



Carlos Torres y Torres Lara
1942 - 2000

Alonso Morales Acosta
Carlos Torres Morales
Rafael Torres Morales
Juan Carlos Benavente Teixeira
Miguel Angel Torres Morales
Britta Olsen de Torres
Sylvia Torres de Ferreyros
Maribel Castillo Wong
Indira Navarro Palacios
Percy Huaroc LLaja
Enory Okuma Fullita

Sylvia Morales de Torres
María del Pilar Torres Morales

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

SUMARIO: I.- Evolución Histórica y Legislativa. 1.- Antecedentes. 2.- Evolución Legislativa a nivel constitucional e internacional. 3.- Evolución legislativa a nivel de leyes. 4.- Ley penal. II.- Garantías del principio de legalidad. 1.- Nullum crimen sine lege certa. 2.- Nullum crimen sine lege previa. 3.- Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta. 4.- Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta.

<<Las normas deben interpretarse teniendo en cuenta las cambiantes situaciones que se presenten en la vida real, pues no existe una interpretación definitiva y válida en todos los tiempos; la variedad inabarcable y el cambio continuo de las relaciones de la vida, ponen constantemente al aplicador de la disposición legal ante nuevas cuestiones>>
(Karl Larenz)

I.- EVOLUCION HISTORICA y LEGISLATIVA

1. ANTECEDENTES

Hoy en día, la totalidad de los sistemas jurídicos en general de los Estados que se consideren “sociales y democráticos de derecho”, están



basados en el “principio de legalidad”, todos los órganos estatales tienen que someterse a la ley y la validez de sus actos depende de que tengan una base legal. El principio de legalidad en derecho penal, es una columna esencial del derecho penal moderno, pues se convierte en el límite del Poder Punitivo del Estado, no pudiendo castigar conductas e imponer penas no previstas expresamente en la ley, quiere decir que toda intervención de éste en los derechos de las personas debe tener un fundamento legal y ser de carácter excepcional, así refuerza la seguridad jurídica. “El principio de **Estado de derecho** impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea de **Estado social** sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último la concepción de **Estado democrático** obliga en lo posible a poner el derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respecto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano”¹

Para que este principio se convierta en la columna vertebral de todo derecho penal y sea el límite de la función punitiva Estatal, ha tenido que pasar por toda una evolución historia llena de conquistas y revoluciones sociales y políticas, pues los derechos fácilmente no son arrancados de quienes detentan el poder y menos de los monarcas de entonces quienes en sus manos tenían el poder omnipotente de castigar, han tenido que pasar grandes transformaciones sociales y políticas. “El principio de legalidad tal como fue establecido en las declaraciones de los 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. La significación y los límites del principio de legalidad

¹ **MIR PUIG, Santiago**, “Derecho Penal Parte General”, 7ma Edición Editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires 2005, Página 114



son mejor comprendidos si se tiene en cuenta la menara como surge y evoluciona”².

En la época de las **nomarquías** el sistema judicial era absoluto, todo estaba en manos del Rey, quien delegaba su poder a uno de sus funcionarios y en los señores Feudales, su sistema se caracterizó por una marcada irregularidad en el sistema jurisdiccional, por el desorden y la multiplicidad de leyes y por una gran arbitrariedad debido a por los innumerables privilegios para castigar que gozaban los señores feudales y en particular, por el derecho del rey o por sus representantes para castigar sin observar procedimiento alguno. El soberano directo o indirectamente decidía y ordenaba ejecutar los castigos, el absolutismo imperaba. En esta época la legislación penal se había constituido bajo la influencia de una concepción que identificaba crimen con pecado, y que no distinguía muy bien las leyes penales de las reglas morales y como consecuencia de ello los crímenes de lesa majestad divina eran los más graves. Concluyendo podemos afirmar que el ejercicio del poder punitivo del rey estaba plagado de total arbitrariedad.

Frente a éste poder absoluto y arbitrario del Rey surge a mediados del siglo XVIII un fuerte movimiento social inspirado y fomentado por filósofo, políticos, juristas y magistrados, cuyo objetivo era controlar de modo mas estricto y constante la conducta ilegal de las personas y de limitar el poder punitivo del Estado; con esta finalidad se considero indispensable dar a las disposiciones legales cierto grado de precisión, mediante la descripción de los delitos y la fijación de las penas. Se trato pues de una actitud política conducente a poner en marcha una nueva manera de ejercer el poder de castigar. **La teoría del contrato social** constituye el fundamento ideológico de este nuevo movimiento en la cual el ciudadano acepta todas las leyes de la sociedad, aun aquellas por las cuales se le puede sancionar. Quien viola el pacto se convierte en enemigo de la sociedad y participa, al mismo tiempo en el castigo que se le impone, el más pequeño delito lo ataca en su totalidad y, toda las sociedad, comprendido el infractor está presente en la más pequeña sanción. El

² **HURTADO POZO, Jose**, “Manuel de Derecho Penal Parte General I”, 3era Edición. Editorial Grijley, 2005, Lima Perú. Pag. 50.



