



ALGUNOS ALCANCES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

María del Carmen García Cantizano

Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla, España, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Lima y de la Maestría con Mención en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Perú.

Sumario:

I. Introducción. II. El Carácter Constitucional del Principio de Legalidad Penal. III. última reflexión.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los más insignes penalistas de los últimos tiempos, el Profesor Klaus Roxin, escribió: “*Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal*”⁹⁹. A través de esta sencilla pero, sin duda, contundente frase se pone de manifiesto la doble faceta que puede jugar el Derecho Penal en su relación con el individuo. Por un lado, constituir el sector del ordenamiento jurídico al cual le hemos otorgado la función de protección de aquellos bienes jurídicos de mayor relevancia, tanto para el desarrollo de la persona individualmente considerada, como en su interrelación con la colectividad en la que se desenvuelve, lo que da contenido al principio de protección de bienes jurídicos; estando no obstante limitada su intervención respecto de las conductas de mayor gravedad, de ahí que el Derecho Penal se conciba como *ultima ratio*.

Pero, por otro lado, no puede olvidarse que en el ejercicio de este papel protector, el principal instrumento con el que cuenta el Derecho Penal viene constituido por la pena, en tanto que ésta es la consecuencia jurídica natural producto de la realización de un delito, la misma que, con independencia de los fines que la justifiquen, representa con relación al ciudadano la más extrema intervención estatal en el ámbito de sus derechos fundamentales más básicos, como lo es la libertad, e incluso, en los casos más extremos, su propia vida, lo que convierte a este sector del ordenamiento jurídico en un instrumento muy peligroso en manos del Poder estatal; no podemos olvidar a este respecto que la historia de la humanidad nos ha dejado terribles ejemplos de lo que a través de un ejercicio despiadado del *Ius Puniendi* puede llegar a conseguirse.

Sin duda, en los tiempos que corren, encontrar un equilibrio entre ambos aspectos, esto es, el protector y el represor, resulta sumamente difícil, por cuanto en sociedades violentas como la nuestra, el sentimiento de seguridad se ha convertido para el ciudadano en una necesidad cuyo

99 ROXIN, Klaus, Derecho penal. Parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 137.

cumplimiento exige al Estado, quien, en no pocas ocasiones, no duda en recurrir al Derecho Penal en tanto que, haciendo uso y a veces abuso de la función intimidatoria que desempeña la sanción penal, se limita a desarrollar una política criminal sustentada sobre la base de una elevación asistemática y desproporcionada de los rangos penales con los que están previstas las conductas delictivas que de una manera más sensible llegan a afectar a ese frágil sentimiento de seguridad que requiere el ciudadano, determinando de esta manera una ruptura interna del equilibrio que reinaba en el texto original de nuestro Código Penal al momento de su promulgación, el mismo que poco o nada tiene que ver con el texto actual, donde, por ejemplo, un homicidio resulta ser una figura privilegiada si se compara con la del delito de extorsión agravada o de secuestro, e incluso es menos grave, a la luz de la pena que se dispone, si las comparamos con las que se prevén en leyes penales especiales como la que tipifica el delito de lavado de activos.

En este contexto, el principio de legalidad tradicionalmente ha jugado un papel limitador del *Ius Puniendi* ejercido por el Estado, garantizando al ciudadano un uso no arbitrario de ese poder sancionador, incluso frente a los casos en los que se justifica so pretexto de protegerlo. Pero resulta interesante analizar cuál es la verdadera vigencia de este principio a la luz de nuestra legislación penal y, sobre todo, en atención a la práctica jurisprudencial.

II. EL CARÁCTER CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

En tanto límite al poder sancionador del Estado, a través de la vigencia del principio de legalidad, el ciudadano obtiene amparo frente al eventual castigo por la realización de una conducta que al momento de su ejecución no había sido aún declarada punible. Es así que, a través de la fórmula latina de este principio que fuera expuesta en su oportunidad por Feuerbach, "*nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*", se pone de manifiesto cómo la relevancia penal de una conducta ha de ser establecida legalmente *ex ante*, es decir, con anterioridad a su aplicación, así como la pena con la que se prevé su sanción. De ahí que la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal sea una de las directas consecuencias que se derivan del principio de legalidad, la misma que sólo cuenta como única excepción cuando la norma penal posterior resulta ser más favorable para el sujeto.

Por otro lado, la vinculación entre ley y conducta punible obliga a que su aplicación sólo pueda legitimarse en la medida en que hay plena coincidencia entre el supuesto de hecho descrito en la norma y la conducta realizada en la realidad; de tal manera que, la imposibilidad de apreciar esta conexión interna entre ambas no puede superarse mediante una aplicación analógica de la norma, la misma que queda también proscrita de nuestro ordenamiento jurídico.

En el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, la relevancia del principio de legalidad, así como de las consecuencias que directamente se derivan de él se encuentra a nivel constitucional, de tal manera que es en la letra d) del inciso 24 del art. 2° de nuestra Carta Magna¹⁰⁰ donde de manera expresa se reconoce el derecho de todo ciudadano, en primer lugar, a no ser 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; y, en segundo lugar, a no ser sancionado con pena no prevista en la ley.

100 La letra d) del inciso 24 del art. 2° Co. señala: "Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

d. 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."

