

**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL:  
POSIBLE CONCILIACIÓN A TRAVÉS DE LA HERMENÉUTICA.**

**1. Acerca de la "ley"**

Suárez analizaba la etimología de *ius* y sus distintas acepciones, para optar finalmente por el siguiente significado: "Según el último y más estricto significado de derecho (*ius*), suele darse con toda propiedad ese nombre a cierto poder o facultad moral que cada uno tiene sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe. En este sentido decimos que el dueño de una cosa tiene derecho sobre ella, y que el trabajador tiene derecho al salario [...]".<sup>1</sup> Respecto a la comparación con el significado de ley se remite a San Isidoro, según el cual derecho y ley se relacionan entre sí como el género y la especie, siendo el derecho el género y la ley la especie, porque el derecho consta de leyes y costumbres mientras que la ley consiste en una disposición escrita. Sin embargo, concluye, "el uso ha conseguido que se llame ley, con toda propiedad, tanto a la escrita como a la no escrita, y así el derecho en cuanto adquiere significación de ley, se identifica con ésta y se consideran sinónimos".<sup>2</sup> Como vemos coincide mucho más con la acepción actual del término derecho, tanto en el sentido de derecho subjetivo, como en el sentido de derecho objetivo.

En cambio, Hobbes distinguía netamente entre *lex* y *ius* en el sentido de que la primera (*Law*) es obligación y el segundo (*Right*) es libertad, la libertad que nos deja la Ley (*Civil Law*). Esta última es Obligación, y nos toma la libertad que nos ha dado el derecho natural.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> SUÁREZ, F., *De legibus*, Corpus Hispanorum de Pace, Edición crítica bilingüe por L. Pereña, Volúmenes I, III y IV, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1971. Corpus Hispanorum de Pace, I ii, 5, p. 24.

<sup>2</sup> Ibídem, I ii, 7, p. 28.

<sup>3</sup> HOBBS, T., *Leviathan*, C.B. Macpherson (ed.), Londres: Penguin Books, 1968, Part II, Chap. 26, p. 334.

Zagrebelsky recuerda también Antígona, de Sófocles, como la transfiguración artístico-filosófica del conflicto entre dos concepciones opuestas del *nómos*: “la ley no escrita que hunde sus raíces en un pasado remoto, cuyos orígenes son indescifrables, y la ley escrita, ‘el arma de la ley’, impuesta por quien detenta el poder de la *polis*. *Agraphos nómos* y *ghegramménos nómos*, una forma de representar la doble cara de la ley [...]”.<sup>4</sup> Es decir: las leyes que invoca Antígona y que son las fundadas en la tradición no escrita y tienen sus raíces en las costumbres de los seres humanos, y las leyes escritas, expresión de la voluntad del legislador.<sup>5</sup> Como observa Zagrebelsky su invocación debía sonar -en la Atenas del siglo V antes de Cristo- como una advertencia contra el orgullo de la ley, que había olvidado las razones del derecho, una advertencia dirigida contra la *hybris* de la deliberación de la asamblea popular.<sup>6</sup>

Zagrebelsky traslada sus reflexiones de la Atenas del siglo V antes de Cristo al siglo pasado, cuando caen los regímenes totalitarios que, amparados en sus propias leyes, cometieron los crímenes más atroces. Y observa: “El tema de la justicia en el derecho estaba destinado a desplazarse nuevamente, del justo legislador a la ley justa; de quien hace la ley a lo que la ley contiene. Y la Constitución es el instrumento de este desplazamiento”.<sup>7</sup>

También Ferrajoli reivindica la dimensión sustantiva del derecho frente a la formalidad estricta del positivismo jurídico. Si bien el derecho es “puesto” por los

---

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 2008, p. 63.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 67. Según la interpretación de Zagrebelsky, la lección que se quería dar a los ciudadanos de Atenas era que la *ley* de Creonte y el *derecho* de Antígona son dos lados de la realidad que deben convivir: hay que considerar al derecho desde el punto de vista de la ley y a la ley desde el punto de vista del derecho. Toda la tragedia refleja la intransigencia de ambas partes. Y a lo que conduce tal intransigencia, agregaría.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 69. Es notable el empleo del término *hybris* (desmesura, impulsividad, exceso) asociándolo con el procedimiento democrático. Véase, a ese respecto, LORAUX, N., *La cité divisée. L’oubli dans la mémoire d’Athènes*, París: Payot et Rivages, 1997. Traducida al español: *La ciudad dividida. El olvido en la memoria de Atenas*, traducido por A. Vassallo, Madrid: Katz, 2008, pp. 251 y ss., donde habla del término *kratos*, con su connotación de victoria o superioridad, del que deriva *demokratia*. *Ibidem*, p. 256.

