

LA NUEVA CONSTITUCION Y EL DERECHO PENAL (Editor José Hurtado Pozo)
El principio de legalidad de la represión y la nueva constitución política del Perú (p 25)

Luis A. Bramont Arias

1. Consideraciones generales. 2. Principio de legalidad: concepto y significado. 3. Antecedentes históricos. 4. Fundamentos: político, científico y filosófico. 5. Consecuencias del principio 5.1. Exclusividad de la ley penal. 5.2. Prohibición de delegar la facultad legislativa penal. 5.3. El principio de delegación y las leyes penales en blanco 5.4. La facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo y la ley penal. 5.5. Los Decretos-Leyes. 6. Reacciones contra el principio de legalidad 6.1. Reacción científica. 6. Reacción política 7. Reformulación dogmática del principio. 8. Bibliografía

1. Consideraciones generales

El Derecho Penal Peruano no puede realizarse libremente, sino que su establecimiento y su aplicación están limitados por ciertas garantías o instituciones creadas en favor del individuo para que haga efectivo cualquiera de los derechos individuales que constituyen en conjunto la libertad civil y política, que por tener carácter constitucional no pueden ser desconocidas por los Poderes del Estado (Ver: Núñez 1959, p. 90).

(p. 26) La Constitución de 28 de julio de 1980 establece entre los "derechos de la persona", algunas garantías dirigidas a regular el ejercicio de la facultad represiva del Estado.

La efectividad de esas garantías está a cargo del Poder Judicial por la vía de las acciones de Habeas Corpus y de Amparo (art. 295) como de defensa personales, y de la declaración de inconstitucional de toda ley, decreto legislativo, norma regional y ordenanza municipal que contraviene la Constitución por la forma o por el fondo (art. 298, inc. 1º) como defensa de la Constitución.

Las garantías constitucionales penales son de legalidad, reserva, judicialidad y ejecutiva.

Por el principio de legalidad solamente la ley puede crear delitos y establecer sus penas. Consiguientemente, no hay más fuente del Derecho Penal que la ley. Sólo se puede considerar delito lo que la ley expresamente determina como tal.

Por el principio de reserva, ínsito en la garantía de la legalidad de la represión, se presupone que el ámbito de lo punible debe estar determinado exhaustivamente por la ley, y que todo lo que queda al margen de ese ámbito está reservado como esfera de impunidad, por ilícitos, inmorales o perjudiciales que sean los hechos cometidos. Presupone la determinación legal de los hechos punibles y de las penas correspondientes, la prohibición de la analogía y la irretroactividad de la ley penal.

(p. 28) El principio de judicialidad se refiere a la garantía de la imparcial y correcta aplicación de la ley penal. Tiene su fuente constitucional en los principios del juez natural, de la división de los Poderes del Estado y del juicio previo.

El principio de humanidad de las penas tiene que ver con las costumbres y el carácter de nuestro pueblo que, unida al formidable argumento de la irreparabilidad de la pena capital en los casos de error judicial, han permitido borrar de nuestra legislación la pena de muerte, salvo el caso de traición a la Patria en guerra exterior (art. 235).

El principio ejecutivo consiste en que se cumplan todos los preceptos relativos que señalan la forma de llevarse a cabo la pena, esto es, procurando la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal (art. 234 de la Constitución y Decreto-Ley N° 17581 del 15 de abril de 1969).

2. Principio de legalidad: concepto y significado

La sumisión del Derecho Penal a la ley, como única fuente creadora de delitos y penas, se conoce generalmente con el nombre de "principio de legalidad". Consiste en no admitir otras infracciones penales ni otras sanciones de tal carácter que las previamente previstas por la ley, lo que vale tanto como la consagración del monopolio o monismo de la ley como fuente del Derecho penal. A la ley y nada más que a la ley se puede acudir cuando se quiere sancionar un hecho que estimamos susceptible de sanción penal.