castigo Penal es concebido aquí como una función general de todos los miembros de la sociedad. La teoría del contrato social es llamada corriente contractualista, siendo sus máximos representantes Tomas Hobbes y Locke. Esta corriente sostenía que los hombres en un determinado momento eran libres, en ese estado de naturaleza no había normas, vivían un constante miedo, el hombre era malo por naturaleza y en algún momento estos señores deciden suscribir un contrato social, un ente, lo que Hobbes denomina el gran Leviatán (Estado), éste no se justifica por si mismo, todos los hombres renunciaban a sus derechos para darle al Estado. Locke, en cambio decía que en el estado de naturaleza, el hombre no es tan malo, no es un ser malo como señalaba Hobbes, es un ser bueno por naturaleza y a efectos de preservar ese estado de felicidad deciden suscribir un contrato social y crear el Estado, agrega que el hombre nunca renuncia a sus derechos, los antepone frente al Estado. Esta teoría señala que el Estado surge de un contrato social para garantizar el orden, la paz y la seguridad, el Estado no puede intervenir en las relaciones entre los particulares sino hay lesión al orden, la paz y la seguridad. Así Beccaria sostenía que las principales consecuencias respecto a la justicia Penal son, por un lado, que sólo en las leyes penales se pueden establecer las conductas prohibidas y fijadas las penas que les corresponden y, por otro, que el único titular de éste poder es el legislador que representa a toda la sociedad constituida conforme al contrato social; sostenía también que ningún magistrado (que es parte del contrato social) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad, los jueces no pueden consiguientemente, “aumentar la pena establecida por las leyes”, ni siquiera “bajo pretexto de celo o de bien público”.

“El principio de Legalidad en su sentido actual, se derivó de un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presupone una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fue competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano solo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto –contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del poder legislativo que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar



la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular”³

2.-EVOLUCION LEGISLATIVA A NIVEL CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

El constitucionalismo es relativamente nuevo no tiene mas de doscientos años, surge con la revolución burguesa. Es la expresión de dos grandes corrientes, el contractualismo y el Jusnaturalismo y comienza con la constitución de los Estados Unidos (**Hill of Rights** firmado en Filadelfia 1774, luego en Virginia en 1776 y en Meryland en 1776) y la constitución francesa de 1789.

Fue el positivismo Legislativo quien impulsó el proceso de codificación Europea, las leyes comienzan a ser sistematizadas de manera clara, sencilla y precisa para que cada persona pudiera saber y prever las consecuencias de sus conductas; de esta manera los Jueces debería de limitarse a aplicar la ley. **Su consagración legislativa se realizó en la época moderna, con la formación de los Estados, y especialmente con la constitución Norteamericana de 1776 (Virginia, Maryland) y con la declaración Francesa de los derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789**, pues expresamente señala su Art.08 que “la ley sólo puede establecer las penas estrictamente necesarias; nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”, aquí nace básicamente el principio de Legalidad constitucionalmente protegido. Los antecedentes anteriores como la Magna Charta Libertatum inglesa de Juan sin Tierra, de 1215 y la Constitutio Criminalis Carolina Germánica de 1532, no poseen el sentido moderno del principio de legalidad, el primero es básicamente una garantía procesal y no excluía a la costumbre y la segunda no prohibía la analogía contra el reo. Podemos concluir pues que a partir de la ideología liberal impulsada por la ilustración y consagrada políticamente a partir de la revolución francesa, se concibe al principio de legalidad como un límite del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano. Sólo desde entonces el principio nullum crimen,

³

MIR PUIG, Santiago. 2005. p.115



nulla poena sine lege es, “un palladiun de la libertad ciudadana”.

El principio de legalidad se encuentra por primera vez en 1776 en las constituciones de algunos estados federados americanos (Virginia Maryland), luego en el código penal austriaco de José II, de 1787, en la celebre declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y poco después también en el preubisches Allgemeines Landrecht (derecho General del territorio Prusiano) de 1794. A partir de aquí penetra en las leyes de los Lander alemanes del siglo XIX, y en primer lugar en el StGB bávaro de 1813, redactado por Anselm Von Feuerbach, fue este quien “originó los fundamentos de la celebre formula en latín “Nulum Crimen Nulla Poena Sine Lege”, que reflejó y preciso una de las conquistas de la Revolución Francesa (Art.8 de la declaración de los derechos del hombre del 26 de agosto del 1789 y de la constitución del 3 de septiembre de 1791). Antes había sido acogido en el Hill Of Rights firmado en Filadelfia (1774), luego en virginia (1776) y Meryland (1776).”⁴ Asimismo en la actualidad el principio de legalidad ha sido recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art.11, numeral 2), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Art. 09) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 15)

Nuestro sistema jurídico recepcionó el principio de legalidad constitucionalmente, pero no de manera expresa, por ejemplo en la **constitución de 1828** se estipulo 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”, disposiciones casi idénticas tuvo la **constitución de 1919**. La **constitución de 1933** dispuso que “sólo por sentencia ejecutoriada podría separarse a alguien de la República o del lugar de su residencia”, en esta constitución como en las anteriores, no existía una disposición expresa que obligara al juez a imponer sólo las penas previstas en la ley y que le prohibiera cambiar, arbitrariamente, la pena que ésta misma señalara para el comportamiento delictuoso particular. **Es la constitución de 1979 la que por primera vez de**

⁴ **VILLAVICENCIO T, Felipe**, “Lecciones de Derecho Penal” Editorial Cultural Cuzco S.A. Lima-Perú 1990. Pág. 59.



manera expresa estableció el principio de Legalidad en el Art. 02 inciso 20.d, al disponer que, “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificando en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”

La **constitución actual de 1993**, establece también el principio de legalidad en el Art. 02 Numeral 20 inciso “d” y señala taxativamente que “nadie será procesado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no está previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Nuestra carta magna provee además las garantías judiciales, de prohibición de la analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos y la no imposición de pena sin proceso judicial etc. Al tener rango constitucional, el principio de legalidad además de ser un derecho subjetivo que tiene todo ciudadano, es un derecho constitucional y un derecho fundamental, así también lo ha sostenido el Tribunal Constitucional peruano al señalar que, “este tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el poder legislativo al momento de determinar cuales son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica”⁵

3. EVOLUCION LEGISLATIVA A NIVEL DE LEYES

En la Legislación Penal Peruana aparecía el principio de legalidad en el Código Penal de 1863, en su Art. 01 al disponer que “las acciones u