<sup>7</sup> ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 124. Por ello considera que la Constitución no se puede reducir a una “superley”.

hombres (con lo que excluiríamos el derecho natural o derivado de la moral), los hombres antes de ponerlo lo piensan, y optan por uno y otro contenido según ciertas reglas. Esas reglas, consagradas en la Constitución, constituyen, según Ferrajoli, un “derecho sobre el derecho”, como vínculos y límites a la producción jurídica. Considera que esto es una innovación en la estructura de la legalidad: “la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos”.<sup>8</sup>

Una consecuencia fundamental de esta dimensión sustancial del Estado de derecho es que la sujeción del juez a la ley no es absoluta, cualquiera fuese su significado, sino condicionada a su coherencia con la Constitución.

Y volviendo a Zagrebelsky, este autor afirma que la primera gran función que han de cumplir las constituciones contemporáneas consiste en la distinción capital entre la ley, como regla puesta por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas, independientemente de la ley. Como vemos, es otra perspectiva.<sup>9</sup>

## ***2. Las normas constitucionales como puente entre el derecho internacional y el nacional***

Como dice con una feliz metáfora Muñoz Conde, “El derecho procesal penal [...] tiene su corazón dividido entre dos amores: por un lado, el Derecho penal material, del que recibe el encargo de averiguar los delitos y castigar a los culpables; por otro lado, el Derecho constitucional, que le impone determinados límites en esa actividad investigadora y enjuiciadora, inspirados en los derechos fundamentales que la misma Constitución garantiza y reconoce”.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías, La ley del más débil*, traducido por P.A. Ibáñez y A. Greppi, Madrid: Trotta, 2004, p. 19.

<sup>9</sup> ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite: legge diritti giustizia*. Turín: Einaudi, 1992, p. 55. Existe traducción al español, *El derecho dúctil*, Madrid: Trotta, 2009.

<sup>10</sup> MUÑOZ CONDE, F., *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 51.

La descripción de la Constitución como puente entre los dos órdenes normativos en realidad es un tanto ambigua dado que parecería suponer que se encuentra en un ámbito que no pertenece ni a un orden ni al otro, cuando es evidente su pertenencia al orden nacional, pero me ha parecido un medio claro de ilustrar la función que cumple. También hubiera podido decir “filtro”, dado que depende de sus normas la trasposición o implementación del derecho internacional.

Hay dos sentidos en los que se puede considerar la Constitución como puente entre uno y otro orden jurídico. Uno, desde el punto de vista de la estructura normativa, que podríamos llamar jurídico-positivo, siguiendo a Kelsen, y otro desde el punto de vista del contenido, de la materia regulada.

Sin embargo, para Kelsen, hay un tercer sentido, el lógico jurídico, dado que la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico interno “desemboca en una ‘norma fundamental’ en la que se basa la unidad del orden jurídico en su auto-movimiento”. Para él, esa norma constituye la constitución en sentido lógico jurídico, por la que se instituye un órgano creador de derecho. En cambio, la constitución en sentido jurídico-positivo surge como grado inmediatamente inferior, en el momento en que el legislador hipotético establece normas que regulan la forma de creación de las normas sucesivas.<sup>11</sup> Esta triple distinción está condicionada a la adopción de la perspectiva monista o la dualista frente a la relación entre derecho nacional e internacional. (Para mayor claridad, nos referiremos a la Constitución en sentido lógico jurídico, como norma fundamental). Desde la primera, un derecho único, la norma fundamental sería presupuesta como fundamento del derecho internacional; este sería a su vez fundamento de los ordenamientos nacionales y la Constitución, la norma suprema de la pirámide normativa. En cambio, desde la perspectiva dualista, la norma fundamental del orden jurídico nacional no sería el derecho internacional sino una norma distinta, presupuesta, que también señalaría a la Constitución como norma suprema. Es

---

<sup>11</sup> Señala además que aquello que para el positivismo jurídico constituye la norma fundamental, para el iusnaturalismo es el contrato social, es decir, dos premisas hipotéticas, a efectos del razonamiento. KELSEN, H. *Teoría general del Estado*, traducido por L. Legaz y Lacambra, México: Editora Nacional, 1979, p.p. 325 - 331 .

decir, la Constitución es un elemento diferente de la norma fundamental, siempre presupuesta, hipotética.

