

El principio de legalidad penal desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

The principle of legality from the perspective of
Inter-American Court of Human Rights ¹

ALEJANDRO AYALA GONZÁLEZ

Resumen: El principio de legalidad penal se ha consagrado en el panorama internacional como un auténtico derecho humano y subjetivo, habiendo sido reconocido como tal por el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este precepto ha sido objeto de un escueto pero ilustrativo desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este trabajo examina la configuración que se le ha otorgado al principio en el sistema regional americano de protección de los derechos humanos. Tras un sucinto repaso de las garantías y los mandatos del principio, se analizan los casos más relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.

Palabras clave: principio de legalidad penal, *nullum crimen nulla poena sine lege*, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 9.

Abstract: The principle of legality in the field of criminal law has been enshrined internationally as a human right, and has been recognized as such by Article 9 of the American Convention on Human Rights. This provision has been the object of a brief but illustrative jurisprudential development on behalf of the Inter-American Court of Human Rights. This paper examines how the principle has been construed within the Inter-American

¹ Este artículo tiene su origen en el Trabajo de Fin de Grado que el autor presentó, bajo la dirección académica de la Dra. Dña. Florabel Quispe Remón, para la finalización de sus estudios en la Universidad Carlos III de Madrid.

human rights system. After a brief review of the guarantees and the rules comprised by the principle, the article will analyze the most relevant cases of the Inter-American Court on the subject.

Keywords: principle of legality, *nullum crimen nulla poena sine lege*, American Convention on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, article 9.

Artículo recibido: 5/10/2018 Aceptado: 17/12/2018

Sumario:

1. Introducción
2. Breve apunte sobre las garantías y el contenido del principio de legalidad penal
3. La interpretación del principio de legalidad penal en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
 - 3.1. El carácter fundamental y transversal del principio de legalidad penal en el Sistema Interamericano
 - 3.2. El laxo entendimiento de la Corte Interamericana del sub-principio de *lex scripta*
 - 3.3. La confirmación jurisprudencial de los mandatos *lex certa* y *lex stricta*
 - 3.4. Las cuestiones de la irretroactividad y de la garantía penal
4. Conclusiones
5. Bibliografía
6. Referencias jurisprudenciales

1. Introducción

El principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) surgió como un clamor de las Revoluciones Liberales con el fin de limitar el ejercicio soberano del *ius puniendi*. Desde entonces, se ha consagrado como uno de los principales pilares del Derecho Penal moderno, en particular, y del Estado de Derecho, en general: estos dos últimos no pueden existir sin la presencia del primero.

A raíz de las barbaries bélicas vividas en la Gran Guerra, y sobre todo, la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional entendió la importancia del principio de legalidad y optó por consagrarlo en diferentes instrumentos convencionales como un auténtico derecho humano y subjetivo (Dondé Matute, 2007). Entre otros instrumentos, el principio ha sido entronizado como tal en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en adelante, la Convención).

El objeto de este trabajo es analizar el nivel de protección otorgado al principio por el sistema interamericano, analizando para ello la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en lo sucesivo, la Corte) sobre el señalado artículo 9 de la Convención.

2. Breve apunte sobre las garantías y el contenido del principio de legalidad penal

Antes de considerar la jurisprudencia interamericana, conviene recordar brevemente el alcance y contenido del principio². Bajo el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tradicionalmente se han distinguido cuatro garantías y cuatro subprincipios que, conjuntamente, se dirigen a prevenir la arbitrariedad judicial y la consiguiente inseguridad jurídica en el ámbito penal. Estas garantías, inalienables e inviolables de los indivi-

2 Analizar su fundamento excede del objeto de este trabajo; remítase al efecto a GARCÍA PÉREZ, 2018.

duos frente al *ius puniendi* del Estado, son las siguientes:

- i. La garantía criminal (*nullum crimen sine lege*): no se puede castigar como infracción penal ninguna conducta que no haya sido determinada previamente como tal por una ley (CARBONELL MATEU, 1995).
- ii. La garantía penal (*nulla poena sine lege*): no es posible imponer una pena o una pena más grave que no haya sido establecida previamente por una ley para sancionar la conducta objeto de sanción (OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 1981).
- iii. La garantía jurisdiccional (*nulla poena sine legale iudicium*): la responsabilidad penal y su consecuente sanción sólo pueden determinarse por los órganos jurisdiccionales competentes de acuerdo con el procedimiento que haya sido legalmente establecido de manera previa a los hechos (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, 2015).

La garantía de ejecución: la ejecución de la sanción impuesta debe hacerse en conformidad con los procedimientos y requisitos previamente recogidos en una ley (GÓMEZ RIVERO, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, NÚÑEZ CASTANO, 2010).

