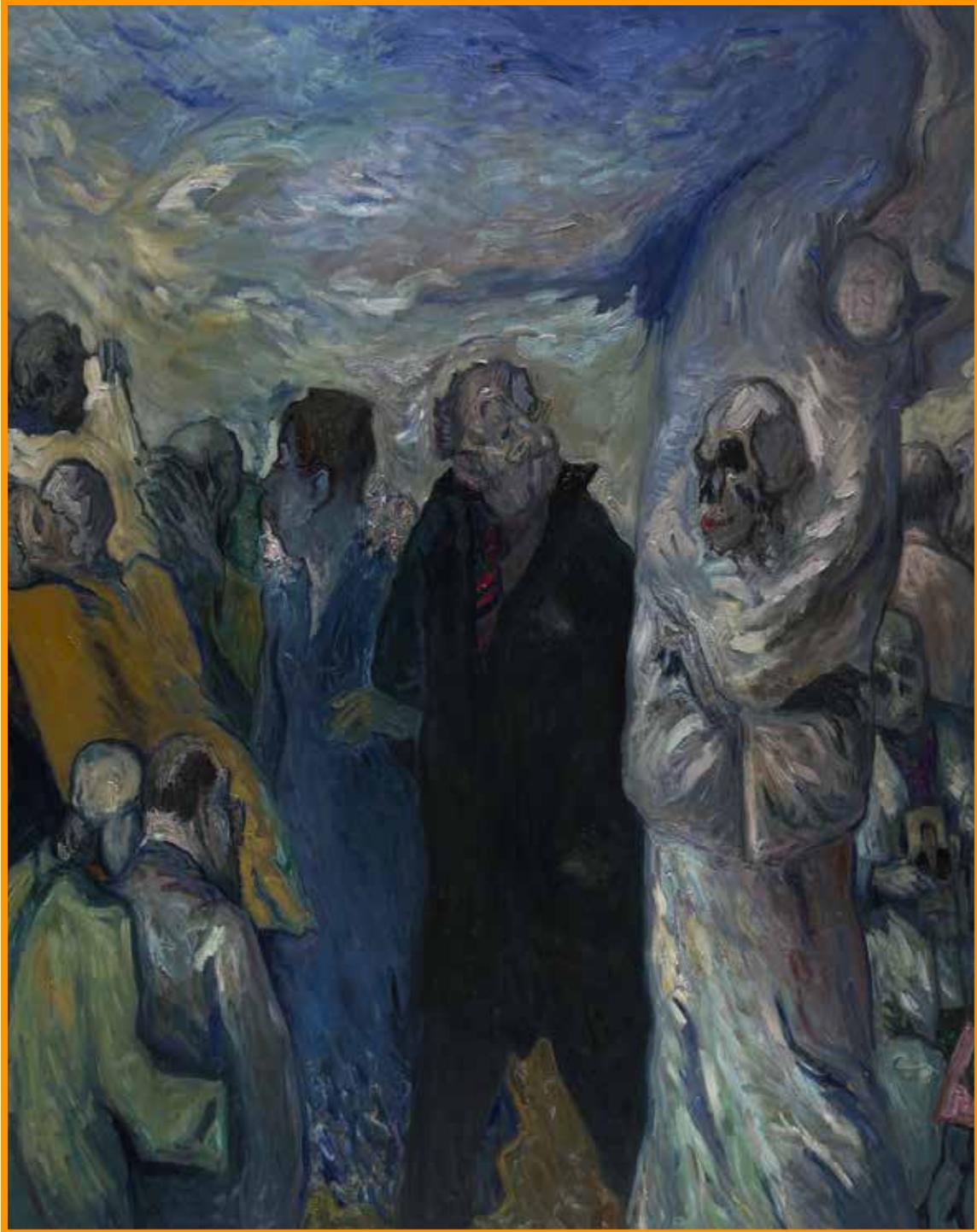


*El principio de legalidad en el Derecho Penal*  
*Principle of Legality in Criminal Law*

Jaime A. Velarde Rodríguez\*  
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i13.44>

Lex

\* Fiscal Superior Penal. Docente de la Universidad Alas Peruanas.



*¿En dónde estoy?* Óleo sobre tela (200 x 250 cm).

## RESUMEN

Uno de los principios básicos al cual se hace referencia al iniciarse el estudio del Derecho Penal es el *principio de legalidad*. Este principio de carácter general, y que tiene una conceptualización amplia por las diversas materias en las cuales se utiliza, ha tenido desde los albores de la historia moderna una gran importancia en tanto fija los límites al poder *ius punitivo* del Estado. Si bien en el Derecho Romano hubo aplicaciones del mismo, su verdadero origen debe verse en la Carta Magna de 1215, en donde el Rey Juan sin Tierra hace concesiones a los nobles de Inglaterra. Entre otras libertades, la Carta Magna expresa que “nadie podrá ser arrestado, aprisionado... sino en virtud de un juicio de sus pares, según la ley del país” (art. 48 de la Carta Magna), y además el Rey reconoce que solo el Parlamento podrá dictar leyes penales. Posteriormente, el principio es recibido por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), en la cual entre sus artículos se destacan: Art. 5: “La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad, todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena”. Art. 8: “Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida o promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”. El principio de legalidad también fue recibido por la Constitución de los Estados Unidos (1787) y de ella lo toma la Constitución Argentina. En esta oportunidad analizaremos brevemente sus alcances en materia penal, constitucional, procesal penal y penitenciaria, brindando un alcance práctico al respecto.

