

RESERVA DE LEY, PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PROCESO PENAL *

Gabriel PÉREZ BARBERÁ**

Fecha de recepción: 13 de octubre de 2015

Fecha de aprobación: 20 de octubre 2015

Resumen

En este trabajo se analiza cuál es el principio que gobierna el ámbito de las injerencias estatales en el marco del proceso penal. Con este propósito, se presentan el principio general de reserva de ley y el principio de legalidad propio del Derecho penal material. Luego, se evalúan las razones en las que se apoya la tesis que sostiene que en el Derecho procesal penal debe regir este último, para, finalmente, demostrar por qué existen mejores motivos para considerar, en cambio, que en el marco del proceso penal debe gobernar el principio general de reserva de ley.

Palabras clave: Reserva de ley – Principio de legalidad – Injerencias estatales – Derecho procesal penal – Derecho penal material – Proporcionalidad

Title: Legality, Nullum Crimen Sine Lege and Criminal Procedure

Abstract

This paper analyzes the question of what principle regulates the scope of state interferences in the Criminal Procedure. With this purpose in mind, the general principle of legality and the nullum crimen sine lege principle are presented. Then, the underlying rationale of the thesis that

* Pude llevar a cabo este trabajo —que forma parte de una investigación más extensa— gracias a una beca posdoctoral para científicos experimentados de la Fundación Alexander von Humboldt, a quien expreso aquí mi gratitud. Agradezco también a tres evaluadores anónimos sus sugerencias y observaciones.

** Profesor titular (catedrático) por concurso de Derecho penal en la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesor de Derecho procesal penal profundizado en la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Contacto: gperezbarbera@gmail.com.

stipulates that the *nullum crimen sine lege* should be applied in the Criminal Procedure is evaluated in order to, lastly, demonstrate why there are compelling reasons to consider that in the criminal process the principle of legality should prevail.

Keywords: Principle of legality – Nullum crimen sine lege – State interferences – Criminal Procedure – Criminal Law – Proportionality

Sumario

I. Introducción; II. El principio general de reserva de ley en Alemania; III. Explicación del *nullum crimen sine lege* conforme a un modelo constitucional; IV. El principio de legalidad del Derecho penal material como reserva de ley especial y su relación con el principio general de reserva de ley; 1. Ventajas del acercamiento dogmático entre ambas reservas de ley; a) Vinculación de la reserva de ley penal a los principios democrático y del Estado de derecho; b) Vinculación de la reserva de ley penal al mandato de proporcionalidad; c) Vinculación de la reserva de ley general al más robusto desarrollo teórico de la reserva de ley penal; 2. Resumen; V. ¿Vigencia del principio general de reserva de ley también en el Derecho penal?; VI. ¿Vigencia del principio de legalidad del Derecho penal material también en el Derecho procesal penal?; 1. Introducción; 2. El plano normativo: menor flexibilidad para las leyes penales materiales; 3. El plano fáctico: la jurisprudencia constitucional alemana respecto a la forma y contenido de las leyes restrictivas de derechos fundamentales; a) La prohibición de retroactividad contraindividual; b) El mandato de determinación; c) La prohibición de analogía contraindividual; d) El mandato de proporcionalidad; e) La prohibición del derecho consuetudinario o de la costumbre como fuente legislativa; f) Reflexión final; a) El origen histórico del principio de legalidad; b) La formulación literal del principio de legalidad penal en Alemania; c) La ratio legis del principio de legalidad penal; d) La supuesta imposibilidad de separación estricta entre Derecho penal material y Derecho procesal penal; VII. Conclusión

I. Introducción

En otro lugar me he ocupado de analizar si la actividad probatoria del Derecho procesal penal está sujeta (total o parcialmente) a alguna reserva de ley, esto es, a la existencia de ley previa y formal que exprese la autorización en forma taxativa. La conclusión fue que dicha sujeción a ley previa es, en efecto, obligatoria —y por imperio constitucional— si la medida probatoria de que se trata importa una injerencia no bagatelaria en un derecho individual de carácter fundamental.

En esos términos interpreté la cláusula del art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), que exige precisamente autorización legal previa, formal y expresa para toda injerencia estatal que restrinja o afecte derechos fundamentales.¹

El art. 30 de la CADH consagra, en efecto, una reserva de ley general, válida para todo el ordenamiento jurídico. Ahora bien, el Derecho penal material tiene, como es sabido, su reserva de ley específica: el principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), consagrado en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional argentina (en adelante CN) y en el art. 9 de la CADH, entre otros textos convencionales que en Argentina tienen jerarquía constitucional. Es sabido que este último principio goza no sólo de una notable reputación y tradición, sino que ha sido objeto de un examen dogmático muy riguroso, el cual, al menos en el ámbito hispanoparlante, es notoriamente más detallado que el que —en la dogmática constitucional— se le ha dedicado a aquella reserva de ley general (en Argentina, de hecho, la dogmática del principio general de reserva de ley es casi desconocida en el ámbito penal e incluso en el procesal penal). Seguramente ese ha sido un motivo para que, entre nosotros, algunos procesalistas hayan sostenido que la reserva de ley que rige en el Derecho procesal penal es la del Derecho penal material. Dicho de otro modo: que el *nullum crimen sine lege* rige también en el Derecho procesal penal.

Existen, sin embargo, considerables reparos a la idea de que el principio de legalidad del Derecho penal material rija también en el Derecho procesal penal. Y buenas razones para pensar que, si se insiste en esa tesis no obstante tales reparos, es porque por algún motivo se desconfía de la fuerza normativa que la reserva de ley general podría tener en un ámbito tan delicado como lo es el del proceso penal. En ese sentido, podría plantearse a modo de hipótesis que la tradición que rodea al *nullum crimen sine lege* es tan fuerte que parecería que, desde el Derecho procesal penal, se prefiere acudir a él para someter a determinadas injerencias estatales producidas en ese contexto a las exigencias de ley previa, cierta, estricta y escrita, aun cuando ello implique forzar los límites de la reserva de ley específica del Derecho penal material.

Es verdad que, en Argentina, esa es una propuesta todavía algo aislada. Pero en Alemania, pese al notable desarrollo dogmático del que —en el derecho constitucional— goza allí también el principio general de reserva de ley, existen algunas voces (minoritarias pero prestigiosas) que

¹ Cf. PÉREZ BARBERÁ, “A prova como informação e a ‘autodeterminação informacional’ como direito”, en prensa, en AA.VV., *Ciência penal em perspectiva comparada: ensaios e reflexões*, Birigui, Boreal, 2015.

sostienen que la reserva de ley que rige en el Derecho procesal penal es la del Derecho penal material, y ofrecen en apoyo de ello razones interesantes. Es claro entonces, a mi modo de ver, que esta opinión —que considero equivocada— merece atención, y un examen minucioso. Rebatir esa tesis exige, en efecto, un esfuerzo crítico bastante más considerable que el que *prima facie* podría parecer suficiente a partir de la idea simple de que, en el Derecho procesal penal, no tiene por qué regir una reserva de ley *especial* (la del Derecho penal material) si hay una de carácter *general* que, precisamente en virtud de ese alcance amplio, la abarcaría sin mayores inconvenientes.

En lo que sigue describiré, desde la óptica que interesa a este trabajo, las características centrales tanto del principio general de reserva de ley (II) como de la reserva de ley especial del Derecho penal material o *nullum crimen, nulla poena sine lege* (III). Luego mostraré que, por razones metodológicas, es muy conveniente el acercamiento dogmático entre ambas reservas de ley (IV). Posteriormente argumentaré a favor de que la reserva de ley general pueda tener alguna aplicación en el Derecho penal material (V), y en contra de la tesis de que la reserva de ley penal pueda tener aplicación fuera del Derecho penal material (VI). Con respecto a esto último mostraré, en primer lugar, por qué puede decirse que, en principio, hay buenas razones para pensar que el *nullum crimen* rija también en el Derecho procesal penal, es decir: por qué esta tesis es seria y merece atención (VI.1). Pero, en segundo lugar, procuraré demostrar por qué, no obstante, hay mejores razones que muestran que, en rigor, la reserva de ley que rige en el Derecho procesal penal es la general (art. 30 CADH, art. 20.III de la Constitución alemana [CA]) y no la especial del Derecho penal material (VI. 2, 3). La argumentación tendrá como base al derecho positivo alemán y a la doctrina y jurisprudencia de ese país, porque allí es donde este problema ha sido abordado con particular detalle. Sus resultados, sin embargo —y como se verá— son enteramente aplicables a los derechos positivos de nuestra región.

II. El principio general de reserva de ley en Alemania

En Alemania, la formulación clásica del principio general de reserva de ley reza: la injerencia estatal *en la libertad o en la propiedad* de los ciudadanos debe estar expresamente autorizada por ley.² “Reserva de ley” (*Vorbehalt des Gesetzes, Gesetzesvorbehalt*)³ significa fundamentalmente que “la

² Cf. KLOEPFER, “Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel”, en *JZ*, 1984, pp. 685 ss.; HUSTER/RUX, “Art. 20”, en *GG-Epping/Hillgruber*, Múnich, C.H. Beck, 2009, n.º m. 159; KREBS, “Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes”, en *Jura*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1979, pp. 304 ss.; GRZESZICK, “Art. 20, VI: Die

administración, en determinadas constelaciones, sólo puede actuar a partir de una fundamentación que tenga por base una ley”.⁴ Se lo denomina principio “*general*” de reserva de ley porque se diferencia, precisamente por su mayor generalidad, de otras reservas de ley específicas, como las reservas de ley especiales para los derechos fundamentales⁵ y la reserva de ley especial del Derecho penal material.⁶ Su desarrollo central —en Alemania— ha tenido lugar dentro del ámbito del derecho constitucional y, también, en el del derecho administrativo. Con este principio general, al menos en relación con algunos temas, la *ley* (en sentido formal o material, según los casos) ha logrado imponerse como un límite rígido para ciertas competencias de las tres funciones estatales.⁷

Si esa autorización previa debe ser dada por una ley en sentido formal, entonces allí la reserva de ley se intensifica y se trata ya de una “reserva de Parlamento”, que es la que resulta exigible cuando la actuación estatal consiste en una injerencia en un derecho fundamental o constitucional. En este caso, la reserva de ley obliga a que la medida estatal en cuestión esté autorizada en forma previa y taxativa, es decir, a través de una norma ya vigente al momento de tomarse esa medida y que se refiera a ella de manera expresa y clara,⁸ además de escrita y proporcional. Para esas constelaciones queda excluida, por tanto, la posibilidad de que la autorización legal previa sea inferida a partir de una norma que sea una mera cláusula general (como por ejemplo el denominado “principio de libertad probatoria”), o que mantenga una relación de analogía con la medida concreta en cuestión, o que esté fundada en la costumbre o que sea desproporcionada. Del principio *general* de reserva de ley se infieren entonces las prohibiciones de retroactividad (*lex praevia*), de analogía (*lex stricta*) y de la costumbre como fuente (*lex scripta*), así como el mandato

Verfassungsgrundsätze des Art. 20 Abs. 3 GG”, en *GG-Maunz/Dürig*, Múnich, C. H. Beck, 2007, n.º m. 75; OSSENBÜHL, “Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes”, en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen*, 3.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2007, § 101, n.º m. 21; RUDOLPHI, “Vorbemerkungen vor § 94”, en *SK-StPO*, Múnich/Unterschleissheim, Luchterhand, 1994, n.º m. 14, p. 9, con más referencias bibliográficas.

³ ROGALL (*Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1992, p. 12), entre otros, aclara expresamente que emplea las expresiones “*Vorbehalt des Gesetzes*” y “*Gesetzesvorbehalt*” de modo equivalente: ROGALL, *Informationseingriff* (1992), p. 12.

⁴ GRZESZICK, *supra* nota 2, n.º m. 75.

⁵ Como por ejemplo la reserva de ley especial establecida por la CN en el art. 18 para la restricción a la garantía de la inviolabilidad del domicilio: “una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

⁶ Cf. al respecto ya MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., Múnich/Leipzig, Duncker & Humblot, 1914, t. I, p. 71; cf. también KREBS, *supra* nota 2, p. 306; KLOEPFER, *supra* nota 2, p. 687; RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 16.

⁷ Así, por todos, GRZESZICK, *supra* nota 2, n.º m. 75.

⁸ Cf. al respecto, por todos, OSSENBÜHL, *supra* nota 2, § 101, nm. 14 ss.

de determinación (*lex certa*) y el de proporcionalidad.⁹ Dichos corolarios no son, pues, exclusivos del principio de legalidad del Derecho penal material, sino de toda reserva de ley que tenga la fuerza de una reserva de Parlamento.

En Argentina rige una reserva de Parlamento de estas características en virtud de lo dispuesto por el art. 30 de la CADH,¹⁰ y tiene por tanto rango constitucional. Si, en cambio, para autorizar la actividad estatal se exige ley previa, pero basta con que dicha autorización provenga incluso de resoluciones generales y abstractas del Poder Ejecutivo porque no está en juego un derecho fundamental, entonces se trata de una “simple reserva de ley”.¹¹

Es importante señalar, finalmente, que el principio general de reserva de ley (en especial en su forma de reserva de Parlamento) tiene en Alemania una importante tradición *también en el ámbito específico que aquí interesa, que es el del Derecho procesal penal*. Así, el gran comentarista de la Ordenanza Procesal Penal alemana, Hans-Joachim RUDOLPHI, sostiene: “Desde siempre, el principio según el cual las injerencias estatales en la libertad y en la propiedad del ciudadano requieren de una autorización legal, conforma un componente constitutivo de nuestro orden constitucional democrático y propio de un Estado de derecho”.¹² De todas formas, las fuentes muestran que también los procesalistas alemanes, para determinar el campo de aplicación del principio de reserva de ley en relación con el proceso penal, acuden ante todo a los desarrollos teóricos elaborados sobre él en la dogmática del derecho constitucional y administrativo.¹³

⁹ *Ibidem*. La cuestión de la vinculación del principio de proporcionalidad con el principio de reserva de ley se abordará con detalle más adelante.

¹⁰ Dicha norma reza: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en la Opinión Consultiva 8/86 del 09/05/1986, ha sostenido que el término “leyes” de ese texto convencional debe ser entendido como *ley en sentido formal*, esto es, emanada del Parlamento de conformidad con el pertinente procedimiento establecido por la Constitución. De acuerdo con esto queda claro, pues, que, según la CIDH, el art. 30 de la CADH establece una *reserva de Parlamento*.

¹¹ Se ofrece un abordaje detallado de toda esta problemática en PÉREZ BARBERÁ, *El principio general de reserva de ley (o principio general de legalidad) en la doctrina alemana*, en RIVERA/ELIAS/GROSMAN/LEGARRE (dir.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. I, pp. 330 ss.; cf. asimismo KREBS, *supra* nota 2, pp. 311 s.

¹² RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 14.

¹³ Cf., entre otros, RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 14 ss.; ROGALL, *supra* nota 3, pp. 11 ss.

III. Explicación del *nullum crimen sine lege* conforme a un modelo constitucional

El principio de legalidad del Derecho penal material está previsto en Alemania tanto en la Constitución (art. 103.II) como en el Código Penal (§ 1), con el mismo tenor literal en ambos preceptos: “un hecho sólo puede ser penado si su punibilidad está ya determinada por ley con anterioridad a su comisión”. Llama la atención, sin embargo, que el tratamiento que recibe este principio por los penalistas alemanes es muy diferente al que le prodigan los constitucionalistas de ese país, en especial en la literatura de comentarios. Esta peculiaridad, ciertamente muy evidente, fue tematizada en Alemania sin embargo recién en 2007, en un artículo de KUHLEN.¹⁴ Allí este autor observa —y con razón— que los comentaristas del Código Penal, por lo general, se limitan a destacar la tradición estrictamente *jurídico-penal* de este principio, y a explicar en forma separada cada una de sus ya mencionadas consecuencias: prohibición de la retroactividad (*lex praevia*), mandato de determinación (*lex certa*), exclusión de la costumbre como fuente del Derecho penal (*lex scripta*) y prohibición de la analogía (*lex stricta*). Los comentaristas de la Constitución, en cambio, además de abordar esos temas, se preocupan especialmente por destacar el contexto general, de base *constitucional*, del cual el principio de legalidad penal forma parte como una manifestación simplemente especial.¹⁵

Es precisamente ese punto de vista propio de los constitucionalistas alemanes el que permite explicar al principio de legalidad del Derecho penal material *como una reserva de ley específica*, que la CA ha consagrado expresamente para el ámbito particular del Derecho penal material en el art. 103.II, pero que participa de las mismas notas conceptuales que caracterizan al *principio general de reserva de ley* consagrado implícitamente en el art. 20.III de esa misma Ley Fundamental.¹⁶

¹⁴ Cf. KUHLEN, “Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot”, en *FS-Otto*, Berlín, Heymanns, 2007, pp. 89 ss. Hay, no obstante, literatura jurídico-penal previa —de todos modos minoritaria— que, sin tematizar la cuestión, opta por el punto de vista de los constitucionalistas para referirse al principio de legalidad, por considerarlo más fructífero (y de hecho llega a conclusiones no usuales para la doctrina penal dominante): así, entre no muchos otros, KREY, “Parallelitäten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt”, en *FS-Blau*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1985, pp. 123 ss.

