

## CRITERIOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA TIPIFICACIÓN DE CONDUCTAS ILÍCITAS

Roberto A. OCHOA ROMERO\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Obligaciones de los Estados partes.* III. *Sobre el derecho a la vida.* IV. *Sobre el derecho a la integridad personal.* V. *Sobre el derecho a la libertad personal.* VI. *Sobre el principio de legalidad.* VII. *A modo de conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* un decreto a través del cual se modificó la denominación del capítulo primero del título primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Mediante el mismo Decreto se modificó, además, el artículo 1o. de la propia Constitución general.

Como consecuencia del referido ajuste en el texto constitucional, la denominación del capítulo primero del título primero de la CPEUM es “De los derechos humanos y sus garantías”.

Por su parte, el artículo 1o. de la CPEUM que, entre otros muchos, fue también objeto del señalado Decreto, sufrió una modificación en sus párrafos primero y quinto, así como la adición de sus ahora párrafos segundo y tercero. El texto del artículo 1o. de la CPEUM se aprecia actualmente con la siguiente estructura:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su

\* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Como puede apreciarse, la reforma que operó sobre la denominación del capítulo primero del título primero de la CPEUM trajo consigo la reubicación del concepto *garantías individuales*, dando paso a la incorporación de otro que resulta más amplio en términos de protección: *derechos humanos*.<sup>1</sup>

Por su parte, la reforma que operó sobre el texto del artículo 1o. constitucional reconoce el derecho de todas las personas a gozar de los derechos humanos previstos en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías dispuestas para su protección. En consecuencia, se otorga plena aplicabilidad a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, más allá de lo que ya disponía el artículo 133 de la propia Constitución general.

Asimismo, la reforma del 10 de junio del 2011 incluyó en el texto del citado artículo 1o. el principio *pro homine* o pro persona. Dicho principio constituye un criterio preferente para la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos, de suerte tal que la interpretación que se realice de las normas concernientes a derechos humanos deberá tener como resultado la protección más amplia de las personas. Además, el párrafo tercero del

<sup>1</sup> En este sentido, Silva García, Fernando, “El impacto normativo de las sentencias internacionales sobre derechos humanos: su evolución en el orden jurídico mexicano”, en Corzo Sosa, Edgar *et al.* (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch-UNAM, 2013, p. 452.

artículo 1o. constitucional obliga a toda autoridad a la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos. En consecuencia, el Estado mexicano está obligado a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos conforme a la ley.

Como se puede apreciar, la reforma constitucional contenida en el Decreto del 10 de junio de 2011 redimensionó el contenido y los alcances de los derechos humanos reconocidos por la CPEUM y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte; entre tales instrumentos internacionales destaca, muy particularmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también conocida como Pacto de San José.

Como consecuencia de dicha modificación al texto constitucional, se reconoce que, hoy más que nunca, el Estado mexicano se abre a la recepción y aplicación de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos en su régimen ejecutivo, legislativo y jurisdiccional interno.<sup>2</sup> Por ello, la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos reviste ahora una importancia total en lo que al régimen punitivo del Estado mexicano respecta. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) constituyen hoy un referente indispensable para la creación y aplicación de los tipos penales, sobre todo cuando se trata de prevenir la comisión de ciertas conductas que atentan —de manera especialmente grave— contra los derechos humanos.

En definitiva, los criterios sobre el contenido y alcances de los derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José surgen, especialmente, de la jurisprudencia de la CIDH; jurisprudencia que, por la vía del artículo 1o. de la CPEUM, constituye una plataforma sólida desde la cual articular los contenidos mínimos de ciertos tipos penales que involucran la lesión o puesta en peligro de ciertos valores fundamentales que tienen la categoría de *derechos humanos*.<sup>3</sup>

En los apartados siguientes se pretende ilustrar esa relación. Al tiempo que se realiza un recuento de los derechos civiles y políticos reconocidos por el Pacto de San José —muy particularmente desde la perspectiva del objeto de protección en ciertos tipos penales—, se recogen diversas resoluciones de la CIDH en las que esta se ha ocupado de su protección. Tal ejercicio sirve, finalmente, para extraer los criterios jurisprudenciales especialmente vinculados con la tipificación de conductas ilícitas.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 453.

<sup>3</sup> En este sentido, Donde Matute, Javier, *Lineamientos internacionales en materia penal*, México, Inacipe, 2009, pp. 39 y 43.

## II. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES

El artículo 1o. de la CADH establece el compromiso que asumen los Estados partes para respetar los derechos y libertades reconocidos en la propia Convención, así como para garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

Por su parte, el artículo 2o. de la misma CADH dispone que ante la ausencia de disposiciones legislativas que garanticen los derechos y libertades a que se refiere el artículo 1o. del Pacto de San José, los Estados partes se comprometen a adoptar, conforme a su derecho interno y a la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los señalados derechos y libertades.

De los dos artículos reseñados se desprende que los Estados partes se obligan no solo a respetar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades que reconoce el Pacto de San José, sino que, además, asumen la obligación de generar las estructuras y las fórmulas legislativas necesarias para hacer realidad el ejercicio libre y pleno de tales derechos y libertades.<sup>4</sup> Se trata, básicamente, de un compromiso integral de reconocimiento y garantía de los derechos y libertades previstos en el Pacto de San José, que se manifiesta o, si se desea, se condensa especialmente en la obligación de legislar en materia penal.<sup>5</sup>

En efecto, la obligación de protección de los derechos y libertades previstas en la CADH involucra a toda la estructura gubernamental y, particularmente, a la legislación interna de los Estados partes. Tal obligación se vincula —en los casos más graves de violación de derechos humanos— con la facultad sancionadora del Estado y, dentro de esta, muy particularmente, con la creación de tipos penales. Tanto la obligación de respetar los derechos como el deber de adoptar disposiciones de derecho interno suponen que los Estados partes incluyan en el ejercicio de selección de los valores fundamentales que requieren de protección penal, a los derechos y libertades reconocidos por la CADH.

Así, adquieren especial relevancia a los efectos de representar el objeto jurídico de protección en ciertas figuras delictivas, el derecho a la vida, el

<sup>4</sup> Véase, Becerra Bautista, Manuel, “Control de cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos”, en Corzo Sosa, Edgar *et al.* (coords.), *op. cit.*, pp. 68 y 69. También, Castilla, Karlos, *25 años de jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de las excepciones preliminares de 1987 a los derechos interpretados de 2012*, México, Ubijus, 2013, pp. 34-37; Silva García, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2012, p. 48.

<sup>5</sup> Dondé Matute, Javier, *op. cit.*, p. 39; Castilla, Karlos, *op. cit.*, p. 37.

derecho a la integridad personal y el derecho a la libertad personal, todos ellos reconocidos en la CADH.