**Palabras clave:** *principio de legalidad, Derecho Penal.*

## ABSTRACT

One of the basic principles which are referenced at the beginning of the study of Criminal Law is the *principle of legality*. This principle of a general nature, and having a wide conceptualization by the different areas in which it is used, has had since the dawn of the modern history of great importance as it sets the limits to powers *ius punitivo* of the State. While Roman law was applications of its, true origin should appear in the Magna Carta of 1215, where King John Lackland makes concessions to nobles of England. Among other freedoms, the Magna Carta express “no one may be arrested, imprisoned... except by virtue of a judgment of their peers, according to the law of the country (article 48 of Magna Carta), and also the King recognizes that only Parliament can enact criminal laws. Subsequently, the principle is received by the Declaration of Rights of Man and of the Citizen (France, 1789) in which their articles stand out: Article 5: “The law has no right to prohibit but actions harmful to society, everything that is not prohibited by the law may not be prevented, and no one may be compelled to do what she

does not order”. Article 8: “No one may be punished more than under a law known or previously enacted crime and legally applied”. The principle of legality was also intercepted by the Constitution of the United States (1787) and she takes it the Constitution of Argentina. In this opportunity we will discuss briefly their scopes in criminal, constitutional, criminal procedure and penitentiary matters, providing a practical scope in this regard.

**Key words:** *principle of legality, criminal law.*

## 1. CONCEPTO

El concepto de legalidad o primacía de la Ley viene a ser un principio fundamental conforme al cual todo ejercicio del *poder público* debería estar sometido a la *voluntad de la ley* y de su jurisdicción y no a la *voluntad de las personas*, y el Estado sometido a la Constitución o al imperio de la ley. Por ello, el principio de legalidad establece la *seguridad jurídica*. En consecuencia, se podría afirmar que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho Público, y en tal sentido actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

Existe un vaso comunicante con este principio, que es la institución de la *reserva de ley*, que obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo; por lo tanto, no pueden ser incluidas en el reglamento y la normativa emanada por el Poder Ejecutivo. La reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder Legislativo, refleja la doctrina liberal de la *separación de poderes*.

Esta relación entre el principio de legalidad y el de reserva de la ley está generalmente establecida —en una democracia— en el llamado *ordenamiento jurídico* y recibe un tratamiento dogmático especial en el *Derecho Constitucional*, el *Derecho Administrativo*, el *Derecho Tributario* y el *Derecho Penal*.

El principio de legalidad es un axioma de valoración de lo justo por una sociedad, en virtud del cual no se puede aplicar una sanción si no está escrita previamente en una ley cierta.

Como bien señala Luis A. Bramont Arias, el principio de legalidad cabe ser considerado como la sumisión del Derecho Penal a la ley como única fuente creadora de delitos y penas, por lo cual solamente la ley tiene el monopolio en la creación de normas penales.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Luis Bramont Arias. “El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú”. En *La Nueva Constitución y el Derecho Penal*, ed. José Hurtado Pozo, p. 27.

La configuración típicamente penal del principio de legalidad la debemos a Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach, quien en el siglo XIX, y con ocasión de la construcción de la teoría de la coacción psicológica, consideró que *nullum crimen, nullapoena, sine lege*, es decir, no existe delito ni pena, sin ley que lo establezca.

De la formulación penal antes referida, surgen a su vez cuatro características específicas de dicho principio:

a) *Nullum crimen, sine lege scripta*; es decir, no hay delito si la ley no se encuentra escrita y publicada mediante norma con rango de ley, en tanto existe reserva de ley para los delitos.

b) *Nullum crimen, sine lege stricta*; es decir, no hay delito si la ley no es detallada al fijar el injusto, prohibiéndose la interpretación analógica de la norma penal.

c) *Nullum crimen, sine lege praevia*; es decir, no hay delito si la ley no ha sido emitida previamente antes de la comisión de la conducta o resultado prohibido, prohibiéndose la aplicación retroactiva de la norma penal.

d) *Nullum crimen, sine lege certa*; es decir, no hay delito si la ley no formula el presupuesto normativo de manera específica y clara, lo que se entiende como principio de taxatividad.