Para evitar que el principio de legalidad penal quede vacío de contenido y se respeten sus subyacentes garantías, deben cumplirse los siguientes requisitos (los cuales constituyen los referidos subprincipios):

- i. Reserva de ley (*lex scripta*): las conductas punibles (delitos) y sus consecuentes sanciones (penas) deben tener un fundamento legal, un fundamento legislado en una norma con rango de ley en sentido estricto (GÓMEZ RIVERO, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, y NÚÑEZ CASTANO, 2010)³, lo que vendría a subrayar el sustrato político-demo-

3 Nótese que dada la naturaleza del Derecho Internacional, se ha defendido que este mandato pueda verse flexibilizado a fin de darle cobertura y mejor encaje. En este sentido, AMBOS, 2005.

crático del que se reviste el principio (GARCÍA RIVAS, 1996).

- ii. Taxatividad (*lex certa*): tanto el delito como sus consecuencias jurídicas deben estar formulados con la máxima concreción posible para así permitir una precisa subsunción de los hechos en la norma y anticipar sus consecuencias jurídicas (GÓMEZ RIVERO, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, NÚÑEZ CASTANO, 2010).
- iii. Interdicción de analogía (*lex stricta*): se prohíbe la analogía in malam partem en el Derecho penal y se exige un mínimo grado de precisión de la ley, suprimiendo la posibilidad de aplicarla de manera extensiva a supuestos que no estén contemplados en ella, aunque sean similares (MIR PUIG, 1984).
- iv. Prohibición de retroactividad (*lex praevia*): se veda la aplicación de leyes penales desfavorables a situaciones de hecho anteriores a su existencia (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, 2015)⁴. No obstante, este mandato se encuentra modulado por el principio «favor libertatis», el cual permite la aplicación retroactiva de las leyes cuando estas son favorables (LAMARCA PÉREZ, 2012).

A pesar de la claridad e incontrovertida naturaleza de las garantías y los subprincipios, la Corte no ha mostrado un parecer del todo coherente y consistente con ellos.

3. La interpretación del principio de legalidad penal en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Bajo el subtítulo de «Principio de Legalidad Penal y de Retroactivi-

4 Debe diferenciarse entre aplicación retroactiva y aplicación retrospectiva. Mientras que la primera supone que la norma se aplica a situaciones de hecho consumadas, terminadas, la segunda hace referencia al fenómeno en el que se aplica a situaciones de hecho que están produciéndose en el momento de la entrada en vigor de la ley. A este tenor, no existe acuerdo pleno en el Derecho Comparado ni a nivel doctrinal ni a nivel jurisprudencial sobre si el principio alcanza a ambas nociones o tan sólo a la retroactividad.

dad», la Convención estipula en su artículo 9:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas 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 desarrollo jurisprudencial de este precepto llevado a cabo por la Corte no ha sido muy profuso, ni cuantitativa ni cualitativamente. Sin embargo, es posible señalar algunas reglas y pautas generales que rigen la aplicación del principio en el ámbito del sistema interamericano.

3.1. El carácter fundamental y transversal del principio de legalidad penal en el Sistema Interamericano

La primera característica que debe señalarse es el carácter fundamental y transversal que se le otorga al principio. La naturaleza elemental viene reconocida implícitamente por la propia Convención. El artículo 27 estipula en su primer apartado cuanto sigue:

En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amanece la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Sin embargo, enunciada esta cláusula en su primer apartado, reglón seguido excluye de esta disposición a una serie de artículos, entre los que se encuentra el número 9⁵. De esta manera, al principio de legalidad pe-

5 El régimen de protección no aplica a los artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y

nal se le otorga, junto a un núcleo duro de derechos humanos, un régimen extraordinario de protección que revela su importancia sistemática como elemento vertebrador del sistema interamericano⁶.

Por su parte, la transversalidad del principio ha sido definida por la propia Corte. En su jurisprudencia ha entendido que el artículo 9 no se ciñe en exclusiva a la jurisdicción penal sino que es también predicable del Derecho sancionador administrativo o de cualquier manifestación del poder punitivo del Estado⁷. De esta manera, el principio ha de ser entendido como una garantía transversal en la Convención que ha de operar en todos los órdenes jurisdiccionales y no solo en el ámbito penal (Londoño Lázaro, 2010).

3.2. El laxo entendimiento de la Corte Interamericana del subprincipio de *lex scripta*

El articulado de la Convención hace referencia a expresiones tales como «previsto por la ley» o «prescritas por la ley» en distintos preceptos

23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

6 La Convención no recoge ninguna previsión similar a de la denominada «cláusula Núremberg», la cual sí se recoge, por ejemplo, en el artículo 7.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, Convenio Europeo). A grandes rasgos, esta cláusula permite excepcionar el principio de legalidad penal en aquellos casos en los que una acción o una omisión, en el momento de su comisión, pueda considerarse un ilícito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Ante la ausencia de previsión en este sentido, normativamente no existe ningún límite para aplicar el artículo 9. Para profundizar sobre la naturaleza y alcance de esta cláusula, véase GIL GIL, 2010. En todo caso, que los principios generales del Derecho sean fuente tipificadora de ilícitos no está exento de crítica por la inherente ambigüedad que se desprende de ellos (ÁLVAREZ GARCÍA, 2009), si bien debe compartirse, a pesar de ello, la tesis de que en el ámbito internacional el principio no ha de interpretarse de la misma manera en que lo es en los ordenamientos internos (FERNÁNDEZ PONS, 2002).

