre la base de las disposiciones legislativas existentes. Es más, se podría incluso decir que la determinación devuelve de algún modo efectivo aquella garantía que confiada a la sola irretroactividad, podría revelarse más aparente que real. Pero respecto a la irretroactividad de la determinación, presenta —por así decirlo— algún punto de fuerza más y un punto de debilidad bastante grande.

Bajo la primera perspectiva, los puntos de fuerza del principio de determinación, consisten en la multiplicidad de las razones que lo fundamentan. La determinación, de hecho, no sólo garantiza —junto con la irretroactividad— la libertad de autodeterminación del individuo, pero concurre, en modo decisivo, a asegurar la función de prevención general, tanto negativa como positiva, de la norma penal: es evidente, de hecho, que solo los preceptos dotados de una cierta claridad expresiva pueden lograr respecto a los destinatarios la manera de llegar a «persuadirlos» con la intimidación o con la educación para no tener comportamientos antisociales. Además, se repite, no sin exactitud, aunque quizá a veces de manera algo esquemática, que la determinación de la previsión legal es una condición porque son mejores garantías tanto la igualdad de trato, como el derecho de defensa. Por fin, no se ha olvidado que la determinación —bajo el particular punto de vista de la tipicidad del ilícito penal—, concurre a definir la fisonomía propia de esta última relación a las otras especies de ilícito, asegurándose en particular, el fundamental carácter «fragmentario». Está ya asumido que la fragmentarización es una exigencia garantista primaria del sistema penal, puesto que en su ausencia, las exigencias de tutela expresadas poderosamente desde la realidad de los casos concretos, comprimirían con fuerza (y naturalmente) al juez, a dilatar hasta el final sin limitación el espectro aplicable a las incriminaciones. Con la consecuente y correspondiente reduc-

8 V. similmente, M.L. RASSAT (De igual modo, M.L. RASSAT), *Droit pénal général,* Paris 1999, p. 117.

ción de los espacios de libertad de los ciudadanos y sobre todo, con la consecuente frustración de aquel equilibrio de los intereses contrapuestos expresados por el legislador en el «tipo» criminal encarnado en el supuesto determinado[9].

Bajo la segunda y fundamental perspectiva, la determinación muestra su punto débil en el hecho de que ésta concierne ya no solo la pura pre-existencia de la disposición legal (como la irretroactividad), sino al previo conocimiento de la norma en el caso concreto; y esto último es el resultado de dos futuras variantes influyentes: Está rápida reseña permite hasta el momento, tomar la doble dimensión de la determinación, sobre la que deberemos volver sucesivamente. Se puede hablar de hecho de una determinación «en abstracto» y de una determinación en «concreto». Con la primera la atención se centra solo en la norma como fórmula en el texto legal, mientras que con la segunda, lo que se incita a considerar son los éxitos interpretativos de la disposición legal. Es indudable ahora que los resultados interpretativos dependen de la formulación textual; pero es igualmente indudable que, si la determinación pretende garantizar la libertad de autodeterminación del sujeto, esto puede ocurrir solo asumiendo el parámetro de referencia para la decisión justa de los éxitos interpretativos, esto es, la (previsible) *regula iuris* obtenida por el juez y aplicada al caso concreto, puesto que es la que produce aquellas consecuencias jurídicas sobre las cuales se orienta la decisión del agente.

3. Después de todo lo anteriormente dicho, volvamos ahora a la crisis de la Ley y a la consecuente crisis de legalidad, aclarando enseguida que no todos los contenidos de la legalidad penal padecen los mismos efectos de la crisis de la Ley. Fuera de discusión está, ante todo, la irrenunciabilidad, es más la intangibilidad, del principio de irretroactividad: su carácter de cualquier manera universal lo pone prácticamente al amparo del relativismo inducido por la crisis de la Ley y de las fuentes. En relación a la reserva de Ley, se asiste a un fenómeno singular y complejo. Indudablemente, por las razones ya dichas, la reserva es el principio mayoritariamente expuesto a las consecuencias del proceso de desvalorización de la Ley, como ha quedado claro[11]. Justo la experiencia italiana de la última legislatura ha mostrado como la reserva de Ley tiene todavía a pesar de todo, un importante papel garantista que desarrollar. Frente al riesgo de una dictadura de la mayoría política inclinada a perturbar la coherencia, la racionalidad y la justicia del sistema penal, solo la publicidad de las sedes parlamentarias impuesta por la reserva de Ley ha podido garantizar la contención de las averías que de otro modo habrían podido llegar a producir una voluntad política enorme. Indudablemente, la experiencia apenas pasada nos revela un cierto movimiento del eje garantista de la reserva, que en efecto, parece inclinarse más hacía los remedios de la publicidad y de la impugnabilidad de la ley que ha de anteponerse por la Corte Constitucional, antes que sobre la idoneidad del órgano parlamentario para asegurar contenidos normativos coherentes con los caracteres del sistema penal y dotados de aquella «sustancial» base de legitimación democrática, que sólo una amplia y constructiva dialéctica entre todas las fuerzas políticas puede garantizar. Pero esto no es la confirmación de un cierto relativismo en la reserva de Ley, la cual, precisamente, exhibe una fisonomía garantista tan cambiante como sensible a los condicionamientos derivados de la orden socio-política aún antes que constitucionales de los órganos de producción jurídica.

En cuanto al principio de determinación, el discurso es más complejo, con la coherencia del resto, con la duplicidad de su valor garantista que en efecto por un lado se fija, tratando de evitar que la base democrática de la *regula iuris* no se pierda en el momento de la aplicación; y por otro lado se fija en el cálculo de las consecuencias jurídicas, tratando de evitar que la labor interpretativa del juez se apodere de carencias algo insólitas. Ahora bien, es fácil comprender que la crisis de la Ley ha manifestado sus consecuencias, sobre todo sobre la primera vertiente de la determinación, mientras que por otro lado, la determinación ha podido, por así decirlo, tomar ventaja sobre la común vocación universal que este principio comparte con el de irretroactividad. De otra parte, la irrupción de los estudios sobre la hermenéutica en general y sobre la jurídica en particular ha hecho que también la segunda clase de determinación, aquella en clave de garantía de libertad de autodeterminación, padeciera un cambio de acento. Como veremos dentro de poco, el eje del principio de determinación ha ido desplazándose de la formulación del texto legal (en abstracto) a la individualización por parte del juez de la *regula iuris* para el caso concreto. Invocada esta vía, la perspectiva puede posteriormente partirse en dos.

La exigencia garantista de mantener por tanto un control de racionalidad y sensatez sobre la actividad interpretati-

9 Sobre el principio de tipicidad, v. G. VASSALLI, *Tipicità (diritto penale) (Tipicidad —derecho penal—)* en Enc. dir., XLIV, Milán 1992, p. 535 ss. p. 278 ss.

10 Nos permitimos reenviarlo, también por las indicaciones bibliográficas a F. PALAZZO, *Regole e prassi* (*Reglas y práctica),* cit., p. 544 ss.; ID., *Testo, contesto e sistema nell'interpreta— zione penalistica, in Studi in onore di G. Marinucci, a cura di E. Dolcini e c.E. Paliero* (*Texto, contexto y sistema en la interpretación penalística*, en *Estudios en honor a G. Marinucci,* a cargo de E. Dolcini y C.E. Palibero), I, Milán 2006, p. 515 ss.

