

..

**CONVENCION EUROPEA Y PRINCIPIO  
DE LEGALIDAD**

**Luciano Pettoello Mantovani**  
Profesor de Instituciones de Derecho  
y Procedimiento Penal de la  
Universidad "La Sapienza" de Roma



La categórica simplicidad del artículo 7, con el que la Convención europea reconoce el principio de legalidad, esconde por el contrario, si se observa con atención, un contenido denso en problemas.

Leamos el texto de la norma: "1.- Nadie puede ser condenado por una acción o una omisión que en el momento en que fue cometida no constituía delito según el derecho interno o según el derecho internacional. Igualmente no se puede infligir pena alguna superior a la que era aplicable en el momento en el que fue cometido el delito.

2.- El presente artículo no es obstáculo para el enjuiciamiento y la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento en que fue cometida, era criminal según los principios generales de derecho reconocidos en las naciones civilizadas".

Con todo, hay que distinguir entre los dos apartados, entre las diferentes cuestiones que plantean.

En el primer apartado las dos máximas legales encuentran una consagración perentoria: *nullum crimen* y también *nulla poena sine lege*. No hay ninguna duda. Mas es precisamente aquí donde comienzan las dificultades, las de orden penal, quiero decir, ya que mi propósito es obviamente ocuparme tan sólo de ellas. Se advierte en primer lugar que la disposición a la que nos enfrentamos no habla en realidad de *ley*, sino de *derecho*, bien interno o bien internacional, por lo cual, con esa diversa terminología, se plantea el problema, absolutamente penal, de acertar con el criterio según el cual un hecho es reconocido como *crimen*.

En el plano del derecho internacional se ha respondido con una aclaración que no le sirve al penalista de ayuda de ninguna clase: se ha dicho, en efecto, que la Convención ha hablado de derecho antes que de ley, dada la diversidad de tradición jurídica de los Estados miembros, algunos comprometidos con el principio de la "reserva de ley", otros en cambio caracterizados por el sistema de la *common law*; por lo cual, ante la necesidad de encontrar un denominador común válido en ambos casos para precisar lo que es ilícito, se ha dado con un elemento, (el del "derecho", precisamente) que resulta necesariamente genérico.

Explicación inaceptable ciertamente, en referencia a un problema como es el de las fuentes, pero totalmente decisiva en relación a una cuestión de sustancia como es la de los contenidos de delito. Porque lo que sobre todo le interesa al derecho penal —y especialmente en un momento internacional como éste— no es razonar, por necesario que pueda ser, sobre la naturaleza de las normas, sino más bien la individualización y la indicación de lo que es ilícito. Quiero decir a este respecto que la misma afirmación de un *principio de legalidad* bajo forma de *derecho* más que bajo forma de *ley* debe ser mantenida en el plano de un derecho penal internacional sustancialmente concebido, carente desde luego de significado. Y lo digo no como paradoja, sino como corolario de una idea acerca de la máxima del *nullum crimen* expresada ya por mí en su momento

prescindiendo de problemas internacionalistas, y finalmente recogido por mi casi homónimo, el estimado Mantovani, en un reciente y agudo escrito.

Es aquí, en mi opinión, donde el verdadero problema se presenta en sus términos concretos y particulares, unido a los que lo señalan en el derecho penal común.

Detengámonos por el momento en la “*ley*”. Lo que digamos con respecto a ella valdrá igualmente en relación al “*derecho*”.

*Principio de legalidad y certeza del derecho* han sido siempre considerados por la ciencia jurídica como sinónimos, o mejor, el primero como medio de actuación de la segunda. Nada más falso. Se puede adoptar el principio de legalidad, se puede establecer la ley como exigencia, y en realidad no derivarse todavía de ello la certeza del derecho. ¿Por qué? Miremos la cuestión más de cerca. Vista en las relaciones reales que en ella se encierran, descubrimos con toda facilidad cómo la certeza del derecho, a la que se aspira justamente, encuentra en el principio de legalidad, del que nos fiamos con demasiada ingenuidad, una realización tan sólo formal y capaz por tanto de traicionarnos.