El principio está consagrado en el art. 2, inc. 20, letra d) de la Constitución, que dice: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de someterse no está previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley". Completa el principio, el art. 2 inc. 20, letra a) de la propia Constitución, en cuanto establece que "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". Lo confirman los arts. XXIV y XXV del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto mandan que los jueces y tribunales tienen la obligación de advertir los vacíos y defectos de la legislación. Garantizan su aplicación, el art. 77 del Código de Procedimientos Penales, según el cual el Juez no puede abrir instrucción si el hecho denunciado no constituye delito; el art. 354 del Código Penal que reprime "al Juez que dictara resoluciones manifiestamente contrarias al texto expreso y claro de la ley o que citare resoluciones o hechos falsos o que se apoyare en leyes supuestas o derogadas", y, en fin, las atribuciones de velar por el cumplimiento de las leyes que se confieren al Ministerio Público en el art. 250 de la Constitución y en el art. 344, inc. 1°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concordancia con el art. 45, incs. 29 y 59 del Código de Procedimientos Penales, bajo la sanción que estatuye el art. 359 del Código Penal.

(p. 28) La determinación taxativa de las incriminaciones constituye una esencial garantía objetiva de justicia; esto es, constituye la protección máxima para la libertad de la persona, la cual no puede ser penalmente limitada, sino en virtud de una expresa conducta prevista en la ley. Para que el autor de un hecho pueda ser reprimido con una pena, se requiere que ese hecho sea no solamente antijurídico y culpable en un sentido general, sino, también, que represente, en su materialidad, una de las acciones u omisiones descritas concretamente como tipos delictivos en la Parte especial del Código Penal o en una ley penal especial. La definición jurídica del delito es exhaustiva: la ley penal delimita o recorta, dentro del ámbito de lo antijurídico y de lo culpable, las formas que revisten especial peligrosidad o dañosidad (Bramont s/d.).

La ley penal, como toda regla jurídica, delimita las dos zonas de lo lícito y de lo ilícito, como dice Aníbal Bruno (1967, p. 191-192): una, en que el hombre es libre de actuar según su voluntad y sus intereses, y otra, en la que tiene que detenerse si no quiere ofender aquello que el Derecho presenta como intocable en interés de la convivencia común, y provocar contra sí la sanción estatal. Sin esa limitación de actividades de cada uno frente a las condiciones que determinado pueblo, en cierto momento de su evolución, considera, por los órganos de la autoridad colectiva, fundamentales para la vida en común, la sociedad no podría subsistir. Esa limitación, por tanto, corresponde, no solamente a un principio de justicia, que se resuelve en el armonioso equilibrio entre bienes o intereses jurídicamente protegidos, sino a un objetivo realista, que es asegurar la posibilidad de la consecución de los fines perseguidos por el individuo y por la sociedad.

Además de eso, señalando el círculo cerrado de lo ilícito penal, dentro del cual, en principio, ninguno puede penetrar sin incurrir en pena, y fuera del cual ninguno puede sufrir la imposición penal, la ley **(p. 29)** punitiva no sólo promueve la defensa por la protección que confiere Por medio de los rigores de su sanción, las condiciones de existencia de la sociedad, en los términos en que en ella se halla constituida, sino que asegura y delimita el campo de acción del Estado en la represión y prevención directa de la delincuencia, y con esa delimitación garantiza las libertades individuales en general y los derechos fundamentales que subsisten en el propio delincuente.

Por eso, ha dicho Ouviaña (1965, p. 540) que el principio de legalidad persigue una meta política concreta: garantizar la libertad individual contra los actos de la autoridad que importen un abuso o un arbitrario discrecionalismo del poder político. Es, pues, un instrumento concebido para lograr una finalidad. Por lo tanto, será repudiado por quienes ejercen o aspiran a ejercer actos de autoridad sin límites o compromisos precisos. Toda ideología que enfatice el valor del poder político en mayor medida que la seguridad individual, toda posición científica que aspire a una defensa social sin cortapisas jurídicas, toda concepción jus filosófica que conceda al intérprete judicial la facultad de crear reglas para el caso imprevisto, conducirán al repudio expreso o clandestino de la fórmula.

