



Radiografía de los Códigos penales latinoamericanos..., Vol. 25, (2014), Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN, ISSN 1850-0722.

RADIOGRAFÍA DE LOS CÓDIGOS PENALES LATINOAMERICANOS: PRINCIPIO DE LEGALIDAD, DERECHO PENAL DE AUTOR Y PELIGROSIDAD EN AMÉRICA LATINA.

PABLO DANIEL LARSEN¹
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

*“SI DE LA HISTORIA
DE UN PUEBLO CUALQUIERA NO NOS HUBIERA QUEDADO
OTRA COSA QUE SU DERECHO PENAL, SE PODRÍA AVERIGUAR
ÚNICAMENTE POR ELLO SU GRADO DE CULTURA, ÉTICO E IN-
TELLECTUAL, DE IGUAL MODO QUE UN PALEONTÓLOGO ESTÁ
EN SITUACIÓN DE RECONSTRUIR LA ESTRUCTURA DE UN ANI-
MAL PREHISTÓRICO HABIENDO ENCONTRADO UN SOLO HUESO
Georg Jellinek*

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo, tal como se puede apreciar en su título, es realizar un análisis crítico del estado actual en las legislaciones penales latinoamericanas de dos conceptos conocidos por todo estudioso del derecho penal: el principio de legalidad, centrando el análisis en cómo la tipificación del llamado terrorismo se encuentra en cons-

¹ Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

tante tensión con el mismo; y la peligrosidad penal, con todas las consecuencias históricas que ha generado y hoy en día genera, demostrando como actualmente se manifiesta en los códigos penales latinoamericanos.

Como punto de partida, y a modo ilustrativo, se realizará una breve conceptualización de los tópicos a tratar. Para evitar incurrir en reiteraciones y no desviar el eje central del trabajo, se derivará el análisis más profundo a otras obras existentes en la materia que ya han tratado acabadamente cada cuestión.

Considerando la vital importancia que hoy en día tienen, especialmente para nuestra región, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, y ante la necesidad de encontrar una suerte de *tejido conector* entre las legislaciones bajo estudio, se optó por analizar exclusivamente los códigos penales de aquellos países que son parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos². En consecuencia, resulta insoslayable destacar la opinión que los órganos del Sistema Interamericano (tanto la Corte como la Comisión Interamericana) han emitido sobre los temas bajo la lupa, para luego verificar si las legislaciones penales se adecúan y respetan los estándares internacionales de derechos humanos existentes en la materia.

También es dable destacar que varias de las cuestiones a tratar se encuentran vinculadas con lo que ha dado en denominarse *derecho penal del enemigo*³, fenómeno que, conforme señala Zaffaroni (2012), puede ser descripto como un avance contra el tradicional derecho penal liberal consistente, entre otras cosas, en la desproporción de las consecuencias jurídicas de los delitos, utilizando penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida; en la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos; y en la identificación de los destinatarios del poder punitivo mediante un fuerte giro al derecho penal de autor. Tal como se comprobará, muchas de estas ca-

² Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay, Venezuela y Trinidad y Tobago. Es necesario advertir que el lector podrá encontrar un análisis más precario en el caso de las legislaciones de Barbados, Dominica, Grenada, Jamaica y Trinidad y Tobago. Ello obedece a la naturaleza de los sistemas jurídicos de estos países, ya que operan bajo la lógica del precedente (*common law*) y presentan una legislación sumamente dispersa que dificultó la tarea. También es necesario recordar que tanto Venezuela como Trinidad y Tobago han denunciado formalmente la Convención Americana.

³ Para un análisis in extenso sobre el “derecho penal del enemigo”, ver Zaffaroni, Eugenio Raúl (2012): *El enemigo en el derecho penal*, 1ª ed. 3ª reimp., Buenos Aires: Ediar; y Jakobs, Gunther - Cancio Meliá, Manuel (2003): *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas Ediciones.

racterísticas se encuentran presentes en las legislaciones penales latinoamericanas.

Así mismo, y para no caer en las acertadas críticas que hace más de veinte años formulaba Carlos Nino a los académicos argentinos⁴, resulta fundamental citar dos excelentes trabajos del profesor chileno José Luis Guzmán Dalbora (2010-2011)⁵ que han realizado una aproximación a la temática bajo análisis. De los mismos se han tomado algunas ideas, complementándolas con un análisis de la totalidad de los códigos penales de los países miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, jurisprudencia Interamericana de fecha posterior a la edición de los mismos, así como también la opinión que las legislaciones sometidas a crítica han merecido en algunas ocasiones de parte de los tribunales locales. Las diferencias de enfoque entre los trabajos pueden apreciarse del simple cotejo que el lector realice.

Sin más aclaraciones que realizar, comenzaremos tratando uno de los pilares fundamentales del derecho penal, aquél que Feuerbach, no obstante no ser su creador, bautizó como *nullum poena sine lege, nulla poena sine crimene, nullum crimen sine poena legali*: el principio de legalidad penal.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.

2. 1. GENERALIDADES.

Este principio básico del derecho penal juega un papel decisivo en la libertad de los seres humanos, ya que su vigencia implica, esencialmente, que sin una ley que lo haya declarado previamente punible, ningún hecho puede merecer una pena.

Con buen criterio, Zaffaroni (1998) ha señalado que obedece a un requerimiento de la seguridad jurídica, ya que la ley penal no puede sembrar la incer-

⁴ El siempre recordado jusfilósofo argentino señalaba críticamente que “cuando se escribe sobre un tema generalmente no se toma en cuenta ni se aprovecha el trabajo que se ha hecho sobre el mismo tópico” y que “rara vez se expone claramente una tesis a defender, mostrando en qué medida difiere o constituye un avance sobre lo que ha sido expuesto en otros trabajos”. Ver Nino, Carlos (2011): *Un país al margen de la ley* - 4º ed., Buenos Aires: Ariel, pp. 120.

⁵ Los trabajos son *El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en el volumen “Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional”, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malariano y Gisela Elsner (2010), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, pp. 171-192; y *Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal* en el volumen 2011 de la citada obra, pp. 345-380.

tidumbre acerca de qué es lo prohibido y qué es lo permitido. Un orden penal que no permita saber con claridad qué es lo prohibido y punible no provee a la seguridad jurídica, sino que la destruye.

La vigencia de este principio impone exigencias no sólo al juez que aplica la ley⁶, sino también al órgano legislativo que las dicta. Una sanción penal se habrá aplicado respetando el principio de legalidad siempre y cuando esté establecida en una *lex praevia* (exclusión de la retroactividad de las leyes penales) y en una *lex scripta* (exclusión del derecho consuetudinario), interpretada como una *lex stricta* (exclusión de la extensión analógica de la ley penal). Como señala Bacigalupo (1999), la ley penal debe reunir, además, las condiciones de una *lex certa*, conteniendo una descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación que pueda considerarse exhaustiva. Sobre éste último aspecto del principio de legalidad penal se enfocará la primera parte de este trabajo. El que una ley penal deba ser considerada como *lex certa* impone a los órganos legislativos la exigencia de reducir al mínimo razonable la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe.

Según Zaffaroni (2012), al expresarse la ley penal en palabras y estas dejar siempre dudas interpretativas, el derecho penal debe exigir de los legisladores el mayor esfuerzo de precisión semántica. El juez debe exigir la máxima taxatividad legal, o sea, no la simple legalidad, sino la legalidad estricta.

Como afirma Roxin (1997), desde que la vigencia plena de este principio permite separar de una manera nítida y clara el ámbito de lo prohibido y lo permitido, constituye un importante límite al ejercicio del poder punitivo del estado, rasgo de fundamental importancia para permitir la plena vigencia de los derechos fundamentales de todos los individuos. Una ley indeterminada o imprecisa -y por ello, poco clara- no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, ya que no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal.

La experiencia histórica permite demostrar que la formulación de la legislación penal en sentido equívoco, vago o indeterminado, con las consecuencias que conlleva, es uno de los rasgos característicos de los gobiernos autoritarios y totalitarios. En la Alemania nazi, el artículo 2 del código penal, que enuncia el principio de legalidad penal, fue reemplazado por una norma que sostenía que “*Será castigado quien cometa un hecho que la ley declare punible o*

⁶ Sobre el alcance del término “ley” en el Sistema Interamericano, ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86: *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf. Consulta realizada el día 4 de agosto de 2014.

que sea merecedor de castigo según el concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo. Si contra el hecho no encuentra inmediata aplicación ninguna ley penal, el hecho se castigará sobre la base de aquella ley penal cuyo concepto fundamental mejor se le adapten". Del mismo modo fue negado explícitamente en el derecho soviético de los años siguientes a la revolución, en tanto el código de la república rusa de 1922 enunció en su artículo 6º que *"es delito toda acción u omisión socialmente peligrosa, que amenace las bases del ordenamiento soviético y el orden jurídico establecido por el régimen de los obreros y campesinos para el período de transición hacia la realización del comunismo"*⁷.

Afortunadamente, no obstante poder observar ciertos vestigios autoritarios, hoy en día no encontramos disposiciones semejantes en los códigos penales latinoamericanos. Por el contrario, varios de estos cuerpos normativos comienzan su parte general enunciando una serie de principios rectores e interpretativos entre los cuáles, en la gran mayoría de ellos, se encuentra el principio de legalidad penal. De este modo, mientras que en gran parte de estas legislaciones observamos que el principio de legalidad penal encuentra recepción con una redacción un tanto simplista⁸, podemos destacar el saludable caso

⁷ Ejemplos citados por Ferrajoli, Luigi (1995): *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Trotta, pp. 384.

⁸ Así, en los códigos penales de **Bolivia, art. 4:** Nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sujeto a penas o medidas de seguridad penales que no se hallen establecidas en ella; **Brasil, art. 1:** Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal; **Costa Rica, art. 1:** Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente; **Chile, art. 1:** Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley; **Ecuador, art. 2:** Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto; **Honduras, art. 1:** Nadie será penado por infracciones que no estén determinadas en una ley anterior a la perpetración de un delito; **Guatemala, art. 1:** Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley; **Nicaragua, art. 1:** Ninguna persona podrá ser condenada por una acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley penal anterior a su realización. Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley; **Perú, principio general II:** Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella; **Uruguay, art. 1:** Es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal. Para que ésta se considere tal, debe contener una norma y una sanción; **Venezuela, art. 1:** Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente; **Haití, art. 4:** Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi, avant qu'ils fussent commis; y **Surinam, art. 1:** Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling. Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan

de los códigos de El Salvador, Colombia, Panamá y Paraguay, donde en su redacción se hace eco de la necesidad de definir las conductas típicas de manera expresa, clara e inequívoca⁹. Por otra parte, en los códigos penales de Argentina y República Dominicana, así como también en el código penal federal de México, la consagración expresa del principio de legalidad penal brilla por su ausencia.

3. LA CUESTIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en una redacción que deja bastante que desear, consagra el principio de legalidad penal¹⁰ en su artículo 9º, de la siguiente manera: “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello.*”

El citado principio también se encuentra receptado en otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, pudiendo ser nombrados, a mero título ejemplificativo, la primer parte del artículo XXV de la De-

is, worden de voor de verdachte gunstigste bepalingen toegepast.

⁹ **El Salvador, art. 1:** Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad; **Colombia, art. 10:** La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley; **Panamá, art. 4:** Solo se puede castigar a la personas por la comisión del hecho ilícito, siempre que la conducta esté previamente descrita por la ley penal, y **art. 12:** La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca. Cuando un hecho punible requiere de una norma, de igual o inferior jerarquía, lo complemente, será necesaria la existencia de esa norma jurídica complementaria; y **Paraguay, art. 1:** Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.

¹⁰ Si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el principio de legalidad penal en todos los aspectos mencionados en el punto anterior, los comentarios que se realicen de aquí en más, como los extractos de jurisprudencia que se traigan a colación, lo serán en referencia a la determinación y máxima taxatividad en la descripción de los tipos penales, es decir, en el sentido de *lex certa*.

claración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹¹ y la segunda parte del artículo 7º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹².

