

## SEGUNDA PARTE

*Es verdad que, al igual que ocurre con los textos legislativos, es inevitable que los textos de las sentencias den lugar a interpretaciones distintas. No podemos pretender que la interpretación y aplicación de la doctrina jurisprudencial constituya una empresa puramente mecánica. Pero una cosa es que no sea posible ni deseable reducir la técnica del precedente a una operación mecánica, y otra muy distinta que no resulte posible inferir de los pronunciamientos jurisprudenciales unas reglas y pautas mínimamente claras y con vocación de estabilidad para la resolución de controversias futuras.*

Víctor Ferreres, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*,  
2009, p. 78.



**ANTEPROYECTO DE LA PARTE GENERAL  
DEL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 2009 Y LOS LÍMITES  
A LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO**

**Fernando Velásquez Velásquez**

*Al Profesor José Hurtado Pozo*

**SUMARIO:** I. Introducción II. Límites materiales al ejercicio del *ius puniendi* 1. Principio de dignidad de la persona humana 2. Principio de igualdad material ante la ley penal 3. Principio de proporcionalidad 4. Principio de la teleología de las sanciones penales 5. Principio del acto 6. Principio de lesividad 7. Principio de culpabilidad III. Límites formales al ejercicio del *ius puniendi* 1. Principio de legalidad de los delitos y de las penas 2. Principio de taxatividad 3. Principio de la prohibición de extraactividad de la ley penal 4. Principio de prohibición de la analogía 5. Principio del debido proceso legal 6. El principio del juez natural 7. Principio de prohibición de la doble incriminación IV. Conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN

Para concurrir a esta merecida exaltación académica que la cuatricentenaria Universidad Nacional Mayor de San Marcos hace a uno de sus hijos más preciados, para el caso, al más importante penalista peruano de todos los tiempos y a una de las figuras más descollantes del actual derecho penal mundial, el Profesor José Hurtado Pozo —a quien la vida me ha puesto por delante, para llenarme del afecto sincero y leal que solo brindan los más caros y grandes amigos—, he querido centrar mi atención en el Título Preliminar del Anteproyecto de Código Penal destinado a los «Principios Generales», que no solo son plasmación de los límites al ejercicio del *ius puniendi*, sino que constituyen el venero de donde se deberá nutrir el derecho penal positivo peruano, y a partir del cual los estudiosos podrán formular sus propuestas de elaboración teórica, acorde con los dictados propios de la filosofía liberal que está en la base de dicha regulación.

Como es obvio, la rememoración de estos principios por parte del legislador no garantiza su absoluto respeto y la inmediata construcción de un modelo de derecho penal garantista, minimalista, como el que se deduce de todo el entramado legislativo y constitucional; se afirma lo anterior porque, ahora más que nunca, es una verdad irrefutable<sup>1</sup> aquella según la cual la riqueza de principios de un ordenamiento está determinada no solo por los valores de justicia sustancial por él incorporados en el plano legal, sino también por el trabajo científico y jurisprudencial realizado sobre él por los juristas, quienes están obligados a luchar por la vigencia real de las conquistas que se infieren de previsiones como las contenidas en estos «Principios», de tal manera que catálogos de axiomas como el contenido en el Título Preliminar del Anteproyecto de Código no se conviertan en una más de las declaraciones simbólicas a las que suelen acudir los legisladores, cuando —más animados por el culto a las formas, al estilo de lo que hiciera la burguesía al proclamar los Derechos del Hombre y del Ciudadano tras la revolución de 1789— solo buscan ocultar tras de tal fachada sus verdaderos intereses de clase, y la negativa a democratizar realmente el sistema penal.

En otras palabras: pese a que no cabe duda en el sentido de que el Anteproyecto de Código Penal de 2009 y la Carta Política consagran el marco ideal para desarrollar una legislación punitiva a tono con los postulados del Estado social y democrático de derecho, también es cierto que ello no es suficiente para que el modelo de derecho penal que se levante a partir de ese diseño, pueda ser efectivamente llevado a la realidad, pues ello solo será posible en la medida en que el programa de trabajo que ellos conforman sea desarrollado por el legislador, los jueces y los estudiosos.

---

1 Cfr. Ferrajoli 1995: 174.

Así las cosas, con el ánimo de hacer una exposición sistemática del asunto, a continuación se muestran todos y cada uno de los apotegmas contenidos en el Título Preliminar concebidos como límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado tanto en el plano formal como material, y se indican su concepto, características y consagraciones en el derecho positivo venidero.

## **II. LÍMITES MATERIALES AL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI***

En el Título Preliminar en examen aparecen de una o de otra manera, expresa o tácitamente, los siguientes controles atinentes al contenido mismo del poder punitivo del Estado, que han sido fruto de importantísimos desarrollos por parte de la doctrina peruana y tienen sus precedentes más directos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>2</sup>, en la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>3</sup>, en el Código Penal de 1991 —que, además, fue fruto de diversos anteproyectos que contenían títulos similares<sup>4</sup>— y en el Anteproyecto de 2004.

### **1. Principio de dignidad de la persona humana**

1. *Concepto.* Se trata, sin duda, del más importante límite material al ejercicio de la potestad punitiva en el seno del moderno Estado de derecho social y democrático que, desde el punto de vista histórico, ha sido considerado como el motor que ha posibilitado la racionalización del derecho penal y la evolución por él experimentada a través de los siglos<sup>5</sup>, máxime que toda la evolución del derecho en general —y la del penal en particular— está ligada, ineluctablemente, al reconocimiento de la dignidad de los seres humanos<sup>6</sup>; por ello, al hablar de la «dignidad humana» lo que se quiere expresar «es el lugar privilegiado que tiene el hombre en relación con los otros seres, es decir, su rango superior y diferente respecto de estos», lo que es producto de que «el sentido de la dignidad humana viene relacionado en la tradición del pensamiento occidental con las nociones de racionalidad, conciencia, espiritualidad, libertad, señorío y autonomía»<sup>7</sup>. Por eso, no siempre con la precisión deseable, se le denomina como *principio de dignidad humana, principio*

---

2 Aprobado por DL 22128 de 28 de marzo de 1978; Instrumento de adhesión de 12 de abril de 1978, Depositado el 28 de abril de 1978. Fecha de entrada en vigencia: el 28 de julio de 1978.

3 Aprobada por DL 22231, de 11 de julio de 1978; Instrumento de Ratificación de doce de julio de 1978, depositado el 28 de julio de 1978. Entrada en vigencia: el 28 de julio de 1978.

4 Cfr., por ejemplo, el estudio de Velásquez Velásquez 1988: 11 ss.

5 García-Pablos de Molina 2006: 588; Zúgaldía 1993: 254; Silva Sánchez 1992: 261.

6 Bustos Ramírez 2005c: 35 ss.

7 Cfr. Yacobucci 2002: 206 ss.

de dignidad de la persona humana<sup>8</sup>, principio de humanidad y salvaguarda de la dignidad humana<sup>9</sup>, principio de humanidad de las penas<sup>10</sup>, o principio de humanidad a secas como prefieren otros estudiosos<sup>11</sup>; no obstante —lo que ratifica que no existe unanimidad ni en las denominaciones ni en los contenidos—, no falta quien distinga los axiomas de *humanidad de las penas* y de *dignidad de la persona*, como límites a la duración y ejecución de las penas<sup>12</sup>.

Ahora bien, enunciado en términos generales, puede decirse que este apotegma implica tanto la prohibición de instrumentalizar al ser humano para efectos jurídico penales, como la proscripción de las sanciones punitivas que pugnen con la dignidad de ese ser humano<sup>13</sup>, por lo que vincula no solo al legislador sino a los administradores de justicia; además, téngase en cuenta, se trata de un axioma con repercusiones en el ámbito del derecho penal sustantivo, en el procesal penal, y en el de ejecución penal. Se alude, pues, en síntesis, al principio de principios llamado a regentar todas manifestaciones penales desde la perspectiva de un derecho penal minimalista, de garantías, que tenga como norte y guía la salvaguarda de la dignidad de la persona humana en un Estado social y democrático de derecho; de un axioma absoluto que se erige en la razón de ser, en el principio y en el fin de la organización política y, por ende, del derecho penal cuya construcción ella permite.

Así entendido, este apotegma implica —en realidad— la vigencia de dos axiomas distintos<sup>14</sup>: en primer lugar, el *principio de la autonomía ética del ser humano*, al tenor del cual el Estado no puede ejercer tutela alguna sobre el individuo, dado que —según lo ha enseñado, aunque no exclusivamente<sup>15</sup>, el derecho natural, alma y matriz de la ética moderna— todos los hombres, hechos a imagen y semejanza del creador, nacen libres e iguales, y es tarea de la organización social dignificarlos; el Estado, pues, no puede cosificar, instrumentalizar, o manipular al

8 Cfr. Bustos Ramírez 1989: 56; el mismo 2005c: 35, cuyas orientaciones en esta materia son esclarecedoras.

9 Así, Silva Sánchez 1992: 261, con base en Würtenberger y a Naucke.

10 Mir Puig 2008: 122.

11 Jescheck/Weigend 2002: 29; Zipf 1979: 41, que lo considera el postulado fundamental de la Política Criminal.

12 Así Quintero Olivares/Morales Prats 2005: 92 y 93.

13 Cfr. Gallego García 2005: 265 ss.

14 La distinción en Bustos Ramírez 1989: 57; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée 2004: 97.

15 Pese a que la idea de dignidad es peculiar de la cultura cristiana —reivindicada por los pensadores del Siglo de las Luces—, también es cierto que aparece en el antiguo pensamiento chino; en la filosofía griega del clasicismo, aunque no de la mano de la igualdad para todos; y, por supuesto, en la Antigüedad Clásica entre los estoicos —animados por una primigenia concepción iusnaturalista—, como una idea universal. Cfr. Recasens Siches 1967: 943.

ser humano porque, como lo dijera Beccaria (1764) y Kant (1785), es claro que este —encuéntrese o no condenado, hállese o no privado de la libertad— jamás puede ser tratado como un «medio» o una «cosa», sino siempre como un «fin» o una «persona»<sup>16</sup>. Por eso, este enunciado se torna no solo en un axioma fundante del modelo político de la organización social y del derecho penal que a partir de él se construya, sino que es una directriz garantista llamada a trazar diques a la intervención punitiva del Estado, la que debe estar sometida a unos controles tales que está absolutamente vedado acudir al derecho penal para realizar cualquier atentado contra la persona en todos los órdenes.