7 SCIDH 02.02.2001, Baena Ricardo y otros c. Panamá. párr. 106 y 107.

ajenos al principio de legalidad penal (artículos 4.2, 12.3, 13.2, 15, 16.2, 22.3, 30). Estas alusiones, se entiende, aluden a la ley en sentido formal. Sin embargo, el artículo 9 no se refiere expresamente a «la ley» sino al «derecho aplicable». Por ello, surge la cuestión de si los términos «ley» y «derecho aplicable» son sinónimos e intercambiables entre sí.

De conformidad con el artículo 30 de la Convención:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictan por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Atendiendo al contenido de este y el resto de preceptos señalados, se ha determinado que la Convención instituye a la «ley» como única fuente limitadora de derechos humanos⁸. Por tanto, la determinación del contenido y alcance del concepto «ley» es vital para la formulación del principio de legalidad penal en el ámbito de la Convención, pues, si el principio se configura como un verdadero derecho humano y subjetivo, el disfrute de sus manifestaciones tan sólo podrán ser limitadas por la «ley».

La Corte ha definido el principio de legalidad como «aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al ‘ejercicio efectivo de la democracia representativa’, que se traduce» *inter alia* «en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la orde-

8 OC-6/86 de 9.5.1986, párr. 23. En los subsiguientes párrafos se definen las condiciones que las restricciones de derechos humanos deben satisfacer, las cuales apelan, en esencia, a la idea de interés general, necesidad y proporcionalidad. Es lo que se ha denominado el «control de legalidad».

nación al bien común», afirmando que «sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención», sin perjuicio de las delegaciones legislativas que sean conformes al ordenamiento jurídico⁹.

De este pronunciamiento, se deducen dos notas. Por un lado, la Corte parece acoger el ya aludido sustrato político-democrático que irradia al propio principio de legalidad. Por otro lado, es claro que la Corte conecta y relaciona directamente la tutela de los derechos humanos con los regímenes democráticos (García Ramírez y Morales Sánchez, 2011).

Consecuentemente, teniendo en cuenta este último pronunciamiento, la configuración del principio de legalidad penal como un derecho subjetivo, y su articulación como elemento fundamental y transversal, parece que una lógica sistemática llevaría a la conclusión de que en el ámbito de la Convención el subprincipio *lex scripta* estaría respetado en su perspectiva más formalista: por «derecho aplicable» debería entenderse ley en sentido formal. Solo esta norma cumpliría con las exigencias democráticas y de legitimidad que enarbola la Corte. Así, tan solo la ley en sentido estricto podría definir los tipos delictivos y sus consecuencias sancionadoras. No obstante, la Corte no ha sido consistente con esta línea argumentativa.

En el caso *Cantoral Bernavides c. Perú* entendió que los delitos de terrorismo y traición a la patria estaban vigentes en el momento en el que cometieron los hechos, por más que dichos tipos delictivos se encuentran recogidos en dos decretos-leyes¹⁰. Por otro lado, en el asunto *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, aunque se reconoció que ciertas disposiciones vio-

9 OC-6/86 de 9.5.1986, párr. 32-36.

10 SCIDH de 18.8.2000, *Cantoral Bernavides c. Perú*. párr. 157. Si bien es cierto que la discusión se centraba en la taxatividad de la redacción de las normas –como se verá infra–, es recalable que la Corte no se pronunciase negando la virtualidad de un decreto-ley como instrumento tipificador de delitos. Nótese que los decretos-leyes tienen rango de ley en el sistema de fuentes en el ordenamiento peruano, pero emanan del Poder Ejecutivo y no del Legislativo. De ahí la postura crítica tomada pues, entre otras cosas, contradice el sustrato democrático que ha defendido la Corte.

laban la Convención –por cuanto el Estado no había tomado las medidas necesarias para evitar la vulneración de las garantías previstas en el instrumento internacional–¹¹, la Corte no se pronunció con respecto a la entidad jurídica de la fuente de dichas violaciones (decretos-leyes) y su virtualidad para tipificar delitos.