Como fácilmente podemos advertir, la redacción del artículo 9º de la Convención Americana no contiene referencia alguna a la exigencia de exhaustividad en la descripción de las conductas punibles que deben satisfacer las leyes penales. No obstante ello, esta impronta de vacío ha ido desapareciendo con las interpretaciones que la Corte Interamericana ha ido realizando en torno a este precepto.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana se encuentra en primera línea en cuanto a su importancia. Sergio García Ramírez, ex juez y presidente del Tribunal, la ha resumido en pocas líneas, sosteniendo que “los tribunales internos deben asumir, para su desempeño interno, la interpretación adoptada por la Corte Interamericana, habida cuenta de que ésta ha sido instituida por la voluntad de los Estados precisamente con el fin de interpretar y aplicar la Convención” y que “es, en este sentido, un órgano de interpretación oficial reconocido por los propios estados (García Ramírez- Morales Sánchez, 2011) ”.

Desde el año 1999 hasta el día de la fecha, la Corte se ha pronunciado en torno al artículo 9º de la Convención en varias ocasiones¹³. A continuación pasaremos revista a los estándares establecidos por el Tribunal en relación al aspecto del principio de legalidad penal que nos interesa, reservándonos las considera-

¹¹ “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por las leyes preexistentes”.

¹² “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. En idéntico sentido se expide el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³ Así lo ha hecho respecto de los variados aspectos del principio de legalidad penal, en orden cronológico, en los casos *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de Mayo de 1999; *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de 18 de Agosto de 2000; *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de Febrero de 2001; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de Agosto de 2004; *De La Cruz Flores vs. Perú*, sentencia de 18 de Noviembre de 2004; *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, sentencia de 25 de Noviembre de 2004; *Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de Noviembre de 2005; *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, sentencia de 25 de Noviembre de 2005; *Kymel vs. Argentina*, sentencia de 2 de Mayo de 2008; *Yvon Neptune vs. Haití*, sentencia de 6 de Mayo de 2008; *Usón Ramírez vs. Venezuela*, sentencia de 20 de Noviembre de 2009; *Vélez Loo vs. Panamá*, sentencia de 23 de Noviembre de 2010; *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, sentencia de 27 de Abril de 2012; y *Uzcátegui y otros vs. Venezuela*, sentencia de 3 de Septiembre de 2012.

ciones que ha realizado en torno a la tipificación específica del delito de terrorismo para el punto siguiente.

La primera oportunidad en que la Corte se pronunció al respecto, tuvo lugar en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*¹⁴, donde sostuvo categóricamente que: “*en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.*”

Sobre la importancia del principio de legalidad, en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*¹⁵ la Corte agregó: “*en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión*”.

En el caso *De La Cruz Flores vs. Perú*¹⁶, respecto de la actitud que debe asumir el juez penal al subsumir una conducta en un tipo penal, el Tribunal dijo:

¹⁴ Corte IDH, “*Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de Mayo de 1999 (Fondo, reparaciones y costas)”, párrafo 121. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf. Consulta realizada el día 7 de agosto de 2014.

¹⁵ Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de Febrero de 2001 (Fondo, reparaciones y costas), párrafo 107. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf. Consulta realizada el día 7 de agosto de 2014.

¹⁶ Corte IDH, caso *De la Cruz Flores vs. Perú*, sentencia de 18 de Noviembre de 2004 (Fondo, reparaciones y costas), párrafo 82. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_115_esp.pdf. Consulta realizada el día 7 de agosto de 2014.

“corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico”.

En relación a los requisitos a observar al momento de elaborar los tipos penales, en el caso *Kymel vs. Argentina*¹⁷ la Corte añadió: *“cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano”.*

La importancia de la vigencia del principio de legalidad penal fue puesta de relevancia nuevamente en el caso *Yvon Neptune vs. Haití*¹⁸, donde el Tribunal sostuvo que: *“el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable, el artículo 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas acciones u omisiones delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible”.*

Como bien podemos observar, a pesar de ser criticable la manera en que la Corte se ha pronunciado en la decisión final de algún caso en particular- como la decisión adoptada al respecto en el caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*¹⁹, sobre la que volveremos al analizar la tipificación del terrorismo-, se han establecido estándares claros en relación a los recaudos que deben tomarse al momento de tipificar penalmente conductas, y respecto de la importancia que dicha tarea tiene para la vigencia del estado de derecho en una sociedad democrática. Mayor relevancia podemos otorgarle aún, si consideramos que

¹⁷ Corte IDH, caso *Kymel vs. Argentina*, sentencia de 2 de Mayo de 2008 (Fondo, reparaciones y costas), párrafo 63. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf. Consulta realizada el día 7 de agosto de 2014.

¹⁸ Corte IDH, caso *Yvon Neptune vs. Haití*, sentencia de 6 de Mayo de 2008 (Fondo, reparaciones y costas), párrafo 125. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf. Consulta realizada el día 7 de agosto de 2014.

¹⁹ Corte IDH, Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú* Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf. Consulta realizada el día 7 de agosto.

en función del deber de adoptar disposiciones de derecho interno, consagrado en el artículo 2° de la Convención Americana²⁰, los Estados están obligados a abstenerse de expedir leyes que desconozcan esos derechos o perturben su ejercicio, así como a suprimir o modificar las que tengan este alcance²¹, y que la sola existencia de una ley que contravenga los estándares existentes en materia de derechos humanos puede ser, *per se*, violatoria de la Convención, aunque todavía no se haya realizado ningún acto de ejecución²².

Habiendo repasado los estándares existentes en la materia, y teniendo en consideración que el irrespeto de los mismos puede acarrear responsabilidad internacional a los estados, pasaremos a analizar críticamente varias disposiciones de los códigos penales de los estados partes en la Convención Americana que parecen ir en dirección opuesta a lo que prescribe el principio de legalidad penal.

4. TIPOS PENALES INDETERMINADOS EN AMÉRICA LATINA

El análisis de la presencia de tipos penales indeterminados en las legislaciones penales latinoamericanas estará dirigido al señalamiento de la muchas veces incompatible relación entre la tipificación del terrorismo con el principio de legalidad penal en el sentido de *lex certa* sobre el que hicimos hincapié en un comienzo.

La presencia de vaguedades e indeterminaciones también se advierte en la tipificación de otro tipo de delitos, tales como los delitos contra el honor, sobre el cuál la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de expedirse en diversas

²⁰ “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

²¹ Corte IDH, caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia del 21 de Junio de 2002 (Fondo, reparaciones y costas), párrafos 113 y 116. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf. Consulta realizada el día 7 de agosto de 2014.

²² Corte IDH, Opinión Consultiva n° 14 del 9 de Diciembre de 1994: *Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, párrafo 43. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf. Consulta realizada el día 7 de agosto de 2014.

ocasiones, y el caso de las llamadas asociaciones ilícitas y figuras análogas. No obstante, tal como advertimos en un comienzo, el análisis se centrará en la tipificación del terrorismo, dejando la cuestión planteada respecto de los otros delitos para posteriores trabajos.

4.1. Terrorismo

Tratar de realizar un análisis que abarque todas las consideraciones que podrían formularse respecto del fenómeno conocido como *terrorismo* implicaría una tarea de grandes dimensiones que excedería el marco propuesto para el presente trabajo. El aspecto concreto sobre el cuál volcaremos nuestra atención es aquél que plantea la inclusión de estos delitos en las legislaciones penales de los países latinoamericanos respecto de la vigencia del aspecto del principio de legalidad penal que analizamos en un comienzo.

La tipificación del delito de terrorismo trae aparejada un clásico problema del cual aún no ha podido despojarse: la falta de consenso universal en torno a su definición concreta²³. A ello debemos sumarle también la actitud de urgencia con la que muchos estados suelen encarar la tarea prevención y represión de este tipo de delitos, justificando en muchos casos fuertes medidas represivas.

Dicho esto, procederemos a analizar cómo están estructurados los tipos penales de terrorismo en las legislaciones penales latinoamericanas. Cabe advertir que gran parte de ellos, en sintonía con el fenómeno conocido como *descodificación*, no se encuentran dentro de los códigos penales, sino en leyes especiales, muchas de ellas sancionadas en los años recientes, manifestándose tanto a través de la tipificación de un delito autónomo (como en el caso venezolano), o mediante un agravante genérico aplicable a los demás delitos (como en el caso argentino). Realizaremos las observaciones correspondientes, intentaremos demostrar su incompatibilidad con el principio de legalidad, y finalmente advertiremos sobre el aspecto más preocupante: las consecuencias que la tipificación de estos delitos tiene en su aplicación concreta, permitiendo inferir

²³ Así lo ha advertido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en: *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/SER.L/V/II.116, del 22 de octubre de 2002, párrafo. 15. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/informe_sobre_terrorismo_derechos_humanos.pdf. Consulta realizada el día 7 de agosto de 2014.

Una posible respuesta al por qué de la falta de definición puede encontrarse en Sueiro, Carlos Christian (2012): *Actos comprendidos en la definición jurídica de terrorismo* en *La Ley - Revista de Derecho Penal y Criminología*, año II, N° 10, pp. 9.

que dista mucho de ser una medida eficaz para la persecución de los delitos en razón de los que fueron creados.

Para comenzar, citaremos a modo de ejemplo los casos de Bolivia, México y Perú. Bolivia tipifica del delito de terrorismo en el artículo 133 de su código penal de la siguiente forma: **Art. 133:** El que **formare parte, actuare al servicio o colaborare** con una organización armada destinada a cometer delitos contra la seguridad común, la vida, la integridad corporal, la libertad de locomoción o la propiedad, **con la finalidad de subvertir el orden constitucional o mantener en estado de zozobra, alarma o pánico** colectivo a la población o a un sector de ella, será sancionado con presidio de 15 a 20 años, sin perjuicio de la pena que le corresponda si se cometieran tales delitos.

Por su parte, México lo hace en el artículo 139 de su Código Penal Federal: **Art. 139:** Se impondrá pena de prisión de 6 a 40 años y hasta 1200 días de multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por **cualquier otro medio violento**, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios públicos, que **produzcan alarma, temor o terror** en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad para que tome una determinación.

De un modo diferente, Perú tipifica el delito de terrorismo ya no en su código penal, sino a través del decreto-ley N° 25.475²⁴, que en su artículo 2° prescribe: El que **provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población** o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o **cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años. (De conformidad con el Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 921, publicado el 18-01-2003, la pena tempo-

²⁴ Decreto Ley N° 25.475, publicado el 05-05-92. Es necesario recordar que la Corte IDH, en la sentencia del caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, sostuvo que el art. 2 de este Decreto Ley no viola el principio de legalidad (párr. 194). Al respecto, es recomendable la lectura del voto disidente de la jueza Medina Quiroga, donde se inclina por sostener que el tipo penal de terrorismo *es violatorio* del principio de legalidad, postura a la que adherimos.

ral máxima para los delitos previstos en el presente artículo, será cinco años mayor a la pena mínima establecida en el mismo.)

En un sentido similar se orientan las disposiciones pertinentes de Nicaragua²⁵, Guatemala²⁶, Panamá²⁷, República Dominicana²⁸, Costa Rica²⁹ y, a través de una engorrosa redacción, Ecuador³⁰.

²⁵ **Nicaragua, código penal, art. 394:** Quien actuando al **servicio o colaboración con bandas, organizaciones o grupos armados**, utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas, incendios, inundación, o **cualquier otro acto de destrucción masiva**, realice actos en contra de personas, bienes, servicios públicos y medios de transporte, como medio para producir **alarma, temor o terror en la población**, en un grupo o sector de ella, alterar el orden constitucional, alterar gravemente el orden público o **causar pánico en el país**, será sancionado con pena de 15 a 20 años de prisión.

