



**Instituciones tradicionales del derecho penal frente
al derecho internacional de los derechos humanos:
una revisión sobre el principio de legalidad.**

Adán López Blanco

Estudiante de Derecho en la Universidad de San Martín de Porres de Perú.

Resumen.

El siguiente artículo estudia los fundamentos del moderno principio de legalidad penal y cómo ha venido siendo entendido en la doctrina y los procesos penales para contrastar los cambios que ha sufrido en la práctica con el surgimiento de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la jurisdicción internacional y la victimología. En ese sentido, se estudiará el impacto que ha tenido ello en los procesos penales y se hará una revisión a los alcances de dicho principio de legalidad estudiando sus fundamentos históricos y las condiciones actuales en el marco del surgimiento del constitucionalismo social y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese sentido, el artículo busca responder la interrogante de si la aplicación de manera directa de los Tratados de Derechos Humanos y la interpretación que sobre los mismos han hecho los tribunales internacionales (con una referencia especial en la Corte IDH) dentro de los procesos penales se enmarcan dentro del principio de legalidad penal o, en todo caso, cuáles son los límites con el objeto de investigar y sancionar las graves violaciones hacia los derechos humanos.

Palabras Clave: Principio de legalidad penal, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, victimología, violaciones graves a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad.

Instituciones tradicionales del derecho penal frente al derecho internacional de los derechos humanos: una revisión sobre el principio de legalidad.

1. Introducción.

El establecimiento del principio de legalidad penal en los códigos y leyes constituyó un baluarte y una garantía trascendente para los ciudadanos como una limitación sensata al poder punitivo que se podía ejercer desde el Estado. Dicho principio otorgaba además una seguridad jurídica hacia las personas de saber previamente las conductas que estaban sancionadas con medidas restrictivas a la libertad y ello, también, demandó con el tiempo que las leyes penales gocen de una mayor especificidad de las que tienen las normas de otras disciplinas jurídicas para garantizar las libertades de las personas. Es así como a través de la historia dicho principio de legalidad ha ido experimentando cambios de acuerdo a las circunstancias de cada sociedad y hoy, con el surgimiento de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la jurisdicción internacional, se está aperturando nuevamente un debate en la doctrina de si la jurisprudencia que emitan los tribunales internacionales o las normas contenidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos pueden ser aplicadas de manera preferente a la legislación interna de los países en los procesos penales entendiendo esto como un nuevo concepto del principio de legalidad o si ello significaría la violación de las garantías de los procesados en tanto solo quepa interpretar como principio de legalidad aquellas normas emanadas democráticamente por los Estados.

Dicha situación creemos que tiene sus antecedentes con el surgimiento normativo de los derechos humanos, la victimología y la impunidad en las graves violaciones hacia los derechos humanos. Así, los beneficios como la prescripción de los delitos y/o el archivo de casos por defectos formales ante violaciones graves de derechos humanos, constituían una práctica habitual de salida hacia la impunidad por parte de los autores materiales que lograban finalmente ser absueltos en los procesos e investigaciones que enfrentaron. Sin embargo, esta situación tuvo una respuesta jurídica en los tribunales internacionales cuando se ordena la reapertura de los procesos, se comenzaban a emplear los Tratados Internacionales para establecer la imprescriptibilidad de determinados delitos de manera obligatoria y se ordena la investigación y sanción de los responsables.

Dichas sentencias o decisiones de los tribunales internacionales –a la que los Estados se unieron de manera libre y voluntaria- creó la dicotomía de si cada Estado debía respetar sus obligaciones internacionales aplicando a los procesos penales, además, las normas contenidas en los Tratados de manera prevalente a las leyes internas del derecho penal –que en muchos casos significaba un “recorte de garantías” en perjuicio del procesado-, pero que a su vez favorecía a las víctimas del delito para conocer la verdad de los hechos y lograr la sanción de los presuntos responsables ante violaciones graves de derechos humanos o si, en cambio, debía aplicarse de manera estricta el principio de legalidad penal conservando las garantías que el derecho interno otorga a su favor a las personas que se encuentran inmersos en un proceso penal sin distinguir los presuntos hechos o delitos por el cual esté siendo investigado.

En ese sentido, en este trabajo abordaremos el principio de legalidad penal y su evolución histórica, para dar paso a la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos estudiando la vinculación de los jueces internos a los Tratados y tribunales internacionales y las garantías que tiene toda persona inmersa en un proceso para así concluir en cómo ha ido evolucionando en la práctica el principio de legalidad penal en América Latina con el surgimiento de los derechos humanos que haga revisable el marco de alcance de tal principio fundamental.