Desde este punto de vista, el reconocimiento que a nivel constitucional se realiza del principio de legalidad en materia penal, resulta relevante por dos aspectos importantes: en primer lugar, por el rango jerárquico que se le confiere, el mismo que lo ubica a nivel de derecho fundamental de toda persona; y en segundo lugar, porque se vincula directamente su reconocimiento a otras dos facetas esenciales en materia de derechos fundamentales, como son la libertad y la seguridad personales. A este respecto, resulta interesante observar cómo la imposibilidad de poder procesar o condenar a alguien por hechos no previstos legalmente es considerada como una condición indispensable para asegurar a la persona su derecho a la libertad y a la seguridad.

Esta idea merece ser destacada por cuanto guarda conexión directa con la relación existente entre el principio de legalidad y el Estado de Derecho en tanto uno de los principales logros derivados de la Ilustración y de la división de poderes, sustento de todo régimen democrático¹⁰¹. La afectación de la libertad individual indudablemente se ejecuta a través de la imposición de una condena vía judicial, de ahí la necesidad de asegurar el sometimiento de dicha prerrogativa al imperio de la ley, de tal manera que, cuando ello tenga lugar, pueda quedar plenamente justificado porque así lo dispone la norma, que deriva del representante máximo de la voluntad del pueblo, esto es, el Poder Legislativo a través del Congreso. Es así que el Juez pasa a convertirse en un aplicador de la norma, mas no su creador, lo que indudablemente llevaría a que los actos judiciales fueran arbitrarios, por depender directamente de su voluntad, e injustos, en la medida en que no habría un mismo tratamiento para iguales situaciones.

La preeminencia de la norma, en primer lugar, impone al juez criterios objetivos que delimitan su capacidad de decisión, lo que sustentaría la prohibición de la analogía; convierte a la ley en la única fuente de creación del Derecho Penal, quedando relegadas otras fuentes a otros sectores del ordenamiento jurídico; y, por último, sustentaría la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto la norma, una vez dada, vincula a todos los Poderes del Estado de manera abstracta, a partir de su entrada en vigor hacia delante, de otra manera, los niveles de inseguridad jurídica en materia penal serían absolutamente insoportables para el sistema.

El hecho de que el principio de legalidad goce de rango constitucional, como condición para asegurar la libertad y la seguridad de la persona hace que se encuentre al mismo nivel jerárquico que otros derechos fundamentales, entre los que se encuentran, por citar algunos, el derecho a la vida, el derecho a la inviolabilidad del domicilio o a la legítima defensa, entre otros.

Desde este punto de vista, el principio de legalidad en materia penal, en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano, no sólo constituye un mero principio general, como tal previsto también en el Título Preliminar del Código Penal¹⁰², sino que adquiere la naturaleza jurídica de disposición constitucional de carácter fundamental, y como tal vinculante para todos los Poderes del Estado implicados en garantizar su eficacia; especialmente, el Poder Legislativo, en tanto le obliga a dictar normas que satisfagan todas las exigencias que impone una eficaz aplicación del mismo, las mismas que se deducen directamente del tenor con el que nuestro constituyente las describe.

A. Exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad

La fórmula elegida para expresar el contenido del principio de legalidad exige el cumplimiento de una serie de requisitos necesarios para hacer efectiva su realización práctica. Tradicionalmente la doctrina viene definiéndolos como *lex scripta*, *lex stricta* y *lex praevia*.

101 A este respecto, resulta muy interesante la sustentación que del principio de legalidad realiza Roxin directamente sobre la base de la teoría del Estado, en ROXIN, Klaus, Derecho penal. Parte general, op. cit., págs. 144 y ss.

102 En art. II del Título Preliminar, el Código penal dispone: "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella."

A.1. *Lex scripta*

La exigencia de *Lex scripta* guarda conexión directa con la definición de las fuentes de creación del Derecho Penal, el mismo que sólo podrá ser materia de una labor legislativa a cargo del Poder Legislativo. Obviamente, de nuevo ello vuelve a poner de manifiesto, cómo el origen del principio de legalidad se encuentra íntimamente vinculado a los movimientos que impulsaron en la época de la Ilustración la división de poderes, en cuanto una de sus más grandes conquistas, de tal forma que la ley constituye la máxima expresión popular puesta de manifiesto a través del Parlamento; lo que dota de especial legitimidad la decisión del legislativo a la hora de definir los comportamientos particularmente dignos de reproche a través de su sanción penal, en cuanto que a través de ella la soberanía del pueblo manifiesta su voluntad en relación a los bienes que deben ser materia de protección en el ámbito penal así como respecto de qué conductas deben ser protegidas.

No obstante, resulta obvio que ello no debe suponer una carta blanca a los representantes de esa voluntad popular para poder determinar sin mayor criterio ni límites qué deba ser delito y cómo se pena; precisamente, un importante correctivo a esa labor legislativa en el ámbito penal lo constituye el principio de protección de bienes jurídicos, por cuanto obliga a definir conductas en función al grado de afectación que representan para ciertos bienes esenciales, y sólo en tanto implican una lesión de los mismos, o al menos una efectiva puesta en peligro.

Pero, hoy por hoy, en el desempeño de esa labor legislativa, no cabe la menor duda de que nuestro Poder Legislativo ha cometido algunos excesos en un afán criminalizador que, movido por diferentes impulsos, ha dado lugar a la creación de tipos penales o a la modificación de otros donde se pone de manifiesto una marcada ausencia de sometimiento al principio de protección de bienes jurídicos, en cuanto límite, a su vez, del *Ius Puniendi* ejercido a través del imperio de la ley.

