

# EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA LEGITIMIDAD DEL PODER PUNITIVO

## THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND THE LEGITIMACY OF THE PUNITIVE POWER

Josefina Miró Quesada Gayoso\*

Exmiembro de THĒMIS

Pontificia Universidad Católica del Perú

*The principle of legality needs to transcend its formal dimension to address the arbitrariness of punitive power and rationalize its interventions. In light of new social, economic, political, and legal contexts, an approach focused solely on the formal aspects of a criminal provision is insufficient to ensure that its design and application serve, not merely to coerce, but to communicate and reaffirm values and principles derived from the constitutional and international human rights legal order.*

*In this article, the author describes the metamorphosis that the principle of legality has undergone since its Enlightenment origins to question the relevance of some of its traditional subguarantees. This situation requires imbuing the principle of legality with an axiological content that allows legal practitioners to reconcile the legality with the legitimacy of the punitive power represented in a criminal provision.*

**KEYWORDS:** Principle of legality; substantive legality; legitimacy; punitive power; human rights.

*El principio de legalidad necesita trascender su dimensión formal para contener la arbitrariedad del poder punitivo y racionalizar sus intervenciones. A la luz de nuevos contextos sociales, económicos, políticos y jurídicos, una aproximación centrada en el ropaje formal de la ley penal resulta insuficiente ante la necesidad de asegurar que el diseño y aplicación de esta aspire, antes que a coaccionar, a comunicar y reafirmar valores y principios derivados del orden constitucional e internacional de protección de derechos humanos.*

*En este artículo, la autora describe la metamorfosis que ha sufrido el principio de legalidad penal desde sus orígenes ilustrados a fin de cuestionar la vigencia de algunas de sus tradicionales subgarantías. Esta situación obliga a dotar de un contenido axiológico a la legalidad que permita a operadores del derecho articular la legalidad con la legitimidad del poder punitivo representado en la ley penal.*

**PALABRAS CLAVE:** Principio de legalidad; legalidad sustantiva; legitimidad; poder punitivo; derechos humanos.

\* Abogada. Máster en Criminología por la Universidad de Cambridge (Reino Unido). Ex asesora de Alta Dirección de la Defensoría del Pueblo. Ha sido docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Penal y Criminología (GRIPEC) y del Grupo de Investigación sobre Protección Internacional de los Derechos de las Personas y los Pueblos (PRIDEP-PUCP) (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4151-4716>. Contacto: josefina.miroquesada@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 15 de julio de 2024, y aceptado por el mismo el 19 de agosto de 2024.

## I. INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad es un pilar del derecho penal moderno diseñado para contener la arbitrariedad del poder punitivo. Este principio garantiza a las y los ciudadanos conocer con anticipación y precisión los límites de nuestra libertad. Solo si sabemos exactamente cuáles son, el Estado puede legítimamente sancionar nuestras transgresiones. La legalidad penal no solo proporciona previsibilidad en nuestras acciones, sino que también somete el poder público al imperio de la ley, bajo la premisa de que solo esta expresa la voluntad general.

Históricamente, este principio se ha manifestado a través de garantías eminentemente formales, cuestionando la claridad y ambigüedad de una ley, su vigencia, su formato y el alcance de sus palabras. Su principal valor no reside en cuestionar el contenido de la ley, sino en cómo está formulada o si existe, acaso, una ley que habilite aplicar una sanción. No se pregunta si una prohibición es justa, sino si es clara o vaga, o si existía al momento de los hechos juzgados. Es cierto que un mandato indeterminado afecta la legitimidad de la represión penal, pero un mandato determinado, sea justo o no, podría ser igualmente compatible con la forma en la que tradicionalmente se ha entendido el principio de legalidad penal.

El principio de legalidad, sin embargo, no siempre se entendió como una herramienta únicamente destinada a asegurar la seguridad jurídica y limitar las formas en las que interviene el poder punitivo. De hecho, nació bajo el entendido de que la ley emitida por el soberano, en tanto expresión de la razón, encontraba su fundamento material en el derecho natural. Desde su origen, sin embargo, las transformaciones a las estructuras del poder político, jurídico, social, económico sobrevinientes han impactado profundamente en la funcionalidad del principio de legalidad penal clásico. Las subgarantías que tradicionalmente lo definían difícilmente se mantienen tanto en el diseño como en la aplicación de la ley penal.

En cualquier caso, los nuevos contextos invitan a repensar algunas de estas dimensiones e inte-

grar criterios adicionales para dar legitimidad a la ley penal. Si el derecho penal moderno atribuía al principio de legalidad el fin de garantizar predictibilidad y seguridad ante un poder punitivo arbitrario, hoy este es solo un primer paso. Las subgarantías que aseguran cierta formalidad de la ley deben sincerarse y complementarse con valores materiales como la justicia, igualdad, libertad para legitimar la represión penal. El principio de legalidad penal no solo debe exigir al legislador cumplir la debida técnica legislativa, sino que ha de preguntarse por el contenido material de represión, por la compatibilidad de cierta política criminal con los fines y principios que resguardan un determinado orden constitucional e internacional.

En ese sentido, el presente artículo se pregunta por el contenido axiológico de la legalidad penal. Además, plantea la necesidad de ir más allá de las garantías tradicionales de este principio y cuestiona la vigencia de algunos de estos, como resultado de cambios en las estructuras del poder bajo el actual Estado social y constitucional de derecho. Sobre la base de ello, redefine el principio para reconciliar la legalidad con la legitimidad penal. Este texto se divide en cuatro partes. La primera desarrolla la definición y el contenido del principio de legalidad, principalmente, sobre la base del derecho interno. La segunda ofrece una perspectiva histórica sobre su origen y explica la evolución del principio a la actualidad. La tercera evalúa la vigencia –o caducidad– de algunos aspectos tradicionales de la legalidad penal de acuerdo con los referidos cambios e incluye aportes del derecho internacional. Una cuarta exemplifica, a través del delito de violación sexual, cómo ha de entenderse la legalidad penal tendiente a legitimar la intervención punitiva con base en su contenido material. Por último, concluyo este artículo con unas reflexiones finales sobre los desafíos para transitar hacia esta nueva<sup>1</sup> –o distinta– legalidad.

## II. DEFINICIÓN Y CONTENIDO DEL ‘NULLUM CRIMEN SINE LEGE’

El principio de legalidad se encuentra recogido en el artículo 2, inciso 24, literal d de la Constitución

<sup>1</sup> El término ‘nuevo’ se usa en este texto para marcar distancia de la forma clásica en la que se ha entendido el principio de legalidad penal. Hace referencia a un marco temporal que inicia en la segunda mitad del siglo XX tras el surgimiento de los derechos humanos hasta la actualidad, con el proceso de globalización y otros nuevos desafíos del siglo XXI que caracterizan el derecho penal contemporáneo. Esto no significa que la propuesta que rescata el contenido axiológico del principio de legalidad es ‘nueva’ en el sentido de que nunca se ha planteado, pues ya otros autores lo han desarrollado, como se precisa en el texto.

Política del Perú<sup>2</sup> y el artículo II<sup>3</sup> del Título Preliminar del Código Penal (en adelante, CP). El aforismo en latín en el que se basa, *'nullum crimen, nulla poena, sine lege'*, propone que no puede haber crimen sin ley, ni pena sin ley. Es decir, que para que una conducta pueda ser sancionada como delito o falta, antes debe estar (expresa e inequívocamente) prohibida por la ley penal.

La prohibición constitucional de procesar o sancionar a una persona por un acto no previsto en la ley penal se articula con el artículo 2, inciso 24, literal a de la Constitución que prescribe que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que ella no prohíbe. Con esto, la Constitución reconoce a las personas el derecho fundamental a desarrollarse libremente, pero precisa que su ejercicio tiene límites. El Código Penal exige que no solo la pena esté contemplada en la ley, sino también que lo estén las medidas de seguridad.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el principio de legalidad –sentencias 010-2002-AI/TC y 08646-2005-PHC/TC–. No solo ha reconocido las subgarantías sobre las que profundizaremos más adelante (*lex prævia, lex scripta, lex certa, lex stricta*) –sentencia 0010-2002-AIITC–, sino que ha destacado que se trata de un derecho subjetivo constitucional de los ciudadanos –sentencias 08886-2006-PHC/TC y 02758-2004-HC/TC– que garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que la conducta prohibida y la sanción que se le imponga esté prevista en una “norma previa, estricta y escrita”

(Sentencia 03264-2022-PHC/TC, fundamento 4). También ha señalado que es un principio constitucional que informa y limita los márgenes de actuación del Poder Legislativo al momento de determinar las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones (Sentencia 03264-2022-PHC/TC, fundamento 4).

La garantía de la legalidad penal no solo limita la actuación del Poder Legislativo al exigirle formular claramente qué conductas estarán prohibidas, sino también la de la Policía, la Fiscalía, el Poder Judicial y, en general, al sistema de justicia penal en el momento de aplicar la ley en la persecución y sanción de delitos y faltas. Por un lado, el TC, en esa línea, ha señalado que la legalidad penal vincula también a los jueces penales e impide la creación judicial de delitos o faltas o supuestos de agravación (Sentencia 3644-2015-PHC/TC, fundamento 9) y, por otro lado, la Corte Suprema, mediante Acuerdo Plenario 01-2023/CIJ-112, ha ratificado su importancia, pues obliga al juzgador a respetar los límites previos fijados por el legislador al imponer una pena (fundamento 15). En ese sentido, actúa tanto en la criminalización primaria –selección de conductas socialmente negativas que se considera deben ser consideradas delictivas–, así como en la secundaria –regulación y aplicación de las sanciones–.