Consecuentemente, parece que es suficiente que el Estado otorgue validez a sus normas jurídicas para que la Corte lo esgrima como un dato normativo relevante a efectos de respetar del artículo 9 y les confiera a dichas normas el carácter de «derecho aplicable» en materia de jurisdicción penal, sin importancia del rango normativo o la procedencia de la norma en cuestión (Guzmán Dalbora, 2010). De hecho, en el caso Cantoral Bernavides c. Perú afirmó que «las normas sobre los delitos de terrorismo y traición a la patria» se encontraban «vigentes en el Estado a la época de los hechos de esta causa»⁵¹², por lo que de manera implícita entendió que era «derecho aplicable» a efectos penales. De esta manera, la Corte relega el requisito de reserva de ley a un segundo plano, permitiendo que normas elaboradas por el Poder Ejecutivo (decretos-leyes) puedan tipificar delitos y sus penas asociadas.

Este enfoque de la Corte vacía de contenido uno de los pilares del principio de legalidad penal al hacer una interpretación extensiva de la noción «derecho aplicable» al que el artículo 9 de la Convención se refiere, en detrimento del fundamento democrático del que tradicionalmente el principio se ha revestido (y que la propia Corte ha reconocido expresamente). De hecho, resulta materialmente incongruente con lo ya señalado *supra* respecto al artículo 30 de la Convención y con el parecer de la Corte en lo relativo a la imposibilidad de limitar los derechos humanos por un instru-

11 SCIDH de 30.5.1999, Castillo Petruzzi y otros c. Perú. párr. 204 y ss. De nuevo, la controversia no versaba sobre una violación del artículo 9 de la Convención, pero la resolución es clarificadora a los efectos de la discusión.

12 SCIDH de 18.8.2000, Cantoral Bernavides c. Perú. párr. 157.

mento distinto a la ley en sentido formal.

La exégesis planteada, incluso, contradice las normas y estándares internacionales de interpretación. Dejando a un lado su alcance subjetivo y objetivo, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), en su artículo 31.1, determina que los instrumentos convencionales deben interpretarse conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de los tratados, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Pues bien, el sentido corriente que correspondería a «derecho aplicable», hablando del principio de legalidad penal, sería ley en sentido estricto, procedente del Poder Legislativo (pues este sería el contexto, fin y objeto de la cláusula del artículo 9).

De hecho, el propio precepto, cuando en su segundo inciso se refiere a la retroactividad favorable (que se analiza *infra*), articula el concepto «ley». Así, en tanto que en los Estados Americanos signatarios la tipificación y punibilidad de una acción se realizan en un mismo texto normativo, la lógica sistemática debería guiar a pensar que en el precepto el «derecho aplicable» es equivalente a la «ley»¹³. No obstante, no lo ha entendido así el

13 No puede obviarse que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 11); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 15, el cual, básicamente, reproduce de manera literal el referido artículo 11)-; y el Convenio Europeo de 1953 (artículo 7) –esto es, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos anteriores a la Convención que consagraron el principio de legalidad penal–, no señalan a la Ley como fuente tipificadora de conductas sino que aluden al «derecho nacional o internacional» al efecto, lo cual se debe a motivos históricos singulares de enorme repercusión en el Derecho Internacional (el fin de la Segunda Guerra Mundial). De hecho, en el ámbito europeo, diferentes preceptos del Convenio contienen expresiones tales como «previstas por la ley» o «establecidas por la ley» [arts. 5.1.b), 6.2, 9, 10 y 11]. Si bien no se refieren al principio de legalidad directamente, el Tribunal no distingue entre esta terminología y la utilizada en el referido artículo 7 («según el derecho nacional o internacional»), pues en su jurisprudencia ha reconocido que se entienden de forma homogénea y reemplazable -STEDH de 22.11.95, caso S. W. c. Reino Unido y STEDH de 22.11.95, caso C. R. c. Reino Unido, entre otras-. Es decir, el concepto «ley» manejado en el instrumento convencional es análogo al empleado en el artículo 7, siendo intercambia-

órgano supremo en el ámbito interamericano de los derechos humanos.

En definitiva, en lo que al mandato de reserva de ley se refiere, la postura (implícita) de la Corte no es del todo respetuosa con la génesis del principio de legalidad penal.

3.3. La confirmación jurisprudencial de los mandatos *lex certa* y *lex stricta*

Si la jurisprudencia de la Corte, como se ha visto, no es del todo consistente en lo referente al subprincipio de *lex scripta*, no parecería acertado realizar la misma afirmación con respecto a sus pronunciamientos relacionados con el mandato de especificidad¹⁴.

El comienzo de los razonamientos de la Corte debe ubicarse en el caso *Loayza Tamayo c. Perú*, pues allí enfatizó la necesidad de determinar los tipos penales con la mayor taxatividad posible. La cuestión principal de la controversia era que las disposiciones que tipificaban la traición a la patria y el terrorismo eran sumamente similares hasta tal punto que aquella

bles para el Tribunal Europeo. En esta línea, con independencia de la rama del Derecho que se discuta, el término «ley» manejado en el Convenio recoge tanto la ley escrita como la no escrita, es decir, incluye el Derecho de origen legislativo como el de origen no legislativo (jurisprudencial) –STEDH de 26.04.79, caso *The Sunday Times c. Reino Unido*–. Por «ley» debe entenderse Derecho vigente en un determinado régimen jurídico, que abarca tanto las normas escritas como la jurisprudencia que las interpreta –STEDH de 24.04.90, caso *Kruslin c. Francia*–. Ahora bien, la única razón de ser de esta línea interpretativa es la necesidad de cobijar, bajo el mismo instrumento internacional, dos tradiciones jurídicas tan dispares como el common law y el derecho románico-germánico.