11 E. DOLCINI, *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: principi-cardine dell'ordinamento o polverose reminiscenze del pas— sato?, in G. Cocco (a cura di), Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale* (*El carácter general y abstracto de la ley y de la reserva de ley en materia penal:¿principios-base del ordenamiento o empolvadas reminiscencias del pasado?* En G. Cocco (a cargo de), *Interpretación y precedente judicial en derecho penal,) Padova* 2005, p. 61 ss.

va del juez, puede de hecho ser perseguida sobre el plano objetivo de la institución jurídica, de su funcionamiento y de los modelos conductuales a proponer —de una manera más o menos inderogable— al magistrado en el desarrollo de su labor[12]. O bien sobre el plano subjetivo del destinatario particular de la regla individualizada del magistrado, en el sentido de que el parámetro de la racionalidad y sensatez de la actividad interpretativa, es justamente el cálculo de la *regula iuris* desde su destinatario. Está claro que la primera perspectiva se pone en relación estructuralmente con respecto a la segunda. Así como está claro que la garantía que va a través de la institución judicial, puede ser el resultado o de una actitud cultural espontánea del poder judicial o de una disciplina normativa de la organización judicial, orientada por tanto a incidir limitadamente sobre la libertad de ejercicio de la función. En cualquier caso, se trataría de instrumentos —el uno o el otro— muy apartados del resultado final y por lo tanto de eficiencia bastante incierta. De todos modos, ciertamente, no garantizan por sí mismos la justiciabilidad —por así decirlo— de la reclamación del individuo frente a un determinado y concreto resultado interpretativo impredecible. De manera distinta, la perspectiva mediante la cual la determinación es empujada a ser sinónimo del cálculo subjetivo de la decisión se abre —como veremos-, a la posibilidad extrema de una concreción de la garantía adaptada a las características de la situación y del sujeto histórico, *hic et nunc,* y que es susceptible de ser asistida por los recursos jurisdiccionales que puedan ser ejercidos contra aquellas soluciones interpretativas que se sustraen del cálculo por parte del sujeto.

4. ¿Cómo no sentirse sorprendido ante el reducido número de sentencias constitucionales —y no sólo en Italia[13]—, que declaran la ilegitimidad de la norma impugnada por violación del principio de determinación? Y el estupor aumenta si tenemos en cuenta, de un lado, el carácter claramente fundamental de la legalidad penal en general y del sub-principio de determinación en particular y, del otro lado, la ya difusa tendencia de una producción legislativa afectada por todos los peores defectos en la técnica de redacción. Sin embargo, evidentemente, no pueden no existir razones serias en la base de este acentuado *self restraint* de la Corte Constitucional.

Empecemos diciendo que quizás un cierto *self restraint* puede encontrar una razón más o menos evidente y consciente, justo en una característica congénita del principio de determinación. La «suficiente» determinación o indeterminación de una norma es un atributo, una cualificación, un juicio de fondo, que tiene un carácter eminentemente cuantitativo: todas las normas, en cuanto expresión de sentido tienen un margen de indeterminación. Así como, al contrario, todas las normas incluso las peores formuladas, tienen un margen de determinación, al menos que no sean expresiones de pura fantasía o de locura. Ahora bien la «indeterminación de la determinación» puede explicar la indecisión de la Corte a la hora de declarar la inconstitucionalidad; sobre la base de un parámetro que muy a menudo puede prestarse a la oponibilidad de los resultados. A todo esto va unido el hecho de que esta oponibilidad inherente a un criterio de control de la Ley que no respeta su contenido, sino su forma de expresión: sin duda, una condición esencial para la garantía es el cumplimiento de múltiples funciones, pero incluso siempre es un dato extrínseco sobre el cual es comprensible una cierta dificultad u oposición a participar en un enfrentamiento argumental cerrado.

En segundo lugar, es evidente que del universo normativo penal, las normas de la parte general y aquellas del sistema sancionador, tienden a escapar del control de la determinación. Las primeras tienen un intrínseco y amplio ámbito: es más, quizás se puede decir que la existencia de una parte general paga necesariamente el descuento de una tasa suya de determinación relativamente baja. De otra parte, a la tendente carencia de descriptividad propia de las normas de la parte general señalada respecto de aquellas sobre presupuestos de responsabilidad, que suele ir acompañada de la implicación condicionante de grandes y huidizos principios (la culpabilidad, el choque entre naturalismo y normativismo, etc.), que sólo en la elaboración doctrinal pueden encontrar formas expresivas adecuadas a su riqueza y complejidad. Como consecuencia, es más, una excesiva rigidez definitoria de la parte general que puede comportar más daños que ventajas, esterilizando la capacidad reguladora del principio, en una determinación legal que termina por ser demasiado distante de las exigencias reales de las instituciones de la parte general[14]. Si acaso, al hilo de lo expuesto, se pueden señalar las reformas «literarias» más o menos extemporáneas, de la parte general (desde aquellas de 1974 y de 1990 a la recientísima del 2005) que han introducido muy a menudo factores de indeterminación nada indiferentes, en cuanto que han establecido una disciplina más detallada. De esta forma la indeterminación consecuente es el fruto de la complejidad de una disciplina en la cual el despliegue de la capacidad

12 Per questa alternativa, v. C. LUZZATI, La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea (Por esta alternativa, v. C. LUZZATI, *La política de la legalidad. El papel del jurista en la edad contemporánea),* Boloña 2005, p. 79 ss.

13 v., per una comparazione con la Germania, E.R. BELFIORE, Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca (V., por la comparación con Alemania, E.R. BELFIORE, *juez de las leyes y derecho penal. La diferente contribución de las Cortes constitucionales italianas y alemanas),* Milán 2005, p. 136 ss., p. 169 ss., p. 304 ss.

14 Sobre el problema de la definición de derecho penal, *v. Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale (El problema de las definiciones legales en el derecho penal)*, Studi coordinati da (estudios cordinados por) A. Cadoppi, Padova 1996, p. 175 ss. en particular.

reguladora del principio —tal vez obra prevalente de la doctrina—, se ve obstaculizada por la superposición y la intersección de reglas derogatorias y especiales. Es realmente difícil imaginar sobre la materia, una intervención derogatoria de la Corte Constitucional por indeterminación, excepto la hipótesis extrema por la cual el legislador fragmentando y derogando la disciplina, no hubiera terminado por crear situaciones de irracionalidad manifiesta.

Como a la norma y a las instituciones sancionadoras, una cierta indeterminación de presupuestos y contenidos es, en un cierto sentido, congénita en la medida en la cual ésta se revela funcional a la persecución de la finalidad reeducativa de la pena. La dignidad constitucional de tal objetivo (artículo 27.3, de la Constitución Italiana) legitima un juicio de balance con la determinación, y a continuación del cual esta última salga, por así decirlo, perdedora. En este punto al contrario, son fijadas las penas para ser cargadas por un aura de inconstitucionalidad que se disuelve solo en virtud de la existencia de atenuantes genéricas. Con este marco de fondo, en el cual, por tanto, la determinación legal de la pena no parece tener mucho espacio, se ha de reconocer, sin embargo, una doble toma de posición de la Corte Constitucional, que se revela, por el contrario, de máximo interés para los fines del discurso sobre la determinación que estamos por retomar.