En la medida en que este principio es también un derecho subjetivo, ha de interpretarse acorde a tratados internacionales de derechos humanos vinculantes al Estado peruano<sup>4</sup>, tal como se señala en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)<sup>5</sup>, en

<sup>2</sup> Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:

[...]

24. La libertad y la seguridad personales. En consecuencia:

[...]

d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley (1993).

<sup>3</sup> Artículo II del Título Preliminar del Código Penal.-

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 (1991).

<sup>4</sup> Ello se desprende de una lectura sistemática del artículo 55, artículo 3 y la cuarta disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana de 1993 que reconoce que los tratados internacionales de los que el Perú es Estado Parte se integran al derecho interno y aquellos que versan sobre derechos humanos, tienen rango constitucional. Ello ha sido confirmado, además, por el Tribunal Constitucional en los expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Desde el Derecho Internacional, por su parte, las normas internacionales tienen un ‘rango superior’ a cualquier norma nacional. Conforme al artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, ningún Estado parte puede invocar o ampararse en disposiciones del derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.

<sup>5</sup> Artículo 9.-

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. (1969)

el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP)<sup>6</sup> y en el artículo 11<sup>7</sup> de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH).

En esa medida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) se ha pronunciado sobre varias de sus dimensiones como la no retroactividad de la ley penal –casos Mohamed c. Argentina y Baena Ricardo y otros c. Panamá–, la retroactividad benigna –caso Cajahuanca Vásquez c. Perú–, el uso de términos estrictos y unívocos en la elaboración de tipos penales –Caso Kimel c. Argentina–, su aplicación en materia sancionatoria administrativa –Caso Rosadio Villavicencio c. Perú–, la sujeción del juez a la ley penal –casos Yvon Neptune c. Haití, Lori Berenson Mejía c. Perú–, la garantía de seguridad jurídica –Caso Vélez Loor c. Panamá–, entre otros.

Como veremos más adelante, el principio de legalidad es instrumental al modelo de Estado que nos gobierna y al rol que otorga al derecho penal para garantizar la convivencia social. Siendo tributario de las teorías del contrato social y la separación de poderes, este garantiza, a través de la reserva de ley que, en principio, solo el Parlamento –democrático– pueda definir qué ha de ser sancionado con el arma más represiva a disposición del Estado. No obstante, también asegura la igualdad ante la ley, permitiendo que el mismo reproche y me-

recimiento de sanción se apliquen sin distinción de las características de quien haya cometido el hecho penalizado.

La influencia del modelo de Estado sobre el poder punitivo es aun más evidente debido al proceso de constitucionalización del derecho penal. Este no solo incide en el principio de legalidad conteniendo los excesos del Poder Legislativo y toda expresión del poder punitivo que pueda ser ejercido arbitrariamente, sino también en la subordinación del juez, antes que a la ley penal, a lo que dispone la Constitución, pudiendo incluso inaplicar leyes que considere contrarias a la norma suprema (Landa Arroyo, 2013, p. 24). Esta reconoce a la justicia el poder-deber<sup>8</sup> de ejercer el control difuso si una ley –incluidas las de carácter penal– es contraria a los valores que recoge la Carta Magna<sup>9</sup>.

Ahora, ¿qué hay detrás de la ley penal? Naucke critica la idea, propia del positivismo jurídico relativista, de que la ley penal puede admitir cualquier contenido siempre que se alcance cierto grado de precisión, sin que esta precisión sea siquiera excesiva (2000, p. 552). El profesor de Frankfurt cuestiona que la falta de discusión sobre la relación entre la ley penal y lo que merece ser recogido en ella (2000, p. 533). En otras palabras, que los dogmáticos del derecho penal no discutan el contenido ni la legitimidad de esta al estudiar el principio de legalidad, sino que existe una acrítica aceptación

<sup>6</sup> Artículo 15.-

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. (1966)

<sup>7</sup> Artículo 11.-

[...]

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. (1948)

<sup>8</sup> Artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional.-

Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional. (2021)

<sup>9</sup> La potestad de los jueces de ejercer control difuso debe seguir un procedimiento específico, según sentencia vinculante de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (Consulta 1618-2016, Lima Norte). Este consiste en (i) partir de la presunción de constitucionalidad de la norma y demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada; (ii) realizar un juicio de relevancia de la norma al caso; (iii) una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición legal y norma, con miras a agotar las técnicas interpretativas a fin de salvar la constitucionalidad de la norma; (iv) y hacer un test de proporcionalidad para identificar si la medida legal supera el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Véase en <https://legis.pe/reglas-ejercicio-control-difuso-judicial-doctrina-jurisprudencial-vinculante/>

de la ley penal que limita su legitimidad a su validez formal. Esta perspectiva, indica, corre el riesgo de vaciar de contenido el principio de legalidad e instrumentalizarlo para satisfacer las voluntades políticas de quienes diseñan y aplican las leyes.

¿Es posible sostener que la legalidad se satisface solo con la constatación de actos tipificados con precisión en la ley penal, sin considerar el contenido? ¿Qué tiene que decir este principio sobre las conductas prohibidas que, por muy precisas, escritas, claras e inequívocas, persiguen fines que nada tienen que ver con la protección de derechos y libertades fundamentales? O, ¿qué tiene que decir de aquellas que, mediante rígidas interpretaciones de la ley penal, quedan excluidas de su alcance pese a la lesividad que representan para estos derechos? Para responder a estas preguntas es necesario remontarnos a los orígenes de este principio hasta llegar a la actualidad.

### III. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad –qué duda cabe– ha sufrido profundos cambios si observamos cómo fue engendrado en sus orígenes y cuáles fueron los presupuestos históricos que lo fundaron. La filosofía ilustrada de la que surgió pretendía alcanzar a través de la ley un derecho racional, objetivo, neutro a los designios de quiénes aplican estos mandatos. Ello fue determinante para imprimir el sello tradicional que ha definido sus alcances. Se buscaba con ello una ley que materializara los ‘derechos naturales del hombre’ –las mujeres no eran, entonces, consideradas ciudadanas. Sin embargo, a inicios del siglo XIX, aquel fin fue pronto desplazado por la idea de una legalidad rígida que se sobrepuso a su contenido.

#### A. La legalidad ilustrada

El principio de legalidad penal encuentra sus bases en el periodo de la Ilustración del siglo XVIII. Dominaba entonces, un pensar destinado a reconocer que, a través de la razón, se podía combatir la ignorancia y la tiranía expresada en la figura del Monarca.

La Ilustración cambió las estructuras del poder público y su ejercicio frente al individuo, impulsando la transición de una sociedad estamental a una sociedad de clases teóricamente sin privilegios (Davies, 2014). Según Prieto Sanchís (2007, p. 12), la propuesta de los ilustrados incluía comprender a través de la razón las leyes naturales que rigen al individuo, y siguiendo un razonamiento pragmático, plasmarlas en el derecho positivo. Cuanto más similar fuera la ley positiva a la natural, más segura sería su implementación. El motivo por el cual se confiaba en las leyes, sin embargo, no era porque

era expresión de una voluntad política, sino por ser, “ante todo, el instrumento de las Luces para hacer realidad los dictados de la razón [...]” (Prieto Sanchís, 2007, p. 59).

Asegurar la armónica ejecución de estas leyes requería, por tanto, que estas fueran claras y precisas, y que fuera posible de ser comprendidas por cualquiera. Esto es lo que garantizaría no solo seguridad jurídica y previsibilidad en el ejercicio de las libertades, sino también en la aspiración hacia la igualdad –léase, formal–. La ley natural (positivizada) debía ser la misma para todos sin importar quien la infringiera.

Beccaria, en su tratado ‘De los delitos y las penas’, fue uno de los célebres exponentes en defensa del principio de legalidad, cuyo texto evidencia claramente cómo fue originalmente concebida esta legalidad (2011). La rigidez del principio se manifestaba en la crítica que formulaba el autor hacia la ‘oscuridad’ de las leyes. Para Beccaria, una ley que no fuera lo suficientemente clara, o estuviera redactada en una “lengua extraña para el pueblo” corría el riesgo de conducir a la tiranía (2011, p. 24). Sin leyes escritas, una sociedad –afirmaba– no podría jamás alcanzar una forma estable de gobierno. Por eso, propugnaba que, cuanto más fueran las personas que entendieran y tuvieran en sus manos ‘el código sagrado de las leyes’, menos frecuentes serían los delitos. De ahí la vocación del siglo XVIII hacia la codificación.

La absoluta confianza de Beccaria hacia las leyes lo hacían desconfiar, incluso, de los jueces, llegando a rechazar categóricamente el ‘mal’ de la interpretación que pudiera surgir de esta (2011, p. 22). La interpretación era, en sus términos, una ‘cosa peligrosa’ que llevaría al desorden por parte de un órgano que no había recibido del soberano la competencia de crear derecho (2011, p. 21). En este caso, el juez no debía realizar otra cosa que no fuera el silogismo perfecto:

la mayor debe ser la ley general, la menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. (2011, p. 22)

Esta manera de percibir la justicia se enmarcó en una corriente contractualista basada en la división de poderes, en el que el diseño de la ley debía ser competencia exclusiva y excluyente de los representantes del pueblo. Fue un modelo que promovió un ideal de juez sometido a la acritica autoridad de la ley. La legalidad estricta, sin embargo, tenía un motivo que respondía a la racionalidad que ella debía cargar y a la protección de los derechos inherentes del ser humano.

