

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS, DE LAS PENAS
Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

EMANUELA FRONZA
*Universidad de Bologna, Italia**

I

La génesis histórica del principio de legalidad se produce ante todo en la Ilustración, que define su *Sein* caracterizándolo como principio no estrictamente penal –ni siquiera meramente jurídico– y profundamente arraigado en una dimensión, antes que nada, exquisitamente política. Este principio es, en primer lugar, expresión de la división de poderes y de la necesidad de identificar límites a la potestad punitiva. Desde esta perspectiva, el principio de legalidad nace como garantía contra toda arbitrariedad de autoridad, según la enseñanza de Foucault, que ve en la oscuridad, la arbitrariedad y la falta de previsibilidad la señal de un mayor terror del poder, y como expresión de la necesidad de que este último se distribuya equitativamente entre los órganos constitucionales, según complejos mecanismos de *checks and balances*.

La historia del *nullum crimen*, tal como es ampliamente conocido, es la historia de la interconexión entre las funciones de la separación de poderes y de la previsibilidad de las consecuencias de las propias acciones.

Los elementos de certeza (los miembros de la sociedad deben conocer de antemano las conductas prohibidas y con qué penas serán sancionados en caso de transgresión) y de garantía, de protección de las libertades individuales (que asegura a quienes viven en sociedad la predeterminación de las esferas de libertad de acción en las que pueden desarrollar sus conductas sin interferencia del poder punitivo) contra cualquier posible abuso de quienes detentan el poder, son, por lo tanto, el cimiento del edificio teórico del *nullum crimen* y de su fundación como elemento esencial del Derecho Penal Constitucional.

Clara expresión del fundamento de este principio en la división de poderes es la restricción dirigida al juez, quien en su actividad demiúrgica no puede castigar conductas no previstas en la ley. Desde esta perspectiva, la legalidad muestra su alma auténticamente democrática y su inclinación a la protección

* Correo electrónico: emanuela.fronza@unibo.it.

de las minorías contra la tiranía del “espíritu de la mayoría” (*id est*, “espíritu del poder”), encarnado también en el *Zeitgeist* judicial contemporáneo.

II

De ahí la importancia de constitucionalizarlo. La sola positivización del principio de legalidad en una ley primaria vulneraría su potencial garantista, ya que esta podría ser fácilmente modificada, o incluso eliminada, por cualquier otra ley posterior (u otros actos normativos equiparados a ella), subordinando la validez de un principio fundacional del Estado de derecho al arbitrio del legislador contingente.

En efecto, sin una constitucionalización del principio de legalidad, este quedaría inexorablemente expuesto a la volubilidad del legislador, siendo fácilmente susceptible de ser derogado por una disposición del mismo rango que se pronunciara en sentido contrario a sus prescripciones.

Y de nuevo: la constitucionalización en una carta flexible aseguraría muy pocas garantías de efectividad del principio, ya que el mismo (aunque reconocido formalmente en una carta constitucional) siempre podría ser objeto de derogación por el legislador ordinario.

A este respecto, es necesario señalar que (no por casualidad) las constituciones en las que las normas penales y procesales están más presentes son precisamente aquellas que emergieron luego de dictaduras (Italia, Alemania y, más tarde, España y Portugal). Se trata de una reacción particular que tiene un profundo significado político. La constitucionalización de los principios de garantía propios de un derecho penal liberal –y, especialmente, el principio de legalidad– encontró su fundamento y justificación, también política, en una voluntad reactiva que exigía un “nunca más” frente a las atrocidades del pasado totalitario. A este respecto, el estándar máximo de protección del principio de legalidad –funcional precisamente al objetivo de garantizar su plena eficacia preceptiva– se logra, por lo tanto, con su positivización en una constitución rígida, provista tanto de un procedimiento agravado de revisión constitucional como de una forma explícita de control de la conformidad de la ley con la constitución, además de –como se dirá más adelante– la atribución a este principio de una eficacia no solo argumentativa.

Solo de esta manera el principio de legalidad puede desplegar al máximo sus potencialidades de tutela, poniéndose como guía de la actividad normativa y asumiendo realmente los rasgos de principio fundamental, informador del ordenamiento entero, no solo penal.

Por otra parte, Europa, a pesar de las especificidades de cada ordenamiento, constituye un laboratorio para la constitucionalización del Derecho Penal y del *nullum crimen*.

Baste mencionar el artículo 25, párrafo 2, de la Constitución italiana; el artículo 34 de la *Constitution de la République française*; el párrafo 1 del artículo 25 de la Constitución española, y el párrafo 2 del artículo 103 de la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Todos estos textos constitucionales establecen una constitucionalización explícita del principio. También a nivel regional, el artículo 7, párrafo 1, de la CEDH y el artículo 49, párrafo 1, de la CDFUE prevén la legalidad entre los derechos fundamentales, incluso con una ulterior intuición –muy positiva– de la Carta de Niza, que teje a la vez legalidad y proporcionalidad, representando un *unicum* en el panorama europeo.

Una comparación de los ordenamientos jurídicos europeos muestra que este principio ha sido positivizado en muchas cartas constitucionales, así como en las cartas regionales e internacionales de los derechos. Esto es una prueba de sedimentos compartidos por los diferentes estados de un patrimonio jurídico común en torno a la protección de las libertades individuales y los derechos fundamentales, derechos y libertades que son considerados como adquisiciones inderogables en un ordenamiento democrático.

Sin embargo, el análisis comparativo también es interesante para evidenciar los aspectos relativos al contexto histórico-jurídico y para interrogarse sobre la evolución de las funciones del principio de legalidad. En Alemania, el principio de legalidad se introdujo como reacción al “*Gesundes Volksempfinden*” nazi de 1935, con el objetivo de garantizar un derecho penal del hecho, con la función de orientación cultural del derecho, para que cada ciudadano, conociendo de antemano la ley penal, pueda orientar su propia conducta, asegurándose vivir libre de castigos estatales.

De este modo, la práctica de la jurisprudencia constitucional posterior y, en particular, los procesos contra los guardias del Muro de Berlín demostraron cómo este principio puede sufrir transformaciones (y ser desdibujado) a través de la aplicación de la denominada fórmula de Radbruch, o bien de una interpretación de la ley vigente amigable con los derechos humanos (*menschenrechtsfreundlich*).

El caso alemán puede, por tanto, hacernos razonar sobre las funciones del principio de legalidad en el contexto histórico actual. ¿Se agota el principio de legalidad en su teorización iluminista –a la que el constituyente alemán se refirió de manera absoluta como respuesta al arbitrio del nazismo– o es funcional al Estado de derecho y, en última instancia, al respeto de los derechos humanos como expresión de la justicia?