### III. SOBRE EL DERECHO A LA VIDA

El derecho a la vida constituye, sin duda, el derecho fundamental por excelencia de todo ser humano. Si la vida desaparece, de poco importan el resto de prerrogativas que dimanen del reconocimiento de la dignidad humana.<sup>6</sup>

Este derecho fundamental es reconocido por la CADH en su artículo 4o., en donde se prevé que toda persona tiene derecho a que se respete su vida:

#### Artículo 4o. Derecho a la Vida.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

En este artículo, la CADH reconoce que toda persona tiene derecho a la protección *legal* de su vida, incluso, en términos generales, desde el momento de la concepción. Asimismo, en el artículo 4.1 de la CADH se establece que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

<sup>6</sup> Sobre la dignidad humana y su relación con los derechos humanos, véase, Martínez Bullé-Goyri, Víctor M., “Reflexiones sobre la dignidad humana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013, pp. 53-55.

Al respecto, la CIDH ha señalado en el *Caso Artavia Murillo y otros* (“*Fertilización in vitro*”) vs. *Costa Rica*<sup>7</sup> que:

...la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción. *Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida...*

En otra resolución, la CIDH subraya la necesidad de que la privación intencional e ilícita de la vida sea contemplada directamente en la legislación penal. Así se aprecia en el *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*:<sup>8</sup>

La privación intencional e ilícita de la vida de una persona (homicidio intencional o doloso, en sentido amplio) *puede y debe ser reconocida y contemplada en la legislación penal, si bien bajo diversas categorías (tipos penales) que correspondan a la diversa gravedad de los hechos, tomando en cuenta los distintos elementos que pueden concurrir en ellos: especiales relaciones entre el delincuente y la víctima, móvil de la conducta, circunstancias en las que ésta se realiza, medios empleados por el sujeto activo, etc.*

En esta última resolución se aprecia un importante criterio para la tipificación de las distintas formas de agresiones contra la vida personal. En este párrafo, la CIDH establece que la privación intencional e ilícita de la vida *puede y debe ser reconocida y contemplada en la legislación penal, pero, sobre todo, indica que los tipos penales que se diseñen al respecto deben ser coherentes con la gravedad de los hechos —lo mismo que las penas que por su realización deban imponerse—, teniendo en cuenta las particularidades ejecutivas de cada una de esas conductas. A modo de ejemplo, se citan las relaciones que pueden existir entre el delincuente y la víctima, el *móvil* de la conducta, las circunstancias ejecutivas en sentido estricto, así como los medios comisivos.*

<sup>7</sup> Sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie C, núm. 257, párr. 172.

<sup>8</sup> Sentencia del 21 de junio de 2012, serie C, núm. 94, párr. 102. El criterio de la gravedad de los hechos aparece también en el *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, sentencia del 24 de septiembre de 2009, serie C, núm. 204, párr. 47.

Este importante criterio para la tipificación penal de conductas que atentan contra la vida se resume en la obligación que tiene el legislador nacional para tener en cuenta —cuando se trate de calcular la gravedad de los distintos supuestos— las circunstancias que acompañan a la ejecución de la conducta en los diferentes casos. Así, es válido hablar de tipos penales diferenciados en función de la gravedad de la conducta que prevén, por ejemplo, el de homicidio en razón de parentesco o relación, el de homicidio doloso simple, el de homicidio por súplicas reiteradas de la víctima, el de feminicidio, así como del catálogo de circunstancias especiales que agravan la responsabilidad criminal.

En nuestro país, tanto el Código Penal Federal (CPF) como los distintos códigos punitivos de las diferentes entidades federativas contemplan tipos penales a través de los cuales se intenta prevenir y, en su caso, sancionar la realización de conductas que tengan como resultado la puesta en peligro, o bien, la pérdida de la vida de una persona.

Por otro lado, la prohibición de la privación de la vida arbitrariamente se encontraba reconocida en nuestro país a través del artículo 14, párrafo segundo, de la CPEUM que, hasta antes de la reforma aplicada mediante Decreto publicado en el *DOF* el 9 de diciembre de 2005, vedaba la posibilidad de que una persona fuera privada de la vida, salvo que mediara “...juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”. Esto es, que aun antes de la reforma que sufrieran los artículos 14 y 22 de la CPEUM, en los Estados Unidos Mexicanos estaba prohibido privar de la vida a una persona de forma arbitraria, es decir, sin previo juicio que se siguiera ante los tribunales previamente establecidos y conforme a las exigencias del debido proceso legal.

Por lo dicho, se afirma que en México se reconoce y protege el derecho a la vida y se prohíbe —constitucionalmente desde el 9 de diciembre de 2005— la pena capital.<sup>9</sup> Con ello se brinda cobertura constitucional a los puntos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 4o. de la CADH.

Hay que reconocer, por lo demás, que el hecho de que esté prevista tal prohibición desde el texto de la CADH y, como se ha visto, desde la CPEUM, en nada afecta la posibilidad de que en el plano de los hechos puedan presentarse casos de esta naturaleza a manos de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Por ello, la CIDH ha establecido un importante

<sup>9</sup> En el régimen constitucional mexicano se privilegia el derecho a la vida, incluso en los casos de restricción o suspensión de derechos y garantías a que se refiere el artículo 29 de la CPEUM.

criterio en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*<sup>10</sup> a través del cual se dispensa una mayor protección del derecho a la vida:

...por las circunstancias en que ocurrió la detención de Bámaca Velásquez a manos de agentes del Estado, la condición de la víctima como comandante de la guerrilla, la práctica estatal de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales... y el transcurso de 8 años y 8 meses desde que aquél fue capturado sin que se haya vuelto a tener noticias de él, hacen presumir al Tribunal que Bámaca Velásquez fue ejecutado.

La presunción de responsabilidad del Estado por la violación al artículo 4o. de la Convención<sup>11</sup> es soportada por la CIDH en este caso a través del reconocimiento de una excepción a la eficacia general del principio procesal de la carga de la prueba. Como atinadamente lo refiriera García Ramírez en su voto razonado concurrente a la resolución del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, hizo bien la Corte al no establecer un principio universal y rígido sobre la carga de la prueba, pues aun cuando dicha regla puede corresponder a la generalidad de los casos, la circunstancias particulares de ejecución de otros permiten introducir un correctivo pertinente como la inversión de la carga de la prueba allá en donde el Estado se encuentra en mejores condiciones de probar aquello que niega.

Así, en los casos de desaparición forzada de personas, es válido asumir el costo del señalado correctivo y admitir, por las circunstancias particulares del supuesto, la inversión en la carga de la prueba respecto de la demostración de la *no privación* arbitraria de la vida.

