Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En Letra: Derecho Penal
Año VIII, número 14, pp. 40-59.

La ilusión de la Taxatividad

María Laura Manrique (CONICET)[1] y Pablo E. Navarro (CONICET)[**]

Fecha de recepción: 18 de octubre de 2021
Fecha de aceptación: 14 de marzo de 2022

Resumen
El objetivo principal de este trabajo es analizar la brecha entre los ideales normativos que conforman el Estado de Derecho y la efectiva implementación del principio de taxatividad. Sostendremos que la exigencia de taxatividad refleja una cierta concepción de la legislación, de la autonomía de los individuos y del modo en que el derecho penal limita la libertad en una comunidad que no se ajusta a nuestros enfoques contemporáneos acerca de la naturaleza del lenguaje y la justificación del derecho penal. De este modo, la exigencia de taxatividad nos permite convivir con la ilusión de una garantía esencial en la consolidación del Estado de Derecho.

Palabras clave: principio de legalidad, dogmática penal, lenguaje y normas penales.

Title: *The Void for Vagueness Illusion*

Abstract
Legal determinacy and certainty are, to some extent, fundamental elements of the Rule of Law. However, there is a gap between the normative ideals of the Rule of Law and its effective implementation in our legal systems. In this paper, we only analyze some aspects of legal determinacy and, particularly, focus on the so-called 'void for vagueness' principle. We show that this principle reflects certain ideas on legislation, personal autonomy and criminal that do not correspond to contemporary views about the functioning of legal rules, the nature of language and the justification of judicial decisions in applying criminal law. We conclude that the void for

[1] Investigadora del CONICET (Argentina). Doctora en Derecho (Universitat Pompeu Fabra).
[**] Investigador del CONICET (Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Uiversidad Nacional de Córdoba). Profesor de la Universidad Nacional del Sur y de la Universidad Blas Pascal.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

vagueness principle allows us to live with the illusion that we are protected by a fundamental right incorporated in the Rule of Law.

Keywords: Principle of Legality, Legal dogmatics, Language and Criminal rules.

Sumario: I. Introducción; II. El ideal de la taxatividad; III. La precisión mínima del lenguaje; IV. El hogar textual de la taxatividad; V. El umbral de taxatividad; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.

I. Introducción

Uno de los aportes centrales de la dogmática penal es la articulación y justificación del principio de legalidad.[2] La idea misma de Estado de Derecho no ejercería el atractivo inmenso que actualmente tiene si prescindiésemos de las constantes reelaboraciones y desarrollos dogmáticos de este principio.[3] En esta tarea de refinamiento hay una estrecha relación entre los ideales y nuestras prácticas, entre el valor moral de la legalidad y la forma específica que esta adopta en un determinado ordenamiento, entre el derecho penal que deberíamos tener y el derecho penal que efectivamente tenemos en nuestras comunidades.

El objetivo principal de este trabajo es analizar esta brecha entre los ideales normativos que conforman al Estado de Derecho y la efectiva implementación de una de las dimensiones del principio de legalidad: la exigencia de taxatividad de las leyes penales.[4] La relevancia de la taxatividad en el Estado de Derecho ha sido subrayada por ROXIN de la siguiente manera:[5]

---

[2] Entre muchos otros, véase FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo legal*, Madrid, Trotta, 1995; DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003; y ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2000. Por supuesto, estos desarrollos dogmáticos sustantivos han sido acompañados de una importante transformación metodológica de la disciplina. Al respecto, véase NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México D.F., UNAM, 1989; MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal: Concepto y método*, Montevideo y otra, B de F, 2003; BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999; VIVES ANTÓN, "Principios penales y dogmática penal", en VIVES ANTÓN / MANZANERES SAMANIEGO (eds.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 37-72; y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

[3] Para una presentación simple y breve de los desarrollos dogmáticos continentales y sus diferencias con otros enfoques (*e.g.*, el anglosajón) sobre diferentes dimensiones del principio de legalidad penal, véase: FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia: una perspectiva constitucional*, Civitas, 2002, MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, Universidad de Valencia, 1983.

[4] En adelante, utilizaremos las expresiones "mandato de determinación" y "exigencia de taxatividad" como variantes estilísticas de la formulación del principio de taxatividad.

[5] ROXIN, *Derecho penal. Parte general. T. I, Fundamentos*, Madrid, Civitas, 1997, p. 169.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad.

Sin embargo, como esperamos mostrar en este trabajo, aún es necesario emprender un cuidadoso análisis de la exigencia de taxatividad para comprender adecuadamente el modo en que este mandato de determinación ofrece una garantía básica a los individuos en un Estado de Derecho.

Nuestro interés gira, en gran medida, en torno de las conexiones internas entre lenguaje y normas penales.[6] Aunque estas conexiones se manifiestan principalmente en problemas vinculados con la claridad y precisión de las leyes penales, también nos interesa poner de manifiesto ciertos presupuestos y consecuencias de los enfoques tradicionales. En este sentido, nuestra agenda se nutre de problemas como, p. ej., los siguientes: ¿Qué exige el mandato de determinación de las leyes penales? ¿En qué circunstancias diremos que una ley penal no supera la exigencia de taxatividad? ¿A quiénes se dirige esta exigencia de taxatividad? ¿Cuál es el hogar textual de esta garantía?, etc.