Quiero aducir aquí la normativa del ilícito civil extra-contractual o aquiliano, aunque no se haya reflexionado sobre ella y por lo mismo resulte tal vez ajena a la presente problemática. ¿No se trata aquí propiamente de una *ley* que sancione la responsabilidad cuando un sujeto provoca un “daño injusto”? ¿Pero quién es capaz de demostrar algo de *cierto* en este “injusto” llamado a definir el daño? La norma no especifica nada. Está claro entonces que será tan sólo una especificación posterior —la del magistrado— la que fundamente la acusación.

La hipótesis está tomada fuera, en el ámbito del derecho civil, pero, si se va al fondo del problema, resulta incontestable que tal fórmula particular se encuentra en una perfecta aunque olvidada analogía con las “cláusulas generales” de la legislación penal nazi, según las cuales asimismo, lo ilícito se configuraba sin la determinación de sus componentes. Por poner sólo un ejemplo: se considera delito en este caso la lesión de los “intereses de la colectividad”. De donde resulta que una *ley* también penal puede ser o no ser todavía *certeza*. Y no se diga que me estoy refiriendo a una situación normativa anómala, que ya ni siquiera es problema, porque una experiencia jurídica y política como la del nazismo está ya superada, gracias a Dios. Esto ni se puede ni se debe decir, porque incluso en el período nazi, lo que se hizo desde el punto de vista penal no fue una ruptura del sistema normativo sino, por el contrario, una refinadísima reconstrucción, donde todo encajaba a la perfección. Y en realidad no se puede negar que los juristas de la época hicieron al régimen una contribución extremadamente valiosa, aunque el estudioso, si es honesto y está libre de prejuicios, no podrá menos de reconocer la lógica y el rigor de las ideas absolutamente perversas que se defienden.

Sería ingenuo pedir al respecto etiquetas totalitarias. Basta que un Estado diga que quiere que el contenido de los ilícitos penales por él sancionados esté más unido a las cosas, sea más flexible, para que a un juicio de antijuridicidad que recae en las situaciones prohibidas por la ley sustituya el de antisocialidad; algo, pues, que sustituya lo formal y determinado de la prohibición por lo sustancial y casi inaprensible del juicio justificado a veces en daño de la comunidad, y establecido por tanto como prohibición. Tam-

También en este caso se trata, ciertamente, de *delito*. Tampoco se abandona el ámbito del *hecho* para echarse en brazos del ámbito del *reo*, pero a pesar de todo el salto cualitativo penal es más que evidente: si se juzga la antisocialidad en lugar de la antijuridicidad, se establece en realidad como criterio de valoración aquello que debería ser objeto a valorar. Y sin embargo nadie sería capaz de contestar la plena ortodoxia legal de un sistema penal como éste, si un Estado pretendiera introducirlo en el marco de la comunidad internacional.

La trampa está en la bivalencia, liberal y totalitaria, del principio de legalidad. Por eso precisamente decía que el término “derecho”, usado por el artículo 7 en lugar del término “ley”, no da lugar a incertidumbres normativas especiales.

En cuanto a la primera expresión, por lo que concierne a nuestra “ley”, si no se lesiona el principio de legalidad, el Estado es totalmente soberano para estructurar esta o aquella norma de dos maneras inaceptables ambas: esto es, forjándola de acuerdo con el caso en cuestión, o independientemente de él. Elección que parecería desde luego de mera oportunidad técnica si no fuese por lo que por este camino es posible hacer normativamente, políticamente, y por lo que, como hemos podido ver, hacen los totalitarismos.

En cuanto a la segunda expresión, por lo que concierne al “derecho” anglosajón, no se puede hablar de opciones realizadas caso por caso, ya que ha habido una opción radical cuando los Estados a los que nos referimos han adoptado un sistema normativo libre de ataduras formales.