¹⁵ Cf. KUHLEN, *supra* nota 14, pp. 89 ss.

¹⁶ Este es, en efecto, el punto de vista claramente dominante en la literatura constitucional: cf., entre otros, SCHMIDT-ASSMANN, “Art. 103.II”, en MAUNZ/DÜRIG (comps.), *Grundgesetz. Kommentar*, Múnich, C. H. Beck, 1992, n.º m. 163, 183; RADTKE/HAGEMEIER, “Art. 103”, en *GG-Epping/Hillgruber*, Múnich, C. H. Beck, 2009, n.º m. 23; RÜPING, “Art. 20.II”, en *BK-GG*, Heidelberg, C. F. Müller, 1990, n.º m. 34 ss. Cabe aclarar que también en Italia se emplea la expresión “reserva de ley” para hacer referencia al principio de legalidad del Derecho penal material, y también por parte de un autor que no es (solamente) un penalista, como Luigi FERRAJOLI. El profesor italiano distingue entre, por una parte, el principio de “mera legalidad”, que relaciona con la máxima más bien formal del requisito de ley previa, dirigida al juez y según la cual éste sólo puede calificar como delitos a los fenómenos así considerados por la ley, independientemente de sus

Sostiene KUHLEN,¹⁷ en esa línea, que “la concepción del principio de legalidad como manifestación especial de la *reserva de ley* general propia de un Estado de derecho, tan difundida en el derecho constitucional, permite alcanzar más claridad que su aislante escisión en sectores particulares”. Y en función de esto destaca dicho autor algo que es muy relevante para la presente investigación: si se considera al principio de legalidad ante todo como una reserva de ley, resulta sencillo concluir que su principal destinatario es también siempre el juez, y no sólo el legislador. Pues “reserva de ley”, según se ha visto ya, significa en lo fundamental que ninguna autoridad estatal puede afectar derechos individuales sin autorización previa de la ley, y esa autoridad, cuando se trata de injerencias estatales motivadas en la existencia de un proceso penal, es obviamente el juez.

Agrega KUHLEN, en tal sentido, que ya el mismo tenor literal de la cláusula constitucional que consagra el principio de legalidad (idéntica a la cláusula penal, como quedó claro) apoya esa conclusión. Pues, en efecto, cuando la Constitución y el Código Penal prescriben que “un hecho sólo puede ser penado... (si su punibilidad está ya determinada por ley con anterioridad a su comisión)”, están dejando en claro que se refieren a la facultad *del juez* de penar hechos, y no a la del legislador de fijar delitos y penas.¹⁸ Recuérdesse, por lo demás, que el art. 103.II de la CA (*i.e.*, el que consagra el principio de legalidad penal) está ubicado bajo la rúbrica que reza “De la jurisdicción” (*Die Rechtsprechung*), en el capítulo IX, a partir del art. 92, un dato también relevante para determinar el destinatario principal de aquella norma. En esta misma línea, Schroeder critica al Tribunal Constitucional Federal (TCF) cuando, en la sentencia sobre la “sentada” como medio de protesta (*Sitzblockade*), afirma que el principio de legalidad se dirige principalmente al legislador.¹⁹ Contra ello sostiene este autor que “el art. 103.II de la Constitución es un ‘derecho fundamental referido al Poder Judicial’ (*Justizgrundrecht*)”, y está dirigido a la jurisdicción”.²⁰

convicciones al respecto; y, por otra parte, el principio de “estricta legalidad”, que se relaciona con el mandato más bien material, dirigido al legislador, conforme al cual éste debe dotar a la ley de taxatividad y precisión, y describir como delictivos sólo a *hechos* (Derecho penal de acto) y no a características o modos de vida de personas (Derecho penal de autor). Conforme a este esquema, FERRAJOLI identifica al principio de reserva de ley únicamente con el primero de estos mandatos, a saber: el de respeto al requisito de ley previa, dirigido al juez. Al mandato dirigido al legislador lo denominan, en todo caso, “reserva absoluta de ley” (cf. FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 34 ss.).

¹⁷ Cf. KUHLEN, *supra* nota 14, p. 91.

¹⁸ Así KUHLEN, *supra* nota 14, p. 91.

¹⁹ Cf. SCHROEDER, “Sitzblockade keine Gewalt – BVerfG NJW 1995, 1141”, en *Juristische Schulung*, Múnich/Fráncfort, Beck, 1995, p. 876.

²⁰ *Ibidem*.

En el marco del modelo penal, en cambio, la doctrina dominante sostiene que el mandato de determinación y la prohibición de retroactividad se dirigen al legislador, mientras que la prohibición de la analogía y la exclusión del derecho consuetudinario o de la costumbre como fuente del Derecho penal tienen como destinatario al juez.²¹ Ello, sin embargo, iría en contra de la jurisprudencia tanto del TCF como del Tribunal Supremo Federal (TSF) alemanes, que en forma creciente vienen sosteniendo que el mandato de determinación se dirige también al juez, y que la prohibición de analogía tiene como destinatario también al legislador.²²

Pues bien, aquí simplemente cabe adherir a la opinión de KUHLEN, en el sentido de que, efectivamente, resulta erróneo considerar que el principio de legalidad está destinado en ciertos casos sólo al legislador. Conforme al sistema de la CA es claro que su principal destinatario es siempre el juez, además del legislador cuando corresponde. Y es cierto que resulta más sencillo arribar a esta conclusión si se adopta el modelo *constitucional* de fundamentación dogmática del principio, en lugar del modelo penal. Pues, conforme al primero, el principio de legalidad penal es entendido fundamentalmente como una reserva de ley, y toda reserva de ley constituye ante todo un mandato a los demás poderes del Estado de respetar al legislador, y a su vez un mandato al legislador de respetar la Constitución.

IV. El principio de legalidad del Derecho penal material como reserva de ley especial y su relación con el principio general de reserva de ley

1. Ventajas del acercamiento dogmático entre ambas reservas de ley

a) Vinculación de la reserva de ley penal a los principios democrático y del Estado de derecho

²¹ Cf. KUHLEN, *supra* nota 14, p. 89, con las pertinentes referencias bibliográficas, que incluyen aclaraciones respecto a algunos autores que no sostienen esto, o al menos no tan tajantemente. Entre esas excepciones cabe mencionar a HASSEMER/KARGL y a SCHMITZ, quienes afirman que la prohibición de retroactividad tiene como destinatarios tanto al legislador como al juez (cf. HASSEMER/KARGL, “§ 1^o”, en NK-StGB, 3.^a ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, vol. 1, n.º m. 42; SCHMITZ, “§ 1^o”, en MK-StGB, 2.^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2011, n.º m. 30); también cabe mencionar aquí a SATZGER, “§ 1^o”, en SSW-StGB, Colonia, Heymanns, 2009, n.º m. 49.

²² Cf. al respecto KUHLEN, *supra* nota 14, p. 90; *Die Verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg, Müller, 2006, pp. 94 ss., en ambos casos con las pertinentes referencias jurisprudenciales, entre las cuales cabe destacar la muy comentada tercera sentencia del TCF sobre el método de protesta conocido como “sentada” (BVerfGE 92, pp. 1 ss.), al menos según la interpretación que de ella ensaya AMELUNG, “Sitzblockaden, Gewalt und Kraftentfaltung - Zur dritten Sitzblockaden-Entscheidung des BVerfG”, en NJW, 1995, pp. 2584, 2586 (cf. al respecto nuevamente KUHLEN, *supra* nota 14, p. 90).

Está claro que tanto la reserva de ley general como la específica del Derecho penal material operan de la misma manera, a saber: ambas exigen al Estado (cada una para su respectivo ámbito de actuación) que, si pretende inmiscuirse en la libertad de un ciudadano restringiéndole un derecho fundamental, debe contar para ello con autorización legal, y que esa ley, además de ser previa al hecho, debe satisfacer determinados requisitos sustantivos, como, entre otros, el de ser determinada y estricta. También respecto a estas implicancias sustantivas el principio de legalidad penal es, por lo tanto, un principio de reserva de ley, sólo que específico para el Derecho penal material.²³

Ver el problema desde esta óptica, propia del mencionado “modelo constitucional”, resulta especialmente fructífero para la reserva de ley penal. Porque desde esta visión se enlaza al principio de legalidad penal de modo directo no sólo a sus tradicionales raíces estrictamente jurídico-penales (en particular las que lo vinculan con el principio de culpabilidad y con un determinado fin de la pena),²⁴ sino también a los principios de la democracia (o democrático) y del Estado de derecho,²⁵ de los cuales, en Alemania, se infiere el principio general de reserva de ley.²⁶ De esta manera, el principio de legalidad penal queda vinculado, también, a la densidad de exigencias normativas —formales y sustantivas— que, conforme al desarrollo actual del derecho constitucional, se infieren de aquellos principios que también funcionan como su fuente.

b) Vinculación de la reserva de ley penal al mandato de proporcionalidad

Ahora bien, además de lo anterior, la ventaja no sólo teórica sino también práctica más importante de una consideración del principio de legalidad penal ante todo como una reserva de ley —en sentido constitucional— es, a mi juicio, la posibilidad de considerar al mandato de *proporcionalidad* de las leyes que imponen penas como *otro corolario del principio de legalidad penal*, a sumar a los ya tradicionales de ley previa, cierta, estricta y escrita. Que la ley que autoriza la restricción de un derecho fundamental sea proporcional respecto de esa restricción (operada en

²³ Así, entre otros, KREY, *supra* nota 14, p. 123.

²⁴ Cf. al respecto, por todos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., München, C. H. Beck, 2006, n.º m. 5/22 ss.

²⁵ Hoy es ya usual que también al principio de legalidad penal se lo vincule directamente con estos principios: cf. nuevamente DANNECKER, “§ 1 (Keine Strafe ohne Gesetz)”, en *LK-StGB*, 12.^a ed., Berlín, de Gruyter, 2007, vol. 1, n.º m. 52; también HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.º m. 10; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1991, 4/4 ss.; y el mismo ROXIN, *supra* nota 24, n.º m. 5/19 ss.

²⁶ Véase al respecto PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 11, pp. 336 ss.

este caso mediante la pena) es, en efecto, una exigencia que cabe derivar, precisamente, de un principio de reserva de ley, en tanto establece la necesidad de ley —y de una determinada clase de ley— para legitimar injerencias estatales en derechos fundamentales. Porque, como quedó ya claro, una reserva de ley tiene por función establecer no sólo las exigencias formales de ley previa y ley escrita, sino también la de delinear las exigencias sustantivas que esa ley previa y escrita debe satisfacer para ser constitucionalmente válida como norma restrictiva de derechos fundamentales (a saber: la de ser determinada, estricta y *proporcional*). Es evidente, entonces, que el mandato de proporcionalidad de las leyes penales tiene que tener la misma fuente que esas otras exigencias sustantivas, y esa fuente no es otra que el principio de reserva de ley (en este caso, el especial del Derecho penal material o *nullum crimen sine lege*).

Dicho de otro modo, es en virtud *del principio de legalidad penal* que la *ley* que establece una pena debe ser *proporcional* (además de previa, cierta, estricta y escrita) para ser constitucionalmente válida en tanto restrictiva de derechos fundamentales. El principio de culpabilidad (o incluso el conocido entre nosotros como “*pro homine*”) es lo que en todo caso da fundamento al deber, dirigido al juez, de ordenar una *injerencia concreta* contra el individuo, como lo es la pena, que sea proporcionada; pero no al deber, dirigido al legislador, de dictar *leyes* que, en abstracto, establezcan penas (o cualquier otra clase de injerencia) proporcionadas. Este último deber se fundamenta en un principio de reserva de ley (especial como el *nullum crimen sine lege* si se trata de una pena o general como el del art. 20.III CA o el del art. 30 CADH si se trata de otra clase de restricción).

c) Vinculación de la reserva de ley general al más robusto desarrollo teórico de la reserva de ley penal

Pero también es fructífero para el principio general de reserva de ley que se lo vincule estrechamente al principio de legalidad penal, porque de ese modo aquel, aunque anterior en su origen histórico pero todavía con menor desarrollo teórico, se beneficia con la más densa y refinada elaboración dogmática de la que goza el principio de legalidad penal. Ello es especialmente importante para el tratamiento de los mandatos de determinación y de claridad, y de las prohibiciones de retroactividad y de analogía: cuando los constitucionalistas abordan estos

problemas se percibe claramente en sus expresiones la influencia de los desarrollos dogmáticos del Derecho penal material.²⁷

Sería deseable, incluso, una influencia aun más intensa desde el Derecho penal hacia el derecho constitucional, pues el principio de legalidad penal no es otra cosa que una reserva de ley, y —como se vio— *de ella* se derivan los mandatos de ley previa, cierta, estricta, escrita y proporcional. Si esto fuese leído con más atención desde el derecho constitucional alemán, se comprendería seguramente con más facilidad que es sistemáticamente más adecuado tratar esos requisitos como derivados específicos del principio general de reserva de ley, y no del principio —aun más general— del Estado de derecho o de una ambigua exigencia de “seguridad jurídica”, que es como habitualmente allí se procede.²⁸

2. Resumen

Es claro, en fin, que un acercamiento entre ambas formas de reserva de ley (la general y la especial del Derecho penal material) al momento de su abordaje dogmático trae beneficios para las dos. Pero, fuera de ello, es importante destacar una vez más que *ambos* principios rigen simultáneamente y que, en consecuencia, resulta pertinente especificar el ámbito exacto de aplicación de cada uno, así como las posibilidades de redundancia.

Dado que uno es general y el otro especial, y que por tanto para dirimir esa relación funciona sobre todo el principio de *lex specialis*, debe concretizarse aquí si —y en su caso en qué medida— el principio general de reserva de ley puede, no obstante, tener alguna aplicación en el ámbito penal material y, asimismo, si y en qué medida el principio de legalidad penal puede tener aplicación en otras áreas jurídicas fuera de la del Derecho penal material *stricto sensu*. Este último interrogante, cuya respuesta negativa ya ha sido adelantada, será tratado, para fundamentar dicha respuesta, en el apartado VI. En el apartado siguiente (V) corresponde, en cambio, ocuparse del primero, y el resultado constituirá una muestra más —y quizás la más importante desde un punto

²⁷ Cf. por ejemplo ROELLECKE, “Artikel 20 Grundgesetz. Kommentar”, en *GG-Umbach/Clemens*, Heidelberg, C. F. Müller, 2002, t.1, n.º m. 91 ss. Se reconoce, en tal sentido, que temas como la prohibición de analogía han sido tratados con especial detenimiento sólo en el ámbito del Derecho penal material (cf. por ejemplo JÄGER, “Grund und Grenzen des Gesetzmäßigkeitsprinzip im Strafprozessrecht”, en *GA*, 2006, p. 616).

²⁸ Cf., por todos, la exposición de JARASS, “Art. 20”, en *GG-Jarass/Pieroth*, 11.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011, n.º m. 28 ss., 44 ss., 57 ss., 67 ss., 80 ss.

de vista práctico— de lo fructífero que resulta el análisis de ambos principios desde el enfoque metodológico propio del denominado modelo constitucional.

V. ¿Vigencia del principio general de reserva de ley también en el Derecho penal?

Ha quedado claro que el principio *general* de reserva de ley es directamente aplicable como derecho vigente en todos los ámbitos jurídicos. Pues bien, ello incluye también al Derecho penal, aunque, precisamente en virtud del principio de *lex specialis*, únicamente en relación con aquellas regulaciones que no estén específicamente resguardadas por el principio de legalidad *penal*.²⁹ Ello presupone admitir que hay ámbitos del Derecho penal a los que el *nullum crimen* no alcanza en su esfera de protección.

Esto, para la dogmática penal argentina, resulta algo extraño, pero no lo es para la dogmática penal alemana. Pues allí la determinación de las regulaciones penales que están protegidas por el principio de legalidad no se basa tanto en una determinación más bien formal, en el sentido de que basta con que esa regulación integre formalmente el Derecho penal para que se la considere abarcada por las exigencias del principio de legalidad, como sí ocurre, al menos tendencialmente, en Argentina. En Alemania esa determinación se fija, antes bien, por criterios predominantemente sustantivos (fundados por lo general en el carácter estrictamente penal-*material* de esas regulaciones),³⁰ que conducen a una reducción del área de influencia del principio de legalidad.