2. Principio de legalidad penal.

El fundamento de legalidad penal¹ surge contra la arbitrariedad judicial y como límites al *ius puniendi* estatal para preservar los derechos y libertades inherentes de las personas a fin que las leyes no se conviertan en una herramienta para perseguir delitos políticos o se use como un medio para la vendetta y la sanción de inocentes. Esto significó que el principio de legalidad penal debía estar dotado de un conjunto de garantías o requisitos mínimos que permita que dicha “legalidad” tenga un efecto útil para el propósito por el cual fue creado; es decir, que cuente con una descripción precisa y lógica de las conductas prohibidas y que se establezcan los órganos creadores de las leyes penales a efectos de determinar el marco de alcance de lo entendido por “legalidad penal”.

En cuanto a la plasmación normativa del moderno principio de legalidad penal, es fundamental recordar que ella surge con los Estados republicanos; así en 1776 con las constituciones federales de Virginia y Maryland, en 1787 con el Código Penal Austriaco de José II y en 1789 con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, entre otras². Dicha revisión histórica es de especial importancia para entender cómo fue conceptualizada desde un inicio el moderno principio de legalidad. Así, en los Estados republicanos se cautelaba por excelencia la libertad de las personas en el contexto de las revoluciones y el liberalismo político, los ciudadanos demandaron del Estado el otorgamiento de garantías y seguridad jurídica que se tradujo, en primer lugar, que las leyes penales estén reguladas de manera previa, taxativa y específica las conductas sancionadas como delito y, por otra, se establezca que el único órgano facultado para crear normas penales sean los parlamentos en cuanto representan democráticamente al pueblo³.

Esta prevalencia de las libertades de los ciudadanos en el período republicano francés, influyó en el derecho penal y el grado de certeza o especificidad en las normas. En *De l'esprit des Lois*, por ejemplo, Montesquieu define a los jueces como “boca que

¹ Para hacer una referencia terminológica, consideramos más preciso el empleo del término “fundamento” que “principio de legalidad penal”, ya que el Derecho Penal de por sí pertenece al campo de las ciencias sociales y su objeto no está en las ciencias naturales (llámese ciencias exactas). Sin embargo, por cuestiones prácticas se usarán ambos términos de manera indistinta.

² Véase Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, Editorial Civitas, 2 ed., 1997, p. 142.

³ Dentro del principio de legalidad penal, la necesaria producción de órganos democráticos surgió por efecto de las revoluciones contra los reyes o los gobiernos oligárquicos de la época en un intento por democratizar el sistema penal y normativo. Este principio de legalidad y su relación con el liberalismo político de aquel entonces y los Estados republicanos, no fue exclusivo del derecho penal, sino también de otras ramas jurídicas como el derecho tributario con el impuesto al té en los Estados Unidos y la exigencia de representación democrática en el otorgamiento de las leyes para la imposición fiscal (*no taxation without representation*).

pronuncia la palabra de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes”. Este grado de certeza que se exigía en los Estados republicanos responde, según Alberto M. Binder, a la desconfianza que se tenían en los jueces, ya que eran los únicos funcionarios que se habían mantenido en sus labores después de las revoluciones contra el *Ancien Régime*⁴. Este rol automático de los jueces iba implicar un recorte de facultades interpretativas sobre las normas jurídicas y hasta una restricción de otros principios explícitos o implícitos del derecho penal como la inmediación y socialización. Es notable el grado de exigencia de certeza en un caso del Tribunal Supremo del Reich que cita Roxin donde “... rechazaron que se pueda castigar como hurto (S 242) la sustracción ilegítima de energía eléctrica, porque la energía no se puede calificar como cosa (corporal); lo que dio lugar a que en el año 1900 se introdujera la tipificación penal de la sustracción de energía eléctrica.”⁵ Ello no muestra sino el grado de restricción que tenían los jueces para interpretar las normas y conceptualizar las instituciones jurídicas.

Sin embargo, actualmente no puede dejar de reconocerse –en menor o mayor medida– la unidad del derecho y la uniformidad de las fuentes o conceptos jurídicos como la legislación, las normas que integran el bloque constitucional y de constitucionalidad, los Tratados Internacionales y la jurisprudencia internacional, entre otros, la cual forma parte del derecho interno de los Estados. Aunque Jiménez de Asua se ha mostrado clásicamente en contra de la creación del derecho vía jurisprudencia –aunque sólo haciendo referencia a los tribunales internos por las condiciones de dicha época–, tuvo ideas amplias sobre el principio o fundamento de legalidad penal al momento de la interpretación judicial. En ese sentido, menciona dentro de la concepción de la teoría finalista del delito⁶, al elemento sistemático como criterio de interpretación para hurgar la voluntad de la norma y del legislador ya que las disposiciones jurídicas no viven aisladamente y que el sentido de una norma se clarifica cuando se relaciona con otras leyes e, incluso, los principios generales del Derecho.⁷

Surge entonces, en este estado de cosas, en qué medida se puede aplicar otras fuentes de derecho a los procesos penales en cuanto a la definición de ciertos términos que se encuentran en las leyes penales, la calificación de determinados hechos o la integración de normas convencionales junto con las jurídico-penales y si ello se encuentra o no dentro del principio de legalidad penal.