El profesor Víctor Cubas V. señala que “se ha conceptualizado a la legalidad como la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos (policías o Ministerio Público) que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo se presentan ante los órganos jurisdiccionales reclamando la investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar”.<sup>2</sup>

## 2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La consagración legislativa del principio que nos ocupa se realizó en la Constitución Americana de 1776 (Virginia, Maryland) y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. El artículo 8 de esta última textualmente dice: “La ley solo puede establecer las penas estrictamente necesarias; nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”. Esta regla fue reproducida en el art. 4 del Código Penal Napoleónico.

El éxito de estas nuevas ideas político-sociales y su propagación determinaron que el principio de legalidad, como garantía fundamental de la libertad civil, sea admitido en las legislaciones de los demás países. En el Perú, históricamente, la inviolabilidad de la “libertad

<sup>2</sup> Víctor Cubas Villanueva. *El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Lima: Palestra Editores, 2009, p. 554.

civil” se planteó en el Estatuto Provisional de San Martín y en las sucesivas Constituciones. En la Constitución de 1828 se estipula, por primera vez y de manera expresa, que “ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (art. 150), y que “todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue”. Disposiciones casi idénticas contiene la Constitución de 1919 (arts. 19, 20, 21, 27, 30), durante cuya vigencia se promulgó el Código Penal actual.

Igualmente, cabe señalar que en el Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre (primer “paso legislativo” en el Perú en materia penal) y en los estudios inspirados en las clásicas obras de Beccaria, Rousseau, Montesquieu y Locke no figura, expresamente, el principio de legalidad; sin embargo, sus disposiciones lo presuponen. Como ejemplo basta citar la disposición 34, que dice: “Toda acusación deberá contener la ley que se ha quebrantado”.

En el Código Penal de 1863, cuya fuente inmediata es el Código Penal Español de 1848-50, figura, en el art. 1o., esta disposición: “Las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley constituyen los delitos y las faltas”. En los tres primeros artículos del Código Penal vigente de 1924, se regulan los diversos aspectos del principio de legalidad. Según el codificador, “el principio de libertad civil debe dominar toda la legislación. En materia penal este principio es la garantía de la seguridad de las personas, proclamada como una de las conquistas más fecundas de la Revolución Francesa. Los actos de los hombres no pueden ser considerados ilícitos ni determinar acciones represivas sino en los casos previa y taxativamente establecidos en la ley”.

En la actual legislación penal extranjera se reconoce la primacía del principio de legalidad, y los especialistas están de acuerdo con la necesidad de su aplicación. Aun en países de cuyas legislaciones fue eliminado por diferentes razones, ha sido nuevamente incorporado. Esto ha ocurrido por ejemplo en Alemania Federal con el art. 103 de la Constitución de 1950, y en la Unión Soviética con el art. 6 de los Principios fundamentales de fundamentación política, jurídica, filosófica.

Por otro lado, tenemos al alemán Franz von Listz, quien calificó a la ley penal como la “Carta Magna del delincuente”, debido a que consideró que el principio de legalidad hace de ella no solo la fuente del derecho a castigar sino también su límite; no solo garantiza la defensa de los ciudadanos ante los criminales, sino también la de estos frente al poder del Estado (Derecho Penal de 1958 y art. 2o. C.P. de 1960). Por su parte, Beling culmina su teoría del tipo legal con la afirmación de que “no hay delito sin tipo legal”. En la doctrina francesa, se sostiene, generalmente, que la infracción está conformada por tres elementos: material, moral y legal. Ahora bien, este último elemento no es sino la aplicación del principio de legalidad. Carlos Cossío, fundador de la concepción egológica del Derecho, afirmó que el principio de

legalidad aparece en el ámbito filosófico como una restricción de las sanciones, y que esto es debido a la imposibilidad de equiparar los bienes jurídicos con la ley penal.

Por otra parte, el maestro peruano Jorge Hurtado Pozo señala que “el principio de legalidad, tal como fue establecido en las declaraciones y convenios sobre derechos humanos y en los primeros códigos penales, es una conquista de orden político, fruto del proceso que culmina con la conformación de los Estados modernos; su formulación en latín (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) no data de muy antiguo y, en todo caso, su origen no está en el Derecho Romano”.<sup>3</sup>

No debemos soslayar las explicaciones de von Wright sobre el principio de la legalidad en relación al problema de la “naturaleza del premio”. En su opinión, el principio establece, al afirmar que “no hay pena sin ley”, que cualquier acción que no está prohibida dentro del ámbito de un determinado orden (sistema, jerarquía) normativo está permitida dentro de él. Según él, se trata de una norma permisiva con contenido peculiar, consistente en la “suma total” de todos los actos y abstenciones que no estén ya prohibidos. De esta manera, conforme este autor, se cierra el orden normativo, y ello es debido a que si no puede prohibirse (o mandarse), sin contradicción, hacer y omitir un mismo hecho, ambas opciones pueden perfectamente permitirse. Alchourón y Bulygin esclarecen la concepción de von Wright y dicen que la regla de clausura podría enunciarse diciendo que “todo lo que no está penalmente prohibido, está penalmente permitido”. Por esta razón, es procedente afirmar que una vez admitido el principio de legalidad, la alternativa entre el argumento autoritario de que “está prohibido lo que el legislador no ha declarado expresamente permitido” y el liberal de que “está permitido lo que el legislador no ha declarado expresamente prohibido”, se resuelve en favor del último.