#### IV. SOBRE EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

Otro de los derechos humanos llamados de *primera generación* es el derecho a la integridad personal. La CADH reconoce igualmente este derecho en su artículo 5o. en los siguientes términos:

##### Artículo 5o. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

<sup>10</sup> Sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70, párr. 173.

<sup>11</sup> En este sentido, Castilla, Karlos, *op. cit.*, p. 87. También, Silva García, Fernando, *Jurisprudencia interamericana...*, *cit.*, pp. 85 y 86.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

En su artículo 5.1, la CADH reconoce el derecho que tiene toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Dicho reconocimiento se refuerza a través del artículo 5.2 del mismo Pacto de San José, en donde se prohíbe que cualquier persona sea sometida a torturas, así como a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En el orden jurídico nacional, el artículo 20, apartado B, fracción II, de la CPEUM,<sup>12</sup> reconoce el derecho de toda persona imputada a declarar o a guardar silencio. Asimismo, privilegia el derecho a la integridad personal prohibiendo toda clase de incomunicación, intimidación o tortura.<sup>13</sup>

Por su parte, el artículo 22 de la CPEUM establece —aún antes de la celebración de la CADH— la prohibición de “las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”, con lo cual, las exigencias que se desprenden del artículo 5o. de la CADH en sus puntos 1, 2 (primera parte) y 3, ya estaban cubiertas en el derecho nacional.

La CIDH se ha ocupado, por lo demás, de los supuestos materiales que deben informar la creación de tipos penales encaminados a la protección del derecho a la integridad personal. En el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*,<sup>14</sup> se ha referido a aquellos que permitan la adecuada previsión de las conductas que atentan contra la integridad personal:

<sup>12</sup> Según texto reformado mediante Decreto publicado en el *DOF* el 18 de junio de 2008.

<sup>13</sup> Sobre los casos de confesión coaccionada, véase Silva García, Fernando, *Jurisprudencia interamericana...*, cit., pp. 129-133. Cuando se trata de la declaración del inculpado, la desobediencia a la prohibición de incomunicación, intimidación o tortura se sanciona en México a nivel secundario a través del tipo penal del artículo 215, fracción XIII, así como en el previsto por el artículo 225, fracción XII, ambos del CPF. Sobre tales previsiones y los problemas que presentan desde la teoría del concurso aparente de normas, véase, Hernández-Romo Valencia, Pablo y Ochoa Romero, Roberto Andrés, *Delitos cometidos por servidores públicos contra la administración de justicia*, México, Tirant lo Blanch-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Inacipe, 2013, pp. 85-87.

<sup>14</sup> Sentencia del 17 de septiembre de 1997, serie C, núm. 33, párr. 57.

La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta. La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que, aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. *El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima* (cf. *Case of Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, Series A no. 25. párr. 167). Dicha situación es agravada por la vulnerabilidad de una persona ilegalmente detenida (cf. *Case Ribitsch v. Austria*, Judgment of 4 December 1995, Series A no. 336, párr. 36). *Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana* (cf. *Ibid.*, párr. 38) en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona.

Al igual que en el caso del derecho a la vida, la CIDH reconoce que la infracción del derecho a la integridad física y psíquica puede tener distintos niveles o grados, abarcando desde los actos propios de la tortura hasta otro tipo de tratos crueles, inhumanos o degradantes. En términos materiales —dice la CIDH—, todo uso de la fuerza que no sea necesario o que no se corresponda con el comportamiento del detenido, constituye un atentado del derecho a la integridad personal.

Por lo demás —y esto es algo que debe resaltarse especialmente—, la CIDH se pronuncia en esta resolución en contra de justificar cualquier tipo de restricción al ámbito de protección del derecho a la integridad física, acaso sea sobre la base de las dificultades que supone la investigación de un cierto sector de la criminalidad asociativa como lo es el terrorismo.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) define esta clase de conductas en su artículo 2o. como:

Todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Como puede apreciarse, se trata de cualquier acto tendente a infligir sufrimientos físicos o mentales con fines de investigación criminal, o bien, como medio de intimidación o de castigo personal. Asimismo, se equipara a la tortura la aplicación de cualquier tipo de método que se dirija a anular la personalidad de la víctima o a la disminución de su capacidad física o mental, aun y cuando tales métodos no causen dolor físico o angustia psíquica.

La CIDH ha señalado respecto de dicho ilícito, por ejemplo en el *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*,<sup>15</sup> que “se está frente a un acto de tortura cuando el maltrato cumple con los siguientes requisitos: i) es intencional; ii) causa severos sufrimientos físicos o mentales, y iii) se comete con determinado fin o propósito”.

## V. SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

Sin duda, uno de los derechos humanos más importantes es el derecho a la libertad personal. Se trata de una cualidad inherente a la persona que se posee por el solo hecho de serlo, y que le permite organizar su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.<sup>16</sup> Este derecho humano reviste una importancia tal que solo puede colocarse detrás del derecho a la vida.

La CADH reconoce el derecho humano a la libertad personal en su artículo 7o., el cual se encuentra redactado en los siguientes términos:

### Artículo 7o. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

<sup>15</sup> Sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párr. 110.

<sup>16</sup> Véase, Castilla, Karlos, *op. cit.*, pp. 46 y 47; Silva García, Fernando, *Jurisprudencia interamericana...*, *cit.*, pp. 159 y 160.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Las bases que sienta la CADH en relación con el derecho a la libertad personal hacen obligatoria su protección a través de los diversos mecanismos jurídicos existentes en la legislación interna.

En el derecho nacional, desde la perspectiva del principio de ofensividad, existen diversos tipos penales que se ocupan de proteger la libertad, así como la seguridad individual de las personas. Se trata, particularmente, de las distintas formas de atentados contra la libertad personal de movimiento y, dentro de ellas, muy especialmente, del delito de secuestro.

En los tipos penales contenidos en el CPF<sup>17</sup> —así como en aquellos previstos en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro (LGPSDMS)—<sup>18</sup> se describen las diversas conductas constitutivas de los delitos de privación ilegal de la libertad y secuestro; en todas ellas subyace la protección del derecho a la libertad y del derecho a la seguridad personal como base material del injusto.

Por lo demás, a través del tipo penal del delito de desaparición forzada de personas, el CPF brinda cobertura especial a las conductas desarrolladas por servidores públicos contra la libertad física, las cuales se convierten frecuentemente en detenciones o encarcelamientos arbitrarios.<sup>19</sup>

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los delitos contra la libertad personal de movimiento —para los cuales se prevé una circunstancia agravante específica que abarca la realización del delito por quien sea o haya sido servidor público—,<sup>20</sup> el delito de desaparición forzada de perso-

<sup>17</sup> Artículos 364 y ss. del CPF.