3. Antecedentes históricos

La falta de testimonios precisos impide ubicar el origen del principio legalista. La mayoría de los autores sostienen que no existió en el Derecho romano, ni en el germano, ni en el canónico. Solamente se cree encontrar el primer antecedente en el Derecho inglés, donde la Carta Magna de

Juan Sin Tierra, dada el año 1215, prohíbe la aplicación de penas a los hombres libres si no era tal medida la consecuencia de un juicio previo Llevado a cabo de acuerdo con la ley del país y ante sus iguales (art. 39). Pero lo cierto es que esta fórmula tenía un sentido diverso, dirigido a salvaguardar los derechos de determinadas clases sociales contra la arbitrariedad real, no contra la judicial, que por doquier subsistió.

(p. 30) El principio inglés adquiere consagración en Norteamérica, donde llega con los inmigrantes ingleses para ser grabado en las Constituciones de Filadelfia de 1774' el art. 8 de la de Virginia de 12 de junio de 1776 y la de Maryland de 11 de noviembre de 1776, cuyo art. 15 dice: "Las leyes retroactivas, que declaran criminales o castigan actos cometidos antes de la existencia de dichas leyes, son injustas e incompatibles con la libertad. En lo sucesivo no deberán dictarse leyes ex post facto".

Pero fue en la Declaración francesa del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789, donde adquiere universalidad y cuando logra definitivo imperio. En el art. 8 se determina: "La ley no debe establecer más que penas estrictas y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida Con anterioridad al delito y legalmente aplicada". Por su parte el art. 9 agregaba: "... Todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable".

Finalmente, la Asamblea de las Naciones Unidas, reunida el 10 de diciembre de 1948, aprobó el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo art. 11 adopta el principio legalista al declarar: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de someterse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de comisión del delito".

En el Perú, el principio de legalidad se proclama en el Estatuto Provisional de San Martín y en las sucesivas Constituciones al referirse a la inviolabilidad de la "libertad civil". En la Constitución de 1828, en el art. 150, de manera expresa se dice: "Ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe". Igualmente dispone la Constitución de 1919.

En el Código Penal de 1863, aparece el principio en el art. 19 que dice: "Las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas". En el Código vigente de 1924, se regulan diversos aspectos del principio: "no hay pena sin juicio" (art. 19), "no hay pena sin ley" (art. 29) y "no hay delito sin ley" (art. 39).

(p. 31) 4. Fundamentos: político, científico y filosófico

El principio de legalidad puede ser fundamentado política científica y filosóficamente.

Políticamente, el principio de legalidad penal constituye un límite al Poder Ejecutivo del Estado y una garantía a la libertad de los individuos que encuentra su efectividad en la teoría de la división de los Poderes del Estado. La seguridad de los individuos no consiste en hacer todo lo que ellos quieran, ni en hacer lo que quiera el Jefe del Estado, sino en hacer lo que les permita la ley, no dictada ni por el Poder Judicial ni por el Poder Ejecutivo, sino por el Poder Legislativo. La libertad no existe donde el Poder Ejecutivo tiene el derecho de transformar en ley todas sus voluntades; y esa libertad está amenazada si el Poder Legislativo está encargado de aplicarla. Es decir, que el principio de legalidad tiene, en primer lugar, una justificación política o de garantía del ciudadano frente al Poder.

Científicamente, Anselmo von Feuerbach, en Alemania, fundamenta el principio con su teoría "de la coacción psicológica de la pena", según la cual no puede producirse el efecto intimidativo de la pena si la amenaza no es conocida con anterioridad a la ejecución del hecho por el sujeto amenazado. Es decir, para que la pena cumpla con la función de coaccionar psíquicamente a los integrantes de la sociedad y, por tanto, con la función de impedir y prevenir, en lo posible, la perpetración de delitos, es menester que estén definidos claramente en la ley penal los actos delictivos y claramente establecidas las sanciones penales, para que entonces las personas, consultando las leyes penales, puedan saber, cuáles son los actos que acarrear castigos penales, y para que de esta manera los integrantes de la colectividad, por temor a la pena, se abstengan de realizar aquellos actos previstos como delictivos que acarrear consecuencias de orden penal.