Ahora bien, por un lado, la Corte ha afirmado que la elasticidad —constitucionalmente obediente— de la pena no puede ser —por prohibición igualmente constitucional— sin límites. En esencia, el límite de la pena máxima y mínima que viene dado por la norma penal, como sanción del delito, no puede ser así apartada hasta llegar a no «corresponder» la categoría extrema con alguna de las hipótesis imaginarias de concreción del delito (sentencia 15 de junio de 1992, nº 299). En esencia, el alejamiento extremo del límite de la pena máxima y mínima que viene dado por la norma penal, como sanción del delito, es la señal de una indeterminación previa del contenido descriptivo del supuesto, que no estando por lo tanto en grado de pronunciar un contenido homogéneo del desvalor, tiene por así decirlo la necesidad del límite de la pena máxima y mínima que viene dado por la norma penal, como sanción del delito, indeterminado. O bien, poniendo como previsión sancionadora —aunque numéricamente determinada— no correspondiente al contenido real de la devaluación del supuesto (este era el caso en la sentencia 299/1992), por consiguiente (por falta de correspondencia) «la atribución al juez de un poder de determinación —de la pena— desvinculado de los efectivos criterios normativos de cuantificación» y por tanto, la violación del principio de legalidad de la pena, bajo el perfil de su indeterminación (que quizá podríamos decir que es sustancial).

Por otro lado, la Corte ha tenido ocasión de sostener que las penas fijadas, a partir de los presupuestos encargados de salvar las atenuantes genéricas, pueden encontrar la razón de su propia legitimidad en el hecho —indudablemente raro— de que por la naturaleza del ilícito, se dá la medida de la sanción, y la pena fijada aparece «proporcional» a la gama interna de los comportamientos reconducibles al título específico del delito (Sentencia de 14 de abril de 1980, nº 50). Lo que en realidad viene a significar que dada la configuración del supuesto, no viene dado en cambio, el poder hallar algún tipo de «hipótesis imaginativa para la concreción del delito». Podemos apreciar, por lo tanto, como el requisito de legalidad de la previsión sancionatoria no depende solo de la modalidad en si de la previsión cuantitativa, y que es sobre todo de la proporcionalidad que sea capaz de garantizar en abstracto y en concreto con la devaluación del hecho. Siendo ilegítima el límite de la pena máxima y mínima que viene dado por la norma penal, como sanción del delito, que por su excesiva apertura no consigue corresponder con una devaluación real del hecho, es igualmente ilegítima —por motivos sustancialmente homogéneos—, la pena fija salvo que esta logre excepcionalmente corresponder, a pesar de su propia rigidez, a todas las posibles manifestaciones de devaluación del hecho.

Concluyendo este tema, se puede considerar por el momento, como la cuestión de la determinación de la pena, tiende a abandonar el campo de la previsión legal, estrechamente acordada para lograr invadir el punto de la necesaria proporción (abstracta o concreta), entre la medida de la pena y el grado de devaluación del hecho: se desplaza, por tanto, del terreno de la mera precisión numérica de un apercibimiento, a un juicio de valor. Naturalmente, conviene advertir que este tipo de argumentación es diferente al que la Corte hace, operar siembre bajo la previsión sancionadora, pero para protestar contra la medida, no ya por su incapacidad de corresponder a la devaluación, si no como expresión de una apreciación de la devaluación, del hecho inconciliable con los bienes constitucionales y la jerarquía de estos. Así por ejemplo, en la sentencia sobre ultraje (sentencia nº 341 de 25 de julio de 1994) la Corte declaró la inconstitucionalidad del mínimo castigo en relación a la diferente jerarquía de los bienes constitucionales con respecto a aquella originaria de la base de la incriminación.

Una cuestión compleja es aquella que está a caballo entre la indeterminación de las previsiones sancionadoras y la indeterminación del supuesto, referidas a los aumentos de la pena establecidos por el legislador para los «casos más graves». A propósito de esto, la Corte ha dicho que «el principio de taxatividad de las penas no se infringe con el uso de la fórmula de `los casos más graves`[...], dado que tal fórmula implica por parte del juez un gobierno del poder discrecional más vinculado, donde el juez en el ámbito de la garantía representada por la fijación de los mínimos y máximos de las penas, debe por tanto tener en cuenta en la valoración de la `gravedad del delito` aquellos criterios previstos por la vía general del artículo 133 del Código Penal» (sentencia nº 169 del 8 de mayo de 1985). En síntesis, la fórmula de los «casos más graves» provoca una dilatación sobre el margen de discrecionalidad concedida al juez de las penas prefijadas, permaneciendo invariable la descripción legal del supuesto. Y por lo tanto, si esta tijera permanece —como parece muy probable dentro de unos límites en los que no se pierda la «correspondencia» con la devaluación del supuesto base ya descrito, la Corte tiene un buen juego para excluir una violación de la le-

galidad de la pena. Más difícil parecería por el contrario, sostener que la fórmula en cuestión, ocasione incluso un límite más intenso al poder discrecional del juez. Si bien no parece posible olvidar que esta homologación que hace en definitiva la Corte de la hipótesis de los <casos más graves> a las llamadas circunstancias impropias de las cuales el artículo 133 del Código Penal italiano parece descuidar la distinción fundamental existente en el sistema penal entre las circunstancias propias e impropias, y la diversidad de su respectiva disciplina y los efectos jurídicos. De esta forma la tolerancia constitucional de la indeterminación de los «casos más graves» habría debido de ser valorada en relación justamente con esta diversidad de disciplina y de efectos jurídicos.

5. Una vez considerado todo lo anterior, es el momento de centrar la atención sobre el verdadero corazón del problema, que no es otro que la determinación del supuesto incriminatorio[15]. Decir inmediatamente al respecto que, no sólo es —como ya se ha señalado— una fortísima desproporción cuantitativa, entre las poquísimas sentencias de aceptación y las muchas de rechazo, pero también la significación de las primeras, parece ser un poco paradójicamente menor de aquellas sentencias no fundamentadas, fruto de una reconstrucción de la inspiración que sigue de fondo la Corte, sobre la determinación de la Ley penal. En otros términos, las sentencias de aceptación parecen prestarse menos a delimitar líneas de tendencia relativamente homogéneas y definidas, visto que considerando el carácter extremo del supuesto examinado.

Dejemos de un lado el hecho —el cual no sabremos decir lo determinante que será— que la primera sentencia de aceptación concierne en verdad no ya a un supuesto incriminatorio, sino también a una hipótesis de peligrosidad criminal a los fines de la aplicación de la medida de prevenciones *ante delictum,* respecto de la formulación original del artículo 1, n.3, ley de 27 de diciembre de 1956, n, 1423 (sentencia número 177 de 16 de diciembre de 1980). Es más, nos parece muy significativo una cierta analogía reconocible en los objetos de la declaración de inconstitucionalidad de esta sentencia y de la famosísima, sobre el plagio (Sentencia número 96 de 8 de junio de 1981). Y visto así, ambas cuestiones tenían como objeto, supuestos consistentes en un dato exclusivamente psíquico, «la proclividad a delinquir» y el «total estado de sugestión» (de naturaleza precisamente psicológica), sin que la ley proporcione el más mínimo elemento de hecho descriptivo que induzca a aquellos estados psíquicos. Una indeterminación cuya causa primera deriva de la naturaleza interna y psíquica del supuesto, acentuada además, por la proclividad a delinquir, por la generalidad de la peligrosidad criminal, sobre los que en efecto, la ley se refería sin delimitación alguna a determinadas tipologías criminales; *nel plagio, poi*, (en el plagio o plagiando o plagiado), la indeterminación de la situación psíquica extralimitándose incluso a la imposibilidad de su verificación empírica. En conclusión, la homogeneidad de las dos cuestiones, está en el hecho de que ambas disposiciones, han renunciado a explicar el supuesto a través de hechos objetivos y exteriores, agotándose por el contrario todas con respecto a la indicación de los estados o situaciones psíquicas como tales «incomprensibles» para la constatación judicial sobre todo en el plano puramente conceptual. Aquí radica precisamente el carácter, por así decirlo, «extremo» de las dos cuestiones y por lo tanto también de las dos sentencias.