3. El principio de legalidad en el Estado Social de Derecho.

El moderno principio de legalidad nace, como hemos visto, en la época de las revoluciones y políticas liberales de la Francia revolucionaria. Ideológicamente, tiene como antecedente la ilustración y, antes de ello, el renacimiento en Italia. Sin embargo, las razones y fundamentos por las cuáles se establece la máxima –en su significación moderna– del *nullum crimen sine lege praevia*, tiene mucho que ver con el fortalecimiento del Estado a

⁴ Véase. Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2004, p. 318

⁵ Roxin, *Ibidem* 2, p. 151.

⁶ Teoría que era la imperante en la doctrina de dicha época, y que sobre su posición en cuanto al marco de alcance del principio de legalidad penal no presenta defecto para adaptarse a las teorías del delito vigentes como la funcionalista y protectora de bienes jurídicos que se encuentran.

⁷ Véase Jiménez de Asua, Luis, *Principios de derecho penal: la ley y el delito*, Editorial Abeledo - Perrot, 1989, p. 115.

través de la protección de los derechos fundamentales de los individuos y la creación de un Estado democrático (impensable en la época absolutista) que garantice la división de poderes. Así, no nos debe caber duda que el moderno derecho penal es una creación política para ejercer control sobre los fenómenos sociales en los Estados.

En cuanto al fortalecimiento del Estado democrático y la división de poderes, tiene mucho que ver el establecimiento del contrato social en los términos planteados por Rousseau y la garantía que buscaban los ciudadanos de que ya no sea una sola persona –el rey, monarca o autócrata– quien cree las normas penales, sino lo sean aquellos representantes del pueblo; ello por dos pilares fundamentales: la primera de ellas era, como lo hemos mencionado, la realización completa de un Estado y derecho penal democrático y la segunda razón era para evitar el uso del derecho penal como una herramienta para perseguir al enemigo social y/o político. La exigencia de la representación, entonces, constituyó una garantía para la creación de un derecho penal con rasgos garantistas, democráticos y protector de los derechos fundamentales. La *lex certa*, ahora, debía aplicarse junto con la *lex previa*, donde se recorten actuaciones políticas en la legislación penal que busquen fines individuales. Así, se configura el principio de “el poder emana del pueblo” con efectos en el sistema de justicia y que tiene su influencia incluso en la actualidad⁸.

Sin embargo, al igual que el derecho penal democrático nace como garantía del respeto de los derechos fundamentales, hoy, el tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho, plantea nuevos paradigmas de entendimiento del fundamento o el fin del principio de legalidad penal a diferencia de cómo se conceptualizaba desde el Estado republicano. La similitud entre ambos es que nacen para cautelar los derechos fundamentales, sin embargo la diferencia la podemos notar en que en los Estados liberales los beneficiarios con el sistema penal democrático eran los ciudadanos considerados de manera individual, mientras que en el Estado Social de Derecho los beneficiarios serán, además de las personas de manera individual, la colectividad como conjunto.

Ello no responde solamente a concepciones de la teoría política o filosófica, la concepción del Estado Social se encuentra constitucionalizado incluso en algunos ordenamientos jurídicos como el peruano⁹, colombiano¹⁰ o español¹¹. Además de ello, y lo más significativo en este trabajo, es que dicho rol del Estado como “Social” se puede apreciar a partir de las regulaciones legislativas en el derecho penal al tratar los crímenes contra la humanidad y el surgimiento de la justicia universal en los códigos y leyes penales. Dicha relación entre ambas instituciones jurídicas que hacemos es por la importancia significativa que ha adquirido junto con la corriente de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, la protección de los ciudadanos frente al Estado y la búsqueda de una justicia real a favor de la víctima cuando ha sufrido crímenes condenables por cualquier sociedad sea donde esta haya sido cometida, a los cuáles no caben, como los delitos de otro tipo, las prescripciones o amplios beneficios que para algunos casos ofrece la ley penal. En ese sentido, en el Estado Social de Derecho, el proceso penal seguirá estando dotado de las

⁸ En ese sentido, por ejemplo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la Constitución de República de Panamá de 1972, la Constitución española de 1978 y la peruana de 1993.

⁹ Véase el artículo 43° de la Constitución peruana

¹⁰ Véase el artículo 1° de la Constitución colombiana.

¹¹ Véase el artículo 1.1° de la Constitución española.

garantías propio de los sistemas garantistas pero, también, velarán por la búsqueda de la justicia y el derecho a la verdad ante crímenes de lesa humanidad y violaciones graves de derechos humanos entendiendo que estos, por su trascendencia y condena internacional, no pueden ser sustraídos de su conocimiento de fondo por cuestiones procesales como la prescripción que pueda constituir un camino hacia la impunidad. Esto no fue sino una situación de desprotección a la víctima que imperó mucho en los procesos penales y que ya en el siglo XIX, Franz Von Liszt conceptualizaba al derecho penal como “la carta magna del delincuente”¹². Lo que ahora toca revisar, es de qué manera se ha reivindicado, al menos en América Latina, la situación de la víctima y la búsqueda de justicia en los casos de violación de derechos humanos para entrar al tema de fondo.