El autor alemán Ernesto Beling (1944) ha aclarado la fundamentación científica del principio al formular su teoría del tipo legal y señalar que "no hay delito sin tipicidad". O sea, no es posible calificar

(p. 32) de delictuosa una conducta mientras de ella no se haya hecho una previa descripción abstracta en una norma positiva; sólo entonces puede afirmarse que la conducta es típica; la tipicidad surge así como un elemento autónomo del delito, de eminente naturaleza descriptivo-objetiva, e independiente del juicio de valor sobre su antijuricidad y del contenido subjetivo de la conducta misma. El autor italiano Vincenzo Manzini (1948, p. 234) agrega, que el Derecho Penal se apoya en los principios de pre-constitución, precisión y certeza. Pre-constitución, en el sentido de que las leyes penales como regla general, rigen actos futuros y no pasados; las leyes penales no están dotadas de efectos retroactivos; es decir, no se pueden aplicar a los actos realizados antes de su entrada en

vigencia. Precisión, porque en la ley penal deben estar descritos minuciosamente los actos delictivos, que son los únicos actos que acarrear sanciones penales. Certeza, porque si existe el principio legalista en la ley penal, los integrantes de la colectividad pueden tener en la ley penal una guía segura de conducta, porque consultando la ley pueden establecer cuáles son los actos delictivos que acarrear sanciones penales y cuáles son los actos que no acarrear sanciones penales, bien porque son lícitos o bien porque siendo antijurídicos, la ley ha estimado que no son de tanta gravedad que deban llevar consigo sanciones penales y que basta otro tipo de sanciones para castigar a los culpables.

Filosóficamente, conforme a las enseñanzas de Carlos Cossio (1947) y Luis Jiménez de Asúa (1958, p. 380-381), el principio de legalidad penal aparece como una restricción. ¿Por qué se restringe la reacción penal? Se restringe porque en Filosofía sólo es justo lo idéntico, y lo idéntico es, en matemáticas, lo igual. Dos más dos son cuatro. Pues bien, en materia penal no hay identidad. Entre un bien jurídico que queremos resguardar (la vida o la integridad física, por ejemplo) y el medio (la pena) que empleamos para protegerlo, no hay paridades. Esta desigualdad entre el bien jurídico y la pena, es lo que hace que se restrinja la aplicación de castigos; no existiendo igualdad entre el delito y la pena; (p. 33) pues, mientras que la pena pertenece a lo irracional, el delito (que es la transgresión de un deber) pertenece al plano de lo racional, resulta indispensable poner límite a lo irracional con un precepto racional, que es la ley. No es racional extender lo irracional y por eso, filosóficamente, hay que oponerse a toda derogación del principio de legalidad penal.

5. Consecuencias del principio

El principio de legalidad penal es fecundo en consecuencias. De él se derivan:

5.1. Exclusividad de la ley penal

En virtud del principio de legalidad penal, la única fuente creadora de delitos y penas es la ley. Quedan excluidas la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y la analogía (art. 233, inc. 8, de la Constitución).

5.2. Prohibición de delegar la facultad legislativa penal

La garantía de la legalidad implica en el régimen republicano, que supone la división de Poderes del Estado, que el Poder Legislativo no puede pasar el ejercicio de su poder de sancionar la ley pena], ni al Poder Ejecutivo ni al Judicial, por ser una atribución privativa o exclusiva del Congreso. Sin embargo, el art. 188 de la Constitución autoriza tal delegación, cuando expresa: "El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia y por el término que especifica la ley autoritativa".

5.3. El principio de delegación y las leyes penales en blanco

Las leyes penales en blanco, cuyo alcance fijó Carlos Binding, son aquellas disposiciones en que el precepto y la sanción se hallan en artículos distintos, si bien del mismo Código (por ejemplo, la quiebra de una persona jurídica que se halla definida en el art. 254 y castigada en los arts. 252 y 253 del (p. 34) Código Penal), problema de técnica legislativa; y de las disposiciones imperfectas en que se fija en el Código la sanción y el precepto se halla en otra ley (por ejemplo, el art. 302 del Código Penal en que se castiga "al que se alzare en armas para variar la forma de gobierno", que no enuncia el Código y que establece la Constitución en el art. 79).