A efectos de evitar confusiones es necesario señalar que este concepto de taxatividad, vinculado a las conexiones internas entre la precisión de las normas y el lenguaje del legislador, tiene que distinguirse de otra idea importante, pero diferente al objeto de nuestro análisis. Así, en ocasiones, los problemas de taxatividad son relativos al funcionamiento de una cierta institución o conjunto normativo. Por ejemplo, la Corte Suprema de la Argentina, en la mayoría de las ocasiones en que ha considerado la taxatividad de las leyes penales en el período 1994-2021, no se ha referido a la precisión del significado de las palabras de la ley, sino más bien a controversias relativas al carácter exhaustivo de ciertos requisitos (*e.g.*, causales de interrupción de la prescripción penal),[7] o la pluralidad de instrumentos legislativos aplicables a un mismo supuesto de hecho,[8] etc. En estos casos, el problema no surge por la mayor o menor indeterminación del significado de las palabras

[6] Para un análisis de las estrategias internas y externas empleadas en el análisis del principio de taxatividad, véase MANRIQUE / NAVARRO / PERALTA, *La relevancia de la dogmática penal*, Universidad Externado de Colombia, 2011.
[7] Véase, p. ej., CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Endler, Javier Luis s/Extradición", 19 de noviembre de 2020 (Fallos: 343:1738) y "Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo", 26 de diciembre de 2019 (Fallos: 342:2344).
[8] P. ej., CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Valerga Oscar Alfredo s/infrac. ley 23771", 28 de agosto de 2007, V. 160. XLI.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de la ley, sino más bien por la manera en que se ha regulado un cierto problema y la articulación sistemática de diferentes normas en un cierto ordenamiento jurídico.

II. El ideal de la taxatividad

El núcleo de la exigencia de taxatividad establece que las leyes penales tienen que contener una enunciación exhaustiva de las prohibiciones y las sanciones previstas para la violación de esas normas.[9] Los fundamentos más intuitivos de esta exigencia son el valor de la seguridad jurídica y su relevancia para que los individuos puedan diseñar y desarrollar planes de vida.[10] En este sentido, MORESO señala:[11]

> … dado que somos seres racionales —capaces de trazar y perseguir fines— es importante para nosotros el conocimiento de los obstáculos que pueden impedirnos alcanzar nuestros fines. Entonces el principio de taxatividad puede contemplarse como una de las dimensiones del principio de legalidad y más en general como una de las garantías del Estado de Derecho —de la *Rule of Law*—, que comporta concebir el Derecho penal como un conjunto de pautas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de guiar su comportamiento y de suministrar las bases de la cooperación social. También puede contemplarse de esta manera la vinculación de la taxatividad con la libertad.

Para comprender cabalmente la estructura de esta exigencia y sus relaciones con otros aspectos centrales del principio de legalidad es necesario recordar previamente algunos aspectos centrales de nuestras prácticas jurídicas.

Uno de los rasgos básicos del derecho es su naturaleza *normativa*. En general, esto significa que las prescripciones y declaraciones de las autoridades no describen eventos, sino que imponen o prescriben pautas de conductas.[12] Esas prescripciones determinan estados de cosas *ideales*. Al respecto, VON WRIGHT afirma:[13]

---

[9] Véase, p. ej., BACIGALUPO, *Manual de derecho penal: Parte general*, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1984.
[10] RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1999, p. 210. Véase, también, FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia: una perspectiva constitucional*, Madrid, Civitas, 2002.
[11] MORESO, "Principio de legalidad y causas de justificación: (sobre el alcance de la taxatividad)", en *Doxa*, vol. 24, 2001, pp. 525-545.
[12] HURD, "Sovereignty in Silence", en *The Yale Law Journal*, vol. 99, n.º 5, 1990, pp. 945-1028.
[13] VON WRIGHT, "Ought to Be – Ought to Do", en *Six Essays in Philosophical Logic*, vol. 60, Societas Philosophica Fennica, 1996, p. 68.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> Las normas válidas en una comunidad generalmente expresan la idea (voluntad, deseo) de un legislador (autoridad normativa) acerca del estado de cosas que idealmente se debe obtener en la comunidad [...]. Los miembros de la comunidad tienen que lograr que se realicen los estados ideales contemplados por las normas.

En el mismo sentido, podría sostenerse que, mediante la legislación penal, la autoridad pretende establecer pautas ideales que se lograrían en la medida en que los individuos de una cierta comunidad acatasen sus prescripciones. Es importante subrayar que estos ideales son *internos* a un cierto ordenamiento jurídico ya que dependen de las normas jurídicamente válidas en una cierta comunidad. Por supuesto, esto no asegura que esos ideales sean "intrínsecamente" valiosos o que necesariamente coincidan con otros ideales externos, *e.g.*, pautas de la moral crítica, que puedan ser implantados conjuntamente. Todos estos problemas constituyen desafíos importantes y bien conocidos que tienen que superarse para asegurar la *legitimidad* de un sistema normativo.[14]

Una característica destacable de estos ideales normativos es su carácter *contingente*. Aunque en ocasiones la dogmática celebra el valor de ciertas pautas, instituciones o garantías, nada asegura que se hayan recogido efectivamente en el sistema o que no hayan desaparecido en el desarrollo normativo de la historia jurídica de una comunidad. Por ejemplo, no existen dudas en la dogmática acerca del valor de la *ley* como fundamento exclusivo del reproche penal. Más aún, en la Constitución argentina (art. 18) se recoge específicamente que solo esas leyes son la fuente de atribución de responsabilidad criminal. Sin embargo, en los momentos en que el Parlamento fue desplazado por los gobiernos militares, se formularon disposiciones penales mediante instrumentos formales alternativos (*e.g.*, decretos-leyes) cuya validez fue, en general, confirmada una vez que se reinstauró la legalidad democrática.[15] Por esta razón es importante subrayar que ciertos principios y garantías básicos pueden tener un papel menor (o inexistente) en un cierto sistema jurídico, con

[14] La bibliografía acerca de la legitimidad de un sistema normativo es inabarcable. Entre muchos otros enfoques, véase GARZÓN VALDÉS, "Consenso, racionalidad y legitimidad", en *Isegoría*, n.º 2, 1990, pp. 13-28. También, NINO, *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 92-128. Acerca del papel del consenso para evaluar la legitimidad del castigo penal, véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 197-268.

[15] NINO, "La validez de las normas de facto", en *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 89-108. Acerca de la preservación de la validez de normas formuladas por gobiernos *de facto*, véanse los fallos de la Corte Suprema de la Argentina "Godoy, Oscar Eduardo c/ Universidad Nacional de La Plata s/ nulidad de acto administrativo", 27 de diciembre de 2021 (Fallos 313:1621); "Console de Ulla, Ángela Marta c/ Universidad de Buenos Aires", 18 de diciembre de 1990 (Fallos 313:1483); "Gaggiamo, Héctor José Carlos c/ Provincia de Santa Fe", 19 de noviembre de 1991 (Fallos 314:1477); y "Pignataro" (*JA* 1992-II-273). Para una breve nota sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en este tema, véase: https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/L/leyes_facto.html [enlace verificado el día 14 de noviembre de 2022].