En este último sentido, limitándose a las más graves violaciones de los derechos humanos –como los crímenes internacionales– no se produciría una verdadera derogación del principio de legalidad cuando la conducta, en virtud de su carácter macrocriminal, sea previsible, incluso en ausencia de una ley nacional que la tipifique. El nexo entre el principio de legalidad, la representación democrática y la reserva de ley parlamentaria podría, entonces, y únicamente en estos casos, ceder en nombre de un elevado sentido de la justicia¹.

En dicha hipótesis, el principio de legalidad se convierte en el teatro de confrontación y síntesis de dos derechos humanos contrapuestos: los derechos de las víctimas y los de los acusados. Y si no se contemplara un límite en estos términos (es decir, en caso de violaciones graves de los derechos humanos), el principio de legalidad quedaría desprovisto de su función de garantía.

Por otra parte, siempre se discutió mucho –en la perspectiva del penalista que cuenta con ascendencia cultural en el fértil humus del Iluminismo jurídico– sobre la legalidad *de castigar*, pero no tanto la cuestión de la legalidad *de no castigar*, como oposición a la arbitrariedad de no castigar (según una magnífica expresión del profesor Francesco Viganò).

El debate estadounidense sobre el *pardon power* de Trump lo hizo evidente. De hecho, cuando los ordenamientos jurídicos establecen formas de clemencia o, en general, de no punibilidad, en la mayoría de los casos se regulan exclusivamente los procedimientos, pero casi nunca se somete el contenido a la lógica funcional del castigo. Se trata de todos aquellos casos en los que la interrupción de la secuencia delito-pena es ordenada directamente por el legislador mediante institutos del derecho sustantivo, elementos sustantivos vinculados al poder discrecional del juez en la determinación de la pena o, por último, mediante institutos de derecho procesal.

Solamente un ejemplo. En vuestro continente, pero no solo allí, el caso de la amnistía es emblemático. También en Italia la amnistía fue un instrumento constante de la política criminal, pero la doctrina nunca la sometió a una racionalidad instrumental axiológicamente orientada. Se generó así un círculo vicioso. Es decir, por un lado, la doctrina se abstuvo de ejercer un papel crítico, creyendo que el mérito de la clemencia era el ejercicio de la discrecionalidad política; por otro lado, el legislador hizo un uso tan excesivo y arbitrario de esa discrecionalidad que legitimó aún más la concepción del carácter potesta-

¹ En esta perspectiva, es emblemático el artículo 7, párrafo 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos: “El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”.

tivo de la clemencia y la actitud fatalista de la doctrina. *En Sudamérica, frente al uso arbitrario y propongo a la impunidad de la amnistía por las dictaduras, llegamos hoy a posiciones –extremas– como las de la Corte Interamericana, que parece no admitir en absoluto la ciudadanía de la amnistía en casos de graves violaciones de los derechos humanos.* Si la amnistía es siempre un instrumento de la discrecionalidad y del arbitrio (arbitrariedad es un concepto negativo) del poder, la consecuencia es una prohibición de la amnistía; sin embargo, esto significa también renunciar a la posibilidad de aprovechar el potencial de este instrumento, sometiéndolo a la lógica del derecho y orientándolo a la idea de finalidad, como se hace en relación con la punibilidad. Al negar la ciudadanía a la amnistía, los tribunales también parecen descartar un lugar para el poder político en la gestión de las transiciones a la democracia, que deben quedar exclusivamente en manos de los jueces.

De nuevo hay un problema de separación de poderes; de nuevo el conflicto entre poderes puede encontrar un equilibrio en el principio de legalidad, esta vez refiriéndose a la no punibilidad, regulando claramente no solo los procedimientos, sino también las finalidades, los requisitos sustanciales y los límites de las instituciones que rompen la secuencia delito-pena. El principio de legalidad de la no punibilidad podría conectar la amnistía con la teoría del contrato social, por un lado, en el sentido de vincularla a nociones de justicia no necesariamente coincidentes con la justicia penal, y, por otro, con la posibilidad de equilibrar el correspondiente deber de justicia del gobernante con otros deberes derivados del contrato social, como el de proteger a los ciudadanos (por ejemplo, de un peligro para la vida en caso de alteración de la paz).

Desde este punto de vista, tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señalan que –como se ha evidenciado con acierto– “el deber de perseguir y castigar los delitos, de acuerdo con los criterios de igualdad, es la contraparte del principio de legalidad” (VIGANÒ, Francesco, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, p. 2704). El reconocimiento de obligaciones específicas de protección penal de los derechos humanos más básicos en la jurisprudencia de los tribunales internacionales –en primer lugar, el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes–, materializado no solo como obligaciones de mera incriminación, sino, además, como verdaderas obligaciones de castigo adecuado, no contrastaría con el alma garante del *nullum crimen*, como expresión del Estado de derecho y de las instancias superiores de justicia orientadas a la protección de *los derechos fundamentales*.

III

Igualmente importante es la función atribuida a la legalidad (y a sus diversos corolarios) como principio demostrativo, no dotado solamente por tanto de mera eficacia argumentativa. En esta perspectiva –y utilizando un lenguaje consolidado en la reflexión doctrinal– es evidente que el máximo despliegue de las potencialidades de protección del *nullum crimen* se produciría cuando todos los corolarios del mismo (reserva de ley, irretroactividad de la ley penal desfavorable, taxatividad y determinación del supuesto de hecho) fuesen reconocidos como autónomamente justiciables en el control de la constitucionalidad de las leyes, elevándose a principios que, por sí mismos y sin necesidad de un apoyo auxiliar de otros principios en función argumentativa-jurídica, son capaces de fundar una evaluación de ilegitimidad constitucional de las eventuales leyes en cuestión.

Por el contrario, si se atribuye a los mismos principios una mera eficacia argumentativa (u orientación política), aunque no se agote completamente su significado constitucional, su vigor garantista se vería fuertemente debilitado, ya que siempre sería necesario, para la declaración de ilegitimidad constitucional, enmarcar el principio (o uno de sus corolarios) en una concepción argumentativa más amplia que permitiera poner de manifiesto las razones de la inconstitucionalidad, no siendo suficiente la mera violación de uno de los corolarios del principio de legalidad.

Aunque no se puede negar el importante peso de la jurisprudencia constitucional en la atribución de fuerza demostrativa a los principios, las intenciones del legislador constituyente y la modalidad de formulación de los principios asumen un papel aún más decisivo, ya que son elementos indefectibles para orientar al intérprete en su actividad hermenéutica.

