

El principio de legalidad¹

Dra. Blanca Rieiro Fernández²

1. Introducción

El principio de legalidad nace con el derecho penal moderno con la clara finalidad de limitar el poder punitivo del Estado. Cesare Beccaria ya advertía en su obra *De los delitos y de las Penas*³, de 1764, sobre la necesidad de imponer una frontera a los desbordes del Estado cuando se interrogaba «¿Quién puede defenderse de los hechos cuando no tuvo la oportunidad?».

Este principio fue recogido y exigido por la comunidad internacional. La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 11, define el principio de legalidad penal al consagrar que ningún hecho puede ser considerado delito si no ha sido previsto como tal por una ley anterior, como una forma de protección contra la arbitrariedad, el abuso de poder y la inseguridad jurídica. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, en su artículo 15, establece que nadie puede ser condenado por actos u omisiones que al momento de su comisión no fueran delictivos según el derecho penal nacional o internacional.

1 Exposición realizada el día 16 de agosto de 2022 en el primer conversatorio *online* del Grupo de Mujeres del Instituto de Derecho Penal y Criminología (IDPC): Principio de Legalidad y Perspectiva de Género.

2 Dra. en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Juez Letrado Penal de Montevideo de 34º turno, Asistente Grado 2 de la UDELAR e integrante de la Mesa del IDPC.

3 Beccaria, Cesare (2011). *De los Delitos y de las Penas* (Prefacio de Piero Calamandrei). Madrid: Trotta S.A.

La Constitución de la República Oriental del Uruguay, por su parte, lo recoge en su artículo 10, que estipula que «Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

2. Requisitos fundamentales del principio de legalidad de la ley penal

Se exige, además, que la ley que consagre los tipos penales cumpla con requisitos indispensables; no es suficiente la sola formulación de una ley para entenderse ajustada al derecho. Como enseña Roxin, «el principio de legalidad sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva».⁴

Tanto la doctrina nacional como la extranjera coinciden en exigir en la formulación de leyes penales ciertas características para un eventual juicio de imputación: la norma penal debe ser escrita y anterior a la realización de los hechos que son materia de prohibición y debe formular de manera precisa los hechos que son punibles. Estas cualidades no solo son una garantía sustantiva para el justiciable, sino que se extienden a todo el sistema penal. La exigencia de que la ley debe ser anterior tiene un impacto directo en la seguridad jurídica de todos los ciudadanos, quienes deben conocer de antemano las conductas prohibidas por el legislador y, por lo tanto, al ciudadano en particular sometido a proceso.

Esta exigencia está regulada en el artículo 1 de nuestro Código Penal, que consagra que solo son punibles las conductas

4 Roxin, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas S.A.

expresamente establecidas en la ley; en otras palabras, el derecho penal es derecho positivo.

Un principio de legalidad correctamente formulado implica una garantía del debido proceso y, por lo tanto, una correcta aplicación del derecho procesal penal. En el caso de la jurisprudencia española, esta exige de la ley penal lo que se conoce como «mandato de certeza». Lo que se requiere de los legisladores al momento de sancionar una norma penal es que la misma contenga de manera clara, precisa y detallada las conductas prohibidas, sin utilizar términos vagos o imprecisos, ni dejando en manos del intérprete de turno la precisión de la misma con fuentes no admitidas en derecho penal.

Binder⁵ destaca que el principio de legalidad no solo cumple una función limitadora de un hecho previamente definido por el legislador —es decir, el hecho y la acción dentro del mismo, que deben ser predeterminados con total precisión—, antes del juicio y que, en definitiva, habilitará la imposición de una pena; sino que preserva que el juicio sea transparente y seguro para el ciudadano, preguntándose cómo el justiciable podría contar con una defensa justa y hábil si desconociera los hechos de la acusación.