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

independencia del consenso unánime acerca de su valor para implementar plenamente el ideal del Estado de Derecho.

Esta conjunción de ideal normativo y contingencia obviamente también afecta al mandato de determinación de las leyes penales, pero pocas veces se pone en cuestión si un cierto ordenamiento —*e.g.*, el derecho penal argentino— efectivamente incorpora o aún mantiene esa dimensión específica del principio de legalidad. De igual manera, normalmente se pasa por alto la cuestión de en qué disposiciones se ha consagrado esta garantía, convirtiéndola en un ideal interno de un cierto orden jurídico. Sin embargo, no sería solamente una falacia, sino también una ilusión inferir de la premisa del innegable valor de la taxatividad para el principio de legalidad penal la conclusión de que esa exigencia de determinación se ha inevitablemente convertido en un ideal interno, *i.e.*, que se ha implementado y se mantiene vigente en un cierto ordenamiento jurídico. Como recuerda SILVA SÁNCHEZ,[16]

> Es conocida la aspiración iluminista de que las leyes penales determinaran el comportamiento prohibido con tal claridad y precisión que permitieran la orientación *ex ante* de la conducta de los ciudadanos. Pero resulta más que dudoso que tal aspiración se haya hecho realidad en algún momento.

Una manera de comprender el modo en que la exigencia de taxatividad se ha convertido en un ideal interno es subrayar que ese mandato de determinación establece un criterio de *validez* (constitucionalidad) de las leyes penales.[17] En este sentido, puede denominarse "examen de taxatividad" al filtro constitucional según el cual una ley penal es válida solo cuando determina de manera precisa las conductas prohibidas y sus correspondientes sanciones.

En esta idea simple de un examen de taxatividad con rango constitucional se encierran dos presupuestos importantes. Se asume, por una parte, un orden jerárquico del material normativo en el que la exigencia de taxatividad tiene un rango superior al legislativo y, por otra parte, la primacía de la legislación frente a otras fuentes jurídicas informales. En la próxima sección analizaremos brevemente la jerarquía constitucional de la exigencia de taxatividad y ahora solo señalaremos que la consolidación de la legislación como técnica de regulación de conductas ha quitado progresivamente peso a las normas consuetudinarias.

[16] SILVA SÁNCHEZ, "¿Legalidad penal líquida?", en *InDret*, vol. 3, 2015, pp. 1-3.
[17] Entre muchos otros, véase, p. ej., ROXIN, *supra* nota 4 y BACIGALUPO, *supra* nota 8, pp. 34 ss.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Sin embargo, las controversias acerca de los límites de la costumbre aún son un tema controvertido en la teoría del derecho. Hay un amplio consenso en que en el derecho penal contemporáneo las normas consuetudinarias no pueden utilizarse como fundamento de responsabilidad criminal,[18] pero, p. ej., en el ámbito del derecho internacional la situación es diferente y no es inusual que muchos preceptos del "derecho común" se vean como fuente de responsabilidad.[19] Más aún, desde un punto de vista de la teoría general del derecho, las normas consuetudinarias aún son un tópico importante. Por ejemplo, KELSEN creía que el reconocimiento de la validez jurídica de la costumbre no podía limitarse mediante la legislación. Así, en la segunda edición de su *Teoría pura del derecho* señala:[20]

> El derecho legislado y el consuetudinario se derogan recíprocamente según el principio de *lex posterior*. Mientras, sin embargo, que una norma constitucional, en sentido formal, no puede ser eliminada o enmendada por una ley simple, sino solo mediante una norma de nivel constitucional, el derecho consuetudinario tiene efecto derogatorio también con respecto a una norma constitucional formal, hasta con respecto a la norma constitucional que expresamente excluya la aplicación del derecho consuetudinario.

La pregunta que surge, entonces, es la siguiente: ¿podría ocurrir que la exigencia de taxatividad haya perdido su carácter normativo por imperio del desuso? Al respecto, con el sistema penal alemán en mente, ROXIN señala:[21]

> … en la etapa posterior a la guerra *casi nunca* se ha declarado nulo un precepto penal por infringir el mandato de determinación o precisión. Al contrario, no es raro encontrar conceptos vagos y necesitados de complemento valorativo en los preceptos penales. Desde que el BVerfG consideró que el antiguo tipo de la falta del "grave desmán (o abuso)" (§ 360, n.° 11, v. a., actualmente algo precisado como § 118 I OWiG) era

[18] La bibliografía acerca de la transición de las formas consuetudinarias de regulación a las técnicas legisladas es inabarcable. Para un ejemplo, véase ALLOTT, "The Judicial Ascertainment of Customary Law in British Africa", en *The Modern Law Review*, vol. 20, n.º 3, 1957, pp. 244-263.

[19] Al respecto, véase, p. ej., KUHLI, "Punishment Based on Customary Law?", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik ZIS*, vol. 4, 2012, pp. 124-131; TAN, "The Identification of Customary Rules in International Criminal Law", en *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 34, 2018, pp. 92-110. También, GREPPI, "The evolution of individual criminal responsibility under international law", en *International review of the Red Cross*, vol. 81, n.º 835, 1999, pp. 531-553; YU, "Customary Law in the Practice of Criminal Law: A Real and Powerful Role", en *Peking University Law Journal*, vol. 1, n.º 1, 2013, pp. 37-68.; BARZEGARZADEH / KARVEH / RAISI, "Principle of Legality and Its Relation with Customary Law in International Criminal Law", en *Mediterranean Journal of Social Sciences*, vol. 6, n.º 5, 2015, pp. 398-402.

[20] KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México D.F., UNAM, 1979.