<sup>18</sup> Artículo 9o. y ss. de la LGPSDMS. Sobre las distintas modalidades típicas puede verse Ochoa Romero, Roberto Andrés, *La privación ilegal de la libertad. Especial referencia a los tipos penales contenidos en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro*, México, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 138 y ss.

<sup>19</sup> Véanse los artículos 215-A y ss. del CPF.

<sup>20</sup> Véase el artículo 10, fracción II, inciso a, de la LGPSDMS.

nas debe realizarse *siempre* por quien tenga el carácter de servidor público. Se trata, por tanto, de dos formas distintas de proteger la libertad y la seguridad personal.

En el caso del delito de desaparición forzada de personas, no cabe duda que también se coloca en entredicho otro derecho humano de importancia total: el derecho a la integridad personal. El hecho de propiciar o mantener el ocultamiento de una persona bajo cualquier forma de detención genera una situación de vulnerabilidad que facilita la comisión de otros delitos que atentan, básicamente, contra el referido derecho a la integridad personal. Lesiones físicas o agresiones sexuales son ejemplos frecuentes de esa clase de conductas.

## VI. SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de ofensividad o de estricta protección de bienes jurídicos representa un obstáculo material para la creación de las leyes penales. Se trata de un límite material del *ius puniendi* estatal, en el sentido de que solo se legitima la intervención del Estado —especialmente a través del derecho penal— allá en donde esta traiga consigo la protección de ciertos valores fundamentales para la vida social. Pero una vez que ha sido superado dicho criterio material, aparece con especial importancia el principio de legalidad como óbice formal para la aplicación de las leyes penales.

En los apartados anteriores se ha hecho, precisamente, un recuento de algunos derechos humanos que constituyen la base material del injusto en un buen número de tipos penales (*v. gr.*: homicidio, secuestro, desaparición forzada de personas, etcétera). En los epígrafes siguientes se exponen los alcances del principio de legalidad como cortapisa para la aplicación de las leyes penales que ya suponen la protección de tales valores. En este rubro existen importantes criterios de la CIDH.

Por principio de cuentas, la CADH reconoce la importancia que posee el fundamental principio de legalidad en la creación y aplicación de las leyes penales. Este principio se encuentra previsto en el artículo 9o. del Pacto de San José en los siguientes términos:

### Artículo 9o. Principio de Legalidad y de Retroactividad.

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

El artículo 9o. de la CADH puede ser dividido para su estudio en tres partes: *i*) nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable; *ii*) no se puede imponer una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, y *iii*) si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. El artículo 9o. hace referencia, por tanto, a la *garantía criminal*, a la *garantía penal* y a la aplicación retroactiva de la ley penal en beneficio del inculpaado.

En el orden jurídico nacional, la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), la garantía penal (*nullum poena sine lege*) y la posibilidad de aplicar la ley penal retroactivamente en beneficio se localizan en el artículo 14 de la CPEUM.

### 1. *Aproximación al contenido del principio de legalidad*

En todo Estado que se tenga por democrático y de derecho, la intervención del poder público en la esfera de derechos del ciudadano debe sujetarse a lo que marquen su Constitución y las *leyes* emanadas del Poder Legislativo que a ella se ajusten. Se trata, en realidad, de impedir toda suerte de arbitrariedades en el ejercicio del poder público.<sup>21</sup>

En materia criminal, el respeto al principio de legalidad es todavía más importante. De hecho, es homogéneo el criterio doctrinal que establece que solo la *ley formal* puede ser fuente directa del derecho penal.<sup>22</sup>

En efecto, tanto las conductas que pueden tener relevancia a efectos penales, como las penas que por ellas deban imponerse, deben estar debida y claramente recogidas en una ley formal.<sup>23</sup> De suerte tal que la exigencia de ley formal impide, además, toda clase de intromisión a cargo de autoridades distintas al Poder Legislativo, tanto en la definición de las conductas punibles como en la determinación de la naturaleza y cuantía de las penas que por su realización deban imponerse.

Es, por tanto, labor exclusiva del Poder Legislativo seleccionar las conductas que deban tener relevancia penal por lesionar o poner en peligro un valor fundamental para la vida en sociedad, así como establecer para cada uno de tales supuestos, la naturaleza y cuantía de las penas que constituyan su consecuencia natural.

<sup>21</sup> Así, Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 277.

<sup>22</sup> Véase, Cárdenas Rioseco, Raúl F., *El principio de legalidad penal*, México, Porrúa, 2009, pp. 27 y ss.; Gallardo Rosado, Maydelí, "Principio de legalidad penal", en *Fundamentos de derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2009, t. I, pp. 44 y ss.

<sup>23</sup> Cárdenas Rioseco, Raúl F., *op. cit.*, p. 28. Gallardo Rosado, Maydelí, *op. cit.*, pp. 45-47.

Por todo ello, el principio de legalidad es —como señala Vives Antón— un “principio de principios”. Mientras se reconoce a la legalidad como una esfera pública independiente de la moralidad individual, el principio de legalidad importa la delimitación de lo que puede prohibirse: bajo la vigencia de este principio no cualquier conducta puede ser materia de prohibición, sino que la intervención del Estado ha de limitarse a lo que resulte indispensable para proteger la coexistencia de los individuos.<sup>24</sup> A este principio, por tanto, deben sujetarse todas las actividades del Estado, máxime cuando se trata de afectar la esfera jurídica del ciudadano a través de la imposición de las distintas consecuencias jurídicas del delito.

Pero el principio de legalidad no abarca, en exclusiva, la creación de las normas penales y la determinación de las consecuencias jurídicas imponibles a quienes falten a ellas. Este principio impone, igualmente, la necesidad de que sea el juez predeterminado por la ley quien aplique tales consecuencias jurídicas y decida, asimismo, sobre su duración y eventual modificación.

Así, los referidos contenidos del principio de legalidad pueden ser abreviados en cuatro garantías:<sup>25</sup> *i*) garantía criminal; *ii*) garantía penal; *iii*) garantía jurisdiccional, y *iv*) garantía de ejecución.

Se trata, básicamente, de que sea la ley la que determine qué conductas merecen tratamiento penal (garantía criminal) por afectar de manera sensible valores fundamentales para la sociedad (principio de ofensividad y carácter fragmentario del derecho penal), qué penas y en qué cuantía deberán aplicarse a los que resulten responsables de su comisión (garantía penal), así como cuál será la autoridad encargada de imponer tales sanciones y de controlar su ejecución (garantía jurisdiccional y garantía de ejecución).

De acuerdo con el contenido del artículo 9o. de la CADH, resultan de particular interés la garantía criminal y la garantía penal.

## 2. *Alcances de la garantía criminal*

Conforme al artículo 9o. de la CADH, “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delic-

<sup>24</sup> Vives Antón, Tomas Salvador, “Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal”, en Díaz y García Conlledo, Miguel y García Amado, Juan Antonio (eds.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 297 y 298.