En segundo lugar, el aforismo en estudio también comporta el respeto de la integridad del ser humano, esto es, la preservación de la *indemnidad personal* o de la incolumidad de la persona como ser social (*principio de humanidad*, propiamente dicho), de tal manera que los medios utilizados por el legislador no atenten contra la dignidad concreta del individuo, convirtiéndose en un instrumento de sometimiento y de desigualdad<sup>17</sup>. Ello explica, por supuesto, la prohibición de sanciones penales (penas y medidas de seguridad) y de tratos crueles, inhumanos y degradantes; la proscripción de la desaparición forzada; la erradicación de los apremios, las coacciones, las torturas, etc.; la lucha frontal contra las penas privativas de la libertad de duración excesiva, y la pena de muerte, etc. El valor de la persona humana, pues, se erige en un límite fundamental al ejercicio del poder punitivo que no puede ser rebasado, gracias al cual se busca impedir que el Estado pisotee al ciudadano, perdiendo su legitimidad y poniéndose al mismo nivel de las delincuencias que busca erradicar<sup>18</sup>.

2. *Consagraciones positivas*. El aforismo se desprende, en primer lugar, de la Carta Fundamental la cual afirma en su artículo 1: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado», no obstante lo cual prevé la pena de muerte en casos excepcionales: «Artículo 140.- Pena de muerte. La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada».

También, cuando distingue la primera faceta del aforismo, el artículo 5, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone: «*Derecho a la integridad física*. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral»; y, al recoger la segunda, estatuye: «2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda

---

16 Cfr. Recasens Siches 1967: 942.

17 Cfr. Bustos Ramírez 2005c: 36 ss.

18 Cfr. Ferrajoli 1995: 395 y 396; Agudelo Betancur 2000: XXXIX.

persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. [...] 6. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados». Por su parte, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice: «nadie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos», con lo que da cabida al postulado de humanidad de la pena; a su turno, el artículo 10, inciso 1 parece reivindicar la autonomía ética del ser humano: «toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano». Igualmente, hace hincapié en el axioma de humanidad el artículo 10, inciso 3: «el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica».

Naturalmente, este axioma no ha sido previsto de manera expresa en el Título Preliminar y solo el artículo 1, que alude a la finalidad de la sanción penal, hace una somera referencia al asunto al señalar que la finalidad de prevención es un «medio protector de la persona humana»; con ello, obvio es decirlo, se reconoce que este postulado es el más importante límite material al ejercicio de la potestad punitiva del Estado. También, debe recordarse, el artículo VIII del Anteproyecto de 2004 contenía en su inciso 3 una previsión que alude a este principio<sup>19</sup>: «*La pena y la medida de seguridad se impondrán, según sea el caso, de acuerdo a los principios de proporcionalidad, protección a la víctima, humanidad y necesidad*».

## 2. Principio de igualdad material ante la ley penal

1. *Concepto*. Este postulado —ligado de forma íntima con el de dignidad de la persona humana<sup>20</sup>—, que se constituye en otro límite material al ejercicio del *ius puniendi*, es molde y corazón del moderno Estado de derecho desde que lo proclamaran los revolucionarios franceses de 1789 y, por tanto, no puede faltar en un Título Preliminar inspirado en la filosofía del Iluminismo, aunque dotado de unos contenidos claros y precisos distantes de los pensadores de aquella época,

19 En la «Presentación» de ese Anteproyecto, dicen sus redactores: «En su Título Preliminar se destaca la introducción de los principios de proporcionalidad, protección a la víctima, humanidad, necesidad, y que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho, dirigidos a fortalecer los cimientos garantías con los que se formó el vigente Código Penal».

20 Sobre ello, Recasens Siches 1967: 942.

máxime que se deriva del principio más general de la igualdad jurídica que también es un valor fundante del Estado social y democrático de derecho.

Ahora bien, en términos generales, puede afirmarse que la idea de igualdad —afincada en el concepto de justicia— envuelve un derecho típicamente relacional, por ende relativo y no absoluto, en la medida en que impone un trato igual para los casos iguales y uno desigual para los que son diferentes; no se trata, pues, del derecho a ser igual, sino del derecho a ser tratado igualmente enfrente a situaciones similares<sup>21</sup>. De esta delimitación, obviamente, se desprenden tres manifestaciones jurídicas de la igualdad: en primer lugar, es un derecho subjetivo en virtud del cual el ciudadano tiene la potestad de exigir que se le trate de manera igual a los demás; en segundo lugar, supone el deber de los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual; y, en tercer lugar, se concreta en el principio constitucional de la igualdad, tal como lo prevé la Carta Fundamental. Se trata, pues, de un concepto puramente valorativo, relacional, porque —como se ha dicho— «lo que hace el derecho es una tarea clasificadora y de justificación, que consiste en establecer los criterios (legítimos) conforme a los cuales se tratará una situación en términos de equiparación (aunque no necesita en principio justificación), o bien en los de discriminación (que ha de ser justificada)»<sup>22</sup>.

Así las cosas, parece evidente que el contenido de este apotegma se plasma en la obligación de tratar de modo igual a los materialmente desiguales —previa precisión sobre quiénes son los unos o los otros<sup>23</sup>—, lo que es de vital importancia en el ámbito penal obligado a poner especial atención a las situaciones de desigualdad entre los hombres, con miras a que ellas sean plenamente reconocidas por el aparato conceptual y las elaboraciones legales<sup>24</sup>; por supuesto, ello no significa el abandono de la noción de igualdad formal, que se mantiene al lado de otros tres componentes autónomos: la igualdad social, la ausencia de discriminaciones y, finalmente, la igualdad sustancial<sup>25</sup>. Además, téngase en cuenta, como es imprescindible buscar el criterio o criterios de diferenciación, con los que se pueda juzgar la validez de la norma que atribuye relevancia jurídica a cualquiera de las múltiples diferencias fácticas que la realidad ofrece, el juez se debe auxiliar de algunas fórmulas encaminadas a precisar la trascendencia de esa diferenciación, entre las que se encuentran las de razonabilidad de la diferenciación y la de

---

21 Cfr. Bobbio 1995: 136 ss.

22 Cfr. De Lucas 1996: 495.

23 Cfr. Bobbio 1995: 149, «La regla de oro de la justicia: “Tratar a los iguales de una manera igual y a los desiguales de una manera desigual” requiere para no ser una mera fórmula vacía que se responda a la pregunta: “Quiénes son los iguales, quiénes son los desiguales”».

24 Cfr. Silva Sánchez 1992: 262; Carbonell Mateu 1999: 107.

25 Sobre ello, Cristiani 1983: 61.

proporcionalidad de los medios incorporados en la norma y los fines de ésta, de donde surgen dos apogemas más: proporcionalidad y razonabilidad (adecuación al fin).

Naturalmente, en el mapa jurídico penal el axioma se manifiesta en tres ámbitos diferentes: en primer lugar, en el plano sustantivo, supone un tratamiento similar para todos los ciudadanos —por supuesto, acorde con su propia condición y con la naturaleza de la trasgresión a la ley penal realizada—, a la hora de aplicar la ley penal, pues todos los asociados están sometidos a penas o medidas de seguridad, cuando realizan conductas acriminadas por el derecho positivo.

En segundo lugar, desde el punto de vista procesal, implica para los miembros de la organización social la aptitud de ser arropados con las mismas oportunidades y bajo el imperio de todas las prerrogativas brindadas por el principio de legalidad en este ámbito, de donde se desprenden tres consecuencias distintas: en el curso del proceso las partes gozan de idénticas posibilidades para su defensa [*audiatur ex altera parte*]; los procedimientos privilegiados atendiendo a la raza, a la fortuna o a la cuna de las personas son inaceptables. Y, para terminar, no cabe aplicar formas procesales más desfavorables a unas personas que a otras por hechos similares, ni tampoco es posible hacer discriminaciones en razón de la vigencia de estados de excepción, motivados por perturbaciones del orden público interno o externo.

Y, en tercer lugar, en el plano de la ejecución penal, comporta también un tratamiento igualitario para todos los sometidos a sanción penal acorde con las características del comportamiento punible cometido y las particularidades del ser humano condenado, de tal manera que a cada uno se le trate según sus propias circunstancias.

En fin, parece evidente que tampoco en el ámbito del derecho punitivo es sostenible el postulado desde el punto de vista formal, y se impone la igualdad sustancial, real; y, por supuesto, se trata de uno de los pilares sobre los que descansa el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, cuyo control está deferido a una pluralidad de postulados encadenados entre sí, de tal manera que conforman una auténtica muralla valorativa que le traza los senderos de aquel.

2. *Consagraciones positivas.* Este principio tiene asidero constitucional en el ordenamiento peruano. Así, el artículo 2, se dice que «Toda persona tiene derecho:...

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole». De igual forma, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Derecho a la protección de la ley sin discriminación. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las

personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social»; también, el artículo 14, inciso 1 del mismo estatuto lo incluye como «principio procesal»: «Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia». Igualmente, el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos — que desarrolla el artículo 8, inciso 2 consagra: «igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley». Naturalmente, con semejantes previsiones bien valdría la pena que el futuro Título Preliminar se ocupe de este axioma.

### 3. Principio de proporcionalidad

1. *Concepto*. El aforismo en examen ha sido denominado como *prohibición de exceso* (*Übermaßverbot*)<sup>26</sup>, *principio de racionalidad o razonabilidad* —para aludir al vocablo *reasonableness*, propio del derecho anglosajón, designación que genera confusión—<sup>27</sup>, *proporcionalidad de medios*, *proporcionalidad del sacrificio*, *proporcionalidad de la injerencia*, o *de proporcionalidad a secas* (*Verhältnismäßigkeit*), etc.<sup>28</sup>, y tiene su razón de ser en los derechos fundamentales al punto de que la dogmática de los mismos lo ha concebido como un límite de límites, lo que ha contribuido a preservar la «proporcionalidad» de las leyes, ligándolo con *el principio de Estado de derecho*<sup>29</sup> y, por ende, con el valor *justicia*<sup>30</sup>.