[21] ROXIN, *supra* nota 4.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> suficientemente preciso, el legislador apenas tiene que reprimirse al utilizar cláusulas generales. [Énfasis añadido]

En un sentido similar, al referirse a la exigencia de taxatividad en los Estados Unidos de Norteamérica, SILVERGLATE y SHAH afirman:[22]

> A pesar de su centralidad para la libertad y la justicia, la exigencia de taxatividad [*void for vagueness*] ha caído últimamente en una especie de desuso en el ámbito de la legislación penal federal y la persecución penal. Permanece viva en la teoría, pero no contribuye significativamente a la libertad en la práctica.

Ahora bien, aun cuando en pocas ocasiones los tribunales deciden invalidar leyes por su imprecisa formulación, la exigencia de taxatividad es invocada con frecuencia (aunque sea finalmente desatendida) como un elemento imprescindible para el control de la constitucionalidad de las leyes penales. En otras palabras, aunque el mandato de determinación no tuviese un impacto decisivo, hay un amplio consenso acerca de que aún retiene fuerza normativa y consolida un criterio material de validez de la legislación penal ordinaria. El problema, sin embargo, es comprender claramente qué limites impone la exigencia de taxatividad y qué función efectivamente cumple en nuestro diseño institucional. Sin esa comprensión, es probable que la exigencia de taxatividad se convierta en un simple objeto retórico, que oculta la progresiva decadencia de este elemento clásico del principio de legalidad.

III. La precisión mínima del lenguaje

Es bien conocido que la aceptación de la primacía de la legislación (en sentido amplio) frente a la costumbre refleja la predilección por usar una forma específica de comunicar pautas generales de conducta: las instrucciones expresas. En la actualidad, frente a técnicas informales de motivación como, e.g. la ejemplificación, el derecho ha evolucionado hacia la consolidación de formas legisladas. Por ejemplo, en 1981, BULYGIN señalaba con cierta preocupación:[23]

[22] SILVERGLATE / SHAH, "The Degradation of the Void for Vagueness Doctrine: Reversing Convictions While Saving the Unfathomable Honest Services Fraud Statue", en *Cato Sup. Ct. Rev.*, 2009, p. 201. Véase también MCCARL, "Incoherent and Indefensible: An Interdisciplinary Critique of the Supreme Court's Void-for-Vagueness Doctrine", en *Hastings Const. LQ*, vol. 42, 2014, pp. 73-94. *Void for vagueness* es el nombre utilizado en la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica para impugnar la validez de las leyes imprecisas.

[23] BULYGIN, "Teoría y técnica de legislación", en *Análisis lógico y derecho*, Trotta, 2021, pp. 431-446.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> Ni siquiera los países anglosajones, con su fuerte tradición individualista y su resistencia a las normas generales pudieron sustraerse del todo a la fiebre legislativa. En América Latina en general, y en la Argentina en particular, el fenómeno apuntado se da con especial virulencia. Todo gobernante que se respete se siente compelido a dictar un sinnúmero de leyes nuevas, reemplazar o reformar las existentes y proyectar leyes futuras en asombrosa abundancia. Tan es así que para dictar las primeras 5000 leyes, nuestros legisladores tardaron 44 años (1862-1906); para las 5000 siguientes apenas insumieron 9 años (1906-1915). En los últimos veinte años se dictaron más de 7000 leyes, sin contar los numerosos decretos y otras normas generales que bien pueden englobarse bajo el rótulo general de legislación.

Al respecto, en un célebre párrafo de *El concepto de Derecho*, HART recuerda que, en la evolución del derecho como técnica de control social, la expresa formulación de instrucciones de conducta fue considerada como una notable ventaja frente a la imprecisión de los ejemplos y señala que "en contraste con las indeterminaciones de los ejemplos, la comunicación de pautas o criterios generales de conducta mediante normas generales explícitas del lenguaje… *parece clara, segura y cierta*" (énfasis añadido).[24]

En la medida en que el objetivo de la exigencia de taxatividad es ofrecer claridad, seguridad y certeza es tentador suponer que en la misma idea de formular normas generales se encuentra una satisfacción, aunque sea mínima, de la garantía de certeza de nuestro sistema penal. Esta noción mínima de taxatividad está implícita en la exigencia de la atribución de responsabilidad penal a partir de una *ley* formalmente promulgada por la autoridad. En el caso del derecho argentino, los arts. 18 y 19 de la Constitución serían el fundamento de esta mínima garantía de certeza para la atribución de responsabilidad penal.[25] Obviamente, este hecho acerca del lenguaje *no* implica que las normas formuladas tan solo ofrezcan un mínimo de certeza ya que el margen de determinación en cada caso dependerá de las palabras que utilice el legislador. Más bien, el minimalismo radica en que cualquier

[24] HART, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, 2.ª ed. reimp., Abeledo-Perrot, 1963, pp. 156-157.

[25] Aunque las garantías de irretroactividad y reserva de ley implican la concepción mínima de la taxatividad, es claro que la relación conversa no se sigue necesariamente. Acerca de la importancia de distinguir —tanto por razones analíticas como sustantivas— entre *lex propria*, *lex stricta* y *lex certa*, véase, p. ej.: BASCUÑAN, "El principio constitucional de legalidad penal", en *Instituto de Ciencias Penales de Chile*, 6.ª época, vol. XLVIII, n.° 1, 2022. Se trata de un trabajo elaborado en el marco del *Seminario internacional Principios de Derecho penal material para una futura Constitución chilena* (Santiago de Chile, junio 2020) y PÉREZ BARBERÁ, "Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal", en *En Letra. Derecho Penal*, vol. 1, 2015, pp. 42-92.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ley penal, formulada por la autoridad competente en un lenguaje compartido por la comunidad, superaría el examen de taxatividad ya que esa ley *siempre* generará un mínimo de certeza.

