

SOBRE EL ORIGEN DEL PRINCIPIO «NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE»

CHRISTOS DEDES *

SUMARIO

I. Introducción. II. La génesis del principio *αργάφω νόμω*.
III. La interpretación del principio. IV. La validez del axioma
y el Derecho penal.

I. Introducción

En el artículo titulado «El origen del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*»¹ defendí la tesis de que el origen de dicho axioma se encuentra en el antiguo Derecho griego.

Como documentos que lo acreditan mencioné dos fuentes: a) La obra de Andokides «Sobre los Misterios»² y b) La carta de Pablo a los romanos³.

Las fuentes son seguras y su existencia está fuera de dudas. El sentido exacto y el alcance de la primera fuente no pueden haberse mantenido intactos con el transcurso de la década. En el mencionado artículo⁴ ya se puso de manifiesto que la interpretación del axioma existente en el antiguo Derecho griego ha experimentado una

* Traducción de M. Carmen Alastuey Dobón.

¹ GS Nuvolone 1991, pp. 157 ss. Título: L'origine del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

² Pasajes I 85, 87.

³ Carta a los romanos D 15, E 13.

⁴ Nota 21.

evolución que ha desembocado en el modo en que es comprendido actualmente.

Me dispongo ahora a precisar con mayor detalle el posible curso de su génesis e interpretación.

II. La génesis del principio ἀγράφω νόμω

1. El principio «ἀγράφω δε νόμω τας αρχάς μή χρῆσθαι μηδέ περί ἐνός», según las fuentes, era conocido y aplicado en el año 402 a. C. Los Treinta Tiranos justificaban sus abusos apelando a normas no escritas. Por ello, la democracia se vio en la necesidad de expandir o restablecer la aplicabilidad del principio con el fin de asegurar los derechos de los ciudadanos y de evitar los abusos del poder público.

El alcance de la aplicabilidad del principio y el rechazo de la validez de las normas no escritas se convirtió en un punto de constantes discusiones y controversias⁵.

2. En lo referente a su génesis e interpretación, cabe presumir dos situaciones:

a) Con arreglo a la primera, la palabra «ἀγράφω» significa «no grabado», μη αναγεγραμμένος. El origen de esa hipótesis puede situarse en las décadas cercanas al año 600 a. C.⁶, porque la entrada en vigor de las normas durante esos antiguos tiempos se producía a través de la inscripción en tablas⁷. La validez y el alcance del principio, como se puede suponer, no pudieron ser tan fuertes y amplios, puesto que el ordenamiento jurídico de Attika se asentaba en normas establecidas y transmitidas.

b) Con arreglo a la segunda, la palabra «ἀγράφω» significaría la norma transmitida, no escrita, de Derecho consuetudinario. El origen de es-

⁵ En un lado se encuentra BIZOUKIDES, *El proceso de Sócrates*, Berlín 1918, en griego. En el otro lado, Michaelides-Nouaros, G., *Quelques remarques sur le droit vivant à Athènes*, Jahrbuch der Panteios Hochschule 1978, pp. 35 y ss.

⁶ En esa fecha se sitúan las primeras codificaciones del Derecho griego, Biscardi, A., *Diritto Greco Antico*, pp. 437 ss. La palabra ἀγραφος significaba no grabado, μη αναγεγραμμένος, HIRZEL, R., en nota 19. Cfr. Σταματάκος, *Lexicon*, A.

⁷ La negación del significado de un concepto se indicaba añadiendo la letra a (στερητικόν a). Más tarde, la negación se indicaba mediante la palabra «μη» como palabra separada. Hoy se habla de normas escritas, de reglas establecidas y transmitidas, de leyes y de costumbres. En alemán la negación se indica a veces mediante las letras «un» (geschrieben-ungeschrieben) y otras veces con la palabra «nicht» (geschrieben-nicht geschrieben).

ta hipótesis puede encontrarse en las décadas cercanas al año 400 a. C. El principio no sería formulado hasta después de la derrota de los Treinta Tiranos⁸.

3. El significado político de la distinción entre ley y costumbre consiste en que el Derecho reglado se formula mejor mediante su aprobación y se conoce mejor a través de su publicación⁹.