Por otra parte, no deja de ser significativo que el *nullum crimen, nulla poena sine lege* –con sus corolarios– haya sido considerado siempre, por las distintas jurisprudencias constitucionales, un principio demostrativo, quizá el prototipo de esta categoría, por la capacidad de fundamentar en su propio y exclusivo estatuto epistemológico un juicio de ilegitimidad constitucional de una norma que vulnera su contenido inmediatamente preceptivo.

IV

El principio de legalidad, entendido en el esbozado carácter mínimo de la posibilidad de conocer *ex ante* lo que está prohibido, quedaría privado de su potencialidad de garantía si se limitara solo a los delitos. En los Estados que han

aceptado el estándar máximo de protección, el principio se extiende –aunque con contornos diferentes– también a las sanciones y medidas de seguridad.

En los distintos ordenamientos jurídicos, la legalidad tiene un contenido *explícito*, que suele ser común –patrimonio compartido de la positivización del principio– (reserva de ley e irretroactividad), pero también un contenido *implícito* (determinación, taxatividad y prohibición de analogía) que ya forma parte pacífica del contenido constitucional consolidado. Como es sabido, en la historia de la dogmática del principio de legalidad se identifican cuatro corolarios esenciales: la reserva de ley (al menos en los sistemas de *civil law*), la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable y el principio de determinación y taxatividad del delito y la pena.

Se trata de subprincipios estrechamente conectados entre sí, ya que la razón de ser de la garantía en favor de los ciudadanos solo está asegurada si se respetan todos ellos.

1. Reserva de ley

El derecho penal se rige por el principio de la reserva de ley. Según este principio, solo la ley puede prever los hechos que constituyen un delito e indicar las sanciones que se derivan en caso de violación a la norma. Se puede, por tanto, hablar válidamente de reserva de ley cada vez que el legislador excluye que una determinada materia pueda ser regulada por una fuente distinta a la ley, entendiendo esta como la regla primaria de producción del derecho que emana del poder legislativo. Este principio está reconocido explícitamente en varias cartas constitucionales europeas y en numerosos códigos penales nacionales.

Como es sabido, aunque forma parte del contenido explícito del principio de legalidad, uno de los aspectos más problemáticos se refiere a la cuestión de si la reserva es absoluta o relativa, o sea, si sobre la base de una ley anterior, también las normas secundarias –de carácter reglamentario– que se insertan en la misma representan fuentes válidas de producción o, por el contrario, si solo la ley puede prever los hechos constitutivos de delitos y las penas relativas, sin ningún aporte integrador de fuentes diferentes.

Más coherente con la *ratio* del corolario es la tesis que atribuye a la reserva un carácter absoluto, reconociendo a la fuente secundaria la única posibilidad de precisar en un plano “técnico” –y, por tanto, tendencialmente neutro y sin valor– elementos del hecho ya previstos analíticamente en la ley. Desde esta perspectiva, la ley penal debe configurar todo el tipo penal –o, al menos, los elementos no neutros en términos de desvalor– no pudiendo remitir la integración de la materia regulada por ella a fuentes diferentes. De lo contrario, se

acabaría delegando en un instrumento distinto de la ley la tarea de marcar la frontera entre lo que es y lo que no es un delito.

Sin embargo, incluso en esta situación de intervención marginal no puede negarse que la fuente secundaria incide en la integración del precepto penal, contribuyendo a definir el objeto material de la conducta incriminada. Por tanto, no puede decirse que la regla penal esté plenamente constituida hasta el momento en que interviene la norma secundaria. Se trata de evaluar, por tanto, si dicha regla secundaria ya estaba en vigor y si era conocida y podía ser evaluada por el legislador, siendo la *ratio* del principio –como se dirá inmediatamente– precisamente la de garantizar una adecuada deliberación y ponderación de toda elección en materia penal.

Distinto es el caso, al menos en parte, en relación con aquellos actos de gobierno que asumen un valor normativo equivalente al de las leyes formales. Un ejemplo paradigmático es el de los decretos legislativos y los decretos leyes en el sistema jurídico italiano². No obstante las legítimas (y plenamente comprensibles) reservas planteadas por alguna doctrina muy lúcida, la Corte Constitucional siempre ha reconocido que esos instrumentos pueden tener por objeto la materia penal, sobre todo en razón de las significativas posibilidades de corrección “parlamentaria” que prevén los artículos 76 y 77 de la Constitución –con el fin de garantizarles una mayor legitimidad democrática– y por la posibilidad de que la Corte extienda su propio control de constitucionalidad, con el objetivo de examinar el respeto de los presupuestos y límites fijados a su uso por la carta constitucional. Debe señalarse que, a pesar de las derivas patológicas que cabe constatar a este respecto, el principio de la reserva de ley debe ser –y con mayor razón– salvaguardado como una barrera.

Es común en la doctrina identificar la *ratio* de la reserva de ley en la seguridad jurídica. Sin embargo, si fuese realmente la seguridad jurídica la razón

² Como es ampliamente sabido en el contexto del procedimiento de delegación legislativa, los decretos legislativos son actos normativos adoptados por el gobierno, equiparables a la ley, fruto de una delegación de atribuciones por parte del Parlamento. De conformidad al artículo 76 de la Constitución italiana, la ley de delegación debe contener la individualización del objeto de la actividad normativa, establecer los principios (es decir, las normas sustanciales de carácter general que regularán la materia), criterios procedimentales (esto es, las directrices que guían el poder normativo delegado) e indicar los plazos dentro de los cuales la delegación ha de ser ejercida. Los decretos leyes, en cambio, son actos normativos, equiparables a la ley, adoptados directamente por el gobierno exclusivamente “en casos de extrema necesidad y urgencia”, tal como indica el artículo 77 de la Constitución. El decreto ley debe ser presentado a ambas cámaras el mismo día en que se adopta. Ambas corporaciones se reúnen, en conjunto o por separado, dentro de los siguientes cinco días. Si dentro de 60 días no se convierte en ley, su eficacia decae *ex tunc*.

de la constitucionalización de la reserva en materia penal, esta ya existiría con reglamentaciones distintas a la ley formal, ya que la exigencia consistiría simplemente en poner al destinatario de la norma en la situación de conocer de antemano, y con seguridad, qué conducta es lícita y qué conducta está prohibida. La verdadera condición para alcanzar el objetivo de la certeza es que la consecuencia de la regla jurídica se aplique exclusivamente a hechos realizados después de su entrada en vigor. El carácter primario o secundario de la fuente juega, desde esta perspectiva, un papel prácticamente insignificante (M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2020, p. 35).