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de fecha 23 de noviembre del 2004, Fundamento.3, exp: 2758-2004-HC/TC.



omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley constituyen los delitos y las faltas”; y luego de manera mas amplia en los tres primeros artículos del Código Penal de 1924 (Código de Maúrtua, de influencia Helvética, suiza básicamente), en el Art. 01 disponía “que la privación o restricción de derechos a titulo de pena, sólo podrán ser impuestas en virtud de una sentencia judicial”, en el Art. 02, señalaba por ejemplo que “el Juez debía imponer solo las penas previstas en la ley y le prohibía cambiar de modo arbitrario la pena que ésta señalara para el comportamiento delictuoso particular”, y en Art. 03, disponía que “había de considerarse como delictuosos sólo los comportamientos que hayan sido calificados, previamente a su comisión, como tales en la ley”. Por último en el Código sustantivo actual de 1991, lo regula amplia y claramente en el Art. II del Título Preliminar al señalar expresamente 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 encuentre establecidas en ella.”

El principio de legalidad pues, se encuentra regulado tanto en la norma constitucional como en la norma penal sustantiva, en consecuencia, no solo es una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo, es decir **resulta ser un principio constitucional y un derecho fundamental**. “En la actualidad no se acepta un poder absoluto del Estado sobre los particulares, por esta razón el principio de Legalidad cumple un importante rol de garantía para los ciudadanos y se constituye como un límite formal a la función punitiva Estatal, pues le está prohibido imponer penas a conductas que no hayan sido previamente calificadas en la ley como delictivas. Sólo algunos excesos totalitarios han tratado de desvirtuar este principio”,⁶ esa misma línea tiene el Tribunal Constitucional al señalar que “el principio de legalidad penal se configura como un principio constitucional pero también como un derecho

⁶ VILLAVICENCIO T. Felipe, Op cit Pág. 60.



fundamental de las personas”⁷

4. LA LEY PENAL

La ley penal lo entendemos como las disposiciones jurídicas emanadas de los órganos del Estado que tienen funciones legislativas, sean estas dadas por el Poder Legislativo o por Poder Ejecutivo en delegación de facultad legislativa. Toda ley para que sea válida tiene que cumplir con toda la formalidad prevista para su creación. No tiene la condición de ley los decretos y las resoluciones dictadas por el Poder Ejecutivo ni las disposiciones dictadas por la autoridad Administrativa de menor jerarquía. La ley penal es la única base de incriminación de comportamientos y de imposición de sanciones, en consecuencia “la fuente principal del derecho penal es la ley. Que, la ley sea la única fuente formal del derecho penal marca la diferencia con las otras ramas del derecho, como el derecho civil por ejemplo, que en el Art. VIII del Título Preliminar del Código Civil, dispone que “los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley (...) y deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”. En materia civil los magistrados pueden recurrir ampliamente a otras fuentes para resolver la controversia, mientras que en materia penal están sometidos a la ley, cuando se trata de determinar si el comportamiento a juzgar constituye un delito y cual es la pena que debería aplicarse al responsable. Pero también debemos aceptar que no es la única fuente formal directa o inmediata del derecho penal, pues “es cierto únicamente que en virtud del principio de legalidad sólo pueden crearse figuras delictivas o categorías de estado peligroso y establecerse o agravarse penas o medida de seguridad mediante una ley. Son también fuentes del derecho penal la costumbre, los principios generales del derecho y los tratados internacionales que se hayan incorporados al ordenamiento jurídico interno”⁸.

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de fecha 17 de enero del 2006, Exp:8780-2005-PHC/TC

⁸ VILLAVICENCIO T. Felipe, “Derecho Penal Parte General” Editorial GRILEY 2006 Lima-



En nuestra legislación penal al ser la ley su fuente principal, se hace necesario analizar algunos inconvenientes que trae consigo las leyes incompletas, las cuales son las llamadas leyes penales en blanco y los tipos abiertos

4.1 LEY PENAL EN BLANCO

Son aquellas que se remiten a una fuente jurídica de diferente calidad a la exigida por la constitución, que puede ser otra ley penal, leyes de otros sectores del orden jurídico o normas reglamentarias de nivel inferior a la ley. “se habla de leyes penales en blanco para referirse a ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos”⁹. La terminología ley penal en blanco fue expresada por primera vez, por Kart Binding, se ubica en la parte especial del Código Penal, es una técnica legislativa, ya que **es frecuente que la norma sustantiva no exprese disposiciones jurídicas de manera completa, por lo tanto es necesario que sean complementados por otras disposiciones que podrían provenir de la parte general**. Al ser una técnica legislativa nos permite afirmar, como dice Mir Puig, que ni el supuesto de hecho ni la consecuencia jurídica de las normas penales se hallan expresadas en forma completa en ningún precepto del Código Penal. En este sentido, todas las disposiciones del Código Penal aparecen, vistas aisladamente como proporciones incompletas.

En la ley penal en blanco, ubicamos su parte indeterminada en el supuesto de hecho, es decir en la descripción de la conducta delictiva. La consecuencia jurídica o la sanción está en la norma

Perú, Pág. 133.

⁹ **MIR PUIG, Santiago**, Op Cit , Página 76



penal y no se requiere su remisión a otros preceptos, por lo tanto es necesario distinguir entre norma sancionadora y norma complementaria, donde el tipo de la ley penal en blanco sólo se configurará plenamente mediante una norma complementaria.