4. La génesis del principio se puede atribuir a esa función política vinculada a la divulgación de las reglas. Dicha divulgación se realizaba en la Antigua Grecia mediante la inscripción de la norma en las tablas (por ejemplo, en Gortyn), que estaban ubicadas cerca del ágora¹⁰.

Con ello, todos los ciudadanos de la *polis* podían llegar a conocer las leyes¹¹.

En comparación con la situación actual, en que esa divulgación se produce mediante la publicación de las leyes en un boletín legislativo, cabe envidiar a los ciudadanos de la *polis*.

Pero, además, con la inscripción quedaba satisfecha la exigencia de determinación, tal y como muestran las tablas de Gortyn.

Para los hechos punibles, realizar esos grabados significó, además de la divulgación, el cumplimiento con la exigencia de determinación, así como la tipificación del delito¹².

III. Las interpretaciones del principio

1. No es improbable que el primer significado de la palabra «ἄγραφος» hiciese referencia a esa inscripción de las normas jurídicas.

«Ἀγραφος νόμος» era la norma jurídica que aún no había sido grabada y que, por ello, no estaba en vigor. Por tanto, la finalidad principal del axioma era proteger a los ciudadanos. Ninguna ley, ninguna resolución podría entrar en vigor antes de su divulgación, y ésta tendría lugar mediante la inscripción en las tablas.

⁸ En favor de la segunda hipótesis habla el hecho de que en la época cercana al año 400 a. C., el grupo de palabras «ἄγραφος νόμος», describía la norma transmitida. Aristóteles, *Politika* 1269 a9.

⁹ Si eso se corresponde en todo caso con la realidad o no, es una cuestión distinta.

¹⁰ BAUNACK, *Die Inschrift von Gortyn*, Leipzig, 1885.

¹¹ Acerca del significado de la exigencia de determinación y de la previsibilidad, GRÜNWARD, *FS Arthur Kaufmann*, pp. 434 ss.

¹² DEDES, *FS Nuvolone*, p. 160.

2. La aplicación del axioma tras la derrota de los Tiranos, como ya se ha dicho, alcanzó un mayor significado. La democracia sólo concedió validez a aquellas normas que hubiesen sido examinadas por el nuevo órgano y que hubiesen obtenido el reconocimiento de los órganos democráticos.

En ese momento el axioma obtuvo la revisión y autorización de la democracia¹³.

3. El principio de que sin una resolución escrita, el ejecutivo no podía adoptar medida alguna, pudo dar lugar al principio «sin ley no hay delito».

Ahora bien, cuándo se verificó dicha transformación es algo que, ciertamente, no se puede afirmar con seguridad.

En opinión de Bizoukides, la aplicación del principio en el año 402 a. C. significó la exclusión de las normas de Derecho consuetudinario del Derecho penal¹⁴. La idea puede ser acertada para el caso del proceso de Sócrates y el arrepentimiento de los atenienses tras su muerte¹⁵.

4. En la carta de Pablo a los romanos¹⁶ se encuentran pasajes que ponen de manifiesto la vigencia del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* en su sentido actual¹⁷.

De ello se deduce que esa transformación se produjo entre el año 400 a. C. y el nacimiento de Cristo.

5. Lo que se ha dicho hasta ahora va referido a la palabra «ἄγραφος». El axioma «ἄγραφος νόμος» está compuesto de dos palabras. La segunda palabra «νόμος» ha sido objeto de tantas interpretaciones¹⁸ como la primera¹⁹.

En nuestro contexto, esas diferencias de interpretación tienen importancia en la medida en que se quiera argumentar que la palabra

¹³ MICHAELIDES-NOUROS, pp. 38/39.

¹⁴ En particular, sobre los delitos contra los sentimientos religiosos, p. 109.

¹⁵ Encontramos ese sentido en Antígona y Aristóteles Nick. Ethik. E 10, 1137 b 12.

¹⁶ Carta a los romanos A 15, E 13.

¹⁷ Trojanos, V., *Derecho canónico*, 2.^a ed., 1984, p. 416, en griego.

¹⁸ Según OSTWALD, M., de siete.

