



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Manual Auto Instructivo

**CURSO “PROBLEMAS DE LEGITIMACION DEL DERECHO PENAL
Y ESTADO DE LA CUESTION EN LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE SUPREMA”**

Elaborado por

Dr. Daniel O. Huamán Castellares

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josué Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos
Vice- Presidente del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela – Consejero

Dr. Ramiro Eduardo de Valdivia Cano – Consejero

Dr. Tomás Aladino Gálvez Villegas – Consejero

Dr. Pedro Gonzalo Chavarry Vallejos – Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña - Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

El presente material del Curso “PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL Y ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE SUPREMA”, ha sido elaborado por el Dr. Daniel O. Huamán Castellares, para la Academia de la Magistratura, en setiembre de 2016.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

SILABO

NOMBRE DEL CURSO: “PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL Y ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE SUPREMA”

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Actualización	y
		Perfeccionamiento.	
Horas Lectivas	:	74	
Número de Créditos Académicos	:	03	
Especialista que elaboró el material	:	Dr. Daniel O. Huamán Castellares	

II. PRESENTACIÓN

Atrás quedó ya el tiempo en el cual una Ley tenía justificación en si misma y no dependía de nada más. En los tiempos modernos es la Constitución, y normas que integran el denominado bloque de constitucionalidad (Convenios internacionales sobre derechos fundamentales), la que determina la validez de la intervención del Derecho penal. La razón de dicha variación en el paradigma tradicional se halla en la naturaleza de las normas penales: ellas afectan -de forma intensa- derechos fundamentales. Por ello, para que dicha afectación pueda gozar de legitimidad tiene que pasar por el tamiz de los principios constitucionales que, luego de un riguroso análisis, puede validar la afectación a un derecho fundamental.

Gráficamente, el derogado delito de violación sexual contra menor entre 14 y 18 años (art. 173.3 del Código penal -ya derogado-), aspiraba a tener una existencia dentro de nuestro sistema jurídico penal; sin embargo, ello no se dio pues la criminalización del mencionado delito suponía una afectación intensa en el libre desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual. La aplicación de la norma era legal, en tanto existía como parte del Código penal; sin embargo, la misma era inconstitucional, porque no superaba - como lo afirmaron tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema- el test de proporcionalidad.

Casos, como el antes mencionado, huelgan en la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, pues -cada vez con mayor claridad- se vuelve una tendencia en los operadores jurídicos el analizar no sólo la norma penal en su validez legal, sino en su validez constitucional. Ello, claramente, exige una preparación distinta a la que tradicionalmente es realizada, cuyo énfasis no sea el uso de los métodos tradicionales de interpretación de la norma penal, sino métodos extrapolados de otros sistemas jurídicos como el

constitucional. Dicha labor, especialmente el conocer la interpretación constitucional de la norma penal, es el objeto del presente curso. Para ello, nos basaremos en los cuatro grandes principios del Derecho penal.

En primer lugar, de cara a la búsqueda de la legitimación externa de la norma penal, el primer capítulo abordará al principio de proporcionalidad, el cual se constituye como la llave que determina si una afectación de derechos fundamentales -incluso en materia penal- es válida y puede ser admitida por el sistema jurídico. Abordaremos como parte de ello una breve revisión de los principales métodos de solución de conflicto de derechos fundamentales, como antesala a describir al que nuestra jurisprudencia se adscribe: el principio de proporcionalidad. Luego realizaremos una breve revisión histórica del principio, para luego centrarnos en el núcleo duro del mismo, que son los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En segundo lugar, en cuanto a la legitimación interna del sistema penal, analizaremos en los siguientes capítulos (segundo, tercero y cuarto legalidad) los principios de: a) legalidad, el cual legitima formalmente la intervención del Derecho penal; b) lesividad, el cual nos ayuda a determinar cuándo una intervención debe o no tener relevancia penal, por lo que se constituye como la legitimación sustantiva de la norma penal; y c) culpabilidad, el cual legitima la intervención en la persona concreta sobre la cual recaerán los efectos de la norma penal.

La metodología de trabajo del curso es sumamente interactiva. El eje sobre la base del cual gira el presente curso no es el conocimiento teórico del material de apoyo, o del Manual Autoinstructivo, sino la resolución de casos teóricos y reales que serán aportados en este material. Por ello, es necesaria una lectura pormenorizada del material de casos y una participación muy activa en las sesiones presenciales del curso.

III. OBJETIVOS

Objetivo general:

Luego del curso, el discente tendrá el conocimiento de los principios constitucionales que legitiman la actuación del Derecho penal peruano. Asimismo, luego del análisis de los criterios esbozados en la jurisprudencia seleccionada y de los casos creados, podrá resolver los problemas jurídico penales que se le presenten, partiendo de una interpretación constitucional de la norma penal que se dirige a la resolución de los denominados “casos difíciles”.

Objetivos particulares:

- **Primera unidad: El principio de proporcionalidad**
 1. Conocer la diferencia entre reglas y principios.
 2. Analizar los principales métodos para resolver un conflicto de principios.
 3. Conocer brevemente los antecedentes del principio de proporcionalidad.
 4. Aplicar los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.
 5. Diferenciar los tipos de proporcionalidad.
- **Segunda unidad: El principio de legalidad**
 1. Identificar el fundamento del principio de legalidad.
 2. Analizar la operatividad de los subprincipios contenidos en el principio de legalidad.
 3. Aplicar las garantías contenidas en el principio de legalidad a casos concretos.
- **Tercera unidad: El principio de lesividad**
 1. Discutir las teorías existentes en la doctrina sobre el objeto de protección del Derecho penal
 2. Diferenciar el ilícito administrativo del ilícito penal
 3. Aplicar el principio a casos concretos.
- **Cuarta unidad: El principio de culpabilidad**
 1. Conocer las garantías derivadas del principio de culpabilidad
 2. Contrastar la teoría con la casuística jurisprudencial en la materia
 3. Adoptar una postura sobre el debate del Derecho penal del enemigo.

IV. ESTRUCTURA DEL CURSO

PRIMERA UNIDAD: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

- I. Preliminares: La legitimación constitucional de la intervención penal
- II. Breve referencia a la teoría de los derechos fundamentales
 - A. El conflicto entre derechos fundamentales
 1. *Las reglas*
 2. *Los principios*
 - B. Los conflictos entre derechos fundamentales y propuestas de solución
 1. *La posición preferente*
 2. *La teoría relativista y la ponderación*
 3. *La teoría del contenido esencial*
 4. *La teoría institucional o no conflictivista*
- III. El principio de proporcionalidad
 - A. Antecedentes
 - B. El principio de idoneidad
 - C. El principio de necesidad
 - D. El principio de proporcionalidad en sentido estricto

SEGUNDA UNIDAD: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

- I. SENTIDO DEL PRINCIPIO
- II. GARANTÍAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
 - A. Ley previa e irretroactividad: *lex praevia*
 1. *La favorabilidad en caso de conflicto de normas en el tiempo*
 2. *El caso de las normas penales nulas*
 - B. La reserva de ley: *lex scripta*
 1. *Función de reserva de la ley*
 2. *Creación de normas penales a través de mecanismos distintos a la ley*
 - a) *La costumbre y su lugar en el Derecho penal*
 - C. El mandato de taxatividad: *lex certa*
 1. *Función del mandato de determinación*
 2. *Las normas penales en blanco*
 3. *Supuestos de indeterminación de la norma penal*
 - D. La prohibición de analogía: *lex stricta*
 1. *El juez y la aplicación del derecho*
 2. *La analogía en el Derecho penal*
 3. *La pena cumplida como causal de extinción de la acción penal*

TERCERA UNIDAD: EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

- I. SENTIDO DEL PRINCIPIO
- II. EL “DERECHO DE LA PERSONA” COMO CONTENIDO DEL OBJETO DE PROTECCIÓN

CUARTA UNIDAD: EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

- I. SENTIDO DEL PRINCIPIO
- II. RESPONSABILIDAD POR EL PROPIO HECHO
- III. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO Y NO POR LA PERSONALIDAD
- IV. RESPONSABILIDAD POR DOLO Y CULPA

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente
- Jurisprudencia seleccionada
- Lecturas recomendadas

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso “Problemas de Legitimación del Derecho Penal y Estado de la Cuestión en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema”, es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los alumnos tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales y lecturas obligatorias.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y foro virtual.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Los principios constitucionales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad de la legislación penal*. En: *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 129 – 140.

El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

CASTILLO CÓRDOVA, LUIS “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”. En: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro y CARBONELL, Miguel (Coords.) *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra, Lima, 2010.

DE VICENTE MARTINEZ, Rosario, *El principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 35-75.

GARCÍA CAVERO, Percy, “Comentario al Art. VIII del Título Preliminar del Código penal peruano”. En: *Código penal comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim, *El sistema jurídico penal. Fundamentos y criterios dogmáticos para una interpretación integrada del Derecho penal y procesal penal*, Editores del Centro, Lima, 2016.

HUERTA TOLCIDO, Susana, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 39, Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 1993.

LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2006

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecuta el Curso “Problemas de Legitimación del Derecho Penal y Estado de la Cuestión en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema”, en el marco de actividades de las Sedes Desconcentradas. Para este fin, se ha previsto la elaboración del presente material, el mismo que ha sido elaborado por un especialista de la materia y sometido a un tratamiento didáctico desde un enfoque andragógico, a fin de facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje del discente de una manera sencilla y práctica.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

Dirección Académica

INTRODUCCIÓN

Atrás quedó ya el tiempo en el cual una Ley tenía justificación en si misma y no dependía de nada más. En los tiempos modernos es la Constitución, y normas que integran el denominado bloque de constitucionalidad (Convenios internacionales sobre derechos fundamentales), la que determina la validez de la intervención del Derecho penal. La razón de dicha variación en el paradigma tradicional se halla en la naturaleza de las normas penales: ellas afectan -de forma intensa- derechos fundamentales. Por ello, para que dicha afectación pueda gozar de legitimidad tiene que pasar por el tamiz de los principios constitucionales que, luego de un riguroso análisis, puede validar la afectación a un derecho fundamental.

Gráficamente, el derogado delito de violación sexual contra menor entre 14 y 18 años (art. 173.3 del Código penal -ya derogado-), aspiraba a tener una existencia dentro de nuestro sistema jurídico penal; sin embargo, ello no se dio pues la criminalización del mencionado delito suponía una afectación intensa en el libro desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual¹. La aplicación de la norma era legal, en tanto existía como parte del Código penal; sin embargo, la misma era inconstitucional, porque no superaba -como lo afirmaron tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema- el test de proporcionalidad.

Casos, como el antes mencionado, huelgan en la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, pues -cada vez con mayor claridad- se vuelve una tendencia en los operadores jurídicos el analizar no sólo la norma penal en su validez legal, sino en su validez constitucional. Ello, claramente, exige una preparación distinta a la que tradicionalmente es realizada, cuyo énfasis no sea el uso de los métodos tradicionales de interpretación de la norma penal, sino métodos extrapolados de otros sistemas jurídicos como el constitucional. Dicha labor, especialmente el conocer la interpretación constitucional de la norma penal, es el objeto del presente curso. Para ello, nos basaremos en los cuatro grandes principios del Derecho penal.

En primer lugar, de cara a la búsqueda de la legitimación externa de la norma penal, el primer capítulo abordará al principio de proporcionalidad, el cual se constituye como la llave que determina si una afectación de derechos fundamentales -incluso en materia penal- es válida y puede ser admitida por el sistema jurídico. Abordaremos como parte de ello una breve revisión de los principales métodos de solución de conflicto de derechos fundamentales, como

¹ *Vid.* S.T.C., Exp. N°008-2012-PI/TC

antesala a describir al que nuestra jurisprudencia se adscribe: el principio de proporcionalidad. Luego realizaremos una breve revisión histórica del principio, para luego centrarnos en el núcleo duro del mismo, que son los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En segundo lugar, en cuanto a la legitimación interna del sistema penal, analizaremos en los siguientes capítulos (segundo, tercero y cuarto legalidad) los principios de: *a) legalidad*, el cual legitima formalmente la intervención del Derecho penal; *b) lesividad*, el cual nos ayuda a determinar cuándo una intervención debe o no tener relevancia penal, por lo que se constituye como la legitimación sustantiva de la norma penal; y *c) culpabilidad*, el cual legitima la intervención en la persona concreta sobre la cual recaerán los efectos de la norma penal.

La metodología de trabajo del curso es sumamente interactiva. El eje sobre la base del cual gira el presente curso no es el conocimiento teórico del material de apoyo, o del Manual Autoinstructivo, sino la resolución de casos teóricos y reales que serán aportados en este material. Por ello, es necesaria una lectura pormenorizada del material de casos y una participación muy activa en las sesiones presenciales del curso.

El autor.

UNIDAD I

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

PRESENTACIÓN

El sistema penal no es un sistema autoreferencial, por el contrario, el mismo tiene sus orígenes en un sistema previo: el sistema constitucional. De ahí que se afirme, en la actualidad, que tanto los contornos -como incluso mucho del contenido del Derecho penal- provienen de mandatos constitucionales.

La jurisprudencia, sobretodo -aunque no exclusivamente- del Tribunal Constitucional, no ha sido indiferente a este fenómeno, y se han emitido una serie de pronunciamientos en los que aborda los principios del Derecho penal. En el tema que nos convoca ahora, el principio de proporcionalidad, se ha convertido en la principal herramienta de la magistratura para determinar si una norma penal, sea en el supuesto de hecho o por la pena, puede afectar un derecho fundamental. Por ello, es necesario conocer el mencionado principio, tanto desde una perspectiva teórica, la cual permita comprender sus cimientos, así como las tendencias de la doctrina comparada; como de una perspectiva práctica que permita conocer su aplicabilidad en la praxis diaria.

Por ello, en la presente unidad desarrollaremos brevemente los principales alcances teóricos y presupuestos del principio de proporcionalidad, para que - posteriormente- podamos analizar la aplicación práctica del mismo.

I. OBJETIVO DE LA UNIDAD:

El objeto de la presente unidad es que el participante conozca los presupuestos teóricos del principio de proporcionalidad, así como la aplicación práctica del mismo.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuál es la diferencia entre reglas y principios?
2. ¿Cómo se resuelven los conflictos de Derechos fundamentales?
3. ¿Qué es el test de proporcionalidad y que instituciones lo componen?

Contenidos²

I. PRELIMINARES: LA LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INTERVENCIÓN PENAL

El Derecho penal no es un sistema jurídico aislado que lleva a cabo su función mirando únicamente al interior de su propia configuración³. Una visión *auto-referencial* del Derecho penal puede resultar hoy en día demasiado estrecha por exponer la intervención penal sobre los derechos de la persona a una mera reducción formal de subsunción típica del hecho, dejando de lado las razones materiales de *legitimación* que siempre deben acompañar a toda respuesta penal frente a los problemas sociales que se le encomienda resolver.

La referencia a una necesidad de legitimación eleva la valoración jurídico-penal a un nivel en el que la delimitación de la relevancia penal de una conducta se conecta estrechamente con la delimitación de las esferas de libertades personales, que no es una operación exclusiva de lo penal, sino, y, ante todo, también de lo constitucional, por tratarse de una intromisión estatal sobre un derecho fundamental⁴, por ejemplo, sobre la libertad del candidato a la imputación penal. La idea subyacente a esta reflexión es que los tipos penales no solamente están configurados por elementos descriptivos y elementos normativos, sino, mejor aún, en los tipos penales cohabitan los derechos fundamentales. Y cuando en el escenario de la determinación de la relevancia penal de la conducta penetra la necesidad de un control de conformidad constitucional de la decisión, la protección del derecho fundamental adopta la forma de un sistema de garantías jurídico-constitucionales que los poderes estatales están obligados a respetar⁵.

² La presente sección se basa en la introducción a la obra *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editores del Centro, Lima, 2014, realizada en coautoría con el Prof. José Antonio CARO JOHN.

³ Fundamental al respecto, JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid 1996, para quien “todas las instituciones dogmáticas dignas de mención en el Derecho penal moderno, desde la imputación objetiva hasta el concepto normativo de culpabilidad, desde la posibilidad de excluir la responsabilidad en caso de desconocimiento de la norma hasta la posibilidad de fundamentar la responsabilidad por injerencia, etc., no podrían haberse desarrollado desde una perspectiva interna al sistema jurídico que no tuviera en cuenta la *función* de la normatividad jurídica” (p. 20). Por lo mismo, “resulta evidente que es necesario adoptar una perspectiva más amplia” (p. 21) (subrayado agregado).

⁴ Cfr. JESTAEDT, Matthias, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen 1999, pp. 88 ss.

⁵ Cfr. NEUMANN, Ulfried, “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena” (trad. de Pablo Sánchez-Ostiz), en VON HIRSCH, Andrew et al. (eds.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona 2012, pp. 202 ss.

La constitucionalización de la intervención penal se produce a través de principios. Con el despliegue de su fuerza comunicativa, los principios cumplen una función legitimadora del ejercicio de la potestad punitiva estatal. Esta legitimación resulta de un proceso comunicativo donde el Derecho penal materializa su programa en la sociedad por medio de una operación controlada constitucionalmente. Los principios constitucionales se erigen en buena cuenta en auténticas garantías para la persona que legitiman no sólo el proceso de creación de la norma penal, sino también el proceso de aplicación de la norma en una decisión judicial⁶.

III. BREVE REFERENCIA A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A. El conflicto entre derechos fundamentales

En materia de derechos fundamentales las normas constitucionales pueden ser clasificadas en reglas y principios⁷.

1. *Las reglas*

Las reglas son normas que tienen dentro de sí un mandato determinado⁸. Esto equivale a señalar que su estructura tiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica cerradas. Ello implica que la aplicación de la norma debe ser de carácter inmediata, de forma tal que una vez constatado el supuesto de hecho debe aplicarse la consecuencia jurídica, siendo la subsunción el criterio que guía al principio de proporcionalidad. Cuando se produce un conflicto entre reglas la forma de resolverlo es a través de los criterios clásicos de resolución de conflictos: la especialidad y la vigencia de la norma. Un claro ejemplo de una norma con estructura de regla es el delito de homicidio (art. 106 CP), cuyo precepto, “el que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años” contiene como supuesto de hecho el “matar a otro”, siendo la consecuencia jurídica la imposición de una pena privativa de libertad de 6 a 20 años. Se puede apreciar que la norma tiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica

⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona 1992, p. 210: “los aspectos garantísticos no sólo deben tenerse en cuenta en el momento de la imposición de una pena concreta, sino que inciden directamente en la justificación del Derecho penal moderno”. Asimismo, HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim, “El principio de proporcionalidad y la legitimación de las instituciones penales”. En: CALCINA, Aldo y CALSÍN, Néstor (coords.), *Derecho penal & Procesal Penal. Delitos de crimen organizado*, Grijley, Lima, 2014, pp. 15 – 32.