Este axioma está integrado por un conjunto de criterios o herramientas gracias a las que es posible sopesar y medir la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como de cualquier grupo de interpretaciones o

---

26 En la jurisprudencia y en la doctrina constitucionales suizas y alemanas, en el ámbito del Derecho administrativo, se emplea esta denominación en sentido amplio para cobijar los principios de *idoneidad* (adecuación al fin), *necesidad* (intervención mínima) y *proporcionalidad* en sentido estricto (contraste de los valores y ponderación de los intereses según las circunstancias particulares del caso), y se le da rango constitucional al axioma a partir del *Principio de Estado de Derecho* y de la esencia de los derechos fundamentales (cfr. González Cuéllar-Serrano 1990: 38 y 51). Por ello, es poco frecuente el empleo de la expresión *principio de proporcionalidad* (en sentido amplio) y sí muy común la utilización de la denominación *principio de prohibición de exceso*, que se entiende como una denominación más genérica (cfr. Kluth 1998: 219; Oliver Calderón 2008: 284 ss.).

27 Cfr. Sánchez García 1994: 1116. No obstante, es muy generalizada la denominación *de prohibición de exceso* para arropar en su seno los apotegmas de necesidad y proporcionalidad (Sánchez García, ídem); otros autores (cfr. Hassemmer 1984: 279) identifican los axiomas de proporcionalidad, prohibición de exceso e igualdad en el sacrificio.

28 Cfr. Barnes 1998: 19.

29 Cfr. Kluth 1998: 223.

30 Sánchez García 1994: 1114.

aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un perfil concreto o desde un punto de mirada determinado: el de la inutilidad y desequilibrio del sacrificio, como lo han reiterado la doctrina, la legislación y la jurisprudencia comparadas, donde ha logrado sus más fructíferas construcciones y desarrollos<sup>31</sup>. A no dudarlo, se trata de *un principio de carácter relativo* del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino solo por referencia al caso concreto, según la relación medio a fin que, eventualmente, guarde el límite o gravamen de la libertad, con los bienes, valores o derechos que pretenda satisfacer; por ello, pues, se dice que *es un axioma relacional* en cuanto compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin<sup>32</sup>. El derecho *per se* —acota un expositor— no es proporcionado, sino que debe serlo desde cierta perspectiva axiológica y solo en parte de sus componentes; es más, salvo por elipsis de elementos sobreentendidos, no cabe catalogar sin más algo como proporcionado ni cabe realizar un juicio genérico de proporcionalidad, sin relación directa a otra magnitud ni especificación del criterio o la medida que instrumenta la comparación<sup>33</sup>.

Este apotegma ha terminado por generalizarse como principio del derecho público y del derecho en general<sup>34</sup>, al cobijar el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y de las libertades<sup>35</sup>, por lo que persigue la mínima intervención del Estado (*principio de intervención mínima*<sup>36</sup>). Por eso, no es extraño que en el ámbito penal se extienda tanto a las diversas categorías de la construcción dogmática del delito como a las consecuencias jurídico-penales (llámense penas o medidas de seguridad)<sup>37</sup>; en fin, rige tanto en el momento en el cual el derecho es creado por los legisladores como en el que es aplicado por los jueces o tribunales, amén de que también opera en la fase de la ejecución de las sanciones penales<sup>38</sup>.

En relación con lo primero, es indiscutible que el axioma de prohibición de exceso representa un importante límite material al ejercicio de la actividad punitiva del Estado y, por ende, a la criminalización de conductas mediante la creación de tipos penales por parte del legislador, con lo que marca las pautas centrales

31 González-Cuéllar Serrano 1990: 21; Aguado Correa 1999: 58, nota 7, con amplias referencias.

32 Así Barnes 1998: 16 ss.

33 Cfr. Lascuráin Sánchez 1998: 159 ss.

34 Así, Sánchez García 1994: 1115; Cuerda Arnau 1997: 454; y Kluth 1998: 223 y 225.

35 Cobo/Vives 1999: 81.

36 Cfr. Kluth 1998: 223 y 226.

37 Cfr. Cuerda Arnau 1997: 477 ss.

38 Aguado Correa 1999: 114 ss.; García-Pablos de Molina 2006: 579 y 587; Cuerda Arnau 1997: 458; Sánchez García 1994: 1118; Kluth 1998: 225; Berdugo Gómez de la Torre/Arroyo Zapatero/Ferré Olivé/García Rivas/Serrano Piedecabras/Terradillos Basoco 2004: 70.

para la construcción de la Teoría de la tipicidad penal<sup>39</sup>; así mismo, en el ámbito de la antijuridicidad cumple un papel muy importante, si se tiene en cuenta que gracias a él es posible establecer los criterios de ponderación de intereses que son vitales para el examen de gran parte de las causales de justificación de las conductas típicas, las cuales se basan en el llamado *principio del interés preponderante*<sup>40</sup>. Finalmente, en el plano de la culpabilidad su tarea es de trascendencia, pues en ella se discuten los criterios atinentes a la sanción equitativa y justa que ha de irrogársele al trasgresor de la ley penal y, como advierte Hassemer, «conforme al mandato constitucional de igualdad, esta consecuencia jurídico-penal solo será justa cuando trate desigualmente lo que es desigual»; la idea de culpabilidad, pues, «posibilita con esta diferenciación una concretización del principio de proporcionalidad, de la prohibición de exceso y del límite de sacrificio»<sup>41</sup>.

En relación con las consecuencias jurídico penales, abarca tanto la sanción penal abstracta —plano legislativo— como la concreta —plano judicial—, sea que se atienda a razones de justicia o a consideraciones de tipo utilitario<sup>42</sup>; ahora bien, en lo atinente a las medidas de seguridad debe advertirse que la idea de «*proporcionalidad*»<sup>43</sup> se usa, también, oponiéndola al principio de culpabilidad, para fundamentar tales consecuencias jurídicas, por lo que sería una especie de concepto sustitutivo —aunque a veces se utiliza como axioma complementario— de la noción de peligrosidad; así sucede en el derecho penal alemán<sup>44</sup>. Es más, debe recordarse la tentativa de algún sector doctrinario encaminada a poner este postulado en lugar del de culpabilidad como fundamento de la pena, de tal manera que penas y medidas tendrían una base común<sup>45</sup>.

Ahora bien, con base en las directrices del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>46</sup>, de los tribunales constitucionales de Alemania, Italia, España<sup>47</sup> y Colombia, y, por supuesto, de la doctrina especializada<sup>48</sup>, puede decirse que el principio de proporcionalidad entendido en sentido amplio (para comprender las

---

39 Con razón, advierte Hassemer 1984: 261 que «en el estadio de la tipicidad se pueden reconocer las grandes líneas que traza el sistema jurídicopenal entre la libertad de uno y la libertad de otro».

40 Cfr. Sánchez García 1994: 1120.

41 Cfr. Hassemer 1982: 473 ss.

42 Cfr. Rodríguez Devesa/Serrano Gómez 1995: 887.

43 Cfr. Cuerda Arnau 1997: 474, nota 109; Sánchez García 1994: 1122.

44 Cfr. Jescheck/Weigend 2002: 29, que lo denomina «principio de proporcionalidad del medio (prohibición de exceso)»; Roxin 2006: 97; el mismo 1997: 106.

45 En esta línea Hassemer 1984: 279 ss.; en contra Roxin 1986: 678.

46 Al respecto, son significativas las sents. de siete diciembre 1976 en el caso *Handyside*; 26 abril de 1979, en el caso *The Sunday times*; y 25 de marzo 1985, en el caso *Barthold*.

47 Sobre los desarrollos hispanos, Aguado Correa 1999: 125 ss.

48 González-Cuéllar Serrano 1990: 69 ss., 99 ss., 107 ss., 139 ss., 151 ss., 187 ss., 223 ss.

ideas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) exige que las medidas restrictivas de derechos *se encuentren previstas en la ley y sean necesarias en una sociedad democrática con miras a alcanzar ciertos fines legítimos previstos*. De esta manera, entonces, el axioma se puede descomponer a partir de ciertos *presupuestos* y de determinados *requisitos*<sup>49</sup>.

2. *Consagraciones positivas*. Desgraciadamente, este apotegma que es trascendental en el actual derecho penal no encuentra plasmación expresa en el Anteproyecto en examen; sin embargo sí lo era en el inciso 3 del artículo VIII del Anteproyecto de 2004 en los siguientes términos: «La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La determinación legal y la individualización de la pena atenderán a la importancia de los bienes jurídicos protegidos así como el grado de su afectación. *La pena y la medida de seguridad se impondrán, según sea el caso, de acuerdo a los principios de proporcionalidad, protección a la víctima, humanidad y necesidad*»; naturalmente, a esta fórmula debiera retornarse en el Anteproyecto en examen. En cualquier caso, es evidente que en el artículo VIII, inciso 1, del Anteproyecto se hace alusión a una de las manifestaciones del axioma, cosa que también sucede en la misma disposición del C. P, vigente que, recuérdese, reza así: «Proporcionalidad de la Pena. La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes».

#### 4. Principio de la teleología de las sanciones penales

1. *Concepto*. Acorde con esta directriz —que es una consecuencia del postulado de proporcionalidad en sentido amplio, como ya se dijo—, de un lado, cuando el Estado representado en la persona del juez atribuye al trasgresor de la ley una sanción criminal (pena o medida de seguridad) lo hace con un objetivo, animado por una finalidad vinculada con el programa político criminal que la organización estatal se propone llevar a la realidad<sup>50</sup>; es de tal trascendencia dicha exigencia, que si la imposición de las consecuencias jurídico-penales se librara al capricho de cada juzgador, las garantías ciudadanas peligrarían y la seguridad jurídica se vería notablemente menoscabada. Pero, de otro lado, el Estado no puede contentarse con la mera tarea de perseguir las conductas punibles, sino que está compelido a velar por la realización de la justicia material a través de la imposición y ejecución de sanciones equitativas, adecuadas al hecho cometido, y de una adecuada

49 Velásquez Velásquez 2009: 77 ss.

50 Sobre las diversas funciones de la pena Maurach/Gössel/Zipf 1989: 749 ss.; Ferrajoli 1995: 258 ss.; Hassemer 1984: 347 ss.; Roxin 1976: 11 ss.; el mismo 2006: 69 ss.

ejecución penal. En otras palabras: un Estado de derecho no debe causar un mal al infractor, sino velar por su readaptación, su resocialización, su reeducación —obvio es decirlo, sin afectar los derechos humanos fundamentales de la persona y sin que ella se torne en una enmienda moral<sup>51</sup>—, de tal manera que pueda llevar en el futuro una vida sin cometer delitos y reincorporarse al seno de la sociedad; se trata, pues, no solo de prevenir la comisión de nuevos hechos criminales, sino también de proteger a la sociedad de las conductas que infringen el orden jurídico buscando su desquiciamiento.

