

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

José Luis Guzmán Dalbora

RESUMEN. El principio de legalidad penal comparece contadas veces en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo largo de fallos que tampoco abarcan el plexo de problemas encapsulado en él. Sin embargo, el análisis de las sentencias muestra las dificultades de la Corte en la comprensión de su significado político y valor científico. Así, si ella ciñe la reserva de ley (el derecho aplicable) a la legislación interna de cada Estado, no tiene inconvenientes, empero, para admitir la validez jurídica de decretos leyes en sentido impropio. También la apreciación de la taxatividad en algunos tipos delictivos, especialmente el terrorismo, es oscilante en sus sentencias. Otro tanto cabe decir de la irretroactividad de la ley más gravosa, un límite que la Corte admite en general, pero perfora con dudosas excepciones cuando se trata de crímenes internacionales o de significación política.

ABSTRACT. The principle of criminal legality appears rarely in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, in decisions that do not cover the network of issues it contains. However, an analysis of the judgments shows that the Court has difficulty in understanding its political significance and scientific value. Thus, although the Court restricts the principle of the requirement of law ("the applicable law") to the domestic legislation of each State, it has, however, not hesitated to admit the legal validity of Decree-Laws in an improper sense. Also, the Court's rulings have fluctuated in their assessment of the need for crimes to be strictly construed, particularly in the case of terrorism. Much the same can be said of the non-retroactivity of harsher criminal laws. This is a restriction which the Court admits in general but undermines with doubtful exceptions in the case of crimes against international law or with political significance.

1. Problemas, contenido y alcance del tema

Tratar del principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos plantea un doble orden de problemas.

Por un lado, la controversia existente en la doctrina penalista sobre el fundamento, la naturaleza, el carácter, el contenido y el alcance del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Estas cuestiones, que hacen al principio en general, no pueden ser abordadas aquí sino en la estricta medida en que resultan indispensables para sistematizar los fallos que nos interesan. No hemos de adentrarnos, pues, en si nuestro apotegma hinca sus raíces en una exquisita cuestión de seguridad jurídica o bien en la separación de los poderes del Estado;¹ si posee una naturaleza solo política, ligada a la entraña misma del liberalismo como doctrina y su consecuencia, el Estado de derecho, o política y jurídica a la vez; si tiene carácter constitutivo o, a la inversa, solo limitador del poder penal del Estado,² ni en el número e índole de las exigencias que suelen desprenderse de él, como la indispensable taxatividad o determinación de las leyes que establecen delitos y penas, su irretroactividad, las peculiaridades concretas de la extractividad de la ley más benigna, la relación entre legalidad y tipos de derecho penal, etcétera.³ Y de tener que tocar tales asuntos, ello habrá de ocurrir por inciso y únicamente cuando la exposición de las materias respectivas lo requiera.

Por otra parte, el estatuto y la actividad de la Corte Interamericana complican y, a la vez, limitan el estudio de las interpretaciones que ella ha alumbrado sobre el contenido del principio. En efecto, este, como diremos pronto, se presenta con una formulación defectuosa y alicorta en el artículo 9.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o sea, la disposición encargada de vertebrar las sentencias de la Corte sobre el tema. Es un mérito de su jurisprudencia haber sacado más partido que el que esas prietas

¹ Por el primer criterio se pronuncia la inmensa mayoría de los autores. Véanse, por todos, el clásico estudio de Flavio López de Oñate: *La certeza del diritto* (nueva edición revisada al cuidado de Guido Astuti), Milán: Giuffrè, 1968, pp. 50-51, y, últimamente, Cadoppi: *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sobre la dimensione in action della legalità*, Turín: Giappichelli, 2007, p. XIII, donde escribe que si la legalidad implica certeza, esta mira a garantizar la igualdad de las personas. Sustenta el segundo criterio, solo que ciñéndolo al imperativo de determinación de las leyes penales, un derivado de la legalidad, García-Pablos de Molina: *Introducción al derecho penal*, Madrid: Ramón Areces, 3.º ed., 2005, p. 530.

² En el primer sentido, Rivacoba y Rivacoba: "Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal", en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madrid, 2.ª época, n.º 4, julio de 1999, pp. 735-741; en el segundo, entre muchos autores de la actualidad, Eugenio Zaffaroni (en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar): *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2002, cf. pp. 110-111.

³ Sobre estos pormenores puede verse el espléndido estudio de Giuliano Vassalli: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, extracto del *Digesto*, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, vol. VIII (penale), 4.ª ed., 1994, pp. 6-11.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

líneas prometían, especialmente a propósito de la tipicidad o legalidad estricta. Pero, a la vez, hemos de reprocharle que malinterprete las contadas exigencias que el precepto consigna *expressis verbis*, como la cuestión de la irretroactividad, así como que omita aventurarse en facetas asaz oscuras de aquel, como el alcance del principio de reserva legal —que la fuente internacional, a decir verdad, malogra ya desde su arranque—. Ahora bien, si, a propósito de sus aspectos censurables, alguien echara de menos una formación especializada en derecho penal entre los jueces que integran el tribunal,⁴ a nosotros nos apremia subrayar dos elementos que acotan considerablemente nuestro campo de estudio, a saber, el escaso número de sentencias en que la Corte ha aplicado el artículo en palabra y, pasando al fondo, el también circunscrito espectro de asuntos, encapsulados en la legalidad penal, de que versan sus pronunciamientos.

El orden en que los exponemos se enmarca en una concepción determinada del significado del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Poco se discute que la máxima posee una importancia política y científica, ni que ambas se proyectan en diversas parcelas de la introducción al derecho penal y la fracción de la disciplina donde se examinan los principios y reglas aplicables a todos los delitos y penas; en otras palabras, su parte general. Esta pareja de significados está henchida de rica sustancia. Por lo pronto, su trasfondo *político*,⁵ que enlaza el principio a la supremacía de la ley —y, con ella, a la soberanía popular—, la lucha contra el poder de jueces y administradores y el imperio de la certeza jurídica, se traduce en dos funciones recíprocamente condicionadas, *limitadora* la una y *garantizadora* la otra.⁶ Por la primera, el sistema de fuentes queda acotado, en este sector del ordenamiento jurídico, nada más que a la ley escrita, la única que ostenta la virtualidad inmediata de crear delitos y penas. Mas el principio de *reserva legal* es apenas el punto de partida de un plexo de problemas que hacen al alcance de la voz *ley*, a su validez temporal (*lex praevia*), a la forma en que ha de ser interpretada, a la prohibición de integrarla merced a la analogía (*lex stricta*) y de colmar sus vacíos a través de la costumbre (*lex scripta*). A su turno, la función garantizadora, que mira a salvaguardar la libertad

⁴ Como se sabe, el Estatuto indica que sus siete magistrados han de tener “reconocida competencia en materia de derechos humanos” (artículo 52); por tanto, no necesariamente un dominio de disciplinas concretas del árbol jurídico, en todas las cuales, por cierto, pero sobre todo el derecho penal, se proyectan los derechos fundamentales de la persona.