⁷ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría sobre los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdéz, Centro de Estudios Políticos constitucionales, Madrid, 1993, *passim*.

⁸ Cfr. ALEXY, *Teoría sobre los derechos fundamentales*, cit., pp. 81 y ss.

cerradas, siendo que las mismas son de aplicación inmediata al constarse la realización del supuesto de hecho en la sociedad.

Las reglas son de aplicación obligatoria, la única forma posible de su no aplicación es cuando otra regla prevé este supuesto. Por ejemplo, volviendo al caso del homicidio, si una persona mata a otra, pero la mata defendiéndose de una agresión iniciada por la persona fallecida, entonces se aplicará una nueva regla —que deroga tácitamente la anterior—, nos referimos a la legítima defensa (art. 20, 3 CP).

2. *Los principios*

Los principios son mandatos de optimización dentro de lo fáctico y jurídicamente realizable⁹. A diferencia de las reglas, los principios no son de cumplimiento directo, sino que su realización se encuentra supeditada a que la consecuencia jurídica pueda ser realizada fáctica y jurídicamente¹⁰. Por ejemplo, si la Constitución estipulase que todo ciudadano tiene derecho a una vivienda, el cumplimiento del creado derecho fundamental a la vivienda no será exigible directamente, porque se encontrará supeditado a que el Estado tenga los recursos (razón fáctica) para poder aplicar la consecuencia de hecho prevista en el derecho (el otorgamiento de la vivienda).

Dada su naturaleza abierta, los principios entran constantemente en colisión entre sí. A diferencia de lo sucedido con las reglas, donde el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica están en una relación cerrada, en el caso de los principios no se puede aplicar los criterios tradicionales para resolver un conflicto entre principios. Por ejemplo, si la policía captura a un integrante de una banda que ha decidido secuestrar a un niño y que ha amenazado con matarlo en una hora, tiene las siguientes opciones: *a)* La opción *-per se prohibida-* de torturar al delincuente para sacarle información sobre el paradero del menor, con lo cual protege el derecho fundamental a la vida del menor; y *b)* la opción de respetar el derecho a la integridad del delincuente, con lo que tácitamente habría aceptado la posibilidad real de que el niño muera a manos de la banda.

Como se ve en el ejemplo, ante un conflicto entre derechos fundamentales —en el caso de integridad física contra el derecho a la vida— no existe una fórmula que *ex ante* haya indicado cómo resolver el conflicto. La solución al conflicto entre estos derechos fundamentales no ha sido única, sino que los diversos sistemas jurídicos han utilizado

⁹ Cfr. ALEXU, *Teoría sobre los derechos fundamentales*, cit., pp. 86 ss. Siguiendo a ALEXU el Tribunal Constitucional considera a los principios como mandatos de optimización dentro de lo fáctico y jurídicamente realizable, como puede verse en la STC. Exp. N° 2192-2004-AA/TC, fundamento jurídico N° 18.

¹⁰ Cfr. ALEXU, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86; BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, p. 96.

criterios distintos para abordar el presente problema, siendo básicamente tres los métodos utilizados en el derecho comparado: *a)* la posición preferente, *b)* la ponderación entre derechos fundamentales, y *c)* la delimitación de los límites y contenidos de los derechos fundamentales. De todos ellos, sólo en los dos primeros es aplicable el principio de proporcionalidad; sin embargo, la diferencia entre ambos criterios radica en el momento de aplicación del mencionado principio. En el primer caso la aplicación será *ex ante*, pues previamente se habrá determinado cuál es la norma fundamental más importante para la sociedad, lo que evidentemente supone un ejercicio de ponderación entre las diferentes normas fundamentales. En el segundo caso, la aplicación es *ex post*, porque será en el caso concreto que finalmente el operador realice el test de proporcionalidad.

B. Los conflictos entre derechos fundamentales y propuestas de solución

1. La posición preferente

El postulado principal de esta teoría es que los derechos fundamentales, por lo general, no se encuentran en conflicto, sino que *ex ante* ya se ha resuelto la colisión entre ellos. Cuando se presente una situación de aparente conflicto entre derechos fundamentales, ha de primar aquel derecho que –ex ante– se ha consagrado con una posición superior en el ordenamiento jurídico. Se trata de un conflicto aparente, pues en realidad no nos encontramos frente a un conflicto, pues ya la solución se encuentra dada. La posición de preferencia de un derecho fundamental sobre todo el conjunto de otros derechos fundamentales haya su razón de ser en su importancia para la sociedad. De ahí que, el legislador en primer lugar o el Juez en segundo lugar, considere que la sociedad a la que pertenece no puede admitir ninguna afectación a este derecho fundamental¹¹.

El uso de la posición preferente para resolver conflictos entre derechos fundamentales no es muy usual, pues no existen fórmulas ni consensos para decidir cuáles son los principios que necesariamente habrían de primar sobre otros, sobretodo en el estado actual en el cual se considera que ya no existen normas absolutas. Al respecto, el establecimiento de posiciones preferentes se hace en dos niveles: uno normativo y uno judicial.

La Constitución prevé dentro de sí normas que creadas para resolver posibles conflictos entre derechos fundamentales, las cuales son –en nuestra Constitución– en casi toda su totalidad normas prohibitivas. Por ejemplo, en el caso de la tortura, existe una obligación que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico de impedir dicha acción, sin importar

¹¹ En este sentido, con la idea de los tres niveles de figuras deónticas: FERRAJOLUI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid 2001, p. 355.

el supuesto por el cual la misma se haya dado¹². Teóricamente la tortura es una de esas normas que se considera absoluta, en la medida que no admite –al menos en apariencia– una excepción para su cumplimiento. La tortura se encuentra normativamente prohibida, por lo cual si se presentase un caso de tortura, el mismo debería decantarse por no admitir justificación alguna, con lo que la tortura debería ser siempre sancionada.

La otra forma de establecer posiciones preferentes se da en el ámbito judicial. La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica es la pionera en esta línea, específicamente en el caso de la supremacía de la libertad de expresión sobre otros derechos fundamentales como el honor o la intimidación. Partiendo de una interpretación de la primera enmienda a su Constitución Política, el Supremo Tribunal norteamericano consideró que la libertad de expresión amparaba la posibilidad de afectar el derecho al honor de personajes públicos, pues de esta manera se fomentaba el debate democrático y las líneas de opinión en su país¹³.

Si bien teóricamente, la posición preferente tiene un problema fundamental, por el cuál es sumamente complicado, cuando no –como consideramos– imposible de aplicar. Somos de la opinión de que ninguna norma es absoluta, sino que por el contrario todas las normas son relativas. La vida es un valor fundamental para la sociedad, sin ella el resto de derechos fundamentales no podrían ser ejercidos. De ahí que su importancia es incuestionable para nuestra sociedad. Sin embargo, siendo tan valiosa la vida, el mandato de respeto a la misma admite excepciones. Las mismas se encuentran legalmente establecidas en casos concretos (Vgr. Aborto terapéutico o en algunos estados la eutanasia), o con reglas abiertas (Vgr. La legítima defensa y el estado de necesidad exculpante).

Un supuesto más polémico, pero por ello más claro, es el caso que anteriormente hemos señalado: la prohibición absoluta de la tortura. Aparentemente dicha prohibición mantiene una vigencia en todo supuesto, conforme es sostenido por un sector de la

¹² La norma se encuentra establecida en el art. 5 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la misma que establece lo siguiente: “No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.” Es de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con el art. 3 de la Constitución Política del Perú, el cual hace que la mencionada norma forme parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

¹³ *Vid.* U.S. Supreme Court, Exp. N° 485 U.S. 46, caso HUSTLER MAGAZINE, INC., ET AL., VS, FALWEL. Básicamente Jerry Fallwell, uno de los mayores predicadores y líderes de la iglesia protestante americana, demandó a Larry Flym, dueño y director de la revista Hustler, porque publicó una entrevista falsa (según lo expresado en la propia revista Hustler) que señalaba que su madre fue la primera persona con quien tuvo una relación sexual, siendo desarrollado el acto en una letrina. La Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica falló, en *certiorari*, a favor de HUSTLER, al considerar que la parodia realizada era un ejercicio de su libertad de expresión, siendo que FALLWELL, en su condición de personaje público, se veía en la obligación de soportar la parodia.

doctrina¹⁴, por lo que no cabría una justificación por realizarla. Sin embargo, ¿Es ello siempre así? Imaginemos el siguiente caso. Un grupo armado radical ha colocado una bomba en una parte de la ciudad, la cual de explotar va a matar a un estimado de 500 persona. La policía captura a uno de los miembros de dicha banda criminal, y este confiesa saber la ubicación de la bomba, pero se niega a señalar donde se encuentra la misma. Tan sólo señala que en media hora explotará. Si usted fuera el jefe de la Policía ¿Qué haría? Si somos estrictos con la prohibición absoluta de la tortura, entonces yo debería hacer mis mejores esfuerzos para encontrar la bomba o evacuar la ciudad, pero ello no me garantiza que aun así evite víctimas fatales cuando la bomba explote. Ante ello, nos preguntamos, ¿El alcance de una prohibición absoluta podría abarcar incluso supuestos donde el desconocimiento de la norma sea beneficioso para un fin superior?

La respuesta puede plantearse en muchos planos, de los cuales dos son los más recurrentes. Uno económico utilitarista, según el cual el mal sufrido por efectos de la tortura se justifica en atención a los beneficios sociales traducidos en las vidas salvadas. Un plano ético que consideraría que el Estado se encuentra vedado de torturar a alguien, por qué al hacerlo estaría actuando de forma irracional con lo que contradeciría su propia formación, y, a su vez, violaría deberes internacionales al flexibilizar la prohibición absoluta de tortura¹⁵. A estas dos propuestas cabría plantear una más, que combina ambas. El delincuente, en tanto forme parte de la sociedad, tiene la garantía de que sus derechos fundamentales, al igual de los de cualquier ciudadano serán respetados. Sin embargo, dicha garantía no es absoluta, pues existen determinados casos en los cuales es posible una afectación más intensa de sus derechos fundamentales. La justificación de la tortura en estos casos se haya en el fin por el cual se da la tortura (la protección del derecho a la vida de los ciudadanos ante afectaciones ilegítimas). Evidentemente, no todo caso de tortura se encontrará justificado, sino tan sólo aquellos en los cuales el valor de la finalidad perseguida sea por lejos superior a los efectos de la acción sobre el delincuente. Asimismo, es necesario recalcar que la tortura no puede ser justificada –a priori- en todo caso, ni puede ser permitida como regla general. Esta sólo debería ser permitida en supuestos excepcionales absolutamente, luego de ponderar los pros y contras de la medida, así como después de haber descartado la existencia de un mecanismo menos lesivo, que pudiera ser igual o más eficiente para alcanzar la finalidad del acto.

¹⁴ Sobre el tema, una exhaustiva tesis doctoral sobre la prohibición absoluta de la tortura, desde sus orígenes históricos hasta su significado jurídico, puede encontrarse en: MÖHLENBECK, Michaela, *Das absolute Folterverbot*, Peterlang, Frankfurt am Main, 2008, pp, 19 y ss,

¹⁵ En ese sentido, proponiendo un modelo que no admita la justificación de la tortura, sino que se decanta por la exculpación del autor de la misma: AMBOS, Kai, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 19 – 66.

En el caso hipotético planteado, el fin es proteger la vida de ciudadanos que morirían en caso de no obtener la información del delincuente sobre la ubicación de la bomba. Ante la posible crítica de la pérdida de la legitimidad del estado, podríamos oponer un argumento de índole estrictamente jurídico: el deber esencial del Estado de garantizar la esfera de libertades de los ciudadanos. El Estado es el garante de todo ciudadano, sea que el mismo haya optado por seguir la Ley o por encontrarse al margen de ella. Dicho deber de garantía se concreta a través de dos tipos de acciones. Las primeras son las acciones negativas (abstenerse de realizar acciones que afecten una esfera organizativa) y las segundas son las acciones positivas (conductas dirigidas a fomentar la protección de un derecho fundamental). Por ello, los ciudadanos esperan que el Estado, ante una disyuntiva entre un deber negativo (evitar la tortura) y un deber positivo (protección de la vida ante afectaciones ilegítimas), actúe privilegiando aquellas situaciones que tengan un mayor valor social que las otras. De ahí que, se espera que el Estado actúe para evitar la muerte de sus ciudadanos, aunque para dicha acción se valga –en algunos supuestos muy reducidos- de la tortura. No actuar y permitir la afectación de una esfera de libertad, también podría traer una consecuencia al Estado.

Quien considere que estos casos no se hayan en la vida real, se encuentra en un grave error. En Alemania hubo un caso que conmocionó a la opinión pública alemana: el caso DASCHNER¹⁶. Un niño, que pertenecía a una familia de banqueros de Frankfurt, fue secuestrado el 27 de septiembre de 2002 por un estudiante de derecho llamado Magnus GÄFGEN. El secuestrador mató al menor, pero ocultó este hecho a la familia, pidiendo un rescate ascendente a un millón de euros, el cual fue pagado por la familia. Dicha suma fue pagada por la familia el día 20 de septiembre. El día 01 de octubre la Policía de Frankfurt detuvo al secuestrador, luego de seguirlo desde el punto de recojo del dinero, a quien conminó a revelar la ubicación del niño. Este no reveló que el niño había muerto, permitiendo que la Policía y la familia creyeran que se encontraba vivo. Por ello, en la firme creencia de que el menor se encontraba vivo, y, para poder rescatarlo con vida, el director adjunto de la Policía de Frankfurt (Wolfgang DASCHNER) ordenó que se amenazara al secuestrador con torturarlo si no revelaba la ubicación del menor. Teniendo en cuenta esta amenaza, el delincuente confesó que el niño ya se encontraba muerto y dio la ubicación del cadáver.

Luego de un controversial fallo, que no satisfizo tanto a la defensa del procesado, como a la Fiscalía, el *Landgericht* de Frankfurt sentenció a DASCHNER con una pena de multa, la cual era claramente inferior a la pena privativa de libertad prevista en el tipo penal y a la

¹⁶ Sentencia emitida el 20 de diciembre de 2014 por la 27 *Strafkammer* del *Landgericht* de Frankfurt del Meno (LG Frankfurt/Main, 20.12.2004 - 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04)). Asimismo, el mismo caso fue llevado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por Magnus GÄFGEN, el cual se pronunció sobre el mismo en la sentencia del caso GÄFGEN vs. ALEMANIA.

solicitada por el Ministerio Público. Asimismo, en la sentencia no se refirió a la acción como una tortura. La declaración brindada por GÄFGEN fue considerada prueba prohibida, siendo desechada en el proceso penal seguido en su contra.

La pregunta que cabe resultar es, si usted fuera el operador jurídico (Juez o Fiscal) que le tocara analizar la conducta del policía ¿Justificaría la conducta de DASCHNER o lo hubiera sancionado por tortura? La decisión sea en uno u otro sentido, siempre será polémica, como son todas aquellas decisiones que se dan en el marco de casos límite. Nosotros nos inclinamos en el caso concreto por la justificación, teniendo como base de nuestra argumentación a la exigencia al Estado del cumplimiento de sus deberes de protección de un ciudadano que se encuentra en peligro, aunque con ello reduzca un derecho fundamental de un ciudadano que ha originado la situación jurídica descrita. Sin embargo, independientemente de la propuesta que se asuma en el presente caso u en otros, lo que el caso también deja para la reflexión es que existen situaciones en las cuales, incluso las prohibiciones que se consideraban absolutas o fundamentales pueden también ser debatidas.

Bajo este enfoque, consideramos que la posición preferente no es –en la actualidad- un método válido. Al no existir derechos fundamentales absolutos, sino que todos son relativos, dependerá de la ponderación realizada la decisión que resuelva el conflicto de derechos fundamentales.

Finalmente, cabe señalar, que nuestra opinión se ve reforzada con la jurisprudencia constitucional nacional, la cual se decanta también por negar el carácter absoluto a los derechos fundamentales, señalando que:

“(…) [N]ingún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección.”¹⁷

2. *La teoría relativista y la ponderación*

La segunda forma de enfocar la resolución de una disputa entre derechos fundamentales parte de considerar que las mencionadas normas se encuentran en conflicto. La razón del

¹⁷ STC. Exp. N° 0019-2005-PI/TC, Fundamento Jurídico N° 12.

conflicto radica precisamente en el carácter relativo de los derechos fundamentales. Dado que ninguna norma, *ex ante*, ha de ser preferida sobre el resto de normas, pues es el contexto normativo el que definirá su importancia. Para determinar cuál de las dos normas es la que se ha de aplicar, el operador jurídico debe realizar un ejercicio de ponderación, con el cual determinará –para el caso concreto– cuál de las dos normas en conflicto debe ser privilegiada y por qué razón es legítima dicha acción.

La consecuencia en el plano de la creación de normas es que, de forma tácita, el operador que resuelva el conflicto jurídico estaría siendo transformado tácitamente en un legislador. Ello, porque al resolver en el caso concreto genera lo que ALEXY denomina como “precedente condicionado”¹⁸. En buena cuenta este precedente es una regla que impone un deber de resolver de forma igual en casos estructuralmente idénticos al que ha sido materia de análisis por el operador jurídico.

El método específico con el que se resuelve un conflicto entre derechos fundamentales es la ponderación. Según este método se debe hacer una comparación entre los dos principios que entran en conflicto, siendo el parámetro de comparación la utilidad social de preferir uno sobre el otro, de forma tal que el principio que genere una mayor utilidad social será el que se adopte.

3. *La teoría del contenido esencial*

La teoría del contenido esencial tiene distintas variantes¹⁹. De ellas la que mayor difusión y acogida ha tenido es la vertiente absoluta, la cual postula que el contenido de los derechos fundamentales tiene dos partes. La primera es una parte absoluta o “esencial”, que no puede ser sacrificada de ninguna forma por el operador jurídico, pues ello desnaturalizaría al derecho fundamental afectado por la intervención. La segunda parte es, por oposición, la “no esencial”, esta parte es disponible y puede ser afectada parcial o totalmente, claro está siempre y cuando se tenga una razón lo suficientemente justificada para hacer ello.

Para graficar esta teoría de forma más clara nos valemos de la teoría alemana de las tres esferas para la interpretación del derecho a la intimidad. Según esta teoría el mencionado derecho tiene tres ámbitos distintos de protección: intimidad (*individualsphäre*), privacidad (*privatsphäre*) y secreto (*intimsphäre*)²⁰. La primera hace referencia a aquellos datos que forman parte directa de la personalidad del sujeto, datos como el nombre. La segunda

¹⁸ ALEXY, Robert, *Teoría sobre los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 92 - 95.

¹⁹ Vid. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 406 – 439.