Por supuesto, la teleología que se le asigne a la represión penal dependerá del punto de partida que se asuma en relación con el sentido y el fin de la sanción penal, sea que se opte por las teorías absolutas o retributivas, las concepciones relativas o preventivas, o las posturas mixtas en sus diversas variantes, todo ello enmarcado dentro del modelo de organización social y política vigente en una comunidad determinada, en un momento histórico preciso. Así las cosas, parece evidente que en un Estado de derecho social y democrático, solo se podrá pensar en una represión penal humanitaria, democrática, proporcionada, razonable, con lo cual son rechazables de plano las sanciones crueles, inhumanas, degradantes, trasunto de concepciones autoritarias que solo buscan cosificar al hombre y desconocerle su investidura de ser racional.

Desde luego, este axioma por el que tanto se ha luchado a través de los tiempos está muy lejos de llevarse a la realidad, y apenas sí llega a formar parte de un programa ideal que espera cabal desarrollo; así lo evidencia el fracaso de diversos modelos de ejecución penal en el mundo contemporáneo, lo que ha llenado de escepticismo a los cultores del derecho penal que, por momentos, navegan en medio de oleadas de furor como la que despertara en los años sesenta del siglo pasado la idea de resocialización<sup>52</sup>, o como la que se presenta en la actualidad desatada por las ideas prevencionistas.

2. *Consagraciones positivas.* Este axioma emerge de diversas previsiones: dimana del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 7 —que proscribe las torturas y las «penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes»— y 10, inciso 3 —el cual preconiza como finalidad del tratamiento penitenciario «la reforma y readaptación de los penados»—. Igualmente, de los artículos 5, incs. 2 y 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que vedan las torturas y las «penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes», y postulan que las

---

51 Moccia 2003: 104 ss.

52 Este concepto ha sido calificado como una verdadera «estafa de etiquetas» o como el «mito de la resocialización». Cfr. Muñoz Conde 1979: 92 y 93; De la Cuesta Arzamendi 1982: 147 ss.

penas privativas de la libertad persiguen como «finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados». Por supuesto, este postulado surge con toda claridad del texto del artículo I —cuyo inciso 1 es reproducción del actual artículo I: «Finalidad Preventiva. Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad»; mientras que los incs. 2 y 3 reproducen el actual artículo IX: «Fines de la Pena y Medidas de Seguridad. La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación»— cuando señala: «La ley penal tiene por finalidad la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad. La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines terapéuticos, de deshabitación, de prevención y de custodia o vigilancia». Con ello se alude tanto a la prevención general como a la especial, ambas en sus versiones positivas.

## 5. Principio del acto

1. *Concepto*. Punto de partida de todo el derecho penal liberal es el antiguo aforismo según el cual *no hay delito sin conducta humana* (*nulla iniuria sine actione*), de donde surge el llamado *principio del acto o del hecho, de la objetividad material, o de la materialidad de la acción*<sup>53</sup>, que aparece en íntima conexión con los postulados de lesividad y de culpabilidad. Sin duda, se trata de un apotegma llamado a proteger la libertad individual y, con ella, la seguridad jurídica que es presupuesto de cualquier organización social democrática y, por ende, del derecho penal que se diseñe a partir de tal modelo de Estado<sup>54</sup>; dicho de otra forma: la existencia de una conducta ilícita es la base imprescindible sobre la que se asienta un derecho penal de la civilidad<sup>55</sup>. En realidad, esta directriz supone dos cosas distintas<sup>56</sup>: en primer lugar, el suceso acriminable no está constituido por un acto interno de la psique sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza referido a un actuar del hombre; el comportamiento punible, gracias a esta conquista de la especie humana, se traduce en una *exterioridad*, lo que permite al derecho represivo castigar a los hombres solo por lo verdaderamente realizado y no por lo pensado, deseado o propuesto. Como dice Ferrajoli, el juez «no debe someter a indagación el alma del imputado, ni debe emitir veredictos morales sobre su persona, sino solo

53 Como *principio de la materialidad*, lo denomina Mantovani 2002: 51 ss.

54 Cfr. Grosso García 2003: 162 ss.

55 Cfr. Mantovani 2002: XVII y XVIII.

56 Cfr. Bettiol 1980: 86 ss.

investigar sus comportamientos prohibidos. Y un ciudadano puede ser juzgado, antes de ser castigado, solo por *aquello que ha hecho*, y no, como en el juicio moral, también por *aquello que es*<sup>57</sup>. Así mismo, en segundo lugar, el fenómeno criminal no puede caracterizarse a partir del modo de ser de la persona, sus hábitos, su temperamento, su pensamiento o su afectividad; esto es, se castiga *por lo que se hace y no por lo que se es*. En otras palabras: *el derecho penal es de acto y las normas penales se dirigen a la conducta social del hombre, no es un derecho penal de autor* para el que lo fundamental es la peligrosidad del autor o la exteriorización de una determinada personalidad criminal<sup>58</sup>.

La importancia de este apotegma ha sido destacada por el mismo Ferrajoli, al manifestar que es el «más auténticamente revolucionario del liberalismo moderno», pues observado *en negativo*, como límite a la intervención penal del estado, «marca el nacimiento de la moderna figura del *ciudadano*, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune, en su ser, a límites y controles; equivale, por lo mismo, a la tutela de su *libertad interior* como presupuesto no solo de su vida moral sino también de la *libertad exterior* para realizar todo lo que no esté prohibido. Observado *en positivo*, se traduce en el respeto a la *persona humana* en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al estado; a la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce su *dignidad personal*; a la *igualdad* de los ciudadanos, diferenciables solo por sus actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal»<sup>59</sup>.

En fin, como ya se dijo, téngase en cuenta que a partir de este postulado se ha construido la categoría dogmática de la *conducta* que se constituye en la piedra angular de la moderna Teoría del delito, entendido este como conducta típica, antijurídica y culpable.

3. *Consagraciones positivas*. El axioma del acto se desprende del tenor literal del artículo II del Anteproyecto cuando expresa: «*Nadie será sancionado por acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito o falta por la ley vigente al momento de su realización*». De la misma manera, el artículo VIII, inciso 1, que vuelve a insistir en este apotegma, señala: «La pena

---

57 Cfr. Ferrajoli 1995: 223.

58 Sobre ello, Roxin 2006: 178 ss.; el mismo 1997: 176 ss.; Jescheck/Weigend 2002: 58 ss.; Maura-ch/Gössel/Zipf 1989: 719.

59 Cfr. Ferrajoli 1995: 481.

no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho», que retoma literalmente el artículo VIII del código vigente. Desde luego, el susodicho apotegma se infiere del artículo 15, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al tenor del cual «nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional» y del artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que expresa: «nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable».

Por supuesto, cuando se mira el articulado de la propuesta legislativa se observa como en los artículos 109 y 110 se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo que, sin duda, desconoce los principios del acto y de culpabilidad.

## 6. Principio de lesividad

1. *Concepto*. Al recoger el más tradicional ideario filosófico liberal —desde luego, en íntima vinculación con el axioma de *necesidad de intervención*<sup>60</sup>— el Anteproyecto consagra como limitante material al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el postulado de *dañosidad social, de trasgresión de bienes jurídicos, de la necesaria lesividad o de la ofensividad*<sup>61</sup>, *del bien jurídico, de la objetividad jurídica del delito*<sup>62</sup>, *de afectación a bienes jurídicos*, que suele sintetizarse en el tradicional aforismo liberal *no hay delito sin daño*, que traducido al lenguaje actual— equivale a la no existencia de conducta punible sin amenaza concreta o real, o daño para el «bien jurídico tutelado» (*nulla necitas sine iniuria*), pues el cometido del derecho penal no es defender ideas morales, estéticas o políticas, ni patrocinar actividades sociales concretas<sup>63</sup>.

En otras palabras: la intervención punitiva solo es viable en relación con conductas que tengan trascendencia social y que afecten las esferas de libertad ajenas, sin que le sea permitido al derecho penal castigar comportamientos contrarios a la ética, inmorales o antiestéticos, so pena de invadir los terrenos de la moral<sup>64</sup>; en el

60 Los nexos entre estos dos apotegmas son muy bien expuestos por Ferrajoli 1995: 464 ss.

61 Así lo llaman Fiandaca/Musco 2006: 3; Mantovani 2002: 81 ss. que, de forma acertada, lo contraponen al *principio del delito como mera violación de deberes*, de base subjetivista.

62 La denominación es de Bettiol 1980: 81 ss.

63 Cfr. Bustos Ramírez 1989: 45.

64 Por eso, algunos prefieren ubicar este axioma dentro de otro más general, el llamado «principio material de bien común político». Cfr. Yacobucci 2002: 188 ss., quien afirma: «El principio de bien común político implica, en consecuencia, un derecho penal de ciudadanos, en el sentido de personas vinculadas a fines, bienes, valores y normas cuya juridicidad es reafirmada por el orden legal en el que conviven».

marco de un derecho penal liberal, en una sociedad laica, pluralista, democrática, «el legislador no tiene nada que hacer respecto a las virtudes y a los vicios morales, ni debe imponer los deberes de la Segunda Mesa, si no en cuanto estos sean útiles al bien y al mantenimiento de la humanidad bajo un gobierno»<sup>65</sup>. De otra forma expresado: el legislador penal que castiga con la herramienta penal actos como la sodomía, el consumo de drogas, el exhibicionismo, la pornografía, el adulterio, invade las esferas de la vida privada de las personas y se interna en los terrenos del autoritarismo con el consiguiente desconocimiento de todo el ideario demoliberal que es patrimonio de la civilización humana desde el pensamiento ilustrado<sup>66</sup>.