14 En sentido contrario, GUZMÁN DALBORA, 2010. Lo que (entiendo que) subyace bajo el razonamiento del autor no es tanto una crítica a la postura de la Corte frente a los tipos abierto y ambiguos sino más bien una censura a la aceptación por parte de la Corte de ciertas tendencias legislativas dirigidas a reprimir el terrorismo en el continente sudamericano. Ciertamente, la postura del órgano frente a la legislación antiterrorista no está exenta de críticas pero, pese a ello, entiendo que esta posición de la Corte poca vinculación tiene con los mandatos de *lex certa* y *lex stricta*.

podía ser entendida como una figura agravada de esta. En consecuencia, dado que la traición a la patria debía ser juzgada ante tribunales castrense «sin rostro» mientras que el delito de terrorismo debía serlo ante órganos judiciales ordinarios, la similitud en las descripciones típicas podía otorgar un alto nivel de arbitrariedad para procesar a un individuo en la jurisdicción militar o civil, con las respectivas y desfavorables consecuencias procesales y punitivas asociadas al primero de los supuestos.

Aunque no se impugnó esta realidad vía artículo 9 de la Convención –sino artículo 8.4, sobre garantías judiciales¹⁵–, la Corte señaló que «el delito de traición a la patria que está estrechamente vinculado al delito de terrorismo, como se deduce de una lectura comparativa» de la normativa de referencia, de tal manera que «[a]mbos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la ‘propia Policía (...)’»¹⁶. De esta manera, la Corte rechazó las tipificaciones ambiguas y confusas.

Citando dicho razonamiento, y ya desde la perspectiva del artículo 9, en el caso *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, apreció la violación del artículo 9 de la Convención por la ambigüedad de las redacciones de los tipos penales de traición a la patria y terrorismo¹⁷. La misma decisión se adoptó, con respecto a los mismos delitos, en el caso *Cantoral Benavides c. Perú*, en el que se señaló además que «[a] la luz de las disposiciones transcritas, considera la Corte que las definiciones de los delitos de terrorismo y traición a la patria utilizan expresiones de alcance indeterminado en relación con las 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. De otro lado, la inclusión de modalidades tan

15 El artículo 8.4 de la Convención reza como sigue: «El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.»

16 SCIDH de 17.09.1997, Loayza Tamayo c. Perú, párr. 67 y 68.

17 SCIDH de 30.5.1999, Castillo Petruzzi y otros c. Perú, párr. 113 a 122.

amplias de participación en la realización del correspondiente delito (...) descaracteriza la definición del sujeto calificado de la traición a la patria y acerca esta figura delictiva a la de terrorismo, hasta el punto de asimilarla con ella»¹⁸. Con este razonamiento, la Corte condenó la violación del sub-principio de taxatividad e, indirectamente, censuró la conculcación de la interdicción de analogía in *malam partem*.

Dicho lo anterior, debe señalarse que no todos los pronunciamientos de la Corte respecto del mandato *lex certa* (e, implícitamente, *lex stricta*) versan sobre la normativa antiterrorista peruana. Así, en el caso *Kimel c. Argentina* se analizó la violación del artículo 9, aun cuando ni la Comisión ni los representantes la habían alegado. El asunto traía causa de una condena por un delito de injurias y calumnias en la que pronunciamiento podía ser contradictorio con el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13 de la Convención). Razonando como en ocasiones anteriores que es la ley (en sentido estricto) la única norma que puede restringir la libertad de información¹⁹, señaló que, en tanto que esta era en el supuesto de hecho una ley penal, «era preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad» de tal suerte que debían «formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa»²⁰. Indicando esto, la Corte utilizó los propios razonamientos del Estado en los que reconocía la deficiente regulación penal en la materia y entendió que la tipificación contravenía el artículo 9 de la Convención²¹.

En ningún momento razonó en qué manera se producía esta conculcación, pero se puede deducir que la redacción de los tipos fue vista como poco precisa. La Corte apuntó en primer término que en el ordena-

18 SCIDH de 18.08.2000, Cantoral Benavides c. Perú, párr. 155.

19 OC5/85 de 13.11.1985. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) y SCIDH 22.11.2005, Palamara Iribarne c. Chile, entre otros.