Citaré algunas definiciones de Constitución, siguiendo a Zagrebelsky, que corresponden a la época moderna: “La Constitución es el estatuto nacional del Estado”;<sup>12</sup> “La Constitución es la organización de los poderes públicos”;<sup>13</sup> “La Constitución es el acto que define con una sola decisión el conjunto de la unidad política respecto a su forma especial de existencia [...]”.<sup>14</sup>

Como podemos observar a partir de estas definiciones, en general se confunde la Constitución, el documento escrito, el acta constitucional, con su contenido o bien con el poder constituyente. Por ejemplo, Pérez Luño parece llamar constitución a lo que Kelsen llama norma fundamental. En efecto, basándose en la idea de sistema y de ordenamiento jurídico dice que “todo ordenamiento jurídico posee una norma o regla fundamental que lo identifica, y que orienta y dirige la interpretación y aplicación de las normas singulares que lo integran. En nuestro ordenamiento jurídico la Constitución asume el papel de norma fundamental [...]”.<sup>15</sup>

Ferrajoli dice que “[l]o que llamamos *constitución* consiste en [...] este sistema de reglas, sustanciales y formales, que tiene por destinatarios a los titulares del poder”.<sup>16</sup> ¿Cuáles son las reglas que pertenecen al sistema al que se refiere? Las que garantizan la dimensión formal de la democracia política y las que establecen los principios y derechos fundamentales y garantizan la dimensión sustancial de la democracia, es decir, determinan qué cosa puede ser decidida o

---

<sup>12</sup> HARIOU, M., *Précis de droit constitutionnel*. París: Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 216.

<sup>13</sup> BURDEAU, G. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 60.

<sup>14</sup> SCHMITT, Carl, *Dottrina della Costituzione*. Milán: GIUFFRÈ, 1984, p. 39. (Publicado en alemán por primera vez en 1928).

<sup>15</sup> PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, 9ª ed., Madrid: Tecnos, 2007, p. 141.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, traducido por G. Pisarello, A.J. Estrada Martín y J.M. Díaz. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2000, p. 171.

debe ser decidida, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los otros principios axiológicos establecidos.<sup>17</sup>

Considerada como norma fundamental, tanto en su sentido lógico jurídico como jurídico positivo, la Constitución sería autónoma respecto al orden internacional, y el derecho internacional solo podría considerarse parte del orden nacional, y aplicable en el ámbito nacional, cuando la Constitución autorizara expresamente su incorporación. En realidad tal como están configurados los ordenamientos nacionales, resulta difícil que el derecho internacional sea aplicable sin que lo estipule expresamente la norma constitucional. La función de puente que cumple la Constitución es, por lo tanto, ineludible. En ese sentido, cumple una función no solo conectiva, como todo puente, sino incluyente-excluyente, como algunos puentes “vigilados”.

Zagrebelsky sostiene que la Constitución “construye el espacio de la *inclusión* política y social [...] y a la inversa, establece el confín más allá del cual está la *exclusión*”.<sup>18</sup> Y agrega que, mientras la Constitución establece la línea que divide la legitimidad de la ilegitimidad, la ley establece la línea que divide la legalidad de la ilegalidad. Aclara que “la constitucionalización de una nueva situación política y social comporta medidas constitucionales contra la situación precedente, sus fuerzas, su ideología, sus estructuras de poder”.<sup>19</sup> Se refiere concretamente a la parte de la Constitución italiana que “excluye”, o sea, las normas “que establecen la fractura respecto del pasado inmediato monárquico y fascista”. Merece la pena observar que no se trata solo de una fractura, de una discontinuidad, sino también de “irreversibilidad”, dado que tanto la forma republicana de gobierno como la reconstitución del partido fascista y los principios fundamentales de libertad e igualdad, etc., quedan sustraídos de la revisión constitucional. Es decir, no se puede ni siquiera modificando la constitución dar marcha atrás.<sup>20</sup> Esta irreversibilidad de las posturas adoptadas en la Constitución le confiere un fuerte grado de

---

<sup>17</sup> Ibídem, p. 170.

<sup>18</sup> ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, op. cit., p. 134.

<sup>19</sup> Ibídem, p. 136.

<sup>20</sup> Ibídem, p. 137.

permanencia, duración, supervivencia en el tiempo, que la acerca a las normas de *ius cogens*, a los principios generales del derecho internacional y, yendo un poco más atrás en la historia, al derecho de gentes.

Nos vamos acercando a una visión de la Constitución no limitada a la perspectiva estructural del orden jurídico, como constitutiva de un sistema, sino a una visión de su contenido. En la Constitución española, la vinculación entre la dimensión estructural, de organización política, y el contenido sustancial es clara en el Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”. El artículo 10 dice:

“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

En el párrafo siguiente se establece la vinculación con el derecho internacional en forma expresa, dado que las propias normas internacionales se aplicarán para interpretar las normas constitucionales:

“2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Esto supone una relación de contenido, no solo de estructura normativa, entre el derecho internacional y el nacional a través de la Constitución en el sentido de ley escrita fundamental. Es para ello necesario reconocer la importancia de que la Constitución tenga determinados contenidos y no otros, el aspecto incluyente y el aspecto excluyente mencionados por Zagrebelsky.