En nuestro Código Penal actual podemos diferenciar las siguientes leyes penales en blanco: **a) leyes penales en blanco en sentido estricto**, la cual es complemento de una fuente de menor rango por ejemplo, lo dispuesto en el Artículo 234 Código Penal “ el productor, fabricante ó comerciante que pone en venta **productos considerados oficialmente de primera necesidad** a precios superiores a los fijados por la autoridad competente será reprimido con pena privativa de libertad...”, **b) las leyes penales en blanco cuyo complemento se halla en una ley distinta** por ejemplo, lo dispuesto en el Artículo 192. 1 del Código Penal al señalar “... será reprimido con pena privativa de la libertad... el que se apropia de un bien que encuentra perdido o de un tesoro o de la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo **sin observar las normas del Código Civil**”, y **c) las leyes penales en blanco cuyo complemento se encuentran en la misma ley**, por ejemplo el Artículo 109 del Código Penal “ el que mata a otro bajo el imperio de una emoción violenta ... **si concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 107** la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.”

Concluimos diciendo que la ley penal en blanco es una técnica legislativa muy importante para el derecho penal ya que **determinadas materias no pueden ser tratadas completamente en un precepto penal y por ello es indispensable la remisión**, así también las normas complementarias sólo buscarán señalar circunstancias ó condiciones que tengan aspectos meramente complementarias, pero nunca pondrán definir la prohibición misma. Cosa distinta es lo que Jiménez de Asúa denomina “ **ley en blanco al revés**” en la cual la parte no fijada es la pena en ves de estar en blanco el tipo, esta técnica si atentaría con las garantías legislativas ya que no se puede confiar la determinación de las penas a instancias de rango inferior de la ley penal.



4.2 TIPOS ABIERTOS

Los tipos abiertos son aquellos que requieren ser complementados a través de la jurisprudencia. Por ejemplo el Art. 111 del CP que señala “el que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona será reprimido con pena privativa de la libertad...” en ésta norma el término culpa necesita ser complementado en cada caso concreto por el operador jurídico en relación a la infracción del deber de cuidado. Los tipos abiertos son normas necesarias para el derecho penal y su aplicación no viola ningún derecho constitucional, “el derecho penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlo mediante la interpretación.”¹⁰

Los tipos abiertos pueden ser estudiados en relación a dos aspectos: su ubicación en la teoría del delito y su relación con el principio de legalidad (su determinación legal) en éste último caso al igual que las leyes penales en blanco, el límite de lo admisible desde el punto de vista constitucional sólo operará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de la prohibición y, por tanto, la complementación ya no sea sólo cuantitativa sino eminentemente cualitativa. Son un ejemplo limite el de omisión impropia y en ellos se centra la discusión. así también lo a sostenido el tribunal constitucional al señalar “en la jurisprudencia comparada se ha legitimado la existencia de esta indeterminación típica con relación a los elementos ó conceptos normativos, los mismos que pueden tener “un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término “concepto jurídico indeterminado” se incluye multitud de supuestos), pero debe tenerse en cuenta que no vulnere la exigencia de la lex certa (...) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante

¹⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, fecha 03 de enero del 2003, Expediente 010-2002-AI/TC.



conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada(...)"¹¹

II .- GARANTIAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como hemos mencionado el Estado Social y Democrático de Derecho debe garantizar la prevalencia del principio de legalidad, por ser este **un principio constitucional y un derecho fundamental de las personas, siendo este él límite de su poder sancionador, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva**, motivo por el cual se establecen diferentes limitaciones dirigidas tanto a la criminalización primaria como a la secundaria. A nivel de la **criminalización primaria**, se exige al legislador que formule las descripciones de los delitos de la manera más precisa posible (*nullum crimen sine lege certa*) y que las leyes no tengan efecto retroactivo (*nullum crimen sine lege previa*). A nivel de la **criminalización secundaria** se exige al Juez que las imputaciones y las condenas se fundamenten en la Ley penal escrita y no en la costumbre (*nullum crimen sine lege scripta*) y que no amplíe la Ley escrita en perjuicio del afectado, la llamada prohibición de la analogía (*nullum crimen sine lege stricta*), no siendo posible aplicar retroactivamente una ley desfavorable. Así lo sostuvo el Tribunal Constitucional al sostener que “el principio de legalidad exige que por Ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la Ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (**Lex Praevia**), la prohibición de la aplicación de otros derechos que no sea el escrito (**Lex escripta**), la prohibición de la analogía (**lex stricta**) y de cláusulas legales indeterminadas (**lex certa**)”.¹² Estas cuatro expresiones del principio de

¹¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, fecha 03 de enero del 2003 Expediente 010-2002-AI/TC. Fundamento 52

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de fecha 23 -11-2004, Exp: 2758-2004-HC/TC



legalidad constituyen garantías de libertad y seguridad para la sociedad, y ejercen una auto limitación para el poder Penal, así lo ha señalado el Maestro Felipe Villavicencio. Esta misma tendencia de limitaciones o prohibiciones que tendrán tanto el legislador como el Magistrado lo sostiene el maestro Claus Roxin al señalar que “tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de prohibición, de las cuales las dos primeras van dirigidas al juez y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de Ley penales indeterminadas o imprecisas.”¹³

En ese sentido, y con lo antes expuesto no podemos imaginar que exista un Estado que no garantice el principio de legalidad, incluso los Estados totalitarios sean estos de derecha o de izquierda o fundamentalistas lo garantizan, quizás no en la plenitud de las cuatro prohibiciones -los cuales si deben ser garantizados por un Estado que se considere democrático social y de derecho-, pero si en su mayor parte. Este principio ergo tiene un ámbito internacional, una vigencia extendida por casi todo el mundo, habiendo sido recogido no sólo por los Estados sino también por los tratados internacionales, como la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y el Pacto sobre derechos Civiles y Políticos. Al ser un principio recogido por los Estados y los pactos internacionales, este “debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a la merced de una intervención arbitraria ó excesiva del estado Leviatán”.¹⁴

¹³ **CLAUS ROXIN, CLAUS, Roxin.** *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* TI.. Traducción de la 2º ed. alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña y otros. Civitas, 1997. Pág. 140.