²⁰ Vid. HUBMANN, Hans, *Das Persönlichkeitsrecht*, Böhlau, Münster, 1953, *passim*.

protege el ámbito personal y familiar de la persona. La tercera es una esfera intangible por terceros y que es propia únicamente de la persona, esta tiene a aquellos datos que se encuentran en relación muy cercana con la dignidad de la persona, como la opción sexual. Cada esfera es una manifestación del derecho a la intimidad, la cual representa un grado de posibilidad de conocimiento de la misma que va desde lo posible, hasta lo absolutamente vedado de afectar.

En este esquema la intimidad tiene capas que se diferencian en función a la importancia para el titular de su contenido. Ello implica que sólo la primera y segunda capa, que se encuentran más alejadas del núcleo duro, pueda ser objeto de limitación. La capa central o “contenido esencial” no puede ser restringido, porque al hacerlo el operador jurídico sacrifica al derecho a la intimidad.

4. *La teoría institucional o no conflictivista*

La presente teoría postula que no existe conflicto entre derechos fundamentales, sino que el conflicto se presenta sólo entre los intereses de los particulares. De ahí que, al no existir conflicto, se ha de efectuar una delimitación y no una limitación de los derechos fundamentales²¹. Esta teoría también se vale del principio de proporcionalidad; sin embargo, le da otro contenido, partiendo que los derechos fundamentales son por naturaleza limitados, siendo la misión de este principio el definir los contornos de este derecho²².

El presupuesto de la teoría institucional es la unidad de la Constitución, y por ende de los derechos fundamentales. Según esta teoría los derechos fundamentales, tal como la naturaleza humana de donde su esencia procede, sólo pueden concebirse de forma unitaria²³.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano parece decantarse por esta teoría, al mencionar que:

“Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, permiten considerar a las distintas disposiciones

²¹ *Vid.* CASTILLO CÓRDOVA, Luis “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”. En: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro y CARBONELL, Miguel (Coords.) *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra, Lima, 2010, pp. 311 - 317.

²² CASTILLO CÓRDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, *cit.*, pp. 315.

²³ CASTILLO CÓRDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, *cit.*, pp. 312 -313.

constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta “optimizando” la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad.”²⁴

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

A. Antecedentes

La actuación del Estado con respecto a la regulación de un determinado ámbito de la vida de la persona, no puede ser absolutamente irrestricta e ilimitada. Por el contrario, la misma debe encontrarse ajustada a los parámetros que la Constitución Política fija en tal sentido. En el caso concreto de la limitación de derechos fundamentales, la misma debe ajustarse a los principios establecidos en la norma fundamental, en materia penal (intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad, legalidad)²⁵, para que dicha afectación sea legítima y posteriormente los cuestionamientos que recaigan sobre ella no puedan ser atendidos.

Al respecto, el parámetro que recoge dichos principios constitucionales y sirve para determinar si la medida a aplicar es o no legítima, no es otro que el denominado principio de proporcionalidad. Es a través de dicho principio que, tanto el legislador al momento de crear la norma (proporcionalidad en sentido abstracto) como el Magistrado al momento de aplicarla (proporcionalidad concreta), legitiman la afectación de un derecho fundamental del ciudadano, a través de los tres filtros (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Si bien, como afirma acertadamente AGUADO CORREA²⁶, la idea de limitación del poder estatal y la noción de proporcionalidad se remontan a la antigüedad, no es sino hasta el momento del surgimiento de la ilustración que puede hablarse propiamente de un primer periodo de desarrollo del principio de proporcionalidad²⁷. En este periodo, como consecuencia del pensamiento filosófico contractualista de la época, los ciudadanos consideraban válido que el Estado pueda limitar el ejercicio de su libertad, pues de esa

²⁴ STC. Exp. N° 0019-2005-PI/TC, Fundamento Jurídico N° 12.

²⁵ En ese sentido: MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Thomson: Civitas, Madrid, 2005, pp. 38 y 39; AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999, p. 55.

²⁶ Cfr. AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., p. 55.

²⁷ Cfr. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 44 y ss.

forma el ejercicio de sus libertades se encontraba en una situación mejor que en la del denominado “Estado de naturaleza”. Por ende, para evitar excesos en dicha posibilidad del Estado de limitar los derechos fundamentales, es que se hacía necesario de un criterio jurídico que sirva de baremo objetivo para determinar cuando la afectación era o no legítima.

Prusia fue el primer Estado que oficialmente incluyó dentro de su ordenamiento jurídico al principio de proporcionalidad. Inicialmente este principio fue ideado para el Derecho de Policía²⁸, pasando posteriormente a ser un referente obligatorio del resto de sistemas que incluía el Derecho público, tales como el Derecho penal²⁹.

Posteriormente, de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán³⁰, el principio de proporcionalidad comenzó a destacar precisamente como el criterio para legitimar las diversas limitaciones a los derechos fundamentales³¹. Es en 1958 que emite la primera sentencia que habla precisamente de la denominada prohibición en exceso, la cual es la denominada “Sentencia sobre las farmacias”³², logrando consolidar en las siguientes sentencias el principio de proporcionalidad.

Asimismo, es importante destacar que la constante construcción de este principio no ha sido un producto derivado de la labor exclusiva de la jurisprudencia alemana, sino que su estructura y contenido también han tenido influencia de la jurisprudencia norteamericana (en especial de la Corte Suprema de Estados Unidos de América)³³ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁴.

²⁸ Cfr. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 46 – 47.

²⁹ Cfr. AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., p. 57.

³⁰ Un interesante y reciente estudio sobre el desarrollo del principio de proporcionalidad, en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, puede encontrarse en: DUMBS, Maathias, *Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Verlag Wissenschaft & Öffentlichkeit, Freiburg 2015, *passim*.

³¹ Un análisis sobre la evolución del principio de proporcionalidad y de la prohibición en exceso, puede encontrarse en: KLUTH, Winfried, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán”, en *Cuadernos de Derecho Público*, Vol 5, septiembre – diciembre 1998, INAP, pp. 220 – 237.

³² *Vid.* Apotheken Urteil, BVerfGE 7, 377, de fecha 11 de junio de 1958. En este caso un farmacéutico deseaba poder abrir una farmacia en Baviera. El gobierno no le concedió la licencia para ello, estableciéndose en una Ley una serie de condiciones para abrir la farmacia. Cuando el caso es llevado ante el Tribunal Constitucional Alemán, en el primer ejercicio conocido sobre el principio de proporcionalidad, el Supremo interprete de la Ley fundamental declara que la norma representa una afectación intensa al derecho fundamental al trabajo, razón por la cual decide declararla inconstitucional.

³³ Para un mayor detalle al respecto: *Vid.* AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., p. 57. Asimismo, un estudio más amplio sobre el punto particular puede encontrarse en: BASTRESS, Robert, “El principio de “la alternativa menos restrictiva” en Derecho constitucional norteamericano”, en: *Cuadernos de Derecho Público*, Vol 5, septiembre – diciembre 1998, INAP, pp. 239 – 255.

³⁴ *Vid.* FASSBENDER, Bardo, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en: *Cuadernos de Derecho Público*, Vol 5, septiembre – diciembre 1998, INAP, pp. 51 – 75.

B. El principio de idoneidad

El primer punto de análisis en el test de proporcionalidad es el de la idoneidad. En este sub principio debe verificarse si la intervención que ha de realizar el Estado es adecuada para lograr un objetivo que goza de validez en un plano constitucional. A su vez, dentro de este análisis, tienen que superarse dos exigencias claras.³⁵ En primer lugar, tenemos a la identificación de un fin constitucionalmente legítimo, es decir, que la razón por la cual ha de realizarse la restricción del derecho fundamental no se encuentre prohibida expresa o implícitamente por la Constitución.³⁶ Por ejemplo, no se tendrá como un fin constitucionalmente legítimo el implementar una medida que promueva la intervención del Estado ahí donde ya exista una intensa inversión privada, pues ello afectaría el principio de intervención subsidiaria del Estado en la actividad económica empresarial. En segundo lugar, tiene que verificarse que la intervención estatal es adecuada para llevar a cabo el fin legítimo propuesto, es decir, que la medida a aplicar debe contribuir a la realización del fin.³⁷ Este análisis es estrictamente causal, sólo es necesario verificar la relación de causa y efecto entre el fin constitucional y la medida que se desea aplicar.

Trasladando este análisis a un plano estrictamente del sistema penal. En primer lugar, en lo referente al fin constitucionalmente legítimo. Éste se va a diferenciar en función al ámbito del sistema penal en el cual se vaya a concretar la norma, dado que cada uno de los tres subsistemas (sustantivo, procesal y de ejecución) posee finalidades distintas. En segundo lugar, se ha de analizar si la medida promueve o no la finalidad constitucional que se busca. Ergo, nuevamente, estamos frente a un análisis de estricta causalidad, cuya principal característica es la ausencia de valoración de la medida promovida. Dicho proceso valorativo será analizado en la siguiente fase, cuando se deba analizar la necesidad de la medida y el análisis de ponderación en sentido estricto.

En el caso concreto del análisis de la constitucionalidad de la norma penal sustantiva, se tiene que partir de la finalidad que la misma tiene y si se corresponde o no con un objeto constitucionalmente protegido. Sobre este punto -la determinación del objeto de protección de la norma penal: bien jurídico³⁸ o expectativa normativa³⁹ nos

³⁵ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 693.

³⁶ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 696.

³⁷ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 724.

³⁸ Resumiendo, las posturas en torno a esta teoría: HEFENDEHL, Roland (Ed.), *Die Rechtsguttheorie*, Nomos, Baden - Baden, 2003, *passim*. Existe una edición del texto en español: HEFENDEHL, Roland (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, *passim*.

³⁹ *Vid.* JAKOBS, Günther, *Recht und Gut – Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung*, en Freund, George und et all (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 81-94; JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho penal:

pronunciaremos en el siguiente capítulo, la norma penal debe cumplir esta finalidad general, que según como se mire puede ser la protección de bienes jurídicos o la protección de la vigencia de la norma penal. Para determinar ello el operador jurídico deberá verificar si el ordenamiento jurídico constitucional promueve o permite o prohíbe el objeto de protección tutelado en la norma penal. Para ilustrar este punto nos valdremos de dos recientes incorporaciones al Código Penal: el delito de sicariato⁴⁰ y el delito de maltrato animal.⁴¹

En el primer caso, con el sicariato, el legislador pretende sancionar la afectación ilegítima a la vida de la persona, la misma que tiene un plus de lesividad que se fundamenta en el lucro obtenido por la muerte de la víctima. Independientemente de las múltiples críticas que pudiera tener en torno a la necesidad de tipificar una conducta que el ordenamiento jurídico ya preveía, es necesario analizar si este delito y su sanción tienen amparo en una finalidad constitucional, lo cual es evidente, pues el mismo busca la protección del derecho a la vida. Por tanto, en este extremo, este delito superará el primer filtro del análisis de proporcionalidad.

Mucho más polémico es el caso del delito de maltrato de animales, el cual constituye el segundo supuesto a analizar. En la doctrina comparada existe una discusión muy encendida en torno a si este delito tiene o no un objeto de protección, lo cual resulta de gran importancia práctica si tomamos en cuenta que este delito ya se encuentra presente en diversas legislaciones.⁴² Se considera que una acción como esta afecta los sentimientos humanos de estima al animal o, especialmente por las convicciones culturales humanas de protección a dichos seres.⁴³ Asimismo, también se considera que a través de este delito se busca proteger al patrimonio de las personas (caso de animales domésticos -cuyo

bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *El funcionalismo en Derecho Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, tomo I, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp.41 – 56.

⁴⁰ **Artículo 108-C.- Sicariato:** El que mata a otro por orden, encargo o acuerdo, con el propósito de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años y con inhabilitación establecida en el numeral 6 del artículo 36, según corresponda.

⁴¹ “**Art. 206-A.- Abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres.** El que comete actos de crueldad contra un animal doméstico o un animal silvestre, o los abandona, es reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, con cien a ciento ochenta días-multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36.

Si como consecuencia de estos actos de crueldad o del abandono el animal doméstico o silvestre muere, la pena es privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con ciento cincuenta a trescientos sesenta díasmulta y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36.

⁴² Sobre la determinación del objeto de protección del delito de maltrato de animales domésticos: *Vid.* Hava García, Esther, *La tutela penal de los animales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 111 – 125.

⁴³ En ese sentido, y negando la condición de sujeto de derecho del animal, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, en su presentación a la versión española del libro de HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, *cit.*, pp. 16 y 17.

propietario es una persona concreta- o silvestres -cuyo titular es el Estado), o a las mismas personas (nuevamente sus sentimientos). Finalmente, es posible determinar que el objeto de protección es el animal en sí mismo. En lo que a nuestro análisis corresponde, para determinar el primer paso en el posible análisis de constitucionalidad de este delito, lo que debe hacerse es determinar si existe o no una finalidad constitucional que es promovida con el objeto de protección. De todos los objetos de protección, el que sería más fácil de ser sustentado constitucionalmente, sería el segundo, pues la propiedad tiene una protección penal constitucional. Mucho más compleja, al menos en el estado actual del debate y debido a la visión que se tiene con respecto a los animales, pero avizoramos que en un futuro no muy lejano esta tendencia será revertirá, sería el sustentar una finalidad constitucional en la protección de un sentimiento humano hacia el animal o la protección del animal -como sujeto autónomo- en sí mismo.

En un plano procesal penal, la finalidad se encuentra en relación al derecho fundamental que es el *telos* de la medida a implementar. Para graficar ello, podemos analizar las recientes modificaciones al proceso inmediato (Decreto Legislativo 1194), que tienen como efecto la puesta real en vigencia del mismo. Estas medidas tienen como objeto que, en el caso de supuestos en los que el ámbito de debate sobre la responsabilidad penal del procesado sea muy reducido, se acorte la duración del proceso penal.

Para determinar si estas medidas cumplen o no con el análisis de idoneidad, es necesario verificar si existe o no tras de las mismas una finalidad constitucional que se encuentren promoviendo. A nuestro entender, esta finalidad sería la puesta en vigencia real del principio de celeridad procesal, el cual goza de respaldo constitucional. Superado este primer punto, debe verificarse si la medida contribuye o no a la realización de la celeridad procesal, independientemente de que estas medidas puedan afectar o no otros derechos (este análisis será realizado en la ponderación en sentido estricto) o existan medidas más eficientes y menos lesivas (a analizarse en el principio de necesidad).

Analizando en concreto uno de los aspectos del proceso inmediato. Si el objeto de la investigación es realizar los actos de convicción que permitan adoptar una decisión al Fiscal sobre la situación jurídica del investigado, y ya el Fiscal cuenta con dichos elementos, entonces sería contrario al principio de celeridad procesal que no emita un pronunciamiento cuando ya ha adquirido esa convicción. Claro está, existirán supuestos que podrían ser tomados en cuenta para que el Fiscal retrase esa decisión (la garantía del derecho de defensa, por ejemplo), pero cuya relevancia -de cara al análisis de constitucionalidad de la norma- sólo será analizada posteriormente. Por ende, en un análisis de estricta idoneidad de la presente norma, se llega a la conclusión de que la norma sería idónea para promover la finalidad procesal, estando supeditada su constitucionalidad a la superación del test de necesidad y de proporcionalidad en sentido

estricto.

C. El principio de necesidad

El segundo punto a analizar, única y exclusivamente si se ha llegado a superar el primer punto, es la determinación de la necesidad de la medida. Por necesidad ha de entenderse que la medida por la cual el Estado se encuentra interviniendo, será la más benigna entre todas aquellas que son idóneas para alcanzar el fin propuesto.

En el plano de la norma penal, como acertadamente AGUADO CORREA sostiene,⁴⁴ se ha de determinar si la conducta penal cumple o no con el principio de mínima intervención. Según este principio, no todo objeto de protección precisa de atención para el Derecho penal. Existen objetos de protección que, por su escasa relevancia para el ordenamiento jurídico, no necesitan de una protección penal, razón por la cual puede prescindirse el análisis de los mismos o tutelarse por otro sector del Derecho como el Derecho administrativo sancionador. Dentro del principio de intervención mínima existen otros dos subprincipios, cuya comprobación debe ser realizada para determinar la necesidad de la conducta.

En primer lugar, tenemos al denominado principio de subsidiariedad, según el cual, sólo ha de acudir a la norma penal cuando sea estrictamente necesario, siendo el último recurso al cual debe llegar el Estado para lograr la protección del bien jurídico.

En segundo lugar, se ha de verificar que la norma penal cumpla con el principio de fragmentariedad, el cual exige que la criminalización de una conducta penal sólo ha de realizarse cuando la afectación al bien jurídico protegido sea intensa o su puesta en peligro sea grave.

En el ámbito de la norma procesal, si quiere analizarse la idoneidad de la medida, deberá verificarse si existen o no otras alternativas que sean tan eficientes para alcanzar el objetivo, pero que sean menos lesivas. A diferencia del principio de idoneidad, aquí si se realiza un análisis de valoración, pues se da una comparación entre la medida y las otras que pudieran existir.

Gráficamente, retomando el caso del proceso inmediato, la finalidad de este proceso es la emisión de un pronunciamiento celeré, sea a nivel del Fiscal o Magistrado, ante la existencia de graves elementos de convicción que pudieran evidenciar la culpabilidad del

⁴⁴ Cfr. AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999, p. 214 – 263.

investigado. El análisis pasa por dos puntos. El primero es verificar si existen o no otras medidas para alcanzar el fin constitucional, en el presente caso la pregunta a realizar es: ¿Existen medios alternativos para evitar una larga investigación y obtener un pronunciamiento judicial rápido? la respuesta es afirmativa; es el caso de la terminación anticipada del proceso, la cual es un mecanismo convencional que precisamente reduce la duración del proceso y permite que se emita una sentencia rápida.

El segundo punto a analizar es si los medios existentes son funcionalmente idénticos o no para alcanzar dicha finalidad. La funcionalidad implica que exista una relación de identidad entre las medidas que se pretende analizar, la misma que no se basa en la forma, sino en el ámbito objetivo (presupuestos) o características propias de ambas medidas. Al respecto, si bien la terminación anticipada promueve el principio de celeridad, funciones y presupuestos muy distintos a los del proceso inmediato. La terminación anticipada presupone la existencia de un consenso entre el imputado y el Ministerio Público. En el caso del proceso inmediato, en casi todos los supuestos, puede realizarse el mismo incluso contra la voluntad del investigado. Por ende, ambos mecanismos son distintos y si bien contribuyen a realizar el principio de celeridad, lo hacen en supuestos diferentes. Por ello, ante la no existencia de mecanismos para alcanzar la celeridad procesal, que sean funcionalmente idénticos, entonces el proceso inmediato supera el test de necesidad.