El potencial comunicativo de los acuerdos lingüísticos en una comunidad es el nexo entre las autoridades y sus destinatarios: las normas se dirigen de manera primaria a los ciudadanos, a quienes les indican qué comportamientos serán penalmente reprochados. Esta idea es la que se reafirma, p. ej., en las líneas jurisprudenciales clásicas de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Este tribunal en reiteradas oportunidades ha señalado que "una ley es inconstitucionalmente vaga cuando las personas de inteligencia común deben necesariamente adivinar su significado".[26] Esta frase y otras similares utilizadas usualmente son maneras elípticas de referirse al dominio de un cierto lenguaje, ya que poco importaría si por alguna razón especial todos los estadounidenses tuviesen una inteligencia "fuera de lo normal" pero el legislador hubiese elaborado sus normas con un lenguaje incomprensible para los ciudadanos.[27] Más bien, con independencia del grado de inteligencia de los ciudadanos, nos interesa que su dominio del lenguaje permita identificar los casos a los que se aplica una norma. Ello requiere agrupar de manera homogénea los mismos objetos a través del uso de las palabras que conforman esa comunidad de lenguaje. En esa idea radica la ventaja decisiva de la legislación como técnica de control social: el destinatario "tiene una regla que puede aplicar por sí mismo a sí mismo", sin la persistente intermediación de las autoridades.[28] En otras palabras, sería inútil una norma general si su aplicación estuviese inevitablemente mediada por la intervención de autoridades o especialistas.[29]

Es importante subrayar que en esta reconstrucción se asume que las autoridades tienen a los "individuos comunes" como el objetivo primario de comunicación y que la inteligibilidad de sus prescripciones no puede sustituirse con la información que esos ciudadanos podrían obtener al consultar con otros grupos especializados, *e.g.*, sus abogados. Aunque el uso de un lenguaje técnico pudiese incrementar la precisión de la regulación penal, el cambio de interlocutor del mensaje normativo (desde el individuo ordinario a los profesionales del derecho) colocaría a los individuos en una suerte de minusvalía comunicativa que solo se superaría mediante la tutela y supervisión de

[26] CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, "Connally v. General Construction Co.", 4 de enero de 1926.

[27] P. ej., AIGLER, "Legislation in Vague or General Terms", en *Michigan Law Review*, vol. 21, n.º 8, 1923, pp. 831-851 recuerda que la Corte Suprema de California (caso "Lockett") señalaba que conforme al artículo 3, sección 6 de la Constitución de California, el inglés es el idioma oficial del estado de California y, por lo tanto, las leyes deben redactarse en ese idioma. Como consecuencia, una ley penal que castigaba la *fellatio* y el *cunnilingus* no eran válidas ya que esos términos no eran del idioma inglés y no debía presumirse que los ciudadanos comprendían esa prohibición (conforme el voto del juez Wilbur).

[28] HART, *supra* nota 23.

[29] Hemos abordado este problema con mayor detalle en MANRIQUE / NAVARRO / PERALTA *supra* nota 5.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

los especialistas.[30] Más allá del supuesto progreso que pueda suponer la especialización del lenguaje en la formulación de las leyes penales, la sustitución de los individuos comunes como destinatarios primarios del mensaje legislativo por un grupo de técnicos adiestrados en una práctica social (*i.e.*, los juristas) conduce a una alienación del ciudadano, que se ve "expulsado" de la esfera comunicativa.[31]

En resumen, la formulación de normas en un lenguaje compartido siempre garantiza un mínimo de precisión y en ese marco, por reducido que fuese, ofrece certeza en la clasificación. El legislador usa ciertas palabras en la formulación de sus normas porque esas expresiones *ya tienen* un significado (en mayor o menor medida) determinado en la comunidad. Algunas veces, esta trivialidad —tal vez por su propia obviedad— es pasada por alto. Por ejemplo, en el caso *Hoffman Estates vs. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, fallado en 1982, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que una norma es inválida "solo si es impermisiblemente vaga *en todas* sus instancias de aplicación" (énfasis añadido).[32] O, p. ej., ROXIN señala:[33]

> … la verdad es que siempre sucede que el contenido de un precepto penal solo es "determinado", en el sentido de una claridad excluyente de dudas, mediante la interpretación judicial.

A su vez, MIR PUIG sostiene que la exigencia de taxatividad es:[34]

> … un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas.

Pero, por las razones señaladas anteriormente, estos autores pasan por alto que las formulaciones de la autoridad —en la medida en que son expresiones correctas de un cierto lenguaje

[30] MONTIEL, "Estructuras analíticas del principio de legalidad", en *InDret*, vol. 2017, n.º 1, 2017, pp. 1-47.
[31] Este problema puede verse como un caso especial de un desafío más general. Acerca de la tensión entre desarrollo del conocimiento científico, racionalidad instrumental, progreso social y el impacto en la vida de los individuos, véase VON WRIGHT, "The Myth of Progress", en *The Tree of Knowledge and other Essays*, Leiden y otras, Brill, 1993, pp. 202-228.
[32] CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, "Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates", 3 de marzo de 1982 (455 U.S. 489), p. 455. LESSING, "Understanding Changed Readings: Fidelity and theory", en *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995, pp. 395-472.
[33] ROXIN, *supra* nota 4.
[34] MIR PUIG, *supra* nota 1.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

natural— *siempre* tendrán un núcleo de acuerdo clasificatorio y, *dentro de ese núcleo*, los casos tendrán una clara solución.

IV. El hogar textual de la taxatividad

Es innegable que junto a aquellos casos claros en los que la clasificación parece "mecánica" o "automática" hay una multitud de casos difíciles, en los que las palabras de la ley guían de manera tan indeterminada como los ejemplos. Como señala HART, gran parte de la teoría del derecho del siglo XX se ha dedicado a mostrar —a veces hasta la exageración— que no existe una distinción tan firme entre "la falta de certeza de la comunicación mediante el ejemplo dotado de autoridad (precedente) y la certeza de la comunicación mediante el lenguaje general (legislación)".[35]

En general, denominamos "vaguedad" al fenómeno de la imprecisión inerradicable de los lenguajes naturales, que se plasma en desacuerdos persistentes acerca del uso de ciertas expresiones; en las dificultades de clasificación en la zona de penumbra; en la porosidad del lenguaje frente a casos futuros y en sus condiciones variables de aplicación.[36] Por ello, en virtud de los problemas derivados de la vaguedad es usual articular la exigencia de taxatividad más allá del mínimo de precisión que ofrece cualquier expresión del lenguaje natural. Ahora bien, ¿cuál sería el "hogar textual" de esta exigencia más robusta? Por "hogar textual" entendemos una disposición específica que consagra una obligación, derecho o una garantía. Por ejemplo, en Argentina, la garantía de la ley penal más benigna está textualmente consagrada en el art. 2, CP, pero no se encuentra en el texto constitucional. Por esta razón, si este fuese su único fundamento, esa garantía podría ser derogada por otras disposiciones legislativas incompatibles en virtud del principio *lex posterior*.[37]