Ejemplos son el delito de tráfico de influencia, concebido como un acto preparatorio de un eventual delito de corrupción, que pasa a ser sancionado como una figura autónoma si bien plantea problemas de definición en orden al bien jurídico protegido; en épocas pasadas, el delito de terrorismo agravado, que surgió a modo de figura marcadamente represora bajo la cual quedaban aglutinados diferentes tipos penales, de muy distinta condición y contenido sobre la base exclusiva del empleo de armas de fuego para su ejecución y la participación de varios sujetos, sin que pudiera determinarse cuál era el objeto específicamente materia de protección en este tipo penal, hoy ya derogado.

Por otro lado, si bien es la ley, entendida en sentido estricto, la fuente única de creación del Derecho Penal, no obstante, vale la pena cuestionarse si dicha capacidad de decisión, correspondiente con carácter exclusivo al Poder Legislativo puede ser materia de delegación al Poder Ejecutivo, y si ello no puede configurar una especie de violación indirecta del principio de legalidad, por cuanto el *Ius Puniendi* quedaría en manos del Poder Ejecutivo, esto es, habría una excesiva concentración de poder, que puede determinar situaciones abusivas de cara al ciudadano, ejemplo de ello muy directo lo encontramos en la legislación en materia de seguridad ciudadana, la misma que en gran parte fue declarada inconstitucional, y que fue el fruto de una delegación de facultades legislativas a favor del Poder Ejecutivo.

Específicamente, nuestro texto constitucional no se pronuncia de manera directa con relación a la posibilidad de delegación de facultades en materia penal; sin embargo,

y de conformidad a lo establecido en el art. 104° en concordancia con lo dispuesto en el inciso 4 del art. 101° Co., nada impide que estas facultades puedan ser materia de delegación, a pesar de que el principio de legalidad se considera como condición indispensable para garantizar la eficacia de derechos fundamentales de la persona, tales como su libertad y seguridad, lo que a nivel de derecho comparado ha determinado que la materia penal no pueda ser materia de delegación, e incluso, dada su trascendencia en orden a la afectación de derechos fundamentales del individuo que comporta, sea incluso materia reservada para aquellas leyes de mayor rango legislativo, esto es, las leyes orgánicas, las mismas que en nuestro ordenamiento jurídico sólo están previstas exclusivamente para la regulación de la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado, establecidas en la Constitución, y demás materias que así ésta disponga, donde, curiosamente, no se incluye la materia penal, ni en la definición de conductas delictivas, ni en la definición de penas, ni en su ejecución.

Es por ello que, a pesar de la trascendencia de la materia penal, también los Decretos Legislativos constituyen fuente de creación del Derecho Penal; en idéntico nivel debemos ubicar los Decretos Leyes así como los Decretos de Urgencia en tanto tengan que ver con conductas penales en el ámbito económico financiero.

A.2. *Lex stricta*

La segunda exigencia que permite hacer eficaz el principio de legalidad es la de la *Lex stricta*, de tal forma que sólo cabrá la posibilidad de aplicar la norma penal a los supuestos de la realidad que sean subsumibles bajo la descripción legal contenida en el tipo penal. En este sentido, la máxima expresión del principio de legalidad viene a través del llamado principio de tipicidad, por cuanto sólo aquella conducta que sea típica podrá ser sometida a examen por parte del intérprete del Derecho, esto es, los jueces en cuanto encargados de aplicar la norma.

La exigencia de exactitud normativa, por lo tanto, cuenta con una doble faceta; por un lado, en lo que se refiere a la descripción de la conducta desvalorada normativamente y, por otro, en orden a su aplicación a hechos de la realidad.

En relación a la primera manifestación, tradicionalmente se señala que la norma penal debe ser *Lex certa* en la medida en que, tanto la conducta materia de punibilidad como la pena que a ella deba imponerse, han de estar perfectamente determinadas a través de la norma penal; es así que, por ejemplo, un delito que sancionara el atentar contra el orden social establecido, constituiría una fórmula inaceptable constitucionalmente hablando, en tanto que la conducta descrita sería excesivamente amplia. Nuestro constituyente ha puesto especial énfasis en esta exigencia desde el momento en que obliga a que la calificación legal de la conducta punible tenga lugar de una "*manera expresa e inequívoca*"; ello obliga a que la labor legislativa a la hora de proceder a la descripción de la conducta objeto de desvaloración, proceda a ello de la forma más clara y precisa, impidiendo así que puedan surgir dudas con relación a aquello que quiere criminalizarse y cómo se quiere realizar.

Directamente relacionado con este tema, sin duda, es el problema que se suscita en torno al empleo de nuevas técnicas legislativas que, más allá del empleo de elementos normativos del tipo, a veces absolutamente necesarios, consisten en la criminalización de infracciones administrativas, por cuanto el contenido de la conducta descrita se realiza en función al mero incumplimiento de obligaciones de tal naturaleza. Así, constituyen un ejemplo enigmático de lo aquí señalado algunas modalidades de comisión del

delito contable descrito en el art. 5° de la Ley penal tributaria, donde se sanciona tanto el mero incumplimiento de la obligación tributaria consistente en llevar los libros y registros contables, como el no anotar actos y operaciones que debieran constar en dicha documentación; si tenemos en cuenta que estas mismas conductas están también previstas como infracciones administrativas en el ámbito del Código Tributario, resulta evidente que nos encontramos ante un grave problema de definición de la conducta punitiva, dado que un mismo hecho presenta no sólo una doble desvaloración jurídica, sino, y lo que resulta aún peor, una muy diferente consecuencia en el ámbito de la definición de la responsabilidad en la que incurre el sujeto.