Esa limitación al carácter estrictamente penal-*material* de la regulación de que se trate para considerarla cubierta por el principio de legalidad penal es exigida en Alemania en virtud del tenor literal de la formulación con la que, allí, tanto la Constitución como el Código Penal prevén el mencionado principio, conforme a la cual se indica que es la “punibilidad” (*Strafbarkeit*, esto es: aquello específicamente penal) lo que tiene que estar previamente establecido por ley.³¹ Si bien la doctrina aclara que el término “punibilidad” debe ser entendido en sentido amplio en este contexto, con ello sólo quiere indicar que dicho vocablo se refiere no a la punibilidad como categoría sistemática (en donde se analizan, por ejemplo, las excusas absolutorias), sino a la punibilidad entendida como toda aquella regulación que pueda ser considerada propia del Derecho

²⁹ Así KREY, *supra* nota 14, p. 124.

³⁰ Cf., por todos, DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 388.

³¹ Doctrina dominante. Cf. al respecto, entre muchos otros, KREY, *supra* nota 14, pp. 124 s.; JÄGER, *supra* nota 27, p. 618. En Argentina, como es sabido, la formulación del principio de legalidad penal es diferente.

penal *material*.³² Y ello, para este punto de vista, importa excluir del ámbito de protección del *nullum crimen* a preceptos como los relativos a la prescripción de la acción penal o a las medidas de seguridad,³³ entre otros.

De allí que, en Alemania, tiene pleno sentido la pregunta respecto a cuáles son las regulaciones penales que, no obstante esa índole, por no ser estrictamente penal-*materiales* pueden quedar incluidas en el ámbito de protección del principio *general* de reserva de ley, aunque queden excluidas del principio de legalidad especial del Derecho penal material. Gracias a este enfoque, como se ve, puede advertirse con facilidad que la no inclusión de algunas regulaciones penales en el ámbito de protección del principio de legalidad penal no debería derivar en un retraimiento, respecto de aquellas, de las exigencias propias de toda reserva de ley. Pues, aunque se concluya que para ellas no rige la reserva de ley especial del principio de legalidad penal, lo cierto es que, no obstante, quedarán alcanzadas por la reserva de ley general del art. 30 de la CADH (entre nosotros), o del art. 20.III de la CA.³⁴

Para continuar con el ejemplo de la prescripción, simplemente deberá demostrarse que el hecho de que no se considere prescripta la acción penal configura una injerencia estatal en un derecho fundamental del supuesto autor de ese delito. Claro que esto es, precisamente, lo que niega la doctrina dominante en Alemania, pues ésta fundamenta su negativa a considerar a la prescripción protegida por el principio de legalidad penal no sólo en que éste es aplicable únicamente en el Derecho penal material *stricto sensu*, sino también, y fundamentalmente, en que entiende que la prolongación *ex post facto* de los plazos de prescripción no constituye una injerencia estatal gravosa en ningún derecho fundamental del perseguido penalmente.³⁵

³² Cf. SATZGER, *supra* nota 21, n.º m. 9, p. 10.

³³ Doctrina dominante y jurisprudencia constante: en cuanto a la doctrina cf., por todos, SALIGER, "Vor § 78 ff.", en NK-StGB, 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, vol. 1, n.º m. 9, con las pertinentes referencias; respecto de la jurisprudencia cf., entre otros fallos, BVerfGE 25 (1969), pp. 269 ss. (pp. 287 ss.).

³⁴ Así expresamente, al menos respecto de las medidas de seguridad, ROXIN, *supra* nota 24, n.º m. 40. El precursor de este punto de vista es, no obstante, KREY (*Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1977, pp. 219 s.).

³⁵ Así por ejemplo, con respecto a plazos de prescripción *aún no vencidos*, ROXIN, *supra* nota 24, n.º m. 60, pp. 167 s. Respecto a los plazos de prescripción *ya vencidos*, en cambio, se pronuncia ROXIN a favor de la prohibición de retroactividad (p. 167).

Pero si esta última tesis se falsea —lo cual es a mi juicio bastante sencillo—,³⁶ lo único que queda a rebatir es el argumento —mucho más consistente— de que las disposiciones de la prescripción no pueden quedar cubiertas por el principio de legalidad porque no tienen ninguna relación con la cuestión sustantiva *stricto sensu* de que un hecho *sea* punible, sino, en todo caso, con la de si es penalmente *persequible*, lo que claramente les conferiría naturaleza procesal.³⁷ No es necesario, sin embargo, intentar rebatir esto con forzadas interpretaciones que intenten acercar las normas sobre prescripción al *nullum crimen sine lege*.³⁸ Ello constituye, en verdad, un esfuerzo vano. Porque el punto de vista según el cual las normas sobre prescripción no están sometidas al principio de legalidad penal se torna inocuo frente al hecho de que, no obstante, la necesidad de ley previa para autorizar dicha injerencia se infiere del principio *general* de reserva de ley. Y ello es así porque evitar o dificultar la prescripción configura, para el imputado, una injerencia estatal gravosa y, desde luego, significativa. Esta argumentación, sin embargo, ha sido pasada por alto, y sin ninguna buena razón, tanto por la doctrina dominante como por la jurisprudencia en Alemania, que aprueba sin reparos la validez retroactiva *in malam partem* de leyes relativas a cuestiones de prescripción.³⁹

Otras regulaciones penales materiales que, en Alemania, se consideran no abarcadas por el principio de legalidad penal son, por ejemplo, las relacionadas con las (en ese país) denominadas “medidas de restablecimiento y protección” del § 61 del CP alemán (similares a las “medidas de seguridad” del art. 34 inc. 1° del CP argentino), entre las cuales figuran graves restricciones a derechos fundamentales: desde la internación obligatoria en un establecimiento psiquiátrico hasta la privación de la credencial que autoriza a conducir automotores. También se incluyen entre tales regulaciones no protegidas por el principio de legalidad penal las relativas a las instrucciones que el condenado en forma condicional debe acatar durante el tiempo que dure su condena (CP alemán, §§ 56c, 56d), que constituyen, asimismo, restricciones a sus libertades constitucionales.

³⁶ Muy buenos argumentos ofrecen por ejemplo SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, Berlín, de Gruyter, 1978, pp. 25 s.; JAKOBS, *supra* nota 25, n.º m. 4/9.; JÄGER, *supra* nota 27, p. 627. Véanse más referencias de la doctrina que aboga a favor de la validez de la prohibición de retroactividad para la prescripción en BÄR, *Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren*, Colonia, Carl Heymanns, 1992, p. 87, nota al pie n.º 14.

³⁷ Véase al respecto la importante referencia jurisprudencial citada *infra*, en nota al pie n.º 132.

³⁸ Es lo que, en Argentina, intenta por ejemplo PASTOR, “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en *LH-Roxin*, Córdoba/Buenos Aires, Lerner/La Lectura, 2001, pp. 802 s.

³⁹ Cf. otra vez SALIGER, *supra* nota 33, n.º m. 9.

Lo mismo se dice de las llamadas medidas de coerción reales, como embargos o confiscaciones (CP alemán, §§ 73 ss.).⁴⁰

Pues bien, respecto de todas ellas podrá ser discutible, en Alemania, que rija el principio de legalidad *penal*, pues no se trata de medidas estrictamente jurídico-penales en sentido material. Pero de ninguna manera puede negarse —tampoco en ese país— que ellas, en tanto constituyen injerencias estatales no bagatelarias en derechos fundamentales, quedan no obstante protegidas por el principio *general* de reserva de ley.⁴¹

VI. ¿Vigencia del principio de legalidad del Derecho penal material también en el Derecho procesal penal?

1. Introducción

La doctrina dominante en Alemania, tanto constitucional como penal, rechaza la posibilidad de que el principio de legalidad del Derecho penal material alcance también, en su ámbito de aplicación, al Derecho procesal penal.⁴² Y lo mismo sostiene la jurisprudencia del TCF y del TSG en materia penal.⁴³ Más arriba ha quedado esclarecido que el principio general de reserva de ley tiene aplicación en cualquier contexto jurídico en el que se pretenda restringir un derecho fundamental, en tanto se den determinadas condiciones. Quedó claro, también, que las cuatro exigencias tradicionales que se derivan del principio de legalidad del Derecho penal material (ley previa, cierta, estricta y escrita) son las mismas que cabe derivar del principio general de reserva de ley, y que de ambas reservas cabe inferir asimismo el mandato de proporcionalidad.

⁴⁰ Sobre todo esto cf. KREY, *supra* nota 34, pp. 124 s., con más referencias bibliográficas; también SATZGER, *supra* nota 21, n.º m. 9. En particular, sobre la no aplicabilidad del *nullum crimen* en relación con las medidas de restablecimiento y protección cf. también, en cuanto a la jurisprudencia, especialmente BVerfGE NJW 2004, p. 739, sentencia del 05/02/04.

⁴¹ Muy pocos autores alemanes han advertido esto. A favor de la tesis aquí defendida por ejemplo KREY, *supra* nota 34, pp. 124 s.

⁴² Así lo *informan*, entre otros, SATZGER, *supra* nota 21, n.º m. 59 s.; JÄGER, *supra* nota 27, pp. 617 s.; BÄR, *supra* nota 26, p. 87, este último con muy numerosas referencias; así lo *afirman*, entre otros, MEYER-GOSSNER, *Strafprozessordnung. Kommentar*, 54.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2011, n.º m. 198; PETERS, *Strafprozess*, 4.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1985, pp. 91 s.

⁴³ Cf. especialmente BVerfGE 25 (1969), pp. 269 ss. (pp. 287 ss.); BGHSt 46 (2001), pp. 310 ss. (p. 317). Numerosas referencias de ambos tribunales en BÄR, *supra* nota 26, p. 86.

Pues bien: frente a esta amplia vigencia del principio general de reserva de ley, del cual se derivan aparentemente las mismas exigencias que del principio de legalidad penal, surge naturalmente el siguiente interrogante: ¿tiene sentido todavía plantear —y con el ahínco con el que suelen hacerlo sus defensores— la tesis de la validez del principio de legalidad penal también en el Derecho procesal penal?⁴⁴

Para responder acabadamente esta pregunta es necesario, primero, llevar adelante una tarea ciertamente ardua, y que hasta lo que he podido ver la doctrina alemana dominante no ha emprendido hasta ahora con suficiente detalle, a saber: determinar con precisión si, más allá de la similitud *prima facie* entre ambas reservas de ley (la general y la específica del Derecho penal) en cuanto a sus corolarios, es realmente posible afirmar que de ambas debe inferirse *sustancialmente lo mismo* para sus respectivos ámbitos de aplicación. O si, por el contrario, corresponde concluir que existen diferencias relevantes entre los dos grupos de corolarios, en el sentido de que éstos, en tanto mandatos o prohibiciones, sean *más fuertes* si derivan del principio de legalidad penal que si derivan del principio general de reserva de ley.⁴⁵ Si esta opinión fuese acertada, entonces quizás debería aceptarse que, no obstante la vigencia obvia del principio general de reserva de ley en el Derecho procesal penal, es preferible, en ese ámbito, derivar las exigencias de ley previa, cierta, estricta, escrita y proporcional del principio de legalidad penal, dado que, en virtud de su mayor fuerza vinculante, ellas tendrían un mayor poder garantizador que si derivasen de la reserva de ley general.

Ya he adelantado, sin embargo, que no considero acertada la inferencia reseñada en el final del párrafo anterior, y también que la demostración de ese desacierto requiere un abordaje específico y detallado de la cuestión. Con ese objetivo explicitaré primero, *en términos normativos*, qué diferencias y/o similitudes *deben* verificarse entre los corolarios o consecuencias de estos principios, según deriven de uno u otro, pues ello, atento el carácter *prescriptivo* del argumento, resulta dirimente para decidir la cuestión (2); y luego se revisará, además, qué es lo que *de hecho* sostiene la jurisprudencia constitucional alemana al respecto (3). La exposición jurisprudencial

⁴⁴ Precisamente en virtud de esa vigencia simultánea del principio general de reserva de ley niega BÄR que exista un vacío normativo en el Derecho procesal penal respecto a la vigencia en él de los mandatos de *lex praevia*, *certa* y *stricta* que justifique extender a ese ámbito jurídico la validez del principio de legalidad penal: cf. BÄR, *supra* nota 26, pp. 121 ss. Comparto plenamente esta conclusión. Pero, a mi juicio, la argumentación de BÄR es en parte incompleta y en parte incorrecta, por lo que, en lo que sigue, se esgrimirán otros argumentos, además por cierto de aquellas razones de BÄR que sí se comparten.

⁴⁵ En esa dirección argumenta, por ejemplo, JÄGER, *supra* nota 27, pp. 615 ss.

tendrá, entonces, carácter comparativo, entre lo sostenido fundamentalmente por el TCF a partir del principio general de reserva de ley, por un lado, y del principio de legalidad penal, por el otro.

Tanto el análisis normativo como las subsiguientes constataciones fácticas permitirán perfilar una fundamentación detallada al punto de vista que aquí se sostiene, a favor de la no aplicación del principio de legalidad penal —y sí del principio general de reserva de ley— en el Derecho procesal penal. A mi modo de ver dichos argumentos son más concluyentes que aquellos a los que habitualmente acude la doctrina —y también la jurisprudencia— para fundar su posición a favor o en contra de la validez del principio de legalidad penal en el Derecho procesal penal. Pero lo cierto es que la fundamentación de la tesis que aquí se considera correcta no estará completa hasta tanto no se aborden, también, esos argumentos habituales, vinculados fundamentalmente al origen histórico del principio de legalidad del Derecho penal material; al tenor literal de su formulación actual en Alemania; a su *ratio legis* en función de sus fundamentos constitucionales; y a la posibilidad —o no— de una separación estricta entre Derecho penal material y Derecho procesal penal.⁴⁶ El menor peso de estos argumentos justifica que sean tratados en último lugar dentro de este apartado (4).

2. El plano normativo: menor flexibilidad para las leyes penales materiales

La doctrina y la jurisprudencia en Alemania coinciden en que, más allá de la aparente identidad de las consecuencias del principio de legalidad penal y del principio general de reserva de ley, las exigencias para las leyes restrictivas de derechos fundamentales *deben ser* más estrictas —i.e., más *fuertes*— cuando se trata de leyes relativas al Derecho penal material que cuando alcanzan a leyes de otro carácter.⁴⁷ Es decir: la prohibición de retroactividad y de analogía contraindividual, así como el mandato de determinación (y el de proporcionalidad, cabe agregar), deben ser de aplicación más estricta —y tienen por tanto más fuerza vinculante— cuando derivan del principio de legalidad penal que cuando se infieren del principio general de reserva de ley. Esta conclusión —a mi juicio acertada— se fundamenta en el hecho de que las restricciones a los

⁴⁶ Quien ha destacado que los primeros cuatro de estos tópicos son aquellos a los que habitualmente acude la doctrina para fundamentar su opinión en lo relativo a la posibilidad de extender el principio de legalidad al Derecho procesal penal es BÄR, *supra* nota 26, pp. 88 ss.

⁴⁷ Así, entre otros fallos, BVerfGE 112 (2005), pp. 304 ss. (p. 315); 63 (1983), pp. 343 ss. (p. 359); 25 (1969), pp. 269 ss. (pp. 286 s.); en cuanto a la doctrina cf., entre otros, JÄGER, *supra* nota 27, p. 615.

derechos fundamentales que derivan del Derecho penal material son las más graves que prevé el ordenamiento jurídico.

Existen, por tanto, no sólo razones formales —en virtud del principio de *lex specialis*— que apoyan una vigencia diferenciadora de las reservas de ley mencionadas, sino también razones sustantivas: atento a la mayor gravedad de las injerencias estatales fundadas en el Derecho penal material, las exigencias referidas a la retroactividad, la determinación, la analogía y la proporcionalidad⁴⁸ tienen que tener en ese ámbito una densidad mayor, en el sentido de tornar inadmisibles, allí, un determinado nivel de flexibilidad que, por el contrario, sí resultaría aceptable para otros ámbitos, e incluso necesario: en áreas jurídico-constitucionales ajenas al Derecho penal material, en las que se ponen en juego derechos fundamentales, la dinámica relacionada con el contenido de garantía de éstos es tan variada y veloz en su evolución que requiere una reacción más rápida y flexible por parte de los órganos judiciales competentes que la más formalizada que es propia de la reacción penal.⁴⁹

Y ello es así porque la mejor manera de garantizar judicialmente una protección eficaz al ciudadano contra el poder público es ralentizar los procedimientos cuando el Estado, en el conflicto, aparece como persecutor, y agilizarlos cuando aparece como infractor (hay, pues, razones de fondo para justificar cierta lentitud de los procedimientos penales, y la rapidez de los procedimientos de amparo; bien podría denominarse esto como “principio de la asimetría de la protección individual”). Como se advierte, este es un argumento prescriptivo: se deja en claro que esta diferenciación entre el nivel de exigencia para las leyes penales materiales y las que tienen otro carácter es lo que *debe* inferirse de las reservas de ley respectivas, en función de las características de cada ámbito de aplicación. De allí que, más allá de lo que suceda con la praxis, este argumento normativo es, como se dijo, el decisivo, pues lo que suceda en la práctica ha de ser valorado, en definitiva, en función de esta razón prescriptiva, sin perjuicio, ciertamente, de la importancia de aquella constatación empírica, en los términos que enseguida se explicitarán.