20 SCIDH 02.05.2008, Kimel c. Argentina, párr. 63.

21 *Ibid.*, párr. 66 y 67.

miento argentino la injuria se definía como «deshonrar o desacreditar a otro» y que el Código Penal castigaba «la calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública». Acto seguido advirtió que si en primera instancia se había condenado por un delito de injurias, en el segundo lo fue por un delito de calumnias. Parece que lo que subyace es que el cambio de calificación jurídica se debió a la parquedad de los términos del legislador.

Como consecuencia, el uso de términos ambiguos y abiertos, la existencia de elementos comunes en diferentes tipos penales y la imprecisión en el deslinde entre estos hacen que el procedimiento a seguir, el tribunal competente y la sanción aplicable se vean repercutidos. Y ello otorga, según la (acertada) opinión de la Corte, un amplio margen de arbitrariedad a las autoridades y da paso a una integración analógica intolerable²². Así, la jurisprudencia interamericana ha declarado que el artículo 9 impone la obligación de definir las acciones u omisiones delictivas de manera precisa y clara²³, expresando sin equívoco la conducta incriminada y diferenciándola de otros comportamientos²⁴. Se deben definir los elementos y alcance de las conductas típicas, los bienes u objetos contra los que se dirigen y el efecto social que tienen sobre el colectivo social²⁵, de tal manera que la definición típica fije sus elementos para poder deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales²⁶.

Por tanto, la Corte parece haber tomado una postura más conservadora en lo referente a los subprincipios de *lex certa* y *lex scripta*, pues ha mostrado (aun implícitamente en ocasiones) su reparo a la utilización de

22 SCIDH 25.11.2004, *Lori Berenson Mejía c. Perú*. párr. 119.

23 SCIDH de 20.06.2005, *Fermín Ramírez c. Guatemala*. párr. 90

24 SCIDH de 30.5.1999, *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*. párr. 119 y 121.

25 SCIDH de 18.8.2000, *Cantoral Bernavides c. Perú*. párr. 155.

26 SCIDH de 25.11.2004, *Lori Berneson Mejía c. Perú*, párr. 117.

tipos penales ambiguos y a la subsecuente analogía (Orta Rodríguez, 2013).

3.4. Las cuestiones de la irretroactividad y de la garantía penal

En este estado de la cuestión, quedaría analizar el mandato de interdicción de la retroactividad penal (desfavorable). A este respecto, la Corte ha tomado las notas de accesibilidad y previsibilidad como elementos a tener en cuenta a la hora de valorar la imposición de una pena. Esta actuación no es original en el ámbito de los derechos humanos pues su máximo valedor es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Tribunal Europeo). Aun así, la Corte ha acogido este parecer si bien no ha sido objeto de un desarrollo jurisprudencial tan amplio como en el viejo continente²⁷.

Esta asunción conceptual puede apreciarse en los casos *Baena Ricardo y otros c. Panamá* y *De la Cruz Flores c. Perú*, en los que estipuló 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»²⁸.

Apuntado lo anterior, los pronunciamientos de la Corte en referencia a la posible violación del mandato de irretroactividad parecen acordes y coherentes con la lógica del subprincipio. En el caso *García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, la Corte condenó al Estado por violación del artículo 9 de la Convención por la aplicación de su Código Penal de 1991 a hechos que habían tenido lugar entre los años 1987 y 1990²⁹. En el caso *De la Cruz*

27 En la STEDH 26.4.1979, *The Sunday Times c. Reino Unido*, el Tribunal Europeo acogió estas dos notas como elementos esenciales para la protección de los derechos humanos, habiendo desarrollado posteriormente ambas en su jurisprudencia y habiéndolas aplicado en sus razonamientos relativos al principio de legalidad penal (artículo 7 del Convenio Europeo). Para un análisis completo sobre el artículo, remítase a MURPHY, 2010.

28 SCIDH 02.02.2001, *Baena Ricardo y otros c. Panamá*, párr. 107 y SCIDH 18.11.2004, *De la Cruz Flores c. Perú*, párr. 104.

29 SCIDH de 25.11.2006, *García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, párr. 207 y 208.

Flores c. Perú, en el que se había condenado a una médico cirujana antes de la entrada en vigor del decreto-ley en virtud del cual se le había sentenciado, la Corte entendió que el Estado había violado el principio de legalidad penal en la medida en que se le había aplicado una pena más grave que la que estaba prevista en el momento de los hechos³⁰.

En este último asunto afirmó rotundamente 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 del delito (...) una persona no puede ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o perseguible cuando fue cometido»³¹.

A pesar de la determinación señalada, lo cierto es que puede apreciarse cierta incongruencia sistemática entre las resoluciones de la Corte. Por un lado, el órgano se entiende competente para conocer de hechos que, comenzando antes de que el Estado parte reconociera su competencia, persisten una vez dicho Estado ha firmado la Convención. Al efecto, esgrime una renuncia implícita por parte del Estado de cualquier limitación temporal al ejercicio de dicha competencia³². Con ello, la Corte pretende conocer de aspectos relacionados con las desapariciones forzadas (materia sobre la que tradicionalmente ha conocido) que acaecieron antes del

30 SCIDH 18.11.2004, De la Cruz Flores c. Perú. párr. 109.

31 *Ibid.*, párr. 105.