Por supuesto, la pregunta por el hogar textual de la taxatividad admite diferentes respuestas en función de las disposiciones específicas de cada ordenamiento jurídico. Algunas constituciones consagran explícitamente la exigencia de certeza de la ley penal (*e.g.*, la de Perú del año 1993, en su artículo 2, inciso 24d), pero otras constituciones (*e.g.*, la Constitución argentina de 1994) solo mencionan que el castigo penal tiene que fundarse en una ley previa al delito. En otras palabras:

[35] HART, *supra* nota 23.
[36] Para una discusión contemporánea acerca de la vaguedad en el derecho, véase ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, 2000.
[37] Sin embargo, es preciso recalcar que actualmente la aplicación de la ley penal más benigna está recogida en tratados internacionales ratificados por la Argentina. Al respecto, véase el pronunciamiento de la Corte Suprema en "Torea, Héctor s/recurso de casación", 11 de diciembre de 2007 (Fallos: 330:5158). En especial, el punto 5 del voto particular del juez Lorenzetti.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

supongamos que un legislador desaprensivo decidiese suprimir la exigencia de taxatividad: ¿qué artículo de, p. ej., la Constitución argentina debería eliminarse para que dejase de ser verdad que la validez de una ley depende de que supere un criterio robusto de taxatividad? En otras palabras, aunque fuese inobjetable desde el punto de vista ideal proponer una exigencia de taxatividad más fuerte que la mera formulación de una ley penal, este ideal no coincide necesariamente con el *contenido* del derecho penal argentino.

Este problema es no solo una cuestión de técnica legislativa (es decir, de una redacción más o menos afortunada de la garantía constitucional), sino también de *fidelidad* a las decisiones del constituyente.[38] Para bien o mal, en los arts. 18 y 19 de la Constitución argentina, el constituyente no menciona la certeza o determinación de las leyes penales. Parafraseando a la Corte Suprema de los Estados Unidos podemos decir que si el constituyente hubiese querido exigir *más* cosas al legislador ordinario, entonces se habría expresado *más claramente*.[39] No tiene mucho sentido creer que el constituyente era lingüísticamente apto para imponer la irretroactividad y reserva de la ley penal, pero que "olvidó" o "perdió" esas habilidades al momento de consagrar la taxatividad de la ley penal. Podría decirse, entonces, que si no se acredita que la Constitución efectivamente recoge la exigencia de que las leyes penales tengan (algún grado específico de) certeza, los jueces que declaran la inconstitucionalidad de una ley por infringir el ideal de taxatividad invadirían un espacio reservado a la discrecionalidad del legislador.

La consecuencia de esa línea de argumento parece clara: si los jueces fuesen más allá de aquello que efectivamente *dice* la Constitución y añadiesen exigencias respecto de la *calidad* de la legislación habría un desconocimiento del modo en que la Constitución ha regulado la forma de creación de leyes. Sin un fundamento constitucional sólido que justifique la exigencia de taxatividad, carecería de sentido indagar acerca de los límites que la taxatividad impone a jueces y legisladores.

V. El umbral de taxatividad

Supongamos que un cierto ordenamiento ha adoptado en su constitución una concepción robusta de la taxatividad. Para poder evaluar la constitucionalidad de las leyes a la luz de esas

[38] No pretendemos defender aquí una concepción específica de la fidelidad constitucional, sino solo resaltar la importancia del problema y de sus conexiones con otros aspectos de nuestras prácticas constitucionales, *e.g.*, la distinción entre derechos explícitos y derechos innominados (*e.g.*, art. 33, Constitución argentina o IX enmienda de la Constitución de los Estados Unidos). Entre muchos otros, véanse: LESSING, *supra* nota 31, pp. 395-472 y DWORKIN, "What the Constitution Says", en *Freedom's Law: The moral reading of the american constitution*, Oxford University Press, 2005, pp. 72-116.
[39] CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, "McNally v. United States", 24 de junio de 1987 (483 U. S. 350), p. 37.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

propuestas más exigentes, es necesario articularlas previamente con mayor detalle. Para ello, debemos enfrentar el siguiente interrogante: ¿Qué grado de vaguedad de las normas sería compatible con la exigencia de taxatividad? En ocasiones, la exigencia de taxatividad se entiende como una imposición al legislador para que elabore sus normas de manera tal que elimine, en el mayor grado posible, las indeterminaciones. Este enfoque de la taxatividad puede denominarse "concepción máxima" y ha sido recogida —al menos nominalmente— por numerosos dogmáticos penales, que insisten en que una ley penal superará las exigencias de taxatividad cuando sea formulada con la "mayor precisión técnica posible".[40] P. ej., según JESCHECK:[41]

> Los tipos penales han de redactarse con la *mayor exactitud posible*, evitando los conceptos elásticos, recoger las inequívocas consecuencias jurídicas y prever solo marcos penales de alcance limitado. [Énfasis añadido]

Sin embargo, no hay algo así como "la mayor exactitud" o la "mayor precisión posible". Estas expresiones tienen sentido pleno —y no solamente metafórico— cuando es posible comparar *todas* las formulaciones alternativas posibles y escoger una versión privilegiada que divida el universo del discurso de manera tal que genere menos casos marginales. Esta posibilidad está lejos de las habilidades del legislador (o de cualquier usuario competente del lenguaje) y su misma exigencia revela una comprensión deficiente del funcionamiento del lenguaje. Podríamos decir que es un "hecho semántico" que en una comunidad lingüística carecemos de acuerdos clasificatorios tan exhaustivos que sirvan para dividir exactamente, de una vez y para siempre, todos los casos de un determinado universo del discurso *abierto*, es decir, un conjunto que permita incorporar casos futuros. La absoluta precisión es imposible de lograr mediante lenguaje natural. De esta manera, salvo que el mandato de determinación exprese una quimera, es necesario descartar que ese sea el contenido de la exigencia de taxatividad.