Sin duda, la incertidumbre que provocan esta clase de tipos penales no procede por problemas de falta de definición de la conducta, dado que ésta está claramente establecida, sino porque en realidad se llevan al ámbito penal conductas ya descritas a nivel de otros sectores del ordenamiento, provocándose una criminalización de meras infracciones administrativas, que, como en el caso del delito contable, incluso generan serias dudas con relación a la vigencia del principio del *non bis in idem*.

Una situación similar la encontramos, por ejemplo, en el caso del delito previsto en el art. 306° CP, dentro de los delitos contra el medio ambiente, en el cual se describe como conducta típica el otorgar por parte de un funcionario público "*licencia de funcionamiento para cualquier actividad industrial*" e informar "*a sabiendas ...favorablemente para su otorgamiento sin observar las exigencias de las leyes y reglamentos sobre protección del medio ambiente*"; sobre la base de la construcción de esta clase de tipos penales, elaborados en torno a delitos de peligro abstracto definidos en referencia a otras normas no penales, incluso de rango jerárquico inferior al de la misma ley, se pone aún más claramente de manifiesto cómo tiene lugar una vulneración del principio de legalidad que podríamos calificar casi de "subliminal" en tanto si bien, sólo en apariencia, se da cumplimiento al mandato de certeza que éste impone, no obstante, es evidente que el núcleo definidor de la conducta típica resulta totalmente indefinido, es más, puede hasta estar descrito vía reglamentaria, de manera tal que incluso la reserva legal que de la materia penal impone el mandato de la ley escrita carece de eficacia, y todo ello consecuencia directa del empleo del efecto represivo del que goza el Derecho Penal para así lograr una mayor eficacia en la prevención de meros ilícitos administrativos.

Pero la exigencia derivada del mandato de *Lex certa* no sólo se plantea en referencia a la definición de la conducta típica, sino también en lo que respecta a la determinación de la pena con la que ésta se sanciona; no olvidemos que por imposición constitucional "*nadie podrá ser sancionado con pena no prevista en la ley*". A este respecto, cabe mencionar cómo nuestro Tribunal Constitucional, después de haber declarado inconstitucional el Decreto Legislativo N° 895, en el extremo que determinaba como duración máxima de la pena privativa de libertad los 35 años, generó un incuestionable vacío legal, por cuanto determinó, tal y como también lo ha declarado el mismo Alto Tribunal en su última sentencia de 03 de enero de este año en relación a la legislación antiterrorista¹⁰³, la inconstitucionalidad, no sólo de los preceptos a los que directamente se refería dicha resolución (arts. 2°, 3°, literales b y c, 4° y 5° del Decreto Ley N° 25475), sino la de todos

103 Si bien el Alto Tribunal a este respecto ha podido manifestarse de una manera mucho más precisa a como lo hace, conviene recordar lo que a este respecto señala en los incisos 203, 204 y 205 de su sentencia de 03 de enero del 2004 recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC Lima, Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos:

"203. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la cuestión es: ¿la ausencia de límites máximos es inconstitucional porque afecta el principio de proporcionalidad?"

los que, cómo éstos, establecen un plazo mínimo de pena, mas no fijan una duración máxima de ésta, la misma que resulta indeterminada.

Resulta evidente que la existencia de tipos penales donde el Juez no cuenta con un plazo mínimo y máximo de duración de la pena, esto es, carentes de una marco legal a los efectos de la determinación judicial de la pena, constituye sin duda una infracción al principio constitucional de legalidad, por cuanto si bien la capacidad sancionadora presenta un mínimo, sin embargo, no cuenta con un límite máximo que controle la imposición de una pena más allá de dicho límite, y así impida un uso abusivo de la misma.

Por otro lado, esta situación imprime un cierto hábito de inseguridad jurídica al ciudadano, quien desconoce con carácter previo el nivel de desvaloración de la conducta delictiva, que obviamente se traduce a través de la pena con la que ésta se sanciona, por lo que estas normas, y desde esta perspectiva, no servirían a la garantía de seguridad para que la está encomendado el principio de legalidad de conformidad a su exposición constitucional.

Resulta también muy interesante, no obstante, cómo la perspectiva desde la que el Alto Tribunal llega a concluir en el carácter inconstitucional de estos preceptos parte del principio de proporcionalidad de la pena, según el cual la sanción punitiva debe estar en función al grado de lesividad o puesta en peligro del bien jurídico protegido; de tal manera que una pena indeterminada no podría ofrecer ningún punto de referencia con relación al cual entender el grado de desvaloración de dicha conducta. Por otro lado, y aunque ello no lo diga el Tribunal Constitucional, el principio de culpabilidad, en cuanto baremo indispensable para la decisión de la pena a imponer, quedaría difuminado entre la misma decisión judicial, que al no contar con un marco punitivo legalmente fijado, que le sirva de referencia en cuanto al grado de desvaloración de la conducta, podría actuar en función a criterios y valoraciones personales a la hora de reprimir el delito cometido por el sujeto.

Pero a pesar de la resolución del Tribunal Constitucional, de su recomendación y de todas las muchas críticas que desde diferentes ángulos doctrinales puedan realizarse contra las normas penales carentes de límites máximos de pena establecidos, esta clase de disposiciones no sólo existen en nuestra legislación penal, sino que, cuando el legislador ha podido modificar y adecuar su contenido a esta exigencias, sencillamente, dejó pasar la ocasión. Un claro ejemplo de esto lo constituye el delito de extorsión, en su modalidad agravada, siendo sancionado en el art. 200º CP con una pena no menor de veinte años; lo curioso es que este delito ha sido modificado el 06 de octubre del 2005, esto es, meses después de que se tomara conocimiento de la sentencia del Tribunal

Naturalmente, la absolución de la interrogante en esos términos, parte de un dato previo; esto es, da por supuesto que no existe, como lo alegan los demandantes, un plazo máximo de penas que el Juez debe aplicar.

204. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe advertir que, en efecto, en la actualidad no existe un plazo máximo de determinación de la pena. Pero esta inexistencia es sólo temporal, pues debe computarse a partir del día siguiente que este mismo Tribunal (Exp. N° 005-2001-AI/TC) declaró inconstitucional el Decreto Legislativo N° 895, cuya Quinta Disposición Final modificó el art. 29º del Código penal, que señalaba que tratándose de las penas privativas de libertad temporales, éstas se extendían, con carácter general, entre dos días, como mínimo, a 35 años, como máximo.

Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la inconstitucionalidad de los preceptos enunciados tiene un carácter temporal, esto es, que se originó a partir del día siguiente en que se publicó la sentencia en mención.

205. No obstante lo anterior, la inconstitucionalidad temporal advertida no está referida a lo que dichas disposiciones legales establecen, sino a la parte en que no prevén los plazos máximos de pena. Por ello, considera el Tribunal que, análogamente a lo que ha sostenido en cuanto al tratamiento de la pena de cadena perpetua, debe exhortarse al legislador para que, dentro de un plazo razonable, cumpla con prever plazos máximos de pena en cada una de las figuras reguladas por los artículos 2º, 3º literales "b" y "c", 4º y 5º del Decreto Ley N° 25475".

Constitucional, y no obstante, sigue configurándose como un tipo penal sancionado con una pena no determinada por ley, perdiéndose de esta manera una importante ocasión para adecuarlo a las exigencias que impone el principio de legalidad, las mismas que hasta ahora continúa vulnerando.

Ante el mismo grave problema nos encontramos también en el recientemente modificado delito de tráfico ilícito de drogas agravado, en cuyo nuevo art. 297° CP se prevé una pena privativa de libertad no menor de 25 años sin establecer ningún límite máximo de duración, lo que en términos estrictos implicaría que un juez podría imponer una pena de 40, 50 ó más años, si estimara que con ella refleja el grado de responsabilidad que le asiste al condenado por el delito realizado. No podemos olvidar, por otro lado, que al haber quedado derogado el art. 29° CP en el extremo que dispone como período máximo de duración de la pena privativa de libertad los 35 años -en virtud a su carácter inconstitucional así puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional-, este plazo ya no resulta aplicable; por lo que, hoy por hoy, la pena privativa de libertad llamada temporal no cuenta con plazo límite alguno; es por ello que en delitos como el de tráfico ilícito de drogas agravado el juez penal queda en absoluta libertad para imponer una pena por encima del mínimo establecido, esto es, los 25 años, sin contar con mayor limitación que la de su libre -¿arbitrario?- criterio.

Está claro que, ante esta clase de tipos penales, actualmente vigentes en nuestra legislación, nos encontramos ante normas que chocan de manera frontal con la exigencia de determinación y certeza que impone el principio de legalidad en lo que afecta a la garantía penal, dado que, si bien son tipos penales que, en cuanto a su conducta, están perfectamente definidos, no obstante, se desconoce totalmente el *quantum* de la pena con la que aquélla resulta sancionada, y de ahí, lógicamente, el máximo de sanción que puede serle impuesta al condenado; en definitiva, la ley penal sanciona pero sin señalar hasta dónde puede alcanzar esta sanción.

A lo largo de los últimos tiempos se han ofrecido diversas soluciones para intentar superar lo que, en realidad, no constituye más que un grave vacío legal de consecuencias insostenibles si tenemos en cuenta, tal y como se expresa en el texto constitucional, que la razón de ser del principio de legalidad, y con él la garantía penal que ofrece al ciudadano, está directamente vinculada a la libertad y seguridad de la persona; estos derechos sin duda quedan seriamente comprometidos con normas como las que aquí estamos señalando.

Estimamos, sin embargo, que en tanto y en cuanto este vacío legal no resulta cubierto adecuadamente, la única solución viable es aplicar la única pena establecida con certeza por el tipo penal, el cual pasaría a convertirse de esta manera en una norma sancionadora de un delito a través de una pena tasada, lo cual, obviamente tampoco resulta muy adecuado desde el punto de vista de las exigencias que imponen el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad de las penas, pero sin duda ello es preferible antes que imponer penas, vía interpretación, que no están establecidas por la ley, y que, por lo tanto, no existen, sustituyendo así la voluntad del legislador por una arbitraria decisión judicial.

A.3. *Lex praevia*

Por último, el criterio de *Lex praevia* aparece directamente vinculado a la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto que ello se deduce directamente de la formulación empleada en el inciso d) del art. 2° 24 Co., donde se señala que la aplicación

de la norma penal no podrá realizarse a supuestos que “*al tiempo de cometerse*” no estaban previamente calificados por la ley. Ello resulta absolutamente comprensible por cuanto en realidad la definición de aquello que sea delito sólo puede venir realizada por la norma, a través de la cual se da una formulación precisa de las conductas dignas de dicha desvaloración; permitir una aplicación retroactiva de la norma, supondría incluir un grado de incertidumbre en su conocimiento que afectaría a la finalidad preventivo-general de la que goza la pena, por cuanto de esta forma el ciudadano no podría conocer con carácter previo qué conductas son materia de incriminación por parte del legislador y cuáles no, lo que, por otro lado, también plantea problemas desde la perspectiva de la función motivadora de la norma, que obviamente exige un previo conocimiento de su contenido a fin de que el individuo se sienta motivado a actuar en función a él.