2.1 El principio de legalidad en el artículo 312. 8 del Código Penal.

El artículo 3 de la Ley N.º 19.538 del 9 de octubre de 2017 incorporó al delito de homicidio muy especialmente agravado el inciso n° 8. Dicha agravante se refiere a cuando el homicidio es cometido contra una mujer por motivos de odio, desprecio o menosprecio por su condición de tal.

5 Binder, Alberto (2018). Derecho Procesal Penal. Tomo V. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, p. 419.

Esta circunstancia agravatoria presenta problemas serios a la hora de su interpretación. No es la intención de esta breve ponencia abordar las diferentes posiciones jurisprudenciales y dogmáticas, ni la gran complejidad normativa que este tema presenta; sin embargo, para afrontar su complejidad desde la perspectiva del principio de legalidad tomaré la definición de «femicidio» que realiza Patricia Laurenzo:

La categoría de femicidio permite hacer patente que muchos casos de muerte no natural de mujeres no son hechos neutros en lo que resulta indiferente el sexo del sujeto pasivo, sino que les ocurre a mujeres precisamente por ser mujeres, como consecuencia de la posición de discriminación estructural que la sociedad patriarcal atribuye a los roles femeninos. El femicidio tiene, pues, una dimensión política que presenta la muerte de mujeres por razón de género como uno de los ataques más graves a los derechos humanos que atenta contra la integridad moral, su libertad y, por supuesto, su vida.⁶

Nuestro país aprobó por la Ley N.º 16.735 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que había sido adoptada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, República Federativa de Brasil. Por consiguiente, nuestro país asumió el compromiso de condenar todas las formas de violencia contra la mujer y de adoptar —por todos los medios apropiados y sin dilaciones— políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

En igual sentido, por la Ley N.º 15.164 del 4 de agosto de 1981, se aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las

6 Laurenzo, Patricia (2012). ¿Hace falta un delito de Femicidio? *Revista de Derecho Penal*, (20), p. 243.

Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por su sigla en inglés).

Sin embargo, estos instrumentos internacionales no obligaban a Uruguay a tipificar el delito de femicidio, sino a adoptar todas las medidas tendientes a erradicar la violencia contra la mujer.

Sin perjuicio de ello, y a pesar de las observaciones realizadas por Germán Aller —director del Instituto de Derecho Penal y Criminología (IDPC) de UDELAR— en su comparecencia en la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración del Parlamento del 21 de junio de 2017, en cuanto a la tipificación y la redacción formulada, se aprobó la agravante relacionada. Sobre las presunciones informó: «En Derecho son mala cuestión; no hay que tenerlas, y si hay alguna, las menos posibles, y en este caso indudablemente no era necesaria. La presunción implica una inversión de la carga probatoria, se invierte el *onus probandi* [...] carga que incumbe al Ministerio Público, no al indagado, investigado ni al defensor»⁷.

Existía en nuestro país una evidente falta de discusión seria y profunda sobre el flagelo de la criminalidad hacia la mujer, pero bajo esa premisa, de gran relevancia, el legislador no se encuentra habilitado para apartarse de los principios fundamentales del derecho penal que hacen a las garantías irrenunciables de los ciudadanos.

Sobre esta base se advierten serias dificultades para la interpretación de la agravante muy especial, pues el legislador

7 Aller, Germán (21/06/2017). Comparecencia del Dr. Germán Aller al Parlamento para opinar sobre el Proyecto de Código Penal. Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración del Parlamento. Udelar. Recuperado de: <https://www.fder.edu.uy/node/782>

utilizó un mecanismo, como son las presunciones, por demás discutido en la dogmática penal.

En el texto se incorporaron presunciones que obligan al intérprete a considerarlas en virtud de su regulación y que admiten prueba en contrario, según lo especifica el legislador. Las presunciones refieren a una operación deductiva que hace el intérprete de determinados hechos, en el que el juez deberá partir de los hechos alegados por las partes, los indicios relevados, para concluir a través del razonamiento jurídico si las presunciones se verifican.