¹⁴ **CLAUS ROXIN,** Op Cit Pág. 137.



1. NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE CERTA

Esta garantía **exige al legislador que formule las descripciones de las conductas delictivas de la manera mas precisa posible**, es decir la Ley penal debe ser redactada con la mayor precisión posible (**lex certa**), principio que está dirigido al legislador y que se le exige que “los **tipos penales han de redactarse con la mayor exactitud posible**, evitando los conceptos clásicos, recoger las inequívocas consecuencias jurídicas y prever solo marcos penales de alcances limitado. La razón del mandato de determinación radica en que la reserva de la ley únicamente puede tener completa eficacia si al voluntad jurídica de la presentación popular se ha expresado con tal claridad en el texto que se evite cualquier decisión subjetiva y arbitraria del juez”.¹⁵

La claridad y la certeza con que se describe el tipo penal garantizan también que cualquier persona sepa de antemano que comportamiento se encuentra prohibido y cual es la pena conminada. Esto es, para la praxis aun mas relevante que la prohibición de la analogía, el verdadero peligro para éste principio no proviene de la analogía, sino de las leyes penales imprecisas o indeterminadas, por ejemplo si la norma penal estipula que “el que viola las buenas costumbres o el bien común, será castigado con Pena Privativa de Libertad de cinco años”, aquí la conducta es indeterminada e imprecisa, no podemos suponer cual es el ámbito de las buenas costumbres o del bien común, tendríamos que dejarlo al Juez que fije qué conducta infringe las buenas costumbres y eso si sería inconstitucional, pues podríamos estar ante una decisión subjetiva y arbitraria del Juez, cuando lo correcto es que las decisiones judiciales deben ser verificadas acudiendo a la ley. En este caso “la punibilidad no estaría legalmente determinada antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar que conducta infringe el bien común de modo intolerable. Por tanto la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del código penal) es una consecuencia del principio de legalidad. Pero también son inadmisibles las penas totalmente

¹⁵ HAN-HEINRICH JESCHECK, “Tratado de Derecho Penal Parte General”, Editorial COMARES Granada-España 1993. Página 122.



indeterminadas”.¹⁶ Lo ideal es pues, que el Juez recurra a la ley como única fuente formal del derecho penal para determinar el hecho punible e imponer la pena, siendo esto así podemos afirmar que, “el grado de vinculación del juez a la ley responde al grado de exactitud con el que la voluntad colectiva se haya expresado en aquella. Esto significa que de la técnica legislativa depende esencialmente la efectividad de la función de garantía de la ley penal...la vinculación del Juez a la ley, consiste aquí en que el legislador no permite una valoración personalísima, sino que parte de la existencia de valoraciones ético sociales de carácter general, a las que el Juez ha de someterse”.¹⁷

Pero ello no quiere decir que la norma se ponga en todos los supuestos de hecho, -pues es materialmente imposible, para eso existen las técnicas legislativas de las leyes penales en blanco y los tipos abiertos-, asumir esto como válido, no supone de que las descripciones de las conductas sean indeterminadas, eso es inadmisibles como lo hemos explicado líneas arriba. Así también, lo ha sostenido el maestro Felipe Villavicencio cuando señala que el principio de legalidad “presenta algunas dificultades. Así, **es un error creer que el principio de legalidad supone que las disposiciones del Código Penal deben observar una redacción casuística, pues basta la redacción general de la norma.** El legislador puede conseguir esa redacción general describiendo los factores típicos de cada grupo de casos. Lo contrario sucede con la casuística que, aferrada a superficialidades que en modo alguno se adaptan a todo los hechos concretos punibles, hace surgir necesariamente algunas que impiden una decisión correcta en casos límites”¹⁸ El Tribunal Constitucional en esa misma línea ha señalado que “el principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la ley es una prescripción dirigida al legislador para que este dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.

¹⁶ CLAUS ROXIN, Op Cit Pág. 141.

¹⁷ HAN-HEINRICH JESCHECK, Op Cit Pág 114.

¹⁸ VILLAVICENCIO TERRENOS, Felipe. Op Cit. Pág. 141.



Esta exigencia de *lex certa* no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se pueden imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad. Por eso se ha dicho, con razón que, en ésta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje.

En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos, así lo ha entendido la doctrina constitucional al señalar en diversas sentencias que “el grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamiento están prohibido y cuales están permitidos...una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo mas esencial del principio de legalidad”¹⁹

2. NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE PREVIA

Este Principio es conocido como la prohibición de la retroactividad de una Ley penal, el cual busca fortalecer la Seguridad Jurídica, y **exige que el ciudadano conozca, en la actualidad, qué conducta está prohibida y cual es la pena que se aplica al infractor**, en consecuencia **está prohibida promulgar leyes penales con efectos retroactivos, esto limita la libertad decisoria del legislador**, “significa que una acción impune al tiempo de su comisión no puede ser considerada mas tarde como punible, al igual que se excluye la posterior agravación penal. La

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 03 de enero del 2003, Exp: 010-2002-AI/TC



prohibición de la retroactividad se aplica, además a otros empeoramientos posteriores de la situación jurídica del delincuente”²⁰.