D. El principio de proporcionalidad en sentido estricto

En lo referente a la ponderación en sentido estricto, la misma tiene tres fases: la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.⁴⁵ Sólo una vez realizada la valoración de las tres fases es que se podrá crear lo que vendrá a ser la regla de precedencia condicionante. Para hacer más gráfica la presente explicación de la teoría de la ponderación, nos hemos de valer del conflicto de derechos fundamentales producido por el denominado Marco para la Paz en Colombia, que tiene sus antecedentes claros en la denominada Ley de Justicia y Paz colombiana, que otorgaba una pena muy reducida a ex paramilitares, a cambio de deponer las armas, someterse al proceso de paz, y reparar a las víctimas del conflicto armado que hubiesen afectado. En el mismo sentido, el gobierno colombiano busca negociar la paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), las mismas que llevan aproximadamente una lucha de 40 años por conseguir el poder. Independientemente de las solicitudes de carácter político de las FARC, la oferta del Gobierno sigue los mismos términos –en materia penal- que la usada en la Ley de Justicia y Paz. A continuación, analizaremos si sería o no posible que el Marco para la Paz fuera aprobado.

⁴⁵ Cfr. BERNAL PULIDO, CARLOS, *El derecho de los derechos*, cit., p. 99.

El primer paso es definir el grado de afectación de los derechos fundamentales. Para ello nos basamos en la clasificación que ha sido realizada por ALEXY en tres niveles: “afectación leve”, “afectación media” y “afectación intensa”. En el caso de la Ley mencionada, los derechos en conflicto son por un lado el Derecho a la paz de la sociedad colombiana, que se materializaría en el derecho de todo ciudadano a gozar de un ambiente seguro en el que no existiera un conflicto. Por otro lado, el derecho de las víctimas a la verdad, entendido como el derecho a conocer los pormenores de la afectación de derechos fundamentales; de justicia, entendido como el derecho de obtener una sanción equivalente al daño causado; y reparación, que es el derecho de la víctima por excelencia a recibir una compensación económica por los daños sufridos como consecuencia del delito.

La aprobación de la ley significaría una afectación leve al derecho a la verdad, pues los guerrilleros se obligarían a confesar los crímenes cometidos, sin que existiera un proceso exhaustivo en el cual se pudiera averiguar la exactitud de todas las violaciones de derechos humanos que fueron perpetrados por ellos; una afectación intensa al derecho a la justicia, porque implicaría una rebaja de penas substancial, por debajo incluso del mínimo legal. De otro lado, la misma de no ser aprobada, significaría una afectación intensa al derecho a la paz, toda vez que el conflicto armado seguiría existente y podrían producirse nuevos crímenes que afectarían a la sociedad en su conjunto; sin embargo, dicha desaprobación no implicaría una afectación al resto de derechos, pues los mismos se mantendrían incólumes al esperar que el proceso penal siga su curso.

El segundo, siguiendo la teoría de ALEXY, es acudir a la denominada fórmula de los pesos, en ella se asigna un determinado valor a la afectación de los derechos fundamentales, siendo que existirían tres factores fundamentales para poder realizar la ponderación: el peso abstracto del principio (cuánto vale el principio en la sociedad concreta), el peso concreto del mismo (cuál es el peso de la afectación: intensa 3, media 2, y leve 1), y la seguridad de la afectación del principio (certeza de que el principio será afectado). Por ejemplo, en el caso tratado, al peso abstracto de la paz se le podría asignar un valor de 10, su peso concreto constituido por el grado de afectación sería de 3, y el de la seguridad de la afectación sería 1. Por otro lado, el peso conjunto asignado a la justicia y la verdad sería de 8, su valor promedio en función a la afectación sería de 1.6. Ahora, para resolver cuál de los dos tendría un mayor valor, se habría de multiplicar las variables de la paz entre las de los derechos de las víctimas, y viceversa. Luego de hacer esta operación matemática se podría determinar cuál de las dos opciones es la que más beneficios puede generar para la sociedad en donde se aplica. De los dos resultados que se obtienen se deberá elegir el más beneficioso. En buena cuenta, si el primer resultado es mejor que el segundo se deberá aprobar necesariamente la norma, en caso contrario la misma deberá

ser desaprobada. En el caso planteado la aprobación de la norma tendría un resultado de 2.3, mientras que su desaprobación tendría un resultado de 0.42. En conclusión, es evidente que la norma debe ser aprobada.

Bibliografía de la unidad

I. Bibliografía obligatoria

STC. Exp. N° 008-2012-PI/TC

Ej. Supr. Cas. N° 335-2015-El Santa, ponente: Hinostroza Pariachi

II. Bibliografía sugerida

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad de la legislación penal*, en *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 129 – 140.

LOPERA MEZA, Patricia, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia, Quito, 2008, pp. 269-306.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuál es la diferencia entre una regla y un principio?

2. ¿Qué métodos de resolución de conflictos entre derechos fundamentales existen?

3. ¿Cuál es la diferencia entre el control de proporcionalidad por exceso y el control de proporcionalidad por defecto?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1)
- 2)
- 3)

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

-

(Disponible en el anexo de casos)

UNIDAD II

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

I. PRESENTACIÓN

El principio de legalidad, tradicionalmente, es el principio que ha regido en el ámbito del Derecho penal. No faltan razones para que esta afirmación haya tenido validez, pues el mismo fue por muchos años el parámetro fundamental para decidir si -formalmente- una Ley penal podía ser aplicable o no.

Desde el surgimiento del principio, hasta la actualidad, el mismo ha servido como la base sobre la cual el operador del Derecho penal puede resolver el problema formal de legitimación. Asimismo, conforme han aparecido nuevos problemas y transformaciones en el Derecho penal, el mismo ha tenido que adaptarse para resolver problemas como el de las denominadas “leyes penales en blanco”.

En esta unidad presentaremos los principales aspectos teóricos de este principio, con el objeto de conocer sus contornos, así como poder visualizar algunos supuestos prácticos donde el mismo pueda ser aplicable. Por ello, es necesaria una lectura conjunta de la presente sección, con la jurisprudencia que se aporta.

II. OBJETIVO DE LA UNIDAD:

Al terminar la unidad se espera que el participante pueda conocer los fundamentos teóricos y las aplicaciones del principio de proporcionalidad, de cara a valerse de ellos para la resolución de problemas prácticos



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuál es el ámbito objetivo del mandato de ley previa?
2. ¿Cuál es el ámbito objetivo del mandato de ley cierta?
3. ¿Cuál es el ámbito objetivo del mandato de ley escrita?
4. ¿Cuál es el ámbito objetivo del mandato de ley estricta?

Contenidos⁴⁶

I. SENTIDO DEL PRINCIPIO

El principio de legalidad representa “la columna esencial del Derecho penal moderno”⁴⁷. La fuerza operativa de este principio posibilita al Estado de Derecho la concreción de una legalidad en el procedimiento de legitimación del Derecho penal, de manera que la intervención penal sobre los derechos fundamentales, como la libertad personal, se corresponda siempre con el ejercicio de una potestad coercitiva controlada y sujeta a la legalidad⁴⁸. La fuerza operativa en mención se materializa en cuatro garantías que legitiman y justifican la potestad punitiva estatal⁴⁹. Acorde con esta argumentación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad tiene el reconocimiento de un “derecho fundamental”⁵⁰, a saber:

“el principio de legalidad penal, que tutela el derecho a no ser sancionado por supuestos no previstos en una norma jurídica, en tanto *derecho fundamental* es pasible de tutela a través del proceso constitucional de hábeas corpus”,

lo que autoriza acudir a la justicia constitucional cuando una práctica estatal determinada la ha afectado⁵¹. El contenido de este principio ha sido delimitado en distintos fallos del Tribunal Constitucional, siendo de especial relevancia, por pronunciarse sobre todas las garantías incluidas en este principio, la sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar y Policial⁵²:

“[E]l principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de

⁴⁶ La presente sección se basa en la introducción a la obra *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editores del Centro, Lima, 2014, realizada en coautoría con el Prof. José Antonio CARO JOHN.

⁴⁷ HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, 3ª ed., Grijley, Lima 2005, p. 139.

⁴⁸ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo I, cit, § 5/1.

⁴⁹ Como señala POLAINO NAVARRETE dichas garantías no son propiamente la consecuencia del principio de legalidad, sino su contenido: “la historia del principio de legalidad es la historia de las garantías que lleva implícita”, y por ello “no puede existir principio de legalidad, sin las garantías que lo integran”. Cfr. POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, cit., p. 234.

⁵⁰ Cfr. STC. Exp. N° 05815-2005-HC/TC, fundamento jurídico N° 4.

⁵¹ Esta cuestión no está ajena a la discusión sobre el campo de acción de la justicia ordinaria y la justicia constitucional. Al respecto, véase ALCACER GUIRAO, Rafael, “El derecho a la legalidad y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”, en MIR PUIG, Santiago / QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep (Dir.), *Constitución y Principios del Derecho penal. Algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 15-64.

⁵² STC. Exp. N° 0012-2006-AI/TC, fundamentos jurídicos N° 22-26.

cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).

Conforme a la exigencia de *lex praevia*, el principio de legalidad penal prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo, claro está, cuando beneficie al reo. Así lo establece el artículo 103° de la Constitución, según el cual “(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...)”.

Conforme a la exigencia de *lex stricta*, el principio de legalidad penal prohíbe el uso de la analogía. Así lo establece el artículo 139° inciso 3 de la Constitución, según el cual, “el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”.

En cuanto a la exigencia de *lex certa*, cabe precisar, conforme lo ha sostenido este Colegiado en la sentencia recaída en el caso de la Legislación Antiterrorista (Expediente N.º 0010-2002-AI/TC), que el principio de legalidad penal exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “expresa e inequívoca”.

(...)

En cuanto a la exigencia de *lex scripta*, el principio de legalidad consagra a la ley como única base para la incriminación de comportamientos e imposición de penas, proscribiendo, entre otros aspectos, fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario.”

En las líneas que siguen se hace un análisis de estas cuatro garantías, mostrándose en la medida de lo posible de qué manera el estricto respeto de las mismas puede significar —a la par de límites— una operación de materialización la potestad punitiva estatal con sujeción a una legalidad legitimante —constitucional— del Derecho penal.

II. GARANTÍAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A. Ley previa e irretroactividad: *lex praevia*

1. *La favorabilidad en caso de conflicto de normas en el tiempo*

La garantía de la ley penal previa se encuentra directamente establecida en el art. 2, inc. 24, literal d, de la Constitución Política del Estado. No es casual que en el orden de desarrollo del principio de legalidad se haga mención expresa en primer lugar a esta garantía al mencionarse que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley”.

El mandato de existencia previa de la norma penal es el presupuesto del resto de mandatos que se desprenden del principio de legalidad, y por ende también es la mayor garantía que emana de este principio. Que la ley exista previamente es una condición de validez de la comunicación en un sistema normativo porque de esa manera las personas que forman parte del sistema conocen el mensaje de la norma. Donde los interactuantes no conozcan el mensaje no podrá existir comunicación, de manera que las actuaciones que realicen carecerán de relevancia para el sistema jurídico y deberán ser tomadas como pura fenomenología. El mensaje tiene por contenido una expectativa normativa de conducta y de sanción penal. Si la expectativa no es fijada previamente al proceso comunicativo, entonces no podrá hablarse de comunicación alguna, porque no es posible defraudar nada allí donde no existe expectativa.

La consecuencia de esta garantía es que la norma tiene efectos desde el momento en que ésta inicia su vigencia, no siendo posible en ningún supuesto aplicar normas de forma retroactiva, salvo que favorezca al reo. Esta regla ha sido plasmada en nuestra Constitución Política en el art. 103 en los siguientes términos: “la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”.

Nuestro ordenamiento jurídico adopta la aplicación inmediata de la norma jurídica desde que la misma entra en vigencia. El ámbito de aplicación se da a los efectos producidos por las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional al señalar que:

“En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo, la regla general es su aplicación inmediata. Determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes, se regulan por la norma vigente durante su verificación. En el Derecho penal material, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión.”⁵³

La aplicación inmediata de la norma penal es posible cuando se trata de normas más favorables al sentenciado o procesado. Si la expectativa normativa varía y reduce sus alcances, total o parcialmente, entonces esta variación ha de ser aplicada a la persona que la defraudó, porque la sociedad ya no requiere estabilizar la expectativa en la misma medida que lo requería cuando la persona realizó la acción. Un tema polémico que resulta de esta regla es el caso de las normas penales en blanco, donde la variación se produce en la norma complementaria⁵⁴. Por ejemplo, en el supuesto que una persona es procesada por un delito de contaminación ambiental, y, con posterioridad a los sucesos, una norma administrativa varía ensanchando el límite máximo permisible, la conducta del procesado pierde el significado penal de un acto de contaminación, debiendo aplicarse inmediatamente la norma penal complementaria por resultar más favorables a la persona. No cabe duda que la remisión de la norma penal en blanco a una norma extrapenal para completar el sentido del supuesto de hecho otorga al supuesto de hecho de la norma penal su verdadero sentido comunicativo de vigencia normativa dentro del sector social concernido, con lo que la actualidad de legitimación social del Derecho penal se torna evidente.

Distinto es el supuesto donde la aplicación de la norma penal puede generar un efecto maligno a la persona. En estos casos se prohíbe que la norma nueva —con indiferencia de si afecta al supuesto de hecho (conducta criminal) o la consecuencia jurídica (pena)— sea aplicada a hechos, relaciones o situaciones jurídicas anteriores a su vigencia. Esta excepción se explica como parte de un proceso comunicativo. El ciudadano que defrauda una expectativa normativa sólo puede ser sancionado porque su acción comunicó un sentido determinado en un momento concreto. Si posteriormente la expectativa varía y la sociedad modifica la expectativa ampliándola, esta variación sólo podrá alcanzar a aquellas personas que no hubieran delinquido, porque ya no se trata de la misma expectativa, sino de otra, absolutamente distinta, que el actuante en ningún momento defraudó.

También está el caso de las denominadas leyes penales temporales, previstas en el art. 8 del Código penal. Por tales se entienden a aquellas leyes penales que no tienen vocación de perpetuidad, sino que se dan como respuesta a un fenómeno

⁵³ STC. Exp. N° 01300-2002-HC/TC, fundamento jurídico N° 7

⁵⁴ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Jurista editores, Lima 2012, pp. 232 ss.

social determinado⁵⁵. Los efectos de estas normas en el tiempo perduran incluso cuando la norma ya no está vigente, salvo que exista una disposición en contrario. Esta interpretación podría ir contra la una función del Derecho penal basada en la estabilización de expectativas normativas⁵⁶, pues al perder vigencia la norma no es necesario sancionar el quebrantamiento de una expectativa que ya no forma parte de la identidad normativa de la sociedad. Sin embargo, esta contradicción rápidamente se desvanece tras constatar que si bien la norma ya no rige para nuevas personas, ni para aquellos actos anteriores a su vigencia, la expectativa sigue formando parte de la identidad normativa al haberse establecido que sus efectos permanecen, incluso pese a que no esté vigente y nadie más pueda quebrantar la norma penal temporal.

Asimismo, existe la posibilidad que la norma penal haya generado efectos en el tiempo, pero que una nueva norma cese estos efectos. Para estos casos, fundamentalmente los conocidos como normas penales intermedias, se ha establecido que la norma derogada —siempre y cuando sea más favorable a la original y la nueva— mantendrá sus efectos en el tiempo⁵⁷. Si bien los supuestos de una norma penal intermedia, como el de la ultractividad penal favorable, no se encuentran expresamente previstas en el Código penal, ni en la Constitución Política, ellos se derivan del art. 139, inc. 11, de la Constitución que “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”.

2. El caso de las normas penales nulas

La ultractividad de la norma penal presupone la existencia de un conflicto entre este tipo de leyes. Entran en conflicto la norma vigente al momento en el que se realizó el hecho, la norma que la modifica y finalmente una norma que cesa los efectos de esta última. Para solucionar este conflicto han de recurrirse a los criterios establecidos en la Constitución Política y el Código penal, según los cuales la regla es que el conflicto se soluciona aplicando aquella norma que sea más favorable a la persona. Esto conduce a dos supuestos: En el primer supuesto, la norma penal vigente en la actualidad es la más favorable. La regla en esta variante es la aplicación inmediata de la norma penal, incluso cuando se trate de hechos o relaciones jurídicas anteriores a su vigencia. En el segundo supuesto, la norma penal intermedia, o la norma penal original, son más beneficiosas que la norma actual. En

⁵⁵Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 323.

⁵⁶ Con mayor amplitud sobre la función estabilizadora del Derecho penal, véase JAKOBS, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main 2012, pp. 13 ss.; IDEM, POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto”, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Tomo II, Bogotá 2003, pp. 65 ss.

⁵⁷Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 324.

virtud de la prohibición de la aplicación retroactiva maligna y de la favorabilidad en la aplicación de la norma penal, deberá aplicarse la norma que resulte más favorable a la persona de estas dos últimas normas.

La excepción a esta última regla de favorabilidad de los efectos en el tiempo de la norma penal ha sido dada por nuestro Tribunal Constitucional mediante la teoría de “nulidad de la ley”. El máximo intérprete de la Constitución sentó la posición que no generan efectos las leyes penales promulgadas que posteriormente fueron declaradas inconstitucionales⁵⁸. En buena cuenta, debido a que son normas de segundo orden que contravienen a una norma de primer orden, entonces nunca tuvieron validez y por lo tanto no resulta legítimo que las mismas hubieran generado efectos que puedan ser válidamente otorgados.

Los antecedentes de esta teoría se hallan en la trascendental sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el “Caso Tineo Cabrera”⁵⁹, donde abordó la posibilidad de regular los efectos en el tiempo de su sentencia. El primer pronunciamiento en el que se hace uso de esta regulación de efectos para el caso de una norma penal sustantiva se ve en denominado caso de la “Ley Wolfenson”. Vista someramente podría ser considerado este caso como un supuesto de norma penal intermedia, pero ello no es así. Existen tres momentos a considerar: a) el Código penal de 1991, que no establece la posibilidad de descontar la prisión preventiva en virtud de un arresto domiciliario; b) la Ley N° 28568, que modifica el Código penal de 1991 y dispone el descuento de la pena en función del periodo sufrido de detención domiciliaria a razón de un día de pena privativa por un día de detención domiciliaria; y c) la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional la Ley N° 28568, con lo que retoma su vigencia la primera norma.

Si tuviera que considerarse a la Ley N° 28568 como una ley penal intermedia, entonces estaríamos ante una norma que habría surtido sus efectos por un tiempo determinado, efectos favorables para los procesados que hubieran sufrido detención domiciliaria, de tal suerte que, a pesar de no regir luego la norma por su declarada inconstitucionalidad, los efectos alcanzados durante su vigencia se mantendrían incólumes. En ello radica precisamente el efecto de favorabilidad de una ley penal intermedia.