²⁶ **Guatemala, código penal, art. 391:** Comete el delito de terrorismo quien con la finalidad de **alterar el orden constitucional, el orden público del Estado** o coaccionar a una persona jurídica de Derecho Público, nacional o internacional, **ejecutare acto de violencia**, atentare contra la vida o integridad humana, propiedad o infraestructura, o quien con la misma finalidad ejecutare actos encaminados a provocar incendio o a causar estragos o desastres ferroviarios, El responsable de dicho delito será sancionado con prisión inmutable de diez (10) a treinta (30) años, más multa de veinticinco mil dólares (US\$25,000.00) a ochocientos mil dólares (US\$800,000.00) de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional. Si se emplearen materias explosivas de gran poder destructor para la comisión de este delito, el o los responsables serán sancionados con el doble de las penas.

²⁷ **Panamá, código penal, art. 293:** Quién, con la finalidad de **perturbar la paz pública, cause pánico, terror o miedo** en la población o en un sector de ella, utilice material radioactivo, arma, incendio, explosivo, sustancia biológica o tóxica o **cualquier otro medio de destrucción masiva o elemento que tenga esa potencialidad**, contra los seres vivos, los servicios públicos, los bienes o las cosas será sancionado con prisión de 20 a 30 años.

²⁸ **República Dominicana, Ley 267/08, Art. 5:** A los fines de la presente ley, constituyen actos de terrorismo todos aquéllos que se ejecuten empleando medios susceptibles de provocar en forma indiscriminada o atroz, muertes, heridas, lesiones físicas o psicológicas, de un número indeterminado de personas, o graves estragos materiales a infraestructuras estratégicas de la nación o propiedad de particulares, con la finalidad de: a) **Atemorizar a la población** en general o determinados sectores de ésta, obligando al gobierno nacional, a otro gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; b) Ejercer retaliaciones fundadas por motivos políticos, étnicos, religiosos, o de cualquier otra índole; y c) Afectar las relaciones del Estado dominicano con otros estados o su imagen exterior.

²⁹ **Costa Rica, código penal, arts. 246.1:** Será reprimido con prisión de 5 a 10 años el que, mediante incendio o explosión, creare un peligro común para las personas o los bienes. Será 6 a 15 años de prisión si se tuvieren **finés terroristas**, y **274:** Será reprimido con prisión de 1 a 6 años, quien tome parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos, por el solo hecho de ser miembro de la asociación. La pena será de 6 a 10 años de prisión si el fin de la asociación es cometer actos de terrorismo.

³⁰ **Ecuador, código penal, art. 160:** Los que, **individualmente o formando asociaciones**, como guerrillas, organizaciones, pandillas, comandos, grupos terroristas, montoneras o **alguna otra forma similar**, armados o no, pretextando fines patrióticos, sociales, económicos, políticos, religiosos, revolucionarios, reivindicatorios proselitistas, raciales, localistas, regionales, etc., **cometieren delitos contra la seguridad común de las personas o de grupos humanos de cualquiera clase o de sus**

A través de la lectura de estos tipos penales, no es difícil advertir que los mismos presentan una serie de similitudes. En primer lugar se destaca el aspecto subjetivo, a través del propósito con el que muchos de ellos se debe realizar: la absolutamente indeterminada y vaga expresión de *causar pánico, alarma, terror* o situaciones análogas.

En segundo lugar, podemos notar cómo muchos de ellos enuncian varios medios a través de los cuáles se puede llevar a cabo la comisión del delito (como en el caso de Ecuador, que al respecto se encuentra al borde de la exageración), pero siempre previendo una suerte de *válvula de escape* a través de la cual se pueden filtrar otros medios de comisión que no fueron expresamente previstos en la redacción del tipo penal: es el caso de las expresiones tales como *cualquier otro medio* y semejantes.

Otro detalle peculiar que estas normas presentan es aquél dato que permite que estos delitos puedan confundirse con otros de mucha menor cuantía. En la gran mayoría de ellos, se prevé que el delito de terrorismo puede llevarse a cabo (siempre con la vaga expresión de *causar zozobra, terror o pánico*) a través de la provocación de daños en la propiedad o bienes, situación que nos permite arribar a una conclusión preocupante:

El hecho de permitir que, a través de su percepción, el juzgador considere que el delito haya o no haya sido cometido con la finalidad de *causar terror* u otra expresión similar, y por esa sola circunstancia poder decidir si se está frente a un delito contra la propiedad o un delito de terrorismo, le otorga un grado de discrecionalidad inaceptable que acarrea consecuencias nada deseables dentro de un estado de derecho. Basta tomar por ejemplo el caso del código penal federal de México, donde un delito de incendio que cause un daño a la propiedad se encuentra conminado con pena privativa de la libertad de 5 a 10 años, mientras que si se estima que el delito fue realizado con la intención de producir *alarma, terror o temor*, se podría estar frente a un hecho de terrorismo, con

bienes: ora asaltando, violentando o destruyendo edificios, bancos, almacenes, bodegas, mercados, oficinas, etc.; ora allanando o invadiendo domicilios, habitaciones, colegios, escuelas, institutos, hospitales, clínicas, conventos, instalaciones de la fuerza pública, militares, policiales o paramilitares, etc.; ora sustrayendo o apoderándose de bienes o valores de cualquier naturaleza y cuantía; ora secuestrando personas, vehículos, barcos o aviones para reclamar rescate, presionar y demandar el cambio de leyes o de órdenes y disposiciones legalmente expedidas o exigir a las autoridades competentes poner en libertad a procesados o sentenciados por delitos comunes o políticos, etc.; ora ocupando por la fuerza, mediante amenaza o intimidación, lugares o servicios públicos o privados de cualquier naturaleza y tipo; ora levantando barricadas, parapetos, trincheras, obstáculos, etc., **con el propósito de hacer frente a la fuerza pública en respaldo de sus intenciones, planes, tesis o proclamas; ora atentando, en cualquier forma, en contra de la comunidad, de sus bienes y servicios**, serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de 4 a 8 años y multa de mil setecientos sesenta y siete a cuatro mil cuatrocientos dieciocho dólares de los Estados Unidos de Norte América.

una escala penal de nada más y nada menos 6 a 40 años (la cual, por ser tan distantes el mínimo y el máximo, otorga de por sí un gran poder de discrecionalidad al juzgador al momento de graduarla). Esta constituye nuestra preocupación central en torno a la tipificación de estos delitos, y sobre ella volveremos párrafos más adelante.

La consagración del delito de terrorismo a través de expresiones con similar o mayor grado de indeterminación se puede encontrar en el resto de las legislaciones penales latinoamericanas. Citaremos el caso de Venezuela, con la llamada “Ley orgánica contra la delincuencia organizada y financiamiento del terrorismo”³¹ y su artículo 4.1, y el caso argentino, con el agravante genérico del nuevo artículo 41 *quinqües* del código penal, incorporado por la ley 26.734: **art. 4.1:** Acto terrorista: es aquel acto intencionado que por su naturaleza o su contexto, pueda **perjudicar gravemente a un país** o a una organización internacional tipificado como delito según el ordenamiento jurídico venezolano, cometido con el fin de **intimidar gravemente a una población**; obligar indebidamente a los gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

Argentina, art. 41 quinqües: Cuando alguno de los delitos previstos en este código hubiere sido cometido con la finalidad de **aterrorizar a la población** u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo. Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

Como señala Zaffaroni (2012), respecto a la última parte del artículo 41 *quinqües* del código penal argentino, es necesario destacar que no es una aclaración que otorgue la tranquilidad necesaria como para dejar de objetar la norma. Tal como se ha dicho, la formal y hasta solemne declaración o promesa de persecución limitada únicamente a “terroristas” no puede respetarse porque el poder de individualización se le concede a la agencia que lo ejerce y que, como cualquier burocracia, lo ejercerá conforme a sus objetivos sectoriales, que

³¹ Gaceta Oficial N° 39.912 del 30 de abril de 2012.

no estarán limitados a los estereotipos imaginados por el legislador a la hora de construir los tipos o ceder garantías de los ciudadanos.

Las legislaciones de los demás países que forman parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se orientan en un modo similar, y a sus disposiciones remitimos³².

³² **Colombia, código penal, art. 343:** El que **provoque o mantenga en estado de zozobra o terror** a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de 10 a 15 años; **Chile, Ley 18314, art. 1:** Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando el hecho se cometa con la finalidad de **producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie**, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias. La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años. La excusión contenida en el inciso anterior no será aplicable a los mayores de edad que sean autores, cómplices o encubridores del mismo hecho punible. En dicho caso la determinación de la pena se realizará en relación al delito cometido de conformidad a esta ley, y **art. 2:** Constituirán delitos terroristas, cuando cumplieren lo dispuesto en el artículo anterior: 1. Los de homicidio sancionados en el artículo 391; los de lesiones establecidos en los artículos 395, 396, 397 y 398; los de secuestro y de sustracción de menores castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de cartas o encomiendas explosivas del artículo 403 bis; los de incendio y estragos, descritos en los artículos 474, 475, 476 y 480, y las infracciones contra la salud pública de los artículos 313 d), 315 y 316, todos del Código Penal. Asimismo, el de descarrilamiento contemplado en los artículos 105, 106, 107 y 108 de la Ley General de Ferrocarriles. 2. Apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes. 3. El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos. 4. Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos. 5. La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1°; **Paraguay, ley 4024/10, art. 1:** El que con el fin de **infundir o causar terror**, obligar o coaccionar para realizar un acto o abstenerse de hacerlo, a: la población paraguaya o a la de un país extranjero, los órganos constitucionales o sus miembros en el ejercicio de sus funciones o una organización internacional o sus representantes; Realizarse o intentarse los siguientes hechos punibles previstos en el código penal: genocidio, homicidio y lesiones graves, los establecidos contra la libertad, los establecidos contra las bases naturales de la vida humana, hechos punibles contra la seguridad de las personas frente a riesgos colectivos, los establecidos contra la seguridad de las personas en el tránsito, los establecidos contra el funcionamiento de instalaciones, o sabotaje, será castigado con pena privativa de la libertad de 10 a 30 años; **Honduras, ley contra el financiamiento del terrorismo, art. 80:** Comete delito de terrorismo, quien, realice **cualquier acto** destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un ciudadano civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto o evento, por su naturaleza o contexto, sea el de **intimidar a la población** o de obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar o abstenerse de realizar cualquier acto. También comete delito de terrorismo quien realice cualquiera de las conductas establecidas como delitos en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por Honduras respecto al terrorismo. El responsable del delito de terrorismo será sancionado con la pena

Para volver a la preocupación que manifestamos anteriormente, resulta de suma relevancia hacer referencia a lo afirmado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un caso que demuestra con claridad la finalidad con la que este tipo de legislación, a raíz de las consecuencias de su vaguedad e indeterminación, está siendo aplicada en América Latina³³.

En relación al principio de legalidad, la Comisión Interamericana se ha expresado con anterioridad en el mismo sentido en que lo hemos venido desarrollando: “la determinación de las conductas que van a ser calificadas como delitos y respecto de las cuales se activa el poder punitivo del Estado, corresponde en principio a éste último en el ejercicio de su política criminal, con base en sus particularidades históricas, sociales y de otra índole. Sin embargo, del artículo 9 de la Convención Americana se derivan ciertos elementos que deben ser observados por los Estados al momento de ejercer la potestad de definir los tipos penales. Tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el principio de legalidad trae como corolario la regla según la cual la legislación penal debe estar formulada sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos y unívocos, que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos que no constituyen delitos sancionables o son sancionables bajo otras figuras penales”³⁴.

Y en razón de la tipificación del delito de terrorismo, la Comisión sostuvo: “El respeto al principio de legalidad penal bajo el artículo 9 de la Convención implica que al momento de tipificar conductas terroristas, estos elementos deben ser definidos de la manera más precisa, evitando cualquier formulación vaga o ambigua que dé lugar a interpretaciones diversas sobre las conductas penalizadas o sobre su similitud con otros delitos”³⁵.

de reclusión de 40 a 50 años, más multa de tres mil a cinco mil salarios mínimos establecidos para la zona donde se comete el delito.

³³ Nos referimos al Informe de fondo No. 176/10, sobre el caso *Segundo Aniceto Norin Catriman, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros vs. Chile*.