Los constituyentes optaron por atribuirle a la ley el monopolio de la enunciación del tipo penal (y de las consecuencias punitivas), conscientes de que las normas penales afectan los bienes fundamentales de sus destinatarios.

En esta perspectiva, se consideró que el proceso legislativo es, en un sistema liberal-democrático, el medio más adecuado para garantizar la libertad y los bienes fundamentales de los individuos. No solo por la mayor ponderación de opciones y valores que, por supuesto, está asociada al procedimiento legislativo, sino también por la posibilidad garantizada a las minorías de participar en el proceso de elaboración de las normas penales a través de sus representantes. Una importante posibilidad de intervenir sobre las elecciones de política criminal de la mayoría, potencialmente idónea para garantizar la protección de los intereses también de las categorías sociales que tienden a estar menos representadas.

El reconocimiento en la constitución, entonces, adquiere un significado de garantía indiscutible: afirmar la centralidad del parlamento y conferir a este último el poder punitivo, en tanto que es el órgano más representativo de las distintas fuerzas políticas. De este modo, la reserva de ley es expresión no tanto de la *ratio* de seguridad, sino de la de garantía, porque preserva a los ciudadanos de posibles abusos del poder ejecutivo y judicial. Este presupuesto es relevante también (y, de hecho, aún más) hoy en día, en el contexto de una profunda crisis de la reserva de ley.

La reserva de ley se extiende no solo al tipo penal, sino también a las consecuencias de las sanciones. Precisamente por la *ratio* íntimamente democrática del principio, sería totalmente insatisfactorio que su ámbito preceptivo se limitara a la sola definición de los comportamientos criminales, desinteresándose de las consecuencias que se derivan del comportamiento incriminado.

La individualización de la sanción penal, descendiente de la naturaleza personal de la responsabilidad penal y del teleologismo reeducativo, impone un sistema de sanciones predeterminado por la ley entre un mínimo y un máximo aplicable, para que el juez tenga entonces la facultad de adecuar la pena impuesta en concreto al desvalor concreto del delito cometido. Una excesiva amplitud del

marco aplicable acabaría, sin embargo, por ampliar en exceso la discrecionalidad otorgada a los órganos judiciales, vaciando así la *ratio* del principio de la reserva.

2. *Prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable y retroactividad de la lex mitior*

Entre los corolarios del principio de legalidad, un papel esencial desde el punto de vista de la elevación del nivel de garantía para los ciudadanos lo ocupa la garantía de irretroactividad de la ley penal desfavorable. Previsto en las distintas constituciones europeas, este principio también está consagrado en fuentes regionales, como el artículo 7 del Convenio Europeo y el artículo 9 de la Convención Interamericana, y en fuentes universales, como el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por último, también está previsto en el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

Todas las instancias de protección indisolublemente ligadas al principio de legalidad se verían frustradas si la ley penal pudiera incriminar conductas que en el momento de su realización eran completamente lícitas o, en todo caso, agravar el tratamiento punitivo de conductas ya penalmente reprobables.

Si fuera así, cualquier persona se encontraría constantemente expuesta al riesgo de ser castigada por su conducta originalmente lícita o de ser castigada más severamente por una conducta que sí es ilícita, pero menos grave. Las razones de certeza y, sobre todo, de garantía del principio están, por tanto, encaminadas a proteger la dignidad del ser humano, evitando que pueda ser instrumentalizado para la persecución de fines preventivos de interés general, sin reproche conocible (o, incluso, previsible) por la conducta realizada.

Por lo tanto, si es propio de las leyes penales que se modifiquen a sí mismas, el conflicto de leyes en el tiempo debe estar sujeto al respeto de los derechos fundamentales.

Esta necesidad de garantía es tan fuerte que la Corte Constitucional italiana considera que este principio es inderogable (como se reitera expresamente en la sentencia de la Corte Constitucional N° 394/2006). También el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) lo considera una piedra angular del derecho penal moderno y lo incluye entre las garantías irrenunciables que deben asegurarse incluso en un estado de excepción (art. 15 CEDH). Un derecho absoluto, por tanto.

A este respecto, una observación que es útil en el contexto de una reflexión sobre la formulación del principio de legalidad. El ordenamiento jurídico italiano parece reconocer el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable

solo respecto de las penas, excluyendo de su ámbito de aplicación a las medidas de seguridad.

Sin embargo, este tratamiento diferente de la prohibición de retroactividad basado en el dato formal del tipo de sanción corre el riesgo de entrar en colisión con el principio de legalidad reconocido por el CEDH y con el enfoque sustancialista del Tribunal de Estrasburgo, que tiende a valorar la naturaleza real de la sanción, superando las etiquetas formales a través de la extensión del conjunto de garantías de la “materia penal” a todas aquellas sanciones con contenido punitivo-aflictivo³.

La Constitución italiana establece, como se ha dicho, dos regímenes diferentes en relación con la legalidad de los delitos y las penas, por un lado, y la legalidad de las medidas de seguridad, por el otro. Pero, siguiendo la jurisprudencia europea, se están registrando movimientos muy importantes también en la jurisprudencia constitucional italiana. Por lo tanto, incluso frente a una letra muy clara, que prevé dos regímenes diferentes para las penas y las medidas de seguridad, la influencia de la jurisprudencia europea parece haber anulado la dicotomía original de la doble vía. Esta última está ahora sin aliento y tiene los días contados. Por lo tanto, la diferencia funcional entre pena y medida de seguridad, que justificaba un estatuto constitucional diferente, ha sido, en esencia, superada.

De hecho, la Corte Constitucional italiana ha extendido la prohibición de retroactividad también a las medidas de seguridad con la conocida sentencia 196/2010, destacando la intrínseca naturaleza aflictiva –claramente preeminente respecto a los objetivos de prevención en abstracto conectados a la calificación dogmática de la medida– del secuestro del vehículo automotor en el caso del delito de conducción en estado de ebriedad. Aunque se trata de una señal de rendición, es, a esta altura, un hecho pacífico que la doble vía está en extinción, revelándose como una alteridad profundamente débil.

Parcialmente distinto es el discurso alrededor de la retroactividad de la *lex mitior*.

