

Segunda parte
Ley penal

§ 4 Principio de legalidad

I. Introducción. II. Orígenes. III. Evolución legislativa. 1. Nivel constitucional e internacional. 2. Nivel de leyes. IV. Fundamentos del principio de legalidad. V. No hay delito, no hay pena sin ley escrita. 1. La ley como fuente del derecho penal. a. Noción de ley. a.1. Decretos legislativos. a.2. Gobiernos autocráticos y los decreto leyes. a.3. Decretos supremos y reglamentos. b. Noción de delito. VI. No hay delito, no hay pena sin ley cierta. 1. Certeza en la elaboración del tipo legal. 2. Incertidumbres en que incurre el legislador. a. No descripción del delito. b. Empleo de cláusulas generales. c. Uso de términos vagos. d. Defectos de técnica legislativa. 3. Certeza en la determinación de la sanción penal. a. Penas. b. Medidas de seguridad. VII. El principio de legalidad en la jurisprudencia.

I. Introducción

El ordenamiento jurídico en general está basado en el criterio de legalidad. 357
El sometimiento de los órganos estatales a las leyes garantiza el respeto de las libertades individuales y el normal desarrollo de la vida de la comunidad¹. Sin base legal sus actos son inválidos, en particular, tratándose de la limitación de los derechos fundamentales. En este sentido, la legalidad es un factor esencial del Estado de derecho.

La legalidad se deduce de los principios de la separación de poderes, de 358
la seguridad jurídica, de la igualdad y de la democracia. Las personas deben ser tratadas de manera igual y sus libertades individuales garantizadas. Mediante el control popular debe controlarse la manera como se ejerce el poder estatal. Una base legal bastante precisa debe existir para que las personas puedan ordenar sus conductas y prever las consecuencias que su realización puede acarrear. Es decir, en relación con los derechos de las personas, en las leyes debe disponerse lo que está permitido que las autoridades hagan (base legal de toda intervención estatal) y, respecto a los individuos debe reconocerse su autonomía de actuar en libertad y su obligación de respetarlas.

En gran medida, el principio de la legalidad del derecho penal, constituye 359
un caso particular del principio general de legalidad, junto, por ejemplo, al principio *nullum vectigal sine lege* propio del derecho fiscal. El ejercicio del poder punitivo implica restricciones de los derechos fundamentales, en especial el de la libertad, por lo que debe sustentarse en disposiciones legales preexistentes a la realización del comportamiento que da lugar a la intervención penal. Además, supone que, al otorgarles un sentido y establecer los alcances de su aplicación, deben respetarse los principios y directivas

¹ PRADEL, 2003, N° 135; ROXIN, 2006a, § 5 N° 1.

tanto de la Constitución como de los Convenios internacionales de derechos humanos².

- 360 El principio de legalidad establece los límites del ámbito punitivo. De modo que mientras dicte una ley penal reprimiendo una acción determinada, ésta no debe ser calificada de delito ni su autor sancionado como delincuente. Poco importa que la acción sea valorada como inmoral, ilícita o socialmente muy perjudicial. Esta constatación sólo puede ser la ocasión para promover su transformación en delito mediante una ley. Por esto, resulta contraproducente manifestar, como se hace con frecuencia, que toda grave violación, por ejemplo, de los derechos humanos es un delito. Una violación de esta índole sólo será un delito a partir de la dación de una ley que lo reprima. En este sentido, es incorrecto afirmar, como lo hace el Tribunal Constitucional respecto a la realización de actos consistentes en la desaparición forzada de personas, que a pesar de que no estaba vigente la Convención Americana contra la Desaparición Forzada de Personas, ni tampoco el delito de desaparición forzada se encontraba tipificado en nuestro Código, tal situación no justifica de ninguna manera la comisión del delito, ni nos impide considerarlo como un grave atentado contra los derechos humanos”. Lo que debió decir es que “no justifica de ninguna manera la comisión de tan grave e inhumano comportamiento practicado o fomentado por órganos estatales”. Puesto que este comportamiento sólo es delito a partir de que es previsto como tal en una ley penal. La afirmación del Tribunal Constitucional es más bien un argumento para que se dicté esta ley. Por lo mismo, este Tribunal no puede alegar que se trata de un delito, como lo deja suponer, al decir seguidamente “que los derechos contra los que atenta este ilícito se encuentran protegidos por las Constituciones de 1979 y 1993, así como por instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Perú, como son la CADH y el PIDCP”³.
- 361 En error similar vuelve a incurrir el Tribunal Constitucional⁴ cuando afirma que “los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente”. Esos comportamientos no están previstos como

² POLAINO, 2008, p. 168.

³ STC del 18 de marzo de 2004, Exp. N° 2488-2002-HC/TC-Piura, F.J. 4.

⁴ STC del 27 de octubre 2010, Exp. N° 00655-2010-PHC/TC-Lima, F.J. 23.

delitos ni en el Código ni en una ley especial, por lo que no pueden dar lugar, como tales, a denuncia y sanción penal. Por analogía, tampoco puede considerarse que caen bajo alguna de las disposiciones que reprimen la violación del secreto de las comunicaciones, en especial el art. 162 que castiga la interferencia telefónica. De esta manera, se crea confusión –contrariando el principio de la legalidad- en la previsión legal de los comportamientos penalmente significativos y, además, se exceden las facultades atribuidas al Tribunal Constitucional, quien no puede crear nuevos delitos. Esta manera de proceder, implica también un desconocimiento del derecho penal, pues mediante la divulgación o difusión de interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas pueden cometerse otros delitos, por ejemplo, los delitos contra el honor. Esta ignorancia repercute en las directivas y prescripciones que se establecen en dicha sentencia y que tanto restringen la libertad de expresión y de información, como desvirtúan el papel que juega la veracidad o no de las informaciones contenidas en las comunicaciones. Las deficiencias de la sentencia, la peculiar manera como fue difundida su texto así como los votos discrepantes de los magistrados y sus conclusiones incorrectas sobre los medios de comunicación han llevado a que el Tribunal Constitucional proceda a modificarla y aclarar sus alcances (resolución del 10 de diciembre de 2010; enmendada de la STC Exp. N° 00655-2010-PHC/TC)⁵. Esto demuestra, por lo menos, la poca competencia con la que se tratan asuntos tan importantes.

II. Orígenes

El principio de legalidad, tal como fue establecido en las Declaraciones y Convenios sobre derechos humanos y en los primeros códigos penales, es una conquista de orden político, fruto del proceso que culmina con la conformación de los Estados modernos⁶. Su formulación en latín (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)⁷ no data de muy antiguo y, en todo caso, su origen no está en el derecho romano.

⁵ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC%20Aclaracion.html>.<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html>.

⁶ MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 29 ss.

⁷ FEUERBACH, 1847, p. 51, ss., propuso la expresión latina. Cfr: CORNEJO, 1926, p. 5; HALL, 1949, p. 810. En contra: JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 383; BACIGALUPO, arts. 1-4, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 5 ss.; COBO/VIVES, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 25 ss.

- 363 El sistema judicial penal de las Monarquías absolutas europeas, periodo llamado *Ancien Régime*, se caracterizó por una marcada irregularidad en el sistema jurisdiccional; por el desorden y multiplicidad de leyes; por los innumerables privilegios para castigar de que gozaban los señores feudales y, en particular, por el derecho del Rey o sus representantes para castigar sin observar procedimiento regular alguno. Las “*maisons de force*”, los “*hôpitaux généraux*”, los “*ordres du roi*” o las “*lettres de cachet*” constituían toda una práctica represiva, y superpuesta a la “justicia regular” (ordinaria) y con frecuencia opuesta a ella. El Soberano, directa o indirectamente, decidía y ordenaba ejecutar los castigos. Esto explica el porqué en el sistema, entonces vigente, se consideraba que “en toda infracción hay un ‘*crimen majestatis*’ y en el más insignificante delinciente un pequeño regicida en potencia”⁸ De allí que el derecho a castigar fuera considerado como un aspecto del derecho que el Soberano tenía para guerrear contra sus enemigos; un poder absoluto de vida o muerte. Además, hay que considerar que la legislación penal se había constituido bajo la influencia de una concepción que identificaba crimen con pecado, que no distinguía muy bien las leyes penales de las reglas morales. Criterio que no hizo sino reforzar la idea de que los crímenes de lesa majestad divina eran los más graves⁹.
- 364 Sin embargo, no sólo hay que ver, en esta forma de ejercicio del poder punitivo, una simple arbitrariedad del Rey para eliminar de manera eficaz “*nobles infidèles ou grands vassaux désobligeants*”. Si el sistema de las “*lettres de cachet*” fue aplicado de manera amplia y, al menos durante un tiempo, tuvo aceptación general fue debido a la demanda de las personas privadas interesadas en eliminar (temporal o para siempre) a uno de los suyos. Foucault y Farge han mostrado que así el poder absoluto del soberano fue puesto al servicio del público. Según estos autores, tales mandatos de detención no sólo colmaban los vacíos dejados por el sistema jurídico ordinario, sino que duplicaban el proceso y eran introducidos en éste para modificarlo y desnaturalizarlo¹⁰.
- 365 Contra ese sistema represivo irregular y arbitrario, a mediados del siglo XVIII, surge un fuerte movimiento social, inspirado o fomentado por filó-

⁸ FOUCAULT, 1975, p. 57.

⁹ BECCARIA, 1979, p. 114 ss. En la perspectiva alemana, Cfr. KREY.

¹⁰ FARGE/FOUCAULT, 1982, p. 10, 14, 345 ss.

sofos, políticos, juristas, magistrados. Sus objetivos eran controlar de modo más estricto y constante la conducta ilegal de las personas y de limitar el poder punitivo del Estado¹¹. Con esta finalidad, se consideró indispensable, entre otras medidas, dar a las disposiciones legales cierto grado de precisión. En éstas, se debía, mediante la descripción de los delitos y la fijación de las penas, manifestar de modo claro la idea de que cada crimen, así como las ventajas que se esperaban obtener mediante su comisión, se hallaban vinculados al castigo y a los inconvenientes que éste acarrea¹². Se trató, pues, de una actitud política conducente a poner en marcha una nueva manera de ejercer el poder de castigar.

La teoría del contrato social constituyó el fundamento ideológico de esta nueva actitud. De acuerdo con esta concepción, “la necesidad obligó a los hombres a ceder una parte de su propia libertad al poder público; parte que, evidentemente, constituía sólo una pequeña porción, suficiente para obligar a los otros a defenderla. El conjunto de esas porciones (las más pequeñas posibles) forma el derecho de castigar, todo lo demás es abuso y no justicia; hecho y no derecho”¹³. Esta idea implica que el ciudadano acepta todas las leyes de la sociedad, aun aquellas de acuerdo con las cuales se le puede sancionar. Quien viola el pacto se convierte en enemigo de la sociedad y participa, al mismo tiempo en el castigo que se le impone. El más pequeño delito la ataca en su totalidad y, toda la sociedad, comprendido el infractor, está presente en la más pequeña sanción. El castigo penal es, así, concebido como una función general del cuerpo social y de cada uno de sus elementos¹⁴. Las principales consecuencias respecto a la justicia penal son, por un lado, que sólo en las leyes penales se pueden establecer las conductas prohibidas y fijar las penas que les corresponden y, por otro, que el único titular de este poder es el legislador que representa a toda la sociedad constituida conforme al contrato social¹⁵.

¹¹ Cfr. MONTESQUIEU, Livre XI, Chapitre VI: “No existe libertad si el poder de juzgar no está separado del poder de legislar”

¹² FOUCAULT, 1975, p. 98.