En resumen: la simple formulación de una norma en un lenguaje compartido por las autoridades y los ciudadanos es inútil para distinguir entre normas válidas e inválidas por infracción a la exigencia de taxatividad, ya que todas leyes (en sentido formal) superarían ese examen de validez. A su vez, la concepción máxima, que se satisface solo cuando la autoridad ha legislado mediante la norma más

[40] ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *supra* nota 1.
[41] JESCHECK, *Tratado de derecho penal. Parte general*, (trad. José Luis, MANZANARES SAMANIEGO), Granada, Comares, 1993, p. 122.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

precisa posible, es estéril ya que es demasiado exigente, porque ninguna norma lograría alcanzar esa exigencia.

Es tentador suponer que entre la insuficiencia de mínima precisión que ofrece cualquier ley y la esterilidad de la concepción máxima habría espacio para una concepción intermedia. En este sentido podría buscarse un "umbral" de precisión que tuviese utilidad para evaluar la validez de las leyes penales. Esta nueva concepción exigiría *algo más* que un mínimo de precisión y *algo menos* que la mayor precisión posible. En ese arco analítico en el que dividimos la precisión del significado habría un límite o "umbral", que nos permitiría separar las leyes válidas de aquellas que no superan la exigencia de taxatividad. Así, según MIR PUIG:[42]

> El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado "mandato de determinación", que exige que la ley determine de forma *suficientemente diferenciada* las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. [Énfasis añadido]

Esta concepción intermedia, sin embargo, no puede establecer de una manera neutral y objetiva que una cierta ley es inválida por no alcanzar un cierto umbral semántico. Declarar que se supera (o no) un cierto umbral no es un enunciado descriptivo, sino una evaluación de una determinada situación. Aunque es un hecho semántico que las expresiones son, en mayor o menor medida, imprecisas, no hay ningún hecho semántico que objetivamente muestre que una expresión supera un cierto umbral de precisión. En otras palabras, es implausible suponer que los hablantes competentes de un cierto lenguaje estarán de acuerdo acerca de la cantidad de casos marginales que son necesarios para declarar que una expresión (no) supera un umbral de precisión. En este sentido, la concepción intermedia se distinguiría nítidamente de otras declaraciones de invalidez en las que intervienen los elementos clásicos del principio de legalidad penal. Así, el valor de verdad de una declaración de invalidez *porque* la ley penal es retroactiva depende de si los hechos que esa ley regula son anteriores a su entrada en vigor. Esta fecha puede identificarse de manera neutral, ya que el conocimiento de ese dato no requiere de una valoración por parte de los agentes. Sin embargo, la afirmación de que una ley es inválida *porque* no supera un umbral de precisión es de naturaleza diferente, ya que no es posible conocer objetivamente el margen de imprecisión que tolera la aplicación de la exigencia de taxatividad.

En ocasiones, la idea del "umbral" de taxatividad es utilizada de manera retórica para exponer otra alternativa a los criterios mínimo y máximo. En esta nueva propuesta se asume que no tiene

[42] MIR PUIG, *supra* nota 1.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sentido proponer una noción descriptiva de taxatividad o, mejor dicho, carece de interés desvincular la aplicación de la exigencia de taxatividad de las valoraciones de los jueces al momento de decidir sobre la validez de las leyes penales. Conforme a esta idea, la validez de una ley dependerá de si su formulación es *suficientemente* precisa para lograr los objetivos que justifican la exigencia de taxatividad: permitir que los individuos diseñen y desarrollen planes de vida sin que el Estado intervenga arbitrariamente en sus bienes básicos (*i.e.*, proteger la autonomía individual).

Como hemos señalado, el principal rasgo de esta estrategia es su naturaleza evaluativa. Para este criterio una ley no es inválida porque sea imprecisa, sino que es inválida porque su imprecisión es incompatible con la protección de otros bienes individuales y socialmente valiosos. El papel de los jueces en la determinación de la validez de las normas excede la tarea formal de comparación entre las disposiciones constitucionales y las leyes inferiores, ya que el contenido de la exigencia de taxatividad —y, por consiguiente, el contenido de la garantía constitucional que lo establece— dependerá de las valoraciones de los jueces acerca de si, a juicio de los evaluadores, la formulación de la ley penal se aleja "demasiado" de las razones subyacentes que justifican esa norma.

VI. Conclusiones

A la luz de las dificultades señaladas en las secciones anteriores, podría aventurarse la siguiente conclusión: la exigencia de taxatividad refleja una cierta concepción de la legislación, de la autonomía de los individuos y del modo en que el derecho penal limita la libertad en una comunidad que no se ajusta a nuestros enfoques contemporáneos acerca de la naturaleza del lenguaje y la justificación del derecho penal. De este modo, la exigencia de taxatividad nos permite convivir con la ilusión de una garantía esencial en la consolidación del Estado de Derecho. Tal vez, una percepción más realista abra camino a ideas nuevas sobre la legislación y aplicación del derecho penal. En esta nueva visión la exigencia de taxatividad no se impone de manera "todo o nada" a los legisladores o a los jueces, sino que más bien es una suerte de principio que exige una adecuada ponderación en su aplicación efectiva.[43] De este modo, podría señalarse que cuando los bienes afectados son esenciales para una cierta comunidad en un determinado momento (*e.g.*, la libertad económica a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, o la libertad de expresión en la década de los setenta, etc.), el reproche a la imprecisión de las leyes se torna más urgente. La otra cara de la moneda es que sería admisible que el legislador regulase de manera imprecisa conductas relativamente irrelevantes que, por esa misma razón, tienen un castigo leve. Sin embargo, como

[43] Véase, p. ej., MORESO, *supra* nota 10, pp. 525-545.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

señala ROXIN, "el principio de legalidad rige para todas las normas penales y no autoriza ciertas indulgencias en caso de delitos leves".[44]

No es implausible considerar que esta "interpretación alternativa" de la taxatividad consagra, finalmente, una alternativa a la taxatividad. La dogmática contemporánea todavía no ha saldado las cuentas con este problema, pero cada vez hay indicios más claros de que las garantías penales ya no son entendidas como una protección exhaustiva e inviolable. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ caracteriza como "legalidad penal líquida" a la actual evolución de los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales de las garantías fundamentales en el Estado de Derecho. Conforme a esta idea,

> … las garantías del principio de legalidad se entienden como principios en sentido estricto. En esa medida, se admite: a) que se concreten de modo diverso en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales; y b) la posibilidad de que esas garantías —entendidas como mandatos de optimización— entren en conflicto con otros principios del Derecho penal, debiendo ser objeto de la correspondiente ponderación razonable (*balancing*).