Corresponde admitir, entonces, que por lo menos los mandatos de ley previa, cierta, estricta y proporcional tienen que ser, en efecto, normativamente más fuertes cuando derivan del principio de legalidad penal que cuando lo hacen del principio general de reserva de ley. Ahora

⁴⁸ Por no ofrecer ninguna dificultad, lo relativo a la prohibición de la costumbre como fuente legislativa será dejado de lado en esta argumentación, sin perjuicio de alguna mención marginal o contextualizadora cuando se lo considere necesario.

⁴⁹ Similar BÄR, *supra* nota 26, p. 120.

bien, de dicho argumento sólo es factible inferir una conclusión *negativa* respecto a la posibilidad de que el principio de legalidad penal rija en ámbitos jurídicos ajenos al Derecho penal material, como, entre ellos, el del Derecho procesal penal. Pues, en el plano normativo —y dando por supuesto que medidas extremas como la prisión preventiva se apliquen de modo conforme con la Constitución— en principio ninguna injerencia estatal fundada en normas del procedimiento penal puede reputarse tan grave como la pena impuesta al condenado en función del Derecho penal material.⁵⁰

Puede decirse, por tanto, que la reserva de ley específica del Derecho penal material configura un principio *distinto* a la reserva de ley general, precisamente porque la primera es más estricta; y que tiene, en consecuencia, un ámbito de aplicación específico, que es únicamente aquel en el que esa mayor severidad, por la índole propia de ese ámbito, está justificada: el del Derecho penal *material*.⁵¹ Inferir que, por su mayor fuerza o estrictez, los mandatos de ley previa, cierta y estricta derivados del principio de legalidad del Derecho penal material son los que deben aplicarse en el Derecho procesal penal constituye, por tanto, un *error* argumental: precisamente por ser el Derecho procesal penal un terreno en el que, normativamente, las injerencias estatales son —con toda claridad— menos gravosas que las del Derecho penal material, *no corresponde*, normativamente, acudir allí a las barreras más estrictas, y resultan suficientes, por tanto, las aplicables en general al resto del ordenamiento jurídico (esto es, las derivadas del principio *general* de reserva de ley).

⁵⁰ Lo que se acaba de señalar amerita la siguiente digresión: si bien el problema de la prisión preventiva no puede ser abordado aquí (pues ello importaría desviarse del objeto de la presente investigación), es necesario recordar que, aun si —siempre en términos normativos— se considerara a la prisión preventiva (constitucionalmente adecuada) tan grave como la pena privativa de libertad, o si de hecho en un proceso concreto lo más grave que ocurriera fuera la prisión preventiva y no la pena (advertí la necesidad de esta última aclaración gracias a una observación de uno de los evaluadores anónimos), los códigos procesales penales, precisamente en razón de la extrema gravedad que presenta dicha medida de coerción, imponen, respecto de las normas que la regulan, tanto cláusulas específicas de interpretación y aplicación *restrictiva*, equivalentes en su inflexibilidad a la que cabe predicar del principio de legalidad del Derecho penal material (así por ejemplo el art. 2 del CPPN), como cláusulas expresas de proporcionalidad (CPPN, art. 280). De allí que, respecto a esta clase de medidas procesales especialmente gravosas para los derechos fundamentales de los individuos, por lo general no se planteen conflictos relacionados con la problemática de la ley previa, cierta, estricta y proporcional (cf. sin embargo DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 410, donde deja en claro —con las pertinentes referencias— que para la opinión dominante en Alemania la prohibición de retroactividad del principio de legalidad penal no alcanza a las normas sobre prisión preventiva). Por el contrario, esos conflictos sí aparecen en torno a ámbitos que, por no ser *tan* gravosos, en determinados órdenes jurídicos (entre ellos el argentino) han quedado desprovistos del límite al poder del Estado que importa la exigencia de base legal. Uno de esos ámbitos es el *derecho probatorio* del Derecho procesal penal (cf. mis conclusiones al respecto en el trabajo citado más arriba en nota 1).

⁵¹ Esta es, por lo demás, la opinión dominante entre los penalistas alemanes, y también la de la jurisprudencia penal y constitucional: cf., por todos, DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 83, 104, 388, 411 ss., con las pertinentes referencias.

La pregunta que corresponde plantear, con todo, es la siguiente: aun aceptándose que no cabe exigir *máxima* rigurosidad contra el Estado en donde éste no infringe al individuo *máximo* daño, ¿por qué han de ser suficientes para el Derecho procesal penal los mandatos de ley previa, cierta y estricta si no tienen la fuerza que adquieren cuando derivan del riguroso principio de legalidad penal? ¿No es correcto acaso sostener que también en el proceso penal —que es lo que en definitiva dará base a la imposición de la pena— debe exigirse, si bien no la máxima rigurosidad contra el Estado, sí al menos una que se aproxime a ese nivel máximo? La respuesta, ciertamente, debe ser afirmativa, sólo que aquí se considera que es *del principio general de reserva de ley* de donde pueden derivarse, con esa intensidad, aquellas exigencias, es decir, que no es necesario acudir al principio de legalidad penal para lograr esa efectividad para la protección del individuo frente a injerencias procesales.

En efecto, que normativamente las exigencias en torno a la retroactividad, la determinación y la analogía sean *más* fuertes cuando se infieren del principio de legalidad penal no significa que ellas, fuera del Derecho penal material, sean *débiles*. En virtud del anclaje directo del principio general de reserva de ley en los principios democrático y del Estado de derecho (a los cuales se vincula hoy asimismo, y también de manera directa, el principio de legalidad penal),⁵² es claro que de aquél (*i.e.*, del principio general de reserva de ley) también pueden —y deben— inferirse prohibiciones y mandatos *fuertes* respecto a las exigencias de forma y de contenido para las leyes restrictivas de derechos fundamentales (en cualquier ámbito), que generen para éstos un blindaje efectivo contra la arbitrariedad legislativa, ejecutiva y judicial. En un Estado democrático de derecho, la confianza del ciudadano en la ley, la previsibilidad y la seguridad jurídica, en tanto valores que conforman la *ratio legis* de *ambas* reservas de ley,⁵³ son de elevada importancia no sólo para el Derecho penal material, sino también para el resto del ordenamiento jurídico, más allá del ya reconocido matiz gradual que torna al Derecho penal material, por las razones indicadas, aun más riguroso. De allí que no sólo desde el Derecho penal material se haga hincapié en la necesidad de ley previa, determinada y estricta.

Los mandatos y prohibiciones que derivan del principio general de reserva de ley podrán ser no tan fuertes como los equivalentes que se siguen del principio de legalidad penal, pero son lo

⁵² Cf. doctrina y jurisprudencia dominantes, que consideran al principio de legalidad penal como contenido a su vez en los principios democrático y del Estado de derecho del art. 20.III GG: cf. DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 52, con más referencias.

⁵³ Respecto a la reserva de ley general cf., por todos, JARASS, *supra* nota 28, n.º m. 57 ss., 67 ss.; respecto a la reserva de ley penal cf., por todos, DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 52, 360, 363.

suficientemente fuertes como para que de ninguna manera pueda sostenerse que sólo la reserva de ley específica del Derecho penal es capaz de brindar una protección efectiva a los derechos fundamentales que se ponen en juego en ámbitos ajenos al del Derecho penal material *stricto sensu*. En un sistema normativo en el que, a nivel constitucional, rige un principio general de reserva de ley, no tiene mayor sentido esforzarse por demostrar que el principio de legalidad penal es aplicable también fuera del Derecho penal material (como por ejemplo en el Derecho procesal penal),⁵⁴ pues simplemente no es cierto que sólo esta reserva de ley específica puede ser fuente de mandatos y prohibiciones (suficientemente) *fuertes* en torno a la forma y al contenido de las leyes restrictivas de derechos fundamentales.⁵⁵

3. El plano fáctico: la jurisprudencia constitucional alemana respecto a la forma y contenido de las leyes restrictivas de derechos fundamentales

Sin perjuicio de todo lo dicho hasta aquí en el nivel prescriptivo, resulta interesante constatar que, en el plano de los hechos, para la jurisprudencia constitucional alemana las prohibiciones de retroactividad y de analogía contraindividual, así como los mandatos de determinación y de proporcionalidad, tienen vigencia, en efecto, en todo contexto jurídico en el que se pretenda restringir un derecho fundamental, sea aquel penal-material o no, y *sin divergencias de importancia* según se trate de uno u otro contexto. Es decir, más allá de que el propio TCF alemán considere que las condiciones respecto de las leyes restrictivas de derechos deben ser más estrictas si derivan del principio de legalidad penal que si se infieren del principio general de reserva de ley, lo cierto es que la estrictez que en concreto exige incluso en este último caso es suficiente para considerar adecuadamente protegidos a los derechos fundamentales —en cuanto a la exigencia de base legal para justificar su restricción— también en ámbitos ajenos al del Derecho penal material. Esto podrá comprobarse con algún detalle a continuación.

En efecto, más allá de las distinciones en la formulación y de la diferenciación que corresponde en el plano normativo, lo cierto es que, *de hecho* y en términos generales, el TCF alemán no muestra mayor flexibilidad (o por lo menos no lo suficientemente relevante) en sus exigencias formales y de contenido para con las leyes y la jurisprudencia no penales en comparación con la que exhibe para con las leyes y los fallos penales. La importancia de esta constatación radica en que permite demostrar que *es practicable* la conclusión normativa obtenida

⁵⁴ Así también BÄR, *supra* nota 26, pp. 121 ss.

⁵⁵ En contra, aparentemente, JÄGER, *supra* nota 27, p. 622.

más arriba, en el sentido de que no sólo del principio de legalidad penal, sino también del principio general de reserva de ley pueden inferirse, al respecto, mandatos y prohibiciones *fuertes*, al menos lo suficientemente fuertes como para neutralizar de un modo efectivo al exceso estatal en ámbitos jurídicos ajenos al del Derecho penal material. Y si ello es así, estaría claro que sostener que en el Derecho procesal penal la fuente constitucional de tales mandatos y prohibiciones es el principio general de reserva de ley, y no el principio de legalidad del Derecho penal material, no traería aparejado ningún déficit de protección constitucional.⁵⁶

Por otra parte, cabe decir que el punto de vista que aquí se considera correcto es, además, teóricamente preferible, porque con él se ahorra un paso argumentativo:⁵⁷ la validez del principio general de reserva de ley en el Derecho procesal penal surge del propio carácter general de dicho principio, que por tanto lo torna válido en todo el sistema normativo en el que rige, salvo que quede excluido en virtud del principio de *lex specialis*. Si, en cambio, se pretende sostener que el principio de legalidad del Derecho penal material —que no tiene carácter general— rige también en el Derecho procesal penal, es necesario desarrollar un argumento para demostrar que ello es así, atento, precisamente, al evidente anclaje *específico* que tiene dicho principio en el Derecho penal material *stricto sensu*.

Este último es, de hecho, el camino que ha seguido una parte minoritaria de la doctrina en Alemania.⁵⁸ Pero, como luego se procurará demostrar con más detalle, se trata de un camino que no sólo choca con la dificultad *práctica* de tener a la doctrina y jurisprudencia absolutamente dominantes en contra (en términos *teóricos* es claro que esto no constituye problema alguno), sino que, además y fundamentalmente, se ve obligado a argumentar de un modo evidentemente forzado, como enseguida se podrá comprobar con más detalle, y por tanto con poca fuerza de convicción.⁵⁹

⁵⁶ Y si es así en Alemania, no hay ninguna razón para que ello sea diferente en Argentina, pues la situación normativa es muy similar en ambos países.

⁵⁷ La mayor simplicidad de una teoría la torna preferible frente a alternativas más complejas, siempre que la simplicidad no importe un déficit en la precisión: cf., entre muchos, ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 30.

⁵⁸ Cf., entre otros, JÄGER, *supra* nota 27, pp. 619 ss. En Argentina ha optado por esa línea PASTOR, *supra* nota 38, pp. 807 s.; “Prohibición de la aplicación retroactiva de normas penales sustantivas, adjetivas y ambivalentes”, en *La Ley*, 2002-B, pp. 682 ss.; también yo, en otro lugar, cuando formulé sólo intuitivamente el problema a investigar en este trabajo (cf. PÉREZ BARBERÁ, “Nuevas tecnologías y libertad probatoria en el proceso penal”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2009/A, pp. 271 ss).

⁵⁹ Así también DÍAZ, *Aplicación de la ley procesal penal en el tiempo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, p. 46 y *passim*.

Como ya se adelantó, en el plano extrapenal no existe ni un vacío ni una merma normativa que obligue al esfuerzo teórico de demostrar que también allí rige el principio de legalidad del Derecho penal material. El principio general de reserva de ley, cuya vigencia también fuera del Derecho penal no admite dudas, cumple perfectamente las funciones que pretenden atribuirse al principio de legalidad penal.⁶⁰ Frente a ello —y por las demás razones que luego se darán—, no cabrá entonces sino concluir que es el principio general de reserva de ley, y no el principio de legalidad penal, la fuente constitucional de la que corresponde inferir, para el Derecho procesal penal y demás ramas del derecho ajenas a la estrictamente penal-material, las prohibiciones de retroactividad y de analogía contraindividual, y los mandatos de determinación y de proporcionalidad. Pero véase ahora qué ha dicho concretamente el TCF en relación con los corolarios que se infieren de ambas reservas de ley.

a) La prohibición de retroactividad contraindividual

En jurisprudencia constante, el TCF ha sostenido que la prohibición de la validez retroactiva de leyes (no penales) gravosas para el individuo se fundamenta, directamente, en la necesidad de protección de la confianza del ciudadano en las leyes y en el valor de la seguridad jurídica, que se infieren a su vez, fundamentalmente, del principio del Estado de derecho.⁶¹ En tal sentido, el tribunal sostiene que los actos del poder público que importan una injerencia gravosa para el ciudadano en sus derechos constitucionales deben estar sujetos, en lo que respecta a su validez en el tiempo, a “límites estrictos”.⁶² Para concretizar esos límites, el TCF diferencia entre retroactividad propia e impropia.⁶³ Se da una retroactividad propia cuando el legislador modifica, en perjuicio del particular, un estado de cosas ya definitivo generado por una legislación anterior.⁶⁴ Una retroactividad impropia, entretanto, tiene lugar cuando el legislador modifica, en perjuicio del particular, un estado de cosas no definitivo, porque su desarrollo está aún en curso al momento de dictarse la nueva ley.⁶⁵

Según el TCF alemán, la retroactividad propia está en principio prohibida, pero esa prohibición admite excepciones, fundamentalmente en virtud de consideraciones de bien común

⁶⁰ Cf. nuevamente BÄR, *supra* nota 26, pp. 121 ss.

⁶¹ Cf. JARASS, *supra* nota 28, n.º m. 67.

⁶² Cf. BVerfGE 63 (1983), pp. 343 ss. (pp. 356 s.); 67 (1984), pp. 1 ss. (p. 14).

⁶³ Cf. por ejemplo BVerfGE 25 (1969), pp. 269 ss. (p. 290).

⁶⁴ Cf. BVerfGE 114 (2005), pp. 258 ss. (p. 300).

⁶⁵ BVerfGE 123 (2009), pp. 186 ss. (p. 257).

que por su urgencia y gravedad quepa considerar prevalecientes.⁶⁶ Por su parte, la retroactividad impropia está en principio permitida, sin perjuicio de que, excepcionalmente, corresponda prohibirla.⁶⁷ Así, por ejemplo, una ley que cambia los parámetros de cálculo de una deuda impositiva no puede ser aplicada retroactivamente a una deuda tributaria ya determinada al momento de la promulgación de la reforma, pues ello constituiría una aplicación retroactiva propia. Por el contrario, una nueva regulación relativa a una situación contaminante del ambiente que está en curso al momento de la nueva ley puede ser aplicada a ese estado de cosas, pues ello constituiría una aplicación retroactiva impropia.⁶⁸

Con respecto a la prohibición de retroactividad —siempre *in malam partem*— relativa a leyes penales (CA, art. 103 II), se afirma que ella constituye un caso especial de la prohibición general de retroactividad contraindividual (que se infiere por su parte del art. 20.III CA).⁶⁹ Según el TCF, la diferencia principal entre una y otra reside en que la prohibición de retroactividad penal es *absoluta*,⁷⁰ mientras que la prohibición general de retroactividad es relativa, tal como lo muestran las excepciones asumidas como posibles, indicadas en el párrafo anterior. Esto constituye, como es fácil advertir, una clara manifestación de que el TCF acuerda con la tesis de que la prohibición de retroactividad derivada de la reserva de ley penal *debe ser* más estricta que la prohibición de retroactividad derivada de la reserva de ley general.