De haberse seguido esta interpretación muchos procesados por delitos de corrupción de funcionarios hubieran podido reducir notablemente la pena privativa de libertad que les fue impuesta, toda vez que los periodos prolongados de detención domiciliaria pudieron haber sido descontados del quantum global de la pena impuesta. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, actuando dentro de los marcos interpretativos que legítimamente tiene, zanjó la problemática

⁵⁸ Cfr. STC. Exp. N° 0017-2011-PI/TC, fundamento jurídico N° 37.

⁵⁹ Cfr. STC. Exp. 0010-2002-AI/TC, fundamentos jurídicos N° 22-33.

estableciendo que la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 28568 tiene como efecto que esta ley no generó efecto alguno en el tiempo.

La opción interpretativa asumida por el Tribunal Constitucional es correcta en el resultado, pero incompleta en la fundamentación. Una norma sólo puede comunicar un sentido de validez cuando recoge en sí misma el espíritu arraigado de la época en el segmento concreto de la sociedad a donde va dirigida la regulación⁶⁰. No bastaba con declarar inconstitucional a la Ley N° 28568, sino era necesario señalar además que la misma no es una ley penal intermedia, y no lo es porque en ella no concurre uno de los requisitos fundamentales para que se presente esta institución jurídica: la ley penal intermedia tiene que tener efectos válidos. Si bien fácticamente la norma pudo generar algún efecto al haberse respetado los requisitos formales para su emisión, la misma nunca reunió el requisito de validez material que toda ley de un Estado constitucional de Derecho debe reunir: su conformidad constitucional.

Precisamente, la identidad normativa de una sociedad recogida en el espíritu de las leyes penales es únicamente reconocible a través de su constitucionalidad. En el segmento social de los delitos cometidos contra la administración pública el valor de la lucha contra la corrupción se concretiza a través de normas jurídicas, tanto sustantivas como procesales, que impiden la impunidad en la sanción de este tipo de actos. Corresponde al Tribunal Constitucional, como operador jurídico activo en esta lucha, impedir la validez de las normas jurídicas que colisionen con el deber constitucional de luchar contra la corrupción, y que pretendan legitimar situaciones que la sociedad de nuestra época rechaza a todas luces.

B. La reserva de ley: *lex scripta*

1. Función de reserva de la ley

La garantía de ley escrita fue históricamente la primera garantía derivada del principio de legalidad en aparecer como respuesta a los excesos de su época. Tradicionalmente era el monarca quien decidía cuál era una conducta criminal y la sanción con la que se habría de castigar, siendo su sola voluntad la que determinaba la diferencia entre una conducta lícita y otra ilícita. En oposición a

⁶⁰ Sobre la función del Derecho penal, de estabilizar la identidad normativa de la sociedad mediante la protección de las expectativas normativas canalizadoras del espíritu de la época, véase JAKOBS, Günther, “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma” (trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), en IDEM, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, México 2006, especialmente las pp. 694-695, donde señala que: “Un Derecho penal que se dirija contra el arraigado espíritu de los tiempos, no produce cohesión con sentido, sino una mezcolanza de manifestaciones individuales incoherentes. En tal Derecho penal la configuración externa, a diferencia de lo que ocurre en un Derecho penal ajustado al espíritu de los tiempos en los que éste es sólo símbolo en el marco de una comunicación, se convierte en la esencia: se convierte en un ordenamiento coercitivo abstracto externo —que ya no se corresponde con la sociedad—”.

esta concepción absolutista del sistema penal y en consonancia con la idea moderna de la separación de poderes, se traslada la facultad de creación de normas penales del ejecutivo al poder legislativo. Naturalmente este traslado dotó legitimidad al legislativo por ser quien representa a la sociedad en la dación de las leyes, por tanto, sus decisiones son consideraras como expresión de la Nación⁶¹.

La forma mediante la cual el parlamento expresa una decisión con vigencia para el territorio nacional es la ley. Otros poderes como el ejecutivo y el judicial también pueden crear normas en sentido estricto, como los decretos supremos o las resoluciones administrativas; sin embargo, estas normas no tienen la misma fuerza, rango y alcance que la ley. Sólo la ley tiene una fuerza comunicativa que puede vincular a todos los ciudadanos, encontrándose por encima del resto de normas jurídicas y sólo teniendo a las normas jurídicas fundamentales (Constitución Política, Tratados, entre otros) por encima de ella.

2. Creación de normas penales a través de mecanismos distintos a la ley

La existencia de esta garantía proscribire la posibilidad de considerar a otras normas jurídicas como fuentes del Derecho penal, salvo que expresamente ello haya sido previsto en el sistema jurídico. Este último supuesto es el caso de los decretos legislativos, que son normas jurídicas funcionalmente equivalentes a una ley, pues tienen el mismo rango y fuerza comunicativa, como se señala en el art. 104 de la Constitución Política. Es preciso destacar que en el Derecho nacional esta excepción constituye un alejamiento del fundamento original del surgimiento del principio de legalidad: la separación de poderes, toda vez que quien emite los decretos legislativos es el Poder Ejecutivo en virtud de una delegación de competencia legislativa otorgada por el Congreso de la República para una materia concreta⁶². Si bien a través del decreto legislativo el poder de legislar retorna, temporalmente, al Poder Ejecutivo, esta delegación no es absoluta, sino se encuentra limitada por los requisitos que la misma Constitución Política establece. A saber: la existencia de un plazo determinado para legislar, una materia delegable, y la posibilidad de control posterior del decreto legislativo por el Congreso de la República. Esta forma de legislar se ha convertido en la actualidad en una práctica frecuente, tanto es así que el propio Código penal actual no proviene de una ley, sino de un decreto legislativo.

La garantía de la reserva de ley impide que la expectativa normativa y la pena se generen a través de otras clases de fuentes del Derecho como la jurisprudencia, la

⁶¹ Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 39, Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid 1993, p. 84; ARROYO ZAPATERO, Luis, “Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 8, Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid 1983, p. 12 s.

⁶² Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, Christian “¿Es realmente necesario que el gobierno legisle? Apuntes acerca de la legislación delegada y de urgencia en el Perú”, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 21, Lima 2001, pp. I-IX.

doctrina o la costumbre⁶³. Incluso tampoco es posible crear expectativas penales a través de normas distintas a la ley o el decreto legislativo. En la doctrina existe la discusión sobre la posibilidad de que el poder ejecutivo pueda crear normas penales en virtud de decretos de urgencia⁶⁴. Este debate es posible porque la norma constitucional no hace referencia alguna sobre qué ha de entenderse por medidas extraordinarias en materia económica y financiera cuando exista un interés nacional de por medio⁶⁵.

Por tanto, es posible interpretar que una de estas medidas a adoptarse sería la creación de una norma penal que sirva para afrontar el problema económico o financiero surgido. Asimismo, la creación de estas normas se limitaría a aquellos tipos penales que incidan en la actividad económica y en las finanzas estatales (delitos económicos y financieros). A esta interpretación se interpone una de carácter restrictivo y sistemática que considera que si bien es posible que el Poder Ejecutivo intervenga en materia económica y financiera, tiene vedado hacerlo en el caso de aquellas materias que sean reservadas expresa o tácitamente al Congreso de la República, tales como la emisión de normas penales y tributarias.

No es correcto crear una norma penal a través de un decreto de urgencia porque la creación de una norma penal, salvo en el caso del decreto legislativo, sólo puede ser realizada por el Congreso de la República⁶⁶. La interpretación extensiva que amplía las facultades del Presidente de la República para emitir normas penales vía decreto de urgencia debe ser rechazada de plano, toda vez que la interpretación de una norma de la parte orgánica de la Constitución Política siempre debe de hacerse de forma restrictiva, prefiriendo la interpretación limitada a la amplia⁶⁷.

Esta postura se ve reforzada por un argumento sistemático derivado de la Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional en la acción de inconstitucionalidad

⁶³ Por eso es acertado lo apuntado por ROXIN, que la garantía subyacente a la reserva de la ley penal ejerce su fuerza comunicativa mediante la prohibición de basar la pena en un “Derecho de la costumbre”, toda vez que por esta vía “nunca alcanzaría una legitimación”, véase ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo I, cit., § 5/45.

⁶⁴ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 144.

⁶⁵ Cfr. LANDA ARROYO, César, “Los decretos de urgencia en el Perú”, en *Pensamiento Constitucional*, N° 9, PUCP, Lima, 2003, p. 139.

⁶⁶ De la misma opinión aunque con otra fundamentación, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 144.

⁶⁷ La interpretación de la constitución varía en función de cuál es la norma interpretada. Si nos encontramos frente a una norma que versa sobre derechos fundamentales de la persona —*parte dogmática*—, entonces la interpretación es amplia y debe preferirse aquella que amplíe la protección de los derechos de la persona, tal como lo estipula el principio *pro homine*. En ese sentido, RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo editorial PUCP, Lima 2010, pp. 248 ss. Por el contrario, en el caso de la *parte orgánica* ello no es posible, pues la interpretación siempre debe ser restringida. La Constitución Política es la norma fundamental que limita el ejercicio del poder estatal, por lo que toda aquella acción estatal que implique un ejercicio de poder y que no ha sido previsto por esta norma no será posible de ser realizada.

promovida por el Colegio de Abogados de Lima contra el Decreto de Urgencia N° 067-98. En este pronunciamiento el máximo intérprete de la constitución define las condiciones generales de validez de los decretos de urgencia, entre las cuales exige que “versen estrictamente sobre materia económica y financiera, con exclusión de la materia tributaria, por expreso mandato del tercer párrafo del artículo 74° de la Constitución”⁶⁸. Funcionalmente la norma tributaria y la norma penal son las dos formas de intervención más intensas del Estado en la actividad del ciudadano. Por ello, la Constitución expresamente prohibió que la primera pueda ser creada a través de un decreto de urgencia al limitar su introducción sólo a la ley y a los decretos legislativos. Si bien la Constitución no menciona expresamente una regla similar para el caso de las normas penales, puede considerarse que también se extienden los efectos de esta regla a las normas penales. A esta conclusión podemos arribar si tomamos en cuenta que las normas penales son formas más intensas de intervención en los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluso más que las normas tributarias. Por tanto, si para garantizar que se tenga una mayor cautela con la decisión de afectación a un derecho fundamental de carácter patrimonial derivado de la creación de una norma tributaria, con mucha más razón esta misma cautela se deberá tener en el caso de una norma penal que afecta un derecho fundamental más importante como es la libertad personal.

a) La costumbre y su lugar en el Derecho penal

La garantía de reserva de ley impide que otras fuentes del Derecho distintas a la ley y al decreto legislativo puedan sintetizar una expectativa de carácter estrictamente penal. De esta forma el resto de normas del ordenamiento jurídico, la doctrina y en especial la jurisprudencia quedan excluidas como fuentes de creación de delitos y penas. Sin embargo, ello no obsta que estas otras fuentes puedan ser tenidas en cuenta por el Derecho penal, no en la creación de la expectativa, sino en su concreción en la realidad.

Al momento de determinar el riesgo permitido, específicamente el ámbito de competencias o rol del actuante, se hace preciso acudir a todas aquellas normas que delimitan el ámbito de competencias que atañe cumplir al ciudadano en el caso concreto. Las normas delineadoras del riesgo permitido se reúnen en cuatro grupos⁶⁹:

- a) Normas escritas generales (Código penal, Código civil, Ley General de Sociedades, etc.).

⁶⁸ STC. Exp. N° 004-99-AI/TC, fundamento jurídico N° 1.

⁶⁹ Con más detalle, CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, cit., p. 55.

- b) Normas escritas especiales (Manuales y Reglamentos de Operaciones y Funciones, reglamentos, estatuto de una empresa, entre otros).
- c) Normas no escritas especiales de carácter técnicas (*lex artis*).
- d) Normas no escritas del estándar de conducta, o simplemente la costumbre.

La costumbre no es considerada fuente de creación de delitos y penas porque sólo la ley define la conducta prohibida y fija la sanción penal. Sin embargo, la costumbre sí es fuente de interpretación de los tipos penales, sobre todo en los contextos sociales donde el significado de relevancia penal de la conducta no opera mediante normas escritas, sino a través de la concreción del sentido comunicativo prácticas sociales que al ser llevadas a cabo de manera reiterada y permanente generan un estereotipo de comportamiento. Este estereotipo se plasma en *oficios* socialmente diferenciados permitiendo identificar dentro de sus contornos un espacio o ámbito de competencia personal, de tal suerte que quien obra correctamente in exceder los límites de dicha competencia tiene la garantía de no realizar jamás una conducta típica.

El art. 20, inc. 8 del Código penal plasma esta garantía estableciendo “está exento de responsabilidad penal el que obra (...) en el ejercicio legítimo de un *oficio*”. ¿Qué norma delimita los ámbitos de competencia propios de un *oficio*? Ninguna norma escrita, pero sí las normas no escritas del estándar de conducta generadas mediante la práctica permanente, a través los usos reiterados, que indiscutiblemente extienden una legitimación histórica a una determinada actividad con la plasmación sobre la misma de un estereotipo social. Así en nuestra sociedad gozan de un estereotipo social los *oficios* de taxi, cocina, albañilería, etc. Es la costumbre en resumidas cuentas la fuente a partir de la cual el penalista deberá extraer los criterios delimitadores de los contornos de lo permitido y lo prohibido al momento de decidir sobre la subsunción típica de una conducta practicada precisamente en el marco de un *oficio*.

Como se aprecia, el principio de legalidad aporta los fundamentos de una legitimación auténtica del Derecho penal porque en este caso mediante ley fueron creados los tipos penales, limitándose exclusivamente a la ley esta función (función limitante). Pero el tipo penal por sí mismo no dice nada si no es contextualizado en la comunicación del segmento social donde es practicada la acción (función legitimante). La estrecha relación entre Derecho penal y Sociedad reluce con mayor claridad en los casos donde la interpretación de los tipos penales toma en cuenta los estereotipos sociales plasmados en *oficios* estandarizados. Estas

cuestiones se ven materializadas en el conocido caso *del taxista*. Un taxista fue tomado en sus servicios por un sujeto que le pidió trasladar unos bienes a una dirección determinada, para lo cual, respondiendo a una solicitud del cliente, ingresó el vehículo a la cochera para la carga respectiva. En ese momento salieron de la casa otros sujetos que de inmediato llenaron el vehículo de objetos, obligando al taxista a abandonar la casa. No estando muy lejos del lugar fueron intervenidos por la Policía, que detuvo al taxista mientras los otros huyeron del lugar⁷⁰. La Corte Suprema confirmó la absolución del taxista de la imputación de cómplice en el delito de robo agravado (art. 189 del Código penal) con el fundamento “si bien el encausado, intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó a desempeñar el rol de taxista, de modo, que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos, fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la prohibición de regreso, lo que determina que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante, situándonos, en consecuencia ante un supuesto de atipicidad”⁷¹. Es evidente que la expectativa normativa contenida en la norma que castiga el delito de robo agravado (art. 189 CP) no se ve defraudada cuando en el contexto social concreto el interviniente no excede los límites de un obrar conforme a un oficio socialmente estereotipado (servicio de taxi). Si bien la ley penal preexiste a la acción realizada por la persona, tratándose de un contexto social en el que el ámbito de competencia del actuante está delimitado por una práctica social, la costumbre sirvió en este caso para determinar que la conducta no superó los contornos del riesgo permitido.

No hace mucho la Corte Suprema resolvió otro caso reconociendo nuevamente la costumbre como fuente de interpretación de la ley penal. Este es el caso de *la cocinera*⁷², en el que una mujer, que había sido condenada por haber preparado la comida a su esposo (un narcotraficante), y a los empleados de éste, fue absuelta por la Corte Suprema de los cargos de colaboración con el narcotráfico con la siguiente fundamentación: “(...) la imputación que pesa contra ella es por haber proveído alimentación a sus coprocesados que se encargaban de preparar la droga; sin embargo, dicha imputación no encuadra dentro del tipo penal, constituyendo una conducta atípica, que ni siquiera puede considerarse a título de cómplice, pues con su conducta no ayudó a la fabricación de la droga, únicamente alimentaba a dichas personas, no pudiéndola sancionar por los conocimientos especiales que posea; en este sentido, se advierte que la conducta desplegada por la encausada está revestida de neutralidad, operando en el

⁷⁰ El caso y la solución dogmática del mismo puede ser revisado en CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima 2009 (reimpresión), *passim*.

⁷¹ Cfr. la ejecutoria suprema recaída en el Exp. N° N° 4166-99-Lima, resuelto por la Sala Penal Suprema el 07 de marzo de 2000. Asimismo, véase el texto completo y su comentario en CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, cit., *passim*.

⁷² Cfr. la ejecutoria suprema recaída en el R.N. 3078-2011-Puno, de fecha 14 de septiembre de 2012, fundamento 3.6.

presente caso la prohibición de regreso, la cual sirve como filtro para determinar la delictuosidad de una conducta en los casos de intervención plural de personas en un hecho, ya que si la misma ha sido practicada en el marco de un oficio cotidiano, una profesión o una actividad estandarizada, no puede hacer decaer el efecto de garantía y de protección que lleva aparejada el ejercicio del rol, en consecuencia corresponde absolver a la procesada de los cargos que pesan en su contra”. En la medida que la imputación se basó únicamente en “haber proveído alimentación a sus coprocesados” y las pruebas obrantes en el expediente no desvirtuaron esa práctica social adecuada al estereotipo de lo que atañe desempeñar a una cocinera, el pronunciamiento judicial reconoció en el fondo que no hay razón para condenar a una persona cuando en el contexto de un sector social determinado su obrar no excede los límites del estándar de conducta de dicho sector.

C. El mandato de taxatividad: *lex certa*

1. *Función del mandato de determinación*

El proceso de comunicación no se satisface con que el lenguaje sea previo al acto comunicativo y que se emita a través de un medio idóneo para la comunicación. Es preciso un elemento adicional: que todas las personas puedan comprender el lenguaje, lo cual se alcanzará sólo cuando éste se encuentre perfectamente delimitado y los términos utilizados sean estandarizados. La función del mandato de determinación o mandato de taxatividad es señalar que la conducta prohibida y la sanción deben estar definidas de forma clara y precisa en la norma penal. Esta garantía contiene dos exigencias dirigidas al legislador.

En primer lugar le prohíbe crear tipos penales extremadamente abiertos en los cuales la conducta criminal, al menos en su esencia, no pueda ser determinada con la norma penal. Al respecto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que:

“El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa (BUSTOS R., Juan: *Introducción al Derecho Penal*. Temis. Bogotá, 1986, p. 62; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1990, p.61).”⁷³

⁷³ STC. Exp. N° 10-2002-AI/TC, fundamento jurídico N° 51.