Ello, se reitera, es producto del pensamiento liberal ilustrado, a cuya sombra se gestó el concepto de *bien jurídico* con lo que se pudo distinguir con claridad entre el derecho y la moral. Esta concepción, como se sabe, surge como antagónica a la teoría tradicional, que consideraba la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona, acorde con la Teoría del contrato social<sup>67</sup>. Por ello, un muy buen sector de la doctrina contemporánea —comprometido con una concepción minimalista del derecho penal— clama por la ausencia de criminalización de aquellos comportamientos que no amenacen o lesionen efectivamente el bien jurídico tutelado por la ley penal, con lo que se descarta la punición de los llamados tipos de peligro abstracto por considerarla, justamente, contraria al apotegma objeto de estudio<sup>68</sup>; también, se utiliza en las codificaciones penales el *grado de injusto* como criterio de tasación de la pena, pues para el legislador no es lo mismo cometer un injusto de estafar en cuantía de cinco mil soles que uno de asesinar a un grupo de ancianos con un coche-bomba. La función del derecho penal, se repite, es tutelar los bienes o valores que por su importancia el legislador ha erigido en intereses merecedores de especial protección, sean de carácter individual o colectivo (bienes jurídicos). No obstante, debe recordarse, el delito o hecho punible además de lesionar bienes jurídicos (*desvalor de resultado*) implica también un atentado contra los valores ético-sociales predominantes en una comunidad dada y en un momento histórico determinado (*desvalor de acción*); por supuesto, enfrente a tal dilema la prioridad la tiene el bien jurídico en desmedro de los valores ético sociales, aunque ambos elementos conforman el injusto penal<sup>69</sup>. Ahora bien, debe precisarse, cuando se habla de la «*lesión*» a los bienes jurídicos no se alude a la noción naturalística que lo entiende como la causación de un daño a determinado objeto de la acción,

---

65 Cfr. Locke 2001: 97.

66 Cfr. Schünemann 2007: 254.

67 Cfr. Hurtado Pozo 2005: 14 ss.

68 Cfr. Ferrajoli 1995: 472, 711 y 712, 833; Fiandaca/Musco 2006: 19 ss., 174 a 178; Bricola 1973: 81 a 87; Moccia 2003: 195 ss.; Bustos Ramírez 1982: 82.

69 Cfr. Bustos Ramírez 1982: 30; Zaffaroni 1980-1983: 48 ss.

sino a un concepto de carácter valorativo, para el que se concibe como la contradicción con los intereses que la norma jurídico penal protege, o a la posibilidad de que ello se presente (amenaza, o como dice el Anteproyecto recordando las épocas del Defensismo social, «puesta en peligro concreto»).

Así las cosas, no cabe duda en el sentido de que el principio de lesividad es uno de los artífices del moderno Estado de derecho y es bastión innegable para la elaboración de un derecho penal mínimo, de garantías, lo que explica su inclusión en las modernas codificaciones penales que pretenden adscribirse a modelos como ese<sup>70</sup>; su importancia es tal que, un expositor tan reputado como Schünemann, ha afirmado que «la dogmática jurídico-penal se despediría como ciencia autónoma si se renunciara al principio de protección del bien jurídico (principio de lesividad social) como fundamento, el cual limita el arbitrio legislativo y por eso sirve también para el trabajo de interpretación como directiva superior»<sup>71</sup>.

2. *Consagraciones positivas.* Aunque de forma no muy precisa el artículo IV del Anteproyecto, que es reproducción del artículo IV vigente aunque sin el adverbio «necesariamente» [«La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley»], dice lo siguiente: «La pena precisa la lesión o puesta en peligro concreto o abstracto de bienes jurídicos tutelados por la ley»<sup>72</sup>; y, por supuesto, también emerge del artículo VIII, inciso 2, que traza los lineamientos de la determinación de la sanción penal: «La determinación legal y judicial de la pena atenderá a la importancia de los bienes jurídicos protegidos, así como al grado de su afectación».

## 7. Principio de culpabilidad

1. *Concepto.* Es este, sin duda, otro postulado básico del derecho penal acorde con el que *no hay pena sin culpabilidad*<sup>73</sup>, pues la sanción criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle «exigido» al agente<sup>74</sup> e implica, en

70 Así, Ferrajoli 1995: 467.

71 Cfr. Schünemann 2007: 284 ss.

72 Naturalmente, esta fórmula es mejor que la antitécnica propuesta del artículo IV del Anteproyecto de 2004: «La pena precisa la lesión o puesta en peligro *concreto o idóneo* de bienes jurídicos tutelados por la ley. Solo en casos excepcionales, por razones de estricta necesidad para la protección de un bien jurídico colectivo o institucional, se sancionarán comportamientos idóneos para producir un estado de peligro para el referido bien jurídico».

73 Künsemüller Loebenfelder 2001: 11 ss.

74 Por supuesto, si algún concepto no es pacífico en la discusión contemporánea es el de *culpabilidad*. Cfr. Achenbach 1974: 2 ss.; sobre los desarrollos contemporáneos y la relación entre el concepto de culpabilidad y las teorías de la pena; Ziffer 1996: 59 ss.; Demetrio Crespo 1999a: 217 ss.

realidad, cuatro cosas distintas<sup>75</sup>. En primer lugar, *posibilita la imputación subjetiva* de tal manera que el injusto penal solo puede ser atribuido a la persona que actúa; en este contexto jurídico-cultural, pues, el delito solo es concebible como el hecho de un autor y —como producto de ello— la sanción debe ser individual o estrictamente personal, para alcanzar únicamente a quien transgreda la ley en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así se hallaren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc.

En segundo lugar, no puede ser castigado quien obra sin culpabilidad, con lo que *se excluye la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado*; de aquí dimana la categoría dogmática de la culpabilidad —a veces llamada *responsabilidad*, pese a las diferencias entre ambos conceptos en la teoría general del derecho<sup>76</sup>— acorde con la que solo puede ser punido quien estuviere en posibilidad de gobernar el acontecer lesivo para los bienes jurídicos.

En tercer lugar, *la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace con base en el grado de culpabilidad*, pues hay diversos niveles de responsabilidad que van desde la culpa en sus diversas modalidades, hasta llegar al dolo.

Así mismo, en cuarto lugar, este axioma impone la idea de proporcionalidad como pauta surgida del postulado de igualdad para tasar la pena en concreto. Cuando el juzgador persigue imponer una pena justa debe hacerlo acorde con el postulado constitucional de la igualdad, gracias al cual es posible tratar desigualmente lo que es desigual; y ello parece obvio porque, para imponer la pena, es necesario distinguir dentro del juicio de exigibilidad normativa las diversas modalidades de conducta punible (dolo y culpa), de tal manera que las consecuencias jurídicas imponibles se correspondan de forma proporcionada con dichos distingos; por este camino, pues, el axioma de culpabilidad, posibilita la operancia del llamado principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, con lo cual se incardinan claramente los axiomas de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad, que se tornan en columnas vertebrales de la tarea de medición de la pena<sup>77</sup>.

---

75 Cfr. Hassemer 1982: 475 ss.; Roxin 1986: 671 ss.; Künsemüller Loebenfelder 2001: 82 ss. Por su parte, Mir Puig 2008: 123 ss., deriva de él cuatro principios distintos: *de personalidad de las penas, de responsabilidad por el hecho, de dolo o culpa, y de imputación personal* que, su vez, emanan del postulado de la dignidad humana, de la idea de seguridad jurídica y del axioma de igualdad real (2008: 97). Tradicionalmente, sin embargo, se atribuyen a este apotegma solo dos consecuencias: la exclusión de la responsabilidad por el resultado y la medición de la pena respetando el límite máximo de culpabilidad (grado de culpabilidad). Sobre ello, Jescheck/Weigend 2002: 24.

76 Sobre ello, Ferrajoli 1995: 91, 110 nota 1.

77 Cfr. Hassemer 1982: 478.

Acorde con lo ya dicho, se transgrede este axioma si se *agrava o fundamenta la pena por el mero resultado*, esto es, cuando se castiga al sujeto por lo que ocurre y no por lo que hace; cuando se da vía libre al *versari in re illicita* y se hace responder al autor de todas las consecuencias de su acto —aun las no queridas— siempre y cuando provengan de un obrar ilícito. Así mismo, si se le imponen *penas a un inimputable*, o no se le reconoce al agente una causal de exclusión de la culpabilidad; también, cuando se asigna mayor pena a los reincidentes, a los delincuentes de comisión profesional o habitual, más allá del grado de culpabilidad respectivo. Igualmente, si se le deduce responsabilidad penal al agente por *el hecho de otro*; y, para terminar, en la que constituye la consecuencia más importante de cara al tema examinado, si no se tiene en cuenta *el grado de culpabilidad* como criterio de tasación de la pena, en virtud del cual la culpabilidad sirve como punto de referencia para la medida de la pena<sup>78</sup>, por lo que la introducción de penas desproporcionadas desquicia el axioma. En fin, no cabe ninguna duda en el sentido de que el principio de culpabilidad —y con él el concepto de culpabilidad— no solo es una de las directrices centrales del moderno derecho penal<sup>79</sup>, sino que brinda la pauta central para la fundamentación y la determinación de la sanción penal, por más que las corrientes prevencionistas hayan tratado —desde luego, inútilmente— de prescindir de él.

2. *Consagraciones positivas*. Este apotegma tiene amplia consagración en el derecho vigente. En efecto, según el artículo 2, inciso 24, lit. e de la Carta «Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad». Así mismo, el Título Preliminar le dedica dos artículos distintos al axioma en examen: el VII —repetición casi textual del actual artículo VII<sup>80</sup>—, a cuyo tenor «La pena requiere de la culpabilidad del autor o partícipe. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva»; y, el VIII, cuando señala: «La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La determinación legal y judicial de la pena atenderá a la importancia de los bienes jurídicos protegidos, así como al grado de su afectación», este último —por supuesto— prevé los criterios básicos para la determinación de la sanción (y distingue la legal de la judicial): la importancia de los bienes jurídicos y el grado de su afectación, aunque sin olvidar el grado de culpabilidad que emerge del primero de ellos. Así mismo, se infiere de los artículos 10, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

78 Cfr. Ziffer 1996: 60.

79 Cfr. Hirsch 1996: 53.

80 Cfr. «Artículo VII. La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva».

Políticos y 11, inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya transcritos, y también de los artículos 14, inciso 2 y 8, inciso 2 de ambos estatutos los que, respectivamente, señalan: «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley»; «Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad».

Naturalmente, tan vehemente consagración del principio de culpabilidad se resquebraja cuando en los artículos 109 y 110 —como si con ello no se quebrantara este axioma— se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### **III. LOS LÍMITES FORMALES AL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI***

También, desde este ángulo, el ordenamiento por venir prevé una serie de postulados que constituyen controles formales al ejercicio de la potestad punitiva, pues tocan con la manera como se ejerce esa actividad sancionadora, con sus presupuestos y condiciones.