Según Luis Miguel Bramont Arias Torres, “este aforismo es una seguridad para la sociedad, el cual dentro de nuestro ordenamiento jurídico tiene su asidero en el Art. 2, N° 24-d, de la Constitución”.<sup>4</sup>

### 3. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Antes, es preciso señalar que durante la primera parte del siglo XX se produjo una profunda crisis del principio de legalidad desde el punto de vista del control constitucional. Esta aseveración puede resultar excesiva en la actualidad, pero responde al desarrollo constitucional del Derecho continental. Ciertamente, para la doctrina dominante, es un hecho incuestionable que la Constitución es la norma fundamental que da validez a todo el orden jurídico del Estado. También damos por cierto que, conforme enseñó García de Enterría, la Constitución

<sup>3</sup> José Hurtado Pozo. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Cuarta edición. Lima: IDEMSA, 2011, p. 362.

<sup>4</sup> Luis Miguel Bramont Arias. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Lima: EDDILI, 2008, p. 82.

es una norma y como tal produce efectos jurídicos. Tampoco cuestionamos las enseñanzas de Hans Kelsen y su “teoría pura del Derecho”, donde se nos expone que el orden jurídico debe ser acorde con la Ley constitucional y no debe sublevarse contra ella. La Constitución es suprema y hay imperatividad en la prohibición de hacer lo contrario, o de dejar de hacer lo que prescribe. No obstante, en el período anterior a la Segunda Guerra Mundial, la Constitución era solo el fundamento programático de los derechos fundamentales de los países bajo la órbita del Derecho continental. Básicamente, existían tres supuestos que impedían la eficacia de la Constitución: falta de sujeción del legislador a la Constitución, falta de sujeción del juez a la Constitución y sujeción del contralor de constitucionalidad a la ley. Sobre estos aspectos podemos resumir lo siguiente: en una primera etapa, el principio de legalidad tiene un doble fundamento político y jurídico, lo cual implica que para la doctrina dominante, en el Derecho continental, la división de poderes no contempla el control constitucional como un elemento esencial de la relación de frenos y contrapesos entre los poderes del Estado.

Nuestro Código Penal de 1991 en el artículo II del Título Preliminar establece que “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”.

Esta norma penal, si bien contempla de forma adecuada el principio de legalidad en tanto refleja de forma concreta las particularidades de nuestro sistema penal, tiene sustento constitucional en el artículo 2, inciso 20, literal d) de la Constitución Política de 1993, que establece que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de someterse no está previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

De lo anteriormente expuesto es absolutamente claro que la norma penal señalada al inicio no es más que un desarrollo programático de la norma constitucional. Este desarrollo programático no puede ser tomado como superfluo, al igual que la norma constitucional, en tanto la norma penal completa el mandato constitucional y la norma constitucional desarrolla un aspecto concreto del derecho fundamental al debido proceso.

#### 4. APLICACIÓN EN MATERIA PENAL

El principio de legalidad penal es el fundamento en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal. En materia penal es común en dictámenes fiscales y resoluciones judiciales hacer referencia al principio de legalidad, pero pocas veces se entiende por los operadores jurídicos la manera como el principio de legalidad se concreta en el sistema penal.

En primer lugar, debemos señalar que, sin perjuicio del sistema procesal en el que nos encontremos —antiguo o nuevo—, la norma penal en nuestro país se aplica sin diferencias sustanciales.

### **Principio de legalidad penal sustancial**

El principio de legalidad penal sustancial es un axioma extrajurídico de defensa social, en virtud del cual se sanciona con una pena o se somete a una medida de seguridad cualquier acción u omisión o estado peligroso de una persona que vaya contra la sociedad o el Estado, afectando bienes jurídicos tutelados por ley.

### **Principio de legalidad penal formal**

El principio de legalidad penal formal es un *axioma jurídico por el cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que la ley anterior lo haya previsto como tal*. La descripción del delito o situación peligrosa tiene que preceder al acto delictivo o al comportamiento peligroso. Considera y castiga como delito todo hecho que esté en la ley como tal. No considera ni castiga los hechos que no estén en la ley, aun cuando esos hechos sean lesivos a la sociedad o al individuo.