Este corolario de la legalidad no puede fundarse en las mencionadas razones de certeza y garantía. De hecho, tiene su origen en las exigencias de igualdad

³ Es ampliamente conocido que la valoración “sustancialista” que lleva a clasificar a una sanción dotada de contenido aflictivo en la categoría de la “matière pénale” siga diversos criterios autónomos que se infieren de una vasta producción jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de un famoso *leading case*: Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, 8 de junio de 1976, *Engel c. Países Bajos*. Los criterios alternativos de esta rica y asentada producción jurisprudencial son: a) cualificación de la infracción en el derecho interno; b) naturaleza de la infracción o del ilícito; c) naturaleza y grado de severidad de la sanción.

material y en la preferencia ideológica por el *favor libertatis*. Queda consagrado por el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, por el art. 9 de la Convención Interamericana, así como por la CDFUE y reafirmado por la jurisprudencia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Berlusconi *et al.*, 3 de mayo de 2005, párrafos 66-69), y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que suele incluir este principio dentro de las garantías del principio de legalidad, establecido en el art. 7 del Convenio, por lo que no admite excepciones ni siquiera en caso de guerra u otras calamidades públicas que pongan en peligro la vida de la nación, conforme al art. 15 del Convenio.

La Corte Constitucional italiana, por otro lado, tiende a reconocer la *lex mitior* como la principal proyección del principio de igualdad (art. 3 de la Constitución), permitiendo así excepciones razonables cuando se justifiquen por la necesidad de proteger intereses contrarios de similar valor constitucional.

Emblemáticas de esta diversidad de enfoques son, respectivamente, la decisión de la Gran Sala del Tribunal europeo en el caso *Scoppola contra Italia* y la posterior sentencia italiana 236/2011 de la Corte Constitucional.

De hecho, los jueces de Estrasburgo han reconocido la aparición de un “consenso” europeo que “se ha ido formando a nivel europeo e internacional” en torno a la forma de concreción en el plano jurídico y axiológico del principio reconocido en el artículo 7 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y, por tanto, al principio de legalidad como derecho fundamental del delincuente. Infligir una pena más severa solo porque estaba prevista en el momento de la comisión del delito resultaría en una aplicación evidente, en perjuicio del delincuente, de las normas que regulan la sucesión de las leyes penales en el tiempo, ignorando los cambios legislativos favorables al imputado que se produjeron antes de la sentencia y continuando con la aplicación de penas que el Estado y la comunidad consideran ahora excesivas.

La posterior sentencia de la Corte Constitucional N° 236 de 2011, por el contrario, ha establecido que el principio de la *lex mitior*, si bien goza de un cierto valor constitucional, admite excepciones razonables cuando estas están justificadas por la necesidad de proteger intereses constitucionales, como son, en el caso que nos ocupa, la eficiencia del proceso penal, la salvaguarda de los derechos de la función judicial y el principio de efectividad de la ley penal.

A la luz, por tanto, de la experiencia italiana y europea, no es irrazonable preguntarse por la necesidad de superar el modelo tradicional de constitucionalización, mediante el anclaje también del principio de la *lex mitior* en una previsión constitucional explícita, en vista de la máxima protección posible del *nullum crimen* y de todos los corolarios que contribuyen a delinear el significado de la garantía para los ciudadanos.

En este sentido, debe hacerse una consideración más general sobre el papel decisivo que tienen los tribunales (no solo nacionales) en contribuir a elevar el estándar de garantía de los principios fundamentales, lo que, muchas veces, sobrepasa la misma contribución fundamental ofrecida por la positivización. De hecho, es a partir del análisis de la jurisprudencia, más que de la mera observación del dato normativo, que es posible medir la resistencia de los principios y derechos fundamentales dentro de un espacio jurídico.

Otro aspecto problemático –probablemente debido a la falta estructural de “anticuerpos” en las constituciones de los países de *civil law*, que se basan en el monopolio casi sagrado de la reserva de ley– es el de las garantías intertemporales a las que debe someterse la interpretación jurisprudencial de la ley. Por el contrario, los países del *common law*, como es bien sabido, no tienen constituciones autosuficientes y están dotados de garantías mucho más estructuradas frente a posibles violaciones “ocultas” de la prohibición de retroactividad por la intervención de un *overuling in malam partem*. Desde esta perspectiva, en los Estados Unidos, por ejemplo, se recurre con frecuencia a la técnica del *prospective overruling*, con la consecuencia de hacer efectivo el cambio de jurisprudencia *in pejus* no en la sentencia en la que se incorpora, sino para los hechos posteriores a la decisión. Otra técnica ampliamente aplicada, para evitar los efectos perjudiciales analizados, es la del reconocimiento de la *ignorantia iuris* como exculpante, con el consecuente sobreseimiento del hecho del imputado.

Evidentemente, se trata de mecanismos funcionales al objetivo de evitar el riesgo de una condena que no era previsible en el momento del hecho, debido a un giro imprevisto y desfavorable de la jurisprudencia. Desde esta perspectiva, la legalidad convencional –tal y como ha sido sabiamente plasmada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– ofrece ejemplos paradigmáticos del intento de proteger la libre opción de acción de los ciudadanos frente a interpretaciones (totalmente) nuevas y desfavorables, así como frente a un cambio de jurisprudencia *in pejus* de una orientación previamente consolidada (*overruling in malam partem*).

En ambos casos, la nueva hermenéutica no puede ser retroactiva si es imprevisible en el momento en que se realizó la acción, para evitar precisamente que se frustre la confianza del individuo en la licitud de su propio comportamiento sobre la base del marco jurisprudencial hermenéutico existente en el momento del hecho.

Es ampliamente conocido que, desde el punto de vista de los jueces de Estrasburgo, también la jurisprudencia debe respetar los mismos requisitos cualitativos impuestos por el art. 7 CEDH a la fuente legislativa, es decir, ser previsible y accesible en el momento del hecho. En ausencia de tales requisitos, el llamado “derecho viviente” resultará en contraste frontal con la legalidad convencional.

Hay que preguntarse, por tanto, si no ha llegado el momento de adoptar —abandonando las viejas (y seguras) amarras conceptuales— una nueva concepción de la legalidad penal (y de la prohibición de la retroactividad *in malam partem*) que no se circunscriba solo a las leyes entendidas estáticamente, sino que se extienda también al momento de la interpretación, de manera que se garantice al ciudadano no solo el conocimiento previo de la ley escrita, sino también de las orientaciones jurisprudenciales que configuran la dimensión real del llamado “derecho viviente” (*law in action*). La previsión, incluso en un texto constitucional, de un retículo de garantías destinado a neutralizar el riesgo de criptoviolaciones hermenéuticas de la prohibición de retroactividad desfavorable, en efecto, no anularía automáticamente las *rationes* democráticas y garantistas en las que se basa la reserva de ley. Por el contrario, contribuiría a elevar el estándar de garantía frente al riesgo de potenciales elusiones interpretativas.