<sup>25</sup> En este sentido, Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 68; Zugaldía Espinar, José Miguel, *op. cit.*, pp. 276 y 277; Gallardo Rosado, Maydelí, *op. cit.*, pp. 38-44; Suárez Collia, José María, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid, Actas, 1991, pp. 48 y 49.

tivos según el derecho aplicable”. En consecuencia, solo podrá ser tratada como penalmente relevante una conducta cuando esta haya sido señalada como delito en una ley que sea producto del trabajo legislativo formal (lo que supone afirmar el principio de reserva exclusiva de ley).<sup>26</sup>

Es en la ley, por tanto, donde deben señalarse con claridad las conductas —acciones u omisiones— que podrán ser consideradas como delito. Ninguna otra acción u omisión, por reprochable que parezca, merecerá tratamiento penal si el legislador no la ha considerado y recogido como tal en una ley.<sup>27</sup>

La prohibición que plantea, en primer lugar, el artículo 9o. de la CADH, se refiere al conocido *principio del hecho*. Este principio comporta la exigencia de que el delito se traduzca en una actividad externa susceptible de apreciación sensorial y no en una actividad puramente interna ni en una forma de ser del sujeto.<sup>28</sup> Conforme a este principio, el delito solo es apreciable cuando le precede la realización de un hecho externo que es reflejo del plan criminal.

Conforme a este principio, no pueden ser sancionadas como delitos las conductas humanas que no se exterioricen mediante acciones u omisiones.<sup>29</sup> Tal prohibición supone, por tanto: *a*) que con el pensamiento no se delinque (*cogitationem poenam nemo patitur*), y *b*) que la forma de ser del autor no pueda ser considerada como presupuesto del delito o de las circunstancias que puedan comportar una agravación de la pena.<sup>30</sup>

De esta forma, el principio del hecho es uno de los ejes fundamentales del derecho penal (derecho penal de hecho), que no admite que los presupuestos del delito o de las circunstancias de agravación de este tengan como base la forma de ser del sujeto o su peligrosidad (derecho penal de autor). El derecho penal de autor, por su parte, elimina el carácter fáctico del derecho penal y lo convierte en un simple e inopinado instrumento de intervención estatal.

El principio del hecho es reconocido y admitido por la CIDH. En el *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*<sup>31</sup> señaló:

<sup>26</sup> Véase, Bettioli, Giuseppe, *Instituciones de derecho penal y procesal*, trad. de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Barcelona, Bosch, 1977, pp. 95-97. También, Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho constitucional penal*, 2a. ed., México, Porrúa, 2007, t. I, p. 101; Cárdenas Rioseco, Raúl F., *op. cit.*, p. 32; Gallardo Rosado, Maydelí, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

<sup>27</sup> En materia penal federal, véase el artículo 73, fracción XXI, inciso b, de la CPEUM.

<sup>28</sup> Véase, Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás Salvador, *op. cit.*, p. 343 (especialmente la nota 2). También, Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal, parte general*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 82.

<sup>29</sup> Zugaldía Espinar, José Miguel, *op. cit.*, p. 278.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 278 y 279.

<sup>31</sup> Sentencia del 20 de junio de 2005, serie C, núm. 126, párrs. 94-96.

En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. *En efecto, 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 precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.*

La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. *En fin de cuentas, se sancionaría al individuo —con pena de muerte inclusive— no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobre ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos...*

*En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención.*

De la mano del principio del hecho, es evidente que la garantía criminal es uno de los grandes logros de las sociedades modernas; esta vertiente del principio de legalidad permite la exclusión del ámbito de lo criminal de todas aquellas acciones u omisiones que, por muy graves que pudieran parecer desde la perspectiva moral, religiosa, ética o política, no han sido consideradas por el legislador a efectos de generar responsabilidad penal.

En efecto, la fundamental exigencia de legalidad en la previsión de las conductas cuya comisión arrastra la aplicación de sanciones penales, permite que el ciudadano pueda desarrollar su vida en absoluta libertad, sobre todo porque la certeza que la propia previsión típica produce sobre los alcances de lo punible tiene su reverso en la prohibición de ser condenado “por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos”.

La CIDH ha reconocido la vigencia del principio de legalidad en este sentido, al señalar en el *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*:<sup>32</sup>

...el Tribunal estima que al dictar la sentencia de 21 de noviembre de 1996 el Estado incurrió en una violación del principio de legalidad, por: tomar en cuenta como elementos generadores de responsabilidad penal la pertenencia

<sup>32</sup> Sentencia del 18 de noviembre de 2004, serie C, núm. 115, párr. 102.

cia a una organización terrorista y el incumplimiento de la obligación de denunciar y, *sin embargo, sólo aplicar un artículo que no tipifica dichas conductas*; por no especificar cuál o cuáles de las conductas establecidas en el artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475 eran las cometidas por la presunta víctima para ser responsable del delito.

Como puede verse, la responsabilidad penal solo puede surgir de lo dispuesto expresamente por la ley. La intervención del Estado en la esfera de derechos del ciudadano solo resulta legítima allá en donde la sanción penal se impone como consecuencia de una violación a la ley y siempre que a esta violación subyazca la lesión o puesta en peligro de los valores fundamentales para la vida en sociedad.

### 3. *Las exigencias de legalidad que impone la garantía criminal*

Tal y como lo dispone el artículo 9o. de la CADH, solo podrá ser considerada como delito una acción u omisión que el legislador haya señalado como tal en una ley. Pero esa ley, además, debe cumplir con los requisitos o exigencias que comporta el principio de legalidad en su vertiente de garantía criminal.

Las exigencias que trae consigo la garantía criminal son: *i*) ley previa; *ii*) ley escrita; *iii*) ley estricta, y *iv*) ley cierta.

Conforme a las señaladas exigencias, la ley que prevenga con pena una determinada acción u omisión deberá anticiparse al hecho (*ley previa*), estar plasmada en un cuerpo normativo que, precisamente por ello, proscriba la creación y aplicación de la ley penal por costumbre (*ley escrita*), impedir su aplicación analógica (*ley estricta*) y, especialmente, no dejar espacio a la indeterminación respecto al sentido o alcances de la prohibición (*ley cierta*).<sup>33</sup>

#### A. *La exigencia de ley previa*

Una exigencia básica de la garantía criminal es, precisamente, aquella que requiere que la ley que regule el hecho potencialmente delictivo se anticipe a su realización.<sup>34</sup> Si la ley que regula la acción o la omisión no

<sup>33</sup> Para Cárdenas Ríosco, la exigencia de certeza se traduce en la claridad, precisión y exactitud que debe imperar en la definición de los delitos y de las penas que por su ejecución deban imponerse. Cárdenas Ríosco, Raúl F., *op. cit.*, p. 35. En el mismo sentido, Gallardo Rosado, Maydelí, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

<sup>34</sup> En este sentido, Ojeda Velázquez, Jorge, *op. cit.*, p. 102; Cárdenas Ríosco, Raúl F., *op. cit.*, p. 65.

se anticipa al hecho, sencillamente no hay forma de conocer el contenido de la prohibición.