Si se considerara la Constitución como la norma que configura el sistema democrático de gobierno, con un contenido puramente político o formal, es decir, sin tener en cuenta su estipulación de los derechos fundamentales, la democracia prevista por ella no sería propia de un Estado de derecho, sería la de un Estado sin derecho que lo vincule.

Precisamente, la Constitución al vincular el Estado al derecho lo hace a través de normas sustantivas, no meramente formales. Los vínculos impuestos a la

mayoría a través de la estipulación en la Constitución de los derechos fundamentales son normas sustantivas.<sup>21</sup> Y en el contenido de esas normas sustanciales se encuentra el nexo entre el derecho interno y el derecho internacional. Esa coincidencia sustantiva se da en la Constitución, no en la legislación, que debe adaptarse a las normas de jerarquía superior.

Cabe observar ciertas similitudes entre las normas constitucionales y las de *ius cogens*.

La primera similitud que podemos observar tiene carácter procesal: la dificultad para su modificación. Basta tener presentes los procedimientos más complejos para modificar una Constitución y el requisito previsto en la Convención de Viena para modificar una norma de *ius cogens* (artículo 53: “[...] solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”).

Ferrajoli explica que la “rigidez” es “un rasgo estructural de la Constitución, vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa”. La rigidez forma parte de la definición de Constitución, dado que si no fuese rígida sería una ley ordinaria.<sup>22</sup> Lo mismo cabe decir de las normas de *ius cogens*, si no fuesen “rígidas”, en el sentido que hemos visto, serían normas generales del derecho internacional, no “normas imperativas”. Además, en los ordenamientos de Constitución rígida, señala Ferrajoli, en el Estado constitucional de derecho, “la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas tanto formales

---

<sup>21</sup> FERRAJOLI, L.; MORESO J.J.; ATIENZA M., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, G. Pisarello y R. García Manrique (eds.), Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 85. “Para que un sistema político sea democrático es necesario que se sustraiga constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar la posibilidad de que las minorías se conviertan a su vez en mayoría”. *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 92. En otra obra, se pregunta: “¿Qué significa de hecho la “rigidez” de las constituciones? Significa que las constituciones vienen reconocidas como normas que ordenan la legislación ordinaria, a través, por un lado, de la provisión de procedimientos especiales para su revisión y, por otro, de la institución del control de constitucionalidad de las leyes por parte de las cortes constitucionales”. FERRAJOLI, L. *El garantismo y la filosofía del derecho*, traducido por G. Pisarello, A. J. Estrada Martín y J. M. Díaz, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2000., p. 163.



como sustanciales, de derecho positivo”.<sup>23</sup> En el derecho internacional, la creación de nuevas normas mediante tratados está sujeta también a determinados requisitos que tienen carácter de *ius cogens*, y cuyo incumplimiento afecta a la validez misma de esos tratados. (Por ejemplo, en la Convención de Viena, los artículos 46 a 53, incluido, de la Parte segunda sobre nulidad de los tratados).

La segunda similitud es más complicada, pero toca más al fondo de ambas instituciones jurídicas. Partiendo de la distinción de Ferrajoli entre derechos y garantías constitucionales, cabe recordar que además de las garantías negativas, que hemos visto, concernientes a la no derogación de determinadas normas, se encuentran las denominadas garantías positivas que consisten en “la obligación que tiene el legislador, como correlato de la estipulación de los derechos, de desarrollar una legislación de aplicación de los mismos”.<sup>24</sup>

Ferrajoli sostiene que la ausencia de garantías que permitan el ejercicio de los derechos, o los protejan, constituye una laguna del ordenamiento jurídico, pero no supone la inexistencia de tales derechos. Contradice así lo postulado por Kelsen en el sentido de que el derecho subjetivo sería solo el reflejo de un deber jurídico.<sup>25</sup> Afirma que la existencia de las normas constitucionales, de jerarquía superior, “no puede estar subordinada a la producción (obligatoria) de sus leyes de desarrollo, ya que una tesis de este tipo equivaldría [...] a decretar el poder del legislador de neutralizar, de abrogar, o en cualquier caso, de derogar la constitución, ocultando así su violación”.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducido por P.A. Ibáñez y A. Greppi, Madrid: Trotta, 2004, p. 19.

<sup>24</sup> *Ibídem*, p. 97. Recordemos la definición que da de garantías: “las obligaciones y prohibiciones que corresponden a las expectativas positivas o negativas establecidas normativamente”. *Ibídem*, p. 96-97.

<sup>25</sup> Véase un interesante debate entre Guastini y Zolo, por una parte, y Ferrajoli, por otra, en FERRAJOLI, L. et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, L.; MORESO J. J.; ATIENZA M., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, G. Pisarello y R. García Manrique (eds.), Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 109. Ferrajoli se remite en esta frase a Bovero.