En segundo lugar, le impone el deber de procurar que el lenguaje utilizado en la norma pueda ser comprendido por un ciudadano medio. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al señalar que:

“El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.”⁷⁴

2. Las normas penales en blanco

La elección de qué expectativas normativas tienen relevancia penal es hecha por el legislador en función del momento histórico en que se encuentra la sociedad. De esta forma, en un momento determinado puede considerar que es necesario criminalizar los delitos contra el honor, porque el honor puede ser considerado por la sociedad como parte de su identidad normativa básica. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, la sociedad puede considerar que existen formas de tutela al honor que pueden ser menos lesivas y más eficientes que la norma penal, o por el contrario, puede considerarse que las modalidades existentes en la actualidad son insuficientes y necesitan ser ampliadas. En ambos supuestos, para variar la norma penal el legislador deberá realizar todo el procedimiento de emisión de una ley, a efectos de que la expectativa o su consecuencia jurídica puedan ser modificadas.

Existen expectativas penales que responden a contextos sociales de alta dinamicidad, por lo que constantemente precisan ser modificadas. Un claro ejemplo de ello son las normas penales tributarias, específicamente el delito de defraudación tributaria. El tipo penal exige que la defraudación se realice sobre un tributo no señalando expresamente cuáles son los tributos previstos por la norma penal. De seguir estrictamente el mandato de determinación, entonces la norma penal debería prever todos los tributos que es necesario evadir por la norma penal. De igual manera, en el caso de contrabando, la norma penal debería establecer de manera fija y clara cuánto es monto de una Unidad Impositiva Tributaria.

No existiría ningún problema en seguir estrictamente el mandato de taxatividad si el proceso de emisión de una norma penal no fuese tan largo y a su vez la nueva situación exija el cambio normativo de forma rápida. Para atender la necesidad de

⁷⁴ STC. Exp. N° 2192-2004-AA/TC, fundamento jurídico N° 5.

variar rápidamente la norma penal es que se ha llegado al consenso de flexibilizar el mandato de *lex certa*. Esta flexibilización se concreta en la denominada *ley penal en blanco*. La norma penal en blanco tiene todas las características de una norma penal, pero parte de sus elementos no es definido en esta norma, sino que se acude a una norma extrapenal para ello. De esta forma, la ley penal en blanco no se compone sólo por elementos de estricto índole penal, sino que a ella se integran los elementos descritos en la norma extrapenal.

Existen dos tipos de norma penal en blanco que se clasifican en razón del rango legal de donde proviene la norma extrapenal. La ley penal en blanco impropia es aquella que se remite a una norma penal de igual rango, es decir, otra norma que tenga el rango y fuerza de Ley. Un ejemplo claro de este tipo de normas es el delito de defraudación tributaria. En este tipo penal se encuentra el elemento objetivo del tipo “tributo”, el cual no es definido por la norma penal, sino que serán las normas del campo tributario las que definirán cuáles son los tributos existentes en el ordenamiento jurídico. También existe la denominada ley penal en blanco propia, en este caso la remisión es realizada a la una norma infralegal. Ejemplo de este supuesto es el delito de contrabando. Esta norma penal no define cuál es el monto de la Unidad Impositiva Tributaria que se debe superar para considerar la conducta como delictiva. Para completar este elemento se acude a una norma de carácter extrapenal que es el Decreto Supremo emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas donde se fija anualmente este monto.

Sobre el segundo supuesto existe en la actualidad mucha controversia por ser el Poder Ejecutivo quien finalmente establecerá el contenido faltante de la norma penal. La crítica tiene su origen en una de las razones históricas del surgimiento del principio de legalidad: el principio de separación de poderes. El Poder Ejecutivo, quien se encarga de ejecutar la decisión judicial y de prevenir la comisión de hechos delictivos no puede a su vez encargarse de determinar cuáles son las conductas que considera ha de perseguir. Este evidente riesgo no tiene en realidad razón de ser desde el momento que la esencia de la conducta criminal no es determinada autónomamente por la norma emanada del Poder Ejecutivo, sino por la Ley penal, dejándose al primero sólo aspectos que no forman parte del contenido esencial del delito creado. En el ejemplo planteado del contrabando, la conducta criminal se encuentra ya establecida en el tipo penal: sustraer, eludir o burlar el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o extraerlas del territorio nacional o no presentarlas para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la Administración Aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto. Sólo un aspecto no esencial es regulado por el Poder Ejecutivo: el monto de la Unidad Impositiva Tributaria. De igual manera, en el caso del delito de contaminación ambiental sucede exactamente lo mismo. La norma penal sanciona a aquella persona que provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de

gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Sin embargo, estas acciones tienen que ser llevadas a cabo superando leyes, reglamentos o límites máximos permisibles. De estos tres supuestos, no esenciales para definir la conducta, dos son potestad exclusiva de la Administración pública y al no ser parte de la esencia misma de la conducta pueden ser normados por esta.

3. Supuestos de indeterminación de la norma penal

Si bien la doctrina identifica cuatro supuestos que afectarían al mandato de taxatividad: a) falta de descripción del delito; b) empleo de cláusulas generales, c) uso de términos vagos, y d) defectos de técnica legislativa⁷⁵, en este lugar sólo haremos referencia a uno de ellos: al uso de términos vagos en los elementos normativos. Un elemento normativo del tipo es aquel elemento que exige al juzgador un acto de valoración especial, pues no se basa en un elemento sensitivo, sino en un concepto jurídico que no ha sido suficientemente descrito en la norma penal⁷⁶. Por tanto, esta falta de determinación del tipo es suplida con la interpretación de la norma que realice el operador jurídico. El uso de este tipo de normas es siempre polémico, pues otorga al Juez una gran importancia, dado que la interpretación que él realice de la norma penal es el que otorgará el sentido final al tipo.

No obstante, pese a la polémica generada es posible recurrir a ellas, tal como el Tribunal Constitucional ha afirmado:

“47. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Temis. Bogotá, 1989, p.35). Como lo ha sostenido este Tribunal en el Caso “Encuesta a boca de urna” (Exp. N.º 002-2001-AI/TC), citando el Caso

⁷⁵ Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 162 ss.

⁷⁶ Sobre la distinción entre elementos normativos y elementos descriptivos del tipo penal puede consultarse el trabajo de KINDHÄUSER, Urs, “Hechos brutos y elementos normativos del tipo”, trad. de Orlando Humberto De la Vega Martínis, en *InDret* 2/2014, pp. 3 ss.

Conall y vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana, “una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad” (Fundamento Jurídico N.º 6).

48. Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que *“la exigencia de “lex certa” no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”* (STC 69/1989).

49. En esta perspectiva, el Derecho penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación.”⁷⁷

Recientemente ha tomado mucha relevancia la discusión de una cláusula general proveniente del Derecho penal internacional a raíz del denominado Caso BARRIOS ALTOS⁷⁸. Nos referimos exactamente al término “población civil” en el delito de lesa humanidad. Este elemento normativo es un claro ejemplo de cláusula general, porque la posibilidad de determinar que ha de entenderse por “población civil” no se encuentra en la norma penal y no es tampoco de fácil interpretación por ser un concepto muy abierto. Por un lado, se encuentra aquellas posturas que partiendo desde los conceptos del Derecho penal internacional consideran que población civil es toda aquella persona que no es combatiente⁷⁹. Estas posturas se basan en lo dispuesto los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, los cuales describen que se ha de entender por población civil. Por otro lado, se encuentran las posturas que consideran que el concepto de población civil no se desprende

⁷⁷ STC. Exp. N.º 10-2002-AI/TC, fundamentos jurídicos N.º 47-49.

⁷⁸ La ejecutoria suprema es la siguiente: R.N. N.º 4104-2010-Lima, de fecha 20 de julio de 2012. El debate sobre el tema puede encontrarse en CASTILLO ALVA, José Luis, “La validez de una sentencia penal. Acerca de la calificación de un hecho como grave violación a los Derechos Humanos: Entre el respeto a las normas internas y el cumplimiento de la jurisprudencia de la CIDH. A Propósito de la sentencia del caso Barrios Altos (Primera Parte)”, en *Gaceta penal & Procesal penal*, N.º 49, Gaceta Jurídica, Lima 2012, pp. 53 ss.

⁷⁹ En este sentido se encuentra el Ministerio de Justicia quien en su demanda de *habeas corpus* definió a la población civil de forma negativa (todo aquel que no sea combatiente).

del Derecho Internacional Humanitario, sino que ha de construirse un concepto propio de población civil a partir de la definición del delito de lesa humanidad⁸⁰. Estas últimas posturas, a nuestro juicio más acertadas, toman en cuenta que el delito de lesa humanidad puede cometerse tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra, por lo que el concepto de población civil no debe de construirse sobre la base de la distinción entre combatiente y población civil.

Un punto que debe llamar la atención sobre este elemento normativo es la posibilidad de exigirle al ciudadano común su conocimiento. El mandato de determinación implica que el ciudadano pueda comprender el significado del elemento normativo que integra el tipo penal. Cabe preguntarse ¿es posible exigir a un ciudadano comprender un elemento normativo sobre el cual ni la doctrina ni la jurisprudencia tienen un concepto unívoco? La respuesta es indudablemente negativa, lo que hace necesaria la creación de una norma interpretativa acerca de qué ha de entenderse por población civil, debiendo ser incluida en los elementos de los crímenes del Estatuto de Roma.

D. La prohibición de analogía: *lex stricta*

1. El juez y la aplicación del derecho

La expectativa penal sólo puede surgir a través de una norma penal emitida por un órgano capaz legitimado para imponer un mensaje estandarizado a todos los interactuantes. El emisor válido es el Congreso de la República, y el Poder ejecutivo vía delegación de facultades. La razón por la que se centralizó la emisión de normas penales en el Poder Legislativo reposa en el principio de separación de poderes que imponía el deber de que cada poder del Estado ejerza tan sólo una función. En la actualidad este principio ha perdido la rigidez que otrora lo caracterizaba, pues la realidad ha demostrado que los poderes del Estado pueden cumplir a su vez varias funciones. Este fenómeno tiene efectos en la norma penal, pues al ser la actividad legislativa más lenta que los cambios en la realidad o incluso en las mismas normas conexas, las norma penal no recoge todos los supuestos que pueden conformar la identidad normativa básica de la sociedad, dejándose a manos de los intérpretes del Derecho la tarea de dar un sentido final a la norma penal⁸¹.

⁸⁰ Cfr. WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho penal internacional*, 2ª ed., trad. María Gutiérrez Rodríguez, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 470; TORRES PÉREZ, María, *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Tirant lo blanch, Valencia 2008, p. 124.

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas”, en CARO JOHN, José Antonio / MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, pp. 208-210.

La esencia de la administración de justicia es la aplicación del Derecho, esta se concreta en diversos ámbitos: la resolución de conflictos entre partes, la calificación jurídica de un hecho probado como delito, la imposición de una medida coercitiva, la disposición de la ejecución forzosa de una disposición sustantiva, entre otros. Esta labor no es absolutamente discrecional, sino que tiene un primer límite obligatorio: la ley. Es la ley la que delimita la actuación del Magistrado, pues ella determina en abstracto cuales son los derechos y deberes de una persona en un contexto concreto.

La actividad que realiza el magistrado para aplicar el Derecho depende del caso concreto y su dificultad para aplicar en él el supuesto de hecho de la norma o sus consecuencias jurídicas. Pueden distinguirse tres tipos de situaciones distintas: a) la norma es cerrada y resulta simple aplicarla al caso concreto; b) la norma resulta abierta y su contenido requiere que el Magistrado delimite su aplicación a través de la interpretación; y, c) no existe norma prevista para el caso en concreto pero debe resolverse el caso creando una norma, aunque ello sólo es posible en supuestos excepcionales, por ejemplo, la analogía.

El primer momento no exige mayor actividad del Magistrado, pues sólo queda la aplicación al estar determinados con precisión el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de la norma. Por ejemplo, en el caso de que una persona menor de 18 años cometa un delito, el Juez aplicará el Derecho directamente al comprobar el supuesto de hecho (minoría de edad) e imponer la consecuencia jurídica (ausencia de responsabilidad penal).

En la segunda situación la labor más frecuente y que mayor complicación puede generar al Magistrado, pues la interpretación de una norma jurídica es la actividad que define propiamente la labor jurisdiccional⁸². La elección del método interpretativo y la interpretación adoptada, forman parte de la discrecionalidad de la que goza todo Magistrado. La discrecionalidad en este ámbito de aplicación del derecho no es absoluta. Existen dos límites a la interpretación judicial: a) la existencia de una norma interpretativa, y, b) la existencia de un precedente vinculante o jurisprudencia de observancia obligatoria. De los dos sólo el primero puede considerarse un límite absoluto, porque allí donde una norma expresamente define un concepto no cabe una interpretación que pueda ir en contra de la interpretación hecha por el legislador en la norma. El segundo es relativo porque el Magistrado puede desvincularse de la interpretación adoptada, incluso cuando el pronunciamiento judicial tenga la calidad de vinculante, claro está bajo ciertos requisitos como invocar el pronunciamiento y motivar por qué el mismo no es aplicable al caso analizado.

⁸² Para un mayor detalle sobre este tema véase ASEFF, Lucía María, “Los métodos interpretativos”, en *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*, ARA editores, Lima 2012, pp. 345- 380.

En el tercer momento se exige una mayor actividad en el Magistrado, pues implica la creación de una norma allí donde no existe. Es recurrir a una analogía para llenar el vacío producido por la ausencia de norma que regule expresamente la situación.

2. La analogía en el Derecho penal

La analogía es aquel ejercicio realizado por el intérprete, generalmente el Magistrado, a través del cual él, sin ser el originalmente competente para la creación de una norma, crea una norma. Para que el Juez pueda aplicar la analogía tienen que darse tres condiciones. La primera es que exista un vacío jurídico, es decir, una situación que el Derecho no haya previsto pero que requiera tutela del mismo. La segunda es que exista una situación jurídica similar que sí tenga un respaldo normativo. La tercera es que la norma creada no restrinja derechos individuales, sino los amplíe.

El art. 139, inc. 9 la Constitución Política prohíbe expresamente la aplicación de la analogía en la ley penal y otras normas que restrinjan derechos. De esta forma, queda imposibilitado que el Magistrado pueda, vía analogía, crear una norma penal donde pueda encontrar un vacío normativo⁸³. Aparentemente nos encontramos frente a una prohibición absoluta del uso de la analogía; sin embargo, la doctrina⁸⁴ y la jurisprudencia⁸⁵ se han decantado por considerar que esta prohibición de analogía se restringe exclusivamente a la analogía *in malam partem* y no se ha de extender a la analogía *in bonam partem*. En ese sentido se han pronunciado dos Magistrados del Tribunal Constitucional de la siguiente manera:

“Muy al contrario de lo que sucede en otras áreas del Derecho, donde la analogía es muy pertinente en supuestos de satisfacción del principio de igualdad, en el Derecho Penal no encuentra asidero alguno en virtud del principio de legalidad penal, salvo que se trate de la analogía denominada *in bonam partem*. Por lo demás, los jueces están impedidos de aplicar la analogía con la finalidad de integrar los vacíos de punibilidad que presenten los preceptos penales, garantizándose así que éstos no traspasen la letra de ley y, consecuentemente, que creen vía jurisprudencial delitos, supuestos de agravación o penas.”⁸⁶

⁸³ Existe una interesante postura sobre la naturaleza jurídica de la aplicación de la analogía por el juez, según la cual el juez no crea derecho, porque la creación de la norma sólo le compete al legislador al ser el único que puede incorporar una valoración propia en la norma. Cfr. MONTIEL, Juan Pablo, *Analogía favorable al reo. Fundamento y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, Universidad de los Andes, Bogotá 2011, pp. 131-141.

⁸⁴ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires 1999, pp. 75 ss.

⁸⁵ STC. Exp. N° 2235-2004-AA, fundamento jurídico N° 8.

⁸⁶ STC. Exp. N° 1645-2010-HC/TC, fundamento jurídico N° 16, votos singulares de BEAUMONT CALLIRGOS y ÁLVAREZ MIRANDA.

La analogía *in malam partem* es aquél procedimiento realizado por el Magistrado por medio del cual crea una norma penal sustantiva que afecta un derecho fundamental. Por ejemplo, el art. 107 del Código penal, antes de la modificación de diciembre de 2011 sancionaba a quien diera muerte a un cónyuge o concubino. Estaremos frente a una analogía *in malam partem* si bajo la vigencia de la norma derogada se decidiese procesar a quien haya dado muerte a otra persona con la que sostenía una relación de concubinato impropio, vale decir una unión de hecho que no cumplía los requisitos del art. 5 de la Constitución Política, tales como la unión de hecho homosexual, unión de hecho entre casados, entre otros. Sólo el concubinato propio tendría protección, porque si bien doctrinariamente se admite la existencia con fines didácticos de un concubinato impropio, a efectos de la protección y el reconocimiento brindado por nuestro ordenamiento jurídico sólo existe la unión de hecho propia. Por ello, si en el Derecho civil únicamente tiene efectos jurídicos la unión de hecho propia, entonces sólo ella goza de protección del Derecho penal.

La analogía *in bonam partem* es igualmente un acto de integración por el que se crea la norma, pero esta norma no afecta un derecho fundamental sino en realidad lo amplía. Un ejemplo de analogía *in bonam partem* lo podemos encontrar en la atenuación de la pena derivada de una afectación al derecho al juzgamiento en un plazo razonable o derecho a un plazo razonable. En el ámbito penal este derecho implica que toda persona que ha sido sometida a la persecución penal debe ser investigada o procesada sin ser sometido a dilaciones indebidas⁸⁷. Este derecho ha sido materia de múltiples pronunciamientos en la jurisprudencia constitucional nacional⁸⁸ y la jurisprudencia interamericana⁸⁹. Una vez comprobada la afectación de este derecho existen tres soluciones brindadas por la jurisprudencia nacional para remediar esta afectación. La primera es la exclusión del ciudadano del proceso penal, lo cual implica que se extingue la acción penal entablada en su contra⁹⁰. La segunda es el otorgamiento al órgano que habría afectado el plazo razonable de un plazo adicional para definir la situación jurídica del ciudadano⁹¹. La tercera es atenuar la pena impuesta a la persona, a manera de

⁸⁷ En profundidad, PASTOR, Daniel, *El plazo razonable en el Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2002, *passim*.

⁸⁸ Cfr. STC. Exp. N° 5228-2006-PHC/TC, fundamentos jurídicos N° 2-19; STC. Exp. 01813-2008-PHC/TC, fundamento jurídico N° 7; STC. Exp. 01130-2007-PHC/TC, fundamentos jurídicos N° 3-5.