Sólo es ley en blanco aquella cuyo precepto está definido por las autoridades administrativas. Por ejemplo, los delitos contra la salud, previstos en el art. 185, incs. a), b) y c) del Código Sanitario de 1969, referentes a negarse a cumplir las Normas de Salud, a la violación consciente de la Norma de Salud o a la violación de las medidas adoptadas para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

Pues bien, ¿es conciliaba con el principio de legalidad el hecho de que la determinación concreta de las conductas delictivas quede entregada a la autoridad administrativa y no la haga la ley? Evidentemente que sí. Al remitirse a las disposiciones de la autoridad administrativa, la ley no entiende darle "carta blanca" para establecer delitos. Sabe que dichas autoridades tienen sus facultades limitadas por la Constitución y las propias leyes, de modo que sólo puede moverse dentro de ciertos límites para mandar y prohibir conductas. El ejercicio de esa potestad no puede llegar a violar los derechos constitucionales y legales de los ciudadanos.

5.4. La facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo y la ley penal

La facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo (art. 211, inc. 11 de la Constitución) tampoco significa una excepción a la indegabilidad de la facultad legislativa penal. Esa facultad reglamentaria sólo consiste en la autorización que tiene el Poder Ejecutivo para reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de las leyes. Pero la creación de delitos y penas, no representan pormenores o detalles indispensables para la ejecución de la ley penal, sino la esencia de la propia ley. **(p. 35)** Por consiguiente, el Poder Ejecutivo, no puede sustituir al Legislativo como titular de la facultad represiva penal, bajo pretexto de ejercitar una facultad reglamentaria. El reglamento debe operar intra legem y no extra o contra legem, pues de no ser así desconocería la prelación de la ley respecto de un reglamento y a la vez "transgrediría y desnaturalizaría" las leyes.

5.5. Los Decretos Leyes

Son aquellos decretos que dicta el Ejecutivo sobre materias propias de una ley, pero sin tener para ello facultades ni atribuciones que les haya concedido el Legislativo, como es el caso de las leyes delegadas o decretos con fuerza de ley (art. 188 en concordancia con el art. 211, inc. 10 de la Constitución). En diversos períodos de alteración constitucional ellos han sido dictados en el Perú y sus preceptos también han alcanzado la materia penal. ¿Ellos pueden ser considerados leyes penales para los efectos de servir como fuente válida del Derecho Penal?

Es un hecho que el Decreto-ley es una forma legislativa que se halla al margen de nuestro sistema institucional, y su validez debe determinarse con el mismo criterio con que se juzgan los actos de quienes detentan el Poder en forma que no es la prevista en la Constitución. La Constitución se pone en el caso de una interrupción en la normalidad constitucional, de una ruptura del orden en ella establecido, y señala el camino para volver a la legalidad, en cuanto expresa que "nadie debe obediencia a un Gobierno usurpador", que "son nulos los actos de toda autoridad usurpada" y que "el pueblo tiene el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional" (art. 82).

Sin embargo, como ellos se producen en momentos de convulsión interna o en períodos anormales en que no recibe aplicación la norma constitucional, se ha considerado con Novoa Monreal (1960, p. 129-130) y Etcheberry (1976, p. 5153), entre otros, que la necesidad los justifica. Si no se dictaran decretos-leyes en esos períodos sería imposible realizar ningún acto válido, ni siquiera para celebrar elecciones generales a fin de volver a la normalidad constitucional.

(p. 36) Hurtado Pozo (1978, p. 63), recuerda con Kelsen que el "Principio de legitimidad" ("las normas jurídicas permanecen válidas mientras no sean derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine") únicamente vale en determinadas circunstancias. Deja de valer en caso de una revolución, entendida esta palabra en su sentido más general; de tal manera que abarque el llamado "coup d'état". En una revolución, en este sentido amplio, ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es nulificado y substituido en forma ilegítima por un nuevo orden, es decir, cuando la substitución no se hace en forma prevista por el orden anterior. Esta substitución se da aun cuando el régimen legal reconozca vigencia a las normas anteriores, ya que por este hecho éstas no pueden seguir siendo consideradas como las mismas".