#### **1. Principio de legalidad de los delitos y de las penas<sup>81</sup>**

En un Estado de derecho social y Democrático como el peruano —según lo declara la Carta Fundamental—, naturalmente, al lado del axioma de humanidad —límite material— debe aparecer el apotegma *de legalidad*, como supremo límite formal o político al ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

1. *Concepto*. Como en su tarea de persecución penal de las conductas punibles, el Estado acude a los medios más enérgicos de que dispone el ordenamiento jurídico para el logro de tal cometido (recuérdese el subaxioma de *necesidad de intervención*), para intervenir de manera drástica en los derechos más elementales del hombre, se hace indispensable la búsqueda de un axioma que controle el ejercicio del poder punitivo y confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes lo ostentan o ejercen<sup>82</sup>, de tal manera que —básicamente, de la mano de la tradición liberal ilustrada— el ciudadano tenga la certeza de que solo es punible lo que está expresamente señalado en la ley y de que será tratado en igualdad de condiciones. El postulado en examen, pues, está íntimamente vinculado con los principios democráticos y tiene anclaje en la

---

81 Sobre ello, Velásquez Velásquez 2009: 131 ss.

82 Cfr. Muñoz Conde 1975: 79.

teoría de la división de los poderes<sup>83</sup>. De esta manera, pues, *libertad e igualdad* son los dos bastiones sobre los que se asienta este canon fundamental.

Semejante axioma no nació, como podría pensarse, de forma repentina tal y como aparece hoy consignado en el artículo II del Título Preliminar; por el contrario, todas las vicisitudes del acontecer histórico lo moldearon dándole el contenido y la forma actuales. Son, pues, innumerables las batallas que ha tenido que librar el hombre para perfeccionar este apotegma, que se ha convertido en patrimonio común de la humanidad, hoy empeñada en su conquista material, más allá de las innumerables consagraciones formales de que ha sido objeto en los ordenamientos jurídicos y en los tratados internacionales. Con razón, pues, ha dicho Soler que cuando los preceptos jurídicos están «directamente conectados con atributos o bienes fundamentales de la persona humana, esa experiencia histórica es casi siempre una acumulación de sufrimientos»<sup>84</sup>.

Al aforismo en mención se le denomina como de *legalidad*, pues establece que la intervención punitiva del Estado, tanto al configurar las conductas punibles como al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley que es expresión de la voluntad general, de conformidad con las directrices de la filosofía liberal que lo inspiran. Así mismo, se le llama de *reserva* pues, desde el punto de vista técnico formal, la materia de los hechos punibles, las penas y las medidas de seguridad, está deferida a la ley y el poder legislativo es el único autorizado para restringir los más elementales derechos humanos<sup>85</sup> y constituirse, así, en un verdadero monopolio legislativo en la creación de la materia penal que, para el caso colombiano, se traduce en la necesidad de acudir a la ley estatutaria para expedir este tipo de materias; el legislador tiene, en otras palabras, un verdadero monopolio en la creación de la materia criminal<sup>86</sup>. Finalmente, se entiende como *de intervención legalizada*, pues toca de lleno con la ingerencia del poder punitivo estatal, que limita y controla con miras a lograr los cometidos del derecho penal mismo<sup>87</sup>.

2. *Consagraciones positivas*. El apotegma emerge del artículo 2, inciso 24, lit. d. del la Constitución: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en

83 Hurtado Pozo 2005: 139; Mantovani 2002: 3; Mir Puig 2008: 105.

84 Soler 1956: 278.

85 Donna 2008: 340.

86 Bettiol 1980: 67; Cristiani 1983: 31; Mantovani 2002: 13.

87 Muñoz Conde 1975: 80.

la ley». Así mismo, del artículo 15, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Principio de legalidad. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello». También, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: «Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello». Así mismo, del texto del artículo II del Anteproyecto, cuando señala: «Nadie será sancionado por acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito o falta por la ley vigente al momento de su realización ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella»; como se recordará, el artículo II del Código Penal vigente, dispone de forma bastante semejante lo siguiente: «Principio de Legalidad. Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella».

Así las cosas, no cabe duda en el sentido de que el derecho positivo da amplia cabida a las diversas prerrogativas que emergen del postulado de legalidad; incluso, de él emergen otras importantísimas «Normas rectoras» a manera de principios derivados. En efecto, si se repara en la formulación actual del apotegma, se tiene.

a) *Los privilegios sustantivos*. Aparecen concretados de la siguiente manera:

- 1) *Prohibición de acudir al derecho consuetudinario*. Del texto se desprende que el derecho penal tiene que ser escrito, dado que el comportamiento comisivo u omisivo debe estar «previsto de modo expreso e inequívoco» y la sanción debe estar «establecida» en la ley. O sea, no se pueden fundamentar los delitos, las contravenciones penales, las penas y las medidas de seguridad en el derecho consuetudinario.
- 2) *Prohibición de la analogía*. Se deriva del artículo III: «Está prohibida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde. La analogía procede a favor del reo» (*no hay delito, no hay pena ni medida de seguridad sin ley estricta*). De aquí se desprende,

consecuentemente, la prohibición de acudir a normas semejantes para crear por la vía de la asimilación nuevos delitos, penas o medidas de seguridad, no contemplados en la ley.

3) *Prohibición de la indeterminación.* Emerge del artículo II, cuando expresa que «Nadie será sancionado por acto u omisión que no esté previsto *de modo expreso e inequívoco* como delito o falta por la ley vigente...». De igual forma, el artículo VIII, inciso 1, señala de manera muy general: «La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho»; también así el actual artículo VIII *in initio*: «Proporcionalidad de la Pena. La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho».

4) *Prohibición de la retroactividad.* Se consigna, igualmente, en el artículo II: «Nadie será sancionado por acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito o falta *por la ley vigente al momento de su realización...*»; también, el artículo 103 de la Constitución dispone: «Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho. Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. *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 solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho».

b) Los *privilegios procesales.* Aparecen regulados así:

1) El *debido proceso legal.* Se prevé en el artículo V cuando se dispone que «Solo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad y solo puede hacerlo en la forma establecida en la ley» (nadie puede ser castigado por un delito, ni condenado a pena o medida de seguridad sino en virtud de un juicio legal). Este es el llamado principio del debido proceso legal o legalidad del proceso, que compendia todos los privilegios procesales.

2) El *juez natural.* El artículo V dispone: «Solo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad y solo puede hacerlo en la forma establecida en la ley» que —referido a la pena y a la medida de seguridad— se traduce en el *principio de judicialidad*, pues ambas consecuencias jurídicas solo pueden ser impuestas por funcionarios adscritos a la rama jurisdiccional del poder público y en ningún caso por servidores públicos adscritos al poder ejecutivo, o por el legislador. Como puede verse

se consagra en toda su extensión la máxima *nemo iudex sine lege, nemo damnatur nisi per legale iudicium*, que es de rango constitucional.

### c) *Privilegios de ejecución penal*

Es el denominado *principio de la ejecución* y sus prerrogativas se encuentran consagradas, básicamente, en el artículo VI del Anteproyecto, de forma similar al actual artículo VI<sup>88</sup>: «No puede ejecutarse pena o medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y el reglamento que la desarrollen. La ejecución de las mismas será controlada e intervenida judicialmente»; esta disposición es desarrollo del artículo 139, inciso 22 de la Constitución que de forma perentoria señala entre los postulados de la Administración de Justicia «El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad». Naturalmente, semejante previsión es producto de las contenidas en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 16 de la Comisión Americana Sobre Derechos Humanos. En cuanto a *la pena*, se ha dicho que ella cumple «función preventiva, protectora y resocializadora» (cfr. artículo I). De allí se desprenden los *principios de resocialización*, del *tratamiento penitenciario* y de *humanidad de la pena*. En lo atinente a las *medidas de seguridad* se habla de las «funciones» que ellas cumplen, para indicar que «persiguen fines terapéuticos, de deshabitación, de prevención y de custodia o vigilancia».

## 2. Principio de taxatividad<sup>89</sup>

1. *Concepto*. Una de las consecuencias del principio *nulla poena sine lege* es la exigencia de una ley taxativamente concebida; por eso se dice que no hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad sin una ley cierta: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege certa*. Esto significa que tanto las conductas mandadas o prohibidas por la ley penal (esto es, el supuesto de hecho, precepto o tipo penal) como las consecuencias que consagra el ordenamiento para ser impuestas a quienes transgredan sus disposiciones (consecuencias jurídicas, sanciones), sea que se trate de penas o de medidas de seguridad, deben estar claramente consignadas en ella. Se alude, pues, al *principio de taxatividad, de determinación o de*

---

88 Cfr. «Artículo VI. No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente».

89 Cfr. Velásquez Velásquez 2009: 146 ss.

*certeza*. A tal efecto, mirado el axioma desde la perspectiva del supuesto de hecho de la norma penal completa, el legislador debe usar un lenguaje claro y preciso, asequible al nivel cultural medio de los ciudadanos, para lo que debe valerse preferentemente de los elementos descriptivos, es decir, aquellos estados o procesos del mundo real, corporal o anímico que cualquiera está en capacidad de conocer sin mayor esfuerzo. Esto implica, entonces, que se debe ser muy parco y cuidadoso en el uso de los elementos normativos, es decir, aquellos procesos que solo pueden ser precisados mediante una valoración de la situación de hecho; estos elementos, al requerir una valoración que debe realizar el juzgador, conllevan un notable margen de indeterminación y de subjetivismo, aunque no siempre pueden ser eliminados de los tipos penales que no pueden prescindir absolutamente de ellos; es más, la frontera entre estos elementos y los descriptivos es más que borrosa<sup>90</sup>.

En fin, que cada figura legal sea una estructura cerrada es una evidente necesidad política que se deriva del hecho de que, también como resultado de una conquista histórica, el delito es una acción humana, es decir, no es algo físico, no es un hecho sino un modo concreto de exteriorización personal; con ello, el principio de determinación se convierte en una consecuencia del principio del acto o del hecho, para el que el derecho penal se dirige a los actos de los hombres, a lo que ellos hacen, no a lo que son. Naturalmente, la claridad demandada también debe cobijar las sanciones penales de tal manera que ellas estén establecidas con precisión en la Ley penal, la que debe indicar tanto su clase como su duración<sup>91</sup>. Lo anterior es de una importancia suma: si las normas penales no están concebidas en el sentido indicado se tornan ambiguas, inexactas, abiertas y porosas, lo que impide a los jueces cumplir con su tarea de interpretarlas o de valorar sus significados y los obliga a tener que redefinir el significado de las prohibiciones penales, a tal punto que el derecho penal termina por tener poco de escrito: «queda, aunque no lo sea, valorativamente equiparado a un derecho consuetudinario, casuístico o judicial, es decir, a un derecho no escrito, en sentido estricto, y, por tanto, prohibido también por esta razón por el principio *nullum crimen*, en tanto que derecho descodificado»<sup>92</sup>.