⁸⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso 19 COMERCIANTES vs. COLOMBIA, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas del 05 de julio de 2004, fundamento jurídico N° 189; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso BALDEÓN GARCÍA vs. PERÚ, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 6 de Abril de 2006, fundamento jurídico N° 151; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso LÓPEZ ÁLVAREZ vs. HONDURAS, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 1 de febrero de 2006, fundamento jurídico N° 132, entre otros.

⁹⁰ Cfr. STC. Exp. N° 3509-2019-HC/TC.

⁹¹ Cfr. STC. Exp. N° 05350-2009-HC/TC; STC. Exp. N° 04732-2011-HC/TC.

compensación por la afectación a este derecho fundamental⁹². Cabe resaltar que ninguna de estas soluciones se encuentra expresada en la legislación nacional, la misma que –salvo violaciones al plazo legal– no tiene expresamente prevista cuál será la consecuencia de la afectación al plazo razonable.

A nuestro entender es perfectamente posible aplicar el tercer tipo de solución: la atenuación de la pena, pese a que expresamente no se encuentre ello regulado en nuestro Código penal. El transcurso del tiempo afecta directamente la necesidad preventiva de la pena⁹³, y esto ha de tener efecto directo en la graduación que se haga de la misma. La inexistencia de este razonamiento en una norma expresa puede ser suplida con una analogía que considere la afectación al plazo razonable como una causal de atenuación de la pena. La posibilidad es planteada porque existe un vacío en el ordenamiento jurídico y estamos ante una interpretación que no restringe derechos, sino que los amplía.

3. *La pena cumplida como causal de extinción de la acción penal*

La interpretación de la norma penal no sólo es posible de ser realizada desde un punto de vista literal, sino que hay distintos principios que deben ser aplicados al momento de interpretarla. En esta ocasión nos referiremos a dos de ellos (el principio *pro homine* y *pro libertatis*) y los aplicaremos en un supuesto que no ha sido hasta el momento abordado en la jurisprudencia o la doctrina: el cumplimiento de la pena impuesta antes de que el órgano revisor emita un pronunciamiento definitivo sobre la sentencia ejecutada.

El Código penal ha previsto en el art. 85, inc. 2 que “la ejecución de la pena se extingue por cumplimiento de la pena”. Dicha norma no ha recibido una detallada interpretación por parte de la doctrina nacional, pues siempre se ha considerado muy por encima que esa causal se aplica cuando nos hallamos únicamente frente a una sentencia condenatoria de última instancia que ha sido ejecutada cabalmente, según los términos en ella dispuesta. No obstante, consideramos que someter la interpretación de la mencionada norma a ese único supuesto sería restringir todas las posibilidades de interpretación existentes, sobre todo si es que

⁹² Es trascendental a este respecto la ejecutoria suprema dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el R.N. N° 4674-2005-Lima, de fecha 28 de febrero de 2007, en cuyo Considerando Quinto establece “en estos casos la compensación que se hace entre la dilación indebida y la determinación de la pena tiene como argumento principal que las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y por lo tanto si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena: este efecto de carácter aflictivo importa, de hecho, una anticipada retribución, que paralelamente se debe reflejar en la pena que se imponga; (...) si la pena constituye, externamente considerada, una pérdida de derechos fundamentales, las lesiones de derechos fundamentales que son consecuencias de un desarrollo irregular del proceso deben ser abonadas en la pena, pues tienen también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos”.

⁹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio “jurisdiccional” de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado”, en GARCÍA VALDÉS, Carlos et al. (coord.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid 2008, p. 677 s.

tomamos en cuenta que la misma admite perfectamente otra interpretación respetuosa de las garantías constitucionales que incardina en su contenido los derechos fundamentales de un sentenciado.

Esta última interpretación a la que hacemos referencia tiene que ver directamente con un problema concreto: el cumplimiento de la pena antes de que el medio impugnatorio, de carácter ordinario o extraordinario, sea resuelto. Al respecto, el Código de procedimientos penales no ofrece una solución directa al problema, y mucho menos el Decreto Legislativo N° 124, pues ambos cuerpos normativos no prevén que dicha situación pueda suceder, toda vez que establecen plazos muy breves para que las causas sean resueltas, los que por lo general son largamente superados.

El Código penal precisamente contempla una serie de causales que extinguen la acción penal y la pretensión punitiva, las cuales son entendidas como formas de materialización de las garantías penales de los ciudadanos. Una de esas causales de extinción de la pretensión punitiva es que el sentenciado haya cumplido la pena que le ha sido impuesta. Una interpretación adecuada de esta norma nos permite subsumir dentro de ella el supuesto antes descrito (cumplimiento de pena antes de la resolución del medio impugnatorio). El trasfondo de esta norma es la protección de la libertad personal del ciudadano sentenciado, pues con ella se busca limitar las opciones que tiene el Estado de sancionarlo más allá de los contornos de una pena cumplida, lo que de prosperar traería consigo una grave lesión de su derecho fundamental a la libertad personal.

Surgen así dos posibilidades de interpretar la norma del cumplimiento de la pena como causal de la extinción punitiva. La *primera* es de naturaleza formal, circunscrita tan sólo a la literalidad de la norma que abarca al único supuesto de contar con una sentencia condenatoria de última instancia ejecutada cabalmente. El problema que se suscita es la posibilidad de imponer una pena mayor al procesado por estar pendiente el medio impugnatorio, no obstante que la pena impuesta ya se cumplió. La *segunda* interpretación brinda mayores garantías al ciudadano sometido a una persecución penal, puesto que sobre la base de entender que la demora en la tramitación del medio impugnatorio no debe afectar en modo alguno al ciudadano, entonces se extinguirá la acción penal en su contra cuando cumpla la pena que le fue impuesta y no haya sido resuelto el medio impugnatorio planteado contra la resolución impugnada. Esta interpretación tiene asidero constitucional y viene a llenar un vacío normativo cuando la norma expresa (art. 85, inc. 2 CP) no señala cuál es la salida al caso antes planteado. Aquí es donde entran a operar los principios *pro homine* y *pro libertatis*.

Según dichos principios en caso que existan dos o más interpretaciones de un derecho fundamental habrá que elegirse a aquella que optimice y maximice la protección del derecho fundamental interpretado. Siendo esto así, la segunda interpretación es la correcta por compaginarse con el sistema de protección de derechos fundamentales que perfila nuestro Tribunal Constitucional.

Bibliografía de la unidad

I. Bibliografía obligatoria

STC N° 0012-2006-PI/TC

STC N° 0019-2005-PI/TC

II. Bibliografía sugerida

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Los principios constitucionales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 35-75.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuál es el contenido del mandato de ley escrita?

2. ¿Cuál es el contenido del mandato de ley estricta?

3. ¿Cuál es el contenido del mandato de ley cierta?

4. ¿Cuál es el contenido del mandato de ley previa?

UNIDAD III

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

I. PRESENTACIÓN

En las dos unidades vimos la legitimación formal, en primer lugar, como ingreso al sistema jurídico (el principio de proporcionalidad) y, en segundo lugar, la validez formal al interior del sistema jurídico penal (el principio de legalidad). En la presente unidad analizaremos la legitimidad material al interior del sistema jurídico penal: el principio de lesividad.

Es gracias a este principio que se determina cuando una acción merece la reacción del Derecho penal o del Derecho administrativo sancionador. Por ello, la importancia de su estudio, pues -desde una perspectiva constitucional- el hecho de que una ley penal sea formalmente válida, no implica que materialmente lo sea. Sobre este punto, recientemente, la jurisprudencia ha abordado precisamente la aplicación de supuestos en los cuales la norma penal tenía una validez formal, por estar expresada en el Código penal, pero que -en el caso concreto- el supuesto de hecho de la norma debía modificarse, pues la imposición de una pena -tal como se encontraba- hubiera implicado la afectación del principio de lesividad-

El trabajo en esta unidad se basa en la jurisprudencia señalada como obligatoria, a partir de cuyo análisis podremos observar que no necesariamente la validez formal de la norma penal es suficiente para imponer una sanción penal. Por el contrario, conforme podremos observar, existen supuestos donde es necesaria analizar la validez material, como requisito indispensable para aplicar una sanción penal.

II. OBJETIVO DE LA UNIDAD:

El objeto de la presente unidad es que el participante sepa los requisitos materiales para que una acción sea considerada como penalmente relevante. A partir de ello podrá diferenciar la acción penal de la acción administrativa.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuál es el objeto de protección del Derecho penal?
2. ¿Cuál es la diferencia entre la norma administrativa y la norma penal?
3. ¿Cómo aplicar el principio lesividad en la casuística diaria?

Contenidos⁹⁴

I. SENTIDO DEL PRINCIPIO

Este principio hace hincapié en que la intervención del Derecho penal tiene sentido únicamente para la protección de bienes jurídicos⁹⁵. Se trata del cometido básico del Derecho penal que ha orientado su función en los últimos dos siglos, desde la creación del concepto de “bien jurídico” por BIRNBAUM⁹⁶ en 1834, su redescubrimiento por BINDING⁹⁷ en los años setenta del S. XIX, y para lograr su consolidación como una “teoría de legitimación del Derecho penal”⁹⁸ en la ciencia penal alemana dominante del S. XX y en lo que va del S. XXI. Ahora bien, no obstante que la doctrina dominante en el Derecho penal considera al unísono que la función del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, sin embargo, la misma doctrina no ha logrado precisar hasta ahora “qué debe entenderse por bien jurídico”⁹⁹, y, lo más importante, qué contenido tiene o debe tener un bien jurídico. En lo que indudablemente existe acuerdo es que el bien jurídico se distancia rotundamente de cobijar a la moral, a las ideologías, a los credos religiosos y otros elementos no vinculantes —subjetivos— dentro de su configuración. Esto, sobre todo es resaltado en consonancia con el carácter “limitador” del *ius puniendi* atribuido al bien jurídico. ROXIN es contundente en este punto al llamar la atención que la tarea del Derecho penal no consiste en resguardar los sentimientos de sus ciudadanos¹⁰⁰, citando a AMELUG recuerda que la “misión del Derecho penal es el mantenimiento de la co-existencia humana, no el co-sentimiento humano”¹⁰¹.

⁹⁴ La presente sección se basa en la introducción a la obra *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editores del Centro, Lima, 2014, realizada en coautoría con el Prof. José Antonio CARO JOHN.

⁹⁵ MIR PUIG, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, cit., pp. 159 ss.

⁹⁶ BIRNBAUM, Johann Michael Franz, “Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens”, en *Archiv des Criminalrechts*. Neue Folge, 15 (1834), pp. 149 ss.

⁹⁷ BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Tomo I, 3a. ed., Aalen 1916, p. 499.

⁹⁸ Schünemann, Bernd, “Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y víctimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal” (trad. de Eduardo Javier Riggi y Ricardo Robles Planas), en VON HIRSCH, Andrew et al. (eds.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona 2012, p. 67

⁹⁹ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Tomo I, cit., § 2/9.

¹⁰⁰ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Tomo I, cit., § 2/26.

¹⁰¹ AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1972, p. 347.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión acentuando especialmente lo siguiente¹⁰²:

“Desde una perspectiva constitucional la delimitación de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (*principio de lesividad*). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental. ‘Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la Norma Fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional’”¹⁰³.

II. EL “DERECHO DE LA PERSONA” COMO CONTENIDO DEL OBJETO DE PROTECCIÓN

El art. IV del Título Preliminar del Código penal plasma en su redacción el principio de lesividad señalando que “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. Con esto, en el ideario constitucional de protección de los derechos fundamentales de la persona, se antepone a toda imputación la exigencia de identificar un bien jurídico como objeto de lesión, sin el cual es imposible activar el ejercicio de la potestad punitiva estatal. Pero, en medio de las dificultades señaladas, de que nadie sabe a ciencia cierta qué contenido es el más apropiado para dar al bien jurídico, se presenta la noción del “derecho de la persona”¹⁰⁴, como el objeto de protección más practicable y objetivamente realizable en la conformidad constitucional de la función del Derecho penal, de mantener vigente las expectativas de protección de la persona en la sociedad.

¹⁰² STC. Exp. N.º. 0014-2006-AI, fundamento jurídico N.º 11.

¹⁰³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia 1999, p. 37.

¹⁰⁴ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, cit., p. 137 ss.

Mediante la protección del derecho de la persona el principio de lesividad garantiza al ciudadano que allí donde no exista un derecho sometido a cuestionamiento carece de sentido la intromisión del Derecho penal sobre la esfera de libertad personal del ciudadano. En esto radica definitivamente el sentido constitucional del principio de lesividad; de una parte mantiene su contenido limitador del *ius puniendi* a fin de que todo ejercicio de poder punitivo por parte del operador jurídico esté sometido a un continuo control acerca de su legitimación constitucional, pero, de otro lado, extiende la garantía que sólo cabe dicha intervención cuando se trate de una efectiva *lesión* del derecho de la persona, con independencia de que dicha lesión opere técnicamente bajo la forma de un delito de peligro o de un delito de resultado. Lo determinante es que la *lesión* recaiga efectivamente sobre un derecho, y no sobre una moral, una ideología, un credo, o una política determinadas.

El principio de lesividad incide asimismo en la dimensión material —de legitimación— de los tipos penales, por encima de su configuración formal. Esto se aprecia claramente en los casos donde, a pesar de existir una aparente lesión de un derecho, o si se quiere, también de un bien jurídico, en el fondo no existe lesión alguna. No existe, precisamente porque la base material que dota de sentido de relevancia al objeto de protección típica se mantiene intacta. Dicho de otro modo: el castigo de la insignificancia no goza de conformidad constitucional. Un ejemplo de lo acabo de afirmar lo aporta el “caso de la hoja membretada”¹⁰⁵, donde un servidor público, abogado de la Oficina de Asesoría Legal de la Universidad Nacional de Huancavelica, usó cuatro hojas membretadas con sello de agua de dicha universidad para redactar un alegato y presentarlas luego en un proceso judicial que patrocinaba de forma particular. Por este hecho el abogado fue procesado por el delito de peculado de uso. La Sala Penal Superior condenó al imputado a 1 año de pena privativa de la libertad y 300 nuevos soles por concepto de reparación civil. El imputado impugnó la sentencia, en virtud de lo cual la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema tomó conocimiento del caso y absolvió al imputado en base a los siguientes fundamentos:

- a) Que, “el Derecho penal no puede arrogarse todo comportamiento socialmente indeseado —su ámbito de aplicación es limitado—, sino solo aquellos que revisten suma gravedad y que son posibles de revertir con medios de control menos severos” (Considerando Quinto).

¹⁰⁵ El caso fue resuelto en el R.N. N° 3763-2011-Huancavelica, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, el 29.10.2013 (magistrado ponente: PARIONA PASTRANA).

- b) Que "en virtud del principio de lesividad, la pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley, sin embargo, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene la aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito de requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple desliz disciplinario" (Considerando Séptimo); y
- c) Que, "el hecho en sí mismo [sic. el uso de cuatro hojas membretadas] no produce una "perturbación social" que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención tan drástica del Derecho Penal mediante la pena. Precisamente, por no transgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del Derecho Penal, y, mereciendo la conducta practicada claramente una sanción de corte administrativo (...) corresponde absolver al imputado de la acusación fiscal por el delito imputado".

Como se puede apreciar, el caso en mención resalta la fuerza constitucional del principio de lesividad al poner de manifiesto que de haberse resuelto el problema únicamente con las herramientas propias del Derecho penal, esto es, al interior del Derecho penal, en estricta subsunción del hecho dentro de los elementos normativos del tipo penal de peculado de uso (art. 388 CP: "*El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda*"), no sería posible reclamo alguno contra la condena, es más, hasta sería lógica su imposición por concretar adecuadamente el silogismo penal. En esta línea de argumentación se agregaría que el hecho fáctico calza perfectamente dentro del supuesto de hecho la norma penal (el uso indebido de cuatro hojas membretadas es subsumible dentro del elemento típico "instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda"). Sin embargo, si bien esta solución es formalmente lógica, materialmente es *ilegítima*. En esto radica precisamente el quid de la fuerza operativa de los valores constitucionales plasmados en los principios constitucionales del Derecho penal, en este caso, en el principio de lesividad. El uso indebido de cuatro hojas membretadas no reúne *significancia* para legitimar la intervención del Derecho penal sobre la libertad personal del ciudadano. Esto no significa desconocer el carácter ilícito de la conducta, pero esa ilicitud no tiene porqué ser calificada directamente como ilicitud penal, cuando un ordenamiento previo al mismo lo reclama y puede tratarlo legítimamente como como ilicitud administrativa.

Entonces sólo los hechos graves dan lugar a consecuencias —también graves— del Derecho penal. La “importancia social”¹⁰⁶ de la lesión determina en qué caso un hecho susceptible de imputación puede cruzar los límites del riesgo permitido y en qué caso no, muy a pesar que formalmente pueda satisfacer los requisitos de la subsunción típica. El principio de lesividad añade un elemento de legitimación a la aplicación práctica de la estructura dogmática del delito, de allí que el campo operativo del principio de lesividad no está en la antijuricidad como categoría dogmática del delito, sino, antes, en la tipicidad, concretamente en el tipo objetivo; en este lugar enriquece el juicio operativo de delimitación las esferas de libertad de acción de la persona decidiendo con base a criterios de legitimación constitucional cuándo una conducta *no es típica* por no existir afectación alguna de un bien jurídico o de un derecho de la persona.

¹⁰⁶ MIR PUIG, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, cit., p. 162.

Bibliografía de la unidad

I. Bibliografía obligatoria

Ej. Supr. R.N. N° 3763-2011-Huancavelica, ponente: Pariona Pastrana.

Ej. Supr. R.N. N° 1335-2012-Apurimac, ponente: Rodríguez Tineo.

II. Bibliografía sugerida

HUAMÁN CASTELLARES, Daniel O. *El sistema jurídico penal*, Editores del Centro, Lima, 2016, pp. 121-153.

JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Ed.), *El funcionalismo en el Derecho penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 39-56.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuáles son los criterios que se utilizan para diferenciar una norma penal de una norma administrativa?

2. ¿Qué ha de hacerse cuando se considera que la sanción penal no es proporcional a la conducta realizada?

3. ¿Qué protege el Derecho penal?

UNIDAD IV

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

I. PRESENTACIÓN

Hasta el momento, el discente se habrá introducido en el conocimiento de los principios de legitimación de la norma y la sanción penal en su fase externa. Sin embargo, para que la legitimación sea total también es necesario contar con un interviniente: la persona. Es precisamente el principio de culpabilidad el que se encarga de hacer que la abstracción de la sanción penal se concrete en una persona, lo que tiene como resultado la legitimación individual de la sanción.