¹⁹ Sobre el concepto «νόμος», cfr. WOLFF, H. J., *Normenkontrolle und Gesetzesbegriff in der attischen Demokratie* 1970, p. 70. Por otro lado, OSTWALD, M., *Nomos and the Beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford 1969, p. 1, nota 4. HIRZEL, R., **Agraj oV nómoV**, *Abhandlungen der Phil-Histor. Classe der sächsischen Gessell. der Wissenschaften* 20 I, pp. 37-39. Michaelides-Nouaros, G., *Quelques remarques sur le droit vivant à Athènes*, Panteios Hochschule Jahrbuch 1978, pp. 35 y ss. Romilly, J. de, *La loy dans la pensée grecque* 1971, p. 27.

«νόμος» no abarca todas las normas²⁰ y, por tanto, sólo una parte de las normas jurídicas entrarían en el ámbito de aplicación del principio²¹.

Es posible aceptar tal concepción, pero su significado para el ámbito del Derecho penal es escaso, pues las cuestiones de la previsibilidad y determinación de las leyes penales constituían desde siempre un punto de intensas discusiones.

IV. La validez del axioma y el Derecho penal

1. Inicialmente, el axioma sirvió para erigir el principio de que ninguna resolución ha de entrar en vigor sin su divulgación previa.

Está clara, por ello, la función de tipificación del axioma. Las distintas interpretaciones del concepto «ἀγραφος νόμος» desde su génesis hasta la actualidad no afectan a la función de tipificación.

En ese sentido, las distintas interpretaciones que se han hecho con el paso del tiempo no tienen gran importancia para el Derecho penal, puesto que el axioma «sin divulgación, no hay delito», contiene ya la previsibilidad y una parte de la exigencia de determinación.

Aunque, ciertamente, resulta de interés la cuestión relativa al momento en que la exigencia de determinación logró excluir las normas consuetudinarias, dicha cuestión no elimina el otro efecto del principio.

Ese efecto del axioma puede constatarse en el año 402 a. C., pero debe fijarse, con seguridad, en los primeros años posteriores al nacimiento de Cristo. Los cuatrocientos años que se encuentran entre esas dos fechas fueron indudablemente tiempo suficiente para dejar madurar las correspondientes concepciones.

Hay que hacer hincapié también en que la exclusión de las normas consuetudinarias no representa un problema sencillo, en tanto que la costumbre es reconocida como fuente del Derecho²².

Pero es preciso abogar por otra solución para el Derecho penal, dado que la exigencia de determinación establece un límite más estricto,

²⁰ Así, por ejemplo, en SÓCRATES, *Xenophon*. Memoir IV 4, 13, Welzel, *Naturrecht* 1955, p. 20.

²¹ Se distingue también entre ἀγραφος y ἀγραπτος.

²² El Derecho consuetudinario como categoría jurídica circunscrita no se hizo efectivo hasta los años del nacimiento de Cristo, según Michaelides-Nouaros, p. 50, nota 41.

en el sentido de que sirva sólo para fundamentar la punibilidad, pero no para su justificación.

2. El origen y la existencia del axioma no deben ser confundidos con la efectividad de su validez.

La efectiva aplicación de un principio tiene poco que ver con su génesis y su existencia.

También es sabido que hoy en día todavía hay ámbitos en los que las normas consuetudinarias reclaman una aplicabilidad, y épocas en las que la validez del axioma *nullum crimen nulla poena sine lege* ha sido puesta en tela de juicio.

Del mismo modo, el hecho de que un principio pierda su validez no puede poner en duda o hacer desaparecer de la faz de la tierra su génesis y su existencia.

3. La pluralidad de valores y fines que apoyan la génesis de un principio jurídico, supone una ventaja para el ordenamiento jurídico. Esa pluralidad no debe confundirse con la misión política del principio.

Se pueden reconocer todas las fuentes jurídicas y decir al mismo tiempo que su validez presume su constatación y divulgación. Este fue el fin que persiguió la democracia en el año 402 a. C. en Atenas con la introducción del axioma.

En cierta medida, ese fin queda plenamente satisfecho por la previsibilidad y determinación a que da lugar el actual principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.