4. La víctima desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Es importante señalar como en el órgano más importante de protección de los derechos humanos del continente nace la Corte IDH. Al respecto, se ha señalado que esta surge como iniciativa del entonces Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”), Señor Rómulo Gallegos, ante las denuncias que recibía de numerosas personas al realizar visitas *in loco*. Así, desde la presidencia de la CIDH se toma la iniciativa de comunicarse al Consejo de la OEA, señalando que sus “... limitados poderes no le permitirían cumplir la misión de defensa de los derechos humanos que los pueblos de América esperaban de ella, y que sentía[n] que sus obligaciones no deberían restringirse a promover el respeto de tales derechos sino también a velar porque ellos no fueran violados (...)”¹³.

Si bien es cierto la naturaleza de la Corte IDH es distinta a la de un tribunal interno especializado en lo penal, es indudable que las decisiones que emita contra un Estado va tener un efecto, según sea el caso, en cuestiones penales, sea por ejemplo la investigación y sanción de presuntos responsables de un hecho violatorio de derechos humanos. De esta manera, la Corte IDH nace como una respuesta jurídica a favor de la víctima para encontrar reparación y reconocerle una protección judicial efectiva que incluyó, a través de sus decisiones, el mandato a los Estados que investiguen a fondo sobre las violaciones que ha sufrido una persona y que involucraban de manera implícita el derecho a la verdad¹⁴, el cual ha tenido como consecuencia en estos tiempos de la puesta en revisión de ciertos principios procesales penales como el *ne bis in ídem*, cosa juzgada, prescripción, entre otros, para casos de crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos como posteriormente veremos.

¹² Véase Liszt, Franz Von, "Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts" en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Vol II. Berlín, Ed. Walter de Gruyter, 1970, p. 80.

¹³ Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3 ed, 2004, p. 39.

¹⁴ Para el caso del derecho a la verdad, la Corte IDH la ha reconocido en el *Caso Bamaca Velásquez Vs. Guatemala* (Véase p. 201, Fondo) como aquel que “se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención (Americana sobre Derechos Humanos)” y un año posterior se adoptó el mismo criterio en la emblemática sentencia del *Caso Barrios Altos Vs. Perú* (Véase p. 48, Fondo).

Lo que se tiene que determinar, entonces, es si las decisiones que establezca la Corte IDH o desde el Sistema Interamericano en general, respecto a los Estados pero que a su vez tenga efecto en cuestiones penales, vulnera o no la garantía del procesado al principio de legalidad si es que es sometido a una investigación penal bajo parámetros del tribunal interamericano o haciendo uso, por mandato de la Corte IDH, de Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En ese marco, entendiendo al principio de legalidad como una garantía fundamental, es necesario antes de ello tener en cuenta que la posible lesión a dicho principio de legalidad, tiene sus efectos en diversos derechos fundamentales, lo que hace que sea más propicio para definir dicho principio de legalidad la revisión de aspectos constitucionales y de la filosofía del derecho para definir los fundamentos históricos de dicho principio y cuáles son los límites y alcances en el sistema euro continental y, sobretodo, en los países miembros del Sistema Interamericano.

5. El marco de alcance del principio de legalidad en el Estado Constitucional de Derecho.

Luego de haber analizado el principio de legalidad penal en el marco de las ideas posteriores a la ilustración y el surgimiento de los Estados republicanos, toca ver cómo dicha institución jurídica ha ido variando en la práctica con la aparición del constitucionalismo en Latinoamérica y el surgimiento de los Tratados y tribunales internacionales. Dichas situaciones, obviamente, han tenido y van a seguir teniendo efectos en el derecho público e, indudablemente, en los principios del derecho penal y procesal penal planteando nuevos alcances o límites de sus principios como el de legalidad que estamos estudiando. En ese sentido, abordaremos cuatro temas claves del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para poner en revisión los alcances del principio de legalidad penal en el reciente contexto latinoamericano.

5.1. Los fundamentos históricos del principio de legalidad.

Como lo mencionamos anteriormente, uno de los fundamentos del principio de legalidad penal es la necesaria representación en la que se debía basar la elaboración de normas en ese entonces para enmarcarse dentro de un sistema penal democrático, contrario entonces a regímenes autoritarios o absolutistas. La democracia, en los Estados republicanos, constituía en ese entonces una garantía del respeto a la persona humana. Sin embargo, si antes la democracia era una garantía para el derecho penal, hoy no podemos negar que el respeto de los derechos fundamentales son límites para un derecho penal humanista; esto no implica, por cierto, un desapego a las decisiones democráticas ni una pérdida de su valor en la sociedad, sino el realce de aquellos derechos inherentes e inalienables que tiene cada persona en la sociedad como bienes jurídicos innegociables pero ya no solo para aquel que sufre un proceso penal, sino también para la víctima y sus familiares que buscan el conocimiento de la verdad y la búsqueda de una sanción. El respeto de dichos derechos inalienables fue manifestado por la Corte IDH desde su primera sentencia que emitió en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*¹⁵ y no pocas veces dichos criterios en la corriente

¹⁵ En ese sentido, la Corte IDH ha mencionado que:

por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el

de los derechos humanos ha tenido como consecuencia un rechazo democrático en algunos sectores de la ciudadanía ante la respuesta que debía brindar el Estado hacia personas que hayan cometido delitos graves y repudiables.