### **Principio de legalidad de los delitos**

*Nullum crimen sine scripta, stricta, certa et praevia lege* (“no hay delito sin ley escrita, cierta y previa”). El principio de legalidad de los delitos *es un axioma jurídico en virtud del cual ningún acto u omisión voluntaria es considerado como delito sin que una ley escrita, cierta y anterior lo haya previsto como tal*. La ley que describe un hecho como delito debe ser precisa y clara (*lex certa*) y estar plasmada en la ley positiva estrictamente (*lex scripta et stricta*).

Este *principio* elimina la *analogía*, ya que en esta el juez crea Derecho a través de una tipificación penal no prevista en la ley, o el juez constituye derechos subjetivos dignos de tutela. En ambos casos, el juez se convierte en legislador, es decir, crea Derecho, que es función exclusiva del Órgano Legislativo; al juez solo se le permite crear jurisprudencia. El *principio de legalidad de los delitos* es tomado como fundamento de las siguientes leyes y tratados:

**Códigos penales**, que generalmente se redactan así:

“Nadie podrá ser condenado o sometido a una medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por ley penal vigente al tiempo que se cometió...”. Como el *principio de legalidad de los delitos* está plasmando en la ley, este procedimiento lo convierte en una *garantía legal*, aunque no es una *garantía constitucional*.

El maestro Felipe Villavicencio J. señala que “El principio de legalidad limita el ejercicio de la función punitiva estatal exclusivamente a las acciones u omisiones previstas en la ley

como infracciones punibles”. A partir de esta limitación, se constituye como una garantía de la administración de justicia “la prohibición de la analogía (artículo 233, inc. 8 de la Constitución).<sup>5</sup>

**El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, que dice:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos...” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 15, Ap., 1).

En nuestro caso diremos que los delitos que se encuentran tipificados en la Parte Especial de nuestro Código Penal y en diversas normas penales especiales, en la gran mayoría de casos, cumplen con hacer una descripción adecuada de las conductas o resultados prohibidos y otros elementos objetivos, así como de los elementos subjetivos del injusto.

Un delito que resulta interesante para analizar con el principio de legalidad es el delito de falsedad genérica, tipificado en el Artículo 438 del Código Penal. Dicho tipo penal en su configuración objetiva establece que se reprime con pena privativa de libertad al que de cualquier otro modo que no esté especificado en los capítulos precedentes comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa.

La configuración sumamente abierta del supuesto de hecho del tipo penal podría conllevarnos a presumir que existe probablemente una afectación al principio de legalidad penal, pero tal conclusión no resulta adecuada si se toma en cuenta que el tipo penal cierra las posibilidades de comisión del ilícito al exigir falsedad intencional y perjuicio a terceros, circunstancias que en la práctica son difíciles de acreditar y a cuyo resultado casi siempre se llega por prueba indiciaria.

## 5. CONSECUENCIAS PROCESALES

Nuestro Código Procesal Penal inicia su redacción con los principios generales del Derecho Procesal Penal. Estos son considerados como uno de los puntos jurídicos más discutidos, pues se considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones, o sea las reglas del Derecho, los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento, una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez y, despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante.

<sup>5</sup> Felipe Villavicencio Terreros. *Lecciones de Derecho Penal*. Lima: Editores Cultural Cuzco, 1990, p. 52.

El principio de que no hay delito ni pena sin ley anterior, se encuentra descrito en el Art. 1 del Código Procesal Penal. Se pretende establecer que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración (Art. 17 constitucional). Igualmente dice la Constitución al respecto que no hay prisión por deudas. De igual forma, así como se habla de la conducta ilícita en cuanto a que debe estar descrita en la normativa penal vigente para ser calificada como acto reprochable socialmente, se tiene la actividad procesal, que se describe en el Art. 2 del CPP. No hay proceso sin ley.

#### PRINCIPIO DE LA JURIDICIDAD.

Se encuentra desarrollado en el Art. 3 del CPP, que lo desarrolla con el título de La imperatividad. Se pretende con esta norma tener presente el principio de que nadie tiene la oportunidad de inventarse un proceso a su conveniencia, ni mucho menos buscar la autorización de los sujetos procesales para realizar actuaciones que más adelante deberán ser calificadas de valederas.

Este principio será el rector en todo el desarrollo del proceso penal, y estaremos haciendo referencia de él en forma constante.

#### PRINCIPIO DEL PROCESO PREESTABLECIDO

Es desarrollado en el Art. 4 del CPP, que desarrolla el principio de la finalidad del proceso penal. Es, por así decirlo, el desarrollo de la normativa constitucional (Art. 12) que habla de la defensa de la persona y sus derechos, los que son calificables de inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente. De igual forma, se encuentra descrito el principio en el Art. 16 de la LOJ.6. Al afirmarlo casi con las mismas palabras encontradas en la constitución, dice que la defensa de la persona y de sus derechos es inviolable. Ninguno puede ser juzgado por comisión o por tribunales especiales. Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante juez o tribunal competente y preestablecido, en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo; y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos sino en virtud de procedimiento que reúna los mismos requisitos. Este principio es ampliado por el Art. 8 constitucional, que desarrolla los derechos del detenido. Todo detenido deberá ser informado inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles, y especialmente que puede proveerse de un defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales. El detenido no podrá ser obligado a declarar sino ante autoridad judicial competente.