Habría que esperar tres lustros para tener una nueva sentencia de aceptación: la sentencia número 34 de 6 de febrero de 1996 que de hecho, declaró inconstitucional el artículo 7.1 bis, de la Ley número 29 de 28 de febrero de 1990, en la parte en la que castigaba al extranjero destinatario de un procedimiento de expulsión «que no tratara de obtener de la autoridad diplomática o consular competente, la expedición del documento necesario para el viaje». Se trata aquí de un caso extremo, es más, mucho más extremo que aquellos afrontados en las dos sentencias precedentes, visto y considerando que aquí estábamos en presencia inclusive de un delito, sin ninguna clase de indicación legislativa de la conducta (omisiva). En efecto, es noción de manual que la conducta omisiva, implica estructural y lógicamente, la necesaria individualización de la acción obligatoria omitida y que dentro del término final, exista la obligación de actuar. Si bien el artículo 7.1 bis, de la Ley 39/1990, no preveía ni lo uno ni lo otro, dejando por tanto, un verdadero vacío normativo más que una indeterminación de la previsión legal.

Complejo y muy particular es el hecho concluyente de la cuarta y última sentencia de aceptación que vamos a examinar (Sentencia número 35 de 28 de enero de 1991). Tratando de sintetizar al máximo, recordemos que la cuestión se refiere al delito de fraude fiscal (artículo 4.1, n.7, de la Ley de 7 de agosto de 1982 n. 516) y más concretamente el requisito que fuera modificado «en gran medida» el resultado de la declaración falsa. Una primera sentencia interpretativa de rechazo (15 de mayo de 1989, n. 247), de la que nos ocuparemos a continuación, había salvado la norma sosteniendo que la modificación «en gran medi-

15 Cfr. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano* (*La 'promesa no mantenida'. Papel y prospectiva del principio de determinación/taxatividad en el sistema penal italiano)*, Napoles 2001, p. 33 ss. Por nuestra parte, hemos tenido ya la ocasión de ocuparnos en su momento de la «efectividad» del principio de determinación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale (Orientaciones doctrinales y efectividad jurisprudencial del principio de determinación-taxatividad en materia penal,* in AM. STILE (a cargo de), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoles 1991, p. 25 ss.,al que nos permitimos hacer especial referencia por la jurisprudencia menos reciente.

da» no hiciera, en realidad, parte del supuesto criminal, lo que constituiría una condición de punibilidad suficiente: la Corte dijo que el contenido ofensivo del hecho se agotaba en la devaluación de la conducta y del suceso. Para poder mover el «centro de gravedad» del contenido ofensivo a «excluir» la alteración hecha en gran medida, la Corte entiende que debe enriquecer las notas que constituyen la conducta, que no se agotaría por lo tanto con la mera simulación de los componentes negativos y/o el disimulo de los imponentes positivos, pero que implicaría además llegar al extremo de los artificios de engaño. Ahora bien, frente a la resistencia de la Corte de Casación a hacer suya tal interpretación, la sentencia n. 35/1991 en que la Corte Constitucional declara la ilegalidad de la norma «en la parte en la cual no prevé la simulación de los componentes negativos, y que, el disimulo de los componentes positivos debe concretarse mediante formas artificiosas». Como se ve, ninguna de las dos sentencias afronta expresamente la cuestión de la indeterminación del elemento cuantitativo modificado «en gran medida», aunque la primera parece de alguna manera darla por presupuesta. La segunda sentencia, por su parte, desplaza completamente el eje de la atención sobre la conducta, aunque sin embargo no sea posible imputar su vicio de inconstitucionalidad a su propia e intrínseca indeterminación.

En conclusión, la sentencia de 1991, que si bien de aceptación tiene bien poco, o más bien nada, es todo lo que puede decirse sobre el pensamiento de la Corte a propósito de los criterios de valoración de la determinación de la ley penal.

La Sentencia n. 35/1991 nos da la ocasión de abrir un pequeñísimo paréntesis sobre el delicado y verdadero problema de la indeterminación de los elementos cuantitativos, obviamente no expresados de manera numérica. Como decíamos, por desgracia —dada la estructura argumentativa de las dos sentencias y en particular de la n. 247/1989— no se entiende y sobre todo por qué es indeterminado el elemento de la alteración en gran medida. Sin respuesta permanece, aunque más recientemente han sido puestas de manifiesto cuestiones similares, por ejemplo sobre los delitos de falsas comunicaciones sociales y de *insider Trading,* cuya subsistencia y subordinación dependen respectivamente de la alteración «de manera sensible» de la representación de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad, o bien de la «sensible alteración» del precio de los instrumentos financieros. En realidad, las sentencias dictadas (respectivamente, del 26 de mayo de 2004, n. 161 y del 14 de diciembre de 2004, n. 382) declaran inadmisibles las cuestiones sin entrar en el fondo del asunto. Se puede sostener por otra parte, que el elemento cuantitativo no es necesariamente indeterminado por el solo hecho de no ser expresado numéricamente, pudiéndolo y —sobre todo— siendo expresada adecuadamente la cuantificación numérica, el contenido ofensivo del delito (como por ejemplo podría ser el caso de las cantidades de impuestos eludidos). Esto que parece por el contrario resuelto, es la oportunidad suficiente para que el juez pueda valerse de criterios o parámetros, expresados directamente en la ley o extraíbles por la vía interpretativa, idóneas para permitir la cuantificación en relación con las características del hecho concreto.

6. Si las pocas sentencias de admisión, a causa de las peculiaridades de las disposiciones impugnadas, no parecen estar en grado de expresar criterios uniformes y consolidados para la valoración de la determinación de las normas penales, en cambio la gran masa de las sentencias de inadmisión parecen presentar significativas líneas de evolución del pensamiento de los argumentos de la Corte. Ciertamente cualquier pretensión de generalizar este pensamiento tiene un margen de arbitrariedad e incluso puede decirse que está forzado, pero no obstante es posible la extrapolación de una serie de criterios de juicio que tienden no solo a consolidarse si no, que también a soportar significativamente las evoluciones que pueda sufrir a lo largo del tiempo.