¹³ BECCARIA, 1979, p. 67.

¹⁴ FOUCAULT, 1975, p. 92.

¹⁵ BECCARIA, 1979, p. 67.

III. Evolución legislativa

1. Nivel constitucional e internacional

- 367 A partir de las ideas sucintamente presentadas en el acápite anterior, se desarrolló el positivismo legislativo que impulsó el proceso de codificación europeo¹⁶. Las leyes debían ser sistematizadas de manera bastante clara y precisa como para que cada persona pudiera saber y prever las consecuencias de sus comportamientos. De modo que los jueces debían limitarse a aplicar la ley.
- 368 Por su importancia ideológica, el principio de legalidad fue proclamado como garantía fundamental de la libertad civil de las personas. Si bien es cierto que la Carta Magna de Juan sin Tierra (Inglaterra, 1215) contenía ya una disposición relativa al mismo (en su sentido procesal), la consagración legislativa de éste se realizó en la Constitución Americana de 1776 (Virginia, Maryland) y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En el art. 8 de ésta última, se dice: “La ley sólo puede establecer las penas estrictamente necesarias; nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”.
- 369 En el siglo pasado, después de las dos guerras mundiales, se establecieron declaraciones semejantes a nivel internacional, por ejemplo, la DUDH (arts. 5 y 11, inc. 2), la CEDH (art. 7), la CADH (art. 9) y la CADHP (art. 7, inc. 2).
- 370 Esta recepción del principio de legalidad se da, así mismo, a nivel constitucional, pero no siempre de manera expresa. Así, en el Perú, se proclamó, en el Estatuto provisional de San Martín y en las sucesivas Constituciones, la inviolabilidad de la “libertad civil”. En la Constitución de 1828, se estipuló, por primera vez y de manera expresa, que: “ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (art. 150); y que “todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue”¹⁷. Disposiciones casi idénticas contuvo la Constitución de 1919 (arts. 19, 20, 21, 27 y 30).

¹⁶ TIEDEMANN, 2009, p. 26 ss.

¹⁷ En la Constitución de 1860, se modifica esta fórmula que hace referencia sólo a los peruanos, con la expresión “nadie...”, arts. 14 y 20.

En la Constitución de 1933, art. 57, se previó que debían de considerarse como delictuosos sólo los actos que hubieran sido calificados, previamente a su comisión, como tales en la ley. Pero, no preveía una disposición que obligara al juez a imponer sólo las penas previstas en la ley y que le prohibiera cambiar, arbitrariamente, la pena que ésta misma señalara para el comportamiento delictuoso particular. En su art. 68, se dispuso que sólo por sentencia ejecutoriada podía separarse a alguien “de la República” o del “lugar de su residencia” 371

Por el contrario, en la Constitución de 1979, se reguló, de manera más completa, el principio de legalidad. En el art. 2, inc. 20, lit. d, se estatuyó que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado por pena no prevista en la ley”. Además, en el lit. f, se estipuló que “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Es decir, *contrario sensu*, que toda condena debía ser establecida en un proceso judicial. Se trata en realidad de una garantía de carácter procesal¹⁸. Así mismo, se estatuyó, como garantía de la administración de justicia, que nadie podía ser penado “sin previo juicio” (art. 233, inc. 9 *ab initio*). 372

En la Constitución de 1993, art. 2, inc. 24, lit. d, se establece que: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”¹⁹. En el lit. e del mismo artículo, se estatuye que “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Así mismo, se prevé, entre las garantías judiciales, la “inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos” y la no imposición de pena “sin proceso judicial” (art., 139, incs. 9 y 10, respectivamente). Con la admisión del derecho consuetudinario de las comunidades campesinas y nativas (art. 149 Const.), se flexibiliza el principio de legalidad respecto a estas comunidades, a las que se les reconoce la jurisdicción respecto a la aplicación de ese derecho mediante sus autoridades y “dentro de su ámbito territorial” 373

¹⁸ *La Magna Charta Libertatum* inglesa de 1215, concedida a los nobles por Juan sin Tierra y considerada como fuente primera del principio de legalidad, estatúa en su art. 39, en realidad, la garantía “*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*”. Cfr. SCHOTTLAENDER, 1911, p. 27 ss.

¹⁹ GARCÍA CAVERO, 2008. p. 95 ss.

2. Nivel de leyes

- 374 En el Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre no figura, de manera expresa, el principio de legalidad; sin embargo sus disposiciones lo presuponen. Como ejemplo basta citar la disposición 34 que estatuye: “Toda acusación deberá contener la ley que se ha quebrantado”. Por el contrario, fue previsto, siguiendo al CP español de 1848-50, en el CP de 1863. En su art. 1, se preveía: “Las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas”. De manera más amplia, en los tres primeros artículos del CP de 1924, el legislador plasmó el principio de legalidad. Destacó, de forma expresa, los diversos aspectos que había adquirido dicho principio en su evolución histórica. Así, dispuso, primero, que el juez debía imponer sólo las penas previstas en la ley y le prohibía cambiar, de modo arbitrario, la pena que ésta señalara para el comportamiento delictuoso particular (art. 2); segundo, que la privación o restricción de derechos a título de pena, sólo podrían ser impuestas en virtud de una sentencia judicial (art. 1); y, tercero, que había de considerarse como delictuosos sólo los comportamientos que hayan sido calificados, previamente a su comisión, como tales en la ley (art. 3). En la exposición de motivos del Código, se fundamentó su regulación diciendo que “el principio de libertad civil debe dominar toda la legislación. En materia penal, este principio es la garantía de la seguridad de las personas, proclamada como una de las conquistas más fecundas de la Revolución Francesa. Los actos de los hombres no pueden ser considerados ilícitos ni determinar acciones represivas sino en los casos previa y taxativamente establecidos en la ley”²⁰.
- 375 En el proceso de reforma del CP de 1924, se propuso, de diversas maneras, regular el principio de legalidad. Así, en el Proyecto de septiembre de 1984, art. 1, primera parte, se establecía: “Nadie será procesado o condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieren previamente calificados en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracciones punibles”. De esta manera, se seguía lo dispuesto en el art. 3 del Código derogado, agregándose la referencia al aspecto procesal. En el Proyecto de octubre de 1984, art. III, además de omitirse este agregado, se varió la terminología. Se utilizaron las expresiones “hecho tipificado”, de “manera previa y expresa” y “delito o falta” en lugar de “acto u omisión”, de “manera expresa e inequívoca” e “infracciones punibles”, respectivamente. La expresión “de ma-

²⁰ CP de 1924, p. 18.

nera expresa e inequívoca” fue también empleada en el art. II del Proyecto de 1985; pero en el marco de un texto diferente. Según esta disposición: “La ley penal debe describir el hecho punible de manera expresa e inequívoca, sin dejar duda sobre los elementos constitutivos que lo integran”. El aspecto procesal estaba previsto en el art. I. Los arts. I y II del Proyecto de 1986 eran idénticos a los mismos artículos del Proyecto de 1985. En el art. 2 del Proyecto de 1990, se vuelve al texto de octubre de 1984; pero se hacía referencia a la “ley vigente al momento de su comisión [del acto]”. En el art. II del Proyecto de 1991, sin embargo, se omitió la expresión “manera expresa e inequívoca”. Esta es la versión definitiva de la primera parte del art. II²¹.

La segunda parte de este artículo ha seguido la misma evolución: De manera amplia, el Proyecto de septiembre de 1984, art. 2, disponía: “Nadie será condenado a sufrir pena o sentencia o medida de seguridad distintas a las sancionadas en la ley, ni a cumplir pena diferente a la prevista para la infracción juzgada”. En el Proyecto de octubre de 1984, art. III, segunda parte, sólo se mantuvo la fórmula: “ni sufrir pena o medida distintas de las que ella [la ley] establece para la infracción juzgada”. Pero, en el Proyecto de 1985, art. I, se prefirió volver a la fórmula utilizada, *ab initio*, en el art. 2 del Proyecto de septiembre de 1984: “ni condenado a pena o medida de seguridad no establecida en ella [la ley]”. El art. I del Proyecto de 1986 fue idéntico al del art. I del Proyecto de 1985. El texto del Proyecto de octubre de 1984 fue retomado en el Proyecto de 1990, art. 1. La redacción fue modificada reemplazándose el término “sufrir” por la expresión “ni sometido...” y la última frase se refiere “a penas o medidas de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”. Este mismo texto, en singular (“pena o medida de seguridad”), figuró en el Proyecto de enero de 1991, art. II, y es el texto definitivo establecido en el Código. 376

En los trabajos de reforma del Código vigente, la orientación no cambia. Así, en el art. II del Anteproyecto de CP de 2009, se estatuye que “Nadie será sancionado por acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito o falta por la ley vigente al momento de su realización, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella”. Se prohíbe la analogía, en el art. III, “para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde” y se la admite “a favor del reo”. Así mismo, se prevé la legalidad en la ejecución de las sanciones; de- 377

²¹ PRADO, 1993, p. 27 ss.

cretándose (art. VI) que no puede ejecutarse “pena o medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamento que la desarrollen” y que la ejecución de las mismas será controlada e intervenida judicialmente.

- 378 También hay que tener en cuenta que el Código Procesal Constitucional de 2004, en su art. 25, establece que se vulnera o amenaza la libertad individual cuando se violenta el derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sin sentencia firme (inc. 3) o el derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería (inc. 4). Así mismo, se dispone en el CdePP, que el juez instructor “[s]ólo abrirá la instrucción si considera que el hecho denunciado constituye delito” (art. 77 del CdePP). En el mismo sentido en el NCPP, art. 336, se estatuye que si “de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares, que realizó [el Fiscal] aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito... [éste] dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria”. Así mismo que la jurisdicción ordinaria no es competente para conocer (art. 18, inc. 3) de “los hechos punibles en los casos previstos en el art. 149 Const.” (jurisdicción de las comunidades campesinas y nativas). También hay que considerar que en las leyes procesales se prevé que la acusación formulada debe determinar una relación precisa y circunstanciada de los hechos imputados y la fijación de la ley penal que tipifique el hecho, que en la sentencia condenatoria deben indicarse las leyes que tipifican el delito y prevén la pena que se aplica, que debe cumplirse el principio de doble incriminación en materia de extradición (N CPP: arts. 6, inc. 1, lit. b; 65, inc. 1; 321, inc. 1; 329, inc. 1; 334, inc. 1; 336; 349; 387, inc. 1; 394, inc. 4; 399; 525, inc. 2; y, CdePP: arts. 72, inc. 1; 285, inc. 1).

IV. Fundamentos del principio de legalidad

- 379 Los autores han tratado de explicar y fundamentar el principio de legalidad desde diversos puntos de vista. Feuerbach propugnó la aceptación y consolidación de dicho principio en base, sobre todo, de dos fundamentos: el primero, de carácter político-criminal, era su concepción de la pena como medio de prevención general (teoría denominada de la coacción psicológica) y, el segundo, de naturaleza política²², era su convicción de que la

²² Cfr. CASTILLO ALVA, 2000, p. 61 ss.; URQUIZO OLAECHEA, 2000, p. 25 ss.

primacía de tal principio propiciaba una concepción liberal del derecho penal. De esta manera, Feuerbach dio un fundamento penal específico al citado principio²³.