Así, la esencia y fundamento del moderno principio de legalidad se encuentra en los artículos 7^o¹⁶ y 8^o¹⁷ de la Declaración Francesa de 1789 teniendo como alcance prioritario el hecho que las leyes penales y las condenas debían encontrarse establecidas con anterioridad a la realización de una conducta que se quiera imputar y que las órdenes de los agentes del Estado deben ser conforme a ley sin margen de arbitrariedad. Así, como vemos, la Declaración Francesa hace referencia del término “ley” en su documento normativo como la expresión de la voluntad de mayorías y del régimen democrático como sistema garantista de sus derechos. Sin embargo, debemos tener en cuenta que cuando nace en la Francia revolucionaria dicho principio, los derechos humanos que se establecen nacen a favor solo de la clase burguesa de ese entonces, por lo que las minorías se encontraban aún en cierta desprotección jurídica la cual culmina con el constitucionalismo –especialmente en su vertiente *social*- donde se reconoce los derechos fundamentales a cualquier ser humano en cuanto a su respeto, exigibilidad y justiciabilidad. Ello es importante, porque con los Tratados y la jurisprudencia interamericana, se reivindica lo que en la jurisdicción interna no se pudo reconocer y más que aplicando el derecho de los Estados.

De esta manera, el núcleo básico de protección del principio de legalidad dado por la Declaración Francesa¹⁸ (la cual influenció a todo el sistema eurocontinental, y con ello el ámbito latinoamericano) fue el establecimiento de manera previa del delito redactado de manera específica y el margen de la condena. Revisar los fundamentos históricos del principio de legalidad penal es fundamental para ver si se quiere hacer un análisis de dicha institución jurídica y plantear nuevos alcances para no correr el riesgo de desnaturalizar la esencia de un principio para el cual fue creado.

5.2. Los Tratados como derecho nacional.

Los Tratados de Derechos Humanos, a diferencia de otro tipo de Tratados Internacionales, van obligar a los Estados frente a los ciudadanos en reconocer y garantizar un conjunto de determinados derechos. En ese sentido, los destinatarios de las normas contenidas en los Tratados de Derechos Humanos serán las propias personas las que podrán hacer valer

Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

(Corte IDH, “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, sentencia de 29 de julio de 1998, Fondo, Serie C, No 4, ¶¶ 154).

¹⁶ Artículo 7°.- Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos determinados por la ley según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la ley debe obedecer inmediatamente: se hace culpable por la resistencia.

¹⁷ Artículo 8°.- La ley no debe de establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.

¹⁸ Si bien es cierto la Constitución de Maryland previó antes el moderno principio de legalidad, sus fundamentos no influenciaron de la misma manera que lo hizo la Declaración Francesa ya que, para el primer caso, el principio de legalidad se refería dentro del contexto del derecho interno mientras que en la Declaración Francesa no hacía una referencia de un contexto espacial específico, siendo sus disposiciones

dichos derechos del Tratado sea en el ámbito interno como en la jurisdicción internacional. Así las cosas, en el Estado Constitucional de Derecho (el cual tiene un surgimiento muy posterior a la del principio de legalidad penal) se reconocerán a los Tratados de Derechos Humanos como normas jurídicas aplicables de manera directa, que forma parte del derecho nacional e, incluso, que poseen rango constitucional; esta última mención de los Tratados es importante, toda vez que sus normas y rango jerárquico van a tener efecto en los procesos penales. Como conjunto de derechos humanos y fundamentales que ahí se encuentran, vamos a ver a continuación si es que cumplen el rol democrático que se exigía o se fundamentaba en sus orígenes el principio de legalidad.

Debemos tener en cuenta que el fundamento democrático por el cual se basa el principio de legalidad penal en sus Códigos y leyes, también se cumple para el caso de los Tratados de Derechos Humanos; pues estos pasan por la necesaria aprobación del Congreso o Parlamento (según sea el caso) que es el órgano político y democrático que representa a la sociedad con una determinada cantidad de votos exigidos al igual que las leyes penales. Por otra parte, luego de la firma del Tratado, se espera una ratificación con el fin que se pueda adecuar el ordenamiento jurídico interno al Tratado de acuerdo a la doctrina del margen de apreciación y se oriente la política gubernamental en el sentido que haga posible el reconocimiento de los derechos ahí establecidos. Así, el Tratado de Derechos Humanos va constituir parte del derecho nacional y lo regulado en sus normas (junto con sus interpretaciones, como posteriormente analizaremos) debe ser reconocido de igual manera en los procesos penales con las consecuencias y limitaciones que ello deriva.