32 SCIDH de 02.07.1996, Blake c. Guatemala. párr. 39 y 40 o, más recientemente, SCIDH de 27.11.2008, Ticona Estrada y otros c. Bolivia. párr. 29 y 30 y SCIDH de 26.11.2008, Tiu Tojín c. Guatemala, párr. 29 y 30, entre otras. Se trata de una consideración criticable desde la perspectiva de que ciertamente la concepción más acertada con el principio de legalidad es atender a la teoría de la acción -y no a la del resultado, como hace la Corte- para determinar cuándo se entiende cometido el hecho y poder definir así cuándo existe retroactividad, de acuerdo con CARBONELL MATEU, 1995. En todo caso, esta autoatribución competencial no es excepcional si atendemos a la tendencia cuasi-penal que puede haber adoptado la Corte, tal y como sugiere HUNNEUS, 2013.

reconocimiento estatal de su competencia, produciéndose una suerte de aplicación normativa retrospectiva³³.

Sin embargo, por otro lado, la Corte ha afirmado que las normas procedimentales no se encuentran al amparo del principio de legalidad «a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable o en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal»³⁴. El momento de referencia para determinar la retroactividad es el acto procesal y no el de la comisión del delito, que es el que se considera en la aplicación de las normas sustantivas³⁵.

Pues bien, esto puede ser incongruente con los pronunciamientos de los casos *Blake c. Guatemala, Ticona Estrada y otros c. Bolivia, Tiu Tojín c. Guatemala* (nota 29), en los que se tomó como punto de referencia el resultado del delito y no las acciones que lo constituyeron para determinar la competencia de la Corte. Dependiendo de si el objetivo es determinar su competencia o es aclarar el momento que se tiene en cuenta para hablar de retroactividad de las normas procesales para excluirlas del ámbito del artículo 9, la Corte señala dos momentos diferentes para negar la vulneración del mandato de irretroactividad con respecto a las normas sustantivas para diferenciarlas de las normas procesales: en el primero de los casos atiende al resultado del delito y en el segundo a los actos comisivos. Solo cuestiones de justicia material casuística puede explicar esta incoherencia.

Por último, es necesario destacar que el último inciso del artículo 9 de la Convención recoge la retroactividad de la ley penal favorable,

33 Sobre la atención prestada por la Corte a los «delitos permanentes» (aquellos que no terminan con su consumación), véase MÍNGUEZ ROSIQUE, 2016.

34 SCIDH de 30.01.2014, *Liakat Ali Alibux c. Surinam*. párr. 70. Sobre las implicaciones procesales del artículo 9 en el sistema interamericano de derechos humanos, véase RODRÍGUEZ RESCIA, 1998.

35 *Ibid.*, párr. 69 y 70.

al contrario de otros instrumentos internacionales de tutela de derechos humanos (como su homólogo europeo)³⁶. A este tenor, la Corte ha determinado que una ley es más favorable: a) si elimina un tipo penal; b) si reduce la sanción prevista cautivamente o cualitativamente; c) si crea una nueva causa eximente o de justificación; o d) si excluye o extingue la persecución penal de los hechos enjuiciados³⁷. Por otro lado, la Corte ha reconocido que la ley más favorable es aplicable antes de la emisión de la sentencia o durante la ejecución de la misma al no existir ningún pronunciamiento de la Convención al respecto³⁸. Así, parece claro que ha optado por una interpretación extensiva más garantista de los derechos humanos al no restringir a momentos procesales concretos la posibilidad de apreciar la ley más favorable.

4. Conclusiones

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia relativa al principio de legalidad penal es escasa pero ilustrativa. Como nota fundamental, la Corte ha entendido que el principio es transversal a la Convención en su conjunto y que por ello abarca las normas administrativas.

Siendo este último hito digno de reconocimiento, lo cierto es que otras posturas parecen más erráticas. Aunque no lo haya hecho de manera explícita, la Corte ha aceptado la posibilidad de que los tipos penales queden redactados en normas provenientes del Ejecutivo, transgrediendo así el contenido esencial del mandato de reserva de ley (y el espíritu político-democrático del propio principio) e, incluso, los estándares internacionales de interpretación normativa. Para la Corte, siempre que el Esta-

36 En todo caso, a pesar de esta laguna normativa del Convenio Europeo, el Tribunal Europeo reconoció la retroactividad de las normas penales favorables en las SS-TEDH 27.9.1995, *Gagnic c. Francia* y de 17.9.2009, *caso Scoppola c. Italia*.