Lo mismo podría decirse de las normas internacionales que revisten carácter de *ius cogens* para el Estado, y que en general no cuentan con “leyes de desarrollo”, es decir, no han sido incorporadas a la legislación interna.<sup>27</sup> La ausencia de esa legislación no puede tachar de inexistentes las normas imperativas de derecho internacional, así como no puede hacerlo con las normas constitucionales. Lo que en cambio dicha ausencia pone de manifiesto es la presencia de la obligación constitucional e internacional de introducir las normas (Ferrajoli las llama “garantías fuertes”) que hagan exigibles, aplicables, los derechos y obligaciones previstos en las normas fundamentales.

Ahora bien, el fundamento de esa validez, es decir, existencia en el orden normativo de las normas constitucionales y de las normas internacionales de *ius cogens* se encuentra en el contenido mismo de esas normas, en su esencialidad para la supervivencia del sistema normativo mismo, no en su génesis, que constituye una condición importante pero no definitiva de la supremacía de esas normas.

### **3. La legalidad internacional**

La conciliación del positivismo jurídico con el derecho penal internacional es difícil. Como pone de relieve Foffani: “La justicia penal internacional nace exactamente, y precisamente, de la crisis del positivismo jurídico penal internacional”. Y atribuye esto a que “el Estado nación y el derecho penal positivo no están en condiciones (han mostrado que no están en condiciones) de responder de manera adecuada, eficaz, proporcionada, ‘justa’ -en el sentido más cabal del término- a los crímenes más graves [...]”.<sup>28</sup> Explica este autor que el derecho penal internacional es un sistema de “tipicidad limitada”. Sostiene, con razón, que palabras que emplean tradicionalmente los penalistas, tales como “determinación”, “legalidad”, “irretroactividad”, “fragmentariedad”, son conceptos que adquieren

---

<sup>27</sup> Ferrajoli señala que la ausencia de garantías es casi total en el derecho internacional. “Con la sola excepción de la Corte Penal Internacional instituida para juzgar los crímenes contra la humanidad, el ordenamiento internacional prácticamente carece de instituciones de garantía”. *Ibidem*, p. 113.

<sup>28</sup> FOFFANI, L., «La giustizia penale internazionale: un sistema penale ‘antimoderno?’», en AAVV, *Les sources du droit international pénal*, París: Société de législation comparée, 2005, pp. 371 y ss.

otra dimensión y otro significado en el contexto penal internacional. Y refiriéndose concretamente a la legalidad, dice que “la legalidad que nos propone el nuevo derecho penal internacional es, en cambio, una legalidad que debe principalmente (no limitar, sino más bien) construir la soberanía: no existe un poder punitivo de la comunidad internacional que preceda a la construcción del sistema de justicia”.<sup>29</sup>

Nos habla Foffani de un “derecho natural institucionalizado”, fundado en “una legalidad sin ley” (en el sentido tradicional del término), “una legalidad dinámica, en la cual confluyen en la “fabricación” de la norma múltiples elementos, y en la que la producción y la aplicación del derecho se funden inescindiblemente”.<sup>30</sup>

No es posible aplicar el principio de legalidad exigible en el derecho interno al derecho internacional. La extensión de este principio más allá de la ley escrita, estricta y previa, sin embargo, ya ha sido propuesta por muchos juristas con respecto al derecho interno. Su propuesta se basa en la atribución de un papel más “activo” a los principios constitucionales, y en las premisas de la hermenéutica filosófica que asignan a la interpretación una función integradora del significado de las normas y que conduce necesariamente a considerar la interpretación como otra fuente de derecho.

Es indudable que la aspiración al respeto del principio de legalidad en el contexto del derecho internacional no puede realizarse si no se tiene en cuenta la gran diversidad de condiciones en que este derecho nace, se desarrolla y aplica. El hecho de que no exista un poder legislativo, ni siquiera constitucional, del que emanen instrumentos vinculantes con las características de constituciones o leyes marca una diferencia notable.

Si bien encontramos coincidencia de fuentes con el derecho nacional, por ejemplo, la costumbre, los principios generales, la jurisprudencia, etc., el hecho de que en el ámbito interno exista una estructura institucional cuyas decisiones, sean leyes u otras medidas, se puedan categorizar en función del nivel de la estructura

---

<sup>29</sup> Ibídem, p. 372.

<sup>30</sup> Ibídem.

que las haya creado marca de por sí una diferencia esencial. En el derecho internacional no puede afirmarse sin vacilar que exista esa jerarquía de fuentes.