Constitucionalmente no se dice nada más en relación a este aspecto del principio de legalidad, el mismo que sí resulta desarrollado más ampliamente en los arts. 6º, 7º y 8º CP¹⁰⁴, donde, dando acogida expresa a la prohibición de retroactividad de la ley penal, también se disponen algunas excepciones a esta regla general en tanto ello pueda resultar lo más favorable para el sujeto, siempre y cuando no estemos ante normas de carácter temporal, que por su misma excepcionalidad, configuran a su vez una excepción al criterio de la mayor favorabilidad.

Este criterio de lo más favorable para el sujeto no resulta tampoco nuevo en el ámbito penal, si bien en el Código penal aparentemente queda restringido al exclusivo campo de la determinación de la ley penal en caso de conflicto en el tiempo, a nivel constitucional es consagrado como un principio esencial que debe inspirar la interpretación y aplicación de la norma penal en caso de dudas o conflicto de leyes¹⁰⁵, si bien en este caso no hay una limitación expresa de este criterio al ámbito exclusivo de la aplicación temporal de la ley penal, disfrutando, por lo tanto, de un margen más amplio de aplicación.

B. La prohibición de la analogía en el ámbito de la práctica jurisdiccional

Si bien la prohibición de leyes indeterminadas viene a ser una de las principales exigencias que impone el principio de legalidad, como ya se ha puesto de manifiesto, no menos importante resulta ser la exigencia derivada de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, ambas de reconocimiento expreso, no sólo a nivel de la legislación penal, sino también, como sucede con la fórmula general del principio de legalidad -del que derivan-, a nivel constitucional. Pero directamente vinculada a él y a la exigencia de certeza en el contenido de la norma y en la determinación de la pena, está la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal expresamente dispuesta, curiosamente, entre los principios y derechos que atañen al desempeño de la función jurisdiccional¹⁰⁶; lo que pone de manifiesto cómo el principio de legalidad, si bien vincula al Poder Legislativo en lo que se refiere a la determinación certera de los tipos penales y las penas que a ellos les correspondan, sin duda es a través de la función jurisdiccional, en su labor de interpretación y aplicación de

104 A este respecto, véase, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, Aplicación de la ley penal vigente- Retroactividad favorable de la ley penal, en AA.VV, Código penal comentado, Tomo I, *Título Preliminar. Parte general*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, págs. 311 y ss.

105 Es así como en el art. 139º, 11 Co. se dispone que “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.”

106 En el inciso 9 del art. 139º Co. se dice: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.”

las normas, donde verdaderamente goza de vigencia y eficacia plenas en cuanto garantía de control del *Ius Puniendi* del que es titular el Estado y, a este respecto, el Poder Judicial es, sin duda, el brazo ejecutor de esa potestad sancionadora.

Atrás quedaron aquellas clásicas posiciones que discutían en torno al papel que le correspondía jugar al Juez a fin de respetar las exigencias del principio de legalidad¹⁰⁷, por cuanto hoy en día resulta incuestionable que éste no es un mero aplicador matemático de la norma, sino que, por el contrario, realiza una labor de interpretación de ésta absolutamente necesaria por cuanto aún el lenguaje más claro y sencillo que pueda emplearse en la descripción de una conducta no puede ser sometido a un único entendimiento; de ahí que se ha afirmado que en la labor de aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales, la interpretación de la norma se convierte en un proceso donde se requiere combinar el conocimiento del derecho aplicable con un acto de voluntad donde el Juez deba elegir entre las distintas posibilidades que le ofrecen los diferentes métodos interpretativos¹⁰⁸.

Sin duda, es ésta una labor difícil y complicada, más aún porque no está exenta de límites. Precisamente, el primer límite a esa labor se encuentra en la misma formulación diseñada por nuestro constituyente a la hora de consagrar el principio de legalidad, en tanto dispone que nadie podrá ser condenado ni procesado por actos que al momento de su comisión no estén previamente calificados en la ley "*de manera expresa e inequívoca*". Con ello se pone de manifiesto que precisamente el primer criterio interpretativo al que debe acudir el Juez parte obligatoriamente del texto legal, siendo éste el marco infranqueable, fuera del cual, toda interpretación carecería de legitimidad, por cuanto implicaría la aplicación de la norma penal a hechos que no son subsumibles bajo el tipo penal definido, esto es, habría una aplicación analógica de la ley penal, proscrita tanto a nivel constitucional como a nivel de legislación penal ordinaria en el art. III del Título Preliminar del Código penal.

Sin embargo, a veces la labor de interpretación que le corresponde al Juez se enfrenta ante ciertos tipos penales, donde se describen conductas que si bien no pueden ser calificadas como indefinidas, no obstante, su descripción se realiza en base al uso de ciertos elementos que requieren de una interpretación que bien podríamos denominar como "integradora", la misma que ha servido para delimitar el marco de aplicación de estos tipos penales.