3. Principio de taxatividad y determinación

El principio de legalidad se respetaría en la forma, pero se eludiría en sustancia, si la ley que prevé un determinado hecho como delito lo describiera de forma tan incierta o ambigua que hiciera imposible a los ciudadanos conocer con certeza la frontera entre lo lícito y lo ilícito y autodeterminarse libremente en conformidad con la ley. La necesidad de determinación (es decir, de precisión suficiente en la descripción del hecho típico) pertenece, por tanto, a la misma *ratio* inspiradora del principio de legalidad.

La potencialidad del principio de determinación no se agota, sin embargo, en el mero imperativo dirigido al legislador para que el producto de su actividad normativa en materia penal sea suficientemente inteligible, de modo que los ciudadanos puedan orientar su conducta al contenido preceptivo de la disposición. Como bien ha demostrado la histórica sentencia del Tribunal Constitucional italiano N° 96 de 1981, el legislador en las opciones de criminalización debe referirse también a hechos que se correspondan con la realidad y que sean susceptibles de verificación concreta, mediante el uso de un lenguaje que permita al intérprete la verificabilidad empírica de las fórmulas utilizadas. Un principio de taxatividad, por tanto, que se resuelve no solo en la obligación de claridad e inteligibilidad suficiente del tipo penal, sino, además, en la necesaria formulación de conceptos susceptibles de verificación empírica.

Además de dirigirse al legislador como canon de política legislativa, el principio se dirige al juez como criterio hermenéutico, como guía para una interpretación que no desborde los definidos límites semánticos del tipo penal y que sea, por tanto, lo más taxativo posible. Desde esta perspectiva emerge

todo el valor democrático del principio, que impone que las conductas penalmente prohibidas sean descritas de la manera más determinada posible por los órganos representativos –investidos de una fuerte legitimación democrática–, y no definidas por el juez particular en el ejercicio de la actividad interpretativa y sobre la base de una ética jurídica personal o de sus propias preferencias ideológicas subjetivas.

En este sentido, cabe mencionar al Tribunal Constitucional italiano, que en el conocido caso *Taricco* (sentencia N° 115/2018) estableció que el principio de determinación representa un contralímite nacional al derecho de la Unión Europea, tal y como lo interpreta el TJUE. En esta perspectiva, la “regla *Taricco*” habría entrado en radical colisión con este corolario de la legalidad, en tanto que norma de contornos excesivamente borrosos y fuente, por tanto, de imprevisibles consecuencias para el ciudadano.

Ya hemos mostrado cómo el principio de legalidad, lejos de limitarse a la mera identificación del hecho sancionado, se extiende también a la determinación de las consecuencias punitivas. En esta perspectiva, por tanto, el principio de legalidad no solo es un *nullum crimen sine lege*, sino también un *nulla poena sine lege*. Por otra parte, las razones de garantía del principio se verían manifiestamente frustradas si la determinación de la sanción fuera totalmente ajena a cualquier previsión legislativa.

La predeterminación legal de la sanción, sin embargo, no equivale a la privación total de la discrecionalidad judicial en la determinación concreta de la pena, y es precisamente esta la razón por la que las sanciones suelen identificarse dentro de un marco que hace posible ese juicio personalizado e individualizador, capaz de adaptar la respuesta del ordenamiento al desvalor concreto del hecho.

En esta perspectiva, las llamadas penas fijas son la expresión de una paradoja de la legalidad que puede provocar un *vulnus* a un menoscabo de otros principios dotados de análogo linaje constitucional, sobre todo el principio de personalidad y culpabilidad de la infracción penal y del teleologismo reeducativo de la pena. Esto demuestra, una vez más, que los principios, aunque constitucionalizados, no representan entidades aisladas, sino elementos que contribuyen sinérgicamente a definir un marco común de valores.

El ejemplo máximo de las críticas a las penas fijas es la cadena perpetua, que, por su naturaleza, impide cualquier valoración sobre la correcta modulación de la sanción en relación con un marco; en efecto, tal marco es inexistente. Esta rigidez de por sí es difícilmente compatible con el “rostro constitucional de la pena”.

En conclusión, en cuanto respecta a la legalidad de las penas, cabe señalar que la Corte Constitucional italiana, con la sentencia 32/2020, ha superado el

enfoque hermenéutico tradicional que quería separar completamente el derecho penal sustantivo y las normas de ejecución penal con respecto al funcionamiento del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable. Teniendo en cuenta tanto las razones de previsibilidad de la pena como las razones preeminentes del Estado de derecho, se subordinan a este principio las normas que, al modificar desfavorablemente los institutos que afectan a la ejecución extramuros de la pena, determinan *de facto* su transformación y afectan las concretas cuotas de libertad personal del reo perjudicadas por la sanción. Como se indica en la motivación: “entre el ‘fuera’ y el ‘dentro’, la diferencia es radical: cualitativa, antes que cuantitativa. La pena para cumplir se convierte, aquí, en un *aliud* con respecto a la prevista en el momento del hecho; con la consiguiente inadmisibilidad de una aplicación retroactiva de tal modificación normativa, según el estándar del art. 25, segundo párrafo, Const.”. Esta decisión, por tanto, se sitúa en el camino de la superación definitiva de las rígidas dicotomías formales y se abre con mayor vigor a ese enfoque sustancialista –ya experimentado desde hace tiempo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo–, destinado a proscribir (independientemente de las calificaciones formales) los cambios sorpresivos en el fondo de la pena que no pudieran preverse en el momento del hecho o, menos aún, en el momento del juicio.

V.

La mirada atenta de los juristas a la dimensión real de la experiencia jurídica ha puesto de manifiesto, desde hace tiempo, la profunda crisis de identidad que vive la legalidad formal en el universo no solo estrictamente penal.

Un *nullum crimen* que, como muchos han señalado, ya no tiene la cara relajada de la monolítica “legalidad legislativa”, como un ideal que nació en el clima cultural y político de la Ilustración y que luego fue sabiamente fortificado por una mitología jurídica muy eficaz, que ha definido cada vez con mayor conciencia sus características esenciales y, sobre todo, sus razones sustanciales.

Por otra parte, el carácter ontológicamente *in fieri* de la vida social, la rapidísima evolución de la sociedad, el protagonismo que reclama la técnica –con el consiguiente y, tal vez, inevitable declive del pensamiento metafísico que, en épocas pasadas, jugó un importante papel en la conformación de un antiguo ideal de legalidad–, así como la globalización de los mercados y de las relaciones políticas y sociales, exigen repensar críticamente los principios que fundan las mitologías jurídicas tradicionales, para que puedan adaptarse, sin distorsiones, a la situación actual.