La consagración y la efectiva realización material de este postulado es, entonces, una verdadera exigencia ética: «piedra de toque para comprobar si en el plano penal se respetan o no las exigencias del Estado de derecho no es ya, según esto,

90 Cfr. Roxin 2006: 284; el mismo, 1997: 306.

91 Cfr. Zaffaroni 1989: 195: «a la luz de este principio resultan claramente inconstitucionales los tipos sin límites ciertos, las escalas penales con máximos indeterminados y los presupuestos penales administrativizados que no conocen la tipicidad legal y los que, incluso estando en la órbita judicial, se dejan librados a tipicidades de construcción judicial».

92 Cfr. Pastor 2005: 260.

el formal reconocimiento y consagración —incluso a nivel constitucional— del principio de legalidad, sino el de si las concretas disposiciones legales responden, al enunciar tanto el presupuesto como la consecuencia penal, al postulado de una precisa determinación, que constituye la insustituible garantía de seguridad política para los derechos fundamentales de la persona, cuyo logro representa para el Estado de derecho una exigencia ética»<sup>93</sup>.

2. *Consagraciones positivas*. Se infiere del artículo I, cuando señala: «Nadie será sancionado por acto u omisión que *no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito o falta por la ley vigente al momento...*». De igual forma, este axioma está ampliamente previsto en el derecho positivo, como se deduce con claridad de los textos del artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya transcritos.

### 3. Principio de la prohibición de extraactividad de la ley penal

1. *Concepto*. Una de las garantías sustantivas emanadas del principio de legalidad, según ya se dijo, es la que tiene que ver con el carácter previo de la ley. La prohibición de extraactividad de la ley penal se funda en el hecho de que esta siempre se dicta para el futuro, obra en el tiempo en el cual nace, cobra vida y se extingue<sup>94</sup>; por ello, no puede aplicarse a los hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia (*retroactividad*), *ni* puede extenderse más allá de su extinción (*ultraactividad*). En otras palabras: la ley rige desde el tiempo de su promulgación hasta su derogatoria o extinción, salvo disposición en contrario. Se trata, a no dudarlo, de una garantía más para el ciudadano, dado que se le prohíbe al legislador la creación de un derecho penal retroactivo o ultraactivo, y al juez su aplicación; de allí que el administrador de Justicia solo pueda atribuir la trasgresión de un tipo penal determinado e imponer una consecuencia jurídica, cuando ellos estuviesen previstas al momento del acto, de lo contrario no<sup>95</sup>. Con lo anterior quedan sentados, entonces, *dos subprincipios*: el de la *irretroactividad de la ley nueva*, y el de la *no ultraactividad de la ley derogada*<sup>96</sup>.

---

93 Cfr. Rodríguez Mourullo 1971: 888.

94 Véase, el juicio estudio de Oliver Calderón 2008: 45 ss.

95 Ferrajoli 1995: N. 381 y 382, para quien este postulado es corolario del principio de *mera legalidad*.

96 Por ello, no parece técnico llamarlo como *principio de la irretroactividad*, al estilo de Mantovani 2002: 29 ss.

Como la prohibición de la retroactividad y de la ultraactividad es una norma protectora para el reo, inspirada en la idea de seguridad jurídica inherente al Estado de derecho, al interpretar la ley debe observarse el axioma según el cual «lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse» [*favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda*]; ello permite, entonces, exceptuar el carácter general de la prohibición en gracia de favorabilidad, para dar oportunidad a la ley de actuar más allá del término de vigencia, sea por vía de ultraactividad o de retroactividad. En fin, ello explica que las normatividades reguladoras del supuesto de hecho y sus respectivas consecuencias jurídicas no puedan ser objeto de modificación con posterioridad, puesto que, de serlo, la situación jurídica y los derechos adquiridos por el ciudadano sufrirían grave detrimento.

Por supuesto, este principio general sufre excepciones cuando —por vía de la favorabilidad— se permite la aplicación extraactiva de la ley penal al posibilitar, incluso, la aplicación coetánea de la vieja y de la nueva ley cuando ellas —sin que se trate de materias divisibles— sean más benignas; es lo que se conoce como la *lex tertia* que es un mecanismo perfectamente aplicable.

2. *Consagraciones positivas*. Sin duda, se deduce de lo estatuido en el artículo II cuando dispone: «Nadie será sancionado por acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito o falta *por la ley vigente al momento de su realización...*».

#### 4. Principio de prohibición de la analogía

1. *Concepto*. Según el principio de legalidad no es posible crear figuras penales, como tampoco imponer penas y medidas de seguridad por vía analógica<sup>97</sup>, pues impera el aforismo *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege stricta*. Desde luego, lo normal en el ámbito penal, como en las demás parcelas del ordenamiento jurídico, es la previsión legal de todos los casos que el juzgador debe decidir; no obstante, en algunos eventos la norma aplicable no existe por presentarse «lagunas» o «vacíos» legales, asunto sobre el que se ha discutido con abundancia la teoría jurídica contemporánea<sup>98</sup>. Sin pretender discurrir sobre la naturaleza de este fenómeno, que corresponde a la Filosofía del derecho, es evidente que en el derecho punitivo a diferencia de los demás sectores del plexo normativo, no es posible llenar esa ausencia de disposición legal con base en normas semejantes, pues de esa manera podría lesionarse la seguridad jurídica de los ciudadanos, tenida

97 La expresión «prohibición de la analogía» ha sido calificada de imprecisa. Cfr. Germann 1946: 120.

98 Sobre ello, Baumann/Weber/Mitsch 2003: 156 ss.

como intangible por el Estado social y democrático de derecho. Así las cosas, el dispensador de justicia no puede decidir un caso no contemplado en la ley con argumentos erigidos en el espíritu latente en esta, o a partir de la semejanza entre la hipótesis planteada y las que la ley penal define o enuncia en su texto; incluso, en casos más extremos, tampoco puede acudir a los fundamentos del orden jurídico en su conjunto<sup>99</sup>. No puede, pues, aplicarse la ley penal a un asunto para el cual no ha sido dada, aun cuando se trate de un hecho semejante a aquel o aquellos para los que efectivamente estaba destinada a regir, pues en virtud del principio de legalidad se encuentra prohibida y no puede ser destinada a crear delitos o a agravar las penas<sup>100</sup>.

Lo anterior no significa que la prohibición sea absoluta, pues el postulado excluye la aplicación de la normatividad penal en disfavor del reo: *in malam partem*, no así cuando lo beneficia: *in bonam partem*, de donde emerge la obligación de realizar una interpretación restrictiva de la ley penal y la consecuente prohibición de la extensiva<sup>101</sup>. Empero, una tendencia doctrinaria no admite tampoco la analogía favorable al reo, pues aduce —so pretexto de evitar excesos y salvaguardar la seguridad jurídica— que por donde penetra la primera también lo hace la segunda<sup>102</sup>; esta postura, desde luego, peca de un rígido formalismo y puede conducir a injusticias tan grandes como la que aboga por la aplicación de la analogía desfavorable.

2. *Consagraciones positivas*. Es mandato constitucional, como se infiere del artículo 139, inciso 9: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos». Por ello, con toda claridad, señala el artículo III del Anteproyecto que «Está prohibida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde. La analogía procede a favor del reo»; esta disposición coincide con el actual artículo III: «Prohibición de la Analogía. No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde» que, no obstante, no prevé el importante inciso 2 del Anteproyecto. En igual sentido, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: «Nadie puede ser

---

99 Jiménez de Asúa 1977: 479.

100 Cury Urzúa 2005: 201.

101 Ferrajoli 1995: N. 382; Mir Puig 1975: 320.

102 Así Jiménez de Asúa 1976: 455; con parecidos argumentos Carbonell Mateu 1999: 133 ss.

condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional».

## 5. Principio del debido proceso legal

1. *Concepto*. Al estudiar el principio de legalidad se señalaron las diversas prerrogativas procesales o instrumentales emanadas de él, que se compendian en el axioma del *debido proceso legal*. Por tal se entiende no solo el conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa referida a la libertad individual sea formalmente válida (*aspecto adjetivo*), sino también el contenido que debe plasmarse en ella, de tal manera que se constituya en garantía del orden, la justicia, sin lesionar de manera indebida la seguridad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado liberal (*aspecto sustantivo*)<sup>103</sup>. Desde luego, nada impide hablar de la *garantía de jurisdiccionalidad* como la más importante: «La principal garantía procesal, que constituye el presupuesto de todas las demás, es la de *jurisdiccionalidad* [...]. También esta garantía, como su correlativa de legalidad, puede ser entendida en dos sentidos —“en sentido *estricto*” y “en sentido *lato*” — según vaya o no acompañada de otras garantías procesales»<sup>104</sup>.

Ahora bien, aplicadas las nociones anteriores al derecho procesal penal se tiene que, desde el ángulo «adjetivo», el trámite procesal debe ajustarse a principios como los siguientes: existencia de una ley anterior al hecho que se imputa, o legalidad procesal; juzgamiento realizado por el funcionario judicial señalado en la Constitución, o juez natural; oportunidad de ejercer la defensa técnica, o inviolabilidad del derecho a defensa; cumplimiento de las formalidades de notificación y audiencia; careos del imputado con los testigos de cargo; posibilidad de presentar pruebas de descargo y de controvertir las allegadas en contra del acusado; presunción de inocencia; separación entre juez y acusación; obligatoriedad de la acción penal, etc. Pero, al mismo tiempo, se deben observar las siguientes prohibiciones: de doble juzgamiento o exclusión del *non bis in idem*; de declarar contra sí mismo; de ejercer contra el procesado coacciones indebidas, o someterlo a tratos inhumanos, crueles o degradantes para la persona humana; de resolver las dudas en contra del reo o *in dubio pro reo*; de afectar derechos individuales mediante la aplicación de leyes retroactivas; de restricciones de los derechos individuales, etc. En lo sustantivo, se debe aplicar a lo largo del proceso una recta, pronta y cumplida justicia, que le garantice al ciudadano la libertad y la seguridad

103 Linares 1943: 12 y 13.

104 Así, Ferrajoli 1995: N. 538.

jurídicas, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales; si ello no fuera así peligrarían los derechos ciudadanos, se entronizaría la arbitrariedad y las personas no sabrían quién podría juzgarlas ni en qué condiciones, lo que conduciría a que se viviese en un continuo estado de zozobra e inseguridad. Ello es consecuencia de que —desde este ángulo— se exige el respeto de «ciertos juicios de valor a los que se liga íntimamente el Orden, la Seguridad, la Paz y la Justicia del país, de los que resulta un campo de libertad del individuo, amplio y oponible al Estado mismo»<sup>105</sup>.