El núcleo duro del Derecho penal, aquel que es utilizable con personas mayores de edad y carentes de problemas mentales, se fundamenta en la culpabilidad como eje legitimador de la sanción penal. Aquella persona que es libre para decidir sus acciones, es responsable por la defectuosa administración de los riesgos que se encuentran en su esfera de control. La relación entre libertad de organización y responsabilidad por la organización defectuosa de dicha libertad, hace que sea legítima la imposición de la pena.

En la presente unidad analizaremos el fundamento del principio de culpabilidad, los subprincipios que lo componen y los nuevos retos que se imponen a su vigencia (el Derecho penal del enemigo). Para ello nos basaremos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los aportes realizados por la doctrina.

II. OBJETIVO DE LA UNIDAD:

El objeto de la presente unidad es que el discente se acerque al fundamento del principio de culpabilidad y sus aplicaciones, para que -sobre la base de ellos- pueda analizar la casuística diaria.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuál es el fundamento del principio de culpabilidad?
2. ¿Cuáles son los subprincipios que se desprenden del principio de culpabilidad?
3. ¿Cuál es la relación entre Derecho penal del enemigo y el principio de culpabilidad?

Contenidos¹⁰⁷

I. SENTIDO DEL PRINCIPIO

El principio de culpabilidad no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, pero no por ello deja de ser un principio constitucional del Derecho penal¹⁰⁸. En efecto, el Tribunal Constitucional ha subrayado al respecto lo siguiente:

“De este modo, el principio de culpabilidad guarda estrecha relación con los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de las penas, derivándose aquél de estos. En tal sentido, la constitucionalización de los últimos permite afirmar que el principio de culpabilidad se encuentra constitucionalizado y que es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico”¹⁰⁹.

En la relación Ciudadano-Estado el principio de culpabilidad aporta los mecanismos asegurativos para que la intervención penal sobre los derechos de la persona se ciña en estricto a su *hecho*, entendido como acto practicado, y el fundamento del castigo no consista en hacer responder a la persona por el puro resultado naturalístico causado, ni tampoco se base en la pura personalidad del autor; igualmente este principio garantiza que no es legítimo hacer responder a una persona por hechos de terceros en los que nunca intervino, ni tampoco sólo por sus pensamientos o su actitud interna¹¹⁰.

Consciente de la importancia de este principio, el Tribunal Constitucional ha destacado de manera contundente el siguiente axioma:

“El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de

¹⁰⁷ La presente sección se basa en la introducción a la obra *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editores del Centro, Lima, 2014, realizada en coautoría con el Prof. José Antonio CARO JOHN.

¹⁰⁸ Hace el mismo reconocimiento para el caso español, BACIGALUPO, Enrique, “La jerarquía constitucional del principio de culpabilidad”, en IDEM, *Principios constitucionales de Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires 1999, p. 140.

¹⁰⁹ STC. Exp. N° 014-2006-AI/TC, fundamento jurídico N° 36.

¹¹⁰ Fundamental para comprender la cabal dimensión de este principio son: BACIGALUPO, “La jerarquía constitucional del principio de culpabilidad”, cit., pp. 137 ss.; MIR PUIG, Santiago, “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, en IDEM, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona 1994; pp. 171 ss.; JAKOBS, Gunther, “El principio de culpabilidad” (trad. de Manuel Cancio Meliá), en IDEM, *Moderna dogmática penal*, cit., pp. 77 ss.; también “clásicos” sobre el tema son, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., Heidelberg 1976, pp. 263 ss., y *passim*.; ACHENBACH, Hans, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin 1974, *passim*.

la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado”¹¹¹.

El poderío del principio de culpabilidad se muestra de modo evidente mediante su concreción en tres garantías. Con esto se quiere decir que la responsabilidad penal siempre debe fundarse en:

- a) Una responsabilidad derivada del propio hecho del autor, y del hecho de terceros, ni del puro resultado naturalístico.
- b) Una responsabilidad por un acto practicado, y no en la mera personalidad o apariencia personal del autor.
- c) Una responsabilidad por dolo o culpa, y no sólo en determinados pensamientos o actitudes internas del autor.

II. RESPONSABILIDAD POR EL PROPIO HECHO

“En el Derecho penal es sagrado el principio en virtud del cual sólo puede hablarse de ‘pena’ en sentido jurídico, allí donde se haya producido una ‘culpabilidad’. La mera causación no merece por sí misma el reconocimiento suficiente de un principio jurídico”¹¹². Esta frase del PAPA PÍO XII resume la esencia del principio de culpabilidad, especialmente en su garantía de que a nadie se le imponga una sanción penal por la mera causación de un resultado, mucho menos por hechos cometidos por terceras personas que en un momento histórico condujo a castigar a todos los miembros de una familia por la conducta de alguno de ellos¹¹³. Practicar lo contrario contradice flagrantemente la garantía plasmada en el art. VII del Título Preliminar del Código penal, de que “la pena requiere de la responsabilidad penal del autor”, de modo que “queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

La responsabilidad fundamentada en el puro resultado deja de lado el hecho que quizás dicho resultado no forma parte del ámbito de competencia del autor, o que

¹¹¹ STC. Exp. N° 014-2006-AI/TC, fundamento jurídico N° 25.

¹¹² Alocución del PAPA PÍO XII pronunciada ante el *VI. Congreso Internacional de Derecho penal* en Roma, el 3.10.1953, citado por Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, cit., p. 15.

¹¹³ MIR PUIG, Santiago, “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, en IDEM, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona 1994, p. 175.

el resultado se produjo a lo mejor manera fortuita. Esto genera el problema de mantener viva en nuestros días la antigua fórmula del *versari in re illicita*, contradiciendo agresivamente el programa de un Derecho penal funcional y moderno, respetuoso y fomentador de las garantías de los derechos de la persona. La determinación de responsabilidad penal opera, todo lo contrario, en una dinámica de verificación de la lesión del derecho de otro como la materialización de la incorrecta administración de un espacio de libertad o competencia personal del autor, pero, de ninguna manera, en una comprobación del resultado en la pura fenomenología causal. El puro resultado evidencia únicamente el efecto de una puesta en marcha de un suceso natural, en sí mismo inidóneo para cuestionar la validez de un derecho. El elemento que dota a la conducta de un sentido jurídico-penal relevante es la “competencia”¹¹⁴ del autor, de la que JAKOBS afirma categóricamente: “cuando el sistema de imputación se refiere a una relación jurídica, el concepto rector es la competencia”¹¹⁵, y esta competencia es personal, de modo tal que según cómo el autor se comporte en la administración de su competencia, así será el grado de afectación a la juridicidad de su comportamiento. Dicho de otra manera, la competencia colorea la orientación del deber que toda persona tiene que cumplir para mantener vigente la juridicidad general mediante una correcta administración de su espacio personal de libertad sin extralimitar los contornos del riesgo permitido.

En esto radica la garantía de la responsabilidad por el propio hecho, o más exactamente, responsabilidad por una culpabilidad personal, responsabilidad por el propio ámbito de competencia, o “autorresponsabilidad”¹¹⁶ en el sentido de responsabilidad por la conducción de una esfera personal de libertad como parte de la autonomía de la persona, concordante con el art. 2,1 de la Constitución, en tanto y en cuanto “toda persona tiene derecho (...) a su libre desarrollo y bienestar”: ¡Que el autor responda sólo por aquello a lo que está obligado jurídicamente a administrar, sin afectar el derecho de los demás! En el proceso comunicativo entre personas la culpabilidad es personal. Nadie responde por la propia *causación* de un resultado, ni por la *causación* ajena del mismo. El resultado naturalístico *per se* jamás constituye una razón válida para fundamentar un hecho culpable.

¹¹⁴ Fundamental sobre el tema PAWLK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen 2012, pp. 174 ss; IDEM, “El sistema de competencias en el Derecho penal” (trad. José Antonio Caro John), ponencia presentada en la *VIII Jornada Internacional de Derecho penal - “Dogmática penal: fundamentos filosóficos y garantías procesales”*, celebrado en la Universidad de Huánuco del 25 al 28 de junio de 2014.

¹¹⁵ JAKOBS, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main 2012, p. 25

¹¹⁶ Cfr. ZACZYK, Rainer, “Injusto jurídico-penal y la autorresponsabilidad del lesionado” (trad. de Nuria Pastor Muñoz), en IDEM, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2010, pp. 257 ss.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es acorde a estos fundamentos. Así, se tiene lo siguiente:

“Un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria solo pueden sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable”¹¹⁷.

III. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO Y NO POR LA PERSONALIDAD

Otra garantía derivada directamente del principio de culpabilidad consiste en que nadie debe responder penalmente en virtud de su personalidad, o de su carácter, o de su apariencia personal. Las condenas basadas en elementos extraños al acto o hecho delictivo en sí mismo, para fundarse en la personalidad del delincuente, son inconstitucionales a todas luces. El Tribunal Constitucional se refiere a esta cuestión precisando que la reprobación penal, como acto de intervención penal sobre los derechos de la persona, consiste en una “valoración de la conducta”, por consiguiente, de ninguna manera en una valoración de la persona.

“Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón (...). *La reprobación es una valoración de la conducta* que se hace de modo aislado, mientras que la pena es un acto estatal sancionatorio.”¹¹⁸

Si tuviera que imputarse una responsabilidad penal por cómo es la persona, en virtud de su carácter, o de su apariencia, entonces el juicio de valoración, consciente o inconscientemente, recaerá en el inabarcable universo del “*in-dividuo* (*in-dividus*, lo que no se puede ‘*dividere*’)”¹¹⁹, esto es, en el ámbito de lo privado de la persona, al cual el Derecho penal tiene prohibido el ingreso, siempre y cuando se trate del Derecho penal de un Estado de Derecho. Y, tal cual enfatiza JAKOBS, “cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como sujeto; sin su ámbito privado el ciudadano no

¹¹⁷ STC. Exp. N° 2868-2004-AA, fundamento jurídico N° 21.

¹¹⁸ STC. Exp. N° 014-2006-AI/TC, fundamento jurídico N° 27 (no subrayado en el original).

¹¹⁹ SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 71 (2000), p. 407.

existe”¹²⁰. Por esta razón, en palabras de MIR PUIG, “la acción del Estado encuentra entonces su límite en determinada *imagen del hombre*, como reducto que no cabe invadir”¹²¹.

La importancia de resaltar esta garantía es vital porque la afectación del principio de culpabilidad mediante el castigo de las peculiaridades individuales internas reduce a la persona prácticamente a un simple instrumento, carente de personalidad, fácilmente de ser instrumentalizado según la conveniencia, sobre todo política, del régimen de turno ostentador del poder de decidir sobre la intervención penal.

IV. RESPONSABILIDAD POR DOLO Y CULPA

Un Derecho penal respetuoso del principio de culpabilidad, respeta asimismo los derechos de la persona, mejor dicho, honra a la persona como tal, al no penalizar sus pensamientos ni sus conocimientos psíquicos, toda vez que *los datos psíquicos por sí mismos no tienen ninguna relevancia para el Derecho penal*¹²². El único conocimiento penalmente relevante es aquél que reúne los requisitos normativos para ser considerado como *dolo* o *culpa*¹²³.

El Tribunal Constitucional apunta en esta dirección al exigir que la sanción penal debe recaer, en lo que a la imputación subjetiva concierne, en una conducta dolosa o culposa:

“El principio de culpabilidad se materializa cuando concurren una serie de elementos; así: “[e]n términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa”¹²⁴.

El mero saber o conocer algo pertenece al fuero interno de la persona, a aquello que determina su esencia como ser racional. El conocimiento en este nivel permite a su portador sólo una opción por una determinada forma de orientación en el

¹²⁰ “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en IDEM, *Moderna dogmática penal*, cit., p. 396.

¹²¹ MIR PUIG, “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, cit., p. 175.

¹²² CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/José Miguel ZULGADÍA ESPINAR (coordinadores), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, II, Marcial Pons, Madrid 2004, p. 75.

¹²³ Cfr. CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, pp. 116 ss.

¹²⁴ STC. Exp. N° 014-2006-AI/TC, fundamento jurídico N° 26.

mundo social. Por ejemplo, en virtud de lo que conoce naturalísticamente, la persona puede distinguir lo peligroso de lo inocuo y evitar una autolesión o una heterolesión: sabe que no puede darle la mano a un león enjaulado, o que fumar un cigarrillo en una estación de gasolina puede producir un incendio. La persona en su fuero interno es poseedora de un conocimiento psíquico que le permite una orientación mínima para no fracasar en los contactos sociales. El principio de culpabilidad garantiza precisamente que esa *base cognitiva* nunca constituya una razón para que el Derecho penal intervenga sobre ella penalizándola, porque encontrándose el conocimiento en ese estado, en bruto, no califica ni como dolo, ni como culpa. La responsabilidad penal en el nivel de lo subjetivo de este modo sólo se da por un obrar *doloso* o *culposo*. No en vano los romanos dieron suma importancia a la garantía *de internis non iudicat praetor*, es decir, que “el juez no juzga lo interno”. Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA señaló al respecto con sobrada contundencia que “la conciencia es un libro cerrado donde ningún juez de la tierra puede leer”¹²⁵. ¿Qué derechos puede lesionar un pensamiento, por muy indecoroso que sea? El pensamiento no delinque (*cogitationis poenam nemo patitur*). Esta es a la vez una garantía penal y procesal para el ciudadano, pues no existe un deber de prueba del conocimiento inherente al fuero interno. Por lo demás, acaso ¿alguien puede probar los pensamientos?

Los pensamientos no son objeto de la imputación jurídica por su *ilimitada* constitución que impide toda posibilidad de graduación de la culpabilidad. Precisamente, por eso el principio de culpabilidad impone que la intromisión del Derecho penal sobre la esfera privada de la persona sólo puede darse con una pena como reacción frente a la exteriorización de lo privado en forma de *dolo* o *culpa*, más no así frente a cualquier pensamiento o conocimiento psicológico no exteriorizado —no graduable penalmente— constitutivo del substrato interno de la persona. El principio de culpabilidad funda de este modo la “regla de oro”, de que sólo el conocimiento que admite graduación puede ser castigado también con una pena graduable¹²⁶.

Lo que debe interesar al Derecho penal es la atribución de un sentido de relevancia jurídica a lo subjetivo, o el “atribuir externamente una determinada actitud al agente”¹²⁷ a partir de determinados elementos del contexto de actuación del autor. Así, la determinación de lo subjetivo no va desde el fuero interno (psíquico) del autor hacia la conducta, sino desde lo externo de la conducta hacia la mente

¹²⁵ Citado por POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal: modernas bases dogmáticas*, Grijley, Lima, 2004, p. 345.

¹²⁶ Cfr. Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, cit., p. 116; asimismo STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte General I: El hecho punible*, trad. Cancio Meliá/Sancinetti, Civitas, Madrid, 2005, 8/62: “el límite del dolo significa [...] también el límite de la punibilidad”.

¹²⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, cit., p. 61.

del autor¹²⁸. Por ejemplo, si un taxista durante el trayecto descubre que su pasajero es un cantante famoso que tiene la intención de huir del país inmediatamente acabada la función para evitar pagar impuestos, sólo por el hecho de llevarlo hasta su destino no se convierte en cómplice de la evasión tributaria, porque el conocimiento de los planes delictivos del tercero es *un dato cognitivo más* para él, irrelevante para la imputación jurídica, como el de informarse por la radio de su signo zodiacal, o de leer en un póster la publicidad de un concierto de rock, etc.; es decir, se trata de una información ajena al conocimiento estandarizado que como taxista está obligado conocer. Como externamente su conducta en sí misma reúne el sentido de un obrar “inocuo”, “neutro”, “estandarizado”, “cotidiano”, “socialmente estereotipado” o “adecuado a un rol”¹²⁹, por tanto, irrelevante para el Derecho penal, excluye la necesidad de inquirir desde lo externo hacia lo interno en la mente del actor.

En suma, el conocimiento psíquico no constituye un elemento vinculante para fundamentar una imputación penal. Lo que no supera los límites de la libertad general de acción excluye toda circunstancia que la persona deber estar obligada a conocer en la administración de ámbito de competencia personal¹³⁰. Mejor dicho, el único conocimiento penalmente relevante es el conocimiento concreto que el sujeto *debía tener* en el contexto social concreto de su actuación.

ZACHARIÄ exclamó con razón: “Ciertamente quien tenga al Estado por una prisión que ha de obtener la moralidad por la fuerza y lamente de algún modo que no lleve cada hombre en el pecho un espejo que refleje y capture sus pensamientos para hacer reconocible cualquier pensamiento inmoral y poder así castigarlo, encontrará agrado en declarar punible cualquier posible indicio de la voluntad

¹²⁸ Cfr. CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, pp. 116 ss.; GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Lima 2007, p. 422; HRUSCHKA, “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, 2003, p. 161; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pp. 323 ss.; ÍDEM, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004, pp. 19 ss.; VOLK, “Concepto y prueba de los elementos subjetivos”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, 2002, pp. 411 ss.

¹²⁹ Con una terminología diferente, pero refiriéndose a la misma problemática: HASSEMER, Winfried, “Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung”, en *Wistra*, N° 14, 1995, pp. 41 y ss., 81 y ss.; ROXIN, Claus, “Was ist Beihilfe?”, en *FS Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, pp. 501 y ss., p. 512 y ss.; JAKOBS, Günther, “Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, en *GA*, 1996, pp. 253 y ss., p. 260; LESCH, Heiko, “Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Mitarbeiter von Geldinstituten in Form des Kapitaltransfers ins Ausland”, en *JR*, 2001, pp. 381 y ss.; FRISCH, Wolfgang, “Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution der Beihilfe) –”, en *FS Lüderssen*, Baden-Baden 2002, pp. 539 y ss.

También las monografías de KUDLICH, Hans, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, Berlin 2004, *passim*; RACKOW, Peter, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, Frankfurt am Main 2007, *passim*; y CARO JOHN, José Antonio, *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten – Regressverbot*, Baden-Baden 2007, *passim*.

¹³⁰ FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Tübingen 1988, pp. 295 ss.

delictiva. ¡Ojalá, sin embargo, que nunca encuentren aplicación positiva semejantes principios!”¹³¹.

¹³¹ Citado por JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en IDEM, *Moderna dogmática penal*, cit., p. 404.

Bibliografía de la unidad

I. Bibliografía obligatoria

STC. Exp. N° 0014-2006-PI/TC

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Los principios constitucionales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 153-180.

II. Bibliografía sugerida

JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio Meliá, Thompson/Civitas, Madrid, 2003, pp. 19-56.

JESCHECK, Hans Heinrich, “El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el Derecho alemán y español”, en *Eguzkilo*, Instituto Vasco de Criminología, N° 9, San Sebastián, 1995, pp. 25–38.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuáles son los principios que se desprenden del principio de culpabilidad?

2. ¿Afectan la reincidencia y habitualidad al principio de culpabilidad?

3. ¿Qué efectos tiene, según la jurisprudencia analizada, el delito precedente?