Acaso este signo de los tiempos anuncie un camino fructífero, capaz de transformar el derecho penal en un mejor instrumento de control social. Sin embargo, antes de emprender este camino de transformación, es conveniente advertir claramente las ilusiones y convicciones que se dejan atrás.

VII. Bibliografía

AIGLER, Ralph W., "Legislation in Vague or General Terms", en *Michigan Law Review*, vol. 21, n.º 8, 1923, pp. 831-851.

ALLOTT, Anthony N., "The Judicial Ascertainment of Customary Law in British Africa", en *The Modern Law Review*, vol. 20, n.º 3, 1957, pp. 244-263.

BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

—, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1984.

BARZEGARZADEH, Abbas / KARVEH, Mahmuod Jalali / RAISI, Leila, "Principle of Legality and Its Relation with Customary Law in International Criminal Law", en *Mediterranean Journal of Social*

[44] ROXIN, *supra* nota 4.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Sciences, vol. 6, n.º 5, 2015, pp. 398-402.

BASCUÑAN, Antonio, "El principio constitucional de legalidad penal", en *Instituto de Ciencias Penales de Chile*, 6.ª época, vol. XLVIII, n.º 1, 2022, pp. 383-398.

BULYGIN, Eugenio, "Teoría y técnica de legislación", en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Trotta, 2021, pp. 431-446.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003.

DWORKIN, Ronald, "What the Constitution Says", en *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 2005, pp. 72-116.

ENDICOTT, Timothy Andrew Orville, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo legal*, Madrid, Trotta, 1995.

FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia: Una perspectiva constitucional*, Madrid, Civitas, 2002.

FLETCHER, George P., *Basic Concepts of Criminal Law*, editado Oxford University Press, 1998.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Consenso, racionalidad y legitimidad", en *Isegoría*, n.º 2, 1990, pp. 13-28.

GREPPI, Edoardo, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law", en *International review of the Red Cross*, vol. 81, n.º 835, 1999, pp. 531-553.

HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho* (trad. Genaro CARRIÓ), 2ª ed., reimp., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

HURD, Heidi M, "Sovereignty in Silence", en *The Yale Law Journal*, vol. 99, n.º 5, 1990, pp. 945-1028.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. José Luis, MANZANARES SAMANIEGO), 4.ª ed., Granada, Comares, 1993.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed., México D.F., UNAM, 1979.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

KUHLI, Milan, "Punishment Based on Customary Law?", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik ZIS*, vol. 4, 2012, pp. 124-131.

LESSING, Lawrence, "Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory", en *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995, pp. 395-472.

MADRID CONESA, Fulgencio, *La Legalidad del Delito*, Universidad de Valencia, 1983.

MANRIQUE, María Laura / NAVARRO, Pablo Eugenio / PERALTA, José M., *La relevancia de la dogmática penal*, Universidad Externado de Colombia, 2011.

MCCARL, Ryan, "Incoherent and Indefensible: An Interdisciplinary Critique of the Supreme Court's Void-for-Vagueness Doctrine", en *Hastings Const. LQ*, vol. 42, 2014, pp. 73-94.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal: Parte General*, 7.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2006.

—, *Introducción a las bases del derecho penal: Concepto y método*, 2.ª ed., Montevideo y otra, B de F, 2003.

MONTIEL, Juan Pablo, "Estructuras analíticas del principio de legalidad", en *InDret*, vol. 2017, n.º 1, 2017, pp. 1-47.

MORESO, Josep Joan, "Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)", en *Doxa*, vol. 24, 2001, pp. 525-545.

NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, 1.ª reimp., México D.F., UNAM, 1989.

—, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 1.ª ed., Barcelona, Ariel, 1989.

—, "La validez de las normas de facto", en *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 89-108.

—, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal", en *En Letra. Derecho Penal*, vol.1, 2015, pp. 42-92.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

RAWLS, John, "A theory of justice", en *Revised*, Oxford University Press, 1999.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. T. I, Fundamentos* (trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA *et. al.*), Madrid, Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "¿Legalidad penal líquida?", en *InDret*, vol. 3, 2015, pp. 1-3.

—, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

SILVERGLATE, Harvey A. / SHAH, Monica R., "The Degradation of the 'Void for Vagueness' Doctrine: Reversing Convictions While Saving the Unfathomable 'Honest Services Fraud' Statue", en *Cato Sup. Ct. Rev.*, 2009.

SPECTOR, Horacio, "Leyes De Facto", en *Diccionario de Términos Parlamentarios* de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, 2008.

TAN, Yudan, "The Identification of Customary Rules in International Criminal Law", en *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 34, 2018, pp. 92-110.

VIVES ANTÓN, Tomás S., "Principios penales y dogmática penal", en Vives Antón, Tomás S. / MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (eds.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 37-72.

VON WRIGHT, Georg Henrik, "The Myth of Progress", en *ÍDEM*, *The Tree of Knowledge and other Essays*, Leiden y otras, Brill, 1993, pp. 202-228.

—, "Ought to Be – Ought to Do", en *Six Essays in Philosophical Logic*, vol. 60, Societas Philosophica Fennica, 1996.

YU, Du, "Customary Law in the Practice of Criminal Law: A Real and Powerful Role", en *Peking University Law Journal*, vol. 1, n.º 1, 2013, pp. 37-68.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal: Parte general*, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2000.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/