Para el caso de los Tratados como fuente de aplicación directa en los procesos penales, debemos tener en cuenta que, formando parte del derecho nacional, no debe haber duda de su aplicación directa más aún si por lo general tienen un rango y fuerza superior que las leyes penales, sin embargo, si es que no tiene un desarrollo legislativo interno en el respectivo Estado, esta debe ser empleada de manera mesurada y que sirva como criterio orientador o interpretativo de una institución jurídico-penal. Tomemos como ejemplo la aplicación directa de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de las Naciones Unidas, el cual señala al apartheid en el artículo I como crimen de lesa humanidad dando, en el artículo posterior, una serie de conductas que describen la realización de dicho crimen entre las que se incluyen los asesinatos de miembros de uno o más grupos raciales. Al respecto, debemos tener en cuenta que como crimen de lesa humanidad de acuerdo al derecho internacional penal, serán imprescriptibles de acuerdo al artículo 29° del Estatuto de Roma. En ese sentido, si bien es cierto los Tratados de Derechos Humanos no sirven como mecanismo para la determinación de pena, si lo es para la calificación universal de ciertas conductas que atentan contra los derechos humanos de las personas, como su prescripción, hechos comisivos y la integración con las normas penales. De esta manera, la entrada en vigencia de un Tratado que, teniendo disposiciones con efectos penales, no producirá sino la derogación tácita de la ley penal de acuerdo al rango que goza el Tratado en el Estado.

Además de ello es importante mencionar que dicha entrada en vigencia del Tratado, no viola en ningún aspecto la seguridad jurídica del acusado, puesto que aún con ello se debe cumplir la irretroactividad de la norma, se ha garantizado su publicidad y existe la misma presunción del conocimiento de la norma al igual que las leyes internas penales puesto que

el Tratado también forma parte del derecho nacional. Pero, ¿qué pasa en el ejemplo que dimos si un Estado no ha regulado como delito el apartheid en su legislación interna? Hemos sido claros en que el principio de legalidad penal para el caso de los Tratados de Derechos Humanos tiene su límite en la determinación de las penas o la tipificación expresa de delitos. Sin embargo, nada obsta a que en una de los tipos de homicidio calificado o asesinato, se pueda subsumir al apartheid. Para este ejemplo, bien podría caber como un “homicidio calificado por placer” de acuerdo a la cultura jurídica de cada país y siempre que la adecuación de la conducta no constituya una manera forzada de interpretar la ley, pues ahí se estaría violando dicho principio de legalidad en perjuicio del acusado. Si bien es cierto desde una concepción más tradicional del principio de legalidad penal esto podría constituir *prima facie* una violación a las garantías del procesado, ello no sería así, toda vez que tal disposición se aplicaría de todas maneras en la Corte Penal Internacional de llegar a conocimiento de dicho tribunal el caso, por lo que no se estaría violando tal garantía ya que igualmente está sancionada por el Derecho Internacional Penal y hasta podría ser sancionado con dichos instrumentos en otro Estado en virtud del principio de la jurisdicción universal.

5.3. Las decisiones desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como derecho nacional.

Otra cuestión académica que se plantea es si las decisiones que adopte la Corte IDH como tribunal internacional y las interpretaciones que sobre los Tratados de Derechos Humanos pueda adoptar, involucra o no a los jueces internos cuando se refiere al ámbito del derecho penal. Aquí se encuentra la incertidumbre jurídica de si el juez penal, sea aun así ante una violación grave de derechos humanos y fundamentales, debe aplicar solo la ley y normas de rango supremo para el procesado, o también cabe que a este último le recaigan los efectos de las interpretaciones que sobre los derechos de los Tratados haya hecho la Corte IDH o las decisiones en sus fallos en los casos que sea desfavorable para el procesado en casos como delitos de desaparición forzada, tortura, trata de personas, etc.

Como lo mencionamos anteriormente, por el contexto de la época desde que se gestaron las ideas del moderno principio de legalidad y del derecho penal en el marco de los Estados republicanos, las leyes penales desarrollaron sus garantías teniendo mayor consideración por el procesado que por la víctima, la cual recién es reivindicada a partir de la década de 1960. Estos acusados usualmente se beneficiaban en principios procesales penales como el *ne bis in ídem*, sobreseimiento, el principio de oportunidad y, entre otros más, que por muchos años que se encontraban en la doctrina y la legislación nunca fueron confrontados o puestos en revisión ante casos especiales como las graves violaciones de derechos humanos, sino hasta después que surja la jurisdicción internacional.