En suma, en la práctica, la situación de los decretos-leyes es la misma que la de los decretos con fuerza de ley: la necesidad práctica aconseja reconocerlos, pero sostenemos que el Poder Judicial debería declarar su inaplicabilidad cuando su contenido intrínseco vulnerase las garantías constitucionales.

6. Reacción científica y política contra el principio

En los últimos años se ha manifestado contra el principio de legalidad penal una viva reacción. El principio ha sido atacado científicamente y políticamente.

6.1. Reacción científica

El ataque científico del positivismo que considera innecesaria esta garantía individual. En Enrique Ferri (1933) se percibe la tendencia a considerar el concepto del delito como una entidad pre-jurídica, y por ello sostiene que en la civilización moderna un Código penal comprende y castiga la mayor parte de las acciones delictivas que un hombre pueda cometer; que la defensa social exigiría protegerse contra **(p. 37)** tales imprevisiones del legislador; y que el concepto de "peligrosidad" desplaza al de responsabilidad por el hecho cometido y la noción de "delito natural" al ente jurídico analizado por Francisco Carrara.

6.2. Reacción política

El ataque político de las ideologías totalitarias fue iniciado con los distintos decretos dictados entre 1917 y 1918 que insinuaron las primeras manifestaciones del Derecho penal comunista soviético. Estos decretos declararon que la legislación zarista seguía en vigor mientras no se opusiera a la conciencia socialista revolucionaria. La conciencia socialista revolucionaria da su primer paso con el decreto de 30 de noviembre de 1918, que ordenó a los jueces, en caso de imprevisión legal o lagunas, debían guiarse por la idea del Derecho socialista. Ni los principios de 1919 ni los Códigos de 1922 y 1926 cambiaron esta orientación. Por el contrario, el art. 16 del Código de 1926 establece: "Cuando algún acto socialmente peligroso no estuviese expresamente previsto en el presente Código, el fundamento y la extensión de su responsabilidad se determina con arreglo a los artículos del mismo, relativos a delitos de índole análoga". Los "Principios del Derecho penal para la U.R.S.S. y Repúblicas federadas", de 25 de diciembre de 1958, restauraron el imperio del principio de legalidad penal; y el Código Penal soviético de 27 de octubre de 1960, de acuerdo a los "Principios" mencionados, consagra el principio de legalidad y, por lo tanto, excluye a la analogía en materia penal.

Por su parte, el nazismo dirigió sus ataques al Código penal imperial cuyo parágrafo 2 determinaba que una acción solamente puede ser castigada con una pena si esta pena está determinada por la ley antes que la acción fuera cometida. En la Memoria ministerial de 1933 se establece una serie de reformas que incluye el decidido abandono del principio de legalidad penal. Finalmente, el 28 de junio (p. 38) de 1935 se modificó el art. 2 del Código para establecer: "Será castigado quien cometa un hecho que la ley declara punible o que según el cometa u concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento popular merece castigo. Si ninguna ley penal determinada resulta aplicable directamente al hecho, éste será castigado según la ley cuyo concepto fundamental corresponde mejor a él". Este texto fue derogado, al terminar la Segunda Guerra Mundial, por ley del Consejo Aliado de Control, de 30 de enero de 1946.

7. Reformulación dogmática del principio

El Estado actual del problema nos lleva a sostener que no puede rechazarse el principio de legalidad penal, arraigado fuertemente en la doctrina científica y proclamado expresamente en la mayoría de las legislaciones.

No obstante, no puede menos de reconocerse, como dice Alfredo Molinario (1951, p. 9-11) que el principio de legalidad penal tal como aparece formulado, no resuelve sino a medias el problema de las garantías de la libertad individual. Libera a los hombres de la tiranía de los jueces, que ya no pueden aplicar sanciones sino por la comisión de aquellos actos que previamente hayan sido incriminados por una ley, pero en cambio los deja expuestos a la tiranía del legislador que, cegado por la pasión, o más frecuentemente poseído por el miedo, puede excederse en el ejercicio de la función incriminatoria y reprimir como delitos acciones que o no repudia o, más aún, prescribire el sano sentido moral del pueblo. Podría así el legislador peruano declarar que incurre en el delito de encubrimiento el hijo que no haga saber a la autoridad el delito por su padre en perjuicio de un tercero o el sacerdote que igualmente omita denunciar el delito cuyo autor se lo haya revelado bajo el sigilo de la confesión.