Franz von Liszt calificó a la ley penal de “Carta Magna del delincuente”, debido a que consideró que, como consecuencia del principio de legalidad, la ley no sólo es la fuente del derecho a castigar, sino, así mismo, su límite. No garantiza sólo la defensa de los ciudadanos ante los criminales, sino también la de éstos frente al poder del Estado²⁴. Mientras que Beling, basándose en su teoría de la tipicidad, afirmó que “no hay delito sin tipo legal”²⁵

El principio de legalidad, en la doctrina francesa, es analizado en el contexto de la explicación de las condiciones de punibilidad de la infracción. En esta perspectiva, constituye el centro del denominado elemento legal del delito y conforme al cual se procede a la calificación de los comportamientos penalmente relevantes²⁶.

En el ámbito filosófico, Carlos Cossio, fundador de la concepción egológica del derecho, afirmó que el principio de legalidad aparece como una restricción de las sanciones, y que esto es debido a la imposibilidad de equiparar los bienes jurídicos con la pena²⁷.

Merecen destacarse las explicaciones de von Wright²⁸ sobre el principio de legalidad en relación con el problema de la “naturaleza del premio”. En su opinión, este principio establece, al afirmar “no hay pena sin ley”, que cualquier acción que no esté prohibida dentro del ámbito de un determinado orden normativo (totalidad de prescripciones que emanan de una misma autoridad suprema) está permitida dentro de él. Por lo tanto, afirma que se trata de una norma permisiva con contenido peculiar, consistente en la “suma total” de todos los actos y abstenciones que no estén prohibidos. De esta manera, considera que se cierra el orden normativo y que esto es debido a que si no puede prohibirse (o mandarse), al mismo tiempo y sin

²³ Cfr. CATTANEO, 1970; FEUERBACH, 1847, p. 51 ss.; RADBURCH, 1952, p. 8.

²⁴ LISZT, 1929, T. II, p. 455.

²⁵ BELING, 1944, p. 4 ss.; Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, I, p. 93 ss.

²⁶ Cfr. ANCEL, 1931, p. 90.

²⁷ COSSIO, 1939, p. 5 y 131.

²⁸ WRIGHT, 1970, p. 101 y 103.

contradicción, hacer y omitir un mismo hecho, ambas opciones pueden perfectamente permitirse.

- 384 Alchouron y Bulygin esclarecen la concepción de von Wright y dicen que la regla de clausura podría enunciarse diciendo: “Todo lo que no está penalmente prohibido, está penalmente permitido”²⁹. Sin embargo, esta idea de tipo de norma de clausura del sistema normativo ha sido criticada con firmeza, en el sentido de que se trata de “un invento conceptual de los juristas de absoluta inconsistencia teórica”³⁰. El sentido de una norma permisiva, como lo es la indicada norma de clausura, sólo es bien comprendido si se tiene en cuenta que “lo prescrito no es el comportamiento que aparece como contenido de la norma permisiva, sino la no interferencia de la autoridad en tal comportamiento”³¹. Esto quiere decir que lo relevante no son los innumerables comportamientos que no estén penalmente prohibidos, sino sobre todo, por un lado, el hecho de que el Estado, no debe interferir en la actividad de una persona que actúa conforme al ordenamiento jurídico y, por otro, que sólo puede intervenir ejerciendo su poder punitivo cuando la persona realice un comportamiento reprimido por una ley.
- 385 Por esta razón, procede afirmar que una vez admitido el principio de legalidad, la alternativa entre el argumento autoritario de que “está prohibido lo que el legislador no ha declarado expresamente permitido”, y el liberal de que “está permitido lo que el legislador no ha declarado expresamente prohibido”, se resuelve en favor de este último³².
- 386 Por fin, es interesante señalar la manera amplia en que Ferrajoli³³ percibe el principio de legalidad y que tiene repercusiones en sus fundamentos. Este autor distingue, por un lado, entre un sentido formal del mismo (*nulla poena, nullum crimen sine lege*) y que constituye una norma dirigida a los jueces en relación con las leyes vigentes a las que están sometidos y, por otro, un sentido estricto (*nulla lex poenalis, sine actione...*, *sine defensione*) y que, por el contrario, es una norma dirigida al legislador acerca de la elaboración válida de las leyes penales.

²⁹ ALCHOURON/BULYGIN, 1975, p. 198.

³⁰ CAPELLA, 1968, p. 71 ss.

³¹ CAPELLA, 1968, p. 73.

³² KLUG, 1968, p. 33.

³³ FERRAJOLI, 1996, p. 380.

V. No hay delito, no hay pena sin ley escrita

1. La ley como fuente del derecho penal

a. *Noción de ley*

En el art. II, se prevén los dos extremos del principio de legalidad: por un lado, declara que los delitos y las faltas deben estar previstos en la ley vigente en el momento de su comisión y, por otro, establece que sólo se impondrán las penas y medidas de seguridad establecidas en dicha ley³⁴. Así, se estatuye, de manera taxativa, que la ley es la única base de la incriminación de comportamientos y de la imposición de sanciones penales. En esto radica una de las diferencias esenciales con el derecho civil. Según el art. VIII del CC, los jueces “no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley” y si este fuera el caso, se dispone, en la segunda parte de este mismo artículo, que ellos “deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”. En materia civil, los jueces pueden, en consecuencia, recurrir ampliamente a otras fuentes para resolver el caso *sub iudice*, mientras que en materia penal están más sometidos a la ley cuando se trata de determinar si el comportamiento a juzgar constituye un delito y cuál es la sanción que debería aplicarse al responsable. 387

Respecto al principio de legalidad, el sentido que se da al término “ley” no difiere en el fondo del que se le atribuía en sus orígenes. Conforme a la concepción de la separación de poderes, admitida por los filósofos del siglo XVIII, la competencia para incriminar penalmente comportamientos y establecer las penas aplicables a sus autores debía ser exclusiva del poder legislativo, sólo facultado para adoptar estas decisiones “respetando los intereses de la mayoría y de la minoría”³⁵. Ello supone que el poder estatal emana del pueblo, y que la división de poderes es la base de su organización. De allí que se considere que el “fundamento democrático del principio de legalidad significa que sólo el Poder Legislativo es el capacitado para dictar leyes, por ser el representante de la voluntad popular. Esto tendría ventajas de carácter técnico y político”³⁶. Así, la ley, pilar básico del Estado de derecho, tiene su fuerza y legitimidad de la soberanía del Estado. 388

³⁴ STC del 03 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC-Lima, F.J. 8.1.

³⁵ MARINUCCI/DOLCINI, 2001, p. 31, 38.

³⁶ BRICOLA, 1965, p. 245; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 15 I 1 ss.

Además, sigue siendo elaborada sobre la base de la idea de que la sociedad es homogénea, debido a que se sigue pensando que la convivencia presupone un solo sistema de valores. Idea que oculta el hecho de que se trata de un sistema impuesto por el sector social dominante en detrimento de los correspondientes a las comunidades de culturas diferentes.

- 389 Dicho criterio ha sido flexibilizado en la medida en que, en el art. 149 Const., se admite que un sector social, constituido por las comunidades campesinas y nativas, crea sus propias reglas (derecho consuetudinario) y las aplica por intermedio de sus autoridades en su “ámbito territorial”³⁷. De modo que no sólo se admite la presencia de un derecho consuetudinario penal, sino que también restringe el poder del Estado, en razón a que el respeto de las otras culturas debe impedir la “criminalización” de los comportamientos de los miembros de dichas comunidades, cometidos conforme a sus pautas culturales. En ambos casos, el límite es que las normas contenidas en las reglas consuetudinarias³⁸ y, por tanto, los comportamientos que regulan no contradigan los derechos fundamentales. Esta barrera es básica y compensa el abandono que implica la admisión parcial del derecho consuetudinario de dichas comunidades; así, por ejemplo, es inadmisibles que se acepten penas corporales por el simple hecho que es costumbre aplicarlas y, así mismo, que no se repriman los maltratos físicos a menores y mujeres por ser tradición practicarlos en algunas de dichas comunidades.
- 390 Las diversas constituciones que se han sucedido en el Perú fueron elaboradas teniendo como base el criterio de que la ley es expresión de la soberanía del Estado³⁹. Según la Constitución de 1993, de manera semejante a la Constitución de 1979, la potestad de “dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes” corresponde

³⁷ En el Proyecto de LOPJ de 2002, art. 43, se estatuye que los “integrantes de las comunidades campesinas y nativas tienen derecho a la justicia impartida, conforme al derecho consuetudinario”. Respecto a los Jueces de Paz, los órganos judiciales más próximos a las comunidades nativas y andinas, el art. 66, inc. 3, de la LOPJ dice que “preservando los valores que la Constitución consagra, respetan la cultura y las costumbres del lugar”.

³⁸ Sin embargo, hay que indicar la imprecisión y las limitaciones de la expresión “derecho consuetudinario”, en la medida en que no comprende sino una parte, por ejemplo, del denominado “derecho comunal”. Éste está también constituido por las reglas que la comunidad va creando para regular su organización y resolver los conflictos que se presenten (p. ej., por acuerdo de la Asamblea Comunal. Cfr. PEÑA JUMPA, 1998, p. 327 ss., en particular la nota 91; BRANDT, 1987, p. 40 ss.; idem, 2003, p. 100 ss. Este autor, en la nota 20, señala que “la existencia y vigencia de sistemas de derecho consuetudinario en el país no es uniforme”; VILLAVICENCIO, 2006, p. 148 ss.

³⁹ PAREJA, 1973, p. 357; DE BELAUNDE, 1974, p. 102.

al Parlamento (art. 102, inc. 1); pero así mismo, se le reconoce la potestad de “delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado en la ley autoritativa”. Basándose en estas disposiciones, el gobierno dictó el DLeg N° 635, del 3 de abril de 1991, promulgando el Código vigente. Así mismo, con este procedimiento lo ha modificado en varias ocasiones. Si bien la misma Constitución establece, en el pf. 2 del artículo antes citado, que los mencionados decretos legislativos “están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley”, las posibles ventajas del sistema de delegación de la facultad legislativa no sólo dependen de la manera cómo el Poder Ejecutivo la utiliza, sino también y, sobre todo, de la manera como el Congreso, en el momento de dictar la ley autoritativa, establece los alcances de la delegación y, una vez estatuida, controla si se respetaron dichos límites.