En primer lugar, vamos a delimitar un marco de alcance sobre a qué tipo de interpretaciones de los derechos dados por la Corte IDH o sus decisiones que tengan efecto en el derecho penal vamos hacer referencia a efectos de someter a análisis el principio de legalidad penal. En primer lugar también debemos rechazar la consideración de la jurisprudencia internacional como fuente creadora de normas penales o como determinadora de pena de algunos delitos, lo cual es ilógico pensar y nunca se ha dado en ningún caso. Lo único que se va hacer referencia es sobre los calificativos que dicte la

Corte IDH sobre determinados delitos o conductas violatorias de derechos humanos desde la perspectiva internacional y que genere consecuencias previstas en Tratados Internacionales así no haya sido regulado en las leyes penales convencionales de cada Estado.

Para hacer este examen del rol del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del papel de la Corte IDH en específico, es necesario revisar conceptos de perspectiva constitucional como el control de convencionalidad, la jurisprudencia internacional como parte del bloque constitucional y la obligatoriedad del cumplimiento de los Tratados para ir definiendo cuáles son los límites y alcances del principio de legalidad penal desde el surgimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de la víctima.

5.3.1. El control de convencionalidad y la seguridad jurídica.- Este control o análisis de convencionalidad, es el que ejerce la Corte IDH sobre la legislación o cumplimiento de las disposiciones por parte de un Estado de sus obligaciones según los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aunque la Corte IDH siempre ha efectuado en la práctica dicho control de convencionalidad, recién es reconocido en el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez en el *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Asimismo, fue establecido de manera formal en el *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile* donde señaló que los jueces internos –entre ellos los jueces penales- están obligados a aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos y “la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”¹⁹.

De esta manera, el control de convencionalidad es análogo al control de constitucionalidad solo que el primero se referirá a los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales poseen rango constitucional. Así, dicho control va permitir dejar sin efecto aquellas normas jurídicas de inferior jerarquía que, si bien es cierto pueden haber sido elaboradas con las formalidades procesales que la legislación interna establece, su contenido resulta violatorio de los derechos garantizados en la Convención Americana. En realidad creemos que una norma de inferior jerarquía que resulta violatoria de derechos de rango constitucional no debería si quiera tener efectos jurídicos, pues de esta manera se estaría convalidando crear situaciones de inconstitucionalidad o de preferir una norma de inferior jerarquía manifiestamente violatoria de derechos inalienables en virtud de la “seguridad jurídica”. En el mismo sentido se pronuncia Antonio Enrique Pérez Luño, cuando después de dar una revisión en la edad antigua de la seguridad jurídica, la define en relación a las circunstancias actuales explicando que “[e]n el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales (...)” En ese sentido, actualmente la seguridad jurídica se encuentra para la realización de los derechos fundamentales, la cual incluye, entre otras cosas, las garantías y debida protección judicial.

¹⁹ Véase Corte IDH, Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. No. 154, ¶¶ 124.

Si bien es cierto el derecho penal se ha ocupado de velar de manera preferente por la seguridad jurídica del procesado, es bueno tener en cuenta el contexto en que surge la institución de la seguridad jurídica –similar al del principio de legalidad- teniendo sus orígenes en las limitaciones de los poderes absolutistas a cargo de los monarcas, reyes o autócratas, como una <<democratización>> del poder y un límite a las facultades decisorias que podía tener una persona –o un grupo muy reducido- en perjuicio de grupos sociales amplios. Sin embargo en la actualidad, con la estabilidad de la democracia y el surgimiento internacional de los derechos humanos, la situación es distinta a la que en el momento surgió el principio de seguridad jurídica mereciendo que se adapte dicha institución en el marco del control de convencionalidad y las violaciones graves de derechos humanos en las que se busca protección judicial y garantía en los procesos. De esta manera, se podría concluir que la seguridad jurídica actual es el respeto y observancia a las normas de rango supremo y la realización de la justicia penal.

5.3.2. La jurisprudencia internacional como parte del bloque constitucional.- Otra concepción moderna que ha surgido a partir del constitucionalismo ha sido la jurisprudencia como fuente creadora del derecho y el bloque constitucional²⁰. En ese sentido, debemos establecer una diferencia material entre aquella jurisprudencia que se aboca en otras disciplinas jurídicas donde existe una mayor relatividad al principio de legalidad de la que tienen sus efectos en el derecho penal, los cuales tendrán evidentemente mayores limitaciones. Asimismo, en cuanto a los efectos penales de la jurisprudencia internacional, es preciso hacer una diferencia entre aquellos tribunales u organismos internacionales decisores²¹ que si bien es cierto pueden tener competencia para emitir resoluciones, no son, como la Corte IDH, intérpretes últimos de algún Tratado Internacional como lo es este tribunal respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, tenemos que limitar aquellas decisiones e interpretaciones que ha dado la Corte IDH en su jurisprudencia solo para aquellos casos que lo haya hecho teniendo como referencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mas no otro Tratado Internacional, puesto que dicha Convención es la única sobre la que la Corte IDH es su intérprete último²². Así, la Corte IDH será no solo el último intérprete de la Convención Americana, sino el mejor que pueda delimitar sus alcances y contenido de cada derecho establecido en el referido Tratado para entenderlo en el correcto sentido para el cual fue reconocido. De esta manera la Corte IDH no establece la interpretación de los derechos convencionales de manera arbitraria, sino en base el artículo 29° de la aludida Convención.