La coronación del pensamiento político y filosófico ilustrado llega con la Revolución Francesa, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, que en su artículo 8 estableció que “nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”. El principio de legalidad aquí expresado tenía un fundamento político indubitable: la conquista irreversible del tránsito del Estado absolutista hacia un Estado liberal de derecho, que a través de la razón debía controlar el poder político (Muñoz Conde & García Arán, 2004, p. 88).

Afirma Ferrajoli, que el pensamiento político ilustrado teorizó sobre el principio de legalidad en términos tan genuinos como irrealizables al prohibir no solo la analogía, sino la interpretación de la ley penal (2000, p. 383); pero si algo le caracterizó uniformemente fue la idea de que el derecho positivo, que a través del principio de legalidad permitiría justificar y limitar el poder punitivo, no era un fin en sí mismo, sino un medio para garantizar los contenidos y valores dictados por el derecho natural (2000, p. 227).

#### B. Legalidad positiva

Del siglo XIX en adelante, el derecho por establecer fue reemplazado por la ley ya establecida como objeto de estudio de los juristas (Ferrajoli, 2000, p. 228). Se fue perdiendo en la cultura jurídica toda referencia axiológica para justificar y limitar el derecho vigente (Prieto Sanchís, 2007, p. 6).

Desde 1813 hasta 1871, la legislación penal estuvo dominada por la incidencia de Feuerbach, creador del aforismo en latín *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (Schmidt, 1971, p. 27). Feuerbach construyó una dogmática penal sistemáticamente cerrada, en la que el espíritu científico fue transportado al lenguaje de la ley. Para él, la ley penal estaba vinculada al fin de la pena preventivo general negativo que buscaba, a través de la sanción, coaccionar psicológicamente al futuro infractor. La legitimidad de imponer una sanción solo podía darse si antes había existido una acción conminada mediante ley. La legalidad penal, por un lado, pretendía dirigirse a las y los ciudadanos amenazándolos con un mal si no actuaban conforme a la ley y, por el otro, a los jueces, si no la aplicaban tal cual (Yacobucci, 2005, p. 637).

Durante este periodo, las leyes aspiraban a fundarse en un conocimiento objetivo, científico, riguroso que fuera el reflejo del liberalismo de la época (Schmidt, 1971, p. 33). Esta visión buscaba someter al derecho penal a la exactitud de las ciencias naturales y volver a la dogmática penal un sistema

deductivo, cerrado y valorativamente neutro (Yacobucci, 2005, p. 641). Ahí aparecen las exigencias de taxatividad y determinación en la redacción del tipo penal y en la aplicación de la ley. La idea era garantizar una legalidad rígida y una clara división de poderes en la que el juez aplicara la ley sin interferencias de tipo valorativo.

La filosofía política liberal llevó al derecho penal a sustraer a la ciencia jurídica, y muy especialmente a la penal, de toda capacidad creadora del derecho (Mir Puig, 1994, p. 16). La ley, en tanto, formalidad del poder, aparecía como expresión soberana del pueblo y adquiría de ese modo su legitimidad. No era dable mirar de reojo otros valores distintos a los que emanase de la ley. Aunque algo pareciera moralmente injusto, podía ser perfectamente considerado derecho válido. La ley penal se transforma así en una simple regla positivizada. No era el criterio de legitimidad o el de justo o injusto lo que determinaba si algo podía ser llamado derecho, sino el de si era válido o no (Roxin, 2002, p. 41).

En este contexto, se advierte ya el abandono de la noción de derecho subjetivo y su reemplazo por la idea del bien jurídico penal (Yacobucci, 2005, p. 638). Naucke critica la influencia del positivismo jurídico en la ‘degeneración’ del principio de legalidad (2000, p. 536). Por un lado, le reprocha a Binding la defensa que hace de la invulnerabilidad de la ley, de su inquebrantable autoridad, o de su mera ‘excelencia’ (2000, p. 536). Por el otro, cuestiona la concepción de ley penal de Von Liszt como una regla positivizada con prescindencia de su contenido, cuya identidad radica en la fuerza de la pena estatal (2000, p. 537). Bajo esa visión, legalidad y legitimidad se confunden, pues se piensa, que la última se consigue a partir de la primera (Yacobucci, 2014, p. 639). Por eso, Naucke advierte que las leyes no han de ser tales si carecen de una fundamentación material que justifique su poder coercitivo (2000, p. 549). Este sustento material es precisamente lo que ha de buscar hoy la legalidad penal.

#### C. La evolución de la legalidad

Las aspiraciones humanísticas de la Ilustración para la segunda mitad del siglo XIX se fueron convirtiendo, en parte, en derecho positivo (Mir Puig, 2005, p. 30). Esta subordinación del derecho a la ley ofreció seguridad jurídica e imperio del orden. Con el positivismo jurídico, la legalidad se volvió un instrumento de racionalidad procedural. En ese tránsito, empero, se perdió la justificación iusnaturalista que concebía a la ley como un medio para la protección de los derechos naturales; lo que aludiría hoy al concepto de los derechos humanos inherentes a la persona (Bobbio, 1991).

Aquel modelo de positivismo jurídico fue luego confrontado a inicios del siglo XX. Se le criticó que *per se* pretendiera garantizar una fuerza legitimadora de la ley o la realización de un derecho justo y razonable solo por ser válidamente aprobada. Dworkin, en respuesta a la tesis que postuló Hart sobre la separación entre derecho y moral, criticó la idea de que el derecho estuviera solo conformado de reglas jurídicas, pues este incluye igualmente principios pertenecientes a un orden moral que impiden sustentar esa nítida división (Atienza & Manuero, 2007, p. 14).

Mir Puig señala que, contra lo que decía la escuela de la Exégesis y el positivismo radical, empeñados en acudir a la literalidad de la ley y el significado original del texto, la moderna hermenéutica demuestra que la aplicación de la ley debe ir más allá del tenor literal, alcanzando forzosamente una función creadora del derecho (p. 22). Por eso, hoy se habla de una dogmática penal abierta, creadora, teleológica y funcional (Yacobucci, 2005, p. 644); que recurre a normas, principios, fines, valores que persigue el orden complejo de la convivencia social y que, consecuentemente, supone la necesidad de relajar el rigor literal del principio de legalidad (1994, p. 645).

Las tradicionales exigencias de la legalidad se vieron desafiadas con la expansión de la actividad estatal bajo el nuevo Estado de bienestar que atrás dejó el Estado liberal. A la ley penal se le endilgó fines de protección penal por encima de los intereses individuales; debía pretender salvaguardar bienes de orden macrosocial, institucionales, económicos, culturales. La sociedad de riesgos que surge como resultado de los procesos de modernización social y las nuevas tecnologías contribuyeron a ello (Beck, 1988, p. 19).

Frente a estos cambios, hay quienes han señalado la necesidad de regresar a las fuentes originarias del derecho penal tradicional y a la legalidad estricta del sistema penal liberal (Yacobucci, 2005). Esta alternativa no parece, sin embargo, posible. Hoy la nueva dogmática penal se construye en función de finalidades valorativas, no tanto de intereses tendientes a preservar una coherencia sistémica, divorciada de toda referencia a valores o principios de justicia de orden constitucional. No basta sostener que la legalidad sirve únicamente para garantizar la seguridad jurídica y limitar el poder punitivo o proteger al individuo de la arbitrariedad del Estado, si no va de la mano de una reivindicación de valores y derechos humanos fundados en la dignidad de la persona, que la ley envuelve de formalidad.

#### IV. HACIA UNA NUEVA LEGALIDAD

La propuesta de una nueva legalidad es un baremo adicional que mide la legitimidad de la represión penal. Supone, por un lado, evidenciar las tensiones entre ciertos ámbitos de la legalidad tradicional y, por el otro, la necesidad de –sin sacrificar los fines de contención de la arbitrariedad penal– integrar al principio un contenido axiológico: valores, principios y derechos amparados bajo el ordenamiento constitucional e internacional vinculante. Afirma Yacobucci (2005) que la legalidad debe, antes que pretender primariamente coaccionar a posibles delincuentes, reafirmar la confianza de los ciudadanos en ella, re establecer la validez y vigencia del orden jurídico de la convivencia (p. 648).

Para explicar hacia dónde va esta nueva legalidad, primero se evidenciarán las tensiones al interior de la legalidad tradicional, para lo cual se realizará un análisis crítico de sus subgarantías: ley previa, estricta, escrita y clara (*lex previa*, *lex stricta*, *lex scripta* y *lex certa*), de cara a los cambios que supone transitar del Estado ‘legislativo’ de derecho hacia un Estado ‘constitucional’ de derecho (Sentencia 0004-2004-CC/TC, fundamento 24). A partir de ello, se profundiza en la tesis de una nueva legalidad material a la que se invita a transitar, que concibe la ley penal como parte integrante de un orden jurídico valorativo que ha de legitimarla.

##### A. ¿Ley previa, estricta, escrita y clara?

###### 1. Ley previa

La subgarantía de ‘ley previa’ o de irretroactividad penal garantiza que ninguna persona sea sancionada por la comisión de un hecho que no era delito antes de cometerlo. Por un lado, se articula con el principio de culpabilidad, según el cual solo es posible exigirle a un individuo no infringir una ley si pudo motivarse por el mandato recogido en ella (Piqué, 2013). Por otro lado, asegura la previsibilidad y seguridad jurídica al permitir saber con anticipación los límites a nuestra libertad (Lascuraín Sánchez, 2015, p. 59). De este modo, un ciudadano no podría alegar que no conocía que un acto era delito, pues teóricamente pudo conocerlo dada la exigencia de publicación de las leyes estipulada en el artículo 109 de la Constitución Política<sup>10</sup>.