La noción formal de ley aparece demasiado restrictiva, pues, no comprende, de manera expresa, los decretos legislativos constitucionalmente permitidos. En consecuencia, debido a que la separación de poderes no se presenta de la manera ideal a como fue concebida en sus orígenes, así como al hecho de que -en países como los nuestros- el régimen constitucional es con frecuencia suprimido o desnaturalizado, hay que adoptar una noción más amplia de la ley, en el sentido de que constituye toda disposición legal de carácter general dictada por la autoridad. 391

a.1. Decretos legislativos

Si bien el procedimiento de la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo es correcto en cuanto a la forma, cabe preguntarse si es conveniente que una ley de particular importancia sea elaborada y promulgada de esta manera; sobre todo si se tiene en cuenta que, en casos como los de las leyes que regulan campos tan amplios de la vida comunitaria, no existe la urgencia de reaccionar ante problemas que exigen una inmediata intervención. Las deficiencias de esta vía aumentan en la medida en que de este modo se evita el debate parlamentario indispensable para que todas las corrientes políticas se manifiesten, en particular, sobre los criterios de política criminal que fundamentarán la nueva legislación. De acuerdo con la experiencia en este campo, no es suficiente que el Parlamento tenga la posibilidad de conocer cómo el Ejecutivo, obligado a darle cuenta, ha hecho uso de las facultades legislativas que le delegó. Este control no se produce de manera eficaz por razones políticas. 392

- 393 Uno de los aspectos decisivos de la delegación legislativa es que el Parlamento, en la ley que la establece, fije de manera precisa sus alcances. La delegación no debe ser tan general y amplia, que implique una abdicación del poder legislativo⁴⁰.
- 394 De esta manera, se evitaría, así mismo, que el Poder Ejecutivo no respete los límites establecidos en la ley de delegación. En esta falta se incurrió, en el marco de la autorización que le fue dada, mediante la Ley N° 23230, del 15 de diciembre de 1980, para que dictase decretos legislativos para derogar o modificar la legislación expedida por el régimen militar a partir del 3 de octubre de 1968. Así, se dictó, por ejemplo, el DLeg N° 46, del 10 de marzo de 1981, por el que se tipificó el llamado delito de terrorismo. Con esto no se derogaron ciertos decretos leyes del gobierno militar, ni se les modificó, sino que se estableció una nueva legislación creando una figura delictiva específica que no existía antes. Este fenómeno se ha producido de manera más frecuente cuando el Parlamento ha estado del todo sometido a una mayoría controlada de manera directa por el Poder central.

a.2. Gobiernos autocráticos y los decreto leyes

- 395 Debido a que el régimen democrático parlamentario no se ha consolidado y que el período republicano⁴¹ se ha caracterizado por la sucesión de gobiernos democráticos y de gobiernos autocráticos⁴², se plantea el problema de saber cómo deben ser tratados los decretos leyes en relación con el principio de legalidad. Al respecto, hay que tener muy en cuenta el hecho tangible de que dichos decretos, normas generales dictadas por gobiernos dictatoriales, han constituido y constituyen fuentes del derecho penal peruano, en la medida en que han sido y siguen siendo aplicados. Una simple observación del ordenamiento jurídico peruano, permite constatar que “el sistema legal no se resiente por los cambios periódicos de un régimen ‘constitucional’ a uno ‘de facto’”⁴³ y que estos últimos “son aceptados como parte del sistema legal y gobiernan por medio de leyes y actos oficiales, controlados por una refinada costumbre y principios constitucionales”⁴⁴.

⁴⁰ DONAYRE, 2001, p. 140 ss.

⁴¹ Respecto al período republicano es fuente de consulta indispensable, la excelente obra de JORGE BASADRE, Historia de la República, 16 tomos.

⁴² Conforme al esclarecimiento hecho por NINO, 2000, p. 89 ss.

⁴³ FURNISCH, 1972, p. 62.

⁴⁴ FURNISCH, 1972, p. 79.

Mientras dura el régimen dictatorial, la vigencia de los decretos leyes se basa en una validez de *prima facie* relacionada con su contenido, el cual debe ser respetuoso de la dignidad de la persona y de los derechos humanos. Además, existen consideraciones morales, como por ejemplo las de seguridad social, orden, paz, que favorecen el reconocimiento de las normas dictadas por quien detenta el poder⁴⁵. 396

Los tribunales nacionales han admitido la validez de los decretos leyes sin considerar si eran o no respetuosos de los derechos básicos y con un pragmatismo inspirado en un positivismo estrecho. La Corte Suprema sostuvo, por ejemplo, que el “DL N° 11049 (Ley de seguridad interior de la República) tiene el mismo valor que los otros decretos leyes (no penales) emanados de la Junta Militar de Gobierno, al estar ésta investida de funciones legislativas, única forma como un gobierno de facto puede dirigir la vida política, económica y jurídica del país”⁴⁶. Es también interesante recordar que el Cuarto Tribunal Correccional de Lima afirmó que las normas dictadas por el Gobierno Revolucionario “son acatadas y aplicadas cotidianamente por los órganos administrativos y jurisdiccionales, de modo que tampoco es admisible se cuestione su legalidad y vigencia”⁴⁷. No conocemos resolución judicial en la que, durante el período de un gobierno de facto, se haya dejado de aplicar algún decreto ley por considerársele expresión de un poder usurpador. 397

Con relación al aspecto que es materia de este capítulo, la cuestión crucial se plantea cuando se restaura el ordenamiento constitucional. La importancia de la actitud que se adopte ante el reconocimiento de los decretos leyes es mayor en la medida de la trascendencia de las disposiciones dictadas. Un ejemplo notorio, en materia penal, es el de caso de la dación del CJM de 1979 mediante un decreto ley, que no fue tomado en cuenta ni por la Asamblea Constituyente, ni por el Gobierno constitucional en el momento de procederse a armonizar la legislación establecida por el Gobierno de facto con la Constitución. 398

Para comprender mejor cual ha sido la política que ha predominado ante las sucesivas rupturas del sistema constitucional, recordemos los siguientes casos. La Asamblea Nacional, elegida en comicios convocados por el 399

⁴⁵ NINO, 2000, p. 99.

⁴⁶ ES del 24 de marzo de 1950, en RJP 1950, p. 341.

⁴⁷ Sentencia del 8 de enero de 1974, publicada en el diario “La Prensa” del 10 de enero de 1974, Lima.

gobierno de facto dirigido por Augusto B. Leguía, aprobó, mediante la Ley N° 3083, del 25 de septiembre de 1919, “todos los actos practicados por el Gobierno Provisional para hacerse cargo del Poder, para convocar al pueblo al plebiscito nacional y para conservar el orden”. Así mismo, por la Ley N° 11490, del 28 de julio de 1950, se validaron los decretos leyes dictados, violando la Constitución de 1933, por el gobierno instaurado por el golpe militar del 27 de octubre de 1948. Por último, el “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, instaurado por el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, emitió diversos decretos leyes, transgrediendo la Constitución de 1979, y que después fueron validados por la llamada Ley Constitucional del 9 de enero de 1993.

- 400 De esta manera, no se admitió el criterio doctrinario de que la restauración del orden constitucional tiene como consecuencia la pérdida de vigencia de los decretos leyes dictados por el régimen de facto. Tal vez, la única ocasión en que se aceptó la caducidad de ese tipo de disposiciones fue cuando, por Ley del 20 de diciembre de 1895, se declararon inexistentes las dictadas durante los años 1894 y 1895. El criterio aceptado es más bien el de la supervivencia de los decretos leyes hasta el momento en que sean derogados y sustituidos o modificados por el nuevo Congreso. En doctrina también se postula el criterio de la revisión, según el cual una vez restaurado el régimen constitucional, el Congreso debe proceder a una revisión de los decretos leyes para decidir sobre su mantenimiento en vigencia o su derogación.
- 401 Teniendo en cuenta la práctica nacional de admitir que las disposiciones legales de los gobiernos de facto son válidas, mientras no sean modificadas o derogadas o de manera implícita⁴⁸, cuando no sean cuestionadas, Pareja Paz Soldán⁴⁹ sostuvo que se trataría de una “convalidación implícita” por su aplicación y cumplimiento. Da como ejemplo, el caso del Congreso constitucional de 1963, el cual cada vez que consideró inapropiado o lesivo un decreto ley, procedió rápidamente a derogarlo o modificarlo “pero adviértase, señala Pareja, que ha utilizado los términos ‘deróguese’ o ‘modifíquese’, lo que implicaba que reconocía su previa existencia y validez. Se puede afirmar, concluye este autor, que el Parlamento ha prestado, cuando menos, un asentimiento tácito a aquellos decretos leyes sobre los cuales no se ha pronunciado y que siguen siendo acatados y cumpliéndose.

⁴⁸ Ver: GARCÍA BELAUNDE, 1977, p. 115.

⁴⁹ PAREJA PAZ SOLDÁN, 1973, p. 358, Cfr. RUBIO/BERNALES, 1981, p. 310 ss. Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Anexo de la obra PAREJA, 1973, p. 600; 1976, p. 49; 1977, p. 115 ss.

Las razones avanzadas para justificar estas soluciones se basan sobre todo en la necesidad de favorecer la seguridad jurídica, la cual es indispensable para el desarrollo normal y continuado de las relaciones de los individuos entre sí y de éstos con el Estado. Si durante el periodo en que domina el gobierno de facto, el derecho se inclina ante la fuerza de quienes usurpan el poder estatal y asumen ilegítimamente funciones legislativas, en la época que sigue a su caída el derecho indebidamente estatuido es reconocido como un hecho consumado, en la medida en que no es derogado o revisado por las autoridades constitucionales. 402

Desde esta perspectiva, no creemos que sea correcto recurrir a criterios como el de “situación de urgencia” o del “asentimiento expreso o táctico de los gobernados”⁵⁰, para admitir los decretos leyes como fuente del derecho penal en nuestro país. Nos parece conveniente recordar con Kelsen que el principio de la 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 el caso de una revolución, entendida esta palabra en su acepción 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 el reemplazo no se hace en la forma prevista por el orden anterior⁵¹. 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. Lo importante, sin embargo, es que el reconocimiento de las disposiciones legales dictadas se haga, sobre todo de las impuestas por un gobierno autocrático, apreciando su contenido, el cual debe ser justo y respetuoso de los derechos básicos. En este sentido, podría llegarse a sostener, como lo hace Nino⁵², que éste es el aspecto decisivo y el del origen formal de la disposición legal. 403

Con el fin de crear el marco jurídico-legal para evitar la repetición de golpes de Estado, la Asamblea Constituyente incorporó, en la Constitución de 1979, primero, el mandato de que “nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen” (art. 82, 404

⁵⁰ BRAMONT ARIAS, 1950, p. 18.

⁵¹ KELSEN, 1968, p. 137.

⁵² NINO, 2000, p. 100, 106.

inc. 1); segundo, declaró la nulidad de “los actos de toda autoridad usurpada”; y, por último, consagró el derecho del pueblo a la insurgencia “en defensa del orden constitucional” (art. 82, inc. 2). Lo que, como podía esperarse, no fue obstáculo para que el orden constitucional fuera de nuevo interrumpido y que el régimen surgido del golpe de Estado promoviera la dación de una nueva Constitución, en la que tampoco se dejaron de establecer normas similares a las de la Constitución de 1979, orientadas a prevenir nuevas usurpaciones de poder. Así, en el art. 46 Const., se dispone que “nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes”; que la “población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional” y, así mismo, que son “nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas”. Para consolidar el Estado de derecho no bastan este tipo de declaraciones simbólicas, sino que es indispensable que se creen las condiciones sociales y económicas que son necesarias para la estabilidad de las instituciones y la justicia social.

a.3. Decretos supremos y reglamentos

- 405 Tratándose de ciertas leyes que regulan un amplio campo de actividades o el funcionamiento de ciertos sectores de la vida del país, es evidente que para su aplicación se requiere la dación de normas reglamentarias⁵³. Esta labor se realiza mediante decretos supremos y reglamentos, que tienen como fin determinar y particularizar los modos de aplicación de las leyes, decretos legislativos o decretos leyes.
- 406 Cuestión interesante respecto al principio de legalidad es la de saber si esta actividad de reglamentación comprende o no las disposiciones de carácter penal contenidas en una ley general. La respuesta depende de cómo se comprenda tanto la tarea de incriminar comportamientos delictuosos como la de reglamentar leyes.
- 407 Si en las disposiciones penales, según el principio de legalidad, como garantía a las personas, se debe fijar en qué consiste el delito y qué pena se aplicará a su autor, resulta inútil reglamentarlas. La autoridad competente para hacerlo mediante decretos supremos o resoluciones ministeriales, no lo es para dictar o modificar leyes penales. Si procediese a reglamentar la disposición penal, tendría que limitarse, por tanto, a repetir lo establecido

⁵³ DONAYRE, 2001, p. 133 ss.

en la norma general (*intra legem*), ya que no debe sobrepasar o restringir los alcances de la norma general mediante una disposición que sea *preater legem o contra legem*. De modo que, de manera superflua, repetiría la descripción del acto incriminado y la pena prevista para su autor.