Un buen ejemplo de ello podría ser el delito de violación previsto en el art. 170° CP antes de que fuera modificado en virtud de la Ley N° 28251, de 08 de junio del 2005, caracterizado porque la conducta típica descrita giraba en torno a la práctica del acto sexual "*u otro análogo*", mediante el empleo de violencia o amenaza, expresión que unánimemente siempre ha sido interpretada por nuestra jurisprudencia como acto sexual *contra natura*, es decir, introducción del órgano sexual masculino vía anal¹⁰⁹, impidiendo con ello la aplicación no sólo de este tipo penal, sino también de todos aquellos que, como él, llevaban incluida esta conducta en su modalidad típica, a los casos en que, vía anal, había una penetración de objetos diferentes al miembro viril, los cuales, y como consecuencia de esta interpretación jurisprudencial, venían siendo calificados como actos contrarios al pudor, previstos y sancionados en el art. 176° CP.

107 A este respecto véase BACIGALUPO, Enrique, La "rigurosa aplicación de la ley", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVIII, Fascículo III, Septiembre-Diciembre, 1995, págs. 850 a 853.

108 BACIGALUPO, Enrique, La "rigurosa aplicación de la ley", o.u.c., pág. 857.

109 Resumen esta jurisprudencia Ejecutoria Suprema Exp. N° 159-97, 1ª Sala Penal Transitoria, de 06 de marzo de 1998, en Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia N° 1, Lima, 1999, págs. 508 a 513; Ejecutoria Suprema Exp. N° 1144-91, de 26 de noviembre de 1991, en Sistema Peruano de Información Jurídica, Jurisprudencia, Judicial, Procesal Penal, año 1991.

El único camino para superar esta interpretación y extender el ámbito de aplicación legal de este tipo penal tuvo que venir por la modificación de la norma, para que de una manera expresa no diera lugar a dudas en cuanto a su ámbito de aplicación, incluir como formas típicas de ejecución del delito de violación, en sus diferentes variantes, la introducción de objetos, vía vaginal o anal, de tal manera que la conducta en la actualidad gira en torno al acceso carnal¹¹⁰ por vía vaginal, anal o bucal, en una primera instancia, así como la realización de “*otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías*”. Es así como, si bien, el legislador sigue empleando la expresión de “*actos análogos*”, sin duda la interpretación analógica a la que puede acudir el Juez en el análisis de esta conducta no tiene la misma relevancia que con la anterior legislación, por cuanto antes, el concepto de acto contra natura quedaba circunscrito al coito anal, sin que la jurisprudencia admitiera otra clase de actos bajo dicha denominación; pero dada la actual definición de la conducta, es el mismo legislador quien ya define como análogos los actos de introducción de objetos vía anal o vaginal, por lo que el margen de interpretación jurisprudencial queda prácticamente anulado.

Una situación similar tiene lugar tradicionalmente también con el tratamiento jurisprudencial dado al delito de usurpación previsto en el art. 202° CP en su modalidad de usurpación violenta, esto es, la definida en el inciso 3 del referido precepto.

En este caso, la conducta expresamente descrita consiste en turbar la posesión de un inmueble mediante el empleo de violencia o amenaza. Estos términos de violencia y amenaza -si bien en otras ocasiones se utiliza el de intimidación- gozan ya de un concreto y exacto contenido que tanto la jurisprudencia como doctrina han asumido unánimemente; es así que si la idea de amenaza o intimidación se identifica a la llamada *vis compulsiva*, en tanto anuncio de un mal a otro, el de violencia o *vis absoluta* se equipara al empleo de la fuerza física o acto de acometimiento contra una persona. Ambos términos son comúnmente empleados por nuestro legislador a la hora de calificar modalidades delictivas o bien agravar la responsabilidad en otros casos, más siempre persistiendo en este contenido; así es interpretado, por ejemplo, en los delitos de robo o extorsión.

Sin embargo, lo que viene a ser ya un criterio estándar en la comprensión jurisprudencial de estos términos, cambia radicalmente en el caso particular del delito de usurpación violenta, donde, vía interpretación jurisprudencial, se llega a afirmar que el concepto de violencia viene a incluir no sólo el acto de acometimiento o fuerza física, sino también lo que se ha dado en llamar la fuerza sobre las cosas¹¹¹, de tal forma que la ocupación de un terreno mediante la rotura de las chapas con las que cuenta la reja que lo delimita viene a ser calificada como un delito de usurpación, lo que sin duda implica, por un lado, una falta de congruencia en la línea jurisprudencial que tradicionalmente se mantiene respecto a un término, como es el de violencia, empleado en multitud de tipos penales por nuestro legislador, y por otro, determina una aplicación del tipo penal de usurpación a conductas que, sin esta interpretación de

110 Esta expresión ha sido prácticamente importada del ámbito de la legislación española, lo que implica que además de la mera adopción de esta terminología sin tradición alguna en nuestra legislación, también se hayan importado los problemas de interpretación que genera, siendo en este tema donde a partir de ahora la labor de interpretación jurisprudencial jugará un papel esencial, sobre todo por cuanto se discute si dicho término exige o no la penetración de órgano sexual, circunstancia que sin duda goza de relevancia no sólo para la misma definición de esta modalidad delictiva, sino de cara a la determinación del sujeto activo del delito, especialmente en el caso de relaciones sexuales de contenido lésbico, donde por definición no existe penetración de órganos sexuales. A este respecto, véase en el ámbito de la literatura española, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 14ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, págs. 210 a 212; ORTS BERENGUER, Enrique, en VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATERU, GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, págs. 219 a 220.