La lógica detrás de esta exigencia es que, si los ciudadanos pueden conocer que una determinada conducta prohibida por ley será castigada, podrán conducir su vida sin riesgos. No obstante, esta exigencia tiene una excepción a la regla: la retroactivi-

<sup>10</sup> Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte (1993).

dad a favor del reo. No se trata de un capricho del legislador de favorecer al (presunto) delincuente. El razonamiento detrás de esta ‘excepción’ es que la ley responde a un cambio en la valoración social de un hecho que ya no es reprochado como antes. Si hoy una nueva ley reduce la pena de un delito ‘x’ –es decir, le beneficia–, ya no le sería aplicable la pena más grave de la ley vigente cuando la persona cometió el delito. Por razones de política criminal, no tendría sentido sancionarlo con una pena mayor que refleja un desvalor social ya no compartido. Por ende, la nueva ley surtiría efectos retroactivos, a pesar de que, por regla general, no debería.

Ahora bien, la tesis según la cual la ley debe ser ‘previa’ a la conducta para que las personas puedan motivarse parte de la premisa de que las personas se motivan por la ley. Pero no es tan cierto que la fuente que motiva previa al acto sea la ley formal, sino el valor socio-normativo que la ley cubre de un robo institucional. En otras palabras, no es la ley *per se* la que motiva, sino los valores socioculturales que subyacen a ella. Por eso Mayer (2000) sostenía que los verdaderos destinatarios de las normas jurídicas no son las y los ciudadanos, sino los jueces porque solo estos últimos las conocen, mientras que los primeros son disciplinados por normas de cultura.

Con esto, lo que se afirma es que la tesis de motivación normativa detrás del principio de legalidad no se sostiene. Lo que motiva, antes que la ley, es el reproche socioculturalmente aprendido que permite disciplinar el comportamiento de las y los ciudadanos. Este conocimiento no deriva de la ley en sí. Por eso, en casos de crímenes internacionales promovidos o consentidos desde el Estado, dado el inmenso desvalor sociocultural que representan, los Sistemas Universales y Europeos de Derechos Humanos han llegado a considerar que, más allá de exigir una ley penal previa, lo que ha de acreditarse es el conocimiento material de la antijuricidad. Es decir, que el imputado tuvo acceso a una norma nacional o internacional que sancionaba la conducta; y que hubo previsibilidad de estar incurriendo en responsabilidad penal, según el derecho aplicable (Olásolo, 2013).

Esta alternativa, aunque loable, no halla, sin embargo, eco en los sistemas que siguen una tradición romano-germánica donde domina una concepción del principio de legalidad que exige que el hecho sea previamente considerado como delito

en la ley penal –con rango de ley–. Por ello, se generan tensiones de esta dimensión de la legalidad –*lex prævia*– con las obligaciones de los Estados de perseguir y sancionar crímenes internacionales, como los de lesa humanidad, cometidos bajo su jurisdicción, debido a su falta de tipificación interna.

Aunque existe fuente de represión en el derecho penal internacional –principalmente, fuentes consuetudinarias y principios generales del derecho desde Núremberg–, la falta de una ‘ley’ penal previa ha llevado a jueces a considerar que la mejor forma de salvar esta subgarantía para perseguir tales crímenes en jurisdicciones en las que aún no se han adecuado debidamente los tipos penales a nivel interno es a través de la ‘doble subsunción’. Esto implica el uso de delitos comunes vigentes en el momento de cometerse el hecho –aun si estos no reflejan su real desvalor– sumado a la calificación jurídica internacional, que constituyen normas de carácter no incriminatorio, para evitar su impunidad (Montoya, 2010, p. 361). Esto último surte efectos jurídicos complementarios como la prohibición del uso de amnistías, indultos, prescripción u otro excluyente de responsabilidad penal, además de activar la jurisdicción universal.

Finalmente, otro ámbito con el que la referida dimensión entra en tensión son las cada vez más extendidas leyes penales en blanco para completar los supuestos de hechos recogidos en estas mediante la remisión a normas extrapenales. Estas últimas pueden tener un carácter dinámico, particularmente cuando regulan aspectos que deben ser actualizados con cierta frecuencia como las actividades económicas, los estupefacientes, armas de fuego, especies en extinción, entre otros (Piqué, 2013). La aplicación de tipos penales como los que pertenecen al derecho penal económico, en el que parte del enunciado –si bien no el núcleo– requiere ser completado con referencias que cambian con posterioridad al momento en el que se cometió el hecho criminal, presenta desafíos respecto a la prohibición de retroactividad.

## 2. Ley estricta

La garantía de ‘ley estricta’ plantea la prohibición de analogía en materia penal. Se dirige al juez, obligándole a atenerse estrictamente a lo que dicta la ley penal.

El artículo 139 numeral 9<sup>11</sup> de la Constitución prohíbe aplicar la analogía en toda norma que restrin-

<sup>11</sup> Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (1993).

ja derechos. La ‘analogía’ es el proceso por el cual se aplica una consecuencia jurídica (penal) recogida en un supuesto de hecho regulado en la ley penal a ‘otro similar’ que no está previsto expresamente en ella. Este método de integración impide que los jueces consideren delictivas conductas que solo guardan una débil semejanza con otra que está incriminada en la ley (Piqué, 2013, p. 170). Roxin señala que esta garantía evita que los jueces se vean tentados a abarcar supuestos de hecho no contemplados por la literalidad de la ley, a pesar de ser semejantes a ella (1997).

La razón detrás de esta prohibición está vinculada con el principio de separación de poderes, la cual veta al juez incurrir en cualquier supuesto de creación del derecho. Divide estrictamente quien forma la ley de quien la aplica. Nos remonta a un rezago ilustrado que no solo exigía la absoluta sumisión del juez a la ley penal, sino que le prohibía incluso interpretar su contenido.

Esta exigencia se vincula al principio de taxatividad que obliga al legislador a redactar los tipos penales con precisión y claridad para evitar la extensión de sus disposiciones a casos no previstos (Moccia, 2011). El TC lo ha reconocido también como subprincipio de tipicidad, que impone al legislador penal o administrativo que las prohibiciones, sean penales o administrativas, “estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo” (Expediente 2192-2004-AA/TC; Expediente 00197-2010-PA/TC).

Si el fundamento es la división de poderes entre quien crea y aplica la ley, la pregunta es: ¿no debería vetarse también la analogía en otras ramas del derecho? Hay que recordar que hoy la visión contractualista de la separación de poderes y el ideal del juez como mero aplicador de la ley son obsoletos. El concepto realista de la aplicación de la ley nunca podrá excluir consideraciones previas del juez referentes a la justicia, el orden, el deber y el sentido de la ley. Incluso quien hace una interpretación literal del texto asume ya una posición sobre la justicia y el deber que no deriva de la ley misma (Bacigalupo, 1995, p. 860).

Además, bajo el actual modelo que rige nuestro Estado social y ‘constitucional’ de derecho, la separación de poderes no es absoluta y según el principio de colaboración entre estos, sus relaciones han de orientarse por mecanismos de control

y colaboración; todos al servicio del fin supremo de la defensa de la persona humana y su dignidad (Expediente 0004-2004-CC/TC; Expediente 0006-2019-CC/TC). Esta colaboración de poderes permite, conforme al artículo 104 de la Constitución<sup>12</sup>, la delegación de facultades legislativas del Parlamento al Poder Ejecutivo mediante decretos legislativos. Basta mencionar que el Código Penal de 1991 se aprobó de esa manera<sup>13</sup>, lo que habría sido impensable desde el ideal ilustrado.

Ahora bien, es cierto que, para salvar esta subgarantía, un sector dominante de la doctrina insiste en distinguir la analogía de la interpretación. De acuerdo con esta perspectiva:

mientras la interpretación es la búsqueda de un sentido de un texto legal que se halle «dentro de su sentido literal posible», la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto «no comprendido» en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal (Mir Puig, 2011, p. 75).

Esta distinción, sin embargo, sigue dependiendo del infranqueable muro de la literalidad, lo que resulta insuficiente para determinar los linderos de lo penalmente prohibido en una disposición penal. Por eso, Hassemer considera que, desde un punto de vista estructural, la analogía y la interpretación son equiparables (1997, p. 38). Apartarse del tenor literal de una ley no es incurrir en analogía, es interpretar, lo que es un procedimiento habitual y necesario en la aplicación de toda ley.

De ahí que Meini afirme que, en realidad, lo que esta subgarantía prohíbe no es la analogía de la ‘ley o el precepto penal’, sino de la norma penal. Como señala el autor, ello se sigue de distinguir la norma penal como pauta de conducta preceptiva, del ‘precepto penal’ –o ley penal– como conjunto de símbolos lingüísticos que deben interpretarse para alcanzar la norma penal. Además, se asume que al precepto penal siempre ha de asignársele un sentido empleando todos los mecanismos de interpretación e integración, incluida la analogía, que no es otra cosa que incluir términos no previstos expresamente en el texto de la ley (2008, p. 170). Si el supuesto de hecho que se juzga sí se condice con la razón de ser de la norma penal, este ha de ser subsumido en la ley penal; pero si este no se condice con ella, operará ahí la prohibición de analogía de la ‘norma penal’.

<sup>12</sup> Artículo 104.- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos por la ley autoritativa (1993).

<sup>13</sup> Este fue promulgado por Decreto Legislativo 635 el 3 de abril de 1991.