Esta prohibición **tiene rango constitucional**, está regulado en el Art.103 de la Constitución, en la cual dispone expresamente “...**la ley**, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencia de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y **no tienen fuerza ni efectos retroactivos**; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo...” , también está reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 15 y en la Comisión Americana de Derechos Humanos en su Art. 09. De la norma enunciada podemos afirmar que no solo está regulado la prohibición de legislar y de aplicar la norma retroactivamente sino que está permitido aplicarla retroactivamente cuando favorece al reo, es decir se permite en **Bonan Parte** y se prohíbe en **Malam Partem**, en consecuencia el principio de la retroactividad de la ley penal no es un principio absoluto. Asimismo la prohibición de la irretroactividad no sólo está dirigida al legislador sino también al Magistrado que aplica la Ley. A nivel de la **criminalización primaria** se busca evitar que se introduzcan nuevos delitos o figuras agravantes con posterioridad al hecho ocurrido y a nivel de la **criminalización secundaria**, evitar que los operadores jurídicos aplique una ley de manera retroactiva salvo que favorezca al reo. “con la exigencia de una *lege Praevia* se expresa la prohibición de la retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o gravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad, afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales mas favorables, que viene a suprimir algún delito o atenuar su pena.”²¹

Este principio tiene diversos alcances: **a)** no se puede sancionar con una Ley de manera retroactiva, **b)** no se puede sancionar retroactivamente con una pena mas grave, (pena privativa de libertad en lugar de multa),

²⁰ HANS-HEINRICH JESCHECK, Op Cit Pág. 123.

²¹ MIR PUIG, Santiago, Op Cit, Pág 116



c) no se puede gravar la pena de manera retroactiva (aumentarla de cinco a diez años por ejemplo). En este sentido también podemos afirmar que la aplicación retroactiva de la Ley penal favorable viene a ser también una garantía no sólo procesal (su inobservancia viola el debido proceso), sino también constitucional, por ejemplo actualmente está penalizado tener relaciones sexuales -pese a que exista consentimiento entre ambas partes-, con menores de dieciocho años, pero si posteriormente se promulgara la ley que lo despenaliza o se reduce el marco de punición a los menores de catorce años, el Magistrado estará obligado a aplicar la nueva ley porque favorece al reo, tendría que extinguir la acción penal y todos sus efectos, conforme lo dispone el Art. 07 del CP. La aplicación retroactiva no infringe la seguridad jurídica, ni el principio de legalidad, así lo sostuvo Mir Puig al señalar que “la retroactividad de la ley penal mas favorable para el reo no infringe el sentido limitador de la potestad punitiva que corresponde al principio de legalidad. El sujeto podría contar, cuando actuó, con una determinada pena y, sin embargo, la aplicación retroactiva de la ley posterior le deja sin castigo o le disminuye la pena. De ahí que esta clase de retroactividad favorable no se oponga al significado liberal del principio de legalidad, siendo así resultaría inadmisibles seguir aplicando la ley anterior mas desfavorable para el reo cuando, ya derogada a dejado de considerarse necesaria para la protección de la sociedad”.²²

¿Esto es la ley penal benigna?, es toda Ley penal que favorece al reo y que el magistrado está obligado a aplicarla retroactivamente, así lo dispone taxativamente la norma sustantiva en el Art. 06 segundo párrafo, el cual consagra el principio de retroactividad benigna de la Ley penal. Esta puede serlo de dos formas: **i) cualitativamente**, cuando la ley penal es más benigna respecto a los elementos que conformen el tipo (objetivo o subjetivo) o **ii) cuantitativamente**, cuando la ley penal es más benigna respecto a la pena. Pero ¿Cómo podemos saber si la nueva Ley es más benigna?, simple, cuando favorece al reo en su forma cualitativa o cuantitativa, pero el problema no es tan simple como parece, ello surge en su aplicación al caso concreto por los operadores jurídicos y sobre

22

Idem.



todo, no cuando el sujeto está sometido a un proceso en la cual se determinará o no su responsabilidad, sino cuando tiene sentencia firme con calidad de cosa juzgada. En este caso se tiene que aplicar no sólo la Ley favorable sino también el criterio de ponderación para poder bajar o sustituir la pena por ejemplo, ¿qué tanto podemos reducir la pena? esta interrogante lo ha resuelto la Sala Penal de la Corte Suprema al dictar la sentencia vinculante con carácter de precedente, pero ya antes la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha emitido diversas resoluciones con esta misma tendencia referido a sustitución de penas, como las: “que conforme tiene establecido ésta suprema sala la aplicación del artículo seis del Código Penal, tiene como criterios directivos el respeto absoluto a los hechos declarados probados en la sentencia originaria y la incorporación en sus propios términos de los factores referidos a la determinación judicial de la pena consagrados en el fallo firme, que, por consiguiente, que en la sentencia inicial se impuso una pena por debajo del mínimo legal necesariamente la pena producto de la sustitución debe serlo por debajo del nuevo mínimo legal; que, empero, la pena concreta sustituida debe ser producto, no de simples criterios matemáticos cual si se estaría ante un sistema de penas tasadas sino de una adecuada ponderación del conjunto de factores presente en el caso, entre los que se encuentra el monto de reducción de la pena por debajo del mínimo legal que se hizo valer. Que, en el presente caso, el tribunal de instancia disminuyó la pena privativa de libertad de veinte años a doce años, sustitución que a importado una reducción muy importante de la pena- ocho años- pese a la forma y circunstancia de la comisión de los hechos- cantidad de droga incautada y número de participantes en el hecho-, a la entidad del injusto y a la culpabilidad por el hecho perpetrado, lo que no permite una disminución aun mayor como pretende el recurrente”.²³ O la emitida en el Expediente 3244-05, en la cual se pronuncia sobre el criterio para adecuación del tipo y de la pena al señalar “Que según se advierte de la sentencia del siete de noviembre de mil novecientos noventa y seis, el imputado fue intervenido