Despejado de este modo el campo por una distinción que se revela exterior y justificada sólo por un uso repetido no meditado, se puede, en este sentido, observar que nuestra “ley” no es más cierta que el “derecho” anglosajón sólo porque esté dotada de una consagración formal de la que el segundo no puede en cambio presumir. Y por lo tanto, ni una “ley” es más ni un “derecho” menos.

En realidad, tanto la una como el otro se encuentran, en cuanto a certeza, he pretendido demostrarlo, en una posición absolutamente idéntica: una posición sin definir, a la expectativa, porque en las confrontaciones entre ambos será necesario efectuar de vez en cuando una criba —la única verdaderamente decisiva— con el fin de verificar si la acción o la omisión de que habla el artículo 7 de la Convención, *esa* acción o *esa* omisión que se ha cometido, es para el sujeto encuadrable en el esquema de lo ilícito.

Lo que será diferente es sólo el modo como se realice tal criba. En la hipótesis de la “ley” se considerará que hay certeza cuando se revele que la norma es conforme con el criterio del caso en cuestión, porque sólo en tal caso se podrá decir que es portadora de una naturaleza liberal y queda por otra parte al abrigo de interpretaciones de tipo totalitario. En la hipótesis del “derecho” de la *common law* en cambio, habrá que fiarse, como pretende tal sistema normativo, de los tipos de delito que una convergencia de *cases* ha venido a configurar.

¿Interpretación ésta sectaria del principio de legalidad? No tengo dificultad en reconocerlo: en cuanto sectorial (en el ámbito de las “leyes” he hecho en realidad la distinción derivada de la existencia al menos, de un tipo de delito) es, sin género de duda,

sectaria. Pero fijémonos en la cuestión: ¿no es verdad tal vez que en el campo penalista cualquier toma de posición se hace precisamente en función de esa parcialidad que se llama ideología? Lo que yo quiero hacer hoy es una invitación: a dejar de lado en el presente problema los formalismos —que aplicando tan sólo etiquetas pasan de contrabando contenidos ocultos— con el fin de dotar a lo que es formal por naturaleza, es decir, la ley, de la sustancia que necesita.

Nada por tanto de incorrecto normativamente. ¿Cómo no comprender, por lo demás, que si la “ley” configurada por el Estado totalitario libre de vínculos internos con el fin de sorprender dondequiera que sea la antisocialidad, constituye, en el plano normativo, un procedimiento totalmente inaceptable, tan inaceptable es para nosotros, que anteponemos al bienestar de la colectividad la libertad de la persona humana, considerar como único procedimiento normativo ese procedimiento tipificador que muestra con total certeza las prohibiciones al sujeto?

Este *fin de non recevoir* que opongo yo a un modo en el fondo correcto de construir las “leyes” no es sólo algo teórico, sectorial o parcial que se pretende definir, sino que tiene en cuenta, sobre todo, aquello con lo que podemos encontrarnos en la realidad. Las tentaciones totalitarias se llaman en efecto así, no tanto porque hay quien nos hace sentir engañosamente su fascinación, sino sobre todo porque es el orden opuesto, con sus debilidades, que tienta a los totalitarismos.

Resulta, por lo demás, ocioso señalar que la toma de posición aquí asumida en el tema de la “ley” halla su comprobación precisamente en la idea inspiradora del documento que me he propuesto tomar como objeto: su misma denominación se refiere a la “salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales”, mientras que el artículo 1º introduce la normativa declarando que “las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona sujeta a su jurisdicción los derechos y las libertades definidos en el título primero de la presente Convención” (los demás títulos contienen normas de procedimiento).

Se ha tratado, por tanto, de respetar la voluntad de la Convención, protegiendo el “derecho” de que habla el artículo 7, de cualquier excepción capciosa que pretendiera afirmar en la “ley” aquello que efectivamente podría ser afirmado. Se ha tratado, pues, de hacer comprender que en el contexto normativo en el que la Convención ha insertado el principio de legalidad —que se ha visto que es de dos caras— si la “ley” requerida debe tener un significado, éste puede manifestarse solamente como exigencia de certeza a favor del individuo, de modo que cada cual sea capaz de reconocer lo que es delito.