Ollé Sesé sostiene que “[n]o se trata de combatir el clásico principio de legalidad interno, ni siquiera de reformularlo, sino de conjugar dos principios: el de legalidad interna y el de legalidad internacional, desde la interacción del sistema de fuentes de ambas disciplinas, para fundamentar y desarrollar su vigencia en esa otra disciplina de los que los dos son parte, el DPI”.<sup>31</sup> Y propone formular el principio de legalidad en el ámbito del derecho penal internacional de otra manera: « El clásico principio *nullum crimen sine lege previa*, en el ámbito del Derecho Penal Internacional, deja paso al *nullum crimen sine iure*». <sup>32</sup> Bassiouni también propone sustituir la formulación del principio de legalidad, *nullum crimen sine lege*, por *nullum crimen sine iure*, en el ámbito del derecho internacional, porque no puede haber crimen sin derecho. Dice que es una fórmula mucho más amplia que la que se refiere a la ley.<sup>33</sup>

Otra formulación del principio de legalidad en el mismo sentido que el propuesto por Ollé Sesé es la del “principio de juridicidad” a que se refiere Chinchón Álvarez.<sup>34</sup> Este autor señala la diferencia entre el principio de legalidad en el orden interno y ese mismo principio en el orden internacional, diferencia que “no es más que una consecuencia de las particularidades propias de cada uno de estos dos órdenes del Derecho”.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Ollé Sesé, *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid: La Ley, 2008, p. 165.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>33</sup> BASSIOUNI, M., *Crimes against humanity in international criminal law*, Londres: Kluwer Law International, 1999, p. 144. Recuerda que esta fórmula había sido enunciada por Glaser en «La Méthode d'Interpretation en Droit International Pénal», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1966, p. 766.

<sup>34</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, *op. cit.*, p. 171. Se remite en este contexto a la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 19 de abril de 2005, Sentencia n.º 16/2005, 4. El problema de la tipicidad, “lex certa”, e irretroactividad de la norma penal aplicable.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

Se refiere también al criterio de la “juridicidad” en el derecho internacional Martín Martínez, que, tras hacer notar la semejanza del mismo con el derecho anglosajón, sostiene que: “el Derecho Internacional contemporáneo respeta la exigencia de *lex previa* mediante la juridicidad, ya que la ilicitud de las conductas debe ser establecida por normas internas o internacionales preexistentes, pero no necesariamente por normas con rango de ley en sentido formal”.<sup>36</sup>

Jacobucci menciona también la “juridicidad” respecto a la legalidad en el derecho penal internacional: “La positividad escrita cede frente a una juridicidad universal tan fuerte que reconoce determinados comportamientos como delitos, sin perjuicio de su falta de inclusión convencional”.<sup>37</sup> Y ello obedece, según este autor, a una interpretación que da prioridad a los aspectos axiológicos frente a los formales.

#### **4. El principio de legalidad desde la filosofía hermenéutica del derecho**

En los distintos autores citados, observamos un esfuerzo, mediante la interpretación, por vencer el obstáculo más serio con el que tropiezan las normas internacionales cuando deberían ser aplicadas en el ámbito interno. Aunque tal vez no sea adecuado calificar a estas reflexiones como esfuerzos, como si tuviera que forzarse la interpretación del derecho a fin de vencer el obstáculo.

Si se adopta una posición hermenéutica, en el sentido de la filosofía hermenéutica del derecho, comprobaremos cuánto apoyo encuentran las reflexiones de los autores que hemos mencionado en las premisas de dicha filosofía. Señala Zaccaria que “[l]as normas jurídicas sólo proporcionan un

---

<sup>36</sup> MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La configuración del principio de legalidad penal en el derecho internacional contemporáneo*, en A. Cuerda Riezu, y F. Jiménez García (dirs.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Tecnos, 2009, p. 379

<sup>37</sup>

JACOBUCCI, J.G., «El dilema de la legalidad en el derecho penal de los derechos humanos», en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *El derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, 1073-1116, Madrid: Edisofer, 2006, p. 1099.

esquema general de interpretación que debe ser comprendido a partir del contexto”.<sup>38</sup> Esto conlleva lo siguiente: “el sentido de cada disposición normativa concreta sólo se puede captar considerándolo como parte de la reglamentación jurídica completa dentro de la cual esa disposición se encuentra”.<sup>39</sup> Si adoptamos una posición monista, el derecho internacional forma parte de la reglamentación jurídica a la que pertenece la norma. La norma, incluso la norma penal, pero me atrevería a decir, principalmente la norma penal, por su enorme potencial para lesionar los derechos humanos, generalmente mejor protegidos a niveles constitucionales o internacionales, ha de ser interpretada a la luz de las normas internacionales.