²³ **SAN MARTIN CASTRO, César.** “Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante”. Editorial Palestra Lima Perú 2006. Pág. 191



por la policía en posición de un maletín conteniendo cinco kilos con quinientos gramos de pasta básica de cocaína, para los cual -transporte de la misma- utilizó al menor Oscar; que la ley numero veintiséis mil doscientos veintitrés, del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y tres, estipuló como agravante del trafico de drogas, cuando “ el agente se vale o utiliza para la comisión del delito menores de edad...”; que, sin embargo, la ley numero veintiocho mil dos, del diecisiete de junio de dos mil tres, limitó esa agravante a la venta de droga a menores de edad o a la utilización de menores para la venta droga; que, en consecuencia, la intervención de un menor en un transporte de drogas , **con la nueva ley, no está incursa en esa agravante**, limitada exclusiva a la venta de la misma; que, en tal virtud, es de adecuar la tipificación del hecho punible perpetrado por el sentenciado al tipo básico del artículo doscientos noventa y seis del Código penal, y, como tal, imponer la penalidad que corresponde, a cuyo efecto debe tomarse en cuenta la forma y circunstancias de la comisión delictiva, la entidad del injusto, la intervención de un menor en el transporte de la droga incautada y la culpabilidad por el hecho.”²⁴.

En sí la aplicación de la ley penal más favorable no ha traído cuestionamientos a las decisiones de los Magistrados, su aplicación es relativamente sencilla, cosa distinta ha sido la aplicación de la norma procesal penal y las normas penales de ejecución penal. En principio **la norma procesal penal** se aplica para todos los casos una vez que entra en vigencia y en el estado en que se encuentren los procesos, se aplica conforme lo dispone la norma, es decir en sus propios contenidos y términos, siguiendo el principio “**Tempus Regit Actum**”, así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional al señalar que “la Ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse, interpretación que es de carácter vinculante y obligatorio”.²⁵ Pero sí y solo sí no restrinjan derechos fundamentales, este es el límite. Por ejemplo, el Art. 137 del Código Procesal Penal referido el tiempo máximo de Prisión Provisional de un procesado, ha sido modificado en

²⁴ Idem. Pág. 194

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de octubre del 2005, Exp: 7256-2005-PHC/TC



malam partem, aumentando el plazo de detención provisional; en este caso la norma procesal, si bien es cierto entra en vigencia al día siguiente de su promulgación también lo es que está restringiendo derechos fundamentales como a libertad ambulatoria del ciudadano, en consecuencia cuando así sucede se debe respetar la vigencia de la Ley procesal vigente cuando el procesado sufrió la afectación de su libertad. Problemas especiales suscitan **las leyes procesales penales**, que siguen el principio **“tempus regit actum”** (los actos procesales se rigen por las normas vigentes en el momento que deban producirse tales actos: Art. 2,3, CC). Ello puede suponer una aplicación retroactiva en el sentido de que, si se modifica alguna ley procesal penal con posterioridad a la comisión del delito que ha de enjuiciarse, en principio deberá aplicarse la nueva norma (la que rige al tiempo de los actos procesales a realizar). Pero ello a de encontrar el límite de que las normas procesales que restrinjan el contenido de derechos y garantías del ciudadano no pueden ser retroactivas. Éste es el caso de las formas que alargue los plazos de la prisión preventiva, institución procesal que, no obstante, afecta al derecho a la libertad”.²⁶ En esta misma línea de límite de aplicación de las normas procesales, está el Tribunal Constitucional.

3. NULUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA

Este principio es conocido como la prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la penal. **No hay delito, no hay pena sin ley escrita y calificada en la ley de manera expresa**, en consecuencia **rechaza a la costumbre, a las fuentes generales del Derecho y a la jurisprudencia**, como fuente para calificar una conducta como delito e imponer una pena; por esta vía no podrá crearse ningún nuevo tipo penal, ni agravarse la pena, las normas penales sólo pueden estar establecidas por la representación del pueblo (por el poder legislativo o por el poder ejecutivo en caso de delegación de facultad legislativa), como valedora suprema de la voluntad popular y con el

²⁶ MIR PUIG, Santiago. Op Cit. Pág. 122.



procedimiento previsto para legislar, ello no significa negar su incidencia en este derecho sino simplemente debe estar subordinada a la ley. La reserva legal se halla mas rotundamente formalizada en el derecho penal que en cualquier otro ámbito jurídico; “con la exigencia de una ley scripta queda, desde luego, excluida la costumbre como posible fuente de delitos y penas. Mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del poder legislativo, como representación del pueblo. Esto último afecta el sentido de garantía política del principio de legalidad. Quedarían excluidas como fuentes de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del poder ejecutivo como decretos, orden ministeriales etc.”²⁷

Esta prohibición es una de las más importantes porque “un hecho sólo puede castigarse, si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho.”²⁸ así también con respecto a la pena podemos afirmar que la clase de pena, su posible cuantía y su agravación han de estar legalmente fijadas antes del hecho punible, una agravación posterior estaría prohibida.

4. NULUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE STRICTA

Esta garantía es conocida como la **prohibición de la analogía**. Está prohibida aplicar por analogía la ley penal en perjuicio del imputado, “la función de garantía de la ley penal en su faceta de prohibición de la analogía comprende todos los elementos del precepto penal que determinan su contenido de merecimiento de pena y la consecuencia jurídica, es decir, los elementos del tipo del injusto y de la culpabilidad, las causas personales de exclusión y anulación de la pena, las condiciones objetivas de punibilidad y todas las sanciones.”²⁹

Pero ¿Qué es analogía? **analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por vía del argumento de la semejanza**, o como señala el maestro Felipe Villavicencio que “la

²⁷ MIR PUIG, Santiago. Op Cit Pág. 116

²⁸ CLAUS ROXIN. Op Cit. Página 137

²⁹ HANS-HEINRICH-JESCHECK. Op Cit. Pág 121



analogía puede ser entendida como el proceso por el cual son resueltos los casos no previstos por a ley, extendiéndoles, a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes (**analogía legis**) o están deducidos de los principios generales del derecho (**analogía juris**)³⁰. La analogía no es otra cosa que un habitual procedimiento deductivo de la analogía jurídica que en el derecho penal peruano lo utilizamos en Bonam Partem.