Una transformación que no es –ni puede ser nunca– un rechazo radical de las razones profundas que han animado la historia de los propios principios, sino una revisión crítica precisamente para preservar intactas sus *rationes*.

Desde esta perspectiva, la desaparición de ciertas barreras, el acercamiento entre *civil law* y *common law*, el papel decisivo de los tribunales regionales y supranacionales de derechos fundamentales, el pluralismo de las fuentes, así como la apertura cada vez mayor a la dimensión hermenéutica de la experiencia jurídica –incluso en la dimensión exclusivamente nacional– han determinado la ruptura en el cielo abstracto de la legalidad formalista del parámetro de interpretación jurisprudencial. Esto, con creciente vigor, ha impuesto un replanteamiento crítico del ideal plástico original de legalidad.

Frente a este *statu quo*, y en la perspectiva de un camino de constitucionalización del derecho penal y de la legalidad, es necesario, por tanto, identificar los puntos fijos que no representan más que la traducción de las instancias de garantía para los ciudadanos que –desde siempre– animan el principio de legalidad.

Por lo tanto, resulta decisivo el desarrollo de una cultura interpretativa que sancione la inadmisibilidad en materia penal de la analogía *in malam partem* y que reduzca al mínimo, aunque sean legítimas, las interpretaciones extensivas, especialmente si estas están subrepticamente motivadas por el objetivo de extender las potencialidades represivas de las incriminaciones.

Igualmente significativos son los instrumentos dirigidos, como se ha destacado, a la consolidación como principios fundamentales tanto de la prohibición del *overruling* sorpresivo *in malam partem*, como de la retroactividad del eventual cambio jurisprudencial favorable –sobre todo si coincide con la supresión jurisprudencial sobreviniente de la esfera de la ilicitud de una porción anterior del hecho típico– eventualmente confinado dentro de los trazos marcados por la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (como actualmente prevé el art. 2, párrafo 4, del Código Penal italiano).

Desde esta perspectiva, por tanto, un papel decisivo lo asume el proceso de constitucionalización del *nullum crimen*, en el cual podría preguntarse sobre la oportunidad de reconocer en la constitución las (nuevas) proyecciones garantistas del principio de legalidad jurisprudencial. Y ello, no obstante, sin negar la vocación estructural de los principios fundamentales como enunciados abiertos –con una formulación sintética–, diferente de la forma del código, susceptibles de respirar a través de la interpretación constitucional fundamental, funcional para adecuar el principio, como enunciado lingüístico, a las necesidades de protección que surgen en la realidad jurídica y social.

Además de estos aspectos particulares, es necesario ser cauteloso ante la tendencia en Europa de una reducción de la legalidad a la previsibilidad. De

hecho, también por la fuerte influencia de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, la legalidad está asumiendo cada vez más el rostro de la mera previsibilidad del derecho viviente para el ciudadano. No se puede dejar de subrayar, por tanto, que la absorción total de las potencialidades performativas del principio en la única dimensión de la previsibilidad corre el riesgo no solo de identificar un “contenido operativo” extremadamente elusivo –y fácilmente maleable por la hermenéutica jurisprudencial–, sino de socavar la base de aquellas instancias democráticas y de garantía de la separación de poderes que constituyen la esencia fundamental del *nullum crimen* desde su génesis y que, todavía hoy, contribuyen a delinear el núcleo irrenunciable del Estado de Derecho.

En conclusión, ya he señalado que la constitucionalización del principio de legalidad –así como de todos los corolarios que definen su auténtica esencia garantista– representa un *príus* crucial para definir las coordenadas esenciales del rostro constitucional del ilícito penal, considerando además la estrecha vinculación que existe entre el principio de legalidad y los demás principios fundamentales en materia penal. Desde un punto de vista metodológico, el texto constitucional no debe asumir la forma de un código, pues, de lo contrario, correría el riesgo de impedir la vocación estructural de apertura, que es la principal característica que distingue a los *principios* de las *reglas*. En este sentido, los trabajos preparatorios tienen una importancia significativa, ya que son decisivos para poner de manifiesto la *ratio* sustancial y el fundamento que anima la disposición constitucional. La constitución ofrece indicaciones que luego (precisamente por ser un texto y, por tanto, una disposición que no puede vivir en la dimensión real sin un adecuado soporte hermenéutico) deberán ser traducidas y aplicadas, sobre todo, por la jurisprudencia constitucional. La interpretación constitucional, en efecto, tiene pautas y características singulares y, como demuestra la experiencia, contribuye de manera decisiva a modelar el carácter verdaderamente preceptivo de los principios formulados en la constitución. Por lo tanto, si, por un lado, la constitucionalización de un principio como el de legalidad es fundamental para garantizar a los ciudadanos la certeza de que el *ius puniendi* no será ejercido de manera arbitraria y fuera de una dimensión de razonable previsibilidad, por otro lado, permitir que el principio constitucional respire –posibilitando, de esta manera, una evolución hermenéutica que garantice la adaptación a las necesidades jurídicas y político-sociales contingentes– es de una importancia igualmente significativa. Ello con el fin de evitar una esclerosis que vincule demasiado al tribunal –a los tribunales– en su actividad de guardián de la carta fundamental con las instancias jurídicas y axiológicas que encuentran tierra fértil en su trama.

En este sentido, es ciertamente una oportunidad extraordinaria para nuestro país la de reflexionar sobre el texto constitucional, sobre el derecho penal en la constitución y sobre el derecho penal constitucionalmente legítimo. Lo sabemos: la constitución es un acto político. El acto político por excelencia. Y los pasajes y las elecciones sobre la legalidad, que es “un principio *ordinamentale*”, según las palabras de la Corte Constitucional italiana, están impregnados de opciones políticas. Por tanto, es necesario identificar con precisión la *ratio* sustancial y el fundamento que subyace al principio constitucional de legalidad, que es –a pesar de todas las transformaciones y derivas indicadas– el límite del derecho penal.

Es necesario, por tanto, ponderar las indicaciones constitucionales, que son y serán, sin embargo –como se ha dicho–, vínculos relativos.

Desde esta perspectiva, la extensa jurisprudencia europea –nacional y supranacional– muestra que los tribunales han tenido un papel importante en construir reglas ulteriores, forjando así las potencialidades garantistas de los principios.