Bajo este razonamiento, esta subgarantía sería un mecanismo que permitiría excluir comportamientos del alcance de la norma penal que nada tienen que ver con los fines de protección de esta; es decir, que suponen comportamientos que ni lesionan ni amenazan un determinado bien jurídico. Esto significa desde ya un punto de quiebre y distanciamiento del concepto histórico de la analogía en la Ilustración, en la que el juez antes que interpretar, debía deducir el contenido del supuesto sentido inequívoco y claro del enunciado normativo (Yacobucci, 2014, p. 278).

### 3. Ley escrita

En cuanto a la subgarantía de 'ley escrita', esta excluye la posibilidad de que mediante otras fuentes normativas como la costumbre o los principios generales se establezcan delitos y penas (Muñoz Conde & García Arán, 2010, p. 103). Es decir, se reserva al Poder Legislativo, representante de la voluntad popular, la facultad de decidir 'por escrito' qué conductas puede el Estado perseguir y cómo las puede castigar.

Ello, sin embargo, supone tensiones, como ya se señaló, con las técnicas de remisión legislativa como las leyes penales en blanco que se remiten a normas infra legales dictadas por órganos administrativos para completar la conducta típica. Además, obvia que la costumbre, en determinados supuestos, puede ser fuente de derecho para determinar la punibilidad de una conducta; plíense en la *lex artis* para fijar si un acto se condice con el 'ejercicio legítimo de un derecho' como causa de justificación (inciso 8, artículo 20 del Código Penal<sup>14</sup>).

Además, si se pretende dar seguridad jurídica y previsibilidad, esto también contradice el planteamiento previo de que las y los ciudadanos nos motivamos por la ley, cuando lo hacemos por lo que subyace a ella. Por supuesto que escribir las leyes asegura previsibilidad y seguridad jurídica, pero tampoco hay que sobrevalorar la absoluta certeza que otorga escribirlas. El sistema del *Common Law*, donde la previsibilidad depende de la racionalidad de los precedentes es una muestra de ello. De hecho, nuestro sistema acoge ciertas manifestaciones de este modelo como los acuerdos plenarios de la Corte Suprema<sup>15</sup>.

La indeterminación de un mandato, en realidad, se presenta tanto en la ley escrita, como en la no escrita (Gallant, 2009, p. 36). No es propia del formato en el que se expresa el lenguaje, sino que es inherente al lenguaje. Aunque un texto permanezca inalterable en el tiempo, su significado variará. Por otro lado, no debe subestimarse el poder de la costumbre para disciplinar comportamientos y dar predictibilidad a conductas en contextos relativamente homogéneos, como pasa con el derecho consuetudinario reconocido en el artículo 149 de la Constitución<sup>16</sup>, aplicable a comunidades campesinas y nativas.

En el caso de crímenes internacionales, conforme a lo señalado, se ha admitido además, que es perfectamente compatible con el principio de legalidad penal sancionar conductas cuyo carácter punible deriva del sistema de fuentes incriminatorias del ordenamiento jurídico nacional o internacional como son los principios generales del derecho o la costumbre internacional (Olásolo, 2013). De hecho, el artículo 15, que recoge el principio de lega-

<sup>14</sup> Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

[...]  
8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (1991).

<sup>15</sup> Artículo 22.-

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser **de obligatorio cumplimiento**, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como **precedente de obligatorio cumplimiento**. En caso de que, por excepción, decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan (Ley Orgánica del Poder Judicial, 1993) [el énfasis es nuestro].

<sup>16</sup> Artículo 149.-

Las autoridades de las Comunidades Campesinas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el Derecho Consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona; y que la ley establecerá las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. (1993)

lidad internacional, del PIDCP así lo precisa<sup>17</sup>. Esto es particularmente relevante cuando hay de por medio obligaciones impuestas a los Estados por los Sistemas de Protección Universal y Regional de Derechos Humanos, referidos al deber de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones a derechos humanos o crímenes internacionales.

#### 4. Ley cierta

Finalmente, sobre la 'ley cierta', este mandato se dirige al legislador para impedir que existan leyes difusas o indeterminadas, en la que se exige la mayor precisión y determinación posible en el diseño de la ley para saber con exactitud qué es lo que se prohíbe y cuál es la consecuencia de incurrir en dicha prohibición.

La idea es que no existan ambigüedades al momento de aplicar la ley, limitando de ese modo toda actuación arbitraria del juzgador o juzgadora. La Corte IDH, por eso, ha señalado la necesidad de que los tipos penales sean elaborados en términos estrictos y unívocos, pues la ambigüedad en la formulación de tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, esto lo ha precisado especialmente cuando la intervención punitiva incide sobre la libertad de expresión (Caso Kimel c. Argentina). El TC, por su parte, ha señalado que esta garantía no exige una claridad y

precisión absoluta en la formulación de los delitos, sino que el legislador le dé un significado preciso e inequívoco al tipo penal para asegurar con cierta certidumbre la subsunción del hecho en la norma (Sentencia 00005-2020-PI/TC).

Al igual que con la garantía de reserva de ley (*lex scripta*), el mandato de certeza o determinación (*lex certa*) también enfrenta hoy desafíos con la inclusión de nociones o conceptos de tipo valorativo, cultural, normativo en el derecho penal aplicado a la actividad económica, la defensa de bienes macrosociales que, por momentos, resultan difusos o el crimen organizado (Yacobucci, 2014, p. 289). Ello ocurre igualmente con el uso de cláusulas generales, tipos penales abiertos, leyes penales en blanco, delitos de omisión, delitos imprudentes y de peligro abstracto (Roxin, 1997, p. 298). En estos casos, el legislador le delega al juzgador la función de completar el enunciado legal, recurriendo a normas extrapenales que no siempre son certeras en su grado de determinación.

Ejemplos de tipos penales recogidos en el Código Penal que evidencian un sinnúmero de preceptos imprecisos y vagos abundan. ¿Qué significa causar 'daño grave' a la propiedad pública? (artículo 282<sup>18</sup>). O, véase el uso de términos como: 'ultrajar' (artículo 130<sup>19</sup>), 'gran crueldad' (artículo 108<sup>20</sup>), 'radiaciones contaminantes' (artículo 304<sup>21</sup>), 'propo-

<sup>17</sup> Artículo 15.-

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el **derecho nacional o internacional**. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, **fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional** [...]. (1966) [el énfasis es nuestro]

<sup>18</sup> Artículo 282.- El que, por culpa, ocasiona alguno de los hechos de peligro previstos en los artículos 280 y 281 será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años (1991).

<sup>19</sup> Artículo 130.- El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa (1991).

<sup>20</sup> Artículo 108.-

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Por ferocidad, codicia, lucro o por placer
2. Para facilitar u ocultar otro delito
3. Con gran crueldad o alevosía
4. Por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas. (1991)

<sup>21</sup> Artículo 304.-

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas. (1991)

siciones inmorales' (artículo 450<sup>22</sup>). De hecho, pueden ser igualmente indeterminados los elementos descriptivos cuyo contenido se define –se sostiene– a partir de una percepción sensorial objetiva. Términos como 'vida' o 'muerte' dan cuenta de ello: ¿desde cuándo hablamos de vida humana? ¿o partir de qué momento esta culmina?

Roxin reconoce que cierto grado de indeterminación es inevitable porque los términos del legislador admiten una multiplicidad de interpretaciones (1997, p. 170). En tanto el derecho se sirva del lenguaje, todos los elementos típicos –sean descriptivos o normativos– deben ser dotados de contenidos acorde a la racionalidad de la prohibición penal. Como indica Meini, salvo los conceptos matemáticos, el resto de enunciados pueden y deben ser interpretados (2018, p. 157).

Sin duda, la expansión del derecho penal y las mayores funciones asignadas a este, han generado tensiones entre la actual técnica legislativa caracterizada por el uso de conceptos que requieren ser completados en la instancia judicial y la técnica legislativa de la legalidad tradicional caracterizada por conceptos de orden eminentemente natural y descriptivo (Yacobucci, 2005, p. 646). La complejidad del mundo contemporáneo ha implicado un uso más creciente de términos indeterminados y de fuentes normativas que le dan contenido más allá del Código Penal que hacen tensar igualmente la subgarantía de la ley cierta.

#### B. Legalidad material

La legalidad penal en sus dimensiones tradicionales enfrenta, entonces, importantes desafíos que hacen dudar de su vigencia o la necesidad de su readaptación. La rigidez con la que fueron formulados reflejaba un orden social, político, jurídico del que hoy quedan solo retazos. En la actualidad, no es suficiente hablar de un Estado 'legal' de Derecho, sino de un Estado 'constitucional (e internacional)' del que la ley penal es apenas una parte integrante. Las transformaciones en la realidad a la que el derecho penal responde –cada vez con mayor expansión– llevan no solo a reconsiderar las referidas dimensiones formales de la legalidad, sino a dotar de contenido la ley penal de un contenido material.

Esta es la propuesta de Yacobucci (2005, 2014) que parte de la premisa de que el principio de legalidad penal, entendido solo como un criterio formal o funcional, no es suficiente hoy para cumplir los fines de garantía que se le asignan. Ello obliga a incluir otras consideraciones de índole axiológica que refuerzen la finalidad de ser una real contención a la arbitrariedad estatal. Es decir, que no solo proteja a las y los ciudadanos de intervenciones punitivas de leyes no escritas, previas, ambiguas, deficientes, sino de leyes cuyo contenido sustancial contradice los principios y valores que inspiran el orden constitucional e internacional.