Este criterio es admitido por la doctrina peruana⁵⁴. Pero por el contrario, en la práctica se aplica otro, lo que ha provocado confusión e inseguridad, debido a que se ha incurrido en verdaderas violaciones al principio de legalidad, en la medida en que se modifican los tipos legales y se alteran las penas previstas en la ley que se reglamenta. Mediante la norma reglamentaria, se procede en realidad a una interpretación de la norma reglamentada, con el objeto de precisarla o aclararla. Sin embargo, este tipo de proceder parodia a la llamada interpretación auténtica, la que es sólo de la competencia del Poder legislativo y no de una autoridad administrativa sin capacidad de legislar. Por lo que se trata de un atentado contra el principio de legalidad, que produce incertidumbre y no ofrece la garantía que éste debe brindar. 408

Es interesante recordar el caso del DL N° 19609 que, en su art. 5, disponía la represión penal (conforme a los arts. 186 y 188 del Código Sanitario, derogados por el DLeg N° 121, art. 12)⁵⁵ de las personas responsables de la conducción de las instituciones de salud pública y privadas, cuando en los establecimientos a su cargo no se prestara “atención médico-quirúrgica” (art. 2) a “las personas que se encuentren en riesgo grave de salud o vida, como consecuencia de una situación de emergencia” (art. 1) o cuando no contaran “con los recursos materiales y de personal necesario para cumplir eficientemente su cometido” (art. 13). 409

Esta regulación fue modificada mediante el DS N° 0023-73-SA, del 25 de enero de 1973, por el que se reglamentó el decreto ley antes citado. Así, se estableció cuáles son las “instituciones de salud públicas o privadas” (art. 1) y lo que debe comprenderse por “situación de emergencia” (art. 2) y por “atención o servicio médico quirúrgico de emergencia” (art. 3); se dispuso que el “responsable (sic) penal es el médico que efectúa la calificación” del estado de salud del paciente y que los representantes de la Institución y ella misma son responsables solidarios con el médico para el resarcimiento del mal ocasionado (daño en la salud o muerte). Por estas circunstancias y, además, por la forma tácita en que se derogó el aspecto penal del art. 5 410

⁵⁴ BRAMONT ARIAS, 1950, p. 22.

⁵⁵ Ley N° 26842, Ley General de Salud, del 15 de julio de 1997, deroga todas estas disposiciones. (Disposición cuarta de las Disposiciones complementarias, transitorias y finales).

del decreto ley reglamentado, nos ha parecido oportuno proporcionar este ejemplo típico de la defectuosa técnica legislativa utilizada.

b. Noción de delito

- 411 En el art. II, el legislador ha creído conveniente mencionar tanto los delitos como las faltas. No se refiere sólo al tipo legal sistemático, que consiste en la descripción esquemática que hace de la acción delictuosa en el precepto de las normas penales (tipo legal en sentido estricto), sino más bien a lo que en alemán se llama “tipo legal de garantía” (*Garantietatbestand*). Es decir, el conjunto de todos los presupuestos necesarios para aplicar una pena. Es decir, todas las circunstancias (antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, etc.) que caracterizan las acciones punibles y que, por tanto, fundamentan la consecuencia jurídica.⁵⁶
- 412 Si ninguna duda existe que el principio de legalidad concierne a la parte especial del Código, a veces se cuestiona si también es aplicable a las normas de la parte general. La respuesta es afirmativa debido a que en éstas se fijan los presupuestos de punibilidad y son, por tanto, complementarias a las reglas de la parte especial. En caso contrario, debería admitirse que las disposiciones generales podrían ser completadas mediante el derecho consuetudinario en perjuicio del imputado.
- 413 En un ordenamiento como el peruano, en el cual el Código estatuye el principio de culpabilidad al decretar, en el art. VII, que “la pena requiere de la responsabilidad penal del autor” y proscribir “toda forma de responsabilidad objetiva”, el legislador no debe establecer penas por la mera producción de un resultado. Si lo hiciera, violaría, en última instancia, el principio de legalidad. Este fue el caso, por ejemplo, cuando agravó la pena del delito de terrorismo (art. 2 del DL N° 25475)⁵⁷, diciendo simplemente, en el art. 3, inc. c, último párrafo, “si como efecto de los hechos contenidos en el art. 2 de este decreto ley, se producen lesiones graves a terceras personas”. La deficiente redacción de esta disposición dejó abierta la posibilidad de que

⁵⁶ Sobre la necesidad de admitir esta clase de tipo, consultar: ZAFFARONI, 1973, p. 177 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, 419; NÚÑEZ, 1974, p. 75; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 25 I 3; MAURACH/ZIPF, 1992, § 19 N° 39; TIEDEMANN, 2004, p. 172 ss.; ENGISCH, 1954, p. 129; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, §§ 13 ss. N° 43 ss. contra: BRICOLA, 1965, p. 319.

⁵⁷ STC del 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC.

se imponga cadena perpetua por el simple hecho de que se haya causado dicho perjuicio (responsabilidad por el resultado u objetiva). La consecuencia principal de lo expuesto es que el legislador no tiene, dentro de un sistema normativo en que imperan ciertos principios, libertad absoluta para considerar como punibles cualquier clase de hechos o agravar la represión sin tener en cuenta la responsabilidad del agente.

VI. No hay delito, no hay pena sin ley cierta

Esta forma de expresar el principio de legalidad ha sido desarrollada en diversas direcciones⁵⁸, las cuales son señaladas adicionándole una precisión determinada. Pueden mencionarse las siguientes:

No hay delito, no hay pena sin ley escrita. De esta manera se pone en primer plano el carácter escrito del derecho penal y, por tanto, la exclusión del derecho consuetudinario para calificar los actos de delictuosos y fijar la pena correspondiente a los responsables. 415

No hay delito, no hay pena sin ley precisa. Así se busca indicar que la ley debe ser redactada de la manera más exacta posible para que los destinatarios sepan cuáles son los actos incriminados y la sanción que les corresponde. 416

No hay delito, no hay pena sin ley estricta. Con esto se trata de subrayar que una vez que la ley ha sido dictada, ésta llega a ser la única fuente para el juez, quien no puede agravar la situación del procesado mediante la aplicación de una disposición legal por analogía. 417

No hay delito, no hay pena sin ley previa. Si la regla de base estatuye que el delito y la pena deben estar previstos en la ley, se deduce lógicamente que no se puede disponer en una ley la represión de un comportamiento, socialmente conforme, después de haberse cometido y tampoco que el juez aplique una ley a un acto realizado antes de la entrada en vigor de la ley. Para que un comportamiento sea punible es indispensable que la ley que lo incrimina y prevé la sanción aplicable sea anterior a su comisión. Este es el llamado efecto de la no retroactividad de la ley. 418

⁵⁸ Cfr. por todos: ROXIN, 2006a, § 5 N° 8 ss.; JAKOBS, 1991, 4/2,10 ss.; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 1 N° 1, 8, 24 ss.; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 1 N° 1, 6, 11, 17, 22 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 42 ss.

419 Los alcances de los adjetivos: escrita, precisa, estricta y previa no pueden ser determinados con nitidez. Además, las consecuencias que pueden derivarse de cada uno de ellos se entrecruzan y confunden. Por esto, resulta más bien decisivo considerar el fondo de la cuestión, dejando de lado la terminología utilizada por ser demasiado simplificadora. Así, conviene destacar mejor las reglas esenciales que se deducen del principio de legalidad. Se trata, por un lado, de un mandato de orden preceptivo, que dispone que los actos incriminados y las sanciones deben ser establecidos en la ley de modo suficientemente preciso y, por otro, de tres preceptos: prohibición de la analogía desfavorable, recurso al derecho consuetudinario y retroactividad de la ley penal favorable.

1. Certeza en la elaboración del tipo legal

420 En el art. II se hace referencia a que el acto esté “previsto como delito o falta” y que la pena o medida de seguridad se “encuentren establecidas” en la ley. Así, no se ha considerado necesario retomar la fórmula más estricta del art. 3 del CP de 1924, en el que se exigía que la calificación de una acción u omisión como infracción punible debía ser formulada “de manera expresa o inequívoca”⁵⁹. De esta manera, parecía que se buscaba fijar una reserva de carácter absoluto, en el sentido de la concepción original del principio y de la convicción predominante en esa época, sobre la necesidad y ventajas de la legislación. Beccaria⁶⁰, uno de los propugnadores del principio de legalidad en el siglo XVIII, estaba en favor de que, al legislar, se utilizara el lenguaje corriente, de manera que el código constituyera un “libro de familia”, mediante el cual cada uno podía saber que actos eran prohibidos y con que penas eran sancionados sus autores. De esta forma, se forjó la ficción expresada en la frase “la ignorancia de la ley no excusa” (*ignorantia juris criminalis nocet*)⁶¹ que perduró en nuestro derecho, puesto que en el art. 87, pf. 2, del CP de 1924, se disponía que “la ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión”. Criterio abandonado en el Código vigente, mediante la regulación más adecuada del error de prohibición⁶² (art. 14, pf. 2).

⁵⁹ El art. 10 del CP suizo dice “*Ausdrücklich*” o “*expressément*” (expresamente) y así ya figuraba en el Proyecto de 1918; mas no en el Proyecto-texto de agosto de 1915. Por esto sería más exacto considerar como fuente directa de nuestra disposición el art. 10 del CP italiano de 1889.

⁶⁰ BECCARIA, 1979, p. 56, ss.

⁶¹ ANCEL, 1981, p. 233; WAIBLINGER, 1955, p. 226.

⁶² Cfr. *infra* N° 1758 ss.

Cuando se exige que la ley sea establecida con claridad y certeza, no se tiene muy en cuenta, en primer lugar, que el lenguaje no es un instrumento exacto que permita reproducir con fidelidad la realidad de lo que se habla⁶³. En segundo lugar, que las normas jurídicas, por su peculiar naturaleza, sólo son fórmulas generales, elaboradas a través de un complicado proceso de abstracción y concreción⁶⁴. Como las palabras, estas normas son “caracterizaciones, que si bien permiten reconocer con facilidad los casos concretos típicos, están circundadas por una considerable zona de penumbra en la que tendrán cabida los casos dudosos”⁶⁵. 421

Por estas razones, debe reconocerse que la reserva impuesta por el principio de legalidad sólo es de carácter relativo. Por lo tanto, no se ajusta a la realidad, sostener que los textos legales deben ser claros e inequívocos⁶⁶. Creían en esta ilusión, por el contrario, los autores del Proyecto de 1985 (agosto), en la medida que no se limitaban a exigir que el legislador describiera el delito “de manera expresa e inequívoca”, sino que agregaban, además, que debía hacerlo “sin dejar duda sobre los elementos que [le] integran”. Así, pensaban que era posible redactar normas claras cuya aplicación no diera lugar a vacilaciones, lo que podía conducir a propugnar la inutilidad de la interpretación. 422

2. Incertidumbres en que incurre el legislador

a. *No descripción del delito*

En el mismo Código, no se ha respetado el mandato de que se debe individualizar el comportamiento incriminado. Esto sucede, por ejemplo, cuando el legislador se ha limitado a mencionar el comportamiento en cuestión, pero sin caracterizarlo en forma mínima. Por ejemplo, cuando en los arts. 114 a 120 regula la represión del aborto no dice en qué consiste el comportamiento que debe realizar el autor, sino que se limita a decir el que “causa el aborto” (art. 115) o “hace abortar”. Con frecuencia, se justifica esta técni- 423

⁶³ Las palabras y conceptos no son claros, precisos e inequívocos. Por esto, GERMANN, 1946, p. 113, dice justamente que el texto legal es con mucha frecuencia la exposición incompleta del pensamiento del legislador; idem, 1953, N° 6/3.