## PRINCIPIO DE LA INICIACIÓN DE LA ACCIÓN PROCESAL

Se encuentra desarrollado en el Art. 6 del CPP. La interrogante deberá ser, en todo caso, ¿cuándo comienza un proceso penal contra alguien? Pues será desde el momento en que se tenga la primera noticia de la comisión de un hecho delictivo, desde el instante en que se realice el primer acto del procedimiento o se llegue a tener la primera noticia de la felonía. Y ante ello, su relación está directamente en las estipulaciones del Art. 14 constitucional. Toda persona es inocente mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.

## PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD, ASÍ COMO DE JUEZ NATURAL

Se encuentra desarrollado en el Art. 7 del CPP. Todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado por juez o tribunal que goce de una absoluta imparcialidad. Este derecho se encuentra descrito como una Garantía Judicial dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al declarar, en el Art. 8 numeral , que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. La independencia judicial se encuentra garantizada en el Art. 203 constitucional, al decir que los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. Y el Art. 209 constitucional desarrolla la forma del nombramiento de jueces al declarar que estos serán nombrados por la Corte Suprema de Justicia. Y así mismo, se establece la carrera judicial. Los ingresos, promociones y ascensos se harán mediante oposición. Y es la Ley de la Carrera Judicial la encargada de desarrollar la forma como deberá llevarse a cabo la selección de aquellos profesionales a quienes se les encomendará la tarea de juzgar y ejecutar lo juzgado.

Según el profesor Víctor Cubas Villanueva, “la independencia, como una categoría abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada posibilite tal actuación”.<sup>6</sup>

## PRINCIPIO DE INDISPONIBILIDAD

Es calificado como el principio de competencia. Su antónimo es la disponibilidad, que es lo susceptible de libre empleo o atribución. Es decir, la indisponibilidad tendrá que sujetarse

<sup>6</sup> Víctor Cubas Villanueva. *Op. cit.* p. 81.

a que los jueces y tribunales no podrán renunciar al ejercicio de su función sino en los casos de ley. Y son casos de ley las cuestiones de competencia desarrollados en el Código Procesal Penal. En el presente caso me interesa que se tenga claro que los jueces están obligados a atender los requerimientos de los particulares, les guste o no. Pero sí pueden llamar al orden cuando el requerimiento que se les hace no es de su competencia, tomando como base que los particulares no pueden recurrir a tribunal distinto del reputado legalmente competente.

### PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD

De igual forma, el artículo 14 del CPP desarrolla el principio de la proporcionalidad, que consiste en afirmar que los juzgadores no podrán decretar preventivamente ninguna medida de coerción que después de realizado el juicio oral y público se compruebe que no fue proporcional con la pena obtenida en sentencia. Es decir, en caso el individuo resultase responsable por la comisión de un hecho delictivo, la medida coercitiva decretada en su contra en forma provisional no podrá superar la pena obtenida. De lo contrario, se estaría confirmando que existió exceso en la medida coercitiva, pues ni en sentencia condenatoria pudo obtenerse algo mayor. Un ejemplo podría ser que si la pena máxima asignada al delito no supera la de una multa pecuniaria, es imposible considerar que el juez contralor de la legalidad piense en decretar una prisión provisional en forma preventiva en contra del individuo, pues aun cuando sea llevado a juicio oral y público y se obtenga una sentencia condenatoria en su contra, jamás el fiscal encargado de ejercitar la acción penal pública obtendrá una sentencia de prisión inmutable en su contra. Y parece ilógico que el agente fiscal se oponga al sustituto de la prisión preventiva en estos casos, cuando jamás conseguirá que el Tribunal de Sentencia decrete la inmutabilidad de la pena, salvo en los casos determinados en la ley, de modo que es casi imposible que el juez deje detenida a una persona cuando la sanción asignada al delito es de multa. La pena del pago de una cantidad de dinero a cambio de no estar en prisión es determinación del juez que conoce de la causa. Y para determinar el pago que hará el condenado, se tendría que estar dentro de una causa penal en la que la sanción asignada sea de multa, y el juzgador debe saber qué es lo justo a asignar por el caso que conoce.

Sin perjuicio de que nos encontremos utilizando el nuevo modelo procesal penal establecido en el Código Procesal Penal del 2004 o el antiguo proceso penal regido principalmente por el Código de Procedimientos Penales de 1940, las consecuencias procesales del principio de legalidad se aprecian de manera clara en ambos sistemas procesales.