Devis Echandía enseña que:

La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual considera como cierto o probable un hecho con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos. Por su parte, Couture entiende que una presunción legal es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. Si admite prueba en contrario se dice que es relativa, si no admite prueba en contrario se denomina absoluta.⁸

La gravedad de establecer presunciones relativas en derecho, como en este caso, genera serios inconvenientes y peligros para los justiciables. Además, encierra dificultades que nacen del concepto mismo de las presunciones, ya que el legislador estableció conceptos indefinidos que hacen al proceso deductivo de muy difícil interpretación.

El texto regula ciertas presunciones que «sin perjuicio de otras manifestaciones, se considerará que son indicios que hacen

8 Long Álvarez, Lucía (2021). Crónica De Una Muerte Anunciada: La prisión preventiva en la Ley de Urgente Consideración (n.º 19.889)». *Revista de Derecho Penal*, (28), p. 12. Recuperado de: <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/penal/article/view/2665>.

presumir la existencia del móvil de odio, desprecio o menosprecio». Esta afirmación nos conduce a múltiples interrogantes: ¿qué se debe entender por otras manifestaciones?, ¿en virtud de qué proceso normativo deben interpretarse?, ¿quién las ingresa al proceso: el titular de la acción penal o la víctima?

En el apartado «a» del artículo 312.8 se considera que es indicio que hace presumir la existencia del móvil si a la muerte le hubiera precedido algún incidente de violencia física, psicológica, sexual, económica o de otro tipo cometido por el autor contra la mujer, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima. De modo muy similar al párrafo anterior, el texto regula situaciones, que deben entenderse por «de otro tipo», que no fueron previamente sometidas a juicio de imputación. No se comprende el cambio en la redacción del texto por parte del legislador, ya que anteriormente detalló las distintas formas de violencia.

En el apartado «c» del artículo 312.8 se utilizan términos no jurídicos como «enamoramiento» o «afectividad», que generan dificultades en su interpretación debido a que no se especifica qué grado de afectividad se considera relevante o a qué tipo de relacionamiento sexual se está refiriendo.

Este modo de creación de tipos penales, que pueden conllevar a la aplicación de la pena máxima contemplada en el ordenamiento jurídico, conculca las garantías de los ciudadanos. El principio de legalidad del derecho penal, que precisamente cumple una función de garantía contra los excesos del Estado, reclama que la conducta prohibida se encuentre previamente descripta y en tipos penales completos, lo que ha sido desvirtuado en la agravante en estudio.

Además, las enunciaciones casuísticas obligan al decisor a realizar un razonamiento jurídico sin soporte normativo que contemple el principio de legalidad. Esta actividad intelectual amolda los hechos y flexibiliza las reglas de imputación, alterando las garantías clásicas del derecho penal y creando un panorama desalentador.

El legislador se encuentra legitimado para tipificar conductas penalmente reprochables, pero debe ser respetuoso con el principio de legalidad para garantizar una correcta administración de justicia, el estricto cumplimiento de las garantías penales y procesales de los ciudadanos, y una mayor eficacia y credibilidad del sistema de justicia en su conjunto.

Bibliografía

Aller, Germán (21/06/2017). Comparecencia del Dr. Germán Aller al Parlamento para opinar sobre el Proyecto de Código Penal. Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración del Parlamento. Udelar. Recuperado de: <https://www.fder.edu.uy/node/782>

Beccaria, Cesare (2011). *De los Delitos y de las Penas*. Madrid: Trotta S. A.

Binder, Alberto (2018). *Derecho Procesal Penal. Tomo V*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.

Laurenzo, Patricia (2012). ¿Hace falta un delito de Femicidio? *Revista de Derecho Penal*, (20).

Long Álvarez, Lucía (2021). Crónica De Una Muerte Anunciada: La prisión preventiva en la Ley de Urgente Consideración (n.º

19.889)». *Revista de Derecho Penal*, (28). Recuperado de:
<https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/penal/article/view/2665>.

Roxin, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas S.A.