⁶⁴ ENGISCH, 1975, p. 101.

⁶⁵ CARRIÓ, 1971, p. 68.

⁶⁶ Ver art. 354, que reprime al juez o fiscal que “dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley...” y también el art. 422 que reprime al juez que se niega a administrar justicia o que elude juzgar “bajo pretexto de defecto o deficiencia de la ley”. En el art. 358 del CP de 1924 se decía “bajo pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley...”.

ca legislativa diciendo que en estos casos el legislador se remite al criterio imperante en la doctrina y jurisprudencia.

- 424 De ser esto correcto, bien hubiera podido hacerlo con otros delitos; como con el homicidio o el hurto. Respecto al primero, al redactar el art. 106, hubiera podido limitarse a decir “el que comete un homicidio”, sin embargo consideró conveniente describir este delito diciendo “el que mata a otro”. La descripción del comportamiento punible es aún más detallada en el art. 185, en el que se regula el hurto. Según esta disposición, comete hurto, “el que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra”. Esta manera general y esquemática de describir los comportamientos delictuosos, señalando sus elementos constitutivos fundamentales, está más de acuerdo con la finalidad del principio de legalidad.

b. Empleo de cláusulas generales

- 425 Un factor también limitador de la función de garantía del principio de legalidad es el empleo, en la elaboración de las disposiciones penales, de términos o expresiones demasiado generales, extensivas. Esto causa incertidumbre en cuanto al fin perseguido o al campo de aplicación de la norma⁶⁷. En doctrina, se conoce esta clase de normas con el nombre de cláusulas generales (*Generalklauseln*)⁶⁸. Sin embargo, hay que recordar que su uso es casi inevitable, por lo que el riesgo no reside en el simple hecho de utilizarlas, sino más bien en la manera como son empleadas.
- 426 Puede citarse a título de ejemplo la forma como el legislador ha descrito el delito de traición a la patria. Lo comete, según el art. 325, “el que practica un acto dirigido a someter a la República, en todo o en parte, a la dominación extranjera o a hacer independiente una parte de la misma”. Mediante la expresión “un acto dirigido a...” no se individualizan suficientemente las acciones que pueden ser consideradas como constitutivas de este delito.
- 427 Los juristas y la jurisprudencia suizos afirman con relación al art. 265 de su Código Penal, cuyos antecedentes son la fuente inmediata de nuestra disposición, que la expresión “*acte tendant à*” (acto dirigido a) es tan amplia que comprende aún los actos preparatorios⁶⁹. Si se tiene en cuenta, la pena

⁶⁷ WAIBLINGER, 1955, p. 261. ENGISCH, 1954, p. 143, señala con justeza que muchos elementos descriptivos son igualmente indeterminados.

⁶⁸ NAUCKE, 1973, p. 3.

⁶⁹ SCHWANDER, 1966, N° 720.

prevista por el legislador peruano (pena privativa de libertad no menor de quince años), se entiende con más facilidad la insuficiencia con que ha sido descrito dicho delito.

La situación evolucionó con claridad en detrimento del principio de legalidad cuando la denominación de traición a la patria fue utilizada para designar otras conductas, en particular las relacionadas con el terrorismo; baste con indicar que, aun cuando se da la impresión de describir en detalle un determinado comportamiento, se continúa descuidando la exigencia establecida por éste. Esto se debe, en especial, a que se utilizan expresiones vagas; por ejemplo, cuando para describir una forma de terrorismo se hacía referencia a realizar “actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos” (art. 4 del DL N° 25475). Vaguedad que no es suprimida, sino más bien acentuada por la enumeración que se hace, en esa misma disposición, de los actos de colaboración. 428

Es también vaga la descripción del comportamiento incriminado en el art. 389 de la Ley N° 26859, del 1 de octubre de 1997 (Ley Orgánica de Elecciones). Según esta disposición, se reprime con pena privativa de libertad no menor de dos años a “aquel que haga propaganda electoral, cualquiera que sea el medio empleado, en las horas en que está suspendida; o aquel que atenta contra la ley, las buenas costumbres o agravia en su honor a un candidato o a un partido”. Es evidente que en este caso, por ejemplo, no se establece ninguna referencia clara para individualizar el acto que debe ser ejecutado cuando se mencionan los atentados contra la ley o las buenas costumbres (formula suprimida en el Código). 429

El caso es más complejo cuando se da la impresión de describir en detalle un determinado comportamiento, para lo cual se utilizan una serie de expresiones vagas; por ejemplo; cuando para definir el delito de terrorismo se hace referencia a que se cometa “empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado”. La indeterminación de estas últimas expresiones, hace imprecisa la descripción en sí del acto que se debe ejecutar: provocar, crear o mantener “un estado de zozobra, alarma o temor en la población...” (art. 2, del DL N° 25475, del 6 de junio de 1992). 430

c. Uso de términos vagos

Otro factor que determina una comprensión relativa del principio de legalidad, es el uso frecuente de términos o expresiones que dan al juez, como 431

a todo intérprete, un marco bastante amplio de apreciación. A dichos términos se les denomina, en doctrina, elementos normativos, porque exigen una apreciación especial de valor para determinar sus alcances significativos⁷⁰. A título de ejemplo, basta indicar las siguientes expresiones: “disminuyendo prudencialmente la pena” (art. 16, inc. 2; art. 21), “se esforzará seriamente por impedir” (art. 19), “afecten gravemente su concepto de la realidad” (art. 20, inc. 1); “elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos” (art. 72, inc. 2), “gran crueldad” (art. 107, inc. 3), “conducta de índole obscena” (art. 183, inc. 2), “abusa de la posición monopólica u oligopólica en el mercado” (art. 232), “si es pequeña la cantidad de droga” (art. 298), “droga en dosis personal” (art. 299), “un acto arbitrario cualquiera” (art. 376).

- 432 La absoluta certeza que se proclama como exigencia del principio de legalidad está, por tanto, lejos de constituir una realidad. Por esto no es razonable pretender que las leyes penales se redacten de manera clara y exacta, como si en el acto de describir una acción hubiera un sentido en el cual a todo “inexacto” le corresponde un “exacto”. En realidad, quien crea poder alcanzar esta perfección “persigue un espejismo que [le] elude perpetuamente”⁷¹.
- 433 El lenguaje no es un instrumento tan delicado y preciso que permita describir con exactitud la experiencia. Cada uno de los términos o fórmulas empleados para hacer una descripción da lugar a dudas en cuanto a su significación. Todo intento para precisar sus alcances no puede hacerse sino recurriendo a otros términos y conceptos, los que a su vez deben, nuevamente, ser explicados⁷². Es lo que sucede, por ejemplo, cuando el legislador trató de precisar lo que son “actos de colaboración” reprimidos según el art. 4 de la llamada Ley de terrorismo (DL N° 25475). Así, en el lit. f de esta disposición, se dispone que son actos de colaboración “cualquier forma de acción económica, ayuda o mediación hecha voluntariamente con la finalidad de financiar las actividades de elementos o grupos terroristas”. Esta definición implica, al menos, que se determine lo que se entiende por “cualquier forma de acción económica” y, luego, la explicación que se dé requerirá nuevamente ser precisada y así sucesivamente.

⁷⁰ Cfr. *infra* N° 1113 ss.; PAGLIARO, 2000, p. 51 ss.

⁷¹ WAISMANN, 1970, p. 235.

⁷² NOLL, 1963, p. 299. Sobre la vaguedad de los conceptos ver: NAUCKE, 1973, p. 12; WEX, 1965, p. 48.

En vista de estas circunstancias, el legislador debe tratar más bien de establecer modelos de acción (elaboración del tipo legal) recurriendo a los criterios de generalización y diferenciación, o a instaurar conceptos cuya claridad depende del acuerdo que existe en cuanto a su contenido y límites. Por lo que Noll afirmó, sin mayores pretensiones, que “las labores de precisión le serán facilitadas al legislador cuando pueda disponer de un lenguaje ampliamente unitario en la teoría científica”⁷³. Los juristas tienen, pues, una gran responsabilidad en este ámbito. Un ejemplo de lo que hay que evitar es la substitución del término culpabilidad, comprendido mal que bien en un sentido determinado, por el vocablo responsabilidad que, fuera de ser una innovación teórica poco difundida en nuestro medio, tiene un sentido particular también reconocido tradicionalmente. 434

La imperfección del lenguaje y, por lo tanto, de los textos legales es un factor ineludible que debe ser tenido en cuenta por la técnica legislativa, puesto que da cierta flexibilidad al texto legal, lo que posibilita su adecuación a la realidad cambiante⁷⁴. Como lo hemos señalado, esto hace de la labor de quien interpreta y aplica la ley un proceso creador que, aun cuando ligado al texto legal, implica que se lleve a cabo con cierta libertad⁷⁵. 435

d. Defectos de técnica legislativa

Sin duda alguna que en la medida en que se utilice una técnica legislativa adecuada, la redacción de las disposiciones penales ganará en precisión. Diversas son las técnicas que el legislador emplea en su elaboración. Si nos limitamos a la redacción de los tipos legales, objeto central del principio de legalidad, podemos señalar, por ejemplo, que algunas veces trata de individualizar la acción mediante la enumeración limitada de casos: formulación casuística (delito de uso fraudulento de cheques, art. 215), en otras recurre, a una fórmula general (delito de terrorismo, art. 2 del DL N° 25475) o a ambas, a la vez. En este último caso, la fórmula general es empleada como un correctivo de los inconvenientes propios a la fórmula casuística⁷⁶ o la enumeración de casos es utilizada para delimitar la descripción general del delito. Por ejemplo, en el art. 121, se describe el hecho de causar a “otro daño grave en el cuerpo o en la salud” y, en seguida, se introduce una lista exhaustiva de casos mediante la fórmula “se consideran lesiones graves...”. 436

⁷³ 1963, p. 299.

⁷⁴ HASSEMER, 1990b, § 1 N° 14 ss., especialmente N° 19 ss.

⁷⁵ HASSEMER 1990b, § 1 N° 9.

⁷⁶ NOLL, 1963, p. 300; HAFTER, 1946, p. 5.

- 437 También resulta oportuno señalar que constituye un defecto de técnica legislativa el hecho de incorporar a la ley criterios teóricos de reciente elaboración doctrinaria y que, por tanto, aún no se han consolidado. Lo que comporta el abandono de nociones conocidas y que han superado, mal que bien, la prueba de la regulación en la mayor parte de las legislaciones y de su aplicación en diferentes ordenamientos jurídicos. Esto sucede, como ya lo hemos indicado, cuando el legislador peruano ha substituido, simplemente, el concepto de culpabilidad (categoría dogmática muy estudiada y discutida) por el de responsabilidad (noción de reciente elaboración y ni siquiera regulada legislativamente en Alemania, país de origen). En el Perú, no se ha estudiado esta noción y, por lo tanto, se le ignora en general. Este hecho traerá como consecuencia que el cambio introducido no pase de ser un cambio de terminología, pues, se entenderá, en el mejor de los casos, la responsabilidad en el sentido de culpabilidad. Aún, el mismo legislador no ha dejado de continuar hablando de culpabilidad y esto hasta en el Código, aunque de manera excepcional; por ejemplo, en el art. 353 (“que sean culpables de los delitos previstos en el Título Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional”).
- 438 Además de las deficiencias anotadas, hay que destacar que con frecuencia no se tiene en cuenta que cualquier modificación de uno de los elementos del ordenamiento jurídico, debido justamente al carácter sistemático de éste, produce efectos inesperados en algunos aspectos de su estructura. Olvidar esto, en relación con la determinación de las conductas delictuosas, implica disminuir las posibilidades de lograr la certeza que exige el principio de legalidad. Un caso interesante es el ocasionado por lo dispuesto en el art. 40, pf. 2, respecto a los empleados de las empresas estatales y de economía mixta, con relación a quiénes deben ser considerados servidores y funcionarios públicos (art. 425, inc. 5)⁷⁷ y, por tanto, con los delitos contra la administración pública.