En realidad las disposiciones constitucionales suelen establecer la necesidad de tener en cuenta las normas internacionales a la hora de interpretar el derecho nacional (en la Constitución española, el párrafo 2 del artículo 10, si bien se refiere concretamente a los derechos fundamentales y a las libertades fundamentales, no puede excluirse que comprende las normas penales que garantizan esos derechos y libertades). Viola y Zaccaria afirman, recordando la Constitución italiana, “que los principios constitucionales no se entienden como instancias valorativas confinadas en el ámbito de un pueblo o de una cultura, sino que se conciben como capaces de dialogar y ponerse de acuerdo con los principios que rigen la comunidad internacional”.<sup>40</sup>

Sin embargo, tal como están las cosas actualmente, en muchos casos se ha considerado al principio de legalidad como un obstáculo para la aplicación de normas que permitirían al Estado cumplir sus obligaciones internacionales.

Es cierto que inicialmente dicho principio se ha concebido como obstáculo: pero obstáculo al despotismo del soberano, obstáculo a la arbitrariedad de los jueces, obstáculo a la imposición abusiva de penas.

---

<sup>38</sup> ZACCARIA, G., *Razón jurídica e interpretación*, A. Messuti (comp.), Madrid: Thompson Civitas, 2004, p. 115.

<sup>39</sup> *Ibíd.*

<sup>40</sup> VIOLA, F.; ZACCARIA, G., *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, G. Robles Morchon (ed.), Madrid: Dykinson, 2007, p. 369.

Parecería que la misma arma que el pensamiento jurídico ha creado para fortalecer la posición de la persona y sus derechos frente a los poderes públicos, se emplee para que no se puedan juzgar a esos poderes cuando han efectivamente violado los derechos humanos más esenciales. Es una trampa perfecta. El derecho le dice al ciudadano: te protejo, pero hasta aquí nada más, es decir, mientras tus derechos no hayan sido violados por el propio Estado o bajo su amparo. Si en cambio ha sido el propio Estado el que los ha violado o ha favorecido o consentido esa violación (como es el caso de los crímenes internacionales conforme la definición que hemos adoptado en este trabajo) y no encontramos en el ordenamiento jurídico nacional ninguna norma aplicable a ese caso, nada se puede hacer, porque las leyes, que están concebidas para protegerte nada dicen de esos crímenes, y la finalidad de los principios en que se sustentan es garantizar el respeto de esas leyes, digan lo que digan o no digan lo que deberían decir. Hay en este razonamiento algo de perverso.

El principio de legalidad está vinculado estrechamente al positivismo jurídico y a su enfoque normativo y ha representado una de las garantías, sino la más importante, que ofrece el derecho frente al poder punitivo. No podemos dar marcha atrás, ni renegando del positivismo, ni renegando del principio de legalidad penal. No es necesario negar la razonabilidad de uno ni la validez del otro; basta seguir criterios de interpretación más flexibles.

El positivismo jurídico ha demostrado ser necesario pero insuficiente. Basta recordar a Radbruch. Sin embargo, como ha dicho Bobbio, podemos ir más allá de Kelsen, pero no retroceder.<sup>41</sup>

La filosofía hermenéutica del derecho va más allá del positivismo jurídico, siguiendo incluso a Kelsen en su perspectiva monista del ordenamiento jurídico. Propone una lectura de la norma jurídica que no se limita artificialmente a la lectura de un párrafo de un artículo de una ley penal nacional, sino que “construye”

---

<sup>41</sup> Bobbio ha afirmado: “El cambio fundamental que la teoría pura del derecho ha representado en el desarrollo de la jurisprudencia teórica es, en pocas palabras, uno de esos cambios a partir de los cuales es posible ir más allá, pero de los que no es lícito volver atrás”. BOBBIO, N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milán: Edizione di Comunità, 1977, pp. 215.

la norma teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico en su integridad, o sea derecho nacional más derecho internacional.

No obstante, como explica Zaccaria, el intérprete no goza de una libertad total en la elección de la norma: “el criterio del contextualismo exige un esfuerzo por parte del intérprete para justificar racionalmente y según criterios de generalización que un contexto es más adecuado que otros [...]”.<sup>42</sup> Y para verificar cuál es el contexto más adecuado es preciso “remontarse a la teleología de la ley y al ‘sistema interno’ de principios y de juicios de valor que constituyen su base”.<sup>43</sup>

En un ordenamiento que tipifique determinados delitos, pero no sus formas más graves de comisión, como son los crímenes internacionales (es decir, prevé, por ejemplo, una pena o una escala de penas para el homicidio, pero ninguna para los crímenes contra la humanidad, es decir, el homicidio de una sola persona constituye un delito, pero el de miles, no), desde el punto de vista teleológico nos resultará difícil interpretar que el legislador haya tenido como finalidad establecer penas para el homicidio y dejar impunes totalmente delitos más graves que el homicidio. Esta interpretación nos llevaría a un resultado absurdo. Si bien se refiere a los tratados internacionales, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ofrece pautas de interpretación muy útiles. Por ejemplo, el artículo 32, titulado “Medios de interpretación complementarios” dice que se podrá acudir a medios de interpretación complementarios para determinar el sentido cuando la interpretación: “a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. Dejar impunes los crímenes más graves es un resultado “manifiestamente absurdo o irrazonable”.