Como dice Yacobucci, no alcanza con que el mandato punitivo se exprese a través de la ley, esto es, del instrumental legal o normativo (2005, p. 647). Este instrumento solo puede ser funcional al Estado social y 'constitucional' de Derecho, si integra contenidos relativos a los principios materiales. La predictibilidad y seguridad jurídica que persiguen las subgarantías de la legalidad se han orientado sobre todo siguiendo el esquema de una función preventiva general negativa de la pena, en virtud de la cual, las leyes deben ser claras, precisas, escritas para que los individuos puedan conocerlas e inhibirse de delinquir –la idea que sostenía Feuerbach–. Hoy, sin embargo, la legalidad, antes que buscar conminar a futuros delincuentes, debe aspirar a restablecer, reafirmar valores y una justa distribución de libertades, acorde a los fines preventivo positivo generales de la pena (Meini, 2013, p. 156).

En esa línea, Prado Saldarriaga postula que el principio de legalidad no solo debe servir para controlar, supervisar y validar los resultados legislativos, sino también los procesos de producción legislativa. Esta perspectiva surge de la necesidad de someter la legalidad penal a criterios de legitimidad que permita frenar la aprobación de leyes que no solo carecen de deficiencias técnicas, sino de racionalidad, oportunidad y eficacia en la construcción de la política criminal (2021, p. 287).

Bajo el enfoque de legalidad material, la autoridad de la ley penal no deriva de su fuerza coactiva, sino de principios y valores que emanen del orden constitucional e internacional que se inte-

<sup>22</sup> Artículo 450.- Será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a treinta jornadas:

1. El que, en lugar público, hace a un tercero proposiciones inmorales o deshonestas.
2. El que, en establecimientos públicos o en lugares abiertos al público, suministra bebidas alcohólicas o tabaco a menores de edad.
3. El que, en establecimientos públicos o en lugares abiertos al público, obsequia, vende o consume bebidas alcohólicas en los días u horas prohibidos, salvo disposición legal distinta.
4. Derogado
5. El que destruye las plantas que adornan jardines, alamedas, parques y avenidas. (1991)

gra al derecho interno. La estructura del poder político dominante de la Ilustración que da origen al principio de legalidad era sobre todo de orden nacional y había que limitarlo desde sus mismas estructuras. Hoy, como expresión del ejercicio de la soberanía nacional, actúan los sistemas de protección internacionales de derechos humanos, no solo para reforzar los límites que contienen el uso arbitrario del poder punitivo de los Estados, sino para orientar ese poder hacia, únicamente, fines de protección de tales derechos.

Los Estados hoy rinden cuentas, bajo responsabilidad internacional, a la comunidad internacional sobre los compromisos que asumen al hacerse parte de tratados o al serles aplicables otras fuentes extraconvencionales que le vinculan. Para garantizar los derechos recogidos en el sistema interamericano de derechos humanos, por ejemplo, los Estados tienen obligaciones de prevenir, investigar y sancionar violaciones a derechos humanos, así como luchar contra la impunidad de estos (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*). Para concretarlo, el Estado se sirve del poder punitivo que exige, para intervenir, contar con tipos penales adecuados que sancionen estas violaciones. En esa línea, forma parte del deber estatal adoptar disposiciones de derecho interno, que puede incluir aprobar o modificar leyes penales para hacer efectivo estos derechos y libertades.

En esa interacción cada vez más presente entre el derecho penal y los derechos humanos, la legalidad material que incorpora en su diseño elementos axiológicos, y no únicamente formales, que busca reafirmar valores y no únicamente coaccionar, se articula con aquel modelo de Estado que contiene el poder punitivo no solo sobre la base de la discrecionalidad del legislador que define los límites de su intervención, sino de compromisos internacionales.

Dentro de este nuevo esquema de distribución y contención del poder estatal, el o la jueza adquiere un rol más protagónico en la tutela de estos compromisos. Lejos de mostrar una absoluta sumisión a la inflexibilidad de la ley penal, este perfecciona y completa el contenido del precepto, interpreta teleológicamente sus alcances, recurre a principios constitucionales y a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la argumentación que fundamenta la legítima aplicación de dichas normas. El legislador, por su parte, lejos de diseñar leyes adecuadas que solo atiendan al contenido formal del principio de legalidad, ha de considerar los parámetros constitucionales e internacionales que le vinculan en la producción de leyes. Esto se evidencia de manera más clara con el ejemplo mostrado en el siguiente acápite.

## V. LA LEGALIDAD MATERIAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL

Mediante sentencia de la Corte IDH, en el caso *Angulo Losada c. Bolivia* (2022), el tribunal declaró la responsabilidad internacional del Estado boliviano por vulnerar una serie de derechos humanos a la integridad personal, garantías judiciales, vida privada y familiar, derechos del niño, igualdad ante la ley, entre otros, de la señora Losada, quien a sus 16 años fue víctima de violación sexual en varias oportunidades por parte de su primo de 26 años. Tras denunciar estos hechos, la señora Losada fue sometida a episodios de revictimización por las deficiencias del sistema de justicia penal que, en su diseño y aplicación, vulneraron su derecho de acceso a la justicia y contribuyeron a la absoluta impunidad del caso.

En lo que compete al propósito de este artículo, deseo enfocarme en uno de los puntos discutidos en la sentencia que fue, además, objeto de una medida de reparación como garantía de no repetición: la adecuación de la tipificación del delito de violación sexual (*Caso Angulo Losada c. Bolivia*). La razón detrás de esta observación es que, a pesar de que Bolivia modificó el tipo penal para incluir en su formulación que los actos sexuales deben ser no consentidos, el consentimiento seguía apareciendo de manera tangencial y adicional, pues seguía dependiendo de que el sujeto activo ejerza intimidación, violencia física o psicológica, o que la víctima estuviera en incapacidad de resistir.

En esa línea, la Corte IDH ordenó como medida de reparación al Estado boliviano modificar la referida ley penal en un plazo razonable para que el delito esté tipificado de tal forma que lo central y constitutivo de la violación sexual sea la ausencia de consentimiento y no sea más necesario que se requiera ser cometido mediante violencia o intimidación. Agregó el tribunal que en la tipificación se debía tomar en cuenta circunstancias coercitivas que anulan el consentimiento, considerando los estándares internacionales recogidos en el fallo (párrafos 145-149), como son las asimetrías de poder, la coacción, el temor de la violencia y sus consecuencias, la intimidación, detención y/o privación de la libertad, opresión psicológica, entre otros. Consideró que debía precisarse que el delito podía probarse mediante cualquier medio probatorio idóneo capaz de acreditar que la víctima no consintió el acto sexual. Asimismo, con el fin de eliminar estereotipos de género que creen una jerarquía entre delitos sexuales que disminuya o invisibilice la violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes, la Corte IDH ordenó eliminar el tipo penal de estupro (párrafo 199).

El tribunal reconoce en su sentencia que la vulneración del derecho de acceso a la justicia de la víctima se dio no solo por la “aplicación de la normativa de referencia”, sino también por la “interpretación por parte de los tribunales internos” (párrafo 154) del delito de violación sexual, en la que se requirió acreditar elementos como la violencia física o intimidación, sin tomar en consideración la asimetría de poder cuya entidad desde ya viciaba el consentimiento. En otras palabras, la vulneración de derechos en este caso ocurrió no solo en virtud de una legislación penal deficiente en sus términos formales para abarcar íntegramente las manifestaciones en las que se expresa la violación sexual, sino con base en una aplicación deficiente de la ley por parte de los jueces que asumieron una interpretación estrictamente literal.

Las deficiencias que la Corte IDH encontró en la legislación penal boliviana<sup>23</sup> podemos encontrarlas también en el Código Penal peruano. El delito de violación sexual en su formulación típica<sup>24</sup> sigue haciendo depender la consumación del acceso carnal a medios comisivos que el autor usa para ‘obligar’ a la víctima a mantener relaciones sexuales con este. A pesar de que la ley prevé el elemento ‘aprovechamiento de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento’, la redacción de este tipo penal puede resultar problemática si quien aplica la ley asume que el principio de legalidad penal le obliga a someterse a la literalidad del precepto por considerar que en ello consiste la subgarantía de ley cierta y prohibición de analogía. Es decir, asume que, además de acreditar la ausencia de consentimiento de la víctima –el elemento central y constitutivo acorde a la Corte IDH–, es necesario acreditar que el entorno en el que la víctima se encontraba no le permitía ejercer su libre consentimiento y que este fue aprovechado por el sujeto activo.

Esta lectura deja fuera del ámbito de protección penal los casos en donde la víctima se encuentra en un entorno de libertad –es decir no existe un entorno coercitivo–, pero expresa en esa interac-

ción su falta de consentimiento, sea verbal o a través de otro comportamiento que así lo evidencie (Rodríguez & Valega, 2023, p. 319). Asimismo, supone apartarse del criterio esbozado en la sentencia de la Corte IDH sobre el eje central que ha de tener el consentimiento en el delito de violación sexual e implica obviar la vinculatoriedad que reconoce el TC a los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú como la CADH, así como a la jurisprudencia de la Corte IDH (Expediente 04617-2012-PA/TC y 00007-2007-PI/TC). Pero, además, resulta contrario a una interpretación teórica que obliga a considerar los fines de protección penal conforme al bien jurídico protegido en el tipo penal (Silva Sánchez, 2006), como es la ‘libertad sexual’.