111 Véase a este respecto a modo de ejemplo de esta jurisprudencia Ejecutoria Suprema Exp. N° 1026-02, de 03 de marzo del 2003, en Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Año 10, N° 70, Julio 2004, pág. 303; Sentencia Exp. N° 232-96, de 15 de octubre de 1997, en Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia, N° 1, marzo 1999, págs. 534 a 536.

carácter extensivo, no dejarían de ser meros actos civiles, o en todo caso subsumibles bajo la calificación de delitos de daños, más nunca actos de usurpación.

Pero, lo expuesto hasta el momento representa un posicionamiento ya clásico en la actuación de nuestros Tribunales, que se ha venido manteniendo a lo largo de una muy intensa labor jurisprudencial en torno a estos tipos penales. Más discutible y, por lo tanto, menos pacífica viene siendo la labor interpretativa que se viene sosteniendo en relación a otras figuras delictivas, donde bien podría afirmarse que la interpretación cede su paso a auténticas aplicaciones analógicas de la ley penal, so pretexto de evitar la impunidad de conductas que debieran merecer una más drástica sanción penal.

Hacemos referencia muy particularmente a cómo se viene interpretando, por ejemplo, el concepto de sujeto activo en los delitos de peculado o cohecho pasivo¹¹², donde una interpretación de conformidad al texto expreso e inequívoco de la ley, impide poder aplicar estos tipos penales a funcionarios públicos que actúan fuera de lo que constituye su cargo, en tanto que precisamente el objeto de protección en tales tipos penales guarda relación directa con el deber de cumplimiento eficaz e imparcial en el desempeño de su función. No obstante, se ha venido observando cómo la jurisprudencia ha recurrido a conceptos tales como los del “administrador de hecho” o “funcionario público de facto” a fin de poder sancionar a través de estos tipos penales conductas que por razón de las condiciones particulares exigidas para su autor no podían ser materia de aplicación.

Es así que en estos casos, la labor jurisdiccional consistente en la interpretación del texto legal, ha servido de excusa para dar pie a una auténtica aplicación analógica de la norma penal, en tanto que mediante la creación de conceptos similares o “análogos” se pretende superar lo que se entiende como un vacío legal, a fin de sancionar más gravemente conductas que de otra manera habrían sido materia de una represión de menor intensidad o, simplemente, habrían quedado impunes por atípicas, dada la imposibilidad de ser subsumidas bajo otra calificación jurídica ya preexistente.

De igual manera, y bajo una excusa similar, sustentada sobre la base de la necesidad de pena, se están realizando interpretaciones de conceptos esenciales de la parte general relacionados con las formas que presenta la participación delictiva; curioso a este respecto es lo que sucede con la aplicación de la complicidad¹¹³ que en cuanto forma de participación delictiva viene definida por la realización de actos que permiten la realización del hecho delictivo por parte de su autor, quien es el que goza del dominio de hecho, pudiendo tener lugar tanto mediante actos anteriores a su ejecución, como por ejemplo quien da la pistola al homicida para que mate a otro, o a través de actos que son coetáneos a su ejecución, tal y como es el caso del clásico “campana”. Pero, es así que se están dando interpretaciones judiciales de la complicidad que incluso llegan a contradecir el mismo tenor legal con el que la norma la define en el art. 25° CP, admitiendo esta forma de participación incluso con relación a actos delictivos ya consumados, como sucede con quien recibe dinero del funcionario público que lo obtiene gracias a la previa comisión de un delito de peculado, que harían técnicamente imposible su aplicación, a pesar de que esta misma conducta pudiera ser calificada bien como acto de receptación, en caso, obviamente concurrieran todos sus requisitos.

112 A este respecto, GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, Algunas consideraciones en torno a los delitos de corrupción de funcionarios, en Actualidad Jurídica, Suplemento de Gaceta Jurídica, 2002, Tomo 101, abril, págs. 37 y ss. Véase también, ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra la Administración Pública, 2ª ed., Ed. Grijley, Lima, págs. 379 y ss.

113 Véase a este respecto, MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general, 6ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2002, págs. 400 y ss.

III. ÚLTIMA REFLEXIÓN

No cabe la menor duda de que el principio de legalidad constituye uno de los mayores logros obtenidos por el ciudadano a partir de la Ilustración, por cuanto representa su salvaguarda frente al uso y abuso del Poder del Estado.

Pero, tampoco podemos olvidar que es al momento de ser sentenciado cuando realmente se pone de manifiesto dicha salvaguarda, en tanto que impone una serie de obligaciones al juez que le impiden poder realizar interpretaciones antojadizas de la norma penal, así como le impiden poder sancionar de manera arbitraria. Para ello están las exigencias que derivan de los presupuestos de *Lex scripta*, *Lex stricta* y *Lex praevia*.

Es esta labor de interpretación de nuestros tribunales la que sirve de termómetro, medidor del nivel de respeto del principio de legalidad en el ámbito de nuestro sistema jurídico; y ésta ha servido para hacer efectivo el principio de legalidad en la medida que ha servido para clarificar los términos relativamente ambiguos que definían la conducta en algunos tipos penales. Sin embargo, estas nuevas tendencias, a las que hemos hecho referencia, sin duda, suponen una práctica altamente peligrosa en el marco de un Estado necesitado del imperio de la ley, por cuanto ello representa la más soberana garantía de igualdad y seguridad para el ciudadano, ante situaciones que, bajo pretextos netamente coyunturales, pretenden utilizar el poder sancionador del Estado como instrumento de revancha, retroceso que, hoy por hoy, resulta inaceptable a la luz de los principios fundamentales que vinculan a todos los poderes de un Estado que se proclama democrático y de Derecho.