Ningún juez podría negarse a aplicar a quienes incurriesen en semejantes formas de conducta, después de sancionada la ley respectiva, la pena que el legislador haya dispuesto para tales infracciones. El principio legalista se satisface con la sola condición de que la ley sea anterior al hecho de cuya represión se trata, sea cual fuere el contenido de esa ley.

(p. 40) No es posible detenerse en lo puramente formal; hay que llegar a la entraña del problema, esto es, agregar al art. 2, inc. 20, letra d) de la Constitución una fórmula que establezca las condiciones que habrá de reunir cualquier acción humana para que pueda ser válidamente incriminada como delito. Esta fórmula permitiría dos cosas: de un lado, el imputado podría impugnar la inconstitucionalidad de la ley por cuya infracción se le procesa, arguyendo que el hecho que motiva su juzgamiento no reúne los elementos exigidos por la Constitución para justificar su incriminación; y de otro lado, someter al control de los jueces el ejercicio que los legisladores hagan de la facultad que la Constitución les confiere de definir los delitos.

Es muy difícil redactar una definición genérica del delito que sea jurídicamente válida para todas las figuras delictivas existentes y a crearse. No obstante ello, iniciaríamos así la cláusula constitucional que sustituya al actual art. 2, inc. 20, letra d):

"Ningún habitante de la República será penado sino por la comisión de actos externos, positivos o negativos, que dañen o pongan en peligro los bienes o derechos individuales o sociales expresa o implícitamente sancionados por esta Constitución o por las leyes que en su consecuencia se dicten o

que importen el incumplimiento de obligaciones legalmente impuestas para proteger la seguridad de la Nación o de quienes en ella habiten".

Y la cláusula constitucional continuaría: "Ninguna sanción será aplicada sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. . .".

La cláusula propuesta afirmaría, además, el carácter sancionador de la ley penal al hacer referencia a los bienes o derechos establecidos y a las obligaciones impuestas por la Constitución y las leyes. No (p. 40) es misión del Derecho Penal la de crear ilicitudes sino la de reprimir las que resulten de la violación del ordenamiento jurídico, mediante sanciones específicas y propias. Roberto von Hippel ha dicho: "El Derecho Penal no se caracteriza por crear una protección jurídica para bienes que no tienen otra, sino por el medio de protección: la amenaza y la ejecución de una pena". Ello porque el delito no es, en la escala de lo ilícito, el primero sino el último de los grados; o en el lenguaje de Soler, la culminación y no el comienzo de la ilicitud.

BIBLIOGRAFIA (p. 41)

BRAMONT ARIAS, Luis A. s/f La nueva constitución y los principios penales, en publicación.

BELING, Ernesto 1944 Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo, Editorial DEPALMA, Buenos Aires.

BRUNO, Aníbal 1967 Derecho penal, t. 1, Forense, Río de Janeiro.

COSSIO, Carlos 1947 El Principio nulla poena sine lege en la axiología egológica, en Revista "LA LEY", t. 48, Buenos Aires.

ETCHEBERRY, Alfredo 1976 Derecho penal, t. 1, parte general, Editora Nacional Gabriela Mistral Impresores, Santiago de Chile.

FERRI, Enrique 1933 Principios del derecho criminal, Editorial REUS S.A., Madrid.

HURTADO POZO, José 1978 Manual de derecho penal, parte general, Lima.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis 1959 Tratado de derecho penal, t. 1, segunda edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires.

MANZINI, Vincenzo 1948 Tratado de derecho penal, t. 1, EDIAR S.A., Editores, Buenos Aires.

MOLINARIO, Alfredo 1951 La reforma constitucional y los principios penales, Buenos Aires.

NOVOA MONREAL, Eduardo 1960 Curso de derecho penal chileno, parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

NUÑEZ, Ricardo 1959 Derecho penal argentino, t. 1, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

OUVIÑA, Guillermo 1965 Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XX, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.