Un ejemplo paradigmático es la *lex mitior* que, como se ha visto, aunque no encuentra un reconocimiento explícito ni en el art. 25 de la Carta Constitucional italiana ni en el art. 7 del CEDH (y a diferencia del correspondiente art. 49 CEDH), ha sido reconocida por los jueces de Estrasburgo como una proyección del principio de legalidad y, por tanto, como parte de ese núcleo duro, absoluto, que no admite excepciones ni siquiera en caso de guerra u otras calamidades públicas que amenacen la vida de la nación (según el art. 15 CEDH).

Y también el Tribunal Constitucional italiano, a pesar de su reticencia, por considerar el principio como una proyección del art. 25 de la Constitución, ha elevado progresivamente su estándar de garantía y no se puede excluir un replanteamiento radical en el futuro sobre el punto, también en consideración de ese diálogo constante entre tribunales (no solo nacionales), que representa uno de los elementos más importantes del sistema multinivel de los derechos fundamentales.

A este respecto, entonces, en relación con la cuestión de la constitucionalización de la legalidad es también fundamental reflexionar sobre la constitucionalización de una norma de adecuación entre la constitución y otras fuentes supranacionales (partiendo de la premisa de que la legalidad no solo es definida por fuentes nacionales). Por lo tanto, plantearse el problema de la legalidad significa plantearse el problema de la relación con otras fuentes, según el modelo del artículo 117 de la Constitución italiana. Una disposición, por lo tanto, que permita adecuar la potestad legislativa nacional a las determinaciones de las cartas supranacionales de derechos humanos y a la jurisprudencia de las cortes llamadas a interpretarlas, de modo que su influencia pueda emanciparse

del mero estímulo político y convertirse en un derecho vinculante en sentido propio, cuya violación pueda ser censurada ante el juez de casación (en línea con lo que ocurre en el ordenamiento italiano a partir de las sentencias 348 y 349 de 2007 de la Corte Constitucional).

Sin embargo, las recientes metamorfosis de la legalidad no pueden en modo alguno relegar a una dimensión de subordinación el papel decisivo que la reserva de ley sigue desempeñando en materia penal, tanto como proyección de las instancias garantistas vinculadas a la separación de los poderes como en cuanto expresión del alma democrática y pluralista que debe nutrir las elecciones, especialmente en materia penal. En esta perspectiva, por tanto, la mera previsibilidad de la ley, como se ha dicho, no agota el potencial performativo del principio de legalidad, representando, por el contrario, solo una parte reducida –un contenido mínimo– del *nullum crimen*, idóneo para determinar por sí mismo el estatus deseable de garantía. La necesidad de la máxima valorización de los contenidos de garantía de la reserva de ley –a través de su previsión explícita en la carta constitucional– representa, por tanto, la traducción natural de esa alma auténticamente democrática de la legalidad, como tal, irrenunciable no solo (y no tanto) para las instancias vinculadas a la importante necesidad de certeza de la ley, sino también para aquellas necesidades de imprescindible investidura democrática y separación de poderes que representan los fundamentos del Estado de derecho y del derecho penal liberal.

Y este es entonces el único modelo constitucional posible desde mi punto de vista. No hay alternativa a un derecho penal delineado en términos garantistas y, de hecho, el derecho penal está legitimado por las garantías. Hoy en día, y no solo en el sentido común, las garantías se perciben cada vez más como un adorno molesto, también en consonancia con una importancia cada vez más relevante atribuida a la víctima, y no al acusado. En esta reflexión sobre la legalidad y su formulación en la constitución es, por tanto, imprescindible recordar –teniendo en cuenta los puntos más generales y específicos evocados– que el derecho penal es tal y reconocible en su especialidad solo si es un derecho penal de garantías; es decir, un derecho penal de los límites. En definitiva, solo si es derecho penal liberal, y no únicamente constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- BRICOLA, F., “Voce Teoria generale del reato”, en *NSSDI*, vol. XIX, Utet, Torino, 1973 (estratto, 1974), p. 1.
- _____, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *Questione criminale*, 1980, p. 179.

- DONINI, M., “Voce Teoria del reato”, en *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV, Torino: Utet (1999), p. 221.
- _____, *Teoria del reato. Una introduzione*. Padova: Cedam (1996).
- FIANDACA, G., *Legalità penale e democrazia, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXVII, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007, pp. 1247 y ss.
- GALLO, M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino: La legge penale (2020).
- MANES, V., “Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale). Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese”, en www.cortecostituzionale.it.
- _____, “La Corte muove e, in tre mosse, dà scasso a “Taricco”. Note minime all’ordinanza della Corte Costituzionale n. 24”, en *Diritto penale contemporaneo*, 13 de febrero de 2017.
- _____, “Taricco, finale di partita”, en AMALFITANO, C. (a cura di), *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Milano (2018), pp. 407 y ss.
- MANES, V. y CAIANIELLO, M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino (2020), pp. 173 y ss.
- MANES V. y MAZZACUVA, F., “Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell’esecuzione penale”, en *Sistema penale*, 23 de marzo de 2020.
- PALAZZO, F., “Voce Legge penale”, en *Dig. Disc. Pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 338.
- _____, *Corso di diritto penale*, Torino: Giappichelli, (2021).
- _____, “Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXVII, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007, pp. 1279 y ss.
- SCOLETTA, M., “L’impatto sostanziale della CEDU sui principi fondamentali della materia penale nell’ordinamento interno: resistenze, desistenze, prospettive”, en GRASSO, MAUGERI y SICURELLA (a cura di), *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale*, Pisa (2020), pp. 203-260.
- _____, “El principio de legalidad penal europeo”, en DIEZ-PICAZO y NIETO MARTIN (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Pamplona (2010), pp. 145 y ss.
- SILVESTRI, G., “Corte Costituzionale, sovranità popolare e ‘tirannia della maggioranza’”, en *Questione Giustizia*, 1, 2019.

- VASSALLI, G., “Nullum crimen, nulla poena sine lege”, en *Digesto discipline penalistiche*, 1994, pp. 281 y ss.
- VIGANÒ, F., “Il nullum crimen contesto: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’”, en *Diritto penale contemporaneo*, 5 aprile 2017, pp. 9 y ss.
- _____, *L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, en *Studi in onore di Mario Romano*, IV. Napoli: Jovene (2011), 2.704 pp.
- VOGLIOTTI, M., “voce Legalità”, en *Enc. Dir.*, VI, 2013, pp. 374 y ss.
- VASSALLI, G., “Nullum crimen, nulla poena sine lege”, en *Digesto discipline penalistiche*, 1994, pp. 281 y ss.