De este modo, pues, también en el plano de la Convención coinciden la “ley” de los continentales y el “derecho” de los anglosajones: con la misma problemática y, en última instancia, con el mismo significado. Por lo cual, la terminología que encontramos en el artículo 7 puede definirse como no insuficiente, aunque sea siempre necesario hacer una distinción drástica en relación con la “ley” a la que puede referirse la expresión “derecho” utilizada en la disposición. Con referencia a la “ley” —añado—, propia de los continentales, pero no en relación al “derecho”, propio de los anglosajones, y ello se explica ante todo por la diferente naturaleza nuestra y de ellos, por el respectivo modo diverso de gestionar la socialidad que subyace a las instituciones, resulta que sólo

entre nosotros son los Estados quienes tutelan las propias estructuras mediante la “reserva de ley” (la cual, además, en ausencia de tipicidad tampoco basta, ya lo hemos visto, para evitar arbitrariedades), mientras que la tipicidad sin más y sin que exista ley alguna es lo que viene a constituir una norma de la *common law*.

Las consideraciones hechas hasta aquí, las cuales conciernen a la hipótesis según la cual la acción o la omisión constituyen delito “según el derecho interno” (entendido ya como ley de los continentales, ya como norma de los anglosajones), se pueden repetir en la hipótesis, prevista por el artículo 7, apartado primero, donde la acción o la omisión constituyen, en cambio, delito “según el derecho internacional”. En este caso, sólo las fuentes son en realidad diferentes, porque las normas están dictadas por tratados o por costumbres. Pero la exigencia, que es pretender en los términos antedichos un caso en cuestión, sigue siendo la misma; también para las costumbres, para las que obviamente vale el discurso tenido más arriba en orden al derecho de la *common law*.

Otra cosa totalmente distinta de esta primera parte del artículo 7 debe decirse del segundo apartado de la disposición, en el que se lee: “El presente artículo no será obstáculo para el enjuiciamiento y la condena de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que fue cometida, era criminal según los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Frente a las críticas demasiado fáciles hechas en relación a una excesiva vaguedad de la disposición en cuestión, quiero decir que si ello legitima ciertamente tanto un “procesamiento” como una “condena” también cuando una acción o una omisión no constituyen delito ni “según el derecho interno” ni “según el derecho internacional” (las dos condiciones requeridas por el primer apartado de la disposición), es igualmente verdad que la persona debe ser “culpable de una acción o de una omisión que, en el momento en que fue cometida, era criminal según los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Lo que me parece suficiente para advertir en esta segunda parte del artículo 7 una idea de “culpabilidad” que, incluso no siendo la misma de la primera parte, donde el punto de referencia es de algún modo un caso en cuestión, lo que equivale a decir *una garantía para el individuo*, no puede decirse claramente que esté por ello abierta a supercherías: hablamos de los “principios generales de derecho”, es decir, de la *garantía que se han dado las naciones civilizadas*.

Con esta lección he querido hablar de la exigencia de lo que yo mismo suelo definir como la prótesis penalista del principio de legalidad, es decir, de la conformación de la *legalidad* según el *caso en cuestión* como baluarte contra cualquier posible abuso de tipo autoritario. Los dos datos coinciden: sin un caso en cuestión una legalidad es impotente, sin una legalidad, un caso en cuestión, al menos en nuestro sistema, es un sinsentido.

En el enfoque del tema he tomado como objeto el artículo 7 de la Convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, no ciertamente con el fin de ofrecer su reconstrucción interpretativa poniendo el precepto en relación con todos aquéllos que componen ese documento normativo. A otros corresponde esa tarea, porque ellos tienen competencia para ello. Han de ser los estudiosos de los textos internacionales los que traten de esta cuestión.

Yo he intentado aquí tan sólo repetir mi fe irrenunciable en la persona humana, frente a cualquier realidad que pretenda negármela. Y he manifestado, como penalista, el deber de dar testimonio de ello.