Así por ejemplo, en el antiguo proceso penal y en virtud del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales de 1940, no procede abrir auto apertorio de instrucción si el hecho denunciado no constituye delito, precepto penal que también se contempla en el artículo 334 del Código de Procesal Penal del 2004, con las diferencias de función del fiscal y el juez de la investigación preparatoria. Otra de las consecuencias procesales es también la irretroactividad

de la ley penal. Resulta de común conocimiento que la norma penal es de aplicación a partir del día siguiente de su publicación, y que es aplicable de forma retroactiva solamente cuando beneficia al imputado. Dicha formulación genera complejas situaciones en un proceso penal cuando se tienen diversas modificaciones a una misma norma penal, generando una confusión entre la retroactividad y la ultractividad. Por ejemplo, tomemos el caso de un delito que al tiempo de comisión estaba penado con seis años de pena privativa de libertad pero que a los pocos días de formalizarse denuncia penal la pena se elevó a ocho años de pena privativa de libertad, y antes de emitirse sentencia su pena se redujo a cuatro años de pena privativa de libertad.

En el caso propuesto y haciendo una aplicación simplemente directa del principio de legalidad, podemos señalar de manera preliminar que lo correcto resultaría aplicar la pena del momento de comisión. Tal decisión implica una observación adecuada del principio de legalidad, pero que causaría un perjuicio al derecho fundamental al debido proceso del imputado en tanto no se está considerando la última modificación, que resulta de aplicación obligatoria en tanto favorece al procesado.

## 6. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Se dice que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y que su persecución resulta prioridad frente a otros delitos comunes. Tal aseveración, conforme es vista, entraría en abierto conflicto con las normas penales comunes, pero dicha circunstancia no resulta en realidad de tal manera.

### PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Se encuentra desarrollado en el Art. 16 del CPP. El principio está descrito por igual en los Arts. 13, 44, 45 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 4, 7 y 9 de la Ley del Organismo Judicial, 7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se describen en esta las garantías mínimas de los procesados, y es ley interna en nuestro país, en el Art. 2 de la Ley de la Carrera Judicial. El mandato pretende que los operadores de justicia tengan presente que están sujetos únicamente a la Constitución Política de la República, a las leyes y a los convenios internacionales ratificados por Guatemala. Es decir, que se acepte que el mandato conlleva el respeto absoluto a la jerarquía normativa y la preeminencia de la legislación imperativa. No es factible aceptar que los operadores de justicia y los juzgadores en particular pretendan abrigar la idea de autoeximirse de la obligación que tienen de respetar la Constitución y los tratados internacionales. Es decir, deben respeto absoluto a la misma. Y deberán tener presente que al momento de estar administrando justicia, juzgando y ordenando que se ejecute lo juzgado, están obligados a velar por el cumplimiento estricto de la normativa constitucional.

Los jueces son los primeros en ser llamados al cumplimiento del mandato constitucional, ya que el poder que se encuentran administrando proviene del pueblo y es en nombre de este que se llega a ordenar que se cumpla la ley. Sería irónico que los jueces desobedecieran el mandato constitucional y obviaran el cumplimiento estricto de la normativa suprema, y al mismo tiempo, en nombre del pueblo, ordenaran que se cumpla la ley. ¿Cómo es posible que primero la desobedezcan y más tarde ordenan que se cumpla? Es totalmente contradictoria su actuación. Al declarar la norma que los jueces y las demás autoridades que intervienen en los procesos deben cumplir los deberes que les impone la Constitución y los tratados internacionales sobre respeto a los derechos humanos, se está refiriendo a las autoridades que forman parte de este, tales como El Ministerio Público y el Instituto de la Defensa Pública Penal, además de los abogados, llamados a ser parte en la causa, tales como el que auxilia al querellante, actor civil, tercero civilmente afectado y otros diversos profesionales necesarios en la causa, como el médico forense, consultor técnico, peritos y demás expertos necesarios para determinar con certeza qué fue lo que realmente pasó y lo que motiva el proceso.

## 7. APLICACIÓN PENITENCIARIA

Un aspecto también importante respecto al principio de legalidad es su aplicación en materia penitenciaria. Según la normatividad especial respectiva, la norma penitenciaria se aplica conforme a su vigencia en el tiempo.

Ahora bien, ¿esto implica que la norma penitenciaria aplicable que debe tomarse en cuenta en caso de conflicto normativo temporal es la que beneficie al sentenciado o procesado?

Este tema ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° STC 2196-2002-HC/TC, en el que se consideró que la retroactividad penal benigna solamente se aplica para cuestiones penales, más no para la aplicación de beneficios penitenciarios.

Queda claro que el tema submateria es opinable. Consideramos, no obstante, que planteada la discusión es posible también plantear algunas ideas importantes.

El Tribunal Constitucional ha manifestado que las leyes penitenciarias, al no ser disposiciones sustantivas, son de aplicación inmediata. Así, si una persona ha sido sentenciada a una pena de veinte años de privación de la libertad cuando tenía beneficios penitenciarios, no podrá acogerse a algunos de ellos, si posteriormente se expide una ley que prohíbe todo tipo de beneficios para su caso. Ostensible es el caso del tratamiento populista y simbólico de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, que puede apreciarse en el caso concreto.