En opinión de Ojeda Velázquez, “la ley penal tiene solamente eficacia para las conductas cometidas después de su entrada en vigor y por tanto, no puede ser aplicada a acciones u omisiones anteriores a ella”.<sup>35</sup> En efecto, la ley que conmine con pena una determinada conducta, debe ser anterior al acto que pretenda prevenir. Pasar por alto la exigencia de ley previa, traería consigo un elevado índice de inseguridad jurídica que pondría al ciudadano en manos del Estado. Sería absolutamente intolerable suponer, siquiera, la aplicación de una ley penal a conductas que hayan tenido ocasión con anterioridad a su entrada en vigor.

La asunción de la prohibición o del mandato normativo, tanto como la valoración del bien jurídico que constituye el sustrato material del injusto, sería sencillamente imposible en aquellos casos en los que no se pueda conocer, antes de la realización de la conducta, cuál es el contenido de la ley que la prohíbe.<sup>36</sup>

Por otro lado, la exigencia de ley previa es igualmente relevante si se la mira desde la perspectiva del principio de culpabilidad, otro de los grandes principios limitadores del *ius puniendi*.

Las consecuencias que produce desde la perspectiva de la teoría jurídica del delito el llamado “error de prohibición” serían impensables allá en donde la conducta humana se hubiere realizado con el absoluto convencimiento de que no se infringe norma alguna. De ahí la necesidad de que la ley formal que sancione con pena una determinada conducta activa u omisiva se anticipe al hecho; solo de esta forma se puede hablar en puridad de culpabilidad, especialmente en aquellos casos en los que el autor del delito pretenda alegar un error —vencible o invencible— respecto de la reprobación jurídica del hecho.

En efecto, resultaría imposible afirmar la culpabilidad de una persona que no ha tenido oportunidad de conocer cuáles son las conductas que el Estado le ha prohibido. La exigencia de ley previa permite, así, que el ciudadano pueda distinguir entre las conductas prohibidas y aquellas otras que, en consecuencia, tiene permitidas. Todo esfuerzo por sustentar la función motivadora de la norma penal en los casos de violación a la exigencia de ley previa resultaría inútil.

<sup>35</sup> Ojeda Velázquez, Jorge, *op. cit.*, p. 102.

<sup>36</sup> Véase Nino, Carlos Santiago, *Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de derecho penal*, Buenos Aires, Gedisa, 2008, vol. 3, pp. 101 y 102.

Esta exigencia de ley previa se relaciona, asimismo, con la prohibición de retroactividad de la ley penal en perjuicio.<sup>37</sup> En palabras de Antolisei:

Si se atribuyera valor retroactivo a las normas que crean nuevos delitos, se castigarían hechos que no estaban prohibidos en el momento en que se cometieron y que, por tanto, debían considerarse lícitos, lo cual sería sumamente injusto. Pero no se trata solamente de injusticia. Aquí también está en entredicho la libertad individual, pues si las nuevas formas incriminadoras tuvieran eficacia retroactiva, nadie podría tener la seguridad de no soportar en adelante sanciones penales por los actos realizados, y los ciudadanos estarían expuestos a arbitrariedades y represalias por parte de los regidores del Estado.<sup>38</sup>

La CIDH ha reconocido la prohibición de retroactividad en el caso *De la Cruz Flores vs. Perú*.<sup>39</sup>

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 del delito. Asimismo, 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.

Evidentemente, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio se traduce (*a contrario sensu*), en la posibilidad de aplicar retroactivamente la ley penal en beneficio. Y es que, en estos casos, el Estado ya no considera el hecho como contrario a los intereses de la comunidad.<sup>40</sup>

Como lo indica el artículo 9o. de la CADH, “si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Así, conforme a lo señalado por la CIDH en el caso *De la Cruz Flores vs. Perú*, la aplicación retroactiva de la ley penal en beneficio es especialmente apreciable en los casos de derogación de la norma penal aplicable al caso (incluidas sus eventuales circunstancias agravantes), en los de modificación de los rangos de las penas señaladas como consecuencia jurídica del delito (cuantía/naturaleza), así como en los casos de la aparición de nuevos beneficios penitenciarios.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Véase, Suárez Collia, José María, *op. cit.*, pp. 50 y 51; Gallardo Rosado, Maydelí, *op. cit.*, pp. 68 y ss.

<sup>38</sup> Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general*, 8a. ed., trad. de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Bogotá, Temis, 1988, p. 73.

<sup>39</sup> Sentencia del 18 de noviembre de 2004, serie C, núm. 115, párr. 105.

<sup>40</sup> Antolisei, Francesco, *op. cit.*, p. 74.

<sup>41</sup> Véase, sobre los distintos supuestos y sus consecuencias, Ojeda Velázquez, Jorge, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

### B. *La exigencia de ley escrita*

La exigencia de ley escrita supone la interdicción de cualquier forma de injerencia de la costumbre como fuente directa del derecho penal.<sup>42</sup> La única fuente directa del derecho penal no puede ser otra que la ley formal que es resultado del trabajo legislativo y que aparece, materialmente, contenida en un instrumento *escrito*.

Conforme a los límites que marca la exigencia de ley escrita, resultarían absolutamente contrarias al principio de legalidad aquellas decisiones de la autoridad a través de las cuales se pretendiera tener por penalmente relevante una conducta que no esté dispuesta como tal en un cuerpo normativo escrito, o bien, cuando se pretenda aplicar por costumbre una pena no dispuesta como consecuencia jurídica de una determinada conducta tipificada.

La señalada exigencia de ley escrita es un presupuesto básico de seguridad jurídica. Esta exigencia brinda al ciudadano la certeza de que no se le podrá procesar ni castigar si no es, exclusivamente, por aquellas conductas que estén contenidas en los distintos cuerpos normativos de contenido penal.<sup>43</sup>

La posibilidad de que el ciudadano pueda acceder a un cuerpo normativo, le brinda certeza respecto de cuáles son las conductas que el legislador ha decidido prohibir o exigir, reforzando los alcances de la garantía criminal.

### C. *La exigencia de ley estricta*

La exigencia de ley estricta prohíbe la imposición de las penas por analogía. Esta exigencia implica que la aplicación de las penas lo sea siempre conforme a lo dispuesto en la ley que prevea tal posibilidad. Así, resultan abiertamente inconventionales aquellas decisiones de la autoridad en las que se pretenda *crear* responsabilidad criminal allá en donde no la hay conforme al texto legal, tanto como aquellas que impliquen *agravar* la responsabilidad penal allá en donde el legislador no ha dispuesto expresamente ningún supuesto agravatorio.