2. *Consagraciones positivas.* El axioma tiene rango constitucional, pues ha sido plasmado en el artículo 139, inciso 3 de la Carta: «La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación»; también, el artículo 139, inciso 10 indica: «El principio de no ser penado sin proceso judicial». Por supuesto, ante tanta claridad del texto contenido en la ley de leyes extraña que no haya una previsión expresa de este apotegma en el Título Preliminar y apenas sí se pueda inferir del tenor literal del artículo V cuando dispone que las penas y las medidas de seguridad solo las puede imponer el juez «en la forma establecida en la ley». Iguales previsiones se encuentran en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

## 6. Principio del juez natural

1. *Concepto.* Juez natural es el que señala la Constitución, el designado conforme a las reglas y garantías plasmadas en el ordenamiento jurídico del Estado; por eso no puede concebirse como administrador de justicia a quien actúa sin reunir las condiciones impuestas por las normas aseguradoras de la función jurisdiccional del Estado. Mediante este postulado, pues, se puede determinar y concretar cuál es el órgano encargado de ejercer la potestad juzgadora en el caso concreto<sup>106</sup>, de tal manera que la función jurisdiccional esté presidida por la idea de autoridad, constituyéndose en un dique contra la arbitrariedad y la inseguridad.

Así las cosas, de la misma manera que no hay delito sin ley preexistente, tampoco puede haber juzgamiento válido sin la presencia de un órgano jurisdiccional

---

105 Linares 1943: 13, 26 ss.

106 Clariá Olmedo 1960: 237; Ferrajoli 1995: N. 574 ss.

estructurado en forma general, antes del juicio y de acuerdo con los procedimientos legales de rigor<sup>107</sup>; de un juez independiente e imparcial cuya tarea sea asegurar el respeto de los principios fundamentales del derecho penal al interior del proceso, y que no se convierta en una simple máquina de «administrar justicia» apegado a la mera literalidad de la ley y a un legalismo reaccionario. Es que, no debe olvidarse, la existencia de un juez investido de la función judicial es producto del principio cardinal del Estado de derecho denominado de la «tripartición de los poderes», en virtud del cual se persigue impedir la adscripción a órganos extraños al poder judicial, de la función juzgadora<sup>108</sup>.

Ahora bien, la institución del juez legal o constitucional supone el cumplimiento de dos exigencias básicas: de un lado, la *legalidad del nombramiento y la correcta constitución del juez o tribunal*; y, del otro, *la institución previa del órgano judicial que debe intervenir en cada caso*, así varíe la persona del funcionario encargado de cumplir dicha función. Estas condiciones son producto de la doble naturaleza jurídica del apotegma estudiado, que no solo es una garantía institucional y un principio de organización judicial, sino un derecho individual consolidado en la ley. Lo primero, por cuanto posibilita la *competencia* tanto del tribunal como del juez, pudiéndose efectuar una organización real y segura de los tribunales; lo segundo, en cuanto permite que toda persona tenga acceso al juez natural correspondiente<sup>109</sup>. El postulado, pues, significa tres cosas distintas aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido *post factum*; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; y la prohibición de jueces extraordinarios y especiales. Naturalmente, en el primer significado también queda incluida la prohibición, con frecuencia ignorada por la doctrina, de la asignación discrecional de las investigaciones por parte de los presidentes o directores de los órganos correspondientes<sup>110</sup>.

En fin, es de tal alcance el apotegma examinado, que un ordenamiento procesal respetuoso de él no puede crear jueces *ex post facto* o con posterioridad al hecho; ni, mucho menos establecer dispensadores de justicia especiales para un determinado caso, o atribuir competencias a órganos extraños a los jueces naturales, así se trate de circunstancias excepcionales o de anomalía. Se trata, pues, de otro postulado de rango procesal, concebido como parte del debido proceso legal tal y como ya se mostró, y que limita desde el punto de vista formal el ejercicio de la potestad punitiva.

107 Cfr. Vásquez Rossi 1978: 76.

108 Cfr. Vélez Mariconde 1942: 23.

109 Marx 1969: 59 ss.

110 Cfr. Ferrajoli 1995: N. 590 y 665 nota 221.

2. *Consagraciones positivas.* También, se trata de un apotegma de rango constitucional, pues está previsto en diversos artículos de la Carta Magna entre los que cabe recordar el artículo 2, inciso 24, lit. f.: «Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito»; y el artículo 139, inciso 19 prevé como principio de la Administración de Justicia el de «La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad». En el artículo V del Anteproyecto se dispone con toda claridad: «Solo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad y solo puede hacerlo en la forma establecida en la ley»; este texto es repetición casi exacta del actual artículo V, con un leve cambio de redacción: «Solo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley».

## 7. Principio de prohibición de la doble incriminación

1. *Concepto.* Este postulado forma parte de otro más general conocido como *de la cosa juzgada, de la irrefragabilidad de la cosa juzgada penal*; de conformidad con él se reputa que el juicio sobre la litis es inmutable, intocable, definitivo y no puede ser modificado por el juez, una vez que la decisión de fondo se encuentra en firme<sup>111</sup>. De este aforismo se deduce el carácter absoluto de la administración de justicia, y significa que en el proceso penal una vez se ha decidido —con las debidas formalidades legales— en torno a la responsabilidad del imputado, todas las partes deben acatar la resolución que le ponga término, sin que puedan plantear de nuevo el mismo debate. Dicho axioma comporta, pues, una limitación muy importante impuesta por la soberanía a los poderes del Estado, que en su tiempo significó una preciosa conquista para la seguridad individual, hasta el punto de que hoy integra el amplio espectro de los derechos que se le deben garantizar a toda persona humana, y aparece consignado con marcada vehemencia en los diversos convenios y tratados internacionales sobre la materia. En fin, por ello se señala que «una vez decidida, con las formalidades legales, sobre la responsabilidad imputada en el proceso penal, las partes deben acatar la resolución que le puso término, sin que les sea permitido plantearlo de nuevo. De lo contrario, la incertidumbre reinaría en la vida jurídica y la función judicial resultaría menguada gravemente y sus fines no podrían lograrse»<sup>112</sup>.

---

111 Cfr. Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée 2004: 86 ss.

112 Devis Echandía 1981: 17.

Desde luego, téngase en cuenta que los efectos de la cosa juzgada son distintos en el ámbito procesal penal y en el civil: en este último los jueces se encuentran vinculados a la sentencia en lo que respecta a su contenido, por lo que se les obliga a dictar sentencia de igual manera a como lo habían hecho antes, con respecto al mismo caso; se dice, por ello, que la cosa juzgada tiene *efecto positivo*, cosa que no sucede en el derecho colombiano pues el juez debe declarar procedente la excepción. En cambio, en el proceso penal el juez se encuentra vinculado a la sentencia, sin que interese para nada el fondo del asunto, por lo que se encuentra obligado a no proferir nuevo pronunciamiento de fondo, una vez que ha conocido del asunto mediante sentencia anterior; por ello, se afirma que la cosa juzgada penal tiene *efecto negativo*, pues impide fallar nuevamente. Este efecto negativo de la cosa juzgada se traduce en el principio conocido como *non bis in ídem*, según el cual nadie puede ser perseguido judicialmente más de una vez por el mismo hecho, o sea, ninguno puede ser juzgado dos veces por idéntico comportamiento. La expresión *hecho* debe entenderse como conducta humana, mientras que la *identidad* alude a la persona [*eadem personam*], al objeto [*eadem re*], y a la causa de persecución [*eadem causa petendi*], de lo contrario no se podría hablar de la *identidad del hecho*.

Pese al carácter estricto del principio general, hoy ya no se habla de la inmutabilidad de la cosa juzgada y se le concibe como un mito. Antes que el apego al lapidario postulado de que la cosa juzgada se tiene por verdad, se ha impuesto la justicia<sup>113</sup>; por ello, aparecen como excepciones el juicio de revisión, la sentencia proferida por el juez extranjero, la rehabilitación del condenado y la liberación condicional, la amnistía y el indulto, los casos de prescripción de la pena impuesta, de incompetencia y los eventos de aplicación de la ley más favorable, entre otros.

2. *Consagraciones positivas.* En el artículo IX de forma expresa se prevé este apotema: «Nadie podrá ser procesado ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas». Este texto, de forma antitécnica, es reiterado con otra redacción por el artículo 92 del Anteproyecto dentro del Título V «De la extinción de la acción penal y de la pena», con la siguiente fórmula: «Cosa juzgada. Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente».

---

113 Cortés Domínguez 1975: 120 ss.

#### **IV. CONCLUSIONES**

De todo lo dicho se pueden, entonces, formular las siguientes consideraciones.

**Primera:** Si se hace un estudio comparativo entre los textos del Anteproyecto de 2009 y los contenidos en el articulado del TP del Código Penal de 1991, en materia de «Principios generales», se observa que en la propuesta legislativa no se han hecho innovaciones sustanciales pues todo el esfuerzo se reduce a hacerle ligeros retoques de forma a los artículos originales.

**Segunda:** Por eso, no es de extrañar que en el Anteproyecto no se aluda de forma expresa a principios tan importantes como los de dignidad de la persona humana, igualdad material ante la ley penal y proporcionalidad que, sin duda, están llamados a ingresar en el catálogo de principios rectores de un derecho penal democrático como lo reconoce el Anteproyecto de 2004 que prevé de mejor manera estas materias.

**Tercera:** Bien valdría, pues, la pena que los redactores del Anteproyecto trataran de mejorar su propuesta en este ámbito de tal manera que, por lo menos por razones de técnica legislativa, se señalen con toda claridad los límites a la actividad punitiva del Estado.

**Cuarta:** Esta necesidad se hace más imperiosa cuando se piensa en las amplias previsiones de los apotegmas en examen en la Constitución vigente y, por supuesto, en los instrumentos de derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico peruano como se muestra a lo largo de la exposición.

**Quinta:** De todas maneras, esa tarea es imperiosa si se quiere que la futura dogmática del derecho penal peruano esté alumbrada por estos faros hermenéuticos, a partir de los cuales se puedan intentar alzaduras teóricas como las que nuestro homenajeado —allende los océanos, porque nadie es profeta en su tierra como dice la frase bíblica— ha logrado plasmar en su vasta y muy importante obra científica que es orgullo para el Perú y, por supuesto, para todo el penalismo latinoamericano.