Una aproximación formal del principio de legalidad podría –como de hecho, ha ocurrido– llevar a operadores jurídicos a considerar que no sería constitutivo de un delito de violación sexual conforme al tipo penal del artículo 170 del Código Penal los casos de consentimiento condicional, en el que, sin darse los medios comisivos señalados o el entorno de coerción, se presentan circunstancias que vician el consentimiento en el acceso carnal, lo que bastaría para configurar el delito. Un ejemplo es el llamado ‘stealthing’, en el que una persona retira unilateral y sigilosamente el preservativo en una relación sexual, a pesar de que esta ha sido consentida bajo dicha condición. Otros son los casos en donde las relaciones sexuales se consienten con el requisito de que no exista eyaculación, lo que termina ocurriendo; o los casos en donde el acceso carnal se consiente sobre la base de información brindada –como el ser infértil– que no es veraz; entiéndase en todos los casos, dolosamente.

En todos estos ejemplos, el consentimiento se otorga bajo condiciones que luego incumple una de las partes sin avisar a la otra. No cumple el consentimiento con las garantías que recoge la Corte IDH de haberse ofrecido “de manera expresa, libre y de manera previa al acto”, y de ser reversible (2022, párrafo 149). En todos estos casos existe,

<sup>23</sup> Artículo 308.-

Quien, empleando violencia física o intimidación, tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo; penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, incurrirá en privación de libertad de cinco (5) a quince (15) años. El que, bajo las mismas circunstancias del párrafo anterior, aunque no mediara violencia física o intimidación, aprovechando de la enfermedad mental, grave perturbación de la conciencia o grave insuficiencia de la inteligencia de la víctima, o que estuviere incapacitada por cualquier otra causa para resistir, incurrirá en privación de libertad de quince (15) a veinte (20) años. (Código Penal boliviano, 1972)

<sup>24</sup> Artículo 170.-

El que, con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años. (1991)

por tanto, una falta de consentimiento válido, pero esta falta no deriva del entorno que el agresor 'aprovecha', sino de la alteración del acuerdo entre las partes, esto es, por la propia conducta del agente.

La concepción formal del principio de legalidad que concibe que la prohibición de analogía en materia penal es una sumisión acrítica a la literalidad de la ley ha llevado, por ejemplo, a la fiscalía a considerar que estos casos no estarían comprendidos por el delito de violación sexual. Así, por ejemplo, señala una disposición fiscal de archivo definitivo lo siguiente:

[...] dado que en el derecho penal no se admite la analogía para sancionar conductas y considerando que el tipo penal de violación sanciona a aquel que introduce su propio pene u objetos o partes del cuerpo por alguna de las vías vaginal o anal sin el consentimiento de la víctima [...] sin que se exijan ulteriores resultados como eyaculación, rotura de himen, lesiones o embarazo, no cabría realizar una interpretación amplia para sancionar a aquel que introduce su pene con el consentimiento de la víctima, pero eyacula sin el consentimiento, lo que resultaría a todas luces atípico [...]. (2023, fundamentos del 7-11)<sup>25</sup>

Del razonamiento expuesto, se extrae que la 'no eyaculación', antes que como una condición para consentir el acceso carnal, se interpreta equívocamente como un resultado ulterior –y no inherente– al hecho. Pero, además, bajo el amparo del principio de legalidad, se desliza la idea de que, considerar la 'no eyaculación' como constitutivo de la falta de consentimiento del acto sexual, por ende, de la violación, implicaría suceder en una analogía de la ley penal. Sin embargo, como se destacó líneas arriba, esta prohibición no significa restringirse a la literalidad de la ley, sino que el freno hacia la arbitrariedad radica en limitarse únicamente a abarcar supuestos de hecho que tienen que ver con la razón de ser de la norma penal, aún si ello implica desprenderse del tenor literal del precepto (Montoya, 2020, p.130).

En el caso en cuestión, considerar el principio de legalidad no solo desde su perspectiva formal, sino material permite afirmar que es perfectamente compatible incorporar dentro del ámbito

de protección penal del delito de violación sexual (artículo 170) todo acto de acceso carnal realizado sin consentimiento, incluido aquellos supuestos en donde preexiste un entorno de libertad, como ocurre con los casos de consentimiento condicional antes mencionados. Y es que, como precisa la jurisprudencia de la Corte IDH, basta cualquier medio probatorio idóneo para probar que la víctima no consintió el acto sexual (párrafo 145).

Otro ejemplo con el que se puede evidenciar este razonamiento es el delito de prevaricato regulado en el artículo 418 del Código Penal peruano<sup>26</sup>. El principio de legalidad, desde una concepción tradicional, llevaría a descartar la posibilidad de que, dentro del universo de autores, estén comprendidos, además de los jueces o fiscales, los árbitros, no solo porque no están escritos textualmente en el precepto penal, sino porque podría pensarse que es contrario a la prohibición de analogía de la ley penal. Sin embargo, como señala Meini:

[...] si los árbitros están legitimados por el Estado para resolver controversias jurídicas y sus decisiones tienen valor de una sentencia judicial, es decir, si administran justicia, que el texto legal no los mencione expresamente no parece ser argumento suficiente para impedir que sean considerados sujetos activos. (2018, p. 171)

Interpretar que los árbitros pueden suceder en prevaricato es conforme a la 'razón de ser' del delito que busca, en suma, proteger la administración de justicia mediante el reproche y castigo de las conductas que se describen. Hay que entender que la literalidad no ha de ser un muro, sino un punto de partida, y que la subgarantía de *lex stricta* del principio de legalidad constituye un freno a la arbitrariedad del derecho penal de castigar conductas, no que estén fuera del texto expreso de la ley penal, sino que sean contrarias al sentido de la norma penal. Ello sucedería, por ejemplo, si se incluyera como sujeto activo a funcionarios que, si bien dirigen controversias, como podría ser un empleador, emiten decisiones que no tienen calidad de sentencia (Meini, 2018, p. 171).

La legalidad penal propuesta en este texto no solo ha de buscar oponerse a la arbitrariedad del poder punitivo o al mero decisionismo de la voluntad del magistrado, a través de límites formales en el di-

<sup>25</sup> Véase la Disposición 4 emitida por la 6ta Fiscalía Provincial Transitoria Corporativa Especializada en Violencia contra la Mujer y los Integrantes del Grupo Familiar de Lima - Cuarto Despacho del 27 de febrero de 2023.

<sup>26</sup> Artículo 418.-

El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años (1991).

seño y aplicación de la ley penal, sino de criterios axiológicos que legitimen esa intervención sobre la base de principios y del orden constitucional e internacional que ha de moldear el contenido sustantivo de estas leyes, incluyendo lo que recoge la Corte IDH y las decisiones vinculantes de la Corte Suprema. Esta nueva concepción, por un lado, supone cuestionar la vigencia de las dimensiones tradicionales tributarias de una visión obsoleta de la legalidad ilustrada y, por el otro, armonizar la legalidad penal con la legitimidad del poder punitivo. Por motivos de fuerza y exigencias históricas, como indica Yacobucci, el principio de legalidad “debe abandonar su constitución formalizada y lograr la obtención de criterios materiales antes ligados a la noción de legitimidad” (2014, p. 292).

## VI. CONCLUSIONES

En los contextos sociales, económicos, políticos y jurídicos actuales, el principio de legalidad penal ya no puede ser visto solo como una garantía formal contra el abuso del poder punitivo en un Estado social y ‘constitucional’ de Derecho. Hoy se necesita una nueva legalidad que aspire a brindar predictibilidad no solo por cómo están escritas las leyes penales, sino por su contenido: su compatibilidad con valores y principios al servicio de la dignidad humana.

La versión tradicional de la legalidad penal no puede mantenerse porque la realidad en la que se inscribe es otra. La aplicación rígida, inflexible y mecánica de la ley por parte de los jueces solo tenía sentido en una estructura política de división absoluta de poderes. El pensamiento ilustrado teorizó el principio de legalidad en términos impracticables. Pero si algo ha de rescatarse de aquel es el razonamiento que imperaba detrás: la obediencia a la ley no era un fin en sí mismo, sino un medio para materializar la razón y los derechos inherentes del ser humano.

Con la influencia del positivismo jurídico, el principio de legalidad penal perdió su fundamento *iusnatural*. La legitimidad de la ley se basaba en su validez formal, sin importar si su contenido era justo o injusto, siempre y cuando hubiera sido aprobada por el Parlamento. Además, el enfoque científico y naturalista de comienzos del siglo XIX contribuyó a una dogmática penal cerrada, deductiva, avalorada, donde la ley penal era vista como el instrumento para otorgar certeza, predictibilidad y seguridad, asegurando así la coherencia del sistema jurídico.

Hoy en día, la dogmática penal es abierta, creativa, teleológica y funcional (Yacobucci, 2005). La literalidad de la ley penal es solo el punto de partida para interpretar las leyes. La división de poderes ya no es absoluta, y nuestro modelo de Estado Constitucional promueve la colaboración y coordinación entre ellos. La expansión del derecho penal en ámbitos de alta complejidad y su integración al orden constitucional e internacional de protección de derechos humanos ha generado, sin embargo, tensiones en las dimensiones tradicionales del principio de legalidad penal. En este contexto, se hace necesario incorporar valores, principios y normas constitucionales para evitar la arbitrariedad, no solo desde una perspectiva formal, sino también material. Esta visión rescata del pensamiento ilustrado la fundamentación en el derecho natural, antes que la aplicación mecánica de la ley penal y la vetada posibilidad de interpretarla.

Esta nueva aproximación a la legalidad penal implica que este principio no se satisface solo con que un acto esté prohibido expresamente en una ley penal emitida por el Parlamento. Aunque las leyes estén claramente redactadas, si la intervención penal contraviene valores, principios y normas constitucionales e internacionales, no se puede hablar de legalidad penal. La ley penal debe ser el reflejo formal de una conducta socialmente dañina que, para legitimar la intervención penal, debe amenazar o lesionar libertades o derechos fundamentales. Para que un acto sea legítimamente sancionado, primero ha de estar legítimamente prohibido.