La prohibición de analogía permite que solo se castiguen aquellas conductas que se ajusten claramente a la previsión típica; asimismo, ordena que por la realización de tales conductas solo se impongan aquellas penas previstas por la ley.

<sup>42</sup> Véase, Antolisei, Francesco, *op. cit.*, p. 51; Gallardo Rosado, Maydelí, *op. cit.*, p. 45.

<sup>43</sup> No son gratuitas, por tanto, las funciones de *selección* y de *garantía* que se asignan al tipo en derecho penal. Véase, sobre este particular, Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 8a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 252 y 253.

En definitiva, la prohibición de analogía como procedimiento para la aplicación de la ley penal a supuestos que, no siendo idénticos, sí pudieran resultar similares, se sustenta, primero, en el monopolio del legislador en la selección y creación de las conductas penalmente relevantes y, en segundo lugar, en que dicho monopolio sugiere la proscripción de cualquier suerte de intervención de autoridades distintas al legislativo en la determinación de los alcances de la ley penal. Así, no es de recibo que la responsabilidad penal, o bien, su agravación, tenga como base la aplicación forzada o torcida de la ley penal a supuestos que no se ajustan claramente a ella.

La prohibición de analogía guarda una estrecha relación con el mandato de certeza o principio de taxatividad, el cual, como se verá más adelante, exige claridad y determinación en la previsión formal de las conductas típicas. En efecto, si el legislador falta a la exigencia de claridad en la construcción de los tipos penales (mandato de certeza o principio de taxatividad), traslada tal responsabilidad al intérprete, lo que no se “compadece en absoluto con la idea del monopolio del legislador en la definición de los tipos que el principio de legalidad, según su formulación tradicional, comporta...”.<sup>44</sup>

El principio de legalidad tiene, en este sentido, un claro alcance práctico que radica

...en la prohibición al juez de extender las normas que sancionan la aplicación de penas por vía analógica: de irrogar tales sanciones fuera de los casos que han sido expresamente previstos por el legislador. Éste reserva para sí mismo la facultad de determinar los hechos que constituyen delito, así como también las sanciones correspondientes. Por lo tanto, el juez no tiene poder de infligir tales sanciones a casos no considerados taxativamente por la ley ni de aplicar penas diferentes de las señaladas por ella, aunque considere que ello sería lógico, justo u oportuno, sobre la base de exigencias racionales o de ideales éticos o sociales.<sup>45</sup>

Hay que reconocer, por último, que el artículo 14, párrafo tercero, de la CPEUM, prohíbe la utilización de la analogía para los casos de *imposición*, o bien, de *agravación* de la responsabilidad penal, esto es, que abarca solo a los supuestos en los que la analogía se utiliza *in malam partem*. *A contrario sensu*, puede afirmarse que no existe obstáculo alguno para aceptar la aplicación de la ley penal por analogía *in bonam partem*.<sup>46</sup> En estos casos,

<sup>44</sup> Vives Antón, Tomás Salvador, *op. cit.*, p. 303.

<sup>45</sup> Antolisei, Francesco, *op. cit.*, p. 43.

<sup>46</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 382; Antolisei, Francesco, *op. cit.*, p. 70; Bettiol, Giuseppe, *op. cit.*, pp. 97 y 98; Cárdenas

la analogía no produce la adaptación de conductas que no están expresamente señaladas en la ley como generadoras de responsabilidad penal o como circunstancias que la agraven, sino que, por el contrario, produce un beneficio para el inculpaado en la forma de liberación de responsabilidad o de atenuación de la pena.<sup>47</sup>

#### D. *La exigencia de ley cierta*

La exigencia de ley cierta abraza el contenido del ya citado mandato de certeza o principio de taxatividad. Este principio obliga al legislador a ser lo más claro posible al momento de diseñar los tipos penales. Se trata, por tanto, de un deber de claridad y precisión en el diseño de las normas penales.<sup>48</sup>

En efecto, la ley penal debe señalar de forma *cierta* y *clara* la conducta prohibida; solo de esta forma es posible reconocer el contenido de la prohibición y, con base en ello, saber cuáles son las conductas que están, en consecuencia, permitidas.<sup>49</sup>

La utilización de conceptos indeterminados en el diseño de los supuestos legales permite la injerencia de los distintos aplicadores del derecho en la labor de concreción del contenido y alcances de la norma. En efecto, la violación al mandato de certeza permite que sean los distintos operadores jurídicos los que determinen, caso por caso, el sentido de la norma al momento de aplicarla, ya durante la investigación, ya durante la tramitación del proceso, definiendo a su criterio los alcances de la prohibición o del mandato. De esta manera, no sería realmente el legislador quien determinara cuáles son los casos abarcables por las distintas figuras legales, sino que dejaría en manos del operador del derecho la decisión respecto de qué casos serán ajustables a la figura típica y cuáles no.

El principio de legalidad exige —a través del mandato de certeza— la utilización de términos y conceptos fácilmente determinables por cualquier

Rioseco, Raúl F., *op. cit.*, pp. 112 y 113; Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Porrúa, 2007, p. 134. Cfr. Ojeda Velázquez, Jorge, *op. cit.*, pp. 183 y ss.

<sup>47</sup> Así, Zugaldía Espinar, José Miguel, *op. cit.*, pp. 299 y 300. Un ejemplo de analogía *in bonam partem* puede verse en Hernández-Romo Valencia, Pablo y Ochoa Romero, Roberto Andrés, “La inequidad de la remisión total de la pena y de la excusa absolutoria en los delitos patrimoniales del CPDF”, *Ars Iuris*, México, núm. 42, 2009, pp. 69 y ss.

<sup>48</sup> Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 132. También en Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 87 y 88.

<sup>49</sup> Zugaldía Espinar, José Miguel, *op. cit.*, p. 281.

persona, de forma tal que cualquiera pueda saber qué es realmente lo que el legislador está intentando prevenir a través de las distintas formas delictivas.<sup>50</sup> Las leyes, especialmente las penales, deben estar elaboradas con tal claridad que su contenido sea asequible para cualquier persona, lo que es propio de un Estado de derecho.

Por su parte, la violación al mandato de certeza trae como consecuencia que el ciudadano no pueda conocer realmente cuáles son los alcances de la prohibición o del mandato, lo que sin duda lo coloca a merced de la autoritaridad que finalmente interpreta y decide qué es lo que el legislador *pretendió* regular.