³⁴ CIDH, *Informe sobre la situación de derechos humanos en Perú* (2000), OEA/Ser.L./V/II.106, Doc. 59 rev. 2, 2 de junio de 2000, párrafos 80 y 168. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/countryrep/Peru2000sp/capitulo10.htm>; y CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/SER.L/V/II.116, 22 de octubre de 2002, párrafo 225. Disponible en <http://www.cidh.org/PRIVADAS/terrorismo.htm>. Consulta realizada el día 7 de agosto de 2014.

³⁵ CIDH – Informe de fondo No. 176/10 sobre el caso *Segundo Aniceto Norin Catriman, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros vs. Chile*, párrafo 131. Disponible en www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.576FondoEsp.doc. Consulta realizada el día 7 de agosto de 2014.

No obstante el desarrollo anterior, en un párrafo concreto del citado informe la Comisión Interamericana *da la nota* y resume cuales son las consecuencias que la aplicación de este tipo de normas generan a causa de la amplia discreción que su falta de definición concreta le otorga al juzgador, poniendo el eje de la preocupación en la posibilidad de que esta legislación sea utilizada para reprimir la protesta social³⁶. El aludido pasaje sostiene: “los riesgos de mantener tipos penales amplios que puedan dar lugar a diversas interpretaciones respecto de la conducta que se considera reprochable penalmente, especialmente en el contexto de persecución y sanción de conductas terroristas, es la aplicación discriminatoria de tales disposiciones, o su utilización para criminalizar contextos generales de protesta social. Ante una falta de definición clara de las conductas que se consideran terroristas, los jueces nacionales cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para introducir contextos generales de protesta social o la pertenencia étnica de una persona como aspectos determinantes en la calificación de un acto como terrorista”³⁷.

Es en torno a este punto donde surgen las mayores críticas que apuntan a este tipo de legislación. Las consecuencias que su indeterminación arrastra son claras y peligrosas. Producto de ello, señala Zaffaroni (2012), cada legislación nacional asume una amplitud diferente, abarcando conductas que poco o nada tienen que ver con los ataques masivos e indiscriminados a la población (aquellos que podrían constituir el verdadero terrorismo), generando una suerte de caja parcialmente vacía, donde junto a esos ataques cada poder puede colocar cualquier conducta y, por ende, encerrar a su *enemigo* de turno.

Estas consecuencias poco deseables pueden ser ilustradas citando algunos ejemplos de su aplicación³⁸. En una región con una historia tan particular co-

³⁶ No serán aquí abordadas las posturas que defienden en un sentido amplio el derecho a la protesta social y sus diversas manifestaciones. Para una exposición clara de ello, ver Gargarella, Roberto (2006): *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta* – 1ª ed. – Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

³⁷ CIDH – Informe de fondo No. 176/10 sobre el caso *Segundo Aniceto Norin Catriman, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros vs. Chile*, párrafo 146. Disponible en www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.576FondoEsp.doc. Consulta realizada el día 7 de agosto de 2014.

³⁸ Además del caso del pueblo Mapuche sobre el que versa el citado informe de la CIDH, pueden citarse hechos similares sucedidos en relación al pueblo Shuar de Ecuador, y en relación a protestas por proyectos de explotación minera en Argentina. Al respecto, ver:

mo América Latina, donde la idea de terrorismo que conocemos se encuentra indisolublemente vinculada a las masivas violaciones a los derechos humanos perpetradas a través del terrorismo de estado, difícilmente alguien pueda alzar la mano y sostener con seriedad que, como en estos casos, miembros de pueblos indígenas que reclaman por sus derechos históricamente vulnerados puedan ser calificados como terroristas.

Estas ideas constituyen una aproximación exploratoria que pretende dejar planteado el estado actual de la tipificación concreta del terrorismo en América Latina y que, lejos de acabar la tarea, constituyen un puntapié inicial para posteriores trabajos. A modo de reflexión, es oportuno citar una crítica prudente que a este tipo de legislaciones se ha formulado en Europa:

En ocasión de discutir el máximo tribunal británico la adecuación a la Convención Europea de Derechos Humanos de la ley antiterrorista de 2001, que permite detener sin proceso y por tiempo prolongado a extranjeros sospechados de mantener vinculaciones con el terrorismo, Lord Hoffman puntualizó en su voto: “Naturalmente, el gobierno tiene el deber de proteger la vida y los bienes de sus ciudadanos. Pero éste es un deber que le incumbe en todos los momentos y que está obligado a cumplir sin destruir nuestras libertades constitucionales”. Más adelante agregó: “La real amenaza para la vida de la Nación, en el sentido de un pueblo viviendo conforme a sus leyes y valores tradicionales, no proviene del terrorismo, sino de leyes como éstas. Esta es la verdadera medida en que el terrorismo puede llevarse a cabo. El Parlamento debe decidir si le otorga al terrorismo semejante victoria³⁹”.

5. PELIGROSIDAD Y DERECHO PENAL DE AUTOR. GENERALIDADES.

La peligrosidad penal y el derecho penal de autor, tal como se anticipó oportunamente, constituyen el objeto de atención de la segunda parte de este trabajo. Por no estar en nuestro objetivo brindar un panorama exhaustivo sobre la dis-

<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/pepe-acacho-fue-sentenciado-a-12-anos-de-prision-588234.html>;

http://www.cedhu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=232%3Acaso-pepe-acacho-la-protesta-social-no-es-terrorismo&Itemid=42; y
<http://www.perfil.com/politica/-20120130-0001.html>. Consulta realizada el 4 de agosto de 2014.

³⁹ Opinions of the Lords of Appeal on Thursday 16 December 2004, párrafos 95 y 97, en The United Kingdom Parliament.

cusión que la temática ha despertado en la doctrina, y por ser una cuestión tratada hasta el hartazgo en la literatura penal, comenzaremos cada apartado brindando una noción introductoria de los conceptos en la estricta medida en que sea necesaria para la comprensión del tema a tratar. Para un desarrollo más profundo, a otras excelentes obras remitimos⁴⁰.

El denominado derecho penal *de acto* es el modelo de derecho penal que debe prevalecer en toda sociedad que se precie de democrática y respetuosa de los derechos fundamentales. Mediante sus postulados, para habilitar la intervención del poder punitivo se considera disvalioso lo que el individuo *hace*, es decir, su *acción*. En la vereda opuesta (no sólo por sus postulados científicos y filosóficos, sino por su clara tendencia autoritaria) se encuentra lo que ha dado en llamarse derecho penal *de autor*, donde ya no se desvalora la *acción*, sino a la *persona*, habilitando el ejercicio del poder punitivo estatal no en razón de lo que la persona *hace*, sino en razón de lo que la persona *es*.

Como señala Donna (1978), una clara manifestación histórica (no por ya pertenecer al pasado, sino por su presencia en las legislaciones a lo largo de los años) del derecho penal de autor es la peligrosidad penal. A través de la utilización de este concepto, que ha sido explicado como una consecuencia de ver al hombre como *cosa científica* con la pretensión de sacar por analogía conclusiones que pertenecen al campo de las ciencias exactas, se pretende ver en la persona, ya sea por la manera de conducir su vida o por las acciones que realiza, un síntoma de inferioridad moral o biológica que la torna “peligrosa” para el resto de la comunidad. Sobre esta base se habilita el ejercicio del poder punitivo o se aumentan muchas veces de manera grosera los límites de su intensidad con el mero objetivo de evitar que la persona incurra en actos delictivos, funcionando como una suerte de pronóstico de las conductas futuras de la misma.

Segùn Roxin (1997), la vigencia del principio de legalidad se favorece con el desarrollo de un derecho penal de acto en lugar de un derecho penal de autor. Las descripciones de acciones y las penas por el acto se acomodan más al

⁴⁰ Para un análisis histórico de la peligrosidad penal y de las diversas posturas al respecto, ver Donna, Edgardo Alberto (1978): *La peligrosidad en el derecho penal*, Buenos Aires: Astrea.

Para una fuerte crítica a la peligrosidad penal, ver Guzmán Dalbora, José Luis (2011): *Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal* en Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malariano y Gisela Elsner, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 355 y siguientes.

principio de precisión o determinación que unos preceptos penales que atiendan una suerte de “elemento criminógeno permanente” en la persona del autor, y que midan en base a ello la clase y cuantía de la sanción. Así pues, un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un estado de Derecho liberal se inclinará siempre hacia un derecho penal de acto.

Donna (1978) ha dicho que la categoría criminológica de la peligrosidad, carente de asidero científico, pone ciertamente en duda el estado de derecho.

Sin embargo, lejos de estar erradicada, se encuentra aun fuertemente enquistada en las legislaciones penales latinoamericanas⁴¹. Sobre este aspecto volveremos en el punto 7º de este trabajo, al analizar las manifestaciones de la misma que aún persisten en los códigos penales de los países miembros en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6. LA CUESTIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expresado en una sola oportunidad (sin que ello le reste relevancia) en relación a la peligrosidad. En una sentencia del año 2005 contra Guatemala, el Tribunal marcó con contundencia su rechazo a la peligrosidad penal como manifestación del derecho penal de autor, en los términos en que la hemos venido desarrollando, sosteniendo que es completamente violatoria del principio de legalidad del artículo 9º de la Convención Americana. La renombrada sentencia es la del caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*⁴², cuyos párrafos pertinentes citaremos por su claridad y precisión: “*En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías*

⁴¹ En algunos casos no únicamente en las legislaciones, sino también en las propias Universidades, producto de una enseñanza del derecho acrítica que parte de asumir como correcto “lo que está en la ley” sin cuestionar sus consecuencias o su procedencia.

⁴² Un análisis de los hechos de este caso puede encontrarse en Guzmán Dalbora, José Luis (2011): *Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal* en Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malariano y Gisela Elsner, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, página 347 y siguientes.

Para un análisis crítico, ver Ziffer, Patricia (2006): *La idea de peligrosidad como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez* en Suplemento La Ley de Derecho Constitucional del 19/12/2006, páginas 45-56.

del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía”⁴³.

“La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado”.

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

A todo lo dicho, el por entonces presidente del Tribunal Interamericano, Sergio García Ramírez, añadió:

“La incorporación de la peligrosidad como elemento de la descripción típica o como factor para la selección de la pena, en sus respectivos casos, no se aviene con el principio de legalidad que dispone la punición de hechos o conductas ilícitos culpablemente realizados, pero no autoriza la sanción a partir de una combinación de la certeza sobre los hechos pasados y la especulación sobre conductas futuras. En fin de cuentas, no hubiera sido satisfactorio para la aplicación del Pacto de San José, considerado como un solo cuerpo normativo, asegurar al

⁴³ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia de 20 de Junio de 2005 (Fondo, reparaciones y costas), párrafo 94.

Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf. Consulta realizada el día 7 de agosto de 2014.

inculcado la posibilidad de defenderse del cargo de ser peligroso, es decir, del pronóstico sobre crímenes probables en algún momento del porvenir. Lo que se necesita es suprimir enteramente la referencia a la peligrosidad” (García Ramírez, 2005: 38).

Como podemos observar, en una sentencia inédita, breve y contundente, con fundamentos dignos de reconocimiento, la Corte Interamericana marcó su rechazo liso y llano a la utilización de la peligrosidad penal como fundamento del ejercicio de poder punitivo sobre las personas. Siguiendo la línea con la que finalizamos el punto anterior, señalaremos las distintas maneras en que la peligrosidad penal, a veces camuflada y otras veces descaradamente expuesta, permanece latente en las legislaciones penales latinoamericanas. La tarea reviste especial importancia pues, como advertimos con anterioridad, la permanencia de conceptos de este tipo, contrarios al estándar establecido por la Corte, puede acarrear responsabilidad internacional a los estados partes en la Convención Americana.