Pero ya se demostró que eso sólo puede significar que, precisamente por esa mayor estrictez, la prohibición de retroactividad derivada del *nullum crimen sine lege* deba regir únicamente en el ámbito jurídico más gravoso para el individuo, que es obviamente el del Derecho penal material. Claro que, por lo mismo, bien podría inferirse que, en realidad, para el TCF la prohibición de retroactividad sólo es fuerte en tanto derive de la reserva de ley penal. Sin embargo, tanto la doctrina como el propio tribunal sostienen que hasta la prohibición de retroactividad *penal* puede admitir excepciones, por lo que, en definitiva, no se observa una diferencia sustancial relevante entre la fuerza de una y otra prohibición.

⁶⁶ Cf. BVerfGE 101 (1999), pp. 239 ss. (p. 263).

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Sobre todo esto cf. JARASS, *supra* nota 28, n.º m. 68.

⁶⁹ Cf. PIEROTH, “Art. 103”, en *GG-Jarass/Pieroth*, 11.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011, n.º m. 53; DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 363.

⁷⁰ Cf. BVerfGE 95 (1996), pp. 96 ss. (p. 131); PIEROTH, *supra* nota 69, n.º m. 53; DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 363.

Así, por ejemplo, en la doctrina constitucional se afirma que la afectación a cualquiera de los corolarios del principio de legalidad penal —incluida la prohibición de retroactividad— puede ser justificada, en casos de colisión, mediante ponderación con otras normas constitucionales (*Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht*),⁷¹ como de hecho ha sucedido con la resolución del TCF relativa al caso de los disparos efectuados por soldados de la ex República Democrática Alemana en contra de personas que intentaban violar las normas relativas al muro de Berlín.⁷² La doctrina constitucional se ha expresado críticamente respecto a esta sentencia del TCF, pero está de acuerdo con el principio de que, excepcionalmente, la prohibición de retroactividad penal puede ser dejada de lado en casos de colisión con otros derechos constitucionales.⁷³

Queda claro pues que, pese a que la prohibición de retroactividad es realmente la consecuencia más estricta del principio de legalidad penal⁷⁴ (pues admite un nivel de flexibilidad muy inferior al que soportan las otras consecuencias), lo cierto es que, no obstante, tolera excepciones, y en consecuencia ni siquiera este corolario es suficientemente diferente en su fuerza prohibitiva al que se infiere del principio general de reserva de ley respecto a la validez retroactiva de leyes no penales. Por otra parte, se ha visto que la prohibición general de retroactividad es lo suficientemente fuerte como para conducir a invalidaciones legislativas reales y concretas, tal como lo ha resuelto el TCF en numerosos supuestos de retroactividad propia. Hasta el TSF ha considerado al principio general de reserva de ley (e incluso a un principio aun más general como el del Estado de derecho) como fuente normativa suficiente para prohibir, en determinados casos, la retroactividad contraindividual en ámbitos ajenos al Derecho penal material.⁷⁵

Es más: hasta una posición que sostenga la tesis fuerte de que en el proceso penal rige *en general* una prohibición de retroactividad de la ley procesal más gravosa⁷⁶ (lo que parece dudoso frente a disposiciones sólo bagatelarias en términos de afectación a derechos fundamentales,⁷⁷ entre las que cabría incluir ciertamente a las de mero trámite pero *no sólo* a ellas) tendría su mejor apoyo en la concepción aquí defendida, conforme a la cual tal prohibición se deriva de un principio general de reserva de ley. Sostener que su base constitucional no es el principio de

⁷¹ Así PIEROTH, *supra* nota 69, n.º m. 54.

⁷² Cf. BVerfGE 95 (1996), pp. 96 ss. (p. 133).

⁷³ Cf. PIEROTH, *supra* nota 69, n.º m. 54.

⁷⁴ Cf. SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, pp. 6, 8; DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 360, p. 227.

⁷⁵ Cf. BGHSt 46 (2001), pp. 310 ss. (pp. 318 s.).

⁷⁶ Así DÍAZ, *supra* nota 59, *passim*.

⁷⁷ Expongo la fundamentación de este punto de vista en el trabajo citado en nota al pie n.º 1.

legalidad penal⁷⁸ es, claramente, un acierto. Pero afirmar que esa base reside en la garantía del debido proceso legal⁷⁹ pasa por alto que es la reserva de ley, y no la garantía del debido proceso, la que establece los requisitos formales y materiales de cómo debe ser esa *ley* procesal (a saber: previa, cierta, estricta, escrita y proporcional) para que el proceso en cuestión sea el “debido”. Y esa reserva de ley es, en este caso, la que viene impuesta por el principio general de reserva de ley.

Visto *in totum*, el proceso legal que impone la Constitución como previo a la pena funciona ciertamente como un límite al Estado, pero también —de esto ya no se duda— como una restricción a derechos fundamentales del individuo. Pues bien, para que esa restricción no sea abusiva (es decir, para que no sea retroactiva, ni indeterminada, ni desproporcionada, etc.) se requiere una garantía de segundo orden que tenga por función, precisamente, imponer “restricciones a las restricciones” de primer orden.⁸⁰ Y en la dogmática de los derechos fundamentales esa función de segundo orden le corresponde siempre a una reserva de ley. Que en este caso no pueda ser la reserva de ley especial del Derecho penal material la que imponga tales restricciones a la restricción en la que consiste el proceso penal no impide que sí deba serlo la reserva de ley general del art. 20.III de la CA o del art. 30 de la CADH.

Por lo demás, al ser esta reserva de ley general normativamente menos estricta que la del Derecho penal material (aunque muy eficaz como protectora de derechos), ella casa mejor con un ámbito como el del Derecho procesal penal, en el que, de modo similar a lo que sucede en el derecho administrativo, existen ciertamente injerencias estatales muy gravosas para diferentes derechos fundamentales, pero no todas lo son, y por tanto no todas tienen que estar sujetas a una reserva de ley (particularmente no las que son meras bagatelas, ni tampoco, con independencia de su gravedad, las que no pueden ser caracterizadas como “injerencias estatales en sentido clásico”).⁸¹ Y esta conclusión es, a su vez, la que casa mejor con la intuición, a mi juicio acertada,

⁷⁸ Así DÍAZ, *supra* nota 59, pp. 46 s., 59 s.

⁷⁹ Ídem, p. 61.

⁸⁰ Con la expresión “restricciones a las restricciones” (*Schranken-Schranken*) se hace referencia, en la dogmática alemana de los derechos fundamentales, precisamente a las exigencias que, para una ley restrictiva de derechos fundamentales, derivan del principio general de reserva de ley. Véase al respecto PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 11, pp. 358 ss.; “Dogmática de los derechos fundamentales”, en RIVERA, Julio C. (h.)/ELIAS, José/GROSMAN, Lucas/LEGARRE, Santiago (comps.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. I, pp. 81 ss.

⁸¹ Doctrina dominante en Alemania. Cf., entre otros, JARASS, *supra* nota 28, comentario previo al art. 1, n.º m. 29; MANSSEN, *Staatsrecht II. Grundrechte*, 8.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011, n.º m. 132; ECKHOFF, *Der Grundrechtseingriff*, Colonia, Carl Heymann, 1992, pp. 252 ss., con más referencias doctrinarias y jurisprudenciales. Me ocupé detalladamente

de que, en materia procesal penal, es correcto que algunas disposiciones estén sujetas a una prohibición de retroactividad, pero que es irrazonable que *todas* lo estén.

Todo ello muestra, en fin, que la prohibición de retroactividad general —esto es, la que deriva del principio general de reserva de ley— tiene fuerza suficiente para proteger derechos individuales de manera efectiva en ámbitos ajenos al del Derecho penal material, y que, por tanto, no es necesario acudir al aun más estricto corolario penal —destinado en rigor únicamente al Derecho penal material— para hacer valer una prohibición de retroactividad en —por caso— el Derecho procesal penal. Si ello es así con el mandato de *lex praevia* —que, como se dijo, es el más fuerte y estricto de los corolarios del principio de legalidad penal—, mucho más aun lo será con los otros tres mandatos, como podrá comprobarse a continuación.

b) El mandato de determinación

En lo que atañe a la cuestión de su *fuerza* normativa, el corolario *lex certa* constituye el polo opuesto al de *lex praevia*. En tanto este último constituye el núcleo central de toda reserva de ley,⁸² y admite por tanto escasas excepciones, el mandato de determinación, por el contrario, es el que más flexibilidad ha tolerado en la praxis, tanto en la del Derecho penal como en la de las demás áreas jurídicas. Es en su ámbito de aplicación, pues, en donde con más claridad se aprecia que no hay mayores diferencias entre lo que prescribe el TCF para las leyes en general y para las leyes penales en particular.

La formulación tradicional del mandato general de determinación⁸³ ha sido plasmada por el TCF con las siguientes palabras: "el principio de determinación exige que una autorización legal al

del punto en PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 80, pp. 81 ss. (publicado primero en Alemania como "Die Dogmatik des Grundrechtseingriffes aus strafrechtlicher Sicht", en *FS-Imme Roxin*, Heidelberg/Múnich/Landsberg/Frechen/Hamburg, C.F. Müller, 2012, pp. 29-42).

⁸² Así SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, p. 6, aunque en referencia únicamente al principio de legalidad penal.

⁸³ La doctrina constitucional alemana distingue entre el mandato general de determinación, el mandato de determinación del principio general de reserva de ley y el mandato de determinación del principio de legalidad penal. Según ese parecer, el primero se infiere directamente del principio del Estado de derecho, y los otros dos de las reservas de ley respectivas (la general y la especial del Derecho penal), que tienen su fundamento a su vez en el principio del Estado de derecho. Dado que esto conduce a problemas de diferenciación entre el mandato general de determinación y el mandato de determinación del principio general de reserva de ley, la doctrina intenta salir del paso, algo dubitativamente, sosteniendo que el primero vale para todas las resoluciones que puedan considerarse leyes en sentido material, y el segundo —en tanto deriva de la reserva de Parlamento— únicamente para las leyes en sentido formal (sobre todo esto cf. JARASS, *supra* nota 28, n.º m.

Poder Ejecutivo para la realización de actos administrativos sea, respecto de su contenido, finalidad y extensión, suficientemente determinada y delimitada, de modo tal que el accionar de la administración sea mensurable y, para el ciudadano, en cierta medida previsible y calculable”.⁸⁴ Los constitucionalistas alemanes advierten sin embargo enseguida que la concretización de esa exigencia es, en la práctica, muy cauta.⁸⁵ En efecto, según la jurisprudencia constitucional alemana, el mandato general de determinación debe adaptarse, ante todo, a las particularidades de cada ámbito de regulación y al fin de la norma de que se trate,⁸⁶ y son admisibles, además, los conceptos jurídicos indeterminados o necesitados de interpretación.⁸⁷

En el Derecho penal material el panorama es muy similar: allí la doctrina advierte que incluso en esta área del derecho, en la cual el mandato de determinación debería ser particularmente estricto, lo que prima, en cuanto a su cumplimiento, es la flexibilidad, sea porque el legislador quiere expresamente mantener indeterminada a una situación jurídica en particular (como por ejemplo cuando emplea expresiones como “en defensa del orden jurídico”), sea porque, por problemas de lenguaje, no puede determinarla con mayor precisión.⁸⁸ Se admite, además, que en el Derecho penal existe una suerte de “necesidad de vaguedad” (por ejemplo para determinar la pena), pues de lo contrario los jueces no podrían resolver cada caso conforme a sus características específicas. El mandato de determinación, en consecuencia, no exigiría precisión a cualquier precio, sino un “enlace entre precisión y flexibilidad”.⁸⁹

Se propone, por tanto, que el mandato de determinación —en el Derecho penal material— no sea entendido como el aseguramiento de un *resultado* legal, sino de un *programa* legislativo, pues los conceptos jurídicos, salvo escasas excepciones, no son precisos.⁹⁰ El legislador, por su parte, se ha aprovechado al máximo de estas limitaciones del mandato de determinación, llegando a provocar indignación en la doctrina. Así, hace ya varios años SCHÜNEMANN sostenía que “apenas puede creerse” la manera en que la legislación se ha desentendido de este mandato, delegando de hecho en la jurisprudencia, a través de fórmulas vacías en las leyes, lo que en rigor aquella debería

57). Toda esta confusión es producto, en rigor, del error de no derivar el mandato general de determinación del principio general de reserva de ley, como ya lo he señalado con anterioridad.

⁸⁴ BVerfGE 56 (1981), pp. 1 ss. (p. 12); 110 (2004), pp. 33 ss. (pp. 53 s.).

⁸⁵ Cf. JARASS, *supra* nota 28, n.º m. 58.

⁸⁶ Cf. BVerfGE 103 (2001), pp. 332 ss. (p. 384).

⁸⁷ Cf. BVerfGE 110 (2004), pp. 33 ss. (pp. 56 s.).

⁸⁸ Cf. HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.º m. 16 s.

⁸⁹ Así HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.º m. 18 s.

⁹⁰ HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.º m. 20.

haber determinado con más precisión.⁹¹ Y esa flexibilidad ha sido, por lo general, avalada por la jurisprudencia constitucional, que se ha pronunciado a favor de la utilización de cláusulas generales y de conceptos indeterminados también en materia penal.⁹²

La conclusión es obvia: tampoco en lo que se refiere al mandato de determinación es necesario —por razones vinculadas a su fuerza vinculante— acudir a la reserva de ley específica del Derecho penal material para fundamentar que dicha exigencia sea respetada de modo adecuado en el marco del Derecho procesal penal, cuando se trate de normas (procesales) que pueden afectar derechos individuales de carácter fundamental. El mandato general de determinación que se infiere del principio general de reserva de ley tiene, como se ve, casi la misma fuerza (y la misma debilidad) vinculante que el específico que deriva del principio de legalidad penal.

c) La prohibición de analogía contraindividual

En Alemania, en el ámbito del derecho constitucional el principio es el siguiente: en términos generales no puede rechazarse una aplicación analógica de la ley. Pero cuando se trata de actuaciones estatales que aunque no sean de naturaleza penal pueden no obstante importar una afectación (una injerencia) en derechos individuales de carácter fundamental, corresponde inferir del principio general de reserva de ley una prohibición de analogía para proteger eficazmente a esos derechos, es decir, una prohibición *general* (y no sólo penal) de analogía *in malam partem* o contraindividual.⁹³

Así, por ejemplo, el TCF consideró inconstitucional —por ser vulneratoria de esta prohibición— la decisión jurisprudencial de instancias inferiores de suplir la ausencia de regulación legislativa con relación a una materia completa (en este caso la relativa al Derecho penal de niños y adolescentes) con aplicaciones analógicas de la ley penitenciaria, para lo cual tomó especialmente en cuenta que la materia carente de regulación legal específica se relacionaba en forma directa con numerosas garantías individuales de rango constitucional.⁹⁴ Y lo interesante

⁹¹ Cf. *supra* nota 36, p. 6.

⁹² Ídem, pp. 6 y 7, con las pertinentes referencias jurisprudenciales; cf. además BVerfGE 92 (1995), pp. 1 ss. (p. 12); 96 (1997), pp. 68 ss. (pp. 97 s.).

⁹³ Cf. SACHS, “Art. 20”, en *GG-Sachs*, 6.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011, n.º m. 121.

⁹⁴ Cf. BVerfGE 116 (2006), pp. 69 ss. (pp. 82 s.).

del caso es que, para fundar esa prohibición de analogía, el TCF no acudió sólo al principio de legalidad penal (por considerarlo aplicable también en el ámbito de las sanciones disciplinarias), sino que dejó abierta la posibilidad de que pueda acudirse, asimismo, al principio general de reserva de ley, en tanto consideró que esa aplicación analógica era, en definitiva, contraria al “sentido y al fin de la reserva de ley” (en general).

En efecto, a partir del desarrollo, en la jurisprudencia constitucional alemana, del estándar de lo esencial,⁹⁵ conforme al cual el principio general de reserva de ley es entendido en el sentido de que las decisiones esenciales deben quedar exclusivamente en manos del legislador, el TCF ha dejado en claro que, en supuestos de conflicto (que el tribunal no duda en considerar “esenciales”) entre el Estado y un particular en el que un derecho fundamental de éste puede resultar afectado por la actividad de aquél, si falta una regulación legal que pueda a su vez ser calificada como esencial, no puede ser suplida por los jueces.⁹⁶ Pues bien, ello constituye una evidente limitación a la analogía contraindividual en materia no penal que es derivada por el TCF directamente del principio general de reserva de ley.