⁵ Muy bien resumido en la exposición de Rodríguez Mourullo: “Legalidad (Principio de) (Derecho penal)”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, t. XIV, 1971, cf. p. (882-893) 886.

⁶ Cf. Jiménez de Asúa: *Tratado de derecho penal* (publicados 7 vols.), Buenos Aires: Losada, 2.ª ed., t. II, 1950, pp. 379-380, con cita de Stampa Braun.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

individual,⁷ se despliega en un abanico de cuatro puntas: garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), garantía penal (*nulla poena sine lege*), garantía jurisdiccional (*nemo damnatur nisi per legale iudicium*) y garantía de ejecución.⁸ Obsérvese que esta función va unida a la primera, porque también en ella se quiere expresar límites irremontables a un poder que, precisamente en virtud de tales barreras, merece el nombre de *ius puniendi*, y ambas, al liberalismo en cuanto doctrina política, al cual repugna que la comunidad se estructure en una organización autoritaria o totalitaria y que, por cierto, es incompatible con los vástagos penales de un Estado así concebido. De lo que se sigue que la legalidad, no menos que sus negaciones, guarda una estrecha simetría con el tipo de derecho penal imperante en una sociedad según sus condicionamientos o coyunturas políticas. Es más, la envergadura política del principio se proyecta por igual en el significado *científico* de él, que demanda el concepto de tipo y, en general, claridad, completitud y precisión así en la descripción del supuesto de hecho de los delitos como en la configuración y los límites de sus penas (principio de taxatividad o *lex certa*), a lo que cabe añadir que, bien mirada, la determinación es el lógico corolario de la legalidad en la estructura de las leyes penales, por cuyo motivo también aquí asoma un cabo que se reconduce dócilmente a la función limitadora de aquella y, con ello, a su eje de seguridad.⁹

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no permite recorrer el amplio espectro de cuestiones que hemos enunciado, como tampoco sus ulteriores desenvolvimientos, que por lo mismo hacemos gracia al lector de relatar. De nuestra espiga de fallos, realizada sobre un universo tampoco muy abundoso, vienen en causa solamente estos pliegues del principio: a) la reserva de ley en la creación de delitos y penas; b) la taxatividad o determinación de algunos tipos delictivos, todos los cuales giran en torno a la noción de terrorismo, y de la categoría criminológica de la peligrosidad, tumor aún enquistado en las legislaciones iberoamericanas, y, por último, c) la irretroactividad de la ley más gravosa, un límite que la Corte, por desgracia, perfora con dudosas excepciones.

⁷ Libertad que se expresa en la acción, y para esto, como explica López de Oñate (o. cit., p. 48), "es necesario que cada uno sepa, una vez concebida la acción, no cuál será su resultado histórico, lo que equivaldría a conocer lo absoluto, sino cómo la acción será calificada y cómo la acción se insertará en la vida histórica de la sociedad". Nótese que el autor dice *acción*, no ya la forma de ser, vivir o conducirse el justiciable.

⁸ Cf. Rodríguez Mourullo: o. cit., p. 888, y Sáinz Cantero: *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (publicados 3 vols.), Barcelona: Bosch, 2.ª ed., t. II, 1985, pp. 82-83.

⁹ Parecidamente, Vassalli: o. cit., cf. p. 46. Por eso las constituciones políticas acostumbran a regular el principio de legalidad dentro de las garantías constitucionales, y en ocasiones le aparejaron la salvaguarda de la taxatividad. Cuando los textos omiten mencionar la última, la doctrina suele desprenderla interpretativamente del primero, como en Italia y Alemania, porque, en palabras de Baumann, "de no ser así, ese principio restaría falto de sentido". Baumann, Weber y Mitsch: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Bielefeld: Giesecking, 10.ª ed., 1995, p. 125.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Tales acápites marcan el contenido de la presente exposición. Con todo, la potencia expresiva que ellos encapsulan en los planos científico y político permitirá conferir a estas cuartillas, según suponemos, un alcance más ambicioso.

2 • La reserva de ley

A contrapelo del estatuto de la Corte Penal Internacional, que consagra derecha y decididamente la reserva de ley para los crímenes de su incumbencia y las penalidades respectivas,¹⁰ el de la Corte Interamericana de derechos humanos no estampa una regla semejante. Según el artículo 9.º de la Convención de 1969, “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivas según *el Derecho aplicable*”. La locución subrayada late, implícita, en el período sucesivo, sobre las penas, que reza: “tampoco se puede imponer pena más grave que *la aplicable* en el momento de la comisión del delito”. Cuál sea el derecho aplicable, si el nacional, sujeto en los países iberoamericanos a la garantía de *lex scripta* para los asuntos penales, o el internacional, donde la amplitud de las fuentes de producción y conocimiento jurídico abre la posibilidad de que costumbre, jurisprudencia o principios generales del derecho intervengan en la gestación de normas punitivas,¹¹ eso no lo dice el precepto. Por modo que de este cabe predicar lo mismo que se ha escrito de los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 7.º de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con arreglo a cuyo tenor nadie puede ser condenado por actos que al momento de su ocurrencia no constituirían una infracción *según el derecho nacional o internacional*. O sea, que se trata de una regla que no

¹⁰ Artículos 22 y 23, donde por ley escrita hay que entender el propio Estatuto de Roma, por tanto, una norma perteneciente al derecho internacional convencional.

¹¹ Esta constatación era absolutamente válida en la época en que se aprobó la Convención. En verdad, hasta el Estatuto de Roma no tenía plena vigencia el principio de legalidad para los crímenes internacionales, algunos de los cuales tuvieron origen consuetudinario, como los de guerra, como registra Vassalli (o. cit., cf. p. 18). De que el problema no desapareció del todo tras el año 1998 es prueba el hecho de que, en el sentir de la jurisprudencia internacional penal y un sector importante de la doctrina especializada, una acción podría ser punible con arreglo a los principios no escritos del derecho consuetudinario. Cf. Ambos: *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 85).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

coincide con el principio de legalidad, al menos en la medida en que el derecho aplicable fuera el de gentes.¹²

Afortunadamente, en sus fallos la Corte Interamericana maneja la dudosa expresión en el sentido de derecho interno y, en consecuencia, basa sus decisiones en la ley de los estados demandados de haber infringido esta básica garantía de los justiciables. Como *derecho aplicable*, pues, se yergue la legislación de cada país, no la internacional y tanto menos la costumbre. Esclarecedora en este sentido parece la sentencia del 25 de noviembre de 2005, que resuelve la excepción preliminar, el fondo y las costas del caso *García Asto y Ramírez Rojas contra el Perú*.¹³ Allí se lee que “corresponde al juez penal [del Estado], al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento [sic] de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico”, premisa de la conclusión —cuya propiedad nos ocupará en su hora— de no existir en las disposiciones invocadas del país, todas ellas relativas a delitos de terrorismo, una violación “de lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención Americana” (fundamentos 190 y 195, respectivamente). Cada uno de los fallos que consultamos razona en idénticos o semejantes términos. De hecho, aquellos en que se da acogida a reglas del derecho internacional penal atañen no a cuestiones de legalidad, sino a otras materias, señaladamente las causas de extinción de la responsabilidad criminal.¹⁴