37 SCIDH, 31.08.2004, *Ricardo Canese c. Paraguay*. párr. 179.

38 Loc. Cit.

do le reconozca validez a la norma tipificadora, podrá entenderse como «derecho aplicable» y, por tanto, conforme al artículo 9 de la Convención. No obstante, parece que su postura de interdicción de utilización de tipos penales ambiguos es firme, de la cual se deduce su rechazo al uso de la analogía *malam partem*.

Por su parte, la prohibición de aplicación retroactiva de leyes penales ha sido defendida sin fisuras por la Corte hasta el momento. Sin embargo, ha aceptado expresamente la posibilidad de aplicar la Convención de manera retrospectiva –pero no retroactiva– para dar solución a los supuestos de hechos de los que más conoce: las desapariciones forzadas. Aunque son discutibles las argumentaciones realizadas al respecto, es clara la ponderación que la Corte ha hecho entre el principio y la salvaguardia de los derechos humanos en general, decantándose por la segunda (pues sus discernimientos le han permitido conocer de los crímenes de lesa humanidad sin limitaciones temporales).

Solo el tiempo permitirá a la Corte perfilar su parecer respecto al principio de legalidad de penal e, incluso, corregir algunas de su opiniones.

5. Bibliografía

- Álvarez García, J. (2009), *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Ambos, K. (2005), *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción de Malarino, E., Montevideo: Fundación Konrad Adenauer).
- Carbonell Mateu, J.C. (1995), *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Dondé Matute, J. (2007), *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, 1ª ed., J.M. Bosch Editor, Barcelona.
- Fernández Pons, X. (2002), “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, *Revista electrónica de estudios inter-*

- nacionales, núm. 5.
- García Pérez, O. (2018), “El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia”, *InDret* 4/2018, Barcelona.
- García Rivas (1996), *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.
- García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J., (2011) “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 24, enero-junio.
- Gil Gil, A. (2010), “La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. 63.
- Gómez Rivero, M., Martínez González, M., Núñez Castano, E., (2010), *Nocciones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Tecnos, Madrid.
- Guzmán Dalbora, J. L., “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, K., Malarino, E., Steiner, C. (2010), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo.
- Huneus, A. (2013), “International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts”, *Journal of International Law*, vol. 107.
- Lamarca Perez (2012), «El principio de legalidad penal», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 1, septiembre 2011–febrero 2012.
- Londoño Lázaro, M.C. (2010), “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIII, núm. 128.
- Mínguez Rosique, M. (2016), “El principio de legalidad penal en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Pérez Manzano, M. Y Lascuráin Sánchez, J. A. (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid.

- MIR PUIG, S. (1984), *Derecho Penal. Parte general*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona.
- Muñoz Conde, F, Y García Arán, M. (2015), *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- Murphy, C. (2010), "The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention of Human Rights", *European Human Rights Law Review*, vol. 2, Oxford.
- Octavio De Toledo Y Ubieto, E. (1981), *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid.
- Orta Rodríguez, A.C. (2013), "Evolución del principio de legalidad a nivel internacional", Instituto Nacional de Ciencias Penales, UNAM, México.
- Rodríguez Rescia, V. M. (1998), "El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas - Universidad Central de Venezuela*, núm. 110, Caracas.

6. Referencias jurisprudenciales

- SCIDH de 02.07.1996, Blake c. Guatemala.
- SCIDH de 17.09.1997, Loayza Tamayo c. Perú.
- SCIDH de 30.5.1999, Castillo Petrucci y otros c. Perú.
- SCIDH de 18.8.2000, Cantoral Bernavides c. Perú.
- SCIDH 02.02.2001, Baena Ricardo y otros c. Panamá.
- SCIDH 31.08.2004, Ricardo Canese c. Paraguay.
- SCIDH 18.11.2004, De la Cruz Flores c. Perú.
- SCIDH 25.11.2004, Lori Berenson Mejía c. Perú.
- SCIDH de 20.06.2005, Fermín Ramírez c. Guatemala.
- SCIDH 22.11.2005, Palamara Iribarne c. Chile.
- SCIDH de 25.11.2006, García Asto y Ramírez Rojas c. Perú.
- SCIDH de 26.11.2008, Tiu Tojín c. Guatemala.
- SCIDH de 27.11.2008, Ticona Estrada y otros c. Bolivia.
- SCIDH de 30.01.2014, Liakat Ali Alibux c. Surinam.
- *OC5/85 de 13.11.1985. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

*OC-6/86 de 9.5.1986. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

STEDH 26.4.1979, *The Sunday Times c. Reino Unido*.

STEDH de 24.04.90, caso *Kruslin c. Francia*.

STEDH de 22.11.95, caso *S. W. c. Reino Unido*.

STEDH de 22.11.95, caso *C. R. c. Reino Unido*.

STEDH 27.9.1995, *Gragnic c. Francia*.

STEDH 17.9.2009, caso *Scoppola c. Italia*.