En el Derecho penal material, por su parte, se ha considerado que la prohibición de analogía *in malam partem* es, en verdad, una prolongación hacia el juez del mandato de determinación, dirigido en primera línea al legislador.⁹⁷ Si ello es así —y hay buenas razones para tener por acertada a esa consideración—,⁹⁸ entonces poco lugar queda para el optimismo en lo que atañe al respeto que la prohibición de analogía ha de encontrar en la praxis penal. Pues las razones justificadas —y las no justificadas— que conducen al legislador a no respetar adecuadamente el mandato de determinación (ya explicitadas más arriba) son en parte las mismas que hacen que los jueces penales no respeten lo suficiente la prohibición de analogía contra reo. Los ejemplos de la jurisprudencia alemana, en ese sentido, sobran,⁹⁹ y también los de la jurisprudencia argentina.¹⁰⁰

⁹⁵ Véase al respecto PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 2, pp. 389 ss.

⁹⁶ Cf. BVerfGE 84 (1991), pp. 212 ss. (p. 226); 88 (1993), pp. 103 ss. (p. 116).

⁹⁷ Así HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.º m. 70, p. 186.

⁹⁸ Verlas en HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, *ibidem*.

⁹⁹ Véase un listado muy exhaustivo de ejemplos en HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.º m. 92.; para la época de mediados del siglo pasado, considerada mucho mejor que la actual en lo que atañe al respeto a los corolarios del principio de legalidad penal, véase no obstante la enérgica crítica de SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, en particular respecto de la prohibición de analogía, con las pertinentes referencias jurisprudenciales.

¹⁰⁰ Recuerdo que en la Cámara de Acusación de Córdoba, que integré hasta hace poco, se consideró por ejemplo —por mayoría— “arma” a un camión, y también a una piedra —arrojada— de 8 cm de diámetro; y se consideró “arma blanca” a un cuchillo de cocina tipo “Tramontina”. En los tres casos voté en disidencia.

Si se pretende una protección efectiva de los derechos fundamentales en áreas ajenas al Derecho penal material, no parece alentadora, pues, la perspectiva que ofrece la prohibición de analogía contraindividual cuando es derivada del principio de legalidad penal. O al menos no es mejor esa perspectiva que la que cabe esperar de una inferencia de la misma prohibición a partir del principio general de reserva de ley. Cabe entonces preguntarse: ¿es realmente más fuerte en la praxis, de modo relevante, la prohibición de analogía contraindividual si se infiere del principio de legalidad penal que si se infiere del principio general de reserva de ley? La respuesta, conforme a lo visto, no puede ser sino negativa. Así, si está claro que la reserva de ley general, precisamente por ser de validez general, tiene vigencia también en el Derecho procesal penal, y que sobre ese punto hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia,¹⁰¹ es obvio entonces que tampoco en relación con la prohibición de analogía contraindividual tiene sentido esforzarse por demostrar (dado que en esto no hay consenso doctrinario ni jurisprudencial) que en ámbitos diversos al Derecho penal material como el señalado es de la reserva de ley penal —y no de la reserva de ley general— de donde debe derivarse dicha prohibición.

d) El mandato de proporcionalidad

A mi juicio, es el examen de este mandato el que inclina la balanza en forma definitiva a favor de que la reserva de ley que debe regir —y que además es conveniente que rijan— en ámbitos ajenos al Derecho penal material (y en particular en el derecho probatorio del Derecho procesal penal) es la reserva de ley general, y no la del Derecho penal material. Pues si hay una exigencia que debe plantearse en primera línea a las leyes procesales que autorizan medidas (de coerción, probatorias, etc.) que importan afectaciones a derechos individuales de carácter fundamental (además de a las medidas en sí que se dicten en función de esas leyes), esa exigencia es la de proporcionalidad.¹⁰² Y lo cierto es que ella, en el Derecho penal material, no tiene —al menos todavía— un anclaje firme, y ni siquiera se la considera un corolario del principio de legalidad penal (aunque debería, como se demostró más arriba). Con relación al mandato de proporcionalidad, por tanto, hasta el momento es poco y nada lo que ha hecho la praxis alemana a partir de la reserva de ley específica del Derecho penal material (lo mismo vale, por cierto, para

¹⁰¹ Cf., por todos, RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 18; BVerfGE 47 (1978), pp. 239 ss. (p. 248).

¹⁰² El vasto desarrollo de esta exigencia en el ámbito de otras medidas procesales restrictivas de derechos fundamentales, como la prisión preventiva por ejemplo, constituye una muestra del acierto de esta afirmación. Cf. además, por todos, RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 68 ss.

Argentina), y es por el contrario mucho lo que ha logrado tomando como punto de partida a la reserva de ley general.

En efecto, el mandato de proporcionalidad (que también cabe considerar como derivado o corolario directo del principio general de reserva de ley) tiene en el derecho constitucional alemán —y tanto en la doctrina como en la jurisprudencia— un desarrollo, una tradición y una aceptación vastísimos, que de ninguna manera ha logrado alcanzar su paralelo en el Derecho penal material, salvo para algunos supuestos aislados y, por lo demás, con menor fuerza garantizadora que la que ha podido lograrse a partir, por ejemplo, del principio de culpabilidad.¹⁰³

En Alemania, todos los manuales y tratados de derecho constitucional y todos los comentarios a la Constitución dedican un amplio espacio al tratamiento del mandato (o del principio) de proporcionalidad, y muchas veces él constituye *el* argumento a partir del cual el TCF alemán soluciona los casos en los que se cuestiona la conformidad constitucional de una ley o de una medida restrictiva de derechos fundamentales.¹⁰⁴ Existe incluso hasta una dogmática específica de la exigencia de proporcionalidad dentro de la dogmática general de los derechos fundamentales, con categorías fijas que guían el análisis para la solución de los casos, a saber: *idoneidad*, *necesidad* y *no excesividad* (o proporcionalidad en sentido estricto: *Übermaßverbot*) de la medida estatal cuestionada.¹⁰⁵ Hasta en el mismo Derecho procesal penal tiene el mandato de proporcionalidad (y ello vale también para Argentina) una importancia decisiva.¹⁰⁶

En el Derecho penal material, en cambio, por lo general no se le presta demasiada atención al mandato de proporcionalidad.¹⁰⁷ Por lo menos no en el sentido en el que él es utilizado en el

¹⁰³ Cf. en ese sentido ROXIN, *supra* nota 24, n.º m. 58.

¹⁰⁴ Cf., entre otros, AULEHNER, *Grundrechte und Gesetzgebung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 50 ss.; MANSSEN, *supra* nota 81, n.º m. 178 ss., ambos con las pertinentes referencias jurisprudenciales.

¹⁰⁵ Cf., por todos, JARASS, *supra* nota 28, n.º m. 80 ss., 84 ss.

¹⁰⁶ Cf. nuevamente RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 68 ss.

¹⁰⁷ Cf. WEIGEND, en *FS-Hirsch*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1999, p. 917: allí advierte que la literatura jurídico-penal ha prestado muy poca atención a la jurisprudencia constitucional, en la que el TCF se ha pronunciado respecto a la proporcionalidad de las penas (cf. por ejemplo BVerfGE 6 [1957], pp. 389 ss. [p. 439]; 45 [1977], pp. 187 ss. [229 ss.]; 90 [1994], pp. 145 ss. [pp. 182 s.]). Es posible, no obstante, que ello comience a dejar de ser así. A partir de la reciente y monumental monografía de Johannes KASPAR sobre el papel de la proporcionalidad en el Derecho penal material seguramente comenzarán a aparecer nuevos trabajos que profundicen en la cuestión (cf. KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2014). Además, la también reciente sentencia del TCF sobre el incesto (TCF 120, 224 [2008]), en la que opinó que la teoría del bien jurídico debería ser reemplazada por la dogmática constitucional de la proporcionalidad, ha introducido a ésta con fuerza en la discusión penal material, aunque el

derecho constitucional y en el Derecho procesal penal, es decir, con el objeto de emplearlo como límite para evitar restricciones excesivas a los derechos fundamentales.¹⁰⁸ Para que una ley penal sea tachada de inconstitucional por prever una pena excesiva —y violar en consecuencia el principio de proporcionalidad— debe tratarse de un caso craso, que salte a la vista por lo burdo.¹⁰⁹ Prima, por tanto, una suerte de presunción fuerte a favor de la racionalidad del legislador en ese contexto.

En el derecho constitucional (y en especial en el referido a los derechos fundamentales), en cambio, prevalece la idea, enraizada en el denominado “principio de reparto” de Carl Schmitt, de que el ciudadano no debe dar ninguna explicación si quiere ejercer sus libertades fundamentales, mientras que el Estado sí debe ofrecer explicaciones si quiere restringirlas.¹¹⁰ De allí que, en este ámbito, la discusión acerca de la proporcionalidad en sentido estricto de la ley restrictiva (esto es, de su no excesividad) alcance el primer plano de importancia, y que ello se refleje en la praxis con especial nitidez: el TCF exige realmente proporcionalidad tanto a las leyes restrictivas de derechos fundamentales como a las medidas estatales que se practican a partir de esas leyes, y para ello nunca ha partido del principio de legalidad del Derecho penal material.¹¹¹

Esta doble función del mandato de proporcionalidad (a saber: lograr un *derecho* y una *aplicación del derecho* que sea proporcional)¹¹² deja en claro, por lo demás, que él tiene como destinatario no sólo a los Poderes Ejecutivo y Judicial, sino también al propio Poder Legislativo.

fallo, hasta ahora, ha merecido más crítica que aprobación por parte de la doctrina (cf. por todos ROXIN, GA 2013, pp. 433 ss).

¹⁰⁸ Una excepción es el art. 62 StGB, referido a las medidas de restablecimiento y protección. Véase no obstante la ya citada crítica de ROXIN al respecto en *supra* nota 24, n.º m. 58, pp. 94 s.

¹⁰⁹ En efecto: más allá de que es cierto que el TCF se ha ocupado del problema de la proporcionalidad de las penas más que la doctrina jurídico-penal, lo cierto es que en sus fallos siempre avaló al legislador, incluso en la discusión referida a la constitucionalidad de las privaciones perpetuas de libertad, que por no ser divisibles no permitirían cumplir la exigencia de que la pena debe adecuarse a la culpabilidad concreta del autor (cf. sobre esto WEIGEND, *supra* nota 107, p. 920; BVerfGE 45 [1977], pp. 187 ss. [259 ss]).

¹¹⁰ Esta es, en esencia, la argumentación que emplea el TCF para referirse a la importancia del mandato de proporcionalidad. Textualmente se expresa de esta manera: “En la República Federal de Alemania, el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Él surge del principio del Estado de derecho, en verdad ya de la esencia de los propios derechos fundamentales, los cuales, como expresión del derecho general a la libertad del ciudadano frente al Estado, sólo pueden ser limitados por el poder público en la medida en que ello sea imprescindible para la protección de intereses generales” (BVerfGE 19 [1965], pp. 342 ss. [pp. 348 s.]; 61 [1982], pp. 126 ss. [p. 134], etc.: jurisprudencia constante).

¹¹¹ Cf., entre múltiples fallos, BVerfGE, 80 (1989), pp. 109 ss. (p. 120); 108 (2003), pp. 129 ss. (p. 136); 111 (2004), pp. 54 ss. (p. 82).

¹¹² Cf. JARASS, *supra* nota 28, n.º m. 81a.

No sólo deben ser proporcionales las medidas concretas dictadas por la administración o la jurisdicción que importen una afectación a derechos fundamentales, sino también las leyes que, *prima facie*, autorizan esas medidas. Una prueba más de la similitud estructural que tiene el mandato de proporcionalidad con las tradicionales consecuencias del principio de legalidad penal (ley previa, cierta, estricta y escrita), en el sentido de que, en definitiva, se trata siempre de mandatos o prohibiciones que vinculan tanto al legislador como al aplicador del derecho, independientemente de la intensidad de esa vinculación en cada caso.

Y ello constituye una prueba más, por tanto, de que, dogmáticamente, también el mandato de proporcionalidad es, ante todo, un corolario de la reserva de ley (sea ésta la general o alguna de las especiales, entre ellas la del Derecho penal material). Por supuesto que el mandato de proporcionalidad, indirectamente, deriva también de principios más generales como el del Estado de derecho (como lo sostiene la doctrina dominante y la jurisprudencia en Alemania), pero del que *directamente* se infiere es del principio —menos general que aquel— de reserva de ley. En el nivel más general del derecho constitucional, el mandato de proporcionalidad debe ser tenido, entonces, como una consecuencia más del principio general de reserva de ley. Y en el Derecho penal material debería ser visto como una consecuencia más del *nullum crimen sine lege*: con ello, el mandato de proporcionalidad hasta ganaría en prestigio o alcurnia dogmática, que es tal vez lo que necesita para lograr más consideración entre los penalistas.

e) La prohibición del derecho consuetudinario o de la costumbre como fuente legislativa

Como ya se anunciara, al menos en lo que se refiere al derecho *nacional* alemán (y lo mismo vale para el argentino), dada la vigencia de un sistema legislativo codificado, esta prohibición se respeta sin inconvenientes relevantes en todos los ámbitos jurídicos y tiene la misma fuerza vinculante cualquiera que sea la reserva de ley de la que sea inferida, la general o la especial del Derecho penal. No tiene sentido, por tanto, extenderse más sobre este punto.

f) Reflexión final

Para finalizar con este apartado referido al descripto plano fáctico, resulta pertinente, a mi juicio, la siguiente reflexión: incluso en una época bastante más promisorio que la actual para el principio de legalidad penal en Alemania, se preguntaba SCHÜNEMANN cómo era posible que un

principio con tanto prestigio teórico e ideológico como el *nullum crimen sine lege* pudiera ser tan poco respetado en la práctica, poniendo así en evidencia la enorme tensión que existe entre la formulación y la praxis en torno al principio de legalidad penal.¹¹³ Ello, más el agravamiento ulterior de la situación, es lo que ha conducido a que, más recientemente, NAUCKE denunciara una “progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal”.¹¹⁴ Frente a esto, está claro que, en el nivel de la praxis, el principio de legalidad penal no parece ofrecer demasiadas seguridades en materia de contralor efectivo del poder del Estado contra el individuo, por lo que los esfuerzos por intentar demostrar su vigencia en ámbitos diversos al Derecho penal material (en especial en el Derecho procesal penal) podrían terminar siendo contrafuncionales al objetivo garantizador que se persigue.

4. Repaso de los argumentos habituales a favor o en contra de la vigencia del principio de legalidad penal en el Derecho procesal penal

Con lo argumentado hasta aquí se han obtenido fundamentos que, a mi juicio, resultan en verdad ya concluyentes para demostrar que es correcta la tesis que aquí se pretende defender, conforme a la cual es el principio general de reserva de ley —y no el principio de legalidad del Derecho penal material— el que tiene vigencia en el Derecho procesal penal. Pero, como se anunció, dicha fundamentación, para ser completa, debe tomar posición también respecto de los tópicos habituales a los que acuden la doctrina y la jurisprudencia en Alemania para tomar posición con respecto a este problema. Lo que queda por revisar, en definitiva, es si la fundamentación lograda hasta aquí puede ser refutada por alguno de esos argumentos habituales, que son los que se exponen y —críticamente— se analizan a continuación.

a) El origen histórico del principio de legalidad

Tanto la doctrina como la jurisprudencia alemanas acuden con especial frecuencia al argumento del origen histórico del principio de legalidad penal para fundamentar su punto de vista favorable o contrario a la posibilidad de que la vigencia de este principio se extienda al

¹¹³ Cf. SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, p. 8.

¹¹⁴ Así NAUCKE, “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 531 ss.

Derecho procesal penal.¹¹⁵ Lo cierto, sin embargo, es que del análisis histórico no pueden extraerse conclusiones definitivas,¹¹⁶ por lo que esta opción argumental no parece tener gravitación suficiente para refutar la tesis aquí defendida. El solo hecho de que tanto quienes están en contra como quienes están a favor de la vigencia del *nullum crimen sine lege* en el Derecho procesal penal recurran a la argumentación histórica para fundar sus respectivas tesis es un signo evidente de que, por ese camino, no se puede obtener una fundamentación concluyente a favor de ninguna de ellas.