Digamos inmediatamente que los argumentos de la Corte parecen posicionarse a lo largo de dos directrices fundamentales. De un lado, y sobre todo desde hace ya algunos años, la Corte habrá de afrontar el problema de la indeterminación, sobre el plano que podemos definir como esencialmente lingüístico, en el sentido en el que el grado de precisión del supuesto legal, viene valorado asumiendo como punto y parámetro de referencia, la expresión lingüística de la disposición legislativa en si, más que sus posibles significados normativos, los cuales llegan por la labor interpretativa de los jueces. De otro lado, ya recientemente, el juicio de determinación cambia significativamente su objetivo de fondo, puesto que esto viene a desplazarse del plano del dato textual, a aquel de la interpretación y de sus resultados cognoscitivos. La mutación de la perspectiva es el gran momento, puesto que —como veremos dentro de poco— empujar al juicio de determinación hasta alcanzar los éxitos interpretativos de la norma, significa asumir postulados metodológico-hermenéuticos muy laboriosos y por ello aceptar las consecuencias sistemático-institucionales no tradicionales. Pero sería bueno proceder ordenadamente.

Dentro de la primera perspectiva, y respecto aquella del carácter esencialmente lingüístico sobre la determinación del supuesto penal, es prestamista del significado lingüístico común de las palabras utilizadas por el legislador. Anticipando que el legislador penal no está obligado a la utilización de un lenguaje técnico, lo cual seria presumiblemente dotarlo de una mayor precisión, el lenguaje común asegura suficientemente una «comunicación» más inmediata entre el legislador y los ciudadanos, sin perder nada de comprensión. Por otro lado, visto y considerando que las expresiones del lenguaje común tienen siempre algún significado lingüístico, siendo si acaso variable en el grado de especificación de la clase de los objetos denotados, de lo que se deduce que con este parámetro de determinación raramente se podrá prevenir la comprobación de la ilegalidad de la disposición. También en el empeño argumental de la Corte, que utiliza tal parámetro que se resuelve principalmente, con la obvia comprobación que

las expresiones lingüísticas de la ley, tienen un significado común que derivan de los usos lingüísticos, siendo por lo tanto, sustancialmente deducible el éxito del juicio en el sentido de la infundamentación de la cuestión.

Prototipo de las sentencias que hacen suyo el argumento lingüístico en aquellas materias «obscenas» (sentencia de 10 de diciembre de 1970, n.191): «Cuando la Ley penal prevé la tutela penal de los bienes inmateriales (como el decoro, el honor, la reputación, el prestigio, la decencia y otros), el recurso de conocimientos propios del lenguaje y de la inteligencia común es inevitable, ni se ha pensado, hasta el momento, en lamentarse a lo que respecta a las violaciones del principio de legalidad». «En lo que se refiere, en particular, a la defensa del pudor, el reenvío a la moral, a las buenas costumbres, y nominativamente al «sentido común» (artículo 529 del Código Penal italiano) es legítimo, tratándose de conceptos difusos y generalmente incluidos, si bien no son susceptibles de una definición categórica». Sucesivamente, esta línea argumental ha sido seguida por muchas otras sentencias sin que, para decir la verdad, haya sido nunca abandonada– y sobre todo— el notable perfeccionamiento sucesivo adquirido por los argumentos de la Corte en materia de determinación de la Ley penal.

7. Dentro del segundo y más reciente *trend* jurisprudencial es posible efectuar una sucesiva distinción. Hemos dicho que desde esta perspectiva, la Corte valora la determinación de las disposiciones sobre el plano interpretativo, esto es de los significados normativos que la expresión lingüística está en grado de asumir después de la labor interpretativa. Pero las cosas son muy diferentes según si la Corte se limita a valorar la «susceptibilidad» de la disposición para ser interpretada a través de la utilización de los criterios hermenéuticos disponibles, o bien si se desplaza a valorar el resultado interpretativo alcanzado o alcanzable las olas verificadoras para la suficiente determinación. Se podría hablar en el primer caso de «determinabilidad» o «interpretabilidad» de la disposición, esto es de su idoneidad potencial para adquirir determinación, permaneciendo la actividad del intérprete en los límites institucionales de la inevitable integración entre texto e interpretación. En el segundo caso, por el contrario, se podría hablar de «determinación» o «resultado interpretativo» de la disposición, esto es de una actual y efectiva determinación alcanzada después de la actividad hermenéutica: es de este resultado interpretativo del que la Corte juzga el grado de determinación.

Tanto en uno como en el otro caso, el postulado metodológico en el cual implícitamente se mueve la Corte, es que el significado interpretativo del cual se extrae la determinación de la norma, no se puede obtener si no es a través de la mediación hermenéutica. Con la diferencia de que, en el primer caso, el juicio de determinación se podría casi decir que es hipotético (y abstracto) y que se resuelve poniendo en confrontación expresiones lingüísticas, criterios e instrumentos interpretativos para inferir y pronosticar la posibilidad de un éxito interpretativo, suficientemente determinado. En el segundo caso, el juicio de determinación se podría decir que es real (y concreto) y asume como propio el objeto de un determinado resultado interpretativo.

Las sentencias que se colocan dentro del primer sector, estas son las de la «interpretabilidad», son indudablemente muy significativas por la implícita toma de posición metodológica que —como decíamos—, hace de la determinación una cuestión no ya puramente lingüístico-semántica sino más bien de una relación entre el texto y la interpretación. Sin embargo, la base subyacente de este sector jurisprudencial, es difícil de probar por la Corte sobre un fuerte *self restraint*. De hecho, por una parte la Corte repetidamente y con convicción ha excluido que las dudas interpretativas del juez aquí —y quizás también más generalmente las dudas difusas entre los jueces ordinarios—, puedan excluir la «interpretabilidad» (y por tanto la determinación) de la disposición impugnada. Es más, la duda interpretativa es parte del propio proceso interpretativo de verificación y de individualización del significado normativo y por tanto es competencia exclusiva del juez ordinario —y no de la Corte— resolverlo (v., por ejemplo, la sentencia de 19 de julio de 1989, n. 472). La incontestable verdad inherente de esta forma de argumentación, no nos impide hacer notar que la duda interpretativa, no puede permanecer siempre e inevitablemente adscrita a la inactividad del juez remitente: a decir verdad se necesita verificar si este es el primer estadio de un procedimiento hermenéutico, aun no concluido pero concluyente: en esta última eventualidad esto se diría que ha de ser la unívoca espía de una indeterminación insuperable congénita de la disposición.

Por otro lado, después de este primer sector jurisprudencial que se concreta en sentencias que tienden a exhibir ciertas reseñas más o menos articuladas sobre los principales criterios interpretativos utilizables por el juez, constituye una invitación a utilizarlos adecuadamente, antes de creer indeterminada la disposición. Siendo improbable cruzarse con formulaciones legislativas radicalmente no susceptibles de ser afrontadas con aquellos criterios, por consiguiente es prácticamente imposible prevenir una declaración de inconstitucionalidad por indeterminación, como por lo demás está demostrado por la jurisprudencia la Corte existente hasta el día de hoy y constituida por pronunciamientos de rechazo.