Es importante mencionar dicha norma citada, toda vez que hace referencia a la prohibición de interpretación de la norma jurídica en el sentido que pueda restringir el ejercicio de un

²⁰ Aunque esta última tiene una creación un poco más antigua en la jurisprudencia francesa como posteriormente revisaremos.

²¹ Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha establecido en el Hábeas Corpus “Acosta, Claudia Beatriz y otros” que las decisiones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco del principio de la buena fe internacional, no implican una obligatoriedad de su cumplimiento ni una vinculación de los jueces internos del Estado argentino en su acatamiento, más sí de la realización de los mayores esfuerzos posibles por cumplirlos.

²² Véase Corte IDH, Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. No. 154, ¶¶ 124.

derecho; sin embargo, en la actualidad resulta un enunciado un tanto ambiguo sobre todo cuando se deben interpretar dos derechos convencionales donde el ejercicio de uno afecte otro, siendo que más bien lo que se aplica es un test de proporcionalidad. Así, ello resulta importante para ponderar los derechos de la víctima y del procesado acusado de cometer una violación de derechos humanos al momento de interpretar los mandatos, decisiones o interpretaciones jurídicas que haya efectuado la Corte Interamericana.

Es necesario tener en cuenta que los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH, que no es sino el contenido de alcance y garantía que deben brindar los Estados, por los que éstos últimos deben orientar la protección de dicha forma y entendiendo que la omisión en realizar dicho respeto (conforme a los criterios interpretativos que vaya emitiendo) tendrá como efecto la generación de un perjuicio para la víctima o el acusado en un proceso penal.

Un caso paradigmático donde se ha aplicado en la práctica esta nueva concepción del principio de legalidad ha sido en la sentencia que emitió la Corte IDH en el *Caso Barrios Altos Vs. Perú* donde, entre otras cosas, las víctimas acreditaban la vulneración del derecho a la garantía y protección judicial (artículos 8° y 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) al haber el Estado peruano promulgado las denominadas “leyes de autoamnistía” que impedían el acceso a la justicia, la investigación y la sanción de los presuntos responsables de dichos crímenes. La Corte IDH mencionó que los recursos legales para impedir la sanción de violaciones graves hacia los derechos humanos, desapariciones forzadas, ejecuciones extralegales y, entre tantos otros crímenes, eran inadmisibles y carecían de efectos jurídicos²³. Este ejemplo resulta interesante para entender este principio de legalidad puesto que, en su concepción tradicional, aquellas leyes favorables al procesado se podían aplicar, incluso, de manera retroactiva y eran insustituibles en perjuicio de aquel que se encontraba inmerso en un proceso. Desde el Derecho Internacional Penal, sin embargo, se ha venido rediseñando este principio de tal manera que no perjudique a la víctima y no convalide, en nombre de la seguridad jurídica, situaciones contrarias a la Constitución.

6. Conclusiones.

El moderno principio de legalidad penal constituyó una garantía de un sistema democrático de enjuiciamiento penal y una afirmación de la existencia de una política criminal destinada a la prevención de delitos desde sus orígenes. Sin embargo en la actualidad, y con el surgimiento de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional y la protección a la víctima, dicho principio ha venido surtiendo ciertas modificaciones en su concepción moderna, producto de la evolución de los conceptos jurídicos y la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como parte del derecho nacional y, por tanto, de aplicabilidad directa a los procesos que se conozcan.

Sin embargo, dicho empleo de los Tratados Internacionales y el Derecho Internacional, no debe resultar desproporcionada ni violatoria de las garantías mínimas que tiene todo procesado por el delito grave que pudiera resultar; sobre todo si tenemos en cuenta que todo procesado sigue gozando de sus derechos fundamentales, entre los que se encuentra la

²³ Véase Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, Fondo, Serie C. No 75, 41.

presunción de inocencia y el respeto de su dignidad. En ese sentido, al igual que hicimos un análisis de los fundamentos históricos sobre el cual se basó el moderno principio de legalidad, lo mismo debemos hacer para el caso de los derechos humanos: la protección de los derechos fundamentales de cualquier persona pero, entendiendo también, que estas no deben ser usadas como una vía hacia la impunidad o el beneficio por normas que resultan contrarias a la Constitución de cada Estado o a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA.

Binder, Alberto M., Introducción al Derecho Penal, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2004

Corte IDH, Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. No. 154.

Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú", sentencia del 14 de marzo de 2001, Fondo, Serie C. No 75.

Faúndez Ledesma, Héctor, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales, San José, Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3 ed, 2004, p. 39.

Jiménez de Asua, Luis, Principios de derecho penal: la ley y el delito, Editorial Abeledo - Perrot, 1989.

Liszt, Franz Von, "Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts" en Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Vol II. Berlín, Ed. Walter de Gruyter, 1970.

Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Madrid, Editorial Civitas, 2 ed., 1997.