3. Certeza en la determinación de la sanción penal

a. Penas

- 439 No hay sanción sin ley previa significa, por un lado, que la sanción punitiva debe ser prevista de manera suficiente antes de que el delito sea cometido y, por otro, que el juez debe limitarse a imponer la sanción prescrita.

⁷⁷ URQUIZO OLAECHEA, 2002, p. 250 ss.

Si nos remontamos a los orígenes del principio de legalidad, hay que señalar que los esfuerzos para concretar sus exigencias desembocaron en la previsión, en los códigos penales, de penas absolutamente determinadas. Este criterio se reveló injusto e impracticable porque impedía la individualización de la pena, según la gravedad del acto y la personalidad del agente. Para alcanzar este objetivo, se adoptó un sistema flexible. 440

En el CP de 1863, se dividían las penas en grados y términos, dejando al juez un margen de libertad para agravar o atenuar la sanción. En el CP de 1924, se adoptó, siguiendo sobre todo el modelo suizo, un sistema de penas “relativamente indeterminadas”, consistente en fijar para cada caso particular el mínimo y el máximo de éstas, facultando al juez para escoger libremente, al interior de estos márgenes, la pena adecuada al delincuente individual. Más aún, el legislador dejó, en muchos casos, un buen margen de libertad al juez para escoger entre dos penas de naturaleza y/o gravedad distintas. No son diferentes los criterios aplicados en el Código vigente y, en este ámbito, no es un cambio substancial la substitución de las penas de penitenciaría, prisión y arresto por una sola denominada “pena privativa de libertad”. 441

Este aspecto del principio de legalidad debe ser conservado y revalorizado. No porque estimemos que sea posible determinar de manera absoluta la pena; sino porque implica limitar los poderes tanto del legislador como del juzgador. Para proteger efectivamente las libertades de la persona, no basta prever en la parte general las sanciones que puede imponer el juez, sino que también deben establecerse los límites para cada comportamiento delictivo en particular. 442

La idea equivocada de que la severidad extrema de la represión penal es el medio eficaz para hacer frente a ciertas formas de criminalidad, ha conducido a introducir en el Código límites máximos para la pena privativa de libertad, transformándola así, en estos casos, en una pena tasada. Es el caso de la llamada pena de “cadena perpetua”⁷⁸ prevista, por ejemplo, para reprimir la violación sexual de niños menores de 10 años de edad (art. 173 inc. 1), el hecho de obligar a sembrar coca (art. 296-C) o de ser cabecilla de tráfico de drogas (art. 297) y diversos casos de agravación en razón a la producción de la muerte o de lesiones graves en la persona de la víctima (arts. 152, 173-A, 189, 279-B). 443

⁷⁸ STC del 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002.AI/TC, Fs.Js. 184 ss.

- 444 La pena absoluta y tasada en extremo es la pena de muerte. Se ha tratado de reestablecerla, mediante el art. 140 Const., para los delitos de traición a la patria en casos de guerra y de terrorismo⁷⁹. A pesar de que en esta disposición, *in fine*, se dice “conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”, esta regla es contraria a la CADH, art. 4, inc. 2. En esta disposición, se prohíbe la ampliación a casos en que pueda aplicarse la pena de muerte a supuestos no contemplados “actualmente”. En la Constitución de 1979, sólo se la preveía para el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior, en su art. 235.
- 445 Para limitar el poder del juez de individualizar la pena, en el Anteproyecto de CP de 2004⁸⁰, se propone introducir el sistema llamado de “cuartos”, por el que se busca precisar las etapas que deben seguirse con dicha finalidad. Así, se estatuye que se fraccione en cuartos el marco establecido por el mínimo y máximo fijado respecto a cada tipo legal. Los mismos que deben ser considerados, en el caso *sub iudice*, en relación con las circunstancias concurrentes. De modo que si no concurren circunstancias ni atenuantes ni agravantes o sólo atenuantes, la pena debe ser fijada dentro de los márgenes del cuarto próximo al mínimo de la pena conminada. En caso de circunstancias agravantes, la individualización se hará al interior de los límites del cuarto próximo al máximo de dicha pena. Si se dan a la vez circunstancias atenuantes y agravantes, la pena será fijada en el ámbito correspondiente a los dos cuartos intermedios. Las ventajas aparentes de esta vuelta al sistema de grados de los viejos códigos son desvirtuadas por la necesidad de enumerar las circunstancias atenuantes y agravantes particulares; enumeración que es completada, para no dejar lagunas, mediante cláusulas generales. Lo que crea ciertos problemas; por ejemplo, el de precisar en qué casos se puede considerar que no se presentan ni circunstancias agravantes ni atenuantes o sólo las primeras. Así mismo, cuando procede descender por debajo del mínimo de la pena prevista.
- 446 En el Anteproyecto de CP de 2009, se sigue el mismo modelo, pero simplificándolo mediante el fraccionamiento en tercios y no en cuartos de la pena prevista para el delito cometido. La pena será fijada entre los márgenes correspondientes al tercio inferior, si no se presentan circunstancias ni atenuantes ni agravantes o sólo existen atenuantes; al interior del tercio intermedio, en caso de concurso de circunstancias agravantes y atenuan-

⁷⁹ AZABACHE, 1994, p. 67, en especial 75 ss.

⁸⁰ Art. 49, p. 39.

tes y dentro del tercio superior, si sólo se dan circunstancias agravantes. Como en el caso del Anteproyecto de CP de 2004, este encasillamiento de la individualización judicial de la pena resulta poco eficaz por la manera tan vaga como son establecidas las circunstancias agravantes y atenuantes. Vaguedad que permite al juez de recurrir a una u otra con gran facilidad y desvirtuar así los límites que se le fijan.

b. Medidas de seguridad

El principio de legalidad, en sus orígenes se refería sólo a la pena, por ser la única sanción prevista entonces. Al incorporarse las medidas de seguridad, bajo la influencia del positivismo criminológico italiano, se negó que estuvieran sometidas a este principio, por estimarse que no eran cualitativamente diferentes de las penas privativas de libertad (sistema dualista rígido de sanciones penales). Dichas medidas, siguiendo el modelo de los Proyectos de CP suizo, fueron introducidas en el nuestro sistema mediante el CP de 1924. 447

Ni en este Código, ni en las Constituciones de 1933 (art. 57) y de 1979 (art. 2, inc. 20, lit. d), se previó que el principio de legalidad comprendía también las medidas de seguridad. Por el contrario, si se prevé en el Código vigente. Sin embargo, este cambio significativo no tuvo eco en la elaboración de la Constitución de 1993, siguiéndose así la orientación de las constituciones anteriores. El criterio del Código vigente ha sido así mismo adoptado en el Código de los niños y adolescentes (Ley N° 27337, del 2 de agosto de 2000); en su art. 189, se dispone que ningún adolescente podrá ser “sancionado con medida socio-educativa que no esté prevista en este Código”. 448

A pesar de la manera defectuosa como ha sido redactado el art. II, no se debe pensar que, a diferencia de lo que se estatuye respecto a la incriminación de la acción, lo decisivo sea que la pena o la medida de seguridad esté sólo prevista en la ley en el momento de ser impuesta. Muy por el contrario, también rige la exigencia de que se trata de la pena o sanción prevista en el momento en que se cometa el delito. Por la manera como ha sido redactado el art. II, no se puede decir que el legislador haya distinguido entre las dos sanciones y que la expresión “se encuentren establecidas en ella [la ley]” sólo concierne a las medidas de seguridad y que, en cuanto a las penas, habría que vincularla a la exigencia de que se trate de lo estatuido en “la ley vigente al momento de su comisión [del acto]”. 449

- 450 Bajo la influencia de las ideas positivistas italianas, se pensó que las medidas de seguridad no tenían carácter punitivo ya que su finalidad era la de hacer desaparecer, mediante el tratamiento adecuado, el factor personal que condicionaba la comisión de delitos. En consecuencia, se consideró que las medidas de seguridad, por ser siempre favorables a la persona concernida, debían ser aplicadas desde que estuvieran establecidas en la ley, aún cuando no hubiesen estado previstas en el momento de la comisión del delito. Sólo según este criterio se justifica que la previsión y la aplicación de las medidas de seguridad no estén sometidas a las garantías brindadas por el principio de legalidad. Sin embargo, la distinción, así practicada, entre penas y medidas de seguridad es sólo una ficción. Las últimas son medidas coercitivas que privan o restringen los derechos de las personas y, por lo tanto, deben estar comprendidas en el citado principio⁸¹.
- 451 El art. II debe ser comprendido en el sentido de que sólo se aplicarán las medidas de seguridad establecidas en la ley. En el art. 71, se prevén dos: la internación y el tratamiento ambulatorio. Así mismo, que sólo el legislador puede estatuir las leyes que dicte y disponer en qué casos serán aplicadas. De modo que también para las medidas de seguridad la ley es la única fuente. Por lo tanto, el derecho consuetudinario y la analogía no pueden servir de base a la restricción de derechos a título de medida de seguridad.
- 452 En la medida en que, en el art. II, se dice que “nadie será sancionado”, hay que comprender que el legislador se refiere también a la imposición de medidas de seguridad (sanciones penales) y que, por tanto, sólo procederá hacerlo cuando alguien ha cometido un acto previsto como infracción por la ley vigente en el momento de su comisión. En el art. 72, inc. 1, se precisa que debe tratarse de “un hecho previsto como delito”; por lo tanto, no basta una falta como podría deducirse del texto del art. II, en el que se alude a “delito o falta”.
- 453 Delito significa un comportamiento típico, conforme al tipo legal. Así, en caso de agentes inimputables, a diferencia del referente a los delincuentes imputables relativos, no es indispensable que hayan actuado culpablemente (infracción completa y que da, normalmente, lugar a la imposición de una pena). De esta manera, se adopta el sistema de medidas de seguridad *post delictum*, lo que brinda mayor garantía para las personas puesto que no podrán ser sometidas a dichas medidas sólo por su personal manera de ser

⁸¹ Cfr. STRATENWERTH, 2005, § 4 N° 8; SCHULTZ 1985b, Anteproyecto art. 2.

(sistema de medidas de seguridad *ante delictum*). Este mismo criterio ha sido admitido respecto a los “infractores adolescentes”, que son definidos como aquellos “cuya responsabilidad ha sido determinada como autor[es] o partícipe[s] de un hecho punible tipificado como delito o falta” (art. 183 de la Ley N° 27337, del 7 de agosto de 2000). No dice cosa diferente el art. 184 de esta misma ley, cuando prevé que “el niño menor de doce años que infrinja la ley penal será pasible de medidas de protección previstas en el presente Código”. Es decir que el menor debe cometer un hecho tipificado en la ley penal.