Así, por ejemplo, a favor del carácter penal material del principio de legalidad suele sostenerse que aquél estaba ya contenido en el art. 39 de la *Magna Charta Libertatis* inglesa del año 1215, pues con la expresión “*lex terrae*” allí incluida se estaría haciendo referencia a una ley sustantiva.¹¹⁷ Algo similar se predica de la *Constitutio Criminalis Carolina* del año 1532, que tendría alguna referencia al principio de legalidad.¹¹⁸ Pero también se argumenta que, en verdad, la norma aludida de la *Magna Charta* sólo tendría significado procesal, lo que se comprobaría con facilidad si se tomara en cuenta su contenido completo, por lo que no sería posible encontrar en ella ni una concepción unificadora del Derecho penal con el procesal penal ni, tampoco, una receptación del principio de legalidad penal.¹¹⁹ Y en cuanto a la denominada “*Carolina*”, por su parte, se afirma que no contiene en verdad ningún precepto en el que pueda encontrarse alguna huella del hoy vigente principio de legalidad penal.¹²⁰

¹¹⁵ En cuanto a la doctrina cf., entre otros, KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, Berlin, de Gruyter, 1983, pp. 115 s., nota al pie n.º 370; MERTENS, *Strafprozessuale Grundrechtseingriffe und Bindung an den Wortsinn der ermächtigenden Norm*, Fráncfort a.M., Peter Lang, 1996, pp. 55 s.; RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 10, p. 7; ROXIN, *supra* nota 24, n.º m. 57; DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 412 (todos ellos en contra de la extensión del principio de legalidad penal —en especial del mandato *lex praevia*— al Derecho procesal penal); SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, Fráncfort a.M., A. Metzner, 1976, p. 52 (también en nota al pie n.º 48); VOLK, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, Ebelsbach, R. Gremer, 1978, pp. 50 s.; Hans MAIER, *Die Garantiefunktion des Gesetzes im Strafprozeß*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1991, pp. 2 ss. (todos ellos a favor de la extensión del principio de legalidad —en especial del mandato *lex praevia*— al Derecho procesal penal). En cuanto a la jurisprudencia, cf. nuevamente BVerfGE 25 (1969), pp. 269 ss. (pp. 287 ss.), que acude expresamente al argumento del origen histórico para negar la extensión del principio de legalidad penal al Derecho procesal penal.

¹¹⁶ De acuerdo con esto BÄR, *supra* nota 26, p. 89.

¹¹⁷ Así SCHREIBER y VOLK, *supra* nota 115.

¹¹⁸ Cf. PETERS, *supra* nota 42, p. 8.

¹¹⁹ Cf. BÄR, *supra* nota 26, pp. 91, 98 s., con más referencias bibliográficas.

¹²⁰ Opinión dominante: la sostienen, entre otros, PFÖHLER, *Zur Unanwendbarkeit des strafrechtlichen Rückwirkungsverbot im Strafprozessrecht in dogmenhistorischer Sicht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, pp. 146 ss.; BÄR, *supra* nota 26, 89 s.; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993, p. 46.

Como consecuencia de estas refutaciones a la idea de que el principio de legalidad penal habría sido conocido ya en la Edad Media (o incluso en el derecho romano),¹²¹ se aduce asimismo que su verdadero origen histórico estaría en la Ilustración,¹²² y que si bien en FEUERBACH su fundamentación es claramente penal-material, no sucedería lo mismo en MONTESQUIEU y BECCARIA, pues el primero se habría referido a la “ley” siempre en términos generales y habría vinculado la exigencia de ley previa a razones no penales sino de teoría del Estado, en particular a lo relativo a la necesidad de la división de poderes; y el segundo simplemente habría especificado, para el Derecho penal, argumentaciones contractualistas (también de teoría del Estado, en especial las de ROUSSEAU),¹²³ por lo que sería claro que, en verdad, las primeras manifestaciones iluministas a favor del principio de ley previa habrían estado más vinculadas a un principio de legalidad general que a uno aplicable específicamente al Derecho penal material.

Por otra parte, más allá de una hipotética primera formulación más bien general del principio de reserva de ley (la atribuible sobre todo a MONTESQUIEU),¹²⁴ no puede negarse que, a partir de su vinculación específica al Derecho penal material por parte de BECCARIA¹²⁵ y, en especial, de FEUERBACH, es en esta área del derecho en donde se desarrollaron con especial detalle las cuatro clásicas consecuencias del principio de legalidad (mandatos de ley previa, cierta, estricta y escrita).¹²⁶ Y que fue a partir de la dogmática penal que ellas ganaron su especial prestigio en el plano teórico, debido especialmente a la recepción amplia que tuvo el *nullum crimen* en la legislación estrictamente penal del siglo XIX,¹²⁷ y del consecuente desarrollo teórico llevado a cabo por el propio FEUERBACH, principalmente,¹²⁸ a quien se debe, como es sabido, su formulación latina: *nullum crimen sine lege*.¹²⁹ Es decir: el anclaje fuerte del principio de legalidad

¹²¹ Cf. PFÖHLER, *supra* nota 120, pp. 104 s.; BÄR, *supra* nota 26, p. 89. DANNECKER, por el contrario, sostiene que, al menos en los últimos tiempos de la República, el derecho romano conoció una prohibición de retroactividad en materia penal: cf., *supra* nota 120, p. 33. Pero el análisis que efectúa PFÖHLER de las fuentes romanas contradice en forma contundente esta opinión de DANNECKER.

¹²² En esto sí hay amplio consenso en la doctrina: cf., por todos, SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, pp. 1 ss.

¹²³ Cf. sobre todo ello BÄR, *supra* nota 26, pp. 91 ss., 98 ss.; *supra* nota 120, pp. 80 ss.

¹²⁴ Cf. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Altaya, 1993 [1750], libro XI, pp. 113 ss.

¹²⁵ Cf. BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III, 2015 [1764], capítulo 3, p. 21.

¹²⁶ Cf. SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, p. 3, que señala en verdad cinco consecuencias, con numerosas referencias bibliográficas sobre el desarrollo posterior de ellas.

¹²⁷ Cf. SCHREIBER, *supra* nota 115, 118 ss.; BÄR, *supra* nota 26, pp. 93 ss.; DANNECKER, *supra* nota 120, pp. 112 ss.

¹²⁸ Cf. v. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.ª ed., Giessen, Heyer's, 1847, reimpresión de la 14ª ed, Aalen, a cargo de Scientia, 1973, pp. 15 ss.; cf. más referencias bibliográficas en PFÖHLER, *supra* nota 120; BÄR, *supra* nota 26, pp. 94 s.; DANNECKER, *supra* nota 120, pp. 112 ss.

¹²⁹ Cf., por todos, ESER/HECKER, “§ 1“, en *S/S-StGB*, 28.ª ed., München, C.H. Beck, 2010, n.º m. 1.

únicamente en el Derecho penal material que predica la doctrina dominante tampoco es, ni histórica ni dogmáticamente, arbitrario.

Entonces, si a la cuestión del *origen* histórico (bastante dudosa) se le suma lo relativo a su *desarrollo* histórico-dogmático, *podría* decirse que hay más a favor de la tesis favorable a que el principio de legalidad, tal como hoy se lo conoce, en términos históricos está vinculado más al Derecho penal material que al derecho constitucional o a la teoría del Estado en general.¹³⁰ Por lo demás, lo que sería seguro según algunas investigaciones históricas es que el principio de legalidad penal (en especial la prohibición de retroactividad) no tuvo ninguna vigencia *en el Derecho procesal penal* en ninguno de los períodos a los que suele vincularse su origen, esto es, ni en el derecho romano, ni en el Derecho penal alemán de los siglos XVI y XVII, ni en la Ilustración,¹³¹ aunque esa misma conclusión es negada por otras investigaciones del mismo carácter, y con equivalente plausibilidad.¹³²

Como sea, está claro que la argumentación fundada en la cuestión del origen o del desarrollo histórico es débil, pues, en cualquiera de sus posicionamientos, deja abiertos gruesos flancos a favor del punto de vista divergente, y en consecuencia no resulta del todo segura o confiable. Dicha argumentación apoya, ciertamente, el punto de vista que aquí se defiende, pero éste no pretende apoyarse en aquélla, o al menos no en forma dirimente, precisamente por las flaquezas de las que adolece. Con todo, sí es importante destacar que, tal como surge a mi juicio con claridad de lo demostrado en este lugar, el llamado argumento del origen histórico al menos no se opone —y ciertamente no refuta— la posición que aquí se considera acertada, en el sentido de que el *nullum crimen sine lege* sólo tiene aplicación en el Derecho penal material.

b) La formulación literal del principio de legalidad penal en Alemania

Otro argumento al que la doctrina dominante y la jurisprudencia recurren casi siempre para fundamentar su convicción de que el principio de legalidad penal *no es extensible* en Alemania al Derecho procesal penal, es el referido al tenor literal de su formulación, en particular al vocablo

¹³⁰ Algo similar concluye BÄR, aunque con una argumentación bastante extraña: “dado que junto a las raíces de teoría del Estado también debe ser tomada en cuenta la derivación jurídico-penal, el principio de legalidad debe quedar limitado al derecho material” (?) (*supra* nota 26, p. 102).

¹³¹ Cf. PFÖHLER, *supra* nota 120, pp. 103 ss., 212 s., 222.

¹³² Cf. especialmente SCHREIBER, *supra* nota 115, pp. 52, 57 ss.

“punibilidad”: “un hecho sólo puede ser penado si su *punibilidad* está ya determinada por ley con anterioridad a su comisión” (CA, Art. 103.II, CP alemán, § 1). Como ya fuera explicado, el término en cuestión, según esa opinión mayoritaria, restringiría la aplicación del principio únicamente al Derecho penal material.¹³³ Este punto de vista merece recibo: el tenor literal de la formulación del principio en la CA y en el CP alemán es muy claro. Pues la única “punibilidad” que puede estar “*legalmente determinada*” es, precisamente, aquella que establece que un hecho es, *según la ley*, punible.¹³⁴

Por supuesto que el proceso penal es lo que hace posible, *desde un punto de vista fáctico*, que un hecho sea finalmente declarado punible, y que en tal sentido se lo puede ver también a él como una condición necesaria de la “punibilidad”, así entendida.¹³⁵ Pero, conforme a la formulación alemana, está claro que la vigencia del principio de legalidad penal en un determinado ámbito jurídico no se decide en función de condiciones necesarias de carácter fáctico para una declaración de punibilidad en un caso concreto (i.e., en un caso individual), sino, únicamente, en función de qué es lo que en abstracto y de modo general torna *jurídicamente* (y no: judicialmente) punible a una determinada clase de conducta (esto es, a un caso genérico),¹³⁶ que no es otra cosa que la *ley penal* o, más precisamente, las normas del Derecho penal material.

No puede dejar de reconocerse, sin embargo, que, en tanto la finalidad sea *favor rei*, no existen por principio inconvenientes en intentar una interpretación extensiva de la ley, que intente superar aparentes límites gramaticales. Precisamente por eso se considera aquí que este argumento del tenor literal, aunque favorece la posición aquí defendida, no es determinante, y de allí que se lo considere recién en este lugar. Pero tampoco puede dejar de tenerse presente que, como fuera ya indicado, esa clase de esfuerzos interpretativos —que en un punto son forzados precisamente por su falta de apego al tenor literal de la ley— sólo tienen sentido en la medida en

¹³³ Cf., entre muchos otros, RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 10; ROXIN, *supra* nota 24, n.º m. 57; DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 412; SCHMITZ, *supra* nota 21, n.º m. 12, 17. En cuanto a la jurisprudencia, cf. BVerfGE 24 (1968), pp. 33 ss. (p. 55); 25 (1969), pp. 269 ss. (pp. 287 ss.); BGHSt 20 (1964), pp. 22 ss. (p. 27); 26 (1976), pp. 288 ss. (p. 289).

¹³⁴ Tiene razón por tanto el TCF cuando sostiene que “la punibilidad de un hecho es condición previa necesaria de su perseguibilidad”, y que “por la (no) punibilidad se suprime la perseguibilidad, pero, por el contrario, por la (no) perseguibilidad no se suprime la punibilidad”, en el sentido de que cuando se comete un hecho que es legalmente punible, el hecho en cuestión no deja de ser contrario a derecho porque, por razones fácticas o jurídicas, no pueda ser perseguido penalmente: cf. BVerfGE 25 (1969), pp. 269 ss. (p. 287).

¹³⁵ Este es, básicamente, el punto de vista de autores como MARXEN, “Strafgesetzgebung als Experiment?”, en GA, 1985, p. 552, y JÄGER, *supra* nota 27, pp. 619 s. En Argentina sostuvo algo similar PASTOR, *supra* nota 38, pp. 793 ss.

¹³⁶ Acerca de la distinción entre caso individual y caso genérico cf. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *supra* nota 57, pp. 57 ss.

que realmente exista un vacío normativo que torne necesarias tales osadías; de lo contrario, el único eco que dejan resonando es el de su artificialidad. Fuera de ello, lo que aquí ha quedado claro es que, en definitiva, si algún efecto tiene el argumento del tenor literal para la concepción que aquí se defiende es el de apoyarla, por lo que tampoco de él cabe esperar una refutación de aquélla.

c) La *ratio legis* del principio de legalidad penal

Bajo este tópico, la literatura jurídico-penal explora cuáles son los principios constitucionales que explican y fundamentan la razón de ser del principio de legalidad penal,¹³⁷ en ocasiones con la finalidad específica de intentar determinar, a partir de ello, si es posible extender el ámbito de aplicación de esta reserva de ley específica fuera del Derecho penal material *stricto sensu*.¹³⁸ En relación con esto último, la fundamentación del principio de legalidad penal no sólo en una determinada teoría del fin de la pena (FEUERBACH) o en el principio de culpabilidad, sino también en los principios democrático y del Estado de derecho, demostraría que sus raíces no son únicamente de índole jurídico-penal sino también jurídico-constitucional, y en consecuencia que él sería aplicable no sólo en el Derecho penal material, sino también en el Derecho procesal penal, en el cual los mencionados principios constitucionales de la democracia y del Estado de derecho cumplirían una función tan importante como en el Derecho penal material.¹³⁹

Tales consideraciones no son, en principio, objetables. Pero ellas no tienen en cuenta la circunstancia obvia de que, en Alemania, junto a la reserva de ley especial del Derecho penal material (CA, Art. 103.II) tiene vigencia la reserva de ley general (CA, Art. 20.III), también fundada en los principios de la democracia y del Estado de derecho. Y si, además de esta identidad en las fuentes, se ha demostrado que los mandatos que surgen de la reserva de ley general son los mismos que surgen del principio de legalidad penal, y que tienen fuerza normativa suficiente para proteger de modo eficaz los derechos fundamentales involucrados, entonces todo lo que queda es resolver la cuestión del ámbito de aplicación de cada uno a partir de los principios habituales mediante los que se solucionan los casos de concurso de leyes, entre ellos el de *lex specialis*. Pues bien, como ya fuera dicho, ello sólo puede dar como resultado que el principio de legalidad penal

¹³⁷ Cf., entre otros, ESER/HECKER, *supra* nota 129, n.º m. 2; SCHMITZ, *supra* nota 21, n.º m. 8 s.; HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.º m. 10 ss., pp. 168 ss.

¹³⁸ Así por ejemplo BÄR, *supra* nota 26, pp. 106 ss.

¹³⁹ Cf. al respecto BÄR, *supra* nota 26, pp. 110 ss., 114.

es aplicable únicamente en el Derecho penal material, pues para el resto del ordenamiento jurídico la reserva de ley que rige es la general.

Ahora bien, esta conclusión fundada en el principio de *lex specialis* es, por su parte, completamente consistente con un análisis fundado en la cuestión de la *ratio legis* de cada reserva de ley. Porque, como ya fuera explicado, la mayor estrictez que, normativamente, cabe reconocer al principio de legalidad penal, se fundamenta, como se vio, precisamente en un argumento de *ratio legis*: el principio de legalidad penal tiene que ser más estricto en sus consecuencias que el principio general de reserva de ley porque la pena privativa de libertad es la injerencia estatal más grave (en los derechos fundamentales del ciudadano) que prevé el ordenamiento jurídico. Esta es, claramente, una consideración de *ratio legis*, y también ella conduce, en verdad, a apoyar la tesis aquí defendida, según la cual la vigencia de la reserva de ley especial del Derecho penal material no se extiende al Derecho procesal penal, en el cual rige la reserva de ley general. Tampoco esta línea argumentativa es idónea, por tanto, para refutar el punto de vista que aquí se considera correcto.

d) La supuesta imposibilidad de separación estricta entre Derecho penal material y Derecho procesal penal

También a este argumento suele acudir para fundar la tesis de que el principio de legalidad penal debe regir no sólo en el Derecho penal material, sino, asimismo, en el Derecho procesal penal, o por lo menos en relación con algunas normas procesales. En esa dirección, JAKOBS por ejemplo sostiene, como ya fuera mencionado, que la sujeción a la ley que ordena la CA tiene que garantizar *objetividad en general*, y que por tanto no sólo las normas relativas a la imputación penal deben cumplir con las exigencias del principio de legalidad —en particular con el mandato de ley previa—, sino también normas procesales como, especialmente, las relacionadas con la prescripción.¹⁴⁰ De modo similar, BAUMANN/WEBER/MITSCH afirman que normas como las de la prescripción o las de los presupuestos procesales tienen, en rigor, doble carácter (procesal y material), y que, en consecuencia, podrán quedar liberadas de las exigencias del principio de legalidad penal sólo aquellas normas procesales que se refieren a la marcha del procedimiento,

¹⁴⁰ Cf. JAKOBS, *supra* nota 25, n.º m. 4/9.

pero no aquellas que, como las mencionadas de la prescripción y de los presupuestos procesales, influyen en definitiva sobre la punibilidad del hecho.¹⁴¹

A favor de la tesis de la imposibilidad de separación estricta entre Derecho penal material y Derecho procesal penal hablaría la tradicional visión de este último como “realizador” del Derecho penal material, a más del hecho de que, en la CA, el principio de legalidad penal está sancionado en un precepto que incluye también garantías claramente procesales.¹⁴² Ello, sin embargo, no impide constatar la evidencia de que las normas penales materiales y las penales procesales tienen una estructura, una función y unos destinatarios bien diferentes, que es justamente lo que permitió que, a partir del siglo XIX, el Derecho procesal penal se organizara, tanto legislativa como científicamente, con independencia del Derecho penal material y claramente separado de él.¹⁴³

Por otra parte, resulta claro que los autores alemanes que abogan por una extensión de la vigencia del principio de legalidad penal al Derecho procesal penal lo hacen, casi siempre, para lograr que la prohibición de retroactividad rija también a las normas relativas a la prescripción.¹⁴⁴ Sin perjuicio de ello, excepcionalmente se diferencia y se postula la validez del *nullum crimen sine lege* en el Derecho procesal penal no sólo para conseguir que la prohibición de retroactividad rija para las normas de la prescripción, sino también para lograr que la prohibición de analogía tenga vigencia para ciertas normas del derecho probatorio.¹⁴⁵

Como sea, lo cierto es que ya quedó demostrado que ninguno de estos esfuerzos interpretativos tiene sentido si está claro que, en el ordenamiento jurídico en general, y por tanto en el Derecho procesal penal, rige un principio general de reserva de ley del que es posible derivar, con fuerza normativa suficiente para proteger eficazmente los derechos fundamentales

¹⁴¹ Cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11ª ed., Bielefeld, Gieseking, 2003, n.º m. 9/32. En sentido similar PASTOR, *supra* nota 38, pp. 793 ss.