En mérito a lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces interpretan las leyes según lo hace el Tribunal Constitucional, por lo cual podrían sentirse obligados por la suprema interpretación. Sin embargo, la vinculación

a la Constitución Política, especialmente a la consideración de la persona como fin supremo, al deber de motivar las resoluciones judiciales y a la potestad de impartir justicia acudiendo al control difuso de las leyes pueden ser la herramienta del juez constitucional para enmendar perversiones interpretativas en el caso concreto.

Los beneficios penitenciarios sí pueden ser considerados como derechos si se aprecia su contenido en una relación temporal dinámica. La persona que ha sido sentenciada y agotó los recursos impugnatorios correspondientes, piensa ahora en la ejecución de su pena y en el cumplimiento de los fines del régimen penitenciario. En ese orden de ideas, esta persona organiza su proceder sobre la base de la apreciación de sus posibilidades de liberación más auspiciosas, entre ellas los beneficios penitenciarios. Si cumple los requisitos y solicita la concesión del beneficio, lo opone ante la autoridad respectiva para que esta, reconociendo el beneficio y la aplicación al sentenciado, disponga la aplicación.

Por todo ello, no concordamos con esta posición interpretativa del Tribunal Constitucional, pues consideramos que los instrumentos legales de ejecución penal no deben ser retroactivos, salvo cuando favorezcan al sentenciado. Ya ha sucedido que el Tribunal Constitucional ha variado su posición en ciertos asuntos de relevancia jurídica, por lo que esperamos que en este caso, que ya cuenta con otros defensores de esta posición, suceda lo mismo. Sin perjuicio de ello, subsiste la posibilidad de que esta situación sea solucionada desde el Parlamento Nacional. Bastará para ello que los legisladores adopten una decisión legal que precise que las normas de ejecución penal no son retroactivas en perjuicio del sentenciado.

## 8. CONCLUSIONES

- Una de las aristas principales de la seguridad jurídica viene a ser el principio de legalidad, el mismo que puede conceptuarse como legalidad o primacía de la ley, y viene a ser un principio fundamental conforme al cual todo ejercicio del poder público deberá estar sometido a la voluntad de la ley y de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas, es decir, el Estado se halla sometido a la Constitución o al imperio de la ley.

- La evolución legislativa del principio de legalidad viene desde la Constitución Americana de 1776 (Virginia, Maryland) y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, reglas que fueron reproducidas del Art. 4 del Código Penal Napoleónico. En el Perú se planteó la inviolabilidad de la “libertad civil” en el Estatuto Provisional de San Martín y en las sucesivas Constituciones. En la Constitución de 1828 se estipuló por primera vez que “ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (Art. 150), y que “todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue”. Disposiciones casi idénticas contiene la Constitución de 1919 (Arts. 19, 20, 21, 27 y 30), durante cuya vigencia se promulgó el Código Penal actual. En el Código Penal de 1863, este precepto figura en el Art. 1o., cuya fuente inmediata es el Código Penal Español de 1848-1850.

- Para la doctrina dominante, es un hecho incuestionable que la Constitución es la norma fundamental que da validez a todo el orden jurídico del Estado, y como tal produce efectos jurídicos. Hans Kelsen en su *Teoría pura del Derecho* expone que el orden jurídico debe estar acorde con la Ley constitucional y no debe sublevarse contra ella. La Constitución es suprema y hay imperatividad en la prohibición de hacer lo contrario, o de dejar de hacer lo que prescribe. No obstante, en el período anterior a la Segunda Guerra Mundial, la Constitución era solo el fundamento programático de los derechos fundamentales de los países bajo la órbita del Derecho Continental. Nuestro Código Penal de 1991, en el artículo II del Título Preliminar establece que “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”.

- El principio de legalidad penal es el fundamento legal en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal. En materia penal, es común advertir en dictámenes fiscales y resoluciones judiciales la referencia al principio de legalidad, pero pocas veces se entiende por los operadores jurídicos la manera como este principio se concreta en el sistema penal; no obstante, debemos señalar que, sin perjuicio del sistema procesal en el que nos encontremos —antiguo o nuevo—, la norma penal en nuestro país se aplica sin diferencias sustanciales.

## REFERENCIAS

- Bramont Arias, Luis. “El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú”. En *La Nueva Constitución y el Derecho Penal*, ed. José Hurtado Pozo.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Cuarta edición. Lima: EDDILI, 2008.
- Cubas Villanueva, Víctor. *El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Lima: Palestra Editores, 2009.
- Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Cuarta edición. Lima: IDEM-SA, 2011.
- Villavicencio Terreros, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal*. Lima: Editores Cultural Cuzco, 1990.

Recibido: 11/03/14

Aprobado: 25/03/14