7. PELIGROSIDAD Y DERECHO PENAL DE AUTOR EN AMÉRICA LATINA

Al analizar los códigos penales de los países latinoamericanos se pueden identificar varios patrones comunes, que van desde la tipificación casi idéntica de determinados delitos, hasta la similar sistematización de los cuerpos legales. Sin embargo, algo que resulta llamativo, y cuya explicación obedece a tener la mayoría de los códigos una marcada influencia europea propia de la época de sus sanciones, es la persistencia casi constante, aunque con excepciones loables, de algunos rasgos característicos de un derecho penal de autor.

Actualmente, este patrón se manifiesta en determinadas a través de la tipificación de conductas que expresamente consideran como delitos las maneras de ser de las personas en lugar de sus acciones. Sin embargo, cobra especial intensidad cuando se trata de la consagración de la peligrosidad penal, con las diversas formas en que ésta se manifiesta. Sobre éstas manifestaciones advertimos anteriormente, y a su análisis pormenorizado abocaremos nuestra siguiente tarea.

A modo de advertencia, es necesario señalar que en algunas ocasiones podemos encontrar auspiciosas señales de un alejamiento de estas raíces positivistas, y un mayor acercamiento al derecho penal liberal propio de una sociedad democrática. La más aplaudible de ellas es la derogación que ha tenido lugar, durante los últimos años, de varias disposiciones legales fuertemente cuestio-

nadas. Otras, de gran importancia por marcar un avance, son las declaraciones de inconstitucionalidad que algunas de estas normas han recibido por parte de los tribunales locales. Empero, salvo en aquellos países en que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos derogatorios de la norma cuestionada, estos avances no deben significar la claudicación en la crítica por parte del jurista, ya que la norma, aún desvalorizada y adormecida, con probabilidades de no volver a ser aplicada, no otorga la seguridad jurídica que es deseable y necesaria. Por el contrario, la norma aún sigue formando parte de la legislación, y no son pocos los casos en los que cambios de criterio por parte de los tribunales han despertado del letargo la aplicación de ciertas disposiciones que antes habían sido fuertemente rechazadas⁴⁴.

El análisis estará dirigido, en primer término, a demostrar la persistencia expresa de la peligrosidad como medio para determinar la pena aplicable, por un lado, y como agravante de determinados delitos, por el otro. En segundo lugar analizaremos una de las más fuertes manifestaciones de la peligrosidad penal, aunque a veces un tanto oculta: la consagración legal de la reincidencia, ya sea para agravar la pena aplicable por la comisión de un delito, para fundar la improcedencia de determinados beneficios procesales, o como medio utilizado para permitir el etiquetamiento de los individuos a través de las categorías de delincuente “habitual” y semejantes. En el tercer punto, concentraremos nuestra atención en la regulación que algunos códigos penales hacen de las llamadas medidas de seguridad y, por último, analizaremos la presencia actual de algunos tipos penales de autor, donde se tipifican ya no conductas lesivas de los individuos, sino características personales de éstos.

7.1. Peligrosidad penal

La peligrosidad penal parte del hecho de considerar al ser humano como alguien que resulta “peligroso” para el resto de la sociedad. A raíz de esta afirmación se abre la puerta para que el juzgador, al momento de aplicar una pena, pueda utilizar esta circunstancia para optar por una pena mayor dentro de la escala penal pertinente, y en otros casos ésta ya se encuentra prevista en la misma ley como agravante para la comisión de determinados delitos. Todo ello permite aumentar, en función de características personales del individuo,

⁴⁴ En Argentina, un claro ejemplo de ello son los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de estupefacientes en los casos *Colavini-Bazterrica-Montalvo-Arriola*.

las consecuencias que el hecho delictivo le acarrea, con el argumento de evitar que vuelva a incurrir en conductas similares en el futuro, manteniéndolo durante más tiempo privado de su libertad.

Como afirma Zaffaroni (2012), esta categorización de los individuos ha sido el blanco de acertadas críticas por parte de la doctrina. Se ha dicho que considerar al ser humano como cosa peligrosa que amenaza la seguridad o certeza acerca del futuro lleva como consecuencia una inaceptable *cosificación*⁴⁵ y *despersonalización* del individuo. Como innegable muestra del tinte autoritario que su teorización y aplicación conllevan, se ha afirmado que, ya que nadie puede prever exactamente lo que una persona hará en el futuro, se genera una falta de certeza que mantiene abierto el juicio de peligrosidad hasta que quién debe decidir deja de considerar al sujeto como tal. De este modo, el grado de peligrosidad del individuo, dependerá siempre del juicio subjetivo del individualizador, que no es otro que quién ejerce el poder.

Desde otro flanco, podemos afirmar que fundar el monto de la pena a aplicar a un individuo por considerarlo “peligroso” en base a apreciaciones personales de la persona que juzga, abriendo la posibilidad de hacerlo merecedor de un *plus adicional* de pena por esa circunstancia, es manifiestamente violatorio de unos de los fundamentales principios del estado de derecho: el principio de que *no hay pena sin culpa*. Esto es así, ya que la pena dejaría de estar fundada en el reproche que deba realizarse al sujeto por sus acciones, para pasar a estar fundada en su personalidad o en su modo de vida. Al respecto, Donna (1978) afirma que este principio es un límite puesto por la naturaleza de las cosas y que, por ende, las normas que permitan aplicar una pena en función ya no del reproche por el acto, sino de características personales del autor, son violatorias del mismo y tienen como consecuencia su inaplicabilidad. Con clara pluma, concluye en que “éste es uno de los principios que más deben defenderse en nuestra materia, so pena de dejar en cero toda la dogmática penal. Sin él se retrocede a estadios primitivos de la humanidad, de los cuáles es difícil salir al hombre una vez que volvió a ellos”.

Algunos códigos penales latinoamericanos prevén la posibilidad de que el juez, al momento de graduar el monto de pena a aplicar⁴⁶, eche mano a la “peligrosidad” del individuo para poder aplicar una pena mayor. Entre ellos, po-

⁴⁵ Entendida como la reducción del hombre a mero objeto. Sobre la cosificación entendida como reducción del hombre a instrumento, ver Entralgo, Pedro Laín (1988): *Teoría y realidad del otro*, 1º ed., Ed. Alianza, pp. 208.

⁴⁶ Sobre esta tarea, conocida como la “individualización de la pena”, ver Ziffer, Patricia (1999): *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2º edición inalterada, Buenos Aires Ed. Ad-Hoc.

demos destacar el caso del código penal de Argentina, que en sus artículos 40 y 41 prescribe: **art. 40:** En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: **art. 41: 1º.** La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y peligro causados; **2º.** La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión *que demuestren su mayor o menor peligrosidad*. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

En un sentido similar se orientan también los códigos penales de Guatemala, Honduras y Uruguay⁴⁷.

Otros códigos penales, no obstante no prever expresamente a la peligrosidad de la persona como factor a considerar para graduar la pena apli-

⁴⁷ **Guatemala, art. 65:** El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, *teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad* del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena; **Honduras, art. 69:** El juez determinará en la sentencia la pena aplicable al indiciado dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito y las circunstancias en que el mismo se haya cometido. Para ello tendrá en cuenta sus antecedentes personales, *su mayor o menor peligrosidad*, las circunstancias atenuantes y agravantes que hayan concurrido en el hecho apreciadas tanto por su número como, sobre todo, por su magnitud e importancia, y la mayor o menor extensión de los males producidos por el delito, en particular los de naturaleza económica. En la motivación de la sentencia el juez consignará expresamente las circunstancias señaladas en el párrafo anterior que ha tenido en cuenta para determinar la extensión de la pena; y **Uruguay. 86:** El juez determinará, en la sentencia, la pena que en su concepto corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito, *teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad* del culpable, sus antecedentes personales, la calidad y el número –sobre todo la calidad– de las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en el hecho, y **art. 89:** Los cómplices del delito tentado o consumado, serán castigados con la tercera parte de la pena que les correspondería si fueran autores, pero el juez podrá elevar la pena hasta el límite de la unidad, cuando en su concepto el agente, por la forma de participación, los antecedentes personales y la naturaleza de los móviles, *acuse una visible mayor peligrosidad*.

cable, contienen disposiciones que hacen referencia a la *personalidad* del sujeto⁴⁸. Esto debe ser observado con suspicacia, ya que, tal como advierte Guzmán Dalbora (2010), tras este tipo de cláusulas puede ocultarse la posibilidad de que se considere la *personalidad peligrosa*.

Mientras que algunos cuerpos legales se mantienen en silencio al respecto, sin hacer alusión a la peligrosidad o personalidad del individuo que comete un delito, como el caso de Colombia, Chile, Perú, República Dominicana, Venezuela y el código penal Federal de México, podemos encontrar una redacción que marca un fuerte rechazo a la personalidad del individuo como factor a considerar para graduar el monto de la pena aplicable en los códigos penales de El Salvador y Paraguay. Las disposiciones de estos códigos, en un claro respeto al principio de que no hay pena sin culpa, sostienen: El Salvador, art. 63: La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad; Paraguay, art. 65: La medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella.

Por otro lado, podemos advertir cómo las disposiciones de otros códigos penales incluyen a la peligrosidad ya no como un factor a considerar por el juzgador al momento de graduar la pena, sino como un agravante específico de determinados delitos, como el artículo 30 del código penal de Ecuador: “Son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, todas las que aumentan la malicia del acto, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, o establecen la *peligrosidad* de sus autores”.

⁴⁸ En este sentido, el código penal de **Bolivia, art. 37**: Compete al juez, atendiendo la *personalidad* del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales; **Brasil, art. 59**: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à *personalidade* do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime; **Costa Rica, art. 71**: El juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la *personalidad* del partícipe; **Nicaragua. 78**: Los jueces y tribunales determinarán la pena dentro del máximo y el mínimo que la ley señala al delito o falta, tomando en consideración las siguientes reglas... a) Si no concurren circunstancias agravantes y atenuantes o cuando concurren unas y otras, se tendrán en cuenta las *circunstancias personales* del delincuente y la mayor o menos gravedad del hecho; y **Panamá, art. 79**: El juez dosificará la pena tomando como fundamento los siguientes aspectos objetivos y subjetivos... las demás *condiciones personales* del sujeto activo o pasivo, cuando la ley no las considere elementos del delito o circunstancias especiales.

Otra prueba de ello son varias normas de la parte especial del código penal de Guatemala, que conminan con pena privativa de la libertad la comisión determinados delitos pero prevén la posibilidad de que, si el juzgador advierte una “mayor peligrosidad del agente”, se aplique pena de muerte⁴⁹. Vale la pena recordar que una de estas nefastas disposiciones fue la que dio lugar al caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, con el histórico pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tratamos párrafos más atrás⁵⁰.

Adicionalmente, en un curioso caso que se repite en cuatro códigos penales, podemos observar como la peligrosidad se filtra a través de la imposición de consecuencias por la denominada “tentativa imposible o inidónea”. De este modo, el artículo 16 del código penal de Honduras sostiene: “Si la tentativa se efectuare con medios inadecuados o sobre objetos impropios, podrá atenuarse la pena o declararse no punible el hecho, según la *peligrosidad* revelada por su autor”.

En un sentido similar se orientan las normas pertinentes de los códigos penales de Argentina, Uruguay y Guatemala⁵¹. Como sostiene D’Alessio

⁴⁹ Sobre la pena de muerte en el Sistema Interamericano ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *La pena de muerte en el sistema interamericano de derechos humanos - de restricciones a abolición*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/penademuerte.pdf>. Consulta realizada el 4 de agosto de 2014.

⁵⁰ La norma del código penal de Guatemala que originó la controversia del citado caso fue el art. 132, que prescribe: “al reo de asesinato se le impondrá prisión de 25 a 50 años. Sin embargo, se le aplicará pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo, y los móviles determinantes, se revelare *una mayor particular peligrosidad del agente*. A quienes no se les aplique pena de muerte por este delito, no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa”. Idéntica consecuencia se prevé para los delitos de parricidio, ejecución extrajudicial y homicidio del presidente o vicepresidente, en los artículos 131, 132 bis. y 383 del código penal de Guatemala, respectivamente.

⁵¹ **Argentina, art. 44:** La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de *peligrosidad* revelada por el delincuente; **Uruguay, art. 5:** Se hallan exentos de pena los actos inadecuados para cometer el delito, o porque el fin que se propone el agente es absolutamente imposible, o porque resultan absolutamente inidóneos los medios puestos en práctica por él. En tales casos, el juez queda facultado para adoptar medidas de seguridad respecto del agente, si lo considera *peligroso*; y **Guatemala, art. 15:** Si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza que la consumación del hecho

(2011), en estos casos, en los que estamos frente a situaciones en las que no se puede advertir la puesta en peligro de algún bien jurídico, ya que los medios empleados para intentar cometer un delito de ninguna manera pueden lograr su cometido, o el fin propuesto es en sí mismo imposible⁵², la imposición de consecuencias pretende fundarse exclusivamente en el aspecto subjetivo del individuo, es decir, en su intención, sin considerar que en el plano de la realidad no se está realizando ningún acto lesivo. A través de ello, se pretende *detectar* la peligrosidad del individuo, e imponerle, sin ninguna justificación razonable, una consecuencia con fundamento exclusivo en ello. Nuevamente, advertimos como se pretende fundar la responsabilidad penal del sujeto más en su personalidad que en las consecuencias concretas de su accionar.

7.2. Reincidencia

Otra de las formas en la que la peligrosidad penal se encuentra ineludiblemente arraigada en las legislaciones penales latinoamericanas, es en la consagración del instituto de la reincidencia. Sobradas son las críticas que pueden formularse, desde una óptica respetuosa de los derechos fundamentales de las personas, a un instituto de esta naturaleza.

Al momento de justificarla, podemos advertir que sus defensores se apegan a una lista de ideas que apelan, tal como señala Zaffaroni (2012), a la lisa y llana idea de la neutralización racista propia del positivismo, a la creencia de estabilización de la imagen pública del sistema punitivo en funcionamiento, a la alarma social, o a la violación de una norma penal distinta a la de la conducta prevista por las legislaciones y que tendería a la prevención de delitos futuros, entre otras. Sin embargo, lo que ninguna de estas ideas logra salvar es la objeción de que “ese plus de poder punitivo que habilita la reincidencia se funda en razón de un delito que ya fue juzgado o penado”, por lo que importaría una violación al *non bis in ídem*”.

Como ya es sabido, en función de este principio rector del derecho penal, ninguna persona puede ser juzgada dos veces por un mismo hecho. La reincidencia, utilizada como fundamento para agravar la imposición de una pena, implicaría un doble juzgamiento que va en el sentido opuesto a lo que esta máxima sostiene, ya que ese monto adicional de pena se estaría imponiendo no ya en

resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad.

⁵² Podríamos pensar, por ejemplo, en el caso de la persona que con la intención de envenenar a otra pone sal en su comida en lugar de veneno.

razón de la acción que el sujeto realizó en el caso particular, sino con base en un hecho por el que ya fue juzgado previamente.

En el mismo sentido se inclina Roxin (1997) al comentar los motivos a los que obedeció la derogación de la reincidencia como agravante en Alemania, señalando que, pese a todos los esfuerzos por darle a la reincidencia una fundamentación distinta, sólo se la podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida, siendo así inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho.

Esta manifiesta contradicción entre la reincidencia y el principio de culpabilidad por el hecho encuentra consagración legal en una curiosa disposición del código penal de Perú, la cual sostiene que: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito”.

Otra crítica a la reincidencia que resulta ineludible mencionar, más aun teniendo en cuenta las características y el estado actual de los sistemas penitenciarios de nuestro continente⁵³, es aquella que proviene de los datos de la realidad que arrojan tanto la experiencia criminológica como la judicial, y que demuestran la actitud al borde del cinismo que los estados asumen ante este fenómeno:

Como afirma Zaffaroni (2012), aquellos que pretenden ver en la reincidencia un mayor daño por la comisión reiterada de hechos delictivos, o mayor probabilidad de que la persona vuelva a cometer nuevos delitos, se basan en la valoración de un individuo deteriorado, en gran medida, por la misma intervención anterior del poder punitivo. Nadie puede negar que la prisión torna más grave el estado de vulnerabilidad de la persona, deteriorándola en un sentido físico y psicológico. Sin embargo, cuando ese deterioro se expresa en una situación concreta de vulnerabilidad, el Estado mismo quiere imputarla a una nueva pena, desligándose de toda responsabilidad productora.

Del análisis realizado, advertimos que la inmensa mayoría de los códigos penales de los países latinoamericanos contienen disposiciones relativas a la reincidencia. Un contundente ejemplo de ellos son las normas que permitan que el carácter de reincidente de una persona permita la aplicación de una pena mayor (o la imposición de una medida de seguridad, según el caso), funcio-

⁵³ Al respecto, ver: Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>. Consulta realizada el 4 de agosto de 2014.

nando la reincidencia (fundándose más en la personalidad del individuo que en las consecuencias del hecho particular) como un agravante⁵⁴.

⁵⁴ Así, **Bolivia, art. 43:** Al reincidente, además de las penas que le correspondan por los delitos cometidos, el juez le impondrá las medidas de seguridad más convenientes; **Brasil, art. 61:** São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; **Chile, arts. 12:** Son circunstancias agravantes...haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena...el haber sido condenado el culpable anteriormente por un delito de la misma especie, y **452:** El que después de haber sido condenado por robo o hurto cometiere cualquiera de estos delitos, además de las penas que le correspondan por el hecho o hechos en que hubiere reincidido, el tribunal podrá imponerle la de sujeción a la vigilancia de la autoridad dentro de los límites fijados en el artículo 25 (61 días a 5 años); **Ecuador, art. 80:** En caso de reincidencia, se aumentará las penas conforme a las reglas siguientes. **Argentina arts. 40 y 41:** En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: ... las reincidencias en que hubiera incurrido; **Honduras, art. 27:** Son circunstancias agravantes: 1. La de ser reincidente; **Guatemala, art. 27:** Son circunstancias agravantes la de ser reincidente el reo y la de ser el reo delincuente habitual; **México, art. 65:** La reincidencia a que se refiere el artículo 20 será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé. **Nicaragua, arts. 36:** Son circunstancias agravantes... la reincidencia. Es reincidente quien, habiendo sido condenado por sentencia firme en los últimos cinco años por un delito doloso, comete otro delito doloso comprendido dentro del mismo título, y **220.J:** Es agravante del hurto cuando el autor es reincidente de hurto simple o agravado; **Panamá, art. 88:** Son circunstancias agravantes comunes las siguientes: ...Reincidir en la ejecución de un nuevo hecho punible; **Perú, art. 46.B:** La reincidencia constituye agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal; **Paraguay, art. 75:** Conjuntamente con la condena a una pena privativa de libertad no menor de dos años, se ordenará la posterior reclusión del condenado en un establecimiento de seguridad cuando el mismo: 1. Haya sido condenado con anterioridad dos veces por un hecho punible doloso; **Uruguay, art. 48:** Agravan también la responsabilidad: 1. La reincidencia. Se entiende por tal, el acto de cometer un delito, antes de transcurridos cinco años de la condena por un delito anterior, haya o no sufrido el agente la pena, cometido en el país o fuera de él, debiendo descontarse, para la determinación del plazo, los días que el agente permaneciera privado de la libertad, o por la detención preventiva, o por la pena; **Venezuela, arts. 100:** El que después de una sentencia condenatoria y antes de los diez años de haberla cumplido o de haberse extinguido la condena, cometiere otro hecho punible, será castigado por éste con pena comprendida entre el término medio y máximo de la que le asigne la ley. Si el nuevo hecho punible es de la misma índole que el anteriormente perpetrado, se aplicará la pena correspondiente con aumento de una cuarta parte, y **101:** El que después de dos o más sentencias condenatorias a pena corporal, incurriere en hecho punible que la merezca de la misma especie y sea de la misma índole, en el término indicado en el artículo anterior, será castigado con la pena correspondiente al nuevo hecho, aumentada en la mitad; **Haití, art. 40:** Quiconque ayant été condamné pour crime aura commis un second crime important la dégradation civique sera condamné aux travaux forcés à perpétuité. Si le second

La reincidencia también cobra especial relevancia al asumir la forma de obstáculo para que el individuo acceda a los beneficios que la ley penal prevé, tales como la condena de ejecución condicional, la libertad condicional, el indulto o prisión domiciliaria, entre las variadas modalidades que las legislaciones de cada país contemplan⁵⁵.

Otras veces, la reincidencia actúa como “etiqueta” del individuo. Tal es el caso de los denominados delincuentes *habituales* o *profesionales*, estereotipos que al día de hoy aún se encuentran consagrados en las normas de algunos códigos penales de América Latina. Muestra de ello es el código penal de Honduras, que en su artículo 29 indica: “Se considera delincuente habitual a quien habido siendo condenado por dos o más delitos anteriores, cometidos en el país o en el extranjero, ya sea que haya cumplido las penas o no, manifestare tendencia definida al delito, en concepto del tribunal, por el género de vida que lleva, su inclinación a la ociosidad, inferioridad del medio en que actúa, relaciones que cultiva, móviles del delito, y demás antecedentes de análogo carácter”.

En muchos de estos casos la pena se aumenta deliberadamente en función de las reincidencias en que el sujeto pueda incurrir, pretendiéndose encontrar en ello una suerte de síntoma o indicador de la tendencia del mismo a delinquir fundado siempre, y de manera exclusiva, en la peligrosidad⁵⁶.

crime entraîne des travaux forcés à perpétuité il sera condamné à la même peine; **Surinam, art. 34:** De duur der hechtenis is ten minste een dag en ten hoogste een jaar. Zij kan voor ten hoogste een jaar en vier maanden worden opgelegd in de gevallen waarin wegens strafverhoging ter zake van samenloop van misdrijven, herhaling van misdrijf of het bepaalde bij artikel 69, de tijd van een jaar wordt overschreden; y **República Dominicana, art. 57:** El individuo que, habiendo sido condenado por un crimen a una pena mayor a un año de prisión, cometiese un crimen o un delito que deba ser castigado con penas correccionales, será condenado al máximo de la pena establecida por la ley, pudiendo ser elevada hasta el doble. El condenado quedará además sujeto a la vigilancia de la alta policía durante un año a lo menos y cinco a lo más.

⁵⁵ Ejemplo de ello son los códigos penales de Brasil, arts. 44, 77 y 83; Ecuador, art. 88; Argentina, arts. 14 y 26; Honduras, arts. 70 y 76; Guatemala, arts. 51, 72, 78 y 83; México, arts. 65, 70, 90, y 97; Nicaragua, arts. 88 y 94; Panamá, arts. 98, 102, y 104; Perú, arts. 29 y 59; Paraguay, art. 44; y Nicaragua, art. 87.

⁵⁶ De este modo los códigos penales de **Guatemala, art. 27:** Se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas. El delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena; **México, art. 21:** Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, serán considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años; **Nicaragua, art. 109:** A los delincuentes habituales responsables de delitos sancionados con pena de prisión cuyo límite mínimo sea superior a seis años, el Juez o Tribunal les impondrá, además de la pena corres-

Repasando las legislaciones penales latinoamericanas podemos dar cuenta de la presencia de una gran cantidad de normas relativas a la peligrosidad penal que se encuentran en relación directa con la reincidencia. No obstante ello, estamos en condiciones de afirmar que, a través de diversos medios, se ha ido abriendo el paso hacia un mayor respeto por los principios fundamentales de un estado de derecho. Este avance se manifiesta, como pudimos advertirlo en un principio, en forma de críticas por parte de la doctrina que luego pueden asumir mayor entidad a través de la derogación de determinadas normas o la declaración de inconstitucionalidad de otras.

Mientras que legislaciones como el código penal colombiano actualmente no consagran normas relativas a la reincidencia, la misma ha sido derogada de los cuerpos normativos de países como Costa Rica y El Salvador. En Costa Rica, el artículo 78 del Código Penal, que preveía el aumento de la pena aplicable a los reincidentes, fue modificado en el año 2002⁵⁷. De este modo se eliminaron todos los efectos de la reincidencia de la legislación penal costarricense, previendo una redacción que manifiesta un claro respeto al principio de que no hay pena sin culpa: Al reincidente se le aplicará la sanción correspondiente al último hecho cometido. Las faltas o contravenciones cuya sanción consista en pena de prisión se juzgarán, al igual que el resto de los delitos, respetando las garantías y principios rectores del debido proceso.

pondiente, un tratamiento de terapia social para su reinserción por el período de su condena. A los efectos de este artículo, se considera habitual al delincuente que hubiere sido condenado por tres o más delitos que, no habiendo sido cancelados registralmente, hagan presumible su inclinación a delinquir, según declaración expresa del juez o tribunal, previos los informes periciales que sean precisos; **Perú, art. 46.C:** Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. En algunos delitos se computa sin límite de tiempo. La habitualidad constituye circunstancia agravante cualificada. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en determinados delitos, en los que se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional; **Uruguay, art. 48:** Agravan también la responsabilidad: 2. Habitualidad facultativa. Puede ser considerado habitual, el que habiendo sido condenado por dos delitos anteriores, cometidos en el país o fuera de él, haya o no sufrido la pena, cometiere un nuevo delito, antes de transcurridos diez años desde la condena por el primer delito. 3. Habitualidad preceptiva. Debe ser considerado habitual el que, además de hallarse en las condiciones especificadas en el inciso precedente, acusare una tendencia definitiva al delito en concepto del juez, por el género de vida que lleva, su inclinación a la ociosidad, la inferioridad moral del medio en el que actúa, las relaciones que cultiva, los móviles que surgen del delito cometido y todos los demás antecedentes de análogo carácter.

⁵⁷ A través del inciso d) del artículo 1 de la Ley N° 8250 de 2 de mayo del 2002.

En El Salvador, los efectos de la reincidencia fueron eliminados de su legislación penal a través del decreto-ley 1009 del año 2012, que dispuso la derogación del inciso 16 del artículo 30 del código penal salvadoreño. En relación a los efectos de la reincidencia como obstáculo para acceder a beneficios, es necesario destacar que la Corte Suprema de Justicia de El Salvador declaró inconstitucional el artículo 85 de su código penal, reproduciendo argumentos similares a los que hemos venido sosteniendo en este trabajo⁵⁸.

Por su parte, Bolivia derogó el artículo 42 de su código penal, que preveía el régimen penal aplicable a las personas consideradas como *habituales* y *profesionales*, a través del artículo 3° de la ley N° 1768 de 10 de Marzo de 1997.

7.3. Medidas de seguridad

Las habitualmente llamadas *medidas de seguridad* constituyen otra de las fuertes manifestaciones de la peligrosidad en los códigos penales latinoamericanos. Éstas, no obstante asumir el mote de “medidas”, son en realidad, su propia naturaleza, penas, y a través de su imposición a individuos considerados peligrosos con la pretensión de neutralizarlos se permite que se filtren conceptos propios del derecho penal de autor y violatorios de principios básicos del estado de derecho.

Tal como advertiremos, muchas de ellas asumen la modalidad de medidas que son aplicadas luego de que el individuo cumple con la pena que le fue aplicada en razón de la comisión de un delito determinado. Al respecto, se ha dicho que estas medidas post-delictuales, a pesar de su nombre, son penas que se imponen en razón de características del autor que no guardan relación con la culpabilidad del acto ni con el contenido del injusto del delito. De este modo, como señala Zaffaroni (2012), mediante un simple cambio de denominación, se eluden todas las garantías y límites del derecho penal, permitiendo que se impongan “medidas” en razón de tipos normativos de autor, que suelen denominarse

⁵⁸ La sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por medio de resolución en el proceso de inconstitucionalidad No. 63-2010,69-2010, 77-2010, 93-2010, 11-2011 y 27-2011, publicada en el D.O. N°. 92, T. 399, del 22-05-2013, declara inconstitucional el No. 4 del Art. 85 del código penal, porque la prohibición de libertad condicional a reincidentes y habituales viola el principio de culpabilidad en su manifestación de derecho penal de acto, art. 12, inc. 1 CN; contradice el principio ne bis in ídem sustantivo, art. 11, inc. 1 CN; y obstaculiza la finalidad resocializadora de la pena de prisión, al obligar al cumplimiento íntegro del encarcelamiento sin tomar en cuenta la conducta penitenciaria del condenado, art. 27, inc. 3 CN.

reincidentes, habituales, profesionales o incorregibles y que, en general, violan la prohibición de la doble condena y de la doble punición.

Podemos encontrar medidas de esta naturaleza en los códigos penales de Bolivia, Guatemala y Paraguay:

Bolivia, art. 82: A los reincidentes, después de cumplidas las penas que les correspondan se les aplicarán internamiento en casa de trabajo o de reforma, o en una colonia penal agrícola, o bien cualquiera de las medidas previstas por el artículo 79, de conformidad con el artículo 43, por el tiempo que se estime necesario para su readaptación social con revisión periódica de oficio cada dos años.

Guatemala, art. 91: Los declarados delincuentes habituales serán sometidos, según su grado de peligrosidad, al régimen de trabajo en granja agrícola, en centro industrial o centro análogo. Esta internación se decretará cuando, cumplida la condena impuesta, se estime que esta ha sido ineficaz en lo relativo a la readaptación del delincuente.

Paraguay, art. 75: Conjuntamente con la condena a una pena privativa de libertad no menor de dos años, se ordenará la posterior reclusión del condenado en un establecimiento de seguridad cuando el mismo: 1°. Haya sido condenado con anterioridad dos veces por un hecho punible doloso; 2°. Haya cumplido por lo menos dos años de estas condenas; y 3. Atendiendo a su personalidad y a las circunstancias del hecho, manifieste una tendencia a realizar hechos punibles de importancia, que conlleven para la víctima graves daños síquicos, físicos o económicos.

Analizando otros códigos latinoamericanos se pueden encontrar más ejemplos de medidas de seguridad que se fundan en la peligrosidad del individuo⁵⁹.

⁵⁹ **Costa Rica, art. 97:** Las medidas de seguridad se aplicarán solamente a las personas que hayan cometido un hecho punible, cuando del informe que vierta el instituto de criminología se deduzca la posibilidad de que vuelvan a delinquir; **Chile, art. 45:** La sujeción a la vigilancia de la autoridad da al juez de la causa el derecho de determinar ciertos lugares en los cuales le será prohibido al penado presentarse después de haber cumplido su condena y de imponer a éste todas o algunas de las siguientes obligaciones: 1. La de declarar antes de ser puesto en libertad, el lugar en que se propone fijar su residencia. 2. La de recibir una boleta de viaje en que se le determine el itinerario que debe seguir, del cual no podrá apartarse, y la duración de su permanencia en cada lugar del tránsito. 3. La de presentarse, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su llegada, ante el funcionario designado en la boleta de viaje. 4. La de no poder cambiar de residencia sin haber dado aviso de ello, con tres días de anticipación, al mismo funcionario, quién le entregará la boleta de viaje primitiva visada para que se traslade a su nueva residencia. 5. La de adoptar oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios conocidos de subsistencia; **Ecuador, arts. 61:** En virtud de la

Un ejemplo que permite ilustrar con lujo de detalles como se habilita la aplicación de medidas de seguridad a personas consideradas peligrosas, señalándole al juzgador los parámetros a tener en cuenta para identificarla y otros indicadores propios de un derecho penal de autor, son las descaradas disposiciones de los artículos 33, 85, 86, 87 y 93 del código penal de Guatemala, que sostienen lo siguiente:

Art. 33: Además de aplicable la pena respectiva, el delincuente habitual quedará sujeto a medidas de seguridad.

Art. 85: Las medidas de seguridad se aplicarán por tiempo indeterminado, salvo disposición expresa de la ley en contrario.

Art. 86: Las medidas de seguridad previstas en este título, sólo podrán decretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria por

sujeción a la vigilancia especial de la autoridad, puede el juez prohibir que el condenado se presente en los lugares que le señalare, después de cumplida la condena; para lo que, antes de ser puesto en libertad, el condenado indicará el lugar que elija para su residencia, y recibirá una boleta de viaje, en la que se determinará el itinerario forzoso y la duración de su permanencia en cada lugar de tránsito. Además, estará obligado a presentarse ante la autoridad de policía del lugar de su residencia dentro de las veinticuatro horas siguientes a su llegada, y no podrá trasladarse a otro lugar, sin permiso escrito de dicha autoridad, la que tiene derecho para imponer al vigilado ocupación y método de vida, si no los tuviere, y **62:** Los condenados a pena de reclusión pueden ser colocados, por la sentencia condenatoria, bajo la vigilancia de la autoridad, por cinco a diez años; y si reincidieren en el mismo delito o cometieren otro que merezca la pena de reclusión, esa vigilancia durará toda la vida; **Honduras, arts. 85:** Podrán también ordenar, después de cumplida la pena si todavía estimaren peligroso al infractor, que el sordomudo o el que padezca anormalidad mental de la que no resultare inimputabilidad absoluta, sean internados en un establecimiento educativo o de tratamiento especial, y **86:** Los delincuentes habituales serán sometidos, según el grado de peligrosidad que demuestran, al régimen de trabajo que correspondan a las instituciones mencionadas en el numeral 2 del artículo 83; internación que se decretará cuando, cumplida la sentencia, el Juez estime que la pena ha sido ineficaz en lo relativo a la readaptación del delincuente; **Nicaragua, art. 98:** Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. B). Procede si del hecho y las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos; **Panamá, art 124:** Las medidas curativas y educativas tienen por objeto el tratamiento del sujeto, a fin de evitar la repetición de hechos punibles, y se aplicarán en establecimientos especiales. El juzgador podrá ordenar el internamiento del sujeto o el tratamiento ambulatorio, tomando en cuenta el dictamen emitido por médicos legales; **Perú, art. 72:** Las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes: 1. Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y 2. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos.

delito o falta. Sin embargo, en cualquier tiempo podrán reformar o revocar sus resoluciones al respecto. Si se modifica o cesa el estado de peligrosidad del sujeto, los tribunales podrán decretar la aplicación simultánea de medidas de seguridad compatibles.

Art. 87: Se consideran índices de peligrosidad la declaración de inimputabilidad; la interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado; la declaración de delincuente habitual; el caso de tentativo imposible de delito; la vagancia habitual. Se entiende por vago el que teniendo aptitud para ejecutar un trabajo remunerable se mantiene habitualmente en holganza, viviendo a costa del trabajo de otros, o de mendicidad, o sin medios de subsistencia conocidos; la embriaguez habitual; cuando el sujeto fuere toxicómano; la mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena; la explotación o el ejercicio de la prostitución.

Art. 93: Los vagos que hayan cometido delito, así como los sancionados por vagancia, serán sometidos al régimen de trabajo en granja agrícola, centro industrial o centro análogo, por un término no menor de un año ni mayor de tres.

Otro dato que merece ser resaltado por resultar estas medidas, en gran parte de los casos, indeterminadas en cuanto a su duración, es el hecho de que algunos códigos prohíben expresamente la duración indeterminada de las mismas⁶⁰.

Finalmente, y por ser un tema recurrente en la literatura penal argentina, no puede ser pasado por alto uno de los resabios más grandes de la peligrosidad penal en forma de medidas de seguridad que actualmente persiste en nuestra legislación: la reclusión accesoria por tiempo indeterminado del artículo 52 del código penal⁶¹. Esta norma, que opera con una lógica similar al *three strikes*

⁶⁰ En este sentido, **México, art. 69:** En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables; y **Nicaragua, art. 1:** No se podrán imponer, bajo ningún motivo o circunstancia, penas o consecuencias accesorias indeterminadas.

⁶¹ **Argentina, arts. 52:** Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años; 2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores. Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26, **53:** En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para

and you're out norteamericano, prevé la reclusión por tiempo indeterminado como medida accesoria a la pena impuesta por el último delito cometido en determinados casos de multirreincidencia. Por encontrarse fundada en la personalidad “peligrosa” del sujeto, y por ser pasible de las mismas críticas que hemos formulado a la reincidencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *Gramajo*⁶², declaró inconstitucional esta disposición, haciendo eco de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, al cual aludimos con anterioridad.

7.4. Tipos penales de autor

Como corolario de esta porción del trabajo, y por constituir ejemplos bastante ilustrativos sobre el derecho penal de autor al cual hemos venido criticando de manera intensa por sus negativas consecuencias, es oportuno citar algunos ejemplos de disposiciones legales en las que, más allá de la peligrosidad, se prevé la imposición de consecuencias penales a determinadas personas exclusivamente en razón de su personalidad o modo de ser, sin contemplar que esos aspectos no constituyen acciones lesivas de ningún tipo por encontrarse dentro de la mismísima esfera de autodeterminación moral de la persona y, como consecuencia de esa infranqueable barrera, exentas de toda intervención del poder punitivo estatal.

otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímelmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales. La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional, y **80**, donde puede proceder la medida del art. 52 en caso de homicidio agravado.

⁶² CSJN, Fallos: 329:3680. “La pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (ne bis in ídem) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes”, cfr. cons. 32 del voto de la mayoría.

Una crítica contundente a la penalización fundada en el modo de ser de las personas puede hallarse en la obra de Luigi Ferrajoli, y por su claridad merece ser transcrita. Con suma agudeza, el maestro fiorentino afirma que:

“la ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. No se puede ni se debe pedir más al derecho penal. El principio axiológico de la separación entre derecho y moral veta, a su vez, la prohibición de comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo pervertidos, hostiles o, incluso, peligrosos, e impone, por mor de tutela de la libertad personal de conciencia y de la autonomía y relatividad moral, la tolerancia jurídica de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros (Ferrajoli, 1995: 464)”.

En Costa Rica es posible encontrar dos disposiciones que ordenan la imposición de una medida de seguridad en función exclusiva del modo de vida del individuo. Es el caso de los artículos 98.6 y 102 del código penal costarricense, que prescriben:

Art. 98.6: Obligatoriamente, el juez impondrá la correspondiente medida de seguridad cuando la prostitución, el homosexualismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo.

Art. 102: La prohibición de frecuentar determinados lugares es medida de prevención especial y se impondrá al condenado por delito cometido bajo la influencia del alcohol o drogas enervantes, del homosexualismo o la prostitución.

Estas disposiciones- en una decisión que demuestra un claro rechazo al derecho penal de auto-, fueron recientemente declaradas inconstitucionales por la Sala Constitucional de Costa Rica, que ordenó su derogación⁶³.

Otra muestra de discriminación y penalización de la homosexualidad puede verse en el artículo 516 del Código Penal ecuatoriano que, pese a haber sido declarado inconstitucional en 1997⁶⁴, no ha sido derogado, y sostiene: “*En los*

⁶³ Para conocer el tema puede consultar en http://www.nacion.com/nacional/sala-iv/homosexualismo-prostitucion-Sala_IV-Defensor_de_los_Habitantes-codigo_penal_0_1357064530.html

⁶⁴ Declarado inconstitucional mediante Res. 106-1-97 (R.O. 203-S, 27-XI-1997).

casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de 4 a 8 años”.

Otros casos pueden advertirse, relacionados en su mayoría con la penalización de la llamada “vagancia”, en los códigos penales de Ecuador, República Dominicana, Venezuela, y Haití⁶⁵.

8. REFLEXIONES FINALES

Analizar las legislaciones penales latinoamericanas en su totalidad supone un enorme desafío que de ningún modo se pretendió superar completamente con las líneas de este trabajo. Como bien señalamos durante su desarrollo, se pretendió abarcar una fracción de estos cuerpos normativos para poder dar cuenta de algunos rasgos en común presentes a lo largo de la gran mayoría de estas legislaciones. A raíz de este trabajo, se dieron las condiciones que nos permiten atrevernos a formular alguna conclusión adicional a las que ya fueron realizadas durante el desarrollo de cada apartado.

8.1. Descodificación

⁶⁵ **Ecuador, arts. 383:** Son vagos los que no tienen domicilio fijo ni medios de subsistencia, y los que, sin enfermedad o lesión que les imposibilite, no ejercen habitualmente oficio o profesión, y **384:** Será reprimido con prisión de 3 meses a 1 año los vagos o mendigos que hubieren sido encontrados llevando certificados o pasaportes falsos, o que fingieren lesiones o enfermedades; y los vagos o mendigos que hubiesen sido encontrados llevando armas, o hubieren amenazado con un ataque a las personas o propiedades, o ejercido un acto de violencia contra aquéllas; **República Dominicana, arts. 275:** En aquellos lugares en que no haya aún establecimientos destinados para recibir a los mendigos, sólo se castigarán a aquellos que, no siendo inválidos, pidieren habitualmente limosna. La pena, en ese caso, será la de prisión correccional de uno a tres meses, aumentándose su duración de seis meses a dos años, si hubieren sido arrestados, fuera del municipio de su residencia, y **282:** Los pordioseros que hayan sido condenados a las penas de que tratan los artículos anteriores, quedarán sujetos, después de cumplidas su pena, a la vigilancia de la alta policía por un tiempo igual al de su condena; **Venezuela, arts. 77:** Son circunstancias agravantes de todo hecho punible las siguientes: 19. Ser vago el culpable. 20. Ser por carácter pendenciero, y **502:** El que, siendo apto para el trabajo, fuere hallado mendigando será penado con arresto hasta por seis días; y en el caso de reincidencia en la misma infracción, el arresto podrá imponerse hasta por quince días; y **Haití, art. 227:** Le vagabondage est un délit. Les vagabonds ou gens sans aveu sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyen de subsistance, et qui n'exercent habituellement ni métier, ni profession. Sont considérés comme vagabonds, les mineurs de 18 ans qui, ayant sans cause légitime quitté soit le domicile de leurs parents ou tuteurs soit les lieux où ils étaient placés par ceux à l'autorité desquels ils étaient soumis, ou confiés, ont été trouvés, soit errants, soit logeant en garni et n'exerçant régulièrement aucune profession, ou tirant leurs ressources de la débauche.

En relación a las dificultades que el aproximamiento a la tarea presentó (más allá de los obstáculos que la barrera idiomática impuso en el caso de Haití o Surinam), es aquél que tiene que ver con la tensión entre codificación y leyes especiales. Esto pudo ser advertido particularmente al tratar la tipificación del terrorismo, donde es posible observar una gran proliferación de leyes penales especiales que van en desmedro de la idea de sistematicidad propia de un código y dan paso al fenómeno conocido como *descodificación*, que afecta tanto al análisis de las legislaciones como a la capacidad del ciudadano común para conocer los límites entre el campo de lo prohibido y lo permitido en materia penal, afectando seriamente la seguridad jurídica. Paradójicamente, este fenómeno es permitido y expresamente reconocido por varias disposiciones de los mismos códigos penales⁶⁶.

8.2. La cuestión de género

Otro dato de color que usualmente es pasado por alto, y cuya explicación responde (pero de ningún modo justifica) a la época de sanción de gran parte de estas legislaciones, es la ausencia de lenguaje género sensitivo en sus redacciones. Se puede advertir sin mayores dificultades que en casi la unanimidad de los códigos penales latinoamericanos la tipificación de conductas esta siempre precedida de la partícula “el” sin existir en la mayoría de los casos la partícula “la”⁶⁷.

8.3 Posibilidades de reforma

Finalmente, no podemos concluir sin hacer referencia a lo alentador que al respecto de estas cuestiones resultan algunos proyectos de nuevos códigos penales en algunos países de América Latina. En una actitud que parece recoger

⁶⁶ Por ejemplo, los códigos penales de **Argentina, art. 4:** Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario; y **Guatemala, art. 9:** Las disposiciones de este Código se aplicaran a todas las materias de naturaleza penal, reguladas por otras leyes, en cuanto Astas, implícita o expresamente, no dispusieren lo contrario.

⁶⁷ Esto parece haber sido notado por los redactores del proyecto de código penal de Ecuador, que utiliza lenguaje género-sensitivo en gran parte de sus disposiciones. Como ejemplo, podemos citar el art. 85, que comienza sosteniendo: “La **funcionaria, funcionario** público o agente del estado que...”.

alguna de las críticas que hace tanto tiempo se vienen formulando, son innovadores al respecto los proyectos de países como Argentina y Ecuador.

Independientemente de las acertadas críticas que puedan formularse en otros aspectos, el proyecto de código penal de Ecuador, con una sencilla redacción, barre completamente de la legislación la posibilidad de un modelo de derecho penal de autor y la posibilidad de imponer o agravar las penas con base en la peligrosidad. Lo hace a través de su artículo 23, que en pocas líneas sostiene: **Art.** “Son penalmente relevantes las acciones u omisiones humanas que produzcan resultados dañosos externos, descriptibles y demostrables. Tampoco se puede sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales”.

En el caso de Argentina, el *Anteproyecto de ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal*, además de incorporar en su artículo 1, junto con otros principios rectores, el principio de legalidad penal, elimina las referencias a la peligrosidad penal como fundamento para agravar la pena aplicable a la persona. Lo hace a través del artículo 8, que sostiene: “La determinación de la pena se fundamentará en la **culpabilidad** del autor o partícipe”.

La aproximación a la tarea, estimo, permitió vislumbrar la presencia de algunos patrones comunes en las legislaciones penales latinoamericanas que son manifiestamente contrarios a los estándares que en materia de protección de los derechos humanos ha establecido el Tribunal Interamericano. Si bien el trabajo dista de dar un tratamiento hartamente extensivo de la cuestión (tarea que demandaría trabajos conjuntos), sirve para dejar establecido cuál es el estado actual de estas cuestiones en América Latina. Esperanzadamente, creo que puede servir de base y disparador para futuras investigaciones superadoras de estas líneas.

A fin de cuentas, como indica Zaffaroni (2012), la tarea del avance y consolidación del estado de derecho es un *unfinished*, algo constante y nunca acabado en la perspectiva actual. La toma de conciencia sobre estas temáticas debería colaborar a poder avanzar un paso más en esta ardua tarea. Confío en que así será.

La Plata, primavera de 2013.

Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique (1999): *Derecho penal. Parte general*, 2da ed. Buenos Aires: Hammurabi.

D’ALESSIO, Andrés: *Código Penal comentado y anotado* (2011): 2da ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires: La Ley.

DONNA, Edgardo Alberto (1978): *La peligrosidad en el derecho penal*, Buenos Aires: Astrea.

FERAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio - MORALES SÁNCHEZ, Julieta (2011): “*Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n° 24, enero-junio 2011.

En

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/24/ard/ard6.pdf>.

GUZMÁN DALBORA, José Luis (2010): “*El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, en Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malariano y Gisela Elsner, Montevideo: Fundación KonradAdenauer, 2010; “*Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal*”, en Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malariano y Gisela Elsner, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011.

JAKOBS, Gunther - CANCIO MELIÁ, Manuel (2003): *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas Ediciones.

JULIANO, Mario Alberto (2013): “*¿Existe el deber de re-socializarse?*”, en Revista Pensamiento Penal, edición 160 - 03/10/13.

En www.pensamientopenal.com.ar/articulos/existe-deber-resocializarse.

NINO, Carlos (2011): *Un país al margen de la ley*, 4º ed., Buenos Aires: Ariel.

ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Madrid: Civitas.

SUEIRO, Carlos Christian (2012): “Actos comprendidos en la definición jurídica de terrorismo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley edición de noviembre de 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2012): *El enemigo en el derecho penal*, 1ª ed. 3ª reimp., Buenos Aires: Ediar; *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, t. I. Buenos Aires, Ediar, 1998; *Manual de Derecho Penal .Parte General*, 2ª ed. 7ma reimp., Buenos Aires: Ediar, 2012.