Hay un problema, sin embargo, en el alcance que asigna el tribunal al término *ley*, encajado en el corazón del principio de reserva. Esta cuestión, que forma un capítulo clásico en la teoría de la ley punitiva,¹⁵ depende de las peculiaridades de cada derecho interno, aunque aun en los países que las admiten es dable constatar un generalizado rechazo a que el Poder Ejecutivo pueda alumbrar derecho penal a través de leyes delegadas y decretos leyes propiamente dichos.¹⁶ Siendo así, tanto más enérgica habrá de ser la

¹² Cf. Cerezo Mir: *Curso de derecho penal español. Parte general* (publicados 4 vols.), Madrid: Tecnos, t. I (“Introducción”), 5.ª ed., 1996, p. 166.

¹³ Citamos esta y las demás sentencias de la Corte según la plataforma electrónica oficial del organismo, disponible en <<http://www.corteidh.or.cr>>.

¹⁴ Prescripción, amnistía e indulto en los crímenes internacionales. Paradigmática, la sentencia del 26 de diciembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, con profusa cita de fuentes supraestatales en sus fundamentos 96 a 122. El motivo 151, empero, embiste de lleno la legalidad penal. En efecto, calificado el crimen que segó la vida de Almonacid como uno contra la humanidad, se ordena allí, en franca contradicción con el derecho interno, que “el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad penal, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”.

¹⁵ Véase, inter alia, Rodríguez Mourullo: *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Cívitas, 1977, pp. 63-67.

¹⁶ Cf., por todos, Alessandro Gamberini, en *Introduzione al sistema penale*, obra colectiva coordinada por Insolera, Mazzacupa, Pavarini y Zanotti, 2 vols., Turín: Giappichelli, t. I, 3ª ed., 2006, pp. 133-135.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

repulsa que merecen los decretos leyes en sentido impropio, es decir, normas que, sobre materias propias de una ley, dicta el Poder Ejecutivo, o quien se lo arroga, usurpando las competencias constitucionales del Legislativo.¹⁷ En ellos, muy comunes durante la convulsionada historia política de los países hispanoamericanos en el siglo XX, pródigos en reglas penales —por demás muy severas, especialmente contra los disidentes del gobierno—, el vicio no es tanto de constitucionalidad, nota de la que están desprovistos sin remedio, porque la pregunta que hay que plantearse es si constituyen Derecho *tout court*. Nosotros pensamos que no, y que, por ende, ninguno de tales decretos debiera recibir aplicación por los tribunales, a los que se comete la tarea del *ius dicere*, no la de declarar como derecho actos puramente tiránicos de la voluntad del régimen de turno. Mas no ha sido este el criterio imperante en la generalidad de los estados que hubieron de sufrirlos, donde ni siquiera se ha debatido su insanable nulidad incluso después del retorno a la normalidad constitucional.

Entre otros ejemplos, hay que mencionar aquí el caso del Perú, cuyos tribunales los han aplicado sin parar mientes en cuestiones de validez, ni siquiera en si eran o no respetuosos de los derechos fundamentales.¹⁸ Tampoco la Corte Interamericana se aboca al real mérito de esa dupla de decretos leyes engendrados en el país tras la ruptura constitucional de abril de 2002, el número 25475, del 6 de mayo de 1992, sobre terrorismo, y el número 25659, del 13 de agosto de 1992, que “regula el delito de traición a la patria” —en verdad, una modalidad agravada de los de suyo espantables tipos y penas del terrorismo—. En el apartado siguiente diremos más de su draconiano contenido, que se empleó contra un considerable número de personas acusadas de pertenecer a las organizaciones subversivas Sendero Luminoso y Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, y de cómo la Corte los estimó parcialmente incompatibles con la exigencia de determinación de las leyes penales. De momento, interesa destacar que su jurisprudencia los reconoce validez como parte del *derecho aplicable* en el Perú.

Los pronunciamientos no pueden ser más uniformes e inequívocos. La sentencia de fondo en el caso *Cantoral Benavides*, del 18 de agosto de 2000, considera “claro que las normas sobre los delitos de terrorismo y traición a la patria” estaban “vigentes en el Estado a la época de los hechos de esta causa” (fundamento 157, último párrafo). Y si en otro fallo, del 30 de mayo de 1999, en el fondo, las reparaciones y costas del caso *Castillo Petruzzi y otros*, se declara, con sobrada razón, que las disposiciones de

¹⁷ Una adecuada caracterización conceptual de entrambas clases de decretos leyes, en Rivacoba y Rivacoba: *División y fuentes del derecho positivo*, Valparaíso: Edeval, 1968, pp. 124-125.

¹⁸ Hurtado Pozo: *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Grijley, 3.ª ed., 2005, cf. pp. 154-156.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

dichos decretos, cuyas reglas procesales “violan diversas disposiciones de la Convención Americana”, “aplicadas a las víctimas en el presente caso, infringen el artículo 2 [...], por cuanto el Estado no ha tomado las medidas adecuadas de Derecho interno”, en particular, “la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención” (fundamentos 206 y 207), nada de todo ello implica un cuestionamiento de la entidad jurídica de la fuente de las violaciones. Muy por el contrario, para la Corte “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad” (fundamento 204). De suerte que la idea, que también se expresa allí, de que “no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos” deja intacta la cuestión de principio sobre la obligatoriedad jurídica de los decretos leyes.

En otras palabras, basta que el Estado, por las circunstancias que fueren y diga lo que quiera su Constitución, les reconozca alguna validez, para que la Corte se pliegue a semejante conclusión como un dato normativo relevante en las causas, dando por descontado que ese es el *derecho aplicable* para las materias penales de su jurisdicción. Así lo hizo la sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 3 de enero de 2003, que declaró contrarios a la Constitución varios artículos del decreto ley 25659 y dos del decreto ley 25475 —por tanto, sin expelerlos por entero del ordenamiento jurídico del que nunca formaron parte—, y otro tanto se aprecia en el parecer de la Corte.¹⁹ A mayor abundamiento, en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, el decreto ley número 2191, de 18 de abril de 1978, con que la satrapía castrense de la época concedió una ominosa amnistía para librar de pena a los gravísimos crímenes cometidos por sus servidores en la persona de opositores políticos, no es objetado en términos de autoridad jurídica, sino a la luz de su contenido, incompatible con la Convención de 1969.²⁰

Si insatisfactoria parece esta constatación al contrastarla con un documento internacional cuyo preciso propósito es proteger los derechos fundamentales de los individuos ante la arbitrariedad estatal —dado que el reconocimiento como derecho de los actos de mera fuerza emanados de una voluntad unilateral hiere, sí, la legalidad penal,

¹⁹ La sentencia del Tribunal Constitucional de Lima es citada en todos los fallos donde se objetó la compatibilidad de tales decretos leyes con la Convención Americana; verbigracia, el caso *Lori Berenson Mejía contra Perú*, cuya sentencia de fondo, reparaciones y costas está fechada el 25 de noviembre de 2004 (fundamento 88, apartado 7).

²⁰ “Esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el decreto ley número 2.191, atiende a su ratio legis: amnistiar los graves hechos delictivos contra el Derecho internacional cometidos por el régimen militar” (fundamento 120).

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

pero antes que eso descalabra la estructura y corroe la majestad del ordenamiento jurídico en su conjunto como medio de tutela de los justiciables—, no puede, en cambio, acusarse a la Corte de incurrir en un disparate cuando examina la garantía jurisdiccional, que en rigor pertenece al principio de legalidad de delitos y penas, en el marco de las prerrogativas judiciales contempladas por el artículo 8 de la Convención, ya que es el mismo texto de esta el que la disocia de aquel. Asaz interesante resulta en este aspecto, nuevamente, la sentencia del caso *Castillo Petruzzi y otros*. Como el decreto ley de agosto de 1992 quitó a los tribunales ordinarios de justicia la competencia para conocer de los casos de civiles acusados de cometer el delito de traición a la patria, prorrogándola a la judicatura militar sin las mínimas garantías del debido proceso —entre otras, el derecho de todo imputado a conocer la identidad de las personas que lo juzgan—, el Estado afectó el derecho al juez natural y, por tanto, violó el mencionado artículo de la Convención (fundamentos 128 a 134).

3 • La taxatividad (o determinación) de las leyes punitivas

Como se sabe, la exigencia de taxatividad en los tipos delictivos y sus puniciones deriva del propio principio de legalidad, que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado. Tal requerimiento, que “constituye un hilo conductor para la técnica legislativa”,²¹ queda conmovido cuando las descripciones legales incluyen términos de contenido vago, cláusulas generales o elementos normativos de contornos vaporosos, como también si los márgenes penales resultan muy dilatados entre sí, porque en ambos casos la autoridad legiferante abdica de su deber de dar concreción o materialidad al *nullum crimen, nulla poena sine lege* y confiere poderes excesivos al juez.

Pues bien, la predilección por los tipos abiertos y las penas indeterminadas —aunque siempre elevadísimas en su tramo máximo—,²² aunque no privativa de los regímenes autoritarios, es característica y diríamos que consustancial a ellos. Su respeto por la legalidad, interesado y quebradizo, se rompe en los delitos contra el Estado y los gobernantes, ora con esa denominación u otras que se escojan, como la de terrorismo, a

²¹ Maurach, Gössel y Zipf: *Tratado de derecho penal. Parte general* (traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), 2 vols., Buenos Aires: Astrea, t. I, 1994, p. 158.

²² O bien absolutamente determinadas o fijas, como el presidio perpetuo o la capital.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

los que se concibe con gran latitud y severidad, y para los cuales se establecen amenazas punitivas de desmedida extensión, con enorme distancia entre sus límites mínimo y máximo. Todo esto suele vaciarse en leyes especiales, que cometen el conocimiento de tales infracciones a judicaturas *ad hoc* y dentro de procedimientos de urgencia, en que la policía reina sin contrapeso durante la investigación, se quita a inculpados y acusados las garantías de la defensa, de ejercer recursos contra las resoluciones que los perjudican y de rebatir efectivamente las pruebas de cargo, y se los priva de los beneficios procesales y penitenciarios reconocidos a los demás ciudadanos.²³

La Corte ha tenido reiteradas ocasiones de pronunciarse sobre este espectro de atropellos al derecho y el proceso penales del Estado de derecho, con referencia a la persecución del terrorismo en el Perú tras la ruptura constitucional de 1992. Naturalmente, en estas líneas no nos es factible acometer el conjunto de prácticas penales y procesales usadas desde esa sazón y durante varios años, al amparo de los decretos leyes que nombramos en la sección precedente, donde los rasgos del derecho penal autoritario aparecen trazados a pedir de boca, cual auténtico paradigma de su ruindad. Hemos de ceñirnos a nuestro acotado objeto, procurando evidenciar la falta de uniformidad de la jurisprudencia de la Corte en la apreciación de las bondades del *derecho aplicable* entonces en el país según el principio de taxatividad.

Para ser exactos, el derrumbe del liberalismo penal en el asunto del terrorismo había comenzado antes de las disposiciones aprobadas aquel año. El Código Penal de 1991 dejaba mucho que desear en la compatibilidad de sus numerosos delitos de terrorismo con la máxima legalista.²⁴ La forma básica del maleficio, aquejada de incontenible casuismo, era un genuino tipo *de caucho*;²⁵ construidos a partir de él, quedaban equiparados a

²³ Como la libertad durante el procedimiento, toda vez que para estos regímenes no rige verdaderamente el principio de inocencia y, por consiguiente, abusan hasta lo indecible de detención y prisión preventiva, que se cumplen en condiciones muy duras, incluso inhumanas. Sobre estos y otros rasgos del derecho penal autoritario, véase Rivacoba y Rivacoba: "Orden político y orden penal", en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, vol. 22, n.º 2 (monográfico: "Derecho penal y criminología"), mayo-agosto de 1995, pp. (201-212) 209-211.

²⁴ En su hora pusimos de manifiesto los gruesos deméritos del Código en este particular. Cf. Guzmán Dalbora: "El nuevo Código penal del Perú (1991)" en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 14, n.ºs 55-56, junio-diciembre de 1991, pp. (631-731) 653-654.

²⁵ Artículo 319: "El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o terror en la población o en un sector de ella, realizando actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la seguridad personal o la integridad física de las personas, o contra el patrimonio de estas, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando para tales efectos métodos violentos, armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad social o estatal, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez años".

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

su penalidad simples actos de participación, para colmo, sumamente inciertos (artículo 321); además, se punían meros actos preparatorios de los individuos agrupados para “instigar, planificar, propiciar, organizar, difundir o cometer actos de terrorismo”, con independencia de la pena que pudiese corresponderles por el hecho principal (artículo 322), recibían premio la delación y la soplonería (artículo 324), etcétera. La vigencia formal de dichos preceptos sería efímera. Derogados por el decreto ley 25475, el nuevo estatuto mantuvo, sin embargo, el atormentado esquema general que asumieron en el Código, solo que ampliando hasta el delirio la cabida de las pseudodescripciones, absolutamente inciertas, y exasperando las inmisericordes penas de la disciplina anterior.²⁶ Por su parte, el decreto ley 25659, complementario del otro, construyó una hipótesis agravada de terrorismo, que bautizó con el nombre de *traición a la patria*, en la cual cada una de las múltiples modalidades²⁷ recibía una misma e indivisible sanción: la privación perpetua de la libertad (artículo 3.º).

²⁶ Transcribimos a continuación, para comodidad del lector, los artículos del decreto ley que más solicitaron el interés de la Corte Interamericana. Estas disposiciones, así como las que se copia en la nota sucesiva, están recogidas de Villavicencio Terreros: *Código Penal comentado*, Lima: Grijley, 2002, pp. 603-614.

Artículo 2: “El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte años”. La pena debía ser perpetua si el sujeto era dirigente de una organización terrorista, y no menor de treinta años de privación de la libertad para los simples miembros de esta (artículo 3.º). A su turno, el artículo 4.º castigó con veinte años de prisión al que “de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios o realiza actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos comprendidos en este decreto ley o la realización de los fines de un grupo terrorista”. Con términos así de inexpressivos, es de suponer que la interpretación auténtica contextual, desplegada en los seis acápite sucesivos, no conseguía en absoluto precisar qué debía entenderse por “actos de colaboración”. El artículo 5.º impuso la misma pena del terrorismo propiamente dicho (veinte años) a “los que forman parte de una organización terrorista, por el solo hecho de pertenecer a ella”, con la consiguiente posibilidad de acumularla a la primera. Y no mayor de doce ni menor de veinte años de privación de la libertad es el castigo anunciado a la incitación o instigación al terrorismo (artículo 6.º).

²⁷ Artículo 1: “Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2º del decreto ley número 25.475, cuando se emplean las modalidades siguientes: a) utilización de coches bomba o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o similares, que causen la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental o dañen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera se pueda generar grave peligro para la población; b) almacenamiento o posesión ilegal de materiales explosivos, nitrato de amonio o los elementos que sirven para la elaboración de este producto o proporcionar voluntariamente insumos o elementos utilizables en la fabricación de explosivos, para su empleo en los actos previstos en el inciso anterior”. Artículo 2: “Incorre en delito de traición a la patria: a) el que pertenece al grupo dirigenal [sic] de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente; b) el que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas; c) el que suministra, proporciona, divulga informaciones, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior”.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Numerosas personas sufrieron en carne propia los rigores de este borrascoso sistema. Prescindiendo de las que perecieron a consecuencia de tormentos o del *carcere duro*, se sabe de varias que continuaban en prisión cuando la Corte Interamericana conoció de sus situaciones, por cuanto la declaración interna de inconstitucionalidad de los procesos no fue obstáculo para volver a juzgarlas, una vez restablecida la legitimidad constitucional, en 2000, bajo la acusación de terrorismo.²⁸

Los primeros fallos son promisorios para el imperio de la determinación de la ley penal. El de 30 de mayo de 1999, dictado en el caso *Castillo Petruzzi y otros*, denuncia la similitud de los tipos de terrorismo y traición a la patria, ya que se refieren a conductas no delimitadas con rigor, “por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del ministerio público y de los jueces respectivos [...] y de la propia policía”²⁹ (fundamento 119, con cita del fallo de 17 de septiembre de 1997 en el caso *Loayza Tamayo*). Yendo más allá, la Corte “entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal”,³⁰ y, puesto que los usados en la especie “no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorios del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana” (fundamento 121). La lapidaria condena al Estado que parió tamañas disposiciones se repite en la resolución del 18 de agosto de 2000 (caso *Cantoral Benavides*). El tribunal reitera sus conceptos sobre la porosidad y yuxtaposición de las figuras de terrorismo y traición a la patria, con expresa mención de las medulares,³¹ a las que acusa de utilizar “expresiones de alcance indeterminado en relación con las

²⁸ Como en el caso *Urcesino Ramírez Rojas*, un economista condenado en 1994. Declarada la nulidad de su juicio en 2003, se le reabrió proceso por los mismos hechos. A la fecha del fallo de la Corte Interamericana, el 25 de noviembre de 2005, permanecía ininterrumpidamente privado de su libertad desde junio de 1991, o sea, por espacio de ¡catorce años!

Sucede que, tras la declaración, en 3 de enero de 2003, de la parcial inconstitucionalidad de los decretos leyes tantas veces citados, el gobierno del Perú emitió el decreto legislativo n.º 926, que reguló la anulación de los juicios y sentencias por los delitos de terrorismo seguidos en la década de los noventa ante jueces y fiscales con identidad secreta, anulación que, empero, como se dispuso allí, “no tendrá como efecto la libertad de los imputados, ni la suspensión de las requisitorias existentes”, de modo que estos serían conducidos, presos, para un nuevo juicio ante la verdadera judicatura.

²⁹ O sea, la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), órgano encargado de efectuar la calificación jurídica del delito —si terrorismo o traición a la patria— y que solía remitir los expedientes a la judicatura militar, competente para el conocimiento de esta última.

³⁰ “Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad...”

³¹ Es decir, los artículos 2.º del decreto ley 25475, y 1.º y 2.º del decreto ley 25659, que hemos reproducido supra, notas 26 y 27.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

conductas típicas, los elementos con los cuales se realizan, los objetos o bienes contra los cuales van dirigidas, y los alcances que tienen sobre el conglomerado social” (fundamento 155), razón por la cual las reputa reñidas con las exigencias legalistas garantidas por la Convención.

Pero dos golondrinas no hacen verano. Resoluciones posteriores, emitidas en el nuevo siglo, desmadejan el vigor de este entendimiento y suponen un cambio de rumbo en la jurisprudencia de la Corte. Particularmente lamentable resulta la del 25 de noviembre de 2004, en el doloroso caso de la periodista *Lori Berenson Mejía*, a quien el Estado condenó como responsable de colaboración con el terrorismo. Atendido que, “conforme a la legislación peruana, la colaboración no constituye una forma de participación en el terrorismo, sino un delito autónomo en que incurre quien realiza determinados actos para favorecer actividades terroristas” (fundamento 127), la Corte concluye que no estaría en pugna con el principio de legalidad. Tal apreciación, vertida a propósito del artículo 4.º del decreto ley 25475,³² a renglón seguido de rimbombantes declaraciones sobre la taxatividad de las leyes punitivas,³³ reaparece en el caso *García Asto y Ramírez Rojas*, no obstante que, si todas las figuras peruanas de terrorismo estaban lastradas de una irremediable y deliberada imprecisión, ninguna supera en vaguedad a esos actos de complicidad convertidos en sedicente tipo autónomo merced a un artificio malévolo del pretenso legislador.³⁴

Mas la sentencia de 25 de noviembre de 2005 se impulsa todavía más lejos: no solo considera respetuoso del principio en palabra aquel pergeño, sino que bendice también la pertenencia a organizaciones terroristas, en el artículo 5.º del decreto ley 25475, y las figuras de terrorismo previstas por el Código de 1991!, que en realidad constituían una mácula vergonzante en su articulado.³⁵ Una vez extraviada la recta comprensión del principio de taxatividad, la Corte tenía que incurrir en otros dislates de técnica jurídica con su visión de los actos de complicidad. En el caso de *María Teresa de la Cruz Flores*, médica cirujana condenada en 1996 por su pertenencia a una organización subversiva, pero en virtud del artículo 4.º de aquel decreto ley, la sentencia del 18 de noviembre de

³² Su contenido, supra, nota 26.

³³ Fundamentos 117-125, los que, en el fondo, no pasan de ser meros saludos ceremoniales.

³⁴ Véase lo que escribe al respecto Hurtado Pozo (o. cit., pp. 166 y 168). Bien lo percibió la jueza Cecilia Medina Quiroga en sus votos disidentes. Como la hipótesis principal de terrorismo, en el artículo 2.º del decreto ley 25.475, “no permite deslindar las conductas que describe de otros delitos que tienen un reproche penal menor”, esa indeterminación “afecta también a los artículos 4 y 5”. Para ella, los tres incumplen parejamente el principio de legalidad de los delitos.

³⁵ Recuérdese lo que apuntamos supra, texto y notas 24 y 25.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

2004 registra el craso error de los jueces peruanos, que violaron el principio de legalidad al “tomar en cuenta, como elementos generadores de responsabilidad penal, la pertenencia a una organización terrorista y el incumplimiento de la obligación de denunciar, y, sin embargo, solo aplicar un artículo que no tipifica dichas conductas”. Pero el mismo fundamento (102) del fallo da por buena la congruencia del artículo de marras con el mandato de taxatividad,³⁶ y por eso le reprocha “penalizar el acto médico, que no solo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico prestarlo”.³⁷ En este punto no solo salen desdibujadas las exigencias de determinación, sino que se desperfila, además, el confín entre atipicidad y causas de justificación.³⁸ En idéntica confusión se enredó la sentencia del 2 de mayo de 2008 para el caso *Kimel contra Argentina*.³⁹

Es de celebrar que el liberalismo penal vuelva por sus fueros y resplandezca en todas sus dimensiones, no solo la determinación de los tipos, en una importantísima sentencia de la Corte en punto a un delito común, se diría que como demostración de que la esfera de los delitos políticos —y, según veremos, también los crímenes internacionales— obnubila el juicio de los magistrados, endurece sus entendimientos y los incapacita para acertar en los problemas jurídicos de calado. Su éxito fue mayúsculo en el caso de *Fermín Ramírez contra Guatemala*, decidido el 20 de junio de 2005. Atendido

³⁶ Pese a los persistentes alegatos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tanto en este como en otros procesos que afectaban al Perú hizo gala de una mejor inteligencia del principio de legalidad y, por ende, estimó viciados todos los preceptos de los decretos leyes que venimos glosando. Los argumentos de la Comisión en el presente caso, reproducidos por el fallo (fundamento 74), insisten en que “el principio de legalidad tiene un desarrollo específico en la tipicidad, la cual garantiza, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca cuáles comportamientos son sancionados y, por otro, protege la seguridad jurídica”, así como en que la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (cf. supra, nota 28) “no soluciona las graves deficiencias e imperfecciones que posee el tipo penal del terrorismo desde su creación” (destacado nuestro).

³⁷ La mujer, en efecto, habría atendido profesionalmente a miembros de un grupo combatiente.

³⁸ El ejercicio legítimo de un oficio, médico u otros, está previsto en el catálogo de eximentes del Código Penal peruano (artículo 20.8).

³⁹ Eduardo Gabriel Kimel, historiador trasandino, fue condenado en 1999 como autor del delito de calumnia contra el juez federal que conoció de la *Masacre de San Patricio*, a saber, el asesinato de cinco religiosos ocurrido el 4 de julio de 1976, en plena dictadura militar. Tanto la Corte Interamericana como el Estado, en su leal reconocimiento de responsabilidades, convinieron en que la condena de Kimel, propiciada por la “falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias” (fundamento 65), violó la libertad de expresión. Prohijando esta manera de ver, la Corte declaró que los tipos respectivos infringían la garantía de taxatividad, porque, en su amplitud, permitirían amadrugar actos lícitos como los que consisten en el ejercicio de aquella libertad, y ordenó al Estado corregirlos (fundamentos 67 y 128). La doctrina del país se ha ocupado profusamente del conflicto entre la tutela del honor y la salvaguarda de la libertad de expresión; pero, que sepamos, no considera que las injurias y calumnias del Código de 1921 sean tipos abiertos, aunque falte en este —hay que reconocerlo— una regulación más minuciosa de los intereses legítimos, en cuya consecución las expresiones vertidas han de considerarse justificadas. Cf. Donna: *Derecho penal. Parte especial*, 4 vols., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t. I, 2.ª ed. actualizada, 2003, pp. 417-435, 446-461.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

que sobresale como señera excepción de una línea zigzagueante de resoluciones en el tema, consideramos indicado dar breve notación de él.

Ramírez fue detenido el 10 de mayo de 1997 por la muerte violenta de una niña de doce años de edad. El ministerio público lo acusó de violación calificada, delito previsto en el artículo 175 del Código guatemalteco, que impone la pena de prisión de treinta a cincuenta años si, con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la persona ofendida (como a todas luces sucedió en los hechos de aquel día). Sin embargo, el tribunal, en flagrante agravio del principio de correlación entre acusación y sentencia, condenó al reo a muerte, como autor de asesinato, al tenor del segundo inciso del artículo 132, según el cual la pena ordinaria de este homicidio calificado, que va de veinticinco a cincuenta años de prisión, debe ser substituida por la capital “si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor peligrosidad del agente”. Los denodados esfuerzos de la defensa de Ramírez por revertir jurídicamente la condena resultaron infructuosos, fuera en la corte de apelaciones, fuera durante el procedimiento de casación, ante el máximo tribunal, fuera, en fin, porque la gracia del indulto que se pidió en su favor fue denegada por el presidente de la República.⁴⁰ Solo las medidas preventivas dispuestas por la Corte Interamericana permitieron suspender la ejecución, esa terrible amenaza que el infeliz sujeto arrojó durante varios años.

Pues bien, la sentencia de junio de 2005 no se contenta con declarar la trasgresión del Estado a las reglas del debido proceso. Además, haciéndose cargo del alegato de los representantes de la víctima y con una fina percepción del trasfondo político-jurídico del asunto, desarrolla un impecable razonamiento, cuyos momentos neurálgicos conviene reproducir para el lector. La categoría de la peligrosidad —así debuta el fallo— “constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo”. Prosigue la Corte: “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación de los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán [...] En fin de cuentas, se sanciona al individuo [...] no

⁴⁰ Por increíble que pueda sonar, el acuerdo gubernativo del 31 de mayo de 2000 invoca, entre los fundamentos de la negativa, ¡nada menos que la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos!

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que [él] es”. Tras asentar este juicio, digno de elogio por su exactitud, la sentencia considera evidentes las deplorables implicaciones que acarrea la supervivencia penal de la peligrosidad, “absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos”, y concluye que su previsión en un texto punitivo “es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contraria a la Convención” (fundamentos 94-96).

Pensamos que la orden impartida a Guatemala de suprimir la referencia a la peligrosidad en el tipo del asesinato posee un interés y una proyección mayores para los países del continente que aún asocian consecuencias penales o procesales a la trasnochada noción; por ejemplo, sirviéndose de ella en el papel de factor que debe ponderar el juez en la conmensuración de la pena⁴¹ o metiéndola de contrabando entre los casos que habilitan la imposición de la prisión preventiva.⁴² Como manifestó el juez García Ramírez al razonar su voto, “lo que se necesita es suprimir enteramente la referencia a la peligrosidad”. En otras palabras, hay que eliminar hasta su último vestigio de la entera legislación punitiva, por la cuña que ella encaja en el mandato de legalidad, la estructura del Estado de derecho y la orientación liberal que distingue o debiera signar a su segmento penal.⁴³ Tres veces salutífero sería que los estados americanos se tomaran en serio lo decidido en el caso guatemalteco.

4 • La irretroactividad de la ley más gravosa y sus excepciones en la jurisprudencia de la Corte

La recomendación que acabamos de formular no podemos renovarla, desafortunadamente, llegando al criterio de la Corte sobre la irretroactividad de la ley más gravosa. En esta flexión del principio de legalidad su jurisprudencia vuelve a mostrar poca firmeza y, ahora, la propensión a dejarse seducir por los apremios extremadamente

⁴¹ Como el artículo 41, 2, del Código Penal argentino, acerca del cual es de interés consultar Rivacoba y Rivacoba: “Culpabilidad y penalidad en el Código Penal argentino”, en *Teorías actuales en el derecho penal*. 75.º Aniversario del Código Penal, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, pp. 291-309.

⁴² Operación paladina en la suposición de ser la libertad del encartado “peligrosa para la seguridad de la sociedad”, que consulta el artículo 140 del Código Procesal Penal de Chile. Sobre su esencial ilicitud, véase Guzmán Dalbora: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera parte*, Montevideo y Buenos Aires, B. de F., 2009, pp. 382-384.

⁴³ Sin nombrar lo inconciliable de la peligrosidad con la dignidad humana. Cf. *ibidem*, pp. 91-92.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

represivos, amén de conculcadores de máximas elementales de nuestra disciplina, que suscita la ocurrencia de crímenes internacionales.

El terrorismo no se cuenta en el número de estos. Acaso por ello la Corte consigue a su respecto resultados satisfactorios —descontando las cuestiones de taxatividad—. El fallo *De la Cruz Flores contra el Perú* reza que “en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la *acción u omisión* que la contravienen o se pretende sancionar”,⁴⁴ y que, “de conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito”.⁴⁵ Teniendo presente que los hechos atribuidos a la médica cirujana acaecieron antes de la dación del decreto ley por el que se la juzgó, resulta que el Estado violó en perjuicio de ella la garantía de que “tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” o, lo que es igual, “el principio de no retroactividad consagrado en el artículo 9 de la Convención” (fundamento 109). La declaración pertinente de la sentencia del 25 de noviembre de 2005 en el caso *García Asto y Ramírez Rojas*, más parca de palabras en su raciocinio, indica lo mismo, con la única diferencia de que el Estado peruano aplicó retroactivamente nada menos que su Código Penal a actos realizados un cuatrienio antes de 1991 (fundamentos 207 y 208).

El asunto cobra una coloración muy distinta cuando la Corte es solicitada por facetas más complejas de la irretroactividad. De hecho, en la sentencia de 26 de noviembre de 2008, relativa a la desaparición forzada de María Tiu Tojín y su hija de un mes de edad a manos de militares guatemaltecos y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil, hecho sucedido el 29 de agosto de 1990 y al que hizo escolta una premiosa e infértil investigación por plagio o secuestro en la judicatura de guerra, la Corte cambió abruptamente de punto de vista. Nadie ignora que la cuestión del tiempo en que el delito se estima cometido es de las más batallonas de la teoría de la ley penal, y todavía más espinoso se presenta el problema de la ley aplicable a los delitos permanentes, como el secuestro y esa variedad supranacional que recibe el inelegante nombre de *desaparición forzada de personas*. Pues bien, en esta disyuntiva la Corte adoptó la solución más

⁴⁴ Cursivas nuestras. Enseguida se dirá de los efectos que acarrearía para otro caso esta simpatía por la manifestación de voluntad en el espinoso problema del tiempo de comisión del delito.

⁴⁵ “Asimismo —termina el fundamento 105—, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o perseguible cuando fue cometido”.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

severa para el reo, por no decir rayana en franca ilegalidad,⁴⁶ o sea, aquella que postula el dominio de una ley nueva, por más que esta exaspere las penas del ordenamiento vigente cuando comenzó el período consumativo, si el resultado se prolonga bajo la férula de la innovación.

“Desde su primera sentencia en el caso Velásquez Rodríguez —recuerda el fallo de 2008, fundamento 52—, la Corte ha reiterado que la desaparición forzada de personas constituye un hecho ilícito de naturaleza continua o permanente y de carácter pluriofensivo, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida de la persona detenida”. Líneas más adelante, después de poner de relieve la inoperancia de la judicatura militar del Estado, que no llegó siquiera a dictar el auto de apertura del juicio, y prestar atento oído al alegato de la Comisión, para la cual la irretroactividad de la ley más severa “constituye un obstáculo a la obtención de justicia en casos como el que nos ocupa”, justicia que sí puede ministrarle la introducción, en mayo de 1996, del delito de desaparición forzada de personas al Código Penal del país,⁴⁷ nuestro tribunal *de derechos humanos* se inclina por considerar aplicable este último, no el de secuestro, atendido el mantenimiento “de la conducta delictiva [...], ya que el destino de María y Josefa Tiu Tojín sigue siendo desconocido” (fundamentos 87 y 88).

¡Curiosa interpretación de la cláusula *momento de la comisión del delito*! Y es que a los argumentos aducidos por los penalistas en pro de la vigencia de la ley más favorable entre cuantas existieron entre el inicio y la conclusión de un delito permanente, tenemos que sumar la monumental gravedad de la opinión contraria cuando lo que se pretende es reducir los hechos a una previsión legal como la que priorizó la Corte. No se trata solo de que el delito permanente es, “en pura doctrina jurídica, un *delito único*”,⁴⁸ ni de que admitir el pensamiento que lo subyuga a modificaciones legislativas *in peius* “deja en manos del legislador una ilimitada libertad para modificar a su arbitrio las condiciones de su represión”.⁴⁹ La desaparición forzada de personas, tal como está concebida en el derecho

⁴⁶ Reserva hecha de los códigos que, haciendo salvedad a sus propios principios, la contemplan expresamente, como el alemán, en su § 2.2, según el cual “si la sanción penal cambia durante la comisión del hecho, se debe aplicar la ley que rige en el momento de su conclusión”. Esta es, asimismo, la opinión dominante de antiguo entre los criminalistas germánicos. Véase, por todos, Jescheck y Weigend: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín: Dunker & Humblot, 1996, pp. 138-139.