¹⁴² Cf. BÄR, *supra* nota 26, pp. 116 s. También en Argentina es tradicional esa visión del Derecho procesal penal como “sirviente o auxiliar” del Derecho penal material (cf., por todos, Julio MAIER, *Derecho procesal penal*, vol. I: *Fundamentos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, pp. 84 ss). Y también en Argentina el precepto constitucional que sanciona el principio de legalidad penal (CN, art. 18) es fuente de otras garantías que son, en rigor, procesales: defensa en juicio, debido proceso, juicio previo, etc.

¹⁴³ Cf. BÄR, *supra* nota 26, pp. 115, 117 ss.

¹⁴⁴ Cf. nuevamente JAKOBS, *supra* nota 25, n.º m. 4/9, pp. 67 s.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *supra* nota 141, n.º m 32, p. 143; también, entre otros, SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, pp. 24 ss.; MARXEN, *supra* nota 135, p. 551; SCHMITZ, *supra* nota 21, n.º m. 17, pp. 49 s.

¹⁴⁵ Así JÄGER, *supra* nota 27, pp. 620 s., 627.

involucrados, prohibiciones como las de retroactividad y analogía contraindividual. Es más convincente, frente a ello, aceptar que es posible distinguir entre normas penales materiales y procesales y que, para las primeras, rige el principio de legalidad penal, mientras que, para las segundas, rige el principio general de reserva de ley. Tampoco este argumento afecta, pues, a la tesis que aquí se considera correcta.

VII. Conclusión

Ha quedado claro que, en Alemania, hay consenso respecto a la vigencia del principio general de reserva de ley en el Derecho procesal penal. También quedó claro que, por el contrario, es muy discutible la posibilidad de que el principio de legalidad del Derecho penal material rija en ámbitos jurídicos diferentes a aquel para el que fue específicamente concebido. Y quedó claro, finalmente, que de ambas reservas de ley se inferían los mismos mandatos y prohibiciones respecto a la forma y contenido que deben respetar las leyes restrictivas de derechos fundamentales (ley previa, cierta, estricta, escrita y proporcional). Pese a ello, quedaba por indagar si de todas maneras valía la pena el esfuerzo de demostrar la vigencia del principio de legalidad penal en el Derecho procesal penal, por ser, de modo relevante, *más fuertes* esos mandatos y prohibiciones si provienen de aquél que si provienen del principio general de reserva de ley. Y quedó demostrado que no: ni normativa ni fácticamente ello es así. Más bien al contrario: existe incluso —en el plano fáctico— un “saldo” a favor del principio general de reserva de ley en lo que se refiere al más que importante mandato de proporcionalidad.

Se demostró también que ninguno de los argumentos habituales en función de los que la doctrina y la jurisprudencia alemanas fundamentan sus conclusiones a favor o en contra de la extensión de la vigencia del principio de legalidad penal al Derecho procesal penal (origen histórico del principio, su formulación literal, su *ratio legis* y la posibilidad de separación estricta entre Derecho penal material y Derecho procesal penal) refuta la posición que aquí se ha defendido y fundamentado, sino que, por el contrario, hasta la refuerzan.

No se ha advertido hasta aquí, en consecuencia, ninguna razón que aconseje llevar a cabo el nada fácil intento de demostrar que el principio de legalidad del Derecho penal material rige también en el Derecho procesal penal. Mucho más sencilla y convincente es la conclusión que aquí se ha considerado correcta (que en los resultados coincide con la conclusión de la doctrina dominante y de la jurisprudencia en Alemania), a saber: sostener que en el Derecho procesal penal

rige el principio general de reserva de ley (entre nosotros: CADH, art. 30), y no el principio de legalidad penal (entre nosotros: CADH, art. 9; CN, art. 18).

Por todo lo dicho hasta aquí, entonces, para todos aquellos sectores jurídicos ajenos al Derecho penal material resulta correcto, y más conveniente, abogar a favor del principio general de reserva de ley. A favor de él habla lo siguiente: su rango constitucional es indiscutible; su prestigio teórico (como creo ha podido ser demostrado en esta investigación) también es elevado, aunque su dogmática en Argentina sea aún un tanto desconocida, incluso entre los constitucionalistas;¹⁴⁶ su vigencia en ámbitos diversos al Derecho penal material no puede ser puesta en duda; sus exigencias respecto a las leyes que deben adecuarse a él, cuando se superponen a las del principio de legalidad penal, son normativamente idóneas para ejercer con efectividad su función de protección, y en la práctica tienen de hecho fuerza vinculante suficiente; sus exigencias en torno a la proporcionalidad de las leyes tienen un desarrollo más denso y sistemático que el logrado en el Derecho penal material; y, finalmente, su más reciente desarrollo dogmático (más allá de compartir origen histórico con el principio de legalidad penal)¹⁴⁷ y su carácter general lo tornan, en verdad, mucho más prometedor en el Derecho procesal penal que el tradicional y en gran parte fracasado principio de legalidad penal, que por tener además un anclaje tan específico en el Derecho penal material es considerado, por la mayoría de los procesalistas, como una suerte de “cuerpo extraño” en el proceso penal, lo cual, como se vio, torna en verdad muy difícil (además de inútil) el intento de extender su vigencia a ese ámbito jurídico.

VIII. Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos/BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1993.

AMELUNG, Knut, “Sitzblockaden, Gewalt und Kraftentfaltung - Zur dritten Sitzblockaden-Entscheidung des BVerfG”, en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1995, pp. 2584-2591.

¹⁴⁶ Véase al respecto PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 2, pp. 330 ss.

¹⁴⁷ En efecto: aunque, conforme se ha visto, tanto la reserva de ley general como la especial del Derecho penal material comparten origen histórico en el período de la Ilustración, lo cierto es que el desarrollo dogmático y también la aceptación práctica de la primera es más reciente: hasta comienzos del siglo XX no había en Alemania una aplicación consistente de este principio, en particular no en el Derecho procesal penal: cf. DALLMEYER, Jens, *Beweisführung im Strengbeweisverfahren*, 2.ª ed., Norderstedt, Books on Demand, 2008, p. 38, con las pertinentes referencias bibliográficas de la época aludida.

AULEHNER, Josef, *Grundrechte und Gesetzgebung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

BÄR, Wolfgang, *Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren*, Colonia, Carl Heymanns, 1992.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11ª ed., Bielefeld, Giesecking, 2003.

BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III, 2015 [1764].

DALLMEYER, Jens, *Beweisführung im Strengbeweisverfahren*, 2.ª ed., Norderstedt, Books on Demand, 2008.

DANNECKER, Gerhard, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993.

— “§ 1 (Keine Strafe ohne Gesetz)“, en LAUFHÜTTE, Heinrich/RISSING VAN SANN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus (comps.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar (LK-StGB)*, 12.ª ed., Berlín, de Gruyter, 2007, vol. 1.

DÍAZ, Matías, *Aplicación de la ley procesal penal en el tiempo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

ECKHOFF, Rolf, *Der Grundrechtseingriff*, Colonia, Carl Heymann, 1992.

ESER, Albin/HECKER, Bernd, “§ 1“, en ESER, Albin *et al.*, *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch (S/S-StGB)*, 28.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

V. FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, con notas adicionales de Carl MITTERMAIER, 14.ª ed., Giessen, Heyer's, 1847, reimpresión de la 14ª ed, Aalen, a cargo de Scientia, 1973.

GRZESZICK, Bernd, “Art. 20, VI: Die Verfassungsgrundsätze des Art. 20 Abs. 3 GG”, en MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (comps.), *Grundgesetz. Kommentar* (GG-Maunz/Dürig), München, C. H. Beck, 2007.

HASSEMER, Winfried/KARGL, Walter, “§ 1“, en KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/PAEFFGEN, Ullrich (comps.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch* (NK-StGB), 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, vol. 1.

HUSTER, Stefan/RUX, Johannes, “Art. 20”, en EPPING, Volker/HILLGRUBER, Christian (comps.), *Grundgesetz. Kommentar* (GG-Epping/Hillgruber), München, C.H. Beck, 2009, pp. 549 ss.

JÄGER, Christian, “Grund und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzip im Strafprozessrecht”, en *Goltammer’s Archiv für Strafrecht* (GA), 2006, pp. 615-628.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1991.

JARASS, Hans D., “Art. 20”, en JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar* (GG-Jarass/Pieroth), 11.ª ed., München, C.H. Beck, 2011.

KASPAR, Johannes, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2014.

KLOEPFER, Michael, “Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel”, en *Juristen Zeitung*, 1984, pp. 685-695.

KREBS, Walter, “Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes”, en *Jura*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1979, pp. 304-312.

KREY, Volker, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1977.

— “Parallelitäten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt”, en SCHWIND, Hans-Dieter/BERZ, Ulrich/GEILEN, Gerd/HERZBERG, Rolf

D./ WARDA, Günter (eds.), *Festschrift für Günter Blau* (FS-Blau), Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1985, pp. 123-150.

— *Keine Strafe ohne Gesetz*, Berlín, de Gruyter, 1983.

KUHLEN, Lothar, *Die Verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg, Müller, 2006.

— “Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot”, en DANNECKER, Gerhard/ LANGER, Winrich/RANFT, Otfried/ SCHMITZ, Roland/ BRAMMSEN, Joerg (eds.) *Festschrift für Harro Otto* (FS-Otto), Berlín, Heymanns, 2007, pp. 89-105.

MAIER, Hans, *Die Garantiefunktion des Gesetzes im Strafprozeß*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1991.

MAIER, Julio, *Derecho procesal penal, Tomo I: Fundamentos*, 2.^a ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996.

MANNSSEN, Gerrit, *Staatsrecht II. Grundrechte*, 8.^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2011.

MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht, Tomo I*, 2.^a ed., Duncker & Humblot, Múnich/Leipzig, 1914.

MARXEN, Klaus, “Strafgesetzgebung als Experiment?”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (GA), 1985, pp. 535-552.

MERTENS, Oliver, *Strafprozessuale Grundrechtseingriffe und Bindung an den Wortsinn der ermächtigenden Norm*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 1996.

MEYER-GOSSNER, Lutz, *Strafprozessordnung. Kommentar*, 54.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2011.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Altaya, 1993 [1750].

NAUCKE, Wolfgang, “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado” (traducción a cargo de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

GUTIÉRREZ), en AA.VV, *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 531-549.

OSSENBÜHL, Fritz, "Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes", en ISENSEE, Josef/KIRCHHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen*, 3.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2007, § 101.

PASTOR, Daniel, "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro homenaje a Claus Roxin (LH-Roxin)*, Córdoba/Buenos Aires, Lerner/La Lectura, 2001, pp. 793-822.

— "Prohibición de la aplicación retroactiva de normas penales sustantivas, adjetivas y ambivalentes", en *La Ley*, 2002-B, pp. 682-688.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "A prova como informação e a 'autodeterminação informacional' como direito", en prensa, en AA.VV., *Ciência penal em perspectiva comparada: ensaios e reflexões*, Birigui, Boreal, 2015.

— "Die Dogmatik des Grundrechtseingriffes aus strafrechtlicher Sicht", en SCHULZ, Lorenz/REINHART, Michael/SAHAN, Oliver (eds.), *Festschrift für Imme Roxin (FS-Imme Roxin)*, Heidelberg/Múnich/Landsberg/Frechen/Hamburg, C.F. Müller, 2012, pp. 29-42

— "Nuevas tecnologías y libertad probatoria en el proceso penal", en *Nueva Doctrina Penal*, 2009/A, pp. 271-280.

— *El principio general de reserva de ley (o principio general de legalidad) en la doctrina alemana*, en RIVERA, Julio C. (h.)/ELIAS, José/GROSMAN, Lucas/LEGARRE, Santiago (comps.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. I, pp. 330-428.

— "Dogmática de los derechos fundamentales", en RIVERA, Julio C. (h.)/ELIAS, José/GROSMAN, Lucas/LEGARRE, Santiago (comps.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. I, pp. 81-103.

PETERS, Karl, *Strafprozess*, 4.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1985.

PFÖHLER, Jürgen, *Zur Unanwendbarkeit des strafrechtlichen Rückwirkungsverbot im Strafprozessrecht in dogmenhistorischer Sicht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.

PIEROTH, Bodo, “Art. 103”, en JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar* (GG-Jarass/Pieroth), 11.^a ed., München, C.H. Beck, 2011.

RADTKE, Henning/HAGEMEIER, Andrea, “Art. 103”, en EPPING, Volker/HILLGRUBER, Christian (comps.), *Grundgesetz. Kommentar*, München (GG-Epping/Hillgruber), C. H. Beck, 2009.

ROELLECKE, Gerd, “Artikel 20 Grundgesetz. Kommentar”, en UMBACH, Dieter/CLEMENS, Thomas, *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch* (GG-Umbach/Clemens), Heidelberg, C. F. Müller, 2002, t. 1.

ROGALL, Klaus, *Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1992.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., München, C. H. Beck, 2006.

— *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutbegriff auf dem Prüfstand*, en “Goldammer’s Archiv für Strafrecht” (GA), R. v. Decker, Heidelberg, 2013, pp. 433 ss.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Vorbemerkungen vor § 94”, en *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung* (SK-StPO), München/Unterschleissheim, Luchterhand, 1994.

RÜPING, Hinrich, “Art. 20.II”, en DOLZER, Rudolf/WALDHOFF, Christian/GRABHOF, Karin (comps.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (BK-GG), Heidelberg, C. F. Müller, 1990.

SACHS, Michael, “Art. 20”, en *idem* (comp.), *Grundgesetz. Kommentar* (GG-Sachs), 6.^a ed., München, C.H. Beck, 2011.

SALIGER, Frank, “Vor § 78 ff.”, en KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/PAEFFGEN, Ullrich (comps.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch* (NK-StGB), 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, vol. 1.

SATZGER, Helmut, “§ 1“, en SATZGER, Helmut/SCHMITT, Bertram/WIDMAIER, Gunter, *Strafgesetzbuch. Kommentar* (SSW-StGB), Colonia, Heymanns, 2009.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Sitzblockade keine Gewalt – BVerfG NJW 1995, 1141”, en *Juristische Schulung*, Múnich/Fráncfort del Meno, Beck, 1995, pp. 875–878.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Art. 103.II”, en MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (comps.), *Grundgesetz. Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 1992.

SCHMITZ, Roland, “§ 1”, en JOECKS/Wolfgang/MIEBACH, Klaus (comps.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (MK-StGB), 2.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011.

SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Gesetz und Richter*, Fráncfort del Meno, A. Metzner, 1976.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Nulla poena sine lege?*, Berlín, de Gruyter, 1978.

VOLK, Klaus, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, Ebelsbach, R. Gremer, 1978.

WEIGEND, Thomas, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als grenze staatlicher Strafgewalt”, en WEIGEND, Thomas/KÜPPER, Georg (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch* (FS-Hirsch), Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1999, pp. 917-939.