Así mismo, se fija el fundamento de su imposición en el riesgo de que el agente reitere la comisión de delitos. En este sentido, el inc. 2 del art. 72 estatuye la circunstancia de que “del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos”. En la índole de esta condición radica el problema esencial relativo a la determinación de la aplicación de las medidas de seguridad. A pesar de la exigencia de que hay que tener en cuenta el “hecho y la personalidad del agente”, el pronóstico que debe hacer el juez sobre la probable comisión de nuevos delitos por parte del imputado no deja de ser demasiado aleatorio. Esto se debe, en buena cuenta, al hecho de que no existen criterios científicos o de experiencia para excluir la arbitrariedad en su formulación; por esto, se busca establecer ciertas normas para restringirla. Teniendo en cuenta la gravedad de la medida de “internación” de inimputables, se estatuye que sólo se aplicará cuando “concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves”. Criterio que debe ser, también, aplicado en caso de imposición de la misma medida a delincuentes imputables relativos, a pesar de que no lo prevea el art. 77. 454

Con la misma finalidad, al establecer las condiciones de individualización de las medidas de seguridad (art. 73), se estatuye que la medida que se aplique, en el caso concreto, debe ser proporcional “con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y de los que probablemente cometiera si no fuese tratado”. Esta proporcionalidad se hace depender no sólo del criticable pronóstico de reiteración en el delito, sino así mismo de la gravedad del hecho cometido. De modo que en caso de un delito de poca gravedad, no podrá aplicarse una medida de seguridad basándose en la “peligrosidad” del agente. Sin embargo, aquí pesa también la imprecisión del criterio de la gravedad de los hechos “que probablemente cometiera si no fuese tratado” (art. 73 *in fine*). 455

- 456 Este pronóstico, por el contrario, no es exigido por el Código de los niños y de los adolescentes para la imposición de la internación. En el art. 236, se prevé que esta medida sólo podrá aplicarse cuando se trate de un infractor doloso, que el acto se encuentre tipificado en el Código y que la pena sea mayor de cuatro años; por reiteración en la perpetración de otras infracciones graves; y, finalmente, por incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta. Sin embargo, la amplitud de esta disposición reside en que no son condiciones acumulativas, con lo que se extiende demasiado el dominio de aplicación de una medida de seguridad tan grave.
- 457 Debido a que las medidas de seguridad sólo son reguladas en la parte general, puesto que son impuestas según la personalidad del agente y no de acuerdo con el tipo de delito cometido, era necesario regular las condiciones de manera general. La determinación de la duración de la internación es precisada, en forma relativa, cuando se establece que “no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiere correspondido aplicarse por el delito cometido” (art. 75). Sin embargo, como la base de la individualización de la pena es la culpabilidad con que actuó el delincuente, resulta bastante problemático establecer cuál sería ese límite en caso del incapaz de culpabilidad que debe ser sometido a la medida de seguridad. La fijación de la duración queda así al arbitrio del juez. Esta imprecisión es, en parte, corregida cuando se establece que el internado debe ser sometido, cada seis meses, a una pericia médica para saber si “las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido” y, si este fuera el caso, hacer cesar su ejecución (art. 75, incs. 2 y 3).
- 458 En caso de imputables relativos, alcohólicos o toxicómanos imputables, la duración de la internación no es precisada de manera conveniente. Su limitación en función de la duración de la pena que se les imponga, se establece de modo indirecto cuando, en el art. 77, segunda frase, se dice: “El periodo de la internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio que el Juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento”. Situación que se agrava en la medida en que de esta manera y, además, conforme a lo dispuesto en la primera parte de la norma citada, se admite la posibilidad, aún parcial, de la ejecución de ambas sanciones: primero la medida de seguridad y, luego, la pena.
- 459 Esta deficiencia debió evitarse regulándose cada uno de los casos considerados de manera separada, como se hizo con el relativo a los inimputables.

El art. 77 aparece como introduciendo subrepticamente la imposición de medidas de seguridad, las mismas que no eran previstas en los últimos proyectos de reforma del Código. El criterio que pareció primar entre los autores del Proyecto de 1990 fue sólo el de prever medidas de seguridad para los agentes incapaces de ser sometidos a pena.

VII. El principio de legalidad en la jurisprudencia

En diversas sentencias se invoca, de manera más o menos amplia, la vigencia del principio de legalidad. A pesar de ciertas imprecisiones en la argumentación, los jueces de la Corte Suprema han señalado⁸² que “para determinar el carácter delictivo de una conducta, el análisis de la misma pasa por la constatación que hace el juzgador, de que el presupuesto fáctico del cual parte, encuentra identidad con la hipótesis contenida en la norma penal que sanciona el hecho sometido a estudio; una vez realizada la labor de subsunción y agotado el análisis en las esferas de la antijuricidad y de la culpabilidad, la calificación de la conducta delictiva será de vital importancia para el proceso”. De manera simple, se puede decir que el juez debe comprobar la comisión de un hecho, su adecuación a un tipo legal, la ausencia de causas de justificación y la presencia de las circunstancias de culpabilidad (tipo legal de garantía). Así mismo, cuando sostienen que “es garantía de la función jurisdiccional que el juzgador precise la norma penal específica a la que se adecua la conducta ilícita que ha sido materia de juzgamiento, no sólo para determinar el *quantum* de la pena, sino también para los fines penitenciarios a que quedará sujeto el condenado, para los efectos de prevención especial que corresponde”⁸³. Esto constituye la confirmación de la obligación de señalar la base legal de la represión penal.

En este sentido, el caso más claro de no respeto al principio de legalidad es el del fiscal que acusa o del juez que condena por un comportamiento que no está previsto en una ley penal o que ya no lo es más por derogación de la ley que lo penaba. Por ejemplo, reprimir por delito de fraude procesal (art. 197, inc. 1) a quien cometió el comportamiento incriminado mientras estaba vigente el CP de 1924, en el que no se preveía dicha infracción⁸⁴. Así mismo, aplicar la figura agravada de receptación, prevista en el art. 195, a

⁸² ES del 4 de noviembre de 1999, Exp. N° 2924-99, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 44.

⁸³ ES del 11 de noviembre de 1999, Exp. N° 821-99 La Libertad, en RPJ, 2000, p. 337.

⁸⁴ ES del 20 de mayo de 1998, Exp. N° 386-98 Lima, en ROJAS, 1999, p. 131.

pesar de que ha sido derogada, mediante el art. 2 del DL N° 25428, del 11 de abril de 1992⁸⁵. Por último, imponer la pena de multa a pesar de no estar prevista para el delito cometido⁸⁶.

- 462 Un criterio restrictivo respecto al principio de legalidad es el consistente en centrar sus alcances con arreglo al carácter del comportamiento ejecutado. Como lo hemos señalado, se trata del tipo legal de garantía y no del tipo sistemático, el mismo que se deduce, bien es cierto, del principio de legalidad. De modo que sólo de manera indirecta se trata de legalidad cuando se afirma que la tipicidad supone tanto el aspecto objetivo como el subjetivo⁸⁷ o que la tipicidad se da tanto de modo directo (conformidad al precepto de la disposición penal) o indirecto (casos de tentativa o participación).
- 463 Por el interés que representan y por constituir todavía delitos los comportamientos juzgados, resulta oportuno citar dos casos referentes a la aplicación del CP de 1924. Tanto conforme al art. 237 de este Código como al art. 185, el hurto supone que el objeto del delito sea “un bien mueble, total o parcialmente ajeno”. Por esto es correcta la decisión de la Corte Suprema, de no sancionar al acusado que sustrajo bienes muebles de la casa de su conviviente, por haber demostrado mediante documentos su calidad de propietario. Esta solución es ajustada al principio de legalidad, pues, como afirmó el fiscal en su dictamen, “si bien no puede dejarse de destacar que el comportamiento del acusado es injustificable moralmente; desde el punto de vista legal, no puede estimarse como la comisión del delito que se le incrimina...”⁸⁸. Es decir, el juez no puede sancionar una acción por más inmoral o antisocial que sea, si es que antes no se adecua a uno de los “moldes” contenidos en la ley.
- 464 Constituye, por lo tanto, una violación del principio de legalidad si se hace lo contrario. Es el caso de la ES del 6 de abril de 1964, en que se sanciona por delito de violación al acusado mayor de edad que sin violencia hizo sufrir el acto sexual a su hermana de 17 años⁸⁹. Uno de los fundamentos

⁸⁵ ES del 10 de julio de 1998, Exp. N° 4210-97 Puno, en PRADO, 1999, p. 52.

⁸⁶ Sentencia de la Sala Penal de apelaciones para procesos sumarios con reos libres del 25 de noviembre de 1998, Exp. N° 3336-98, en PRADO, 1999, p. 55. Cfr. ES del 16 de marzo de 1998, Exp. N° 144-97 Cuzco, en ROJAS, 1999, p. 551.

⁸⁷ Sentencia de la Sala Penal de apelaciones para procesos sumarios con reos libres del 28 de abril de 1997, Exp. N° 8554-94, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 44.

⁸⁸ ES del 2 de mayo de 1969, en AJ 1967-1968-1969, p. 293.

⁸⁹ El texto original del art. 199 exigía que la víctima sea menor de 16 años para que se castigue

de la resolución es que “el hecho cometido [...], no sólo es contrario a la moral, sino que es un acto manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales de nuestra Sociedad”. Es evidente que se castigó por la comisión de un comportamiento no previsto como delito en la ley penal.

Ha de considerarse, igualmente, como un atentado contra el principio de legalidad, el hecho de que el juzgador agregue al “modelo” legal un elemento. De esta manera procedieron los jueces de la Corte Suprema cuando declararon impunes a los acusados que habían tenido relaciones sexuales con una menor prostituida de menos de 16 años de edad. Consideró el máximo tribunal que “el delito contra el honor sexual (violación de menores, art. 199 del Código derogado) sólo es justiciable con todo el rigor de la ley, cuando se practica en agravio de un menor de 16 años, cuya edad no ofrece ninguna duda y que ha observado antes una conducta moral...”. Sin embargo, según el art. 199 del Código derogado basta que el agente “hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de 16 años”⁹⁰ (en el art. 173 del Código vigente, tampoco se requiere violencia o amenaza, ni buena moral de parte de la víctima). 465

De manera más detallada y fundamentada, el Tribunal Constitucional⁹¹ ha precisado, en diversas sentencias, los alcances del principio de legalidad. Así, por ejemplo, ha sostenido que este principio, por un lado, “exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley” y, por otro, “garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de las cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*)”⁹². Sin necesariamente aprobar las afirmaciones que ha desarrollado, en sendas resoluciones⁹³, estas afirmaciones (en particular) la última, hay que afirmar que este tribunal ha establecido pautas importantes sobre la legalidad en materia penal. 466

el delito de violación de menores y el art. 196 la violencia para que se dé el delito de violación.

⁹⁰ Este texto ha sido modificado, en cuanto a la edad, por el DL N°18140, del 10 de febrero de 1970.

⁹¹ RUBIO CORREA/EGUIGUREN PRAELI/BERNALES BALLESTEROS, 2010, p. 685 ss. Respecto a España, cfr. BACIGALUPO, Arts. 1-4, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 24 ss.

⁹² STC del 17 de enero de 2006, Exp. 8780-2005-PHC/TC.

⁹³ Por ejemplo, la STC del 3 de enero de 2003, Exp. N° 0010-2002-AI-TC; STC del 15 de noviembre de 2001, Exp. N° 0005-2001-AI/TC; STC del 21 de julio de 2005, Exp. N° 0019-2005-PI/TC.