Este razonamiento lleva a cuestionar el uso del principio de legalidad que solo considera su dimensión formal y que lo hace para excluir de la protección penal conductas gravemente lesivas de derechos humanos, como los crímenes internacionales y como en el ejemplo analizado, ciertas expresiones del delito de violación sexual. Una comprensión obsoleta del principio de legalidad contribuye a lagunas de impunidad en situaciones que deberían ser reprimidas por el poder punitivo. Además, la legalidad únicamente formal promueve aproximaciones acríticas a la ley penal cuando esta se usa para represiones ilegítimas basadas solo en su poder coactivo y no en su justificación material. Piénsese en delitos como el homicidio piadoso (artículo 112 del Código Penal)<sup>27</sup>, donde la persona que decide sobre el bien jurídico ‘vida’ es la misma titular de dicho bien, que ejerce su derecho fundamental a morir con dignidad debido a las condiciones extremas de afectación irreversible a su integridad y dignidad (Miró Quesada, 2020); o

<sup>27</sup> Artículo 112.- El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años (1991).

en el aborto consentido o por violación (artículo 114<sup>28</sup> y 120 del Código Penal), en el que la criminalización resulta contraria a estándares del derecho internacional debido a lo que significa esta represión para la grave afectación de una serie de derechos humanos de titularidad de mujeres y personas gestantes (Miró Quesada, 2023).

Concebir el principio de legalidad desde una perspectiva material debe permitir contener la arbitrariedad del poder punitivo no solo por la forma en que interviene, sino también por las razones para hacerlo. Esta legalidad busca racionalizar el diseño y aplicación de la ley penal. En esa ecuación, la interpretación teleológica es una herramienta que operadores jurídicos deben usar para delimitar la intervención penal en función de bienes jurídicos que se funden en valores y principios orientados hacia la protección de los derechos humanos. Esta propuesta responde a la necesidad de contar con un sistema penal que no solo logre coherencia sistémica, sino axiológica conforme a los valores y principios constitucionales e internacionales. Como señala Yacobucci, “seguridad, certeza y garantía como objetivos indeclinables de la legalidad, deben integrarse ahora a los objetivos de justicia, equidad y verdad propios de la convivencia comunitaria” (2005, p. 653).

El principio de legalidad penal debe aspirar a ser más que un ropaje formal. Su acepción material, en ese orden, exige verificar la legitimidad de la persecución penal. Antes que coaccionar al ciudadano, la legalidad penal debe buscar restablecer comunicativamente la vigencia de un ordenamiento jurídico integrado por valores y principios constitucionales. 

## REFERENCIAS

Atienza Rodríguez, M. & Manuero Ruiz, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía [online]*, N.27, 07-28.

Bacigalupo Zapater, E. (1995). La “rigurosa aplicación de la Ley”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 48 (3), 849-864.

Beccaria, C. (2011). *Del delito y de las penas*. Trotta.

Beck, U. (1988). *Hacia una sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*. Paidós.

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos. Sistema*.

Davies, P. (2014). *La Revolución francesa: Una breve introducción*. Alianza editorial.

Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.

Gallant, K. S. (2009). *The principle of legality in international and comparative criminal law*. Cambridge University Press.

Hart, H. L. A. (2017). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot.

Landa Arroyo, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP*, (71), 13-36. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.001>

Lascuraín Sánchez, J. A. (2015). *Introducción al derecho penal*. Thomson-Civitas.

Mayer, M. E. (2000). *Normas jurídicas y normas de cultura*. Hammurabi.

Meini Méndez, I. (2013). La pena: Función y presupuestos. *Derecho PUCP*, (71), 141-167.

(2018). Sobre la interpretación en Derecho penal. En P. De la Cuesta (Coord.), *Liber amicorum: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Doctor Juan María Terría Basoco* (pp. 159-172). Tirant lo Blanch.

Mir Puig, S. (1994). *El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Editorial Ariel S.A.

(2005). Límites del Normativismo en Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (7), 18:1-18:24.

(2011). *Derecho penal: Parte general* (9na ed.). Reppertor.

Miró Quesada Gayoso, J. (2020). La muerte digna bajo la jurisprudencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (78), 503-519. <https://doi.org/10.18800/themis.202002.026>

(2023). La criminalización del derecho a decidir sobre la vida y el cuerpo: Muerte digna y aborto. En A. Álvarez (Coord.), *Ensayos de Género y Derecho* (pp. 189-212). Editorial THĒMIS.

<sup>28</sup> Artículo 114.- La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas (1991).

Moccia, S. (2001). La 'promessa non mantenuta': *Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*. Edizioni scientifiche italiane.

Montoya Vivanco, Y. (2010). Aspectos problemáticos de la judicialización de los casos de violaciones a los derechos humanos: A propósito del derogado Decreto Legislativo 1097. *Derecho & Sociedad*, (35), 357-364.

(2020). *Derecho penal de principios. Los principios penales fundamentales*. Palestra.

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho penal: Parte general* (8va ed). Tirant Lo Blanch.

Naucke, W. (2000). La progresiva pérdida del contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y positivizado. En Sanchez Ortiz (Trad.), *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. COMARES.

Olásolo Alonso, H. (2013). El Principio Nullum Crimen Sine Iure en Derecho Internacional Contemporáneo. *Anuario iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, (1), 18-42.

Piqué, M. L. (2013). Principio de legalidad y de retroactividad. En E. Alonso, *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, pp. 167-184. Universidad de Buenos Aires.

Prado Saldarriaga, V. (2021). Una Lectura Contemporánea de los Principios de Legalidad y Mínima Intervención. En Meini, I. & Y. Montoya (Coords.), *Libro Homenaje en memoria del Profesor Doctor Felipe Villavicencio Terreros*, pp. 279-295. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Prieto Sanchís, L. (2007). *La filosofía penal de la Ilustración*. Palestra Editores.

Rodríguez Vásquez, J. & C. Valega Chipoco (2023). Violencia sexual y derecho penal: Sobre los problemas contemporáneos en la interpretación del tipo penal de violación sexual en el Código Penal del Perú. *Derecho PUCP*, (91), 301-347. <https://doi.org/10.1880>

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: Parte General*. Civitas S.A.

(2002). *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (2da ed.). Hammurabi S.R.L.

Schmidt, E. (1971). La Ley y los Jueces. Valores positivos y negativos del positivismo. En J. Rodríguez Paniagua (Trad.), *Derecho Injusto y Derecho Nulo*. Aguilar.

Silva Sánchez, J. M. (2006). Sobre la interpretación 'teleológica' en Derecho Penal. En Díaz y García, M. & J. García Amado (Coords.), *Estudios de filosofía del derecho penal* (365-395). Universidad Externado de Colombia.

Yacobucci, G. J. (2005). La transformación de la legalidad penal como desafío del nuevo siglo. En *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gunther Jakobs*. ARA Editores.

(2014). *El sentido de los principios penales*. B de F.

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA, NORMAS Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Acuerdo Plenario 01-2023/CIJ-112. (2023). *XII Pleito Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial*. Corte Suprema de Justicia de la República (Perú).

Angulo Losada c. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 475 (Nov. 18, 2022).

Baena Ricardo y otros c. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 72 (Feb. 2, 2001).

Cajahuana Vásquez c. Perú, Excepciones Preliminares y Fondo, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 509 (Nov. 27, 2023).

Constitución Política del Perú [Const.] (Congreso Constituyente [Perú], 1993)

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Nov. 22, 1969, O.A.S.T.S. No. 36.

Código Penal [CP], Decreto Legislativo 635, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de abril de 1991 (Perú).

De La Cruz Flores c. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 115. (Nov. 18, 2004).

Declaración Universal de los Derechos Humanos, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) (10 de diciembre de 1948).

Kimel c. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 177 (May 2, 2008).

Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo 017-93-JUS, 02 de junio de 1993 (Perú).

Lori Berenson Mejía c. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 119 (Nov. 25, 2004).

Mohamed c. Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 255 (Nov. 23, 2012).

Nuevo Código Procesal Constitucional [NCP-Const.], Ley 31307, 23 de julio de 2021 (Perú).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Dic. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171.

Rosadio Villavicencio c. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 388 (Oct. 14, 2019).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, 16 de agosto de 2016, Consulta 1618-2016 / Lima Norte (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 3 de enero de 2003, sentencia recaída en el Expediente 00010-2002-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 31 de setiembre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0004-2004-CC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de octubre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 2192-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 23 de noviembre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 02758-2004-HC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 31 de diciembre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0004-2004-CC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de noviembre de 2005, sentencia recaída en el Expediente 08646-2005-PHC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 26 de marzo de 2007, sentencia recaída en el Expediente 08886-2006-PHC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 19 de junio de 2007, sentencia recaída en el Expediente 00007-2007-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de agosto de 2010, sentencia recaída en el Expediente 00197-2010-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 12 de marzo de 2014, sentencia recaída en el Expediente 04617-2012-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de marzo de 2018, sentencia recaída en el Expediente 3644-2015-PHC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 14 de enero de 2020, sentencia recaída en el Expediente 0006-2019-CC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 8 de noviembre de 2022, sentencia recaída en el Expediente 00005-2020-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 27 febrero de 2024, sentencia recaída en el Expediente 03264-2022-PHC/TC (Perú).

Velásquez Rodríguez c. Honduras, Fondo, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4 (July 29, 1988).

Yvon Neptune c. Haití, Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 180 (May 6, 2008).