⁴⁷ Artículo 201 *ter*. Pena de veinticinco a cuarenta años de prisión, o la muerte, cuando con motivo u ocasión de la desaparición forzada la víctima resultare con lesiones graves, trastorno psíquico permanente o falleciere.

⁴⁸ Jiménez de Asúa: o. cit., p. 641.

⁴⁹ Hurtado Pozo: o. cit., p. 310.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

internacional y redactada en el Código de Guatemala,⁵⁰ traiciona un *delito de sospecha* o, dicho de un modo tan preciso como elocuente, una *sospecha de asesinato*. ¡Menuda tarea la de explicar después que la irrogación de sus penas a un piélagos de facinerosos, por intolerables que fuesen las fechorías, reverencia las expectativas de legalidad, como también las de causalidad y culpabilidad! Pero así marchan las cosas en la jurisprudencia de este tribunal.⁵¹

5 • Conclusiones

Al cabo de esta exposición, que no por crítica ha querido abandonar el plano de la imparcialidad, creemos que el juicio sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de legalidad penal tampoco puede ser lisonjero.

En efecto, vemos corroborado cómo el tribunal, en su inteligencia del concepto de *derecho aplicable*, si lo circunscribe correctamente a la ley de los estados, no parece, empero, ver mayores reparos en incluir en la última disposiciones legiferantes maculadas de insuperable nulidad, cuya entrada en los ordenamientos estatales se debe a regímenes poco respetuosos del sistema de garantías de los justiciables. Que la Corte limite sus apreciaciones al contenido de esos documentos, sin expresarse terminantemente en contra de su dignidad jurídica, puede deberse al recato de inmiscuirse en los asuntos internos de cada país, y acaso a un entendimiento apenas literal de su competencia con arreglo a la Convención de 1969. Con todo, es evidente que semejante pudor no se erige ni por asomo en bastión de los derechos de las personas allí donde estos lo precisan con mayor urgencia, o sea, ante el poder desbocado y sus afanes de revestir con una apariencia de juridicidad reglas que yacen en las simas insondables de lo arbitrario.

⁵⁰ Según el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, de 1994, se considera tal "la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes". A su vez, el artículo 201 *ter* del Código guatemalteco reza, en lo pertinente: "Comete el delito de desaparición forzada de personas quien, por orden, con la autorización o apoyo de autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más personas, por motivos políticos, ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención...".

⁵¹ La sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile* prohibió al Estado invocar, entre otras garantías, la irretroactividad de la ley penal, como consignamos supra, nota 14.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Al comedimiento político de la Corte se alían serias deficiencias de técnica jurídica. El manejo del principio de taxatividad se pierde en un juego basculante que así atina como incurre en yerros macroscópicos, malogrando las exigencias concretas de la determinación de la ley penal dentro de sistemas que amadrigan el pecado de lo impreciso como nota de algunos grupos de delitos, en especial aquellos de significación política o trascendencia supraestatal. La pujanza represiva que alienta la óptica dominante con que se examinan los crímenes internacionales arrastra a la Corte a interpretaciones adustas, henchidas de carga emocional, y a descartar sin remilgos ni un análisis pormenorizado las posturas científicas opuestas a aquel designio, pero descalificadas como contrarias a la defensa de los derechos fundamentales. Como efecto del conjunto, sale mal parado el liberalismo que inspiró el nacimiento y la arboladura conceptual de esos mismos derechos, no menos que su ulterior protección por las leyes punitivas.

Haría bien la jurisprudencia internacional penal en prescindir de las orientaciones de la Corte, supuesto que en su autorización para recurrir a ellas la guíe el objetivo de fijar los elementos de los crímenes de su incumbencia honrando la legalidad, ese paladión en general maltratado por los órganos de salvaguarda de los derechos humanos. También los tribunales nacionales del continente americano han de ir en esto con pies de plomo. Solo una cuidadosa criba, que rescate de un bosque de equivocaciones los contados casos en que la Corte, aleccionada por la asesoría de los especialistas, logra resultados aceptables para el primero de los principios cardinales del Derecho penal, puede contribuir al perfeccionamiento de nuestra disciplina en el contexto de países muy requeridos de mejora en el atribulado momento actual.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: *La Parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- BAUMANN, Jürgen, Ulrich WEBER y Wolfgang MITSCH: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Bielefeld: Gieseking, 10.^a ed., 1995.
- CADOPPI, Alberto: *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sobre la dimensione in action della legalità*, Turín: Giappichelli, 2007.
- DONNA, Edgardo Alberto: *Derecho penal. Parte especial* (4 vols.), Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t. I, 2.^a ed., actualizada, 2003.
- CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español. Parte general* (4 vols. publicados), Madrid: Tecnos, t. I (“Introducción”), 5.^a ed., 1996.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Introducción al Derecho penal*, Madrid: Ramón Areces, 3.^a ed., 2005.
- GAMBERINI, Alessandro, en *Introduzione al sistema penale*, obra colectiva coordinada por INSOLERA, MAZZACUVA, PAVARINI y ZANOTTI (2 vols.), Turín: Giappichelli, t. I, 3.^a ed., 2006.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: “El nuevo Código Penal del Perú (1991)”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 14, n.ºs 55-56, junio-diciembre de 1991, pp. 631-731.
- *La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera parte*, Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2009.
- HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general* (I), Lima: Grijley, 3.^a ed., 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, y Thomas WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlín: Dunker & Humblot, 5.^a ed., 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho penal* (7 vols. publicados), Buenos Aires: Losada, 2.^a ed., t. II, 1950.
- LÓPEZ DE OÑATE, Flavio: *La certezza del diritto* (nueva edición revisada al cuidado de Guido Astuti), Milán: Giuffrè, 1968.
- MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF: *Tratado de Derecho penal. Parte general* (2 vols., traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), Buenos Aires: Astrea, t. I, 1994.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de: “Culpabilidad y penalidad en el Código Penal argentino”, en *Teorías actuales en el derecho penal. 75.º Aniversario del Código Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, pp. 291-309.
- *División y fuentes del derecho positivo*, Valparaíso: Edeval, 1968.
- “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2.ª época, n.º 4, julio de 1999, pp. 735-741.
- “Orden político y orden penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, vol. 22, n.º 2 (monográfico: *Derecho penal y criminología*), mayo-agosto de 1995, pp. 201-212.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Cívitas, 1977.
- “Legalidad (Principio de) (Derecho penal)”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XIV, Barcelona, 1971, pp. 882-893.
- SÁINZ CANTERO, José: *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (3 vols. publicados), Barcelona: Bosch, 2.ª ed., t. II, 1985.
- VASSALLI, Giuliano: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, extracto del *Digesto*, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, vol. VIII (penale), 4.ª ed., 1994.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Código Penal comentado*, Lima: Grijley, 2002, pp. 603-614.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (en colaboración con Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR): *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2002.