La cuestión concernía al artículo 14.5 *ter* , del d.1gs. de 25 de julio de 1998, n. 286 (Texto único sobre inmigración, modificado por la Ley *de 30 de* julio de 2002, n. 198*)* que sanciona «el extranjero que sin justificar motivo permanece en el territorio del Estado violando la orden dada por el *questore* (jefe de policía)». Los jueces remitentes dudaban en realidad de la suficiente determinación de la fórmula «sin motivo justificado». La Corte exprime con gran claridad los criterios interpretativos, por el cual cada elemento del supuesto debe ser subordinado, antes de concluir por su indeterminación (en cuanto «no interpretable»): «la verificación del respeto al principio de determinación va conducida, no ya valorando aisladamente el singular elemento del ilícito, pero si vinculándolo con los otros elementos

constitutivos del supuesto y con la disciplina en la cual esta se inserta. La inclusión en la fórmula descriptiva del ilícito penal de expresiones sumariales de vocabulario con diversos significados, o bien —como en la variedad— de cláusulas generales o conceptos «elásticos», no implica un *vulnus* del parámetro constitucional invocado, cuando la descripción global del hecho incriminatorio permita por tanto al juez —habida respecto a la finalidad perseguida de la incriminación y al más amplio contexto dentro de una estructura y un orden en el cual se coloca— establecer el significado de tal elemento, mediante una operación interpretativa que no sea exorbitante con respecto a la misión ordinaria que le ha sido encomendada: cuando aquella descripción permita expresar un juicio en el que se corresponda el supuesto concreto con el supuesto abstracto, sustentado por un fundamento hermenéutico controlable; y que correlativamente permita al destinatario de la norma tener una percepción suficientemente clara e inmediata del relativo valor normativo. Individualizados, por tanto, en general dentro de la finalidad de la incriminación y dentro del cuadro normativo en el cual esta se inserta en los criterios interpretativos adecuados para verificar la «interpretabilidad» de la disposición, la Corte procede después de esta misma a que el complejo trabajo hermenéutico que permite, no obstante, a todas las apariencias, dar un significado determinado al elemento denegado.

Un número bastante elevado de sentencias utilizan, entre los criterios interpretativos idóneos para conferirle determinación a los elementos que están aparentemente incompletos, incluso la observancia al bien jurídico tutelado y aún todavía más, a la específica devaluación del supuesto. La posibilidad de que se desarrolle una operación interpretativa que sobre este terreno sumamente estimado, permita conferir un completo y definido sentido ofensivo, que en este caso es considerado como una condición absolutamente adecuada para asegurar suficientemente la determinación. Así, por ejemplo, el agravamiento de la pena en los supuestos militares, de violencia ejercida contra un subordinado (artículo 195.2 c.p.m.p.) no viola el principio de determinación, a no ser que no sea descriptivamente localizada la situación agravada, en cuanto que «en la disposición está claramente localizado —implícitamente por si sola— la devaluación que se ha de considerar para el fin del agravamiento de la pena», que se identifica dentro de la violación de las reglas del servicio y de la disciplina (sentencia de 13 de mayo de 1991, n. 203). A nosotros nos parece que este pasaje anterior argumentado por la Corte sea verdaderamente fundamental y decisivo. En efecto, los criterios interpretativos teleológicos y sistemáticos se constituyen realmente por los medios, por los instrumentos interpretativos, por la individualización del contenido ofensivo del supuesto que es más bien el resultado. Si este resultado es interpretativamente alcanzable, el supuesto bien puede considerarse suficientemente determinado, puesto que su función es precisamente no ya aquella de aislar un área geométricamente definida de comportamientos ilícitos, sino el aportar a una expresión un criterio volutivo practicable y definido que permita al juez cualificar como penalmente relevantes a todos, y no otros comportamientos dotados de un homogéneo contenido de desvalor

En este grupo de sentencias, se separa aquella particularmente significativa —la cual ya hemos mostrado— sobre el fraude fiscal (sentencia n. 247/1989). Aquí la Corte va al rescate de la disposición impugnada, sobre la cual —como se recordará— había sido criticada la indeterminación con respecto al elemento de la «alteración en gran medida», justo reconstruyendo en vía interpretativa, el contenido de desvalor del supuesto, prescindiendo del elemento rechazado, con la consecuencia, por lo tanto de que la imprecisión semántica de este último, no está en condiciones de invalidar la legitimidad de la disposición. La Corte antepone antes de nada la necesidad de servirse de los cánones interpretativos que permitan valorar la determinación del supuesto en su propio complejo y en relación al sistema normativo en el que está integrada, sin aislar los elementos singulares del supuesto. Después de que la Corte enunciara esta fundamental afirmación, por la cual «el principio de determinación es violado, no tanto en el momento en el cual se le deja un amplio margen a la discrecionalidad del intérprete [...], sino más bien cuando el legislador, de forma consciente, o no, se abstiene de proceder a la elección relativa al todo o a gran parte del tipo de la devalorización de un ilícito, dejándole tal elección al juez, que se convierte en libre para `elegir` los conceptos típicos». Sobre la base de tal premisa y después de un preciso trabajo interpretativo del supuesto, la Corte concluye en el sentido de que «el legislador a través de la norma aquí discutida tiene [...], claramente llevada a cabo la elección del tipo del desvalor innata a la hipótesis en examen»: el contenido ofensivo del hecho «resulta, de hecho, que ya ha sido típicamente individualizado a través del desvalor de la conducta y del suceso (por quién lo ha configurado) prescindiendo de la alteración `en gran medida` de la declaración».

8. Una vez consolidada la orientación de la Corte, según la cual la determinación de un supuesto «ha de ser entendida como «su interpretabilidad», lo que significa que cualquier posibilidad de llegar a través de los cánones ordinarios hermenéuticos —y en particular de aquel teleológico y sistemático— a la individualización de la devaluación «típica» del supuesto, hace que se abra la vía del paso siguiente. Es, de hecho, del todo natural que el juicio sobre la «interpretabilidad» de las disposiciones no permanezca, por así decirlo, como suspendidas en el vacío, sin desplazarse a la verificación del resultado interpretativo, lo que da lugar a la actividad hermenéutica conducida hasta la singular disposición: la mejor confirmación de la «interpretabilidad» de una disposición es justamente aquella que puede constatar un resultado, un resultado interpretativo que la propia disposición haya realmente exhibido. En definitiva no se trata tanto de recordar y recomendar los criterios interpretativos, pero si de verificar la verosimilitud de un cierto resultado interpretativo constituyente del significado de la disposición. Muy a menudo la Corte niega la cuestión porque sostiene que la disposición indeterminada o no, que lo sea bajo el perfil estrictamente

lingüístico, haya podido adquirir un sentido consolidado dentro de la jurisprudencia (véase entre las más recientes, la sentencia de 28 de junio de 2002, n. 295 sobre el tema de la revelación de noticias llamadas «reservadas», de lo que se ocupa el artículo 262 del Código Penal italiano). Metodológicamente dificultosa, esta postura deja a la sombra el principio de determinación al que se refiere el legislador. Está claro, que tal principio está hecho a salvo de la existencia de un significado jurisprudencial consolidado, su fundamento y su rol no son aquellos que concentran cuanto más posible en el poder legislativo la producción de la *regula iuris*, limitando correlativamente al mínimo insuprimible la contribución del juez. Pero entonces, si no es hacía el equilibrio entre el legislativo y el judicial, ¿el tema concierne el principio de determinación? Quizás aquí emerge la exigencia de la «cognoscibilidad» de la norma, de la «previsibilidad» de las consecuencias jurídicas por parte de los destinatarios de la norma. Sobre este punto se hará necesario volver en breve.