La CIDH se ha referido al mandato de certeza en el *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*<sup>51</sup> estableciendo:

...la Corte ha declarado en su jurisprudencia previa 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. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, la fijación de sus elementos y el deslinde de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales... Así, *la tipificación de un delito debe formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa, más aún cuando el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita*, teniendo en cuenta que el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano.

...el tipo penal del artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar no establece los elementos que constituyen la injuria, ofensa o menosprecio, ni especifica si es relevante que el sujeto activo impute o no hechos que atenten al honor o si una mera opinión ofensiva o menospreciante, sin imputación de hechos ilícitos, por ejemplo, basta para la imputación del delito. Es decir, *dicho artículo responde a una descripción que es vaga y ambigua y que no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que determinadas conductas sean penalizadas indebidamente a través del tipo penal de injuria. La ambigüedad en la formulación de este tipo penal genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionar su conducta con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad. Además, dicho artículo se limita a prever la pena a imponerse, sin tomar en cuenta el dolo específico de causar descrédito, lesionar la buena fama o el prestigio, o inferir perjuicio al sujeto pasivo. Al no especificar el dolo requerido, dicha ley permite que la subjetividad del ofendido determine la existencia de un delito, aún cuando el*

<sup>50</sup> Así, Dondé Matute, Javier, *op. cit.*, p. 52; Gallardo Rosado, Maydelí, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

<sup>51</sup> Sentencia del 20 de noviembre de 2009, serie C, núm. 207, párrs. 55-57.

sujeto activo no hubiera tenido la voluntad de injuriar, ofender o menospreciar al sujeto pasivo. Esta afirmación adquiere mayor contundencia cuando, de acuerdo a lo expuesto por el propio perito propuesto por el Estado en la audiencia pública del presente caso, en Venezuela “[n]o existe una definición legal de lo que es honor militar”.

De lo anterior se desprende que el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar *no delimita estrictamente los elementos de la conducta delictuosa*, ni considera la existencia del dolo, *resultando así en una tipificación vaga y ambigua en su formulación como para responder a las exigencias de legalidad* contenidas en el artículo 9o. de la Convención...

En efecto, cuando el legislador falta al mandato de certeza es imposible reconocer, *ex ante*, cuáles son los elementos del hecho que condicionan la tipicidad de la conducta. En tales condiciones, el ejercicio de adecuación a tipo —y con este la concreción de la prohibición o del mandato— queda en manos de los operadores jurídicos, lo que, en definitiva, no puede entenderse coherente con las máximas de un Estado de derecho.

#### 4. Alcances de la garantía penal

El principio de legalidad, como ya se ha dicho, no se agota con el contenido de la garantía criminal. La CADH establece que “tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

La garantía penal exige, por tanto, que sea el Poder Legislativo el encargado de señalar en la propia ley cuál es la naturaleza y cuantía de la pena aplicable para cada uno de los delitos. Ello supone dejar fuera del alcance de cualquier otra autoridad distinta al legislador, la determinación de la naturaleza y cantidad del castigo.

Cuando el legislador selecciona las conductas cuya prevención debe ser atendida por el Estado a través del derecho penal, designa también la naturaleza y cuantía de la sanción que, en su caso, resultará aplicable a quien aparezca como culpable de su comisión. Así, refuerza el mandato normativo a través de la función de prevención que se asigna a la conminación penal.

Conforme a esta fundamental garantía, no pueden imponerse como consecuencia jurídica de un delito aquellas penas que no hayan sido establecidas por el legislador en la ley como consecuencia de la realización de tales delitos, ni puede, tampoco, imponerse una pena en cantidad superior de la que se encuentre establecida en la propia ley aplicable en el momento de realización del delito.

Esta importante exigencia del principio de legalidad otorga certeza a todo ciudadano respecto de las consecuencias que puede enfrentar en caso de cometer un delito. Por ello, cuando se falta a esta exigencia de legalidad, se soslaya el monopolio del legislador respecto de la creación de las normas penales y de la determinación de las penas imponibles a los infractores. De suerte que resultan cuando menos discutibles, las disposiciones que permiten que sea el juez quien determine, caso por caso, las consecuencias jurídicas aplicables por la comisión de un delito.

Por lo demás, la decisión legislativa respecto a la naturaleza y cantidad de pena que puede imponerse como consecuencia jurídica de la comisión de un delito, se encuentra limitada por el principio de proporcionalidad.<sup>52</sup> Como señala el artículo 22 de la CPEUM, párrafo primero *in fine*, toda pena debe ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico que resulte afectado. Al respecto, la CIDH ha señalado en el caso *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*<sup>53</sup> que los niveles de severidad de la pena deben guardar relación con la gravedad de los hechos:

La Corte constata que la *Ley de Delitos contra la Persona* de Trinidad y Tobago de 1925, ordena la aplicación de la pena de muerte de manera automática y genérica para el delito de homicidio intencional y desconoce que éste puede presentar diversos órdenes de gravedad. De ese modo, la referida Ley impide al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena, pues se limita a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí, lo que, a la luz del artículo 4 de la Convención Americana, es sumamente grave cuando se encuentra en riesgo el bien jurídico mayor, que es la vida humana, y constituye una arbitrariedad en los términos del artículo 4.1 de la Convención.

De esta forma, la CIDH reconoce que toda pena debe guardar una relación de proporcionalidad con la gravedad del delito que pretende sancionar.

## VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 redimensionó el concepto de derechos humanos en el orden jurídico nacional. La modificación

<sup>52</sup> Sobre este principio véase, Hernández-Romo Valencia, Pablo, “El principio de proporcionalidad”, en *Fundamentos de derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2009, t. I, pp. 123 y ss.

<sup>53</sup> Sentencia del 21 de junio de 2002, serie C, núm. 94, párr. 103.

que produjo sobre el texto del artículo 1o. de la CPEUM permite la aplicación directa de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte. Así, adquieren especial relevancia los criterios interpretativos que al respecto ha dictado la CIDH.

En el ámbito penal sustantivo es una realidad que el Estado mexicano debe considerar como objeto jurídico de protección a los derechos humanos reconocidos en la CADH. Pero también es verdad que la recepción de tales derechos humanos como objeto de protección en el derecho punitivo interno no es de suyo suficiente para que el Estado mexicano cumpla con sus obligaciones como Estado parte de la CADH. Hace falta que las previsiones legislativas que se sustenten sobre la base de tales objetos de protección cumplan con las exigencias dimanantes del principio de legalidad, muchas de las cuales han sido claramente reconocidas y asumidas por la CIDH.

El cumplimiento de las exigencias básicas del principio de legalidad es la única vía para que el Estado mexicano pueda intervenir legítimamente la esfera de derechos del ciudadano. El principio de legalidad constituye, por tanto, un límite a la intervención del Estado que resulta especialmente atendible cuando se trata de afectar un derecho humano de importancia total como la libertad personal.