La aplicación de la analogía está prohibida constitucionalmente (Art. 139 numeral 09), también lo prohíbe la norma sustantiva (Art. III, del Título Preliminar), ello supone que el Juez no puede fungir de legislador. Se prohíbe la analogía como medio de creación y extensión de los preceptos penales, así como de agravación de las penas y medidas de seguridad, esto constituye garantía de la administración de justicia. Para evitar ello la ley debe estar redactada de manera mas clara y precisa posible, podemos afirmar que “la lex stricta impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía in malam partem). El postulado de precisión de ley da lugar al llamado “mandato de determinación”, que exige que la Ley determine en forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y la pena que pueden acarrear. Constituye éste un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la Ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas. El mandato de determinación se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de la tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto legalismo que limite el por otra parte necesario arbitrio judicial.”³¹

Pero ¿toda aplicación analógica está prohibida constitucionalmente? Pienso que no, solamente cuando perjudica al inculpado, al igual que Jescheck, podemos afirmar que es admisible la analogía cuando se emplea por ejemplo en las causas de atenuación penal, de exclusión y de anulación de pena, así como en la institución de

³⁰ VILLAVICENCIO T, Felipe. Op Cit. Pág. 143

³¹ MIR PUIG, Santiago. Op Cit. Pág. 117



renuncia a la pena, es decir es admisible “in bonam partem” y esta prohibido “in malam partem”

Por otro lado podemos afirmar que **la interpretación analógica siempre es permitida** si es razonable y compatible con los valores constitucionales, la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su “sentido literal posible”, en cambio la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto aun no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otro sí comprendido en el texto legal. “la interpretación es lícita aunque resulte extensiva de delitos o penas – salvo que se aparte de los modelos de interpretación aceptados o de las pautas valorativas constitucionales, en cuyo caso el tribunal constitucional la rechaza (...) con ésta salvedad, la interpretación extensiva no sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque toda interpretación admisible se mueve dentro de este límite (el sentido literal posible). En cambio, como la analogía traspasa ésta frontera no se admite si perjudica al reo (analogía in malam partem), cuando favorezca al reo (analogía in bonam partem) no chocara, en cambio, con el sentido del límite garantizador que posee el texto legal; dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley, y que no puede ser castigado menos o incluso eximido de pena sino lo prevé literalmente la ley. Siendo esto así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio.”³²

³²

MIR PUIG, Santiago. Op Cit. Pág. 125



BIBLIOGRAFIA

- **BUSTOS RAMIREZ, Juan.** *Manual de Derecho Penal. Parte General.* 4ª de. Aumentada, corregida y puesta al día por Héran Hormazabal Malarée, PPU Editorial. Barcelona, 1994.
- **HAN-HEINRICH, Jescheck.** “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”, Editorial Comares. Granada - España, 1993
- **HASSEMER, Winfried.** *Fundamentos del Derecho Penal.* Traducciones y notas Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Edt. Bosh. Barcelona, 1984.
- **HURTADO POZO, José.** “*Manuel de Derecho Penal Parte General I*”, 3era Edición. Editorial Grijley, 2005.
- **JAKOBS, Gunther.** *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teorías de la imputación.* Edt. Marcial Pons. Madrid, 1995.
- **MAURACH, Reinhart.** *Tratado de Derecho Penal*, T. I. Traducción al castellano por Juan Córdoba Roda. Edit. Ariel. Barcelona, 1962.
- **MEZGER, Edmund.** *Derecho Penal Parte General.* Edit. Bibliografía argentina, Buenos Aires, 1958
- **MIR PUIG, Santiago.** “*Derecho Penal Parte General*”. 7ma Edición. Editorial IBdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2005.
- **CLAUS, Roxin.** *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Tl.. Traducción de la 2º ed. alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña y otros. Civitas, 1997.
- **SAN MARTIN CASTRO, César.** “*Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante*”. Editorial Palestra Lima Perú 2006.
- **TIEDEMANN, Klaus.** *Introducción al derecho y Derecho Procesal Penal.* Trad.2ª de. Alemana, Ariel, Barcelona, 1989.
- **VILLAVICENCIO TERRENOS, Felipe.** “*Derecho Penal Parte General*” Editorial GRIJLEY. Lima-Perú, 2006.
- **WELZEL, Hans.** *Derecho Penal Alemán. Parte General.* Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, 11ª de., Santiago, 1970.
- **ZAFARONI, Eugenio Raúl.** *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1998.
- **ZAFARONI, Eugenio Raúl.** *En torno a la cuestión penal.* BdeF. Buenos Aires, 2005.
- **Sentencia del Tribunal Constitucional** de fecha 23 de noviembre del 2004 Exp: 2758-2004-HC/TC Fundamento 03.
- **Sentencia del Tribunal Constitucional** de fecha 17 de enero del 2006, Exp:8780-2005-PHC/TC
- **Sentencia del Tribunal Constitucional**, fecha 03 de enero del 2003 Expediente 010-2002-AI/TC. Fundamento 52



- **Sentencia Tribunal Constitucional**, de fecha 23 -11-2004, Exp: 2758-2004-HC/TC
- **Sentencia del Tribunal Constitucional** de fecha 17 de octubre del 2005, Exp: 7256-2005-PHC/TC



TEMA: “PRINCIPIO DE LEGALIDAD”

AUTORES:

- **Luis Alberto Solís Vásquez.** Ex magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima, actualmente Asistente de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel
- **Alejandra Norma Nieto Cerda,** Abogada y Secretaria de la Corte de Lima

CORREOS ELECTRÓNICOS:

luissolisvasquez@yahoo.es

Afrigean96@gmail.com