La segunda posibilidad, utilizada con más frecuencia por parte de la Corte, es que sea la misma Corte, la que proceda a una verdadera y propia reinterpretación del supuesto denegado, de tal manera que se le confiera a este la suficiente determinación. Así por ejemplo, con la orden de 14 de febrero de 2001, n. 39 la Corte ha sostenido que el artículo 173 c.p.m.p. no contrasta con el principio de determinación porque «el delito no se sustenta en la desobediencia a una orden, cualquiera que sea su proveniencia de un superior jerárquico, en cuanto que solo la desobediencia a una orden funcional e instrumental de las exigencias al servicio o de la disciplina, por lo tanto no excedería los deberes de la organización, integra los extremos del modelo legal sobre el cual el artículo 173 c.p.m.p trata» (otros ejemplos similares se pueden encontrar en las sentencias de 11 de julio de 2000, n. 263; 12 de enero de 1995, n. 31; 24 de enero de 1974, n. 20; 14 de febrero de 1973, n. 15). Si se quiere, se puede hablar en tales casos de interpretaciones adecuadas. Pero debe quedar aún más claro que no siempre se trata de una labor hermenéutica de la Corte, para conferir a la norma significados imperativos, cuyos contenidos sean conformes a los parámetros y a los valores constitucionales, sino que más bien contengan una operación directa para demostrar al juez *a quo* que la disposición impugnada es susceptible de interpretación —cuanto menos, se diría de aquella propuesta de la Corte— con el fin de eludir la censura de la determinación. A decir verdad, la diferencia no está exenta de relevancia bajo el perfil de los poderes de la Corte y de sus relaciones con la jurisdicción ordinaria: de hecho bien visto, en el caso de la cuestión de la determinación, rigurosamente podría ser declarada infundada con cualquier punto de vista del contenido de la interpretación prevista —¿propuesta?— por la Corte a condición de que sea capaz de demostrar la «interpretabilidad» de la disposición. En sustancia, mientras en la interpretación llamada correcta la Corte «introduce» en la norma aquellos valores constitucionales de los que la Corte es depositaria, en las cuestiones de indeterminación, la Corte opera como un juez ordinario cuando provee a la disposición de un contenido interpretativo, que el juez *a quo* no ha sido capaz de individualizar.

Naturalmente no faltan en la operación hermenéutica reconducida desde la Corte, para conferir de significado interpretativo, a la disposición impugnada y acompañada también de la utilización de parámetros de contenido constitucional, los cuales son capaces de condicionar el contenido del resultado interpretativo. Así por ejemplo, cuando la Corte toma ciertos supuestos de delitos de opinión, mientras proporciona una interpretación capaz de dar un sentido al supuesto solo aparentemente indeterminado, se ocupa también de armonizarla con el derecho a la libre manifestación del pensamiento (véase por ejemplo, la sentencia, n. 20/1974 con la cual la Corte afirma la determinación del delito de ultraje del cual se ocupa el artículo 290 del Código Penal italiano). Pero la presencia de estos casos es debido solamente a la casual «interferencia» existente entre el supuesto sospechoso por estar indeterminado y los específicos parámetros y valores constitucionales, por lo tanto no mueve mínimamente el relieve que da entrada a esta orientación seguida por la Corte.

Hemos llegado en este punto a una articulación verdaderamente importante. Puesto que la (suficiente) determinación de una disposición legal coincide en definitiva con la existencia de un contenido interpretativo a ella conferido por la jurisdicción ordinaria (el «derecho vivo») o bien por la misma Corte Constitucional, en el que se perfilan dos interrogantes. Por un lado, ¿Cuál es el contenido interpretativo capaz de conferir determinación? ¿Cualquier significado interpretativo es idóneo para asegurar la determinación? Por otro lado, una vez visto y considerado que la determinación no ha sido acordada, evidentemente, como garantía del catálogo (tendencialmente) monopolista del legislador en la individualización de la *regula iuris* ¿Qué es lo que contempla la determinación? Los dos interrogantes están obviamente conectados y evocan al espejismo de la cognoscibilidad de la norma penal desde el punto de vista del destinatario como objetivo del principio de determinación y al mismo tiempo como criterio para medir la determinación del contenido interpretativo.

9. Huellas de este enlace funcional entre determinación y cognoscibilidad de la norma, se encuentran en la muy notoria sentencia de la Corte sobre el artículo 5 del Código Penal italiano (sentencia del 24 de marzo de 1988), y después también de forma episódica en ciertas manifestaciones relativas a cuestiones de determinación: aunque se tenga la impresión que en este segundo caso el reclamo a la cognoscibilidad del precepto constituye poco más que una fórmula de estilo o de un argumento cambiante, más que un verdadero criterio para la confirmación de la determinación de la norma impugnada. «Los principios de la Corte Constitucional han sentado la base para la declaración de inconstitucionalidad del artículo 5 del Código Penal italiano, [...] refiriéndose también a la formulación misma de las normas penales y contribuyen a definir el principio de determinación del que se ocupa el artículo 25.2 de la Cons-

titución italiana, en base a cuales deben ser los requisitos mínimos reconocibles e ininteligibles del precepto penal que deben subsistir —representados también los requisitos mínimos de racionalidad de la acción legislativa— a falta de los cuales la libertad y la seguridad jurídica de los ciudadanos se verían afectadas» (sentencia de 13 de abril de 1992, n. 185; v. y también la orden de 24 de abril de 2003, n. 134). Sin embargo, es la propia sentencia n. 364/1988, la que perfila una posible línea de desarrollo de las relaciones entre determinación y cognoscibilidad, que sustancialmente dista de la jurisprudencia de nuestra Corte, por el contrario es privilegiada por parte de las dos Cortes europeas, de Estrasburgo y de Luxemburgo. Lo que queremos decir es que la cognoscibilidad de la norma puede ser invocada, además de como una posibilidad abstracta, también como un juicio para realizar específicamente, en relación con el sentido interpretativo atribuido a la norma en aquel proceso, que lo sean a las características peculiares, objetivas y subjetivas del hecho el cual se negocia *hic et nunc*. Está claro que desde esta segunda perspectiva, el problema de la determinación de una norma tiende a convertirse —mediante el trámite del criterio de la cognoscibilidad de la interpretación judicial— o por la prohibición de la retroactividad de la ley penal[16], o también por la culpabilidad del sujeto agente[17]. En cualquier caso, la (suficiente) determinación deja de ser (solamente) un atributo de la expresión legislativa y por lo tanto, una condición de validez de la disposición *erga omnes*. Si por el contrario se abre la vía a una tutela algo más penetrante en cuanto sea capaz de analizar el concreto significado interpretativo atribuido a la ley por el juez, menos extensa y estable e incapaz de eliminar del sistema de una vez por todas, la disposición legislativa de cuya aplicación nos lamentamos. El sentido mismo de la «garantía» de la legalidad-determinación se ha modificado radicalmente a favor del componente «universalista» y «personalista», en detrimento de aquella «político-constitucional»: en conclusión, no esta más en juego la primacía de la «ley» y del principio democrático que a ella le subyace, más bien la libertad de autodeterminación del individuo se antepone a un «derecho» que se realiza esencialmente en el *dictum* del juez.

La Corte de Estrasburgo ha tenido la ocasión de desarrollar una jurisprudencia según la cual el principio de legalidad de los delitos y de las penas, establecido en el artículo 7 de la Convención de Defensa de los Derechos del Hombre[18], que se refiere al «derecho de origen tanto legislativa como jurisprudencialmente y, que implica las condiciones cualitativas entre las cuales encontramos aquellas de la accesibilidad y de la previsibilidad» de la norma. En cuanto a la previsibilidad que es lo que específicamente nos interesa, la Corte ha considerado que «en lo que una disposición esté claramente redactada, es inevitable que siempre quede alguna parte a la interpretación de los tribunales. Será por tanto necesario aclarar los puntos oscuros y adaptar la formulación textual en función de la evolución de las circunstancias» (*Affaire E*.K c. *Turquie*, arret du 7 février 2002). Sobre la base de estas premisas, otra recientísima sentencia de la Corte de Estrasburgo ha precisado que, el principio de legalidad implica que «una infracción debe ser claramente definida por la ley» y que «esta condición se producirá en el momento en el que aquel que ha de ser juzgado puede conocer, a partir de la formulación textual de la disposición pertinente y donde lo necesite, con la ayuda de la interpretación de esta última por parte de los tribunales, cuyas acciones u omisiones hipotecan su responsabilidad penal» *(Affaire* KA. et A.D. c. *Belgique*, arret du 17 février 2005; affaire Veeber c. Estonie, arret du 21 janvier 2003). La «razonable previsibilidad» de las decisiones interpretativas de los tribunales es valorada sobre la base «de las circunstancias del caso concreto». De forma más precisa, aunque sintética, pero bien dilucidada de la aplicación hecha, se ha dicho que «la importancia de la noción de previsibilidad depende en gran medida del contenido del texto del que e trate, del área de la materia que esta cubra, así como del numero y de la calidad de sus destinatarios» (*Affaire* KA. et A.D. c. *Belgique*, cit.: donde parece alcanzar, no solo el reclamo al uso de de los criterios interpretativos fundamentales, como también la evocación por parte de nuestra Corte Constitucional, pero sobre todo la referencia a los destinatarios del precepto que acerca el juicio a la culpabilidad. También la Corte de Luxemburgo, que en materia de derechos fundamentales, ha tomado

16 Cfr. M. VOGLIOTII, *Penser l'impensable: le principe de la non-rétroactivité du* jugement *pénal* in malam partem. in Rev. *de la Faculté de droit* de l'ULB, 2002, p. 59 ss.

17 L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive (La introducción en el sistema dek error escusable del derecho: significados y prospectivas)*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1988, p. 1313 ss., con especial atención sobre la relación entre determinación y excusabilidad del error sobre el precepto.

18 *V. Esaurientemente* (completamente), A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge* (art. 7) (*ninguna pena sin ley*), en S. BARTOLE, B. CONFORTI y G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Comentario a la Convención europea por la tutela de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales)*, Padova 2001, p. 249 ss.; M. DE SALVIA, *Principali orientamenti giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritto penale (Principales orientaciones jurisprudenciales de la Corte europea de los derechos del hombre en materia de derecho penal) , in Riv. interno dir. Uomo*, 2000, p. 46 ss. Desde la prespectiva de la Unión Europea, v. A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti (El principio de legalidad de los delitos y de las penas de la Carta europea de los derechos)*, en *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 673 ss

prestada en innumerables ocasiones, jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, ha hecho sustancialmente suya la organización que recordamos (Corte *Giusto,* —imparcial— de 28 de junio de 2005, c. *riunite* C-189/02 P y otros *Dansk Rorindustri NS* y otros c. *Commissione)* con lo que se llega a la conclusión de que no ha existido una violación de la legalidad sobre la base de una precisa reconstrucción del hecho concreto que lleva a excluir la existencia de la «buena fe» del recurrente.

Una vez llevado el discurso al plano de la previsibilidad de la concreta opción judicial, no solo se desliza sobre la culpabilidad, se plantea además el delicado y ulterior problema de cómo conciliar la exigencia de la previsibilidad con la necesaria evolución de la jurisprudencia: son admisibles los cambios en la jurisprudencia sin que ésta caiga en la violación del principio de legalidad y en la prohibición de la retroactividad. Indudablemente las mutaciones de la jurisprudencia traen consigo ser también «razonablemente» previsibles cuando estos son requeridos por las evidentes mutaciones sociales que, como tal, no podrán permanecer desconocidas para los destinatarios de la norma. Pero mientras tanto indudablemente, una vez abierta la vía al posible atajo a las mutables exigencias sociales, se presenta el riesgo concreto de la aplicación, utilizando la analogía del supuesto incriminatorio. Es aquí donde la Corte de Estrasburgo introduce un límite interesante o vínculo interpretativo para el juez, sin evocar la problemática distinción entre interpretación extensa y la aplicación mediante la utilización de la analogía. «El artículo 7 de la Convención no prohíbe la clarificación gradual de la regla de la responsabilidad penal mediante la interpretación jurídica de un asunto con otro, con la condición de que el resultado interpretativo sea coherente con la esencia de la infracción» (además de ser razonablemente previsible) *(Affaire Radio France et autres c. France, du 30 mars 2004)*. La «esencia de la infracción» es, por tanto un criterio —obviamente— altamente valorado y de difícil individualización, del cual en su último análisis va a depender de la determinación del supuesto: el resultado interpretativo es de hecho razonablemente previsible y por lo tanto la norma está suficientemente determinada en cuanto se puede reconducir a la «esencia de la incriminación>. Si no se pudiese individualizar la <esencia de la incriminación «, la disposición sería originaria e irremediablemente viciada por la indeterminación.

En este punto, se podría quizás tener la impresión de que existe una gran distancia entre las Cortes europeas y nuestra Corte Constitucional, en cuanto a la perspectiva mediante la cual se afronta y propone el problema de la determinación de las normas penales. Indudablemente existe una gran brecha por un lado, respecto al origen —que nunca se ha logrado hacer desaparecer por completo— de la orientación de nuestra Corte, concentrada sobre el plano lingüístico-semántico del supuesto y por otro lado, respecto al criterio enteramente sustancial-valorativo de la «esencia de la incriminación». Es de esta forma como las perspectivas no son coincidentes, incluso haciendo depender la determinación del resultado interpretativo atribuido —o atribuible— a la disposición rechazada, si ponen la una la de nuestra Corte sobre el plano de la cognoscibilidad abstracta y la otra, la de las Cortes europeas sobre el plano de la «razonable previsibilidad» valorada con el criterio de las circunstancias concretas del caso, para así interferir con la culpabilidad. Lo que siempre ha ocurrido es el hecho de que la Corte de Estrasburgo está siempre llamada a juzgar sobre la compatibilidad de los efectos de la interpretación del juez nacional con respecto a la Convención. Pero establecida las acciones de estos, parece que aún ha de ser revisable la existencia de un fuerte y fundamental punto de contacto dentro de la diferente jurisprudencia de las Cortes.

En verdad, «la sustancia de la incriminación» parece estar muy próxima a aquel «tipo de desvalor de un hecho ilícito», de lo que habla particularmente la sentencia tantas veces recordada, la n. 247/1989 sobre el fraude fiscal. En definitiva, la determinación de un supuesto subsiste hasta cuando el legislador haya estado en grado de exprimir a través de este, un contenido de devaluación homogéneo o «típico», para así permitir al juez desarrollar su labor que no se puede eliminar, labor de concreción del supuesto abstracto sobre el hecho histórico a lo largo de las complejas y densas modulaciones de la «esencia del ilícito», más que dentro de las imposibles y poco fiables geometrías lingüísticas.

La legalidad no muere pero si se transforma, requiriéndole al jurista un nuevo empeño.