El principio de legalidad criminal (referido a la tipificación del delito) o penal (referido a la tipificación de la pena) es una de las garantías más importantes que ofrece el derecho penal. Y con toda razón se sostiene que el principio de igualdad ante la ley exige que otorguemos las mismas garantías a todos los ciudadanos, independientemente de los crímenes que hayan cometido. No lo

---

<sup>42</sup> ZACCARIA, G., *Razón jurídica e interpretación*, op. cit, p. 116.

<sup>43</sup> *Ibíd*em, p. 115.



discuto. También las garantías constituyen un progreso del que no podemos dar marcha atrás.

Lo que sucede es que la cuestión que aquí se plantea no es una cuestión de respeto o no de las garantías, sino una cuestión que va mucho más allá.

Se trata de algo que pone en tela de juicio las funciones mismas que, en un contexto garantista, se atribuyen al derecho penal.

Las víctimas (en el sentido amplio del término, es decir, los familiares de las víctimas directas) recurren a la justicia penal principalmente para que se pronuncie sobre lo sucedido. No es el objetivo de su querrela la aplicación de penas a los culpables, ni la asignación de una indemnización por los daños sufridos. Esos son objetivos secundarios, que resultarían del objetivo principal, en caso de ser viables. En la mayoría de los casos en que es posible aplicar penas, como en el caso argentino, las penas son tan desproporcionadas a los crímenes cometidos que tienen un carácter meramente simbólico.

El objetivo que las víctimas persiguen recurriendo a la justicia penal, es una respuesta en sede penal ante la denuncia de la comisión de un presunto crimen. El hecho de que el derecho penal no pueda incriminar ya a los autores, no significa que antes no deba verificar si se ha cometido un crimen, y establecer que se ha cometido un crimen.

No es lo mismo para las víctimas ser víctimas de un terremoto, o incluso de una guerra, que haber sido víctimas de un gravísimo crimen y que ni siquiera se intente averiguar si ese crimen se ha cometido. Y lo más absurdo es que se pretenda amparar la omisión de la justicia en uno de los principios que más la garantiza, el principio de legalidad.

Me he referido a las funciones del derecho penal porque en estos casos se desdibujan unas y se ponen de relieve otras. Entre las que se desdibujan encontramos la función retributiva, como hemos visto cuando examinamos brevemente el principio de proporcionalidad, y las funciones preventivas, dado que difícilmente los autores volverán a cometer esos crímenes o, si persisten en

sus ideas, difícilmente serán disuadidos por la aplicación de penas. Las funciones que se ponen de relieve son las funciones investigadora y declarativa.

Y precisamente si se deniega la prestación de esas funciones por no contar con una norma que tipifique el crimen y que resulte aplicable sin violar el principio de retroactividad, se impedirá el avance del derecho nacional que podría lograrse recogiendo los principios y normas del derecho internacional.

Por eso, me ha parecido importante destacar la perspectiva internacional del derecho, adoptando una visión monista, y considerar que el Estado está obligado internacionalmente a perseguir los crímenes más graves que él mismo haya cometido, precisamente con más razón porque él mismo los ha cometido. Cuando se trata de crímenes, estamos hablando, por supuesto, de persecución penal. No es admisible desde el punto de vista de la justicia internacional que el propio Estado omita las medidas necesarias para eludir el cumplimiento de su obligación internacional.

La existencia de esa obligación en el plano internacional ha sido demostrada, así como la responsabilidad que incumbe al Estado ante los demás Estados si incumple dicha obligación. El problema reside entonces no en la existencia de la obligación sino en la posibilidad de su cumplimiento por el Estado. Frente a los otros dos obstáculos, la prescripción y las leyes de amnistía, hemos expuesto argumentos que pueden ayudar a superarlos. Es el principio de legalidad el obstáculo más importante porque toca al corazón mismo del derecho penal. Con respecto a las exigencias de ley previa, estricta y escrita, (en el capítulo V nos hemos ocupado de la primera), considero que las exigencias de ley escrita y cierta pueden cumplirse si se admiten las normas internacionales consagradas en los respectivos instrumentos, y se las complementa con las normas nacionales, configurándose así una legalidad combinada.

No se trata de soslayar el principio de legalidad, sino de interpretarlo de una manera que permita al Estado cumplir sus obligaciones internacionales. No olvidemos que incluso una lectura pretendidamente estricta de la norma es también una interpretación. La interpretación más rigurosa, también es una interpretación.

ARTÍCULO PUBLICADO: El principio de legalidad y el derecho penal internacional: posible conciliación a través de la hermenéutica”, en Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional, N°41, 10º aniversario, 2012.