

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL.



**VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y UTILIZACIÓN DE LA
INTERPRETACIÓN EXTENSIVA POR LOS JUECES DE GARANTÍA**

LICENCIADA

VARINIA BERENICE AGUILAR GIRÓN

GUATEMALA, ABRIL DE 2019.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL.

**VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y UTILIZACIÓN DE LA
INTERPRETACIÓN EXTENSIVA POR LOS JUECES DE GARANTÍA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

VARINIA BERENICE AGUILAR GIRÓN

Previo a conferírsele el Postgrado Académico de:

MAESTRA EN DERECHO PENAL

(Magíster Scientiae)

Guatemala, abril de 2019

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic. Henry Manuel Arríaga Contreras
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR:	Mtro. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Mtro. Hugo Roberto Jauregui
VOCAL:	Mtro. Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTA:	Dra. Blanca Odilia Alfaro Guerra
VOCAL:	Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino
SECRETARIO:	MSc. Geisler Smaile Pérez Domínguez

RAZÓN: "El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada". (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 13 de febrero de 2018.

MSc. Ovidio David Parra Vela.

Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Respetable Director:

Me dirijo a usted en relación al nombramiento como **Tutor de Tesis de Postgrado** de la licenciada Varinia Berenice Aguilar Girón, con carné 201490631, para la obtención de su título de Maestra en Derecho Penal, al respecto presento el siguiente:

DICTAMEN FAVORABLE:

El trabajo de investigación presentado se tituló: **"Vulneración al principio de legalidad y utilización de la interpretación extensiva por los jueces de garantía"**.

De la importancia del tema de investigación:

La discusión versa sobre uno de los temas centrales de la filosofía del derecho, el deber ser, la función de los jueces, la fundamentación de las resoluciones judiciales, la discrecionalidad judicial, el positivismo jurídico, el papel de los principios y reglas del derecho y muchos otros temas ligados entre sí; que colocan de relieve la necesidad del análisis del principio de legalidad y la utilización de la interpretación extensiva por los jueces de garantías, bajo el enfoque moderno dirigido hacia las nuevas corrientes del derecho penal garantista promovidas por Luigi Ferrajoli, dirigidas a la práctica judicial actual y a la jurisprudencia internacional, en donde predomina el principio pro persona para el ciudadano sometido a proceso penal, quien al final de cuentas resulta ser, la parte más vulnerable dentro de un proceso.

Se destaca la noble labor del Juez de Garantías siendo autoridad sujeta a la omnipresencia Constitucional como eje transversal del proceso, remarcando el elemento taxativo de la norma y la prohibición de interpretar ésta de manera tal, que se perjudique al procesado, sobre todo si se encuentra en juego, su libertad personal.

De la metodología utilizada para el desarrollo de la tesis:

En la investigación se hace uso de las herramientas metodológicas pertinentes, sobre esa base se delimita el problema de investigación y los objetivos generales y específicos que guiarán la obtención de las conclusiones. En el

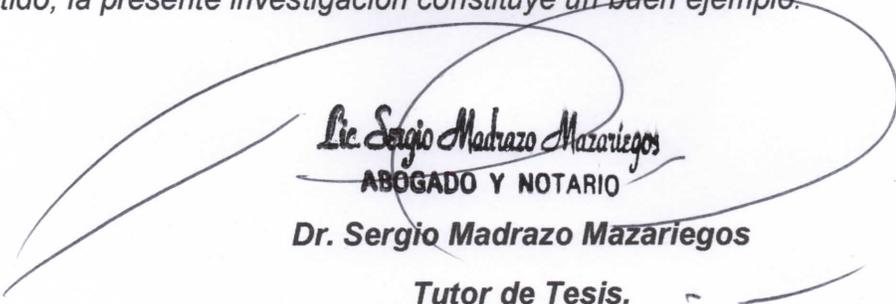
desarrollo de la investigación, se aprecia el uso de los métodos dogmático jurídico y comparativo, así como la técnica de análisis de contenido. Adicionalmente, existe la utilización de una extensa fuente bibliográfica que sin lugar a duda constituye parte importante de los resultados obtenidos, además de haber recurrido a fuentes primarias de la práctica judicial guatemalteca.

De la comprobación de la hipótesis planteada:

La comprobación de la hipótesis planteada por la postulante es fruto del trabajo de campo realizado y el reflejo de la confrontación entre el ser y el deber ser del derecho. Demostrando que existe vulneración al principio de legalidad y utilización de la interpretación extensiva por los jueces de garantías.

Puede considerarse que la hipótesis que se comprueba no es más que un disfraz, y lo que está en juego en el trasfondo de la investigación, es la viabilidad y aplicabilidad de la teoría del garantismo penal, en el ordenamiento jurídico guatemalteco. La investigación evidencia la crisis de los fundamentos del derecho penal expresada en la profunda falta de correspondencia existente entre las garantías constitucionalmente consagradas y el funcionamiento efectivo de las instituciones punitivas.

Con lo cual queda excluida la posibilidad de quedar bien con las dos partes contrincantes y seguramente provocará que se despierte la ira de ambas. Queda para el lector la ardua tarea de decidir cuál de los dos bandos sale victorioso de esta confrontación. Pero a diferencia del fútbol, lo verdaderamente importante en una discusión filosófica no es perder o ganar, sino aclarar los problemas, y en ese sentido, la presente investigación constituye un buen ejemplo.



Lic. Sergio Madrazo Mazariegos
ABOGADO Y NOTARIO

Dr. Sergio Madrazo Mazariegos

Tutor de Tesis.

Guatemala, 23 de abril de 2019

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

**VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y UTILIZACIÓN DE LA
INTERPRETACIÓN EXTENSIVA POR LOS JUECES DE GARANTÍA**

Esta tesis fue presentada por la **Licda. Varinia Berenice Aguilar Girón** estudiante de la Maestría en Derecho Penal, de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar
Revisora

Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
LICENCIADA EN LETRAS
Colegiada 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 29 de abril del dos mil diecinueve.-----

En vista de que la Licda. Varinia Berenice Aguilar Girón aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 11-2018 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y UTILIZACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA POR LOS JUECES DE GARANTÍA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

AGRADECIMIENTO

A ti Espíritu Santo, mi dulce amor,
fortaleza de mi alma y consuelo de mi corazón.

AGRADECIMIENTO A:

Dr. Sergio Madrazo Mazariegos

De quien admiro su liderazgo en el ámbito jurídico y espiritual, gracias por darme la confianza de impulsarme en el mundo jurídico y de inspirarme a experimentar niveles cuánticos de unción.

DEDICATORIA

- A mis padres: Rosamalia Girón Maddaleno y Carlos Fernando Aguilar De La Rosa; tesoros invaluables de mi vida, fuente de apoyo y ayuda incondicional, motivación constante en el cumplimiento de mis metas.
- A mi hija: Jimena Alejandra, has sido el motor de mi vida, manantial de mi inspiración, aún a tu corta edad, me has enseñado y me sigues enseñando muchas cosas, lucha por tus sueños y nunca dejes de brillar.
- A mi hijo: Rodrigo Alejandro, torbellino de inquietud, amor y picardía, que la energía de tu alma te lleve a conquistar las cimas más altas destinadas para los guerreros más valientes.
- A mi esposo: Alejandro Alonzo, mi amado compañero de vida y de la infinitud de experiencias que ésta nos permite disfrutar, porque la felicidad que produces en mí, se ve reflejada en esta meta alcanzada.
- A mi hermana: Andrea, líder extraordinaria, de corazón bondadoso, bendición de altos quilates para quienes la conocemos. Todo mi amor y admiración para ti.
- A mis compañeros líderes: Jenny, Jessy, Cristy, Anya y Robin; porque con cada uno de sus talentos, me inspiran a aumentar mi liderazgo y a anhelar lo mejor de la vida



ÍNDICE

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

El garantismo

1. El Garantismo	1
1.1 El garantismo en el derecho penal y procesal penal.....	2
1.2 Las garantías constitucionales en el derecho penal	8
A) De la función protectora del derecho penal	10
a) Principio de legalidad	11
b) Principio de mínima intervención y subsidiariedad.....	12
c) Principio de proporcionalidad de las penas	13
d) Principio de irretroactividad de la ley penal	15
e) Principio de especialidad	16
f) Principio de Non bis in ídem	17
B) Del ideal del proceso penal	18
a) Principio de presunción de inocencia	20
b) De la independencia judicial	23
c) Del debido proceso	26
C) De la imposición de una pena	29
a) Principio de culpabilidad	30
b) Principio de derecho penal de acto	31
c) Principio de imputabilidad	32



CAPÍTULO II

El principio de legalidad

2. El principio de legalidad	35
2.1 El principio de legalidad en un Estado de Derecho	36
2.2 Fundamentos del principio de legalidad	39
2.2.1 Fundamento axiológico	40
2.2.2 Fundamento político	42
2.2.3 Fundamento constitucional	43
2.3 Defensa judicial del principio de legalidad	46
2.4 Fuentes y mandatos del principio de legalidad	49
a) Lex certa y stricta	50
b) Lex scripta	51
c) Lex praevia	52
2.5 El principio de legalidad en la técnica legislativa	54
2.6 El principio de legalidad en la aplicación de justicia	55

CAPÍTULO III

La Interpretación de la ley penal

3. La interpretación de la ley penal	57
3.1 La admisión de la interpretación extensiva	61
3.2 La aplicación de la analogía en la metodología penal	67



3.3 Analogía e interpretación extensiva: prevalencia del principio de legalidad	75
3.4 Interpretación internacional: principio "pro persona"	75

CAPÍTULO IV

El papel del juez en el sistema garantista

4. El papel del juez en el sistema garantista	87
4.1 La independencia de la función jurisdiccional	89
4.2 Intromisión del poder legislativo en la función judicial	95
4.3 El juez de garantías: un escudo contra la arbitrariedad	99
4.4 De la vulneración al principio de legalidad y utilización de la interpretación extensiva por los jueces de garantías	106

CAPÍTULO V

Consecuencias de la vulneración al principio de legalidad y utilización de la interpretación extensiva por los jueces de garantía

5. Consecuencias de la vulneración al principio de legalidad y utilización de la interpretación extensiva por los jueces de garantía.....	121
5.1 El sistema penitenciario.....	122
5.2 El hacinamiento carcelario en Guatemala	127



CAPÍTULO VI

Estudio de campo

6. Estudio de campo	135
6.1 Cuadro de análisis de resultados	136
Conclusiones	151
Referencias	153

INTRODUCCIÓN



El juez es el funcionario público encargado de aplicar el Derecho y definir la justicia; como operador jurídico interpreta y transforma las leyes generales aplicándolas a casos concretos que resuelven las controversias entre sujetos. Cuando un individuo enfrenta un proceso, el juez personifica el Derecho y de él se espera justicia.

En el capítulo I, el garantismo magnifica un derecho penal y procesal penal respetuoso de la Constitución y de las normas internacionales de los Derechos Humanos; en coherencia en el capítulo segundo, el principio de legalidad promulga que la hermenéutica del juez no debe crear nuevos significados al lenguaje del Derecho, pues ésta determina la verdad jurídica, y en letras de César Beccaria, esa labor exegética no debe estar sujeta a *“todas aquellas fuerzas menudas que cambian las apariencias de cualquier objeto en el ánimo oscilante del hombre”*, sino que debe hacerse con fundamento en los límites establecidos por el sistema jurídico, y en un Estado de Derecho, por los principios y garantías constitucionales.

En el capítulo III, la interpretación de la ley penal, instruye desde momentos legendarios e históricos, que cuando las formas y facultades de interpretación del Derecho que tienen los jueces se amplían, el sistema jurídico y sus límites se transforman, provocando que los jueces puedan construir decisiones con más elementos jurídicos y, dar nuevos sentidos al Derecho, vulnerando garantías procesales.



En el capítulo IV, el papel del juez en el sistema garantista, afirma que la libertad de la persona es un derecho primordial, el Juez de Garantías es el responsable de velar porque en las etapas del proceso que se realicen bajo su autoridad, esa libertad no sea restringida sino en los límites extraordinarios y legalmente establecidos en la Constitución y en las normas ordinarias, dado que en el momento en que el Juez vulnera el principio de legalidad y utiliza la interpretación extensiva en perjuicio del sindicado; está defraudando al propio sistema jurídico al que le prometió lealtad.

El capítulo V analiza las consecuencias que conlleva para el Sistema Penitenciario, incurrir en la referida transgresión, provocando hacinamiento carcelario que obstaculiza cumplir con la finalidad rehabilitadora que lo inspira.

Los objetivos trazados para completar la metodología de investigación son los siguientes:

- a) Objetivo General: Evidenciar la vulneración al principio de legalidad y utilización de la interpretación extensiva por los jueces de garantías.
- b) Objetivos Específicos:
 - 1. Enfatizar los efectos y factores que deben ser tomados en cuenta, cuando el juez de garantías de oficio suple deficiencias legislativas.



2. Establecer la responsabilidad internacional en que puede incurrir el Estado, cuando el juez de garantías aplica el derecho inobservando el principio pro-persona.

3. Plantear las consecuencias que produce obviar el carácter extraordinario de la prisión preventiva, en el fin supremo del sistema penitenciario.





CAPÍTULO I

El garantismo

El garantismo abriga valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional como un todo, ha superado la anacrónica concepción que supone que el fin alcanzado justifica los medios utilizados para lograrlo, propia de un pasado ya distante en el tiempo. Al contrario de lo que suponen algunos sobrevivientes del apogeo maquiavélico, el garantismo desarrollado en la época actual alcanza tanto las normas sustantivas como las cláusulas que rigen los mecanismos para su aplicación.

La primacía de consideraciones garantistas ha establecido estándares más altos de comportamiento de la autoridad y cierto grado de control sobre la interposición de restricciones indebidas por parte de los Estados, y ha, de modo alentador, fortalecido la posición de los individuos como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con plena capacidad procesal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha movido conscientemente en la dirección correcta, en el ejercicio de una facultad que le es inherente, considerando la Convención Americana como su *interna corporis* como instrumento vivo, que requiere una interpretación evolutiva al igual que las normas ordinarias de los Estados; para atender a las necesidades cambiantes de protección del ser humano.



1.1 El garantismo en el derecho penal y procesal penal

El derecho penal ha estado siempre en el centro de la reflexión jurídico-filosófica, el modelo garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial. Los fenómenos sociales que incrementan la estadística de criminalidad, provocan una inflación legislativa, que favorece la adicción al ilegalismo difuso, que vulnera garantías y erosiona fundamentos axiológicos del derecho, provocando una crisis del principio de legalidad; evidenciado, la necesidad de una refundación garantista del derecho penal y procesal penal.

El garantismo en el derecho penal y procesal penal, no es más que tener presente en su aplicación, su doble y a menudo contradictoria misión: La de luchar exitosa y eficientemente contra el delito y, al mismo tiempo, la de no descuidar nunca las exigencias y los dictados de la humanidad.

Referir garantías, implica sin duda alguna, acudir a una Constitución, entendiendo que ésta última proclama el conjunto de valores que debe invadir todo el ordenamiento jurídico, pues como norma fundamental es el recurso racional para explicar y conocer el derecho en determinado Estado; efectuando un control que no debe ser meramente formal, sino que debe alcanzar el plano sustancial, hasta evidenciar si el legislador en el ejercicio de su competencia ha cumplido o incumplido con acoger los valores proclamados por la norma suprema.



El doctor Sergio Madrazo Mazariegos, en su tesis doctoral, proclama el ideal de la omnipresencia constitucional, en el que la supremacía de la Constitución se reflejará duramente sobre la normativa infra constitucional que será re-interpretada conforme al documento jerárquicamente supra-ordenado. Defendiendo que la ley general y abstracta deberá doblegarse ante las exigencias de los casos concretos para volverse conforme a la Constitución.¹

El ideal plasmado, es el signo distintivo de un Estado de Derecho, en la actualidad, una utopía, debido a los desacuerdos existentes entre doctrinas y prácticas, entre las que destacan: Las doctrinas auto-poyéticas, para las cuales el Estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual, a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos; y las doctrinas hétero-poyéticas, para las cuales el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y políticamente ilegítimo si no los garantiza, o más aún, si él mismo los viola, pues el Estado es un medio instituido precisamente para su tutela.

Identificándose con ésta última, el modelo penal y procesal penal garantista, toda vez que como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, proclama principios u axiomas dominantes dentro de un

¹ S. Madrazo Mazariegos. *El Principio De Omnipresencia De La Constitución Y Su Aplicación En La Garantía Constitucional Del Debido Proceso*. Tesis Doctoral. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2016. P. 41.



determinado ordenamiento jurídico, los cuales plasman una determinada valoración de la justicia y el camino para obtenerla dentro de una sociedad.

Axiomas que inspiran la orientación central de todo un sistema, que serán el fundamento de las instituciones que conformen un ordenamiento jurídico y doten de contenido a las normas dentro de un Estado de Derecho, en el cual existirán niveles de deslegitimación, que deberán considerar la omnipresencia constitucional aludida, debido a que en cada uno de los principios del derecho, descansa una garantía que proveerá seguridad y protección a favor del individuo, procurando la defensa de sus derechos subjetivos ante cualquier injerencia del Estado.

Los principios u axiomas, convertidos ya en garantía son de cumplimiento obligatorio para el ente encargado de legislar, para el aplicador de la ley y para la sociedad en general, su desobediencia provocaría una divergencia entre la normatividad del modelo garantista en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores.

Toda norma, poder estatal o autoridad que se aparte de los principios, axiomas y garantías, estaría contrariando el sistema jurídico y por lo tanto su mandato, declaración o actuación no tendría ninguna validez; en palabras de Luigi Ferrajoli: "Comporta el riesgo de hacer del sistema penal garantista una simple fachada con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto".²

² L. Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Madrid, España: Editorial Trotta. 1995. P. 851.



Mistificación ideológica que es rechazada por quienes defienden que el Derecho Penal, es la rama jurídica en la cual resulta vital el respeto a los principios y garantías que lo forman, para obtener su correcto funcionamiento y no perder de vista los fines para los cuales ha sido creado. El Doctor César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer³ en la exposición de motivos del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; refiere que el proceso penal tiene carácter eminentemente garantista; toda vez que es la rama del derecho más delicada dentro de un Estado, por tener la ardua tarea de sancionar a las personas que contraríen sus normas e inclusive tener la potestad de limitar el derecho sagrado de la libertad del ser humano.

En ese orden de ideas, se proclama un modelo normativo basado en una Constitución Política que postula el principio de estricta legalidad apegado a un sistema de poder mínimo y en el plano político una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, como un conjunto de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.

Se mide la bondad de un sistema constitucional, sobre todo, por los mecanismos de invalidación y de reparación idóneos para asegurar la efectividad de los derechos proclamados, dado que: "...una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo

³ C. R. C. Barrientos Pellecer. *Exposición de Motivos del Código Procesal Penal de Guatemala y sus XX Años de Vigencia*. USAID, Organismo Judicial de Guatemala. Editorial Serviprensa. 2014. P. 11.



de papel si carece de técnicas coercitivas, es decir, garantías que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”.⁴

El derecho penal y procesal penal garantista, refiere el funcionamiento efectivo del ordenamiento tal y como se expresa en sus niveles más altos, revelando sus rasgos de validez y sobre todo de invalidez, y el grado de efectividad e ineffectividad. Contrario a este sistema, es lo que Günther Jakobs denomina, derecho penal del enemigo, en el cual las garantías penales sustantivas y procesales son relativizadas e incluso suprimidas; y el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus complejidades ya no son punto de referencia para la aplicación penal.

Resulta inválido que el derecho penal, prevea un contenido improvisado; todo lo contrario, para su validez se exige el cumplimiento de sus propios principios y garantías, que serán el límite imprescindible que evitará la excesiva intromisión del poder punitivo del Estado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, enfatiza:

La protección a los derechos humanos recogidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede

⁴ L. Ferrajoli. *Derecho y Razón*. P. 851.



penetrar limitadamente. Así en la protección de los derechos humanos, esta necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.⁵

Es relativamente fácil delinear un modelo garantista en abstracto y traducir sus principios en normas constitucionales dotados de claridad y capaces de deslegitimar con relativa certeza, las normas inferiores que se aparten de él, modelando las técnicas legislativas y judiciales adecuadas para asegurar efectividad a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales consagrados por ellos; que merman ante la inexistencia de controles empíricos y las prácticas sin principios.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 09 de mayo de 1986. Disponible en www.corteidh.or.cr.



1.2 Las garantías constitucionales en el derecho penal

Los límites del derecho penal tienen por fundamento y fin, la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder. Una garantía constitucional, es el compromiso del Estado con los ciudadanos guatemaltecos establecidos en la Constitución Política de la República, en la que se consagran los derechos de los ciudadanos, que se respetarán sin ninguna excepción.

Al existir garantías constitucionales dentro del derecho penal, éste se enmarca dentro del campo jurídico superior; toda vez que: “La cúspide de la pirámide, está ocupada por la constitución, que regula y determina la suprema competencia del sistema jurídico, la suprema autoridad del Estado. Así, la Constitución representa el nivel más alto del sistema jurídico.”⁶

A pesar de ello, la crisis afecta desde hace tiempo a los mismos fundamentos clásicos del derecho penal, ya porque son inadecuados o, lo que es peor, porque no pueden ser satisfechos, han sido olvidados y aplastados por orientaciones eficientistas y pragmáticas.

Las garantías constitucionales, son medios técnico-jurídicos orientados a proteger las disposiciones materiales y procesales, evidenciando cuando son

⁶ J. M. García Laguardia. *La defensa de la Constitución*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. 1983. Pág. 1.



infringidas, reintegrando mediante su aplicación el orden jurídico violado, debiendo el Estado ser garante de las disposiciones estipuladas en ella.

La naturaleza jurídica de éstas es ser un medio legal de defensa frente a la actividad punitiva estatal, pues cuando un Estado toma a su cargo el deber de garantizar la justicia, como lo establece el artículo dos de la Constitución Política de la República de Guatemala, sólo puede lograrse a través de un proceso penal, en el cual se respetan las garantías establecidas y que tengan como objetivo el logro de una sentencia justa, cuyo fundamento sea la ley y la verdad.

Históricamente, Justiniano definió a la justicia como darle a cada uno lo suyo; Platón y Aristóteles centran la justicia sobre la virtud, para el primero es aquella que mantiene la unidad, el acuerdo y la armonía; mientras el segundo, ofrece un aspecto social que impone a cada uno respetar el bien de los demás.

Los derechos naturales, son inherentes al individuo por el sólo hecho de ser humano; pero éstos derechos serían estériles, sino están dadas las condiciones sociales y las prestaciones obligatorias para el Estado, a fin de que la libertad y los demás derechos se gocen y disfruten efectivamente; dado que el Constitucionalismo actual supone la libertad como condición básica de toda Constitución democrática.

Existen límites del poder punitivo del Estado, para la salvaguarda de los derechos individuales más sagrados de la persona humana, entre ellos la vida y la



libertad, y que se fundamentan sobre todo en la dignidad y en la idea de la justicia misma. Algunos de estos principios y garantías constitucionales son los siguientes:

A. De la función protectora del derecho penal

Como reflejo de la constante contienda del ser humano por un mundo más justo, y contrarios a la tesis del fin de la historia, defendida por Francis Fukuyama, diversos escenarios de justicia transicional continúan ocupando y conmoviendo a la mayoría de las sociedades del mundo.

El compromiso que impone la solidaridad social no se queda en una instancia moral sino que el Estado, por medio de las leyes, puede y debe exigir la participación ciudadana en la resolución de los problemas que derivan de la necesidad de la transformación social; si el bien común es el fin supremo del Estado; el mismo, no se puede concebir en un ambiente donde reina la inseguridad y la injusticia; por lo que el Estado, en el desempeño de su papel protector, debe garantizar al individuo un margen mínimo de derechos con las garantías necesarias para hacerlos efectivos.

Un principio, es el fundamento de una garantía; no tendría razón de existir el derecho penal si careciera de una función protectora, enfocada tanto en la sociedad como víctima latente del delito, como en la persona sindicada de haber cometido posiblemente dicho delito; de esa forma se fundamenta en los siguientes principios:

a) Principio de legalidad; b) Principio de mínima intervención y subsidiariedad; c)



Principio de proporcionalidad de las penas; d) Principio de irretroactividad, Principio de especialidad y f) Principio de Non bis in ídem.

A continuación, se abordará el alcance de cada uno de ellos, para comprender de manera panorámica en dónde radica la función eminentemente protectora del derecho penal, a la luz de la Constitución Política de la República de Guatemala y de los distintos instrumentos internacionales que abordan el tema.

a) Principio de legalidad

El principio de legalidad, es un freno para una política penal demasiado pragmática, que decida acabar a toda costa con la criminalidad y sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna; siendo su objetivo fundamental garantizar los derechos y libertades de las personas, y la mejor manera de protegerlos es concretizarlos sin dejar lugar a dudas sobre los términos en que se expresan, formularlos en leyes y castigar con penas su lesión o violación.

Para la efectividad de la legalidad de las normas se deben cumplir con los mandatos de: *lex scripta*, *lex certa* y *stricta*, y *lex praevia*, los cuales se abordarán con mayor amplitud más adelante, asegurando que sin la presencia de estos tres mandatos, vana será la teoría de la legalidad y quedará plasmada como simple utopía, como el ideal inalcanzable de la política criminal de un Estado de Derecho.



Existe legalidad en el proceso cuando éste es consecuencia de conductas comisivas u omisivas que se encuentren previstas como hechos punibles en la ley penal vigente antes de verificarse el hecho; y se tramita ante el juez competente asignado por la ley con anterioridad a su realización. En síntesis, deben estar predeterminados con precisión y claridad en la norma, tanto la conducta punible como el funcionario autorizado por la ley para juzgar dicha conducta.

b) Principio de mínima intervención y subsidiariedad

La sociedad comprende un conjunto de relaciones en las que el ser humano se desenvuelve en su diario vivir, interacción que por su propia naturaleza y diversidad de personalidades, genera controversias; pretender que el Derecho Penal resuelva cada una de ellas, es alejarse de los fines que persigue.

El principio de mínima intervención, exige que el derecho penal realice una labor selectiva de aquellos valores fundamentales para la persona individual, para la sociedad y para el Estado en general, que merecen su estricta y efectiva protección, dejando a cargo de las otras ramas del derecho las controversias que no merecen la intervención del ius Puniendi del Estado; pues: "El derecho penal protege únicamente los bienes jurídicos más importantes frente a las formas más graves de agresión".⁷

⁷ F. Muñoz Conde y M. García A. *Derecho Penal. Parte General*. 6ª. Edición. Valencia, España. Tirant lo Blanch. 2004. Pág. 71.



El jurisperito Francisco Muñoz Conde, refiere:

El derecho penal tiene una función eminentemente protectora de los bienes jurídicos, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás ramas del derecho, es decir, cuando la protección otorgada por las demás ramas del derecho no satisface en su totalidad a las necesidades de prevención y motivación de la política criminal.⁸

El derecho penal es la última instancia a la que se acude para resolver el conflicto entre el ordenamiento jurídico vigente y la conducta transgresora del mismo.

c) Principio de proporcionalidad de las penas

La consecuencia jurídica que se impone al autor de un hecho delictivo, debe guardar un equilibrio con la magnitud del daño causado, dado que: "...la pena que establezca el legislador al delito, deberá ser proporcional a la importancia social del hecho".⁹

La técnica legislativa empleada en un determinado ordenamiento jurídico, debe aplicar un mismo enfoque de proporcionalidad y evitar ser parte de ese inapropiado movimiento que propugna una legislación de emergencia, en la cual se castigue

⁸ *Ibíd.* Pág 74.

⁹ S. Mir Puig. *Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, España. Euros. 1998. Pág. 99.



más drásticamente al autor de un delito de peligro y de mera actividad; que al autor de un delito de acción y resultado.

Para analizar la técnica legislativa aplicada en Guatemala, basta comparar la pena establecida en delitos que tutelan distintos bienes jurídicos, de diferente nivel de importancia, por ejemplo, la pena mínima para el autor del delito de Portación Ilegal de Arma de Fuego de uso Civil y/o Deportiva es de ocho años de prisión, y la pena mínima para quien priva de su vida a una persona por Homicidio preterintencional es de dos años de prisión.

Se condenaría por Homicidio Culposo a un sujeto a dos años de prisión como pena mínima; y aún si en el mismo hecho resultare la muerte de varias personas, se le condenaría a una pena mínima de tres años de prisión; obteniendo el resultado más favorable el sujeto que le quitó la vida a una o a varias personas, que el sujeto que portó sin la licencia respectiva un arma de fuego de uso civil y/o deportiva sin lesionar a nadie.

Analizando los ejemplos anteriores se demuestra que la técnica legislativa empleada en Guatemala, debe profundizar sobre la importancia del principio de proporcionalidad de las penas, el cual debe plasmarse de manera coherente en todo el ordenamiento jurídico del país y alcanzar un punto de equilibrio idóneo que demuestre concordancia entre el ordenamiento jurídico vigente, la política criminal del Estado y los fines del derecho penal.



d) Principio de irretroactividad de la ley penal

La regla general es que la ley es de aplicación inmediata y que rige para el futuro a partir de su promulgación; que se aplica en el presente, que no puede ser aplicada al pasado y que rige los efectos posteriores a su vigencia, aunque deriven de hechos anteriores a ella.

El principio de irretroactividad de la ley penal, es la prohibición de aplicar una ley actual a un hecho delictivo cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley; ésta prohibición tiene como excepción el de la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables en beneficio del reo, considerando que:

La seguridad jurídica no se opone a la retroactividad de las leyes penales favorables, toda vez que, sean en beneficio del reo.¹⁰

Para que una ley sea retroactiva, es indispensable que obre sobre el pasado y que lesione derechos plenamente adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, para modificarlos...¹¹

Los actos procesales se rigen por las normas vigentes en el momento en que tienen que producirse; sin embargo, no pueden aplicarse de manera retroactiva

¹⁰ F. Cerezo Mir. *Derecho Penal*. Madrid, España. Tecnos. 2000. Pág. 185.

¹¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Gaceta No. 27, expediente No. 364-90. Sentencia de fecha 26-06-97. Página No. 19.

cuando restrinjan el contenido de derechos y garantías constitucionalmente establecidos, pues, en ese sentido violaría el principio de prohibición de retroactividad una reforma que prohíba la aplicación de alguna medida sustitutiva a la prisión preventiva cuando al momento de la realización del delito el sindicado gozaría de este beneficio, pues afecta directamente el derecho a la libertad personal.

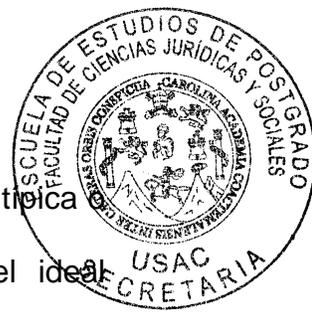
e) Principio de especialidad

Ante la existencia de dos normas que resultaren aplicables a un mismo supuesto de hecho, se debe aplicar la ley penal estricta y especialmente creada para el caso concreto. La regla latina *lex specialis derogat legem generalem*, implica una relación de especie a género, resolviendo el conflicto a favor de la ley especial; comprendiendo que la ley especial contiene todos los elementos de la ley general más otro u otros que la especifican, por lo que la relación es de índole formal.

Se deben distinguir las reglas de especialidad y absorción, considerando que la ley especial contiene algo distinto de la ley general, mientras que el precepto absorbente añade algo más sobre el precepto general. Tal es el caso de los tipos penales cualificados o privilegiados que son preceptos especiales en correspondencia con el precepto general.

Ante dos normas penales que describen una conducta y un resultado en principio idénticos, se debe determinar el elemento especial o diferenciador que puede ser el





sujeto activo o pasivo, el objeto material o cualquier elemento de la acción típica modalidad ejecutiva. Sin embargo, ni una ni otra deben alejarse del ideal constitucional plasmado.

f) Principio de *Non bis in ídem*

El principio *Non bis in ídem*, prohíbe la doble sanción como consecuencia de una misma conducta delictiva, bajo los mismos supuestos de hecho; con independencia de que en el juicio primero, el sujeto fuere absuelto o condenado por los hechos que se pretenden juzgar por segunda ocasión, garantizando con ello la seguridad jurídica del ciudadano.

Para Rafael Márquez Piñero, este principio significa que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior.¹²

El *non bis in ídem* abarca no sólo a la persecución de la persona por el mismo hecho, sino también, a que un hecho anterior no puede ser considerado para aumentar la sanción en un nuevo hecho, Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, así se ha pronunciado:

¹² A. E. Barrena Alcaraz et al. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 1994. Pág. 2988.



La teoría jurídico penal argumenta que cuando se justifica la situación de reincidencia para agravar la pena, sobre la base de un mayor injusto del hecho, se deja por un lado el concepto de bien jurídico como base del principio de ofensividad y pilar del derecho penal de garantías. Además, se vulnera el principio de non bis in ídem, al sancionar más de una vez un mismo hecho, puesto que un delito anterior que ya fue sancionado en su momento, volvería a sustentar la imposición de una nueva pena.¹³

Concluyendo entonces que no sólo se impide someter nuevamente a un proceso penal a una persona por un mismo hecho, sino que tampoco este hecho anterior puede ser considerado a efectos de calcular la pena a imponer en un nuevo hecho, pues el derecho penal de garantías es de acto y no de autor.

B.- Del ideal del proceso penal

El derecho procesal penal, no sólo es el medio por el cual se hace efectivo el derecho penal sustantivo; su ideal de aplicación, exige una serie de principios y garantías, entendidos como las directrices de observancia necesaria e imprescindible en el desarrollo de cada una de sus fases; dado que: “La relación procesal se desarrolla conforme a determinados principios, pues los actos de

¹³ Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, en sentencia de casación de fecha veintisiete de marzo de Dos mil quince, dentro del expediente Mil cuatro guion Dos mil catorce guion Novecientos veinte.



procedimiento no pueden ser ejecutados caprichosa o aisladamente, sino que están sometidos a normas que los regulan.”¹⁴

El Proceso Penal no debe considerarse tan sólo como el instrumento necesario a través del cual el Derecho Penal se aplica, debe también observarse como un medio de intromisión estatal en la esfera de privacidad individual, y este segundo aspecto nos lleva al consecuente peligro de menoscabo de los derechos humanos. Una justicia recta debe salvaguardar estos derechos durante el devenir del proceso.¹⁵

Los valores y postulados esenciales que guían el Proceso Penal y determinan su manera de ser como instrumento para realizar el Derecho del Estado a imponer las consecuencias jurídicas derivadas de actos tipificados en la ley como delitos o faltas. Son también criterios orientadores de los sujetos procesales y constituyen elementos valiosos de interpretación, facilitan la comprensión del espíritu y los propósitos de la jurisdicción penal.¹⁶

Se debe entender que los principios y garantías del derecho procesal penal, no se limitan únicamente al contenido de la Carta Magna, sino que se extienden a los compromisos internacionales adquiridos por Guatemala en materia de Derechos

¹⁴ R. Levene. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Ediciones Desalma. Argentina. 1993. Pág. 144.

¹⁵ R. Ferrer. “*Los principios esenciales del Proceso Penal y su reflejo constitucional: problemas procesales en caso de suspensión de ciertos derechos,*” publicado en la Revista Internauta de Práctica Jurídica. 1999. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1937>.

¹⁶ C. Barrientos Pellecer. *Derecho Procesal Penal Guatemalteco*. Magna Terra Editores. Guatemala. 1995. Pág. 174.



Humanos, de conformidad con lo establecido por el artículo cuarenta y seis constitucional, que se refiere a que en materia de Derechos Humanos, los tratados y convenciones ratificadas, tienen preeminencia sobre el Derecho interno.

El ideal del proceso penal, se materializa a través de los siguientes principios:

a) Principio de presunción de inocencia

El imputado no tiene que construir su inocencia y no puede ser tratado como culpable dentro del proceso. El principio de presunción de inocencia, es uno de los pilares fundamentales del poder punitivo de un Estado democrático; radica en el derecho de toda persona a la que se le acusa de la comisión de un hecho delictivo, a ser sometida al debido proceso, gozando de todas las garantías que en él se establecen y únicamente perderá su estatus de inocencia, cuando una sentencia firme y definitiva declare que es culpable del hecho delictivo.

Alberto Binder, refiere:

El principio de inocencia en sentido amplio, significa: que sólo la sentencia tiene la virtualidad de desvirtuarlo; que al momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades, culpable o inocente. Que la culpabilidad debe ser jurídicamente construida; que esa construcción implica la adquisición de un grado de certeza; que el imputado no debe construir su inocencia; que el imputado no puede ser tratado como culpable; que no pueden existir ficciones

de culpabilidad, es decir, partes de la culpabilidad que no necesitan ser probadas.¹⁷



La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo catorce consagra:

Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”; el Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; prevé: “el procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Las normas transcritas reflejan el *deber ser* hacia una persona sometida a un proceso penal, pero *el ser*, la realidad reflejada estadísticamente del sistema penal actual es totalmente contrario, evidenciando desde el inicio del proceso una presunción de culpabilidad, en donde la persona investigada es marginada socialmente y sufre serios vejámenes en sus garantías constitucionales.

Las resoluciones de auto de procesamiento seguidas de la imposición de la prisión preventiva como medida de coerción; constituyen la mayoría de los casos, olvidando el carácter excepcional de la misma, convirtiéndose en la regla general.

¹⁷ A. Binder. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad Hoc.. 1993. Pág. 120.



El principio de presunción de inocencia ha sido transgredido no sólo por el sistema judicial de Guatemala, sino también por el legislador, que ha olvidado su loable deber entrometiéndose en competencias exclusivas del Juez, por ejemplo, en el artículo Doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; en donde totalmente fuera de la esfera de sus atribuciones, limita al juzgador a no conceder una medida sustitutiva en determinados delitos; considerando a la prisión preventiva como regla general.

El legislador ha olvidado que el principio de presunción de inocencia es:

El punto de partida del Proceso Penal, el cual sólo se desvirtúa en sentencia firme, no se destruye paulatinamente; los indicios derivados de la investigación en la fase pre procesal, preliminar e inicial, son elementos de prueba que no afectan la citada verdad, presumida por mandato constitucional.¹⁸

El estado jurídico de inocencia representa, una condición inherente a la persona que, en tanto sujeto de derecho, puede ser objeto de persecución penal por existir probabilísticamente la posibilidad de ser culpado de un delito, consecuencia que únicamente se alcanzaría si y solo si, se logra el grado de certidumbre suficiente, que debe ser tal, para adquirir la convicción de que la probabilidad que se tenía al

¹⁸ Barrientos. Ob. Cit. Pág. 189.



inicio del proceso penal se ha incrementado de tal modo que, se ha transformado en la verdad procesal que se refleja en una sentencia condenatoria.

El fundamento de muchas instituciones procesales, como el *in dubio pro reo* o el *onus probandi*, radica en que si los órganos del Estado, encargados de llevar adelante la acción penal y la investigación de ella, no logran, por medio de elementos de convicción empíricos, acrecentar la probabilidad que tiene una persona de ser culpado como autor de un delito, se debe optar indefectiblemente por considerar como verdad procesal la inocencia de aquella, pues es esta condición la que goza de mayor grado de certeza.

b) De la independencia judicial

El principio de independencia judicial consiste en que el juez no es empleado o subalterno de nadie, tampoco recibe órdenes o instrucciones sobre cómo conducir, resolver o interpretar un proceso. Tampoco resuelve los casos de acuerdo con sus ideas, sentimientos o inclinaciones personales.¹⁹

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo doscientos tres, consagra:

¹⁹ C. Barrientos Pellecer. *Poder Judicial y Estado de Derecho*. F&G Editores. Guatemala. 2001. Pág. 45.



Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los Tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros Organismos del Estado deberán prestar a los Tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales que la ley establezca.

Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

El Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; regula en el artículo siete: “Independencia e imparcialidad. El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes, sólo sometidos a la Constitución y a la ley...”



De las normas transcritas, se entiende que el juzgador debe cumplir su función de verificación de la verdad procesal con absoluta imparcialidad, respecto de la carga probatoria de la imputación y de la defensa.

Alberto Binder, señala que el juzgador tiene dos límites infranqueables: por un lado el ordenamiento jurídico, que el juez debe interpretar y aplicar en cada caso concreto; por otra parte el límite de los hechos presentados y reconstruidos a lo largo del proceso, que el juez debe subsumir en una solución jurídica, conforme a los elementos proporcionados.²⁰

A manera ilustrativa, en el cuarto y quinto párrafo del artículo doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; se evidencia interferencia del Organismo Legislativo en la función jurisdiccional que le compete con exclusividad al Organismo Judicial, pues por medio de una norma el legislador expulsa del proceso penal el beneficio de las medidas sustitutivas en ciertos casos, obviando que las únicas dos excepciones para imponer la prisión preventiva es la existencia de peligro de fuga y de obstaculización para la averiguación de la verdad.

En este caso, el Organismo Judicial deja de ser independiente en su función, porque si bien, debe de obedecer las leyes ordinarias, debe obediencia en primer lugar a la Constitución Política de la República de Guatemala y ésta prevé el límite

²⁰ Binder. Ob. Cit. Pág. 204.



de las funciones de cada organismo del Estado y el legislador se atribuyen potestades que no le correspondían.

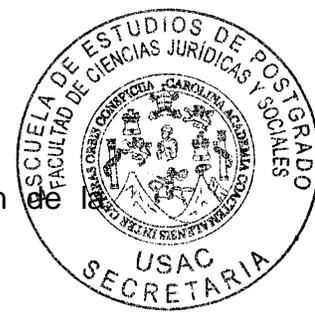
c) Del debido proceso

El respeto al debido proceso es imprescindible para la efectividad de las demás garantías, principios, derechos y deberes sustanciales, en particular aquellos que establece la propia Constitución. El proceso penal en Guatemala es de carácter eminentemente garantista, comprometido con el fortalecimiento de un real y verdadero sistema democrático de derecho y con la constante exigencia del respeto a los derechos humanos fundamentales.

Es inconcebible un derecho penal adjetivo, que carezca de una forma debida para su realización; siendo el Código Procesal Penal; Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; una ley ordinaria, se encuentra sujeta a los principios y garantías establecidos en la Constitución Política; pues:

La ley general y abstracta deberá doblegarse ante las exigencias de los casos concretos para volverse conforme a la Constitución y, sobre todo, será justificada de conformidad con los objetivos a ser alcanzados. En síntesis, el legislador no es más libre en los fines, sino que se encuentra casi en el deber

de motivar la ley pues ella será válida en tanto que expansión de la Constitución²¹.



Si el legislador incumpliere con la observancia y respeto de las garantías y principios constitucionalmente establecidos; le corresponde entonces al juzgador cumplir con la tarea de la defensa constitucional, y el debido proceso:

La propia institución de control de la constitucionalidad revela la perenne posibilidad de conflicto entre ley y Constitución. Pero la potencialidad del conflicto ahora es exaltada a un grado más alto tanto que arrolla a los propios órganos constitucionales invistiendo a los propios jueces ordinarios de aquellas competencias que la constitución confiaba exclusivamente (o casi) a la Corte Constitucional.²²

El debido proceso penal, rechaza todo sistema arbitrario para el cumplimiento de sus fines; pues aún bajo la bandera de justicia, no se pueden vulnerar los principios y garantías de cada fase procesal, de ser así, se resolvería con justicia determinado caso concreto, perjudicando en gran manera la razón de ser de todo un sistema garantista de derecho, el cual resulta ser la base de la democracia sustancial, volviendo inconcebible defender la "Latente y estructural ilegitimidad

²¹ S. Pozzolo. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Ob. Cit. Pág. 174.

²² Ídem. Pág. 54.



jurídica del Estado de Derecho debido a la ambición de las promesas formulada en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en sus niveles inferiores.

En el ámbito internacional, el debido proceso se ha institucionalizado en diversos convenios y pactos que forman parte del derecho internacional de los derechos humanos; los cuales constituyen un marco de interrelación política entre países, y además, representan la globalización de la necesidad de proteger, el derecho al debido proceso.

Oscar Schiappa-Pietra observa que el artículo 6º. De la Convención Europea de Derechos Humanos – precepto que establece las normas primordiales del debido proceso- “es el que ha merecido mayor número de casos ante el sistema europeo de protección de los derechos humanos”,²⁴ lo anterior hace suponer que la reflexión jurisdiccional tanto en el Tribunal Interamericano como en el europeo, justifican de imprescindible el debido proceso para la tutela de los derechos humanos.

Víctor Manuel Rodríguez Rescia, destaca que: “el derecho a un debido proceso es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la forma más

²³ L. Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Pág. 867.

²⁴ F. Novac y J. Mantilla. *Notas sobre el debido proceso en el marco del sistema regional europeo para la protección de los derechos humanos. Las garantías del debido proceso. Materiales de enseñanza*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Estudios Internacionales / Embajada Real de los Países Bajos. 1996. Pág. 145.



usual en que los operadores judiciales hacen incurrir al Estado en responsabilidades internacionales.²⁵

El debido proceso es un derecho fundamental que también goza de una dimensión de derecho de defensa, cuya finalidad es proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino en las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellas.²⁶

La garantía del debido proceso asegura al ciudadano procesado, que la justicia se administrará de manera correcta y cumplida, y que toda resolución judicial defenderá la seguridad jurídica al estar fundamentada conforme a derecho.

C.- De la imposición de una pena

Dentro del catálogo de principios formadores del derecho penal, se encuentran aquellas directrices de observancia necesaria, en primer lugar para el legislador y en segundo lugar para el juzgador; quien para imponer una consecuencia jurídica al autor de un hecho delictivo; debe considerar lo siguiente:

²⁵ H. Fix-Zamudio. *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1998. Volumen II. Pág. 1296.

²⁶ S. Madrazo. Tesis doctoral.



a) Principio de culpabilidad

Para la aplicación de una sanción penal, la acción u omisión realizada por el autor debe ser culpable:

La culpabilidad como fundamento de la pena, se refiere a la procedencia de una pena, en base a un juicio de reproche por no haber actuado conforme a derecho, dirigido al autor de un hecho típico y antijurídico, existiendo una serie de elementos, como lo son la imputabilidad, conciencia de antijuricidad y exigibilidad de otra conducta.²⁷

Para que exista culpabilidad, el autor debe de conocer que la conducta que realiza está prohibida jurídicamente y decidir realizar el acto; dotando entonces de poder al Estado para reprocharle la mala decisión en su actuar; esta exigencia de responsabilidad subjetiva, es imprescindible, pues no basta que el hecho sea causado por el sujeto para que pueda hacerse responsable de él, se requiere además, que haya sido querido o se haya debido, al menos a la imprudencia negligencia o impericia, toda vez que, nadie puede ser condenado sino por las consecuencias queridas o previsibles de sus propios actos.

Culpabilidad es reprochabilidad de una acción antijurídica, compuesto por la exigibilidad de accionar conforme al deber indicado en la norma.

²⁷ Muñoz. Ob. Cit. Pág. 95.



b) Principio de derecho penal de acto

El principio del derecho penal de acto, es la base fundamental para la imposición de una sanción, toda vez que el derecho penal sanciona la conducta y no la personalidad del delincuente; diferenciándose con ello del derecho penal de autor, el cual si considera para la imposición de la sanción las características propias del sujeto que realizó la conducta delictiva.

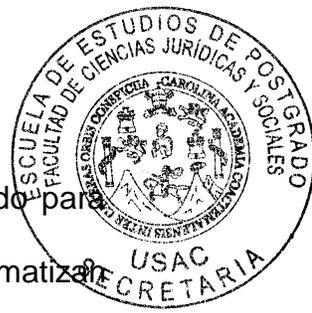
Se distingue entre derecho penal del acto y del autor, ya que en virtud del primero se prohíbe la responsabilidad objetiva del derecho penal, al sancionar estrictamente la comisión de conductas.²⁸

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, considera:

Al aplicar la reincidencia se apela al concepto de culpabilidad de autor, discurso jurídico penal que pretende justificar la sanción del sujeto por lo que es y no por lo que hizo, lo que vulnera el principio fundamental que permite construir un derecho penal de garantías.

(...) El artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, conceptualiza constitucionalmente un derecho penal de acto, que establece que sólo se pueden producir conflictos penales con un acto

²⁸ C. Roxin. *La estructura de la teoría del delito*. Pág. 26.



humano, puesto que, únicamente habilita el ius puniendi del Estado para sancionar acciones u omisiones y no así calidades morales que estigmatizan al sujeto.²⁹

Todas aquellas circunstancias que agraven la responsabilidad penal al considerar aspectos pertenecientes a la personalidad del autor del hecho delictivo, deben ser excluidas del ordenamiento jurídico, pues promueven el derecho penal de autor, transgrediendo los principios constitucionales.

c) Principio de imputabilidad

El principio de imputabilidad se basa en la necesaria comprensión de la ilicitud de la conducta que se realiza, para poder ser castigado jurídicamente. “No podrá imponerse pena alguna al autor, cuando no alcance condiciones psíquicas que le permitan comprender la prohibición infringida o conducirse conforme a dicha comprensión”.³⁰

Este principio se apoya en la necesidad de que el hecho punible pertenezca a su autor no solo material y subjetivamente, sino también como producto de

²⁹ Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, en sentencia de casación de fecha veintisiete de marzo de Dos mil quince, dentro del expediente Mil cuatro guión Dos mil catorce guión Novecientos veinte.

³⁰ Mir. Ob. Cit. Pág. 98.

una racionalidad normal, que permita verlo como obra de un ser suficientemente responsable.³¹



Resultaría injusto que el derecho penal, sancionara penalmente de manera igual, a una persona que actúa con desconocimiento de la ilicitud de su conducta, que a quien se encuentra debidamente consciente del daño que realiza.

Todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan en la dignidad humana. El Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho.³²

³¹ *Ibíd.* Pág. 99.

³² *Mir. Ob. Cit.* Pág. 97.





CAPITULO II

El principio de legalidad

En la actualidad existe una crisis de la concepción tradicional del principio de legalidad; dividiendo el principio de legalidad general del principio de legalidad penal, el cual es el cauce para el desempeño de la autoridad y garantía para el desenvolvimiento del ser humano. El principio de legalidad penal es una regla, una garantía, una cultura para el imperio de la libertad y la subsistencia de la democracia.

La mera existencia de una norma, no garantiza el cumplimiento del principio de legalidad, ello se hace evidente en la existencia de leyes vigentes incluso bajo regímenes autoritarios junto a la constante violación de los derechos individuales. Para evitar que el principio de legalidad sea una proclamación vacía de contenido, cada norma debe reunir como requisitos indispensables: el ser escrita, previa a la realización de los hechos que se pretenden sancionar y estricta, esto es, que establezca claramente las características del hecho punible.

El Estado debe actuar con tal sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, mientras, paralelamente los ciudadanos conozcan cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que las sanciones les serán aplicadas, con la absoluta seguridad de que si la ley no las establece, nunca podrán afectarles. El principio de legalidad implica una serie de limitaciones para el *Ius Puniendi* del



Estado, cuyo incumplimiento supondría la lesión del principio mismo y con
inconstitucionalidad del precepto o de la decisión punitiva en cuestión.

2.1 El principio de legalidad en un estado de derecho

El principio de legalidad es uno de los pilares del derecho penal, no son pocos los científicos del derecho que han abordado el tema, cuya diversidad de opiniones han encontrado el punto de unión al definirlo como una garantía constitucional imprescindible en todo Estado de Derecho, resultando desalentador su vulneración que en la práctica legislativa y judicial se realiza.

Un Estado de Derecho se caracteriza por la división de funciones de cada organismo por el que se conforma, designando al poder judicial imponer las sanciones que castiguen los delitos cometidos y al poder legislativo definir dichos delitos; y en el ejercicio de una u otra función deben sobresalir los mandatos constitucionales; para ello, en los niveles normativos superiores se incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder.

Siendo el Estado de Derecho un sinónimo de garantismo, designa a un modelo de Estado caracterizado por: a) En el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de los jueces; y b) En el plano sustancial, por la



funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos.³³

Al ser una garantía constitucional, además de atribuir la competencia exclusiva de la creación de las normas, exige la correcta elaboración de ellas, dado que la técnica legislativa, debe atender al respeto del principio de legalidad; debido a que en materia penal es de suma importancia para la labor judicial hacer prevalecer la taxatividad de la norma, sobre todo en aquellos casos en que la libertad de una persona está en juego.

El principio de legalidad, debe ser analizado desde sus dos vertientes: a) Como mera legalidad, limitándose a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición formal de legitimidad; y b) Como estricta legalidad, exigiendo a la propia ley que condicione a determinados contenidos sustanciales la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella instituido.

Es común que en la práctica legislativa y judicial, se le reste valor al principio de legalidad y se ejerza una u otra función obviando la transgresión al mismo, es por ello que, en caso de existir una inadecuada técnica legislativa, debe prevalecer el nivel supremo del ordenamiento jurídico, que en el caso de Guatemala, es la Constitución Política, y cuando el aplicador de la ley se enfrente a una norma ordinaria que no está revestida de taxatividad y deba interpretarla para hallar su

³³ L. Ferrajolli. *Derecho y Razón*. Pág. 855.



significado, debe tener presente el principio de legalidad existente y demostrar su conocimiento y valentía inclusive para desconocer una norma ordinaria que transgreda las garantías constitucionalmente establecidas.

En el Derecho Penal, los contenidos sustanciales de las normas se concentran en la taxatividad de las hipótesis del delito, que comporta de un lado, la referencia empírica que encuentra expresión en las garantías penales y, del otro, su verificabilidad en las formas expresadas por las garantías procesales. Siendo así que el Juez no se encuentra obligado a aplicar las normas penales que se aparten del sistema garantista que conforman el Estado de Derecho, debiendo considerar en cada resolución el tenor literal de la norma y en aquellos casos en que deba realizar una tarea interpretativa respetar la prohibición que tiene de hallar el significado de la norma cuando este es perjudicial para el sindicado.

Para que una norma esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal; pero, para que sea válida se necesita que también satisfaga las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su significado.³⁴ Las condiciones sustanciales de validez constitucional consisten en el respeto de valores y garantías cuya lesión produce una antinomia.

Guatemala ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adquiriendo el compromiso de adoptar medidas -legislativas, entre ellas- para tutelar

³⁴ N. Bobbio. *La teoría pura del diritto e i suoi critici*. 1954. Studi Sulla teoría generale del diritto, Giappichelli, Turín. 1955. Pág. 79-82.



bienes jurídicos protegidos por la Convención y convertir la juridicidad convencional en legalidad interna. La adecuación del orden interno al internacional implica medidas en dos vertientes: a) Expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías, y b) supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan o perturben el ejercicio de los derechos que aquélla reconoce.

El Estado de Guatemala tiene de acuerdo al artículo dos de la Convención, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para el respeto y la garantía de los derechos reconocidos en dicha Convención, con mayor razón está obligado a abstenerse de expedir leyes que desconozcan esos derechos o perturben su ejercicio, así como a suprimir y modificar las que tengan este alcance. La sola existencia de una ley que contraviene los derechos humanos, puede ser, per se, violatoria a la Convención, aunque todavía no se haya realizado ningún acto de ejecución.

2.2 Fundamentos del principio de legalidad

La doctrina defiende tres posturas que explican el principio de legalidad y su evolución, distinguiendo entre: fundamento axiológico, político y constitucional.



2.2.1 Fundamento axiológico

Desde el fundamento axiológico, el principio de legalidad rige homogéneamente en todo el Derecho Penal; su finalidad iría mucho más allá de la necesidad de restringir el *ius puniendi* y hacer previsibles las reacciones estatales; sino que además aseguraría la sujeción absoluta de todos los órganos del gobierno a la ley.

Fundamento basado en el iusnaturalismo, en donde la ley resulta ser la cristalización de lo que la justicia es, la ley penal debe ser el “marco de la justicia penal” y en donde el “merecimiento real de pena y la legalidad concuerdan en lo que a su contenido se refiere”.³⁵

Desde la perspectiva axiológica el principio de legalidad además de dar certidumbre sobre la determinación de los bienes jurídicos más importantes procura garantizar la libertad de los ciudadanos, el funcionamiento adecuado de la administración estatal, la estabilidad de la estructura social y la justicia social, aspirando a un óptimo equilibrio entre libertad y control. La ley sería perfecta y hallaría su justicia en sí misma, interpretando al principio de legalidad a partir de los valores que la legalidad tiende a realizar: el bien común y la dignidad humana.

³⁵ W. Naucke. *Strafrecht. Eine Einführung. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia del positivismo relativista y politizado.* (trad. Sánchez-Ostiz Gutiérrez), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000. - “Interpretation and Analogy in Criminal Law”, en *Brigham Young Law Review*. 10^o. Edición. Wiesbaden. 2002. Pág. 66.



El orden jurídico, no es una mera formalidad estética o normativa, sino que tiene que estar orientado a la consecución de los valores superiores del ordenamiento, en donde la ley se aleja de ser un puro acto de poder y se acerca a ser la expresión de un acto de prudencia, de justicia y de razón.

El idealismo legal que interpreta este fundamento, no acepta ni a la analogía ni a la interpretación extensiva, aun cuando fuere en beneficio de la libertad del sindicado; trayendo a la realidad jurídica aquella inmortalizada frase de Montesquieu, según la cual:

Los jueces no son [...] más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.³⁶ El juez puede osar apartarse del rol de autómatas aplicadores de la ley y, en el caso de que pretenda apartarse del silogismo perfecto que debe implicar su función de juzgar, en palabras de Beccaria “se abre la puerta a la incertidumbre³⁷.

Contrario a este fundamento, actualmente los jueces tienen el deber de atender en primer lugar a la Constitución Política de la República de Guatemala, y si ello conlleva desconocer una norma ordinaria por defender una garantía

³⁶ Montesquieu. *Del Espíritu de las Leyes*. Academia Francesa. Traducido por Don. M.V.M. Tomo primero. Madrid.1821. Pág. 220.

³⁷ C. Beccaria. *De los delitos y de las penas*. (trad. De las Casas y notas Delval). Madrid. 1993. Pág. 125.



constitucionalmente consagrada, deben cumplir así su deber, exaltando la investidura que los distingue.

2.2.2 Fundamento político

El fundamento político del principio de legalidad es un aporte del movimiento político de *La Ilustración*, cuya finalidad consistía en descomprimir el poder detentado por el monarca absoluto, exigiendo que únicamente pueda imponerse un castigo cuando exista previamente una ley que esté lo suficientemente determinada; proclamando además por la división de poderes y pretendiendo garantizar que todo ejercicio de poder estuviese sujeto a controles externos, realizados por otros órganos del Estado.

Este fundamento no concibe a un Estado de Derecho que no le otorgue rango constitucional al principio de legalidad, en donde toda actuación estatal debe respetar el imperio de la ley, para asegurar la previsibilidad de sus decisiones y para proteger la confianza de la población.

El liberalismo también influyó en el establecimiento del principio de legalidad; incluyendo el postulado *nullum crimen, nulla poena sine lege* en Europa y Latinoamérica, reflejándose en la Magna Charta inglesa de Mil doscientos quince (1215), la Magna Charta leonesa de Mil ciento ochenta y ocho (1188), en la Constituciones de Virginia y Maryland de Mil setecientos setenta y seis (1776) y, la



francesa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, setecientos ochenta y nueve (1789).

El ciudadano como miembro de una comunidad política tiene el derecho de conocer las consecuencias legales de sus comportamientos individuales o sociales; el principio de legalidad representa la seguridad jurídica que debe observar el legislador según la evolución o las políticas que se desean poner en marcha.

Es importante, aclarar que la Constitución Política no debe adecuarse a la política criminal que se está aplicando en determinado momento en un Estado; sino todo lo contrario, es la política criminal, con sus distintas estrategias para combatir el delito, la que debe adecuarse permanentemente a los principios, mandatos y garantías constitucionales.

2.2.3 Fundamento constitucional

El fundamento constitucional, eleva el principio de legalidad incluyéndolo en la ley suprema de un Estado de Derecho, siendo por tanto, fuente por excelencia de la ley penal, pilar fundamental que ya no será la simple protección de la ciudadanía frente al poder de castigar; sino una garantía inseparable de todo Estado Constitucional.

Todos los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos relativos no sólo a la forma sino también a los contenidos de su ejercicio, cuya violación es causa



de invalidez de los actos accionables judicialmente y al menos en teoría, o responsabilidad para sus autores.

La legalidad se caracteriza por su rigidez, sin embargo, la misma debe adecuarse a los fines concretos de cada esfera jurídica determinada; en cuanto al derecho penal, los fundamentos del principio de legalidad no pueden perder de vista sus propios fines, debido a que el proceso penal es sumamente garantista, el principio de legalidad y en especial el mandato de taxatividad de la ley, es de observancia obligatoria al momento de interpretar la ley o la norma, sobre todo cuando está en juego la libertad del ciudadano.

Como garantía constitucional opera reduciendo el poder punitivo, prohibiendo cualquier interpretación distinta a la taxatividad de la ley que pueda perjudicar los derechos del ciudadano; por ejemplo, si se atiende a la regulación de la prohibición de retroactividad, se observa que en casos de favorecerse al reo, esta prohibición debe ser restringida.

El derecho sancionador debe buscar su estabilidad en la creación y aplicación de las normas; para que los ciudadanos a los cuales esas normas se dirigen puedan tener confianza y seguridad jurídica; y para ello la actividad legislativa, constituye la suma de los principios de certeza, legalidad, jerarquía, publicidad normativa, irretroactividad no favorable e interdicción de la arbitrariedad.



Lardizábal Y Uribe concibe que se debe dejar a la prudencia del juez la aplicación de la ley a ciertos casos particulares que, pese a no hallarse expresamente comprendidos en las palabras de la ley, son conformes a la “*mente del legislador*”, en la medida que “*las leyes no se pueden hacer de modo que comprendan todos los casos que pueden suceder*”.³⁸ Pero esta ideología es totalmente negada, pues de ella resulta posible transgredir la rígida separación de poderes, de manera que toda arrogación de potestades legislativas por parte del juez sería desde todo punto de vista censurable. Más aún en materia penal, en donde según el principio de legalidad, el juez no puede buscar la voluntad del legislador y suplir las deficiencias en el ejercicio de su función, sino únicamente acudir a dicha voluntad cuando se va a beneficiar al sindicato.

“Un desorden que nace de la rigurosa y literal observancia de una ley penal, no puede compararse con los desórdenes que nacen de la interpretación”.³⁹ Todo esto llevaría a hablar de una constitucionalización del ordenamiento jurídico que puede ser definida como un proceso de transformación, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales.

³⁸ M. Lardizábal y Uribe. *Discurso sobre las penas*. (Introducción de Serrano Butragueño). Granada, España. 1997. Pág. 321.

³⁹ C. S. Nino. *Introducción al análisis del Derecho*. 10ª ed. Barcelona. 2001. Pág. 247.

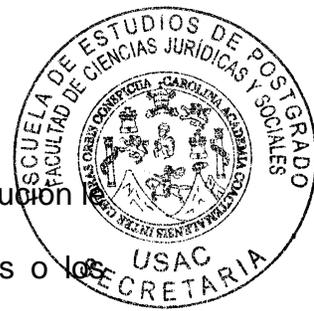


2.3 Defensa judicial del principio de legalidad

El principio de legalidad deja de reducirse a aquello expresamente establecido por el legislador, dado que se asume que pueden existir decisiones legislativas que contradigan las exigencias de justicia y los valores constitucionales. De ahí que se diga que la justicia ya no quedaría contenida dentro de la misma ley, sino que su realización sólo se lograría a partir de una solución de los conflictos mediante la Constitución.

Ante la posibilidad de que se susciten conflictos entre el contenido que las leyes tienen y el que deberían tener conforme a las exigencias constitucionales, sería el principio de legalidad el encargado del control constitucional, impidiendo que la minusvaloración de la certeza jurídica le reste valor a la ley y ya no sea garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convertiría en instrumento y causa de inestabilidad.

El sacrificio de la certeza jurídica se produce en favor de la libertad, se acoge un concepto de libertad que genera a su favor el derecho de exigir frente al Estado prestaciones positivas. El Derecho penal tendría como desiderátum la ampliación de estas libertades positivas, lo que llevaría a ver sus restricciones como algo excepcional, en donde la legalidad sólo funcionaría, prima facie, a la hora de tipificar conductas prohibidas y de imponer penas, de manera que no cabría admitir ningún límite cuando se trate de excluir el castigo.



El Derecho Penal debe satisfacer los requisitos de validez que la Constitución impone, en caso de no respetarse o contrariarse alguno de sus valores o los derechos fundamentales, la Constitución prevalecerá sobre la ley penal. Montesquieu⁴⁰ deja entrever que el legislador no es ese ser iluminado y clarividente que regla la realidad social a la perfección, sino un ser humano que puede tomar decisiones no lo suficientemente meditadas.

Ferrajoli⁴¹, incluso llega a considerar que le cabe al juez la obligación de censurar la ley oponiendo su inconstitucionalidad. "El fortalecimiento del papel del juez no es hoy una apuesta voluntarista, sino cabal consecuencia del modelo de Estado constitucional".⁴²

El juez asume importantes tareas legislativas, que se traducen en la necesidad de corregir los excesos del legislador cuando éste vulnera alguna pauta constitucional del principio de legalidad, el juez deja de ser aquel sujeto servil a la voluntad del legislador y se adentra en las razones que subyacen a la ley o en los principios jurídicos que se encuentran en la Constitución.

Para la doctrina española, el principio de legalidad, como expresión de su plural fundamento, se plasma en las siguientes exigencias:

⁴⁰ Montesquieu. Ob. Cit. Pág. 38.

⁴¹ L. Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Ibañez/ Ruiz Miguel/ Bayón Mohino/Terradillos Basoco/Cantanero Bandrés). Madrid. 1995. Pág. 170.

⁴² A. García Figueroa. *La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo. Neoconstitucionalismo*. Madrid. 2003. Pág. 159.



1ª. Sólo la ley es la única instancia normativa legitimada para establecer la punibilidad de conductas y las penas correspondientes (Reserva de Ley); 2ª. La ley debe delimitar concreta y exhaustivamente la conducta punible y la pena con la que se le conmina (principio de taxatividad de la ley penal); 3ª. Prohibición de la analogía (aplicación analógica de la ley penal) y de su interpretación extensiva (en contra del reo); 4ª. Prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos desfavorables al reo y de aplicación judicial de la ley penal con tal efecto retroactivo (Irretroactividad); 5ª. Exclusión de la sanción penal y administrativa para un mismo hecho (*Non bis in ídem*).

Estas exigencias se dirigen tanto al legislador como al juez; en el sentido que al legislador exige que formule las descripciones del delito del modo más preciso posible (*nullum crimen sine lege certa*) y al juez que sus condenas se basen en la ley escrita (*nullum crimen sine lege scripta*) y que no amplíe la ley escrita en perjuicio del afectado (*nullum crimen sine lege stricta*).

Consecuentemente las leyes penales deben ser precisas y esta exigencia, que se conoce como principio de taxatividad está vinculada a la seguridad jurídica y a la igualdad en la aplicación de la ley. Los legisladores deben el mayor esfuerzo en la precisión de la redacción de las normas; y si se incumpliere este principio, el Juez tiene dos opciones: (1) Declara la inconstitucionalidad de la ley o (2) La interpreta de la forma en que más se restrinja el poder punitivo del Estado.



El mandato de taxatividad o principio de Lex Certa y Stricta, exige que el grado de determinación de la conducta típica sea tal que pueda ser conocido por el ciudadano medio, lo que es objeto de prohibición. Es por ello que Wezel advirtió: "¡El auténtico peligro que amenaza al principio nulla poena sine lege no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!".

A través del principio de taxatividad se protege la certeza y la imparcialidad en la aplicación del Derecho y se reducen las posibilidades de arbitrariedad por parte de los órganos judiciales, asegurando a los ciudadanos que la interpretación y aplicación de las normas penales por parte de los jueces y tribunales no va a traspasar, en ningún caso, la barrera infranqueable de la "letra de la ley", evitándose así toda tentación de creación jurisprudencial de delitos y penas.

2.4 Fuentes y mandatos del principio de legalidad

El artículo treinta de la Convención Americana, establece que el principio de legalidad comprende dos dimensiones: formal y material. Aquella existe cuando se ha observado el procedimiento establecido para la creación de leyes o su reforma; la material atiende al contenido de la norma: respetuoso de los derechos humanos, en el marco de la sociedad democrática.

El principio de legalidad formal excluye a las fuentes no escritas del Derecho Penal, tales como: La costumbre, la analogía, la interpretación analógica, la



interpretación extensiva y la interpretación teleológica. También se excluyen las fuentes escritas diferentes de la ley: La jurisprudencia y la doctrina.

Se impone como única y exclusiva fuente del Derecho Penal a la ley penal, siempre que esté en armonía con la Constitución y se apoye en los principios de: Reserva de la ley, de taxatividad o determinación y, el principio de irretroactividad desfavorable.

Derivado de sus fuentes, en el campo de la técnica de elaboración y aplicación de leyes, el principio de legalidad impone cuatro mandatos que están destinados a regir la actividad del legislador y del juez:

a) *Lex certa y stricta*

El principio de estricta legalidad o taxatividad penal implica que los términos empleados por la ley para describir los comportamientos punibles tengan una extensión cierta, evitando expresiones vagas y valorativas.

El mandato de *lex certa y stricta* exige que la norma jurídica debe ser clara, estricta y precisa, no se debe olvidar que los destinatarios son los ciudadanos, no expertos en la materia, el mensaje debe entenderse para que puedan acomodar sus acciones al ordenamiento jurídico penal; de aquí se desprende el principio de taxatividad.



Este mandato es condición suficiente al estar dirigido a proveer a las normas de denotación taxativa y, a permitir, el uso de las palabras verdadero y falso a propósito de las aseveraciones sobre el derecho, prohibiendo al juez penal aplicar la analogía; debido a que en el Derecho penal, no deben existir lagunas o vacíos jurídicos como en otras ramas del derecho.

La técnica legislativa debe huir de los conceptos excesivamente vagos en los que no es posible establecer una interpretación segura. El intérprete y en su caso el Juez, no puede desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarlas a supuestos no previstos en la misma, porque con ello violaría el principio de legalidad.

Silogismo: **A** es igual a **A**
 A1 no es igual a **A**

b) Lex scripta

El mandato de *lex scripta* niega el Derecho consuetudinario, debido a que el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas. No es posible calificar de delito las conductas que no se encuentran definidas como tales por la ley, incluso aunque sean desvaloradas socialmente o consideradas deshonestas o inmorales.

El mandato de ley escrita, exige que el derecho penal sea exclusivamente derecho positivo, reservando al poder legislativo la potestad para definir los delitos



y las penas, siendo deber de éste, la utilización de una técnica legislativa acorde los mandatos y principios constitucionalmente consagrados.

Silogismo: La conducta **B** debe ser castigada.

La conducta **B** no está incluida en la ley penal como delito.

A la conducta **B** no puede imponérsele ningún castigo.

c) *Lex praevia*

El mandato de *lex praevia* prohíbe que una ley sea retroactiva. El legislador y el juez penal no pueden aplicar las leyes en forma retroactiva en perjuicio del imputado. De Tal manera que, debe existir una ley que defina las conductas como delictivas para poder perseguirlas, dicha ley debe estar vigente en el momento en que se cometen los hechos.

El principio de legalidad exige que la injerencia del Estado tenga lugar mediante una *lex praevia, certa y stricta y scripta*; justamente, estas características que debe tener la ley limitan al poder punitivo y fueron consolidándose a tal punto que dominan la discusión doctrinal y los fallos jurisprudenciales.

Las propiedades de *praevia, certa y stricta y scripta* se predicán justamente de la ley, pues ésta, debe ser previa al hecho cometido, cierta, estricta y escrita para que se legitimara la amenaza e imposición de una pena; siendo el legislador la

autoridad obligada a velar por una ley que satisfaga estas exigencias, al ser justamente la fuente de la que emana la norma, rechazando la analogía como fuente creadora de delitos y penas.



Al analizar los mandatos de *lex certa y stricta* y de *lex scripta*, se evidencia que a partir de ellos se limita también la actividad judicial.

Si estos mandatos se dirigen también al juez, lo que debe ser estricto es la interpretación y la aplicación del Derecho y no la ley, lo adecuado sería deslindar las tareas concretas del Poder Legislativo y del Poder Judicial que el principio de legalidad pretende restringir.

El mandato de *lex certa y stricta*, exige al legislador que confeccione la ley de modo preciso y claro, alcanzando al aplicador de la ley, a quien no le corresponde suplir las deficiencias de la falta de taxatividad de la actividad legislativa, mucho menos, buscar la voluntad del legislador cuando ésta va a perjudicar al sindicato.

Cuando el principio de legalidad establece ciertas condiciones para la creación de la norma, lo que está haciendo es delimitar la competencia que le cabe al legislador en materia penal. En cambio, cuando este principio se proyecta sobre la identificación del material normativo del Derecho Penal (es decir, las normas en las que se permite fundar las resoluciones y sentencias), la interpretación y la integración del Derecho penal, se estará trazando en el perímetro de las competencias del juez.



2.5 El principio de legalidad en la técnica legislativa

El principio de legalidad exige que la creación de una norma se realice en armonía con los principios constitucionales abarcando aspectos de competencia como de contenido normativo. La etapa de creación del Derecho penal estará evidentemente demarcada por la legalidad, que reglará las competencias del legislador penal. Una de las principales características de la ley penal es que el supuesto de hecho de los tipos debe encontrarse determinado de modo preciso y claro, garantizando la capacidad de anticipación de la respuesta punitiva al hacer cognoscibles los hechos que son castigados por el Estado.

La técnica legislativa debe alcanzar el nivel de taxatividad deseado en los tipos penales mediante elementos puramente descriptivos, entiende Schünemann,⁴³ que un tipo será más taxativo cuanto más elementos descriptivos y normativos posea, siendo éstos últimos irrenunciables en la sociedad actual. Con ello se estaría buscando reducir al máximo posible la vaguedad que suele afectar a los elementos típicos y otorgar preferencia al uso de elementos descriptivos frente al empleo de elementos valorativos.

El mandato de taxatividad dirigido al legislador, establece límites en relación a la fijación del marco penal. Los delitos deben tener conminadas penas que se encuentran expresamente plasmadas en la ley y que se expresan entre un mínimo

⁴³ B. Schünemann. *Nulla poena sine lege. Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*. Berlín-New York. 1978. Pág. 30.

y un máximo de duración. No cabría juzgar legítima una pena que fuese creada por el juez o una pena que sólo estuviese fijada en cuanto a su duración mínima.



El garantismo penal proclama por una técnica legislativa que incluya valores bajo la forma de límites o deberes en los niveles más altos del ordenamiento jurídico, a fin de excluirlos en forma de poderes en los niveles más bajos; dichos valores convierten en valorativos los juicios de validez sobre las normas de nivel más bajo, confiados a los órganos judiciales.

2.6 El principio de legalidad en la aplicación de justicia

Coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico son los ideales-límite de derecho válido, que no reflejan el ser efectivo sino sólo el deber ser de las normas con respecto a sus normas superiores. El positivismo crítico pretende explicitar la incoherencia y la falta de plenitud mediante juicios de invalidez sobre las normas inferiores y correlativamente de inefectividad sobre las normas superiores.

El principio de legalidad se proyecta en las competencias del juez, siendo su objetivo la identificación de las fuentes del Derecho Penal, convirtiéndose en pauta rectora en la interpretación de las normas que reconoce como fuente, como así también para integrar al Derecho Penal frente al caso de existencia de lagunas.

La decisión judicial debe fundamentarse en alguna norma del sistema jurídico, exigencia que pretende combatir la arbitrariedad judicial; en el cual el fundamento



jurídico será válido solamente en la medida que la norma elegida forme parte de sistema. Esto permite sujetar la decisión judicial a parámetros objetivos y evitar que ella sea fruto del antojo del juez, influenciado emocionalmente por los sucesos sociales del momento.

La única fuente jurídico-penal es la ley, la cual se considera como fuente válida del Derecho Penal si está vigente al tiempo de la comisión del delito. Esto último prohíbe al juez considerar a la costumbre como un elemento que puede fundar su decisión y que habilita al juez a castigar.

En dónde el poder del Juez subsista ilegítimamente a causa de leyes penales que deroguen el principio constitucional de estricta legalidad o taxatividad, será falsa su vinculación por la Constitución para su aplicación y estará autorizado a censurar su validez.

Frente a una ley de dudosa validez el Juez tiene dos caminos legítimos: Hacer cuadrar la ley con la Constitución aportando interpretaciones que reduzcan su alcance normativo pero legitimando así su conservación; o pueden enfatizar el contraste con la Constitución acentuando los aspectos de invalidez.

CAPÍTULO III



La interpretación de la ley penal

La interpretación de la ley penal, así como otras cuestiones que se involucran con la aplicación de ésta, son temas que han interesado desde siempre a la dogmática jurídico-penal, y en la actualidad, es objeto de acaloradas discusiones en el seno de las deliberaciones de los más altos tribunales con competencia penal.

Ilustrar la actividad judicial en la interpretación de la ley, es deber indispensable, considerando que una de las luchas que ha librado el derecho penal es la de reducir el poder punitivo; no se puede prescindir de la necesidad de interpretar la ley penal para poder aplicarla; sobre todo cuando se piensa en casos oscuros o difíciles; entendiéndose que pesa sobre el juez la prohibición de ir más allá de la ley y crear tipos penales mediante la analogía o de interpretar extensivamente en perjuicio del sindicado; o bien, de buscar la voluntad del legislador aunque con exactitud no coincida con las letras de la ley.

Es importante reflexionar sobre la posibilidad de que el intérprete se aleje de la letra de la ley en procuración de ciertos objetivos; realizando una interpretación constitucional conforme, provocando sentencias manipulativas; sin embargo, atendiendo a la regla de interpretación rigurosa que prevalece en materia penal, se observa que la interpretación estará permitida si, y sólo si, se mantienen dentro de los límites del sentido del texto de la ley; es decir, la interpretación debe ser acorde



con el posible sentido y significado de las palabras; si y sólo si, no se perjudica al ciudadano procesado; pues cuando la interpretación traspasa las fronteras antes señaladas se convierte en analogía prohibida.

La legalidad del Estado de Derecho se legitima formal y materialmente, radicando ésta última en su contenido protector de derechos fundamentales⁴⁴, siendo así que el criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.

Esto último es trascendental, toda vez que, los intereses individuales y colectivos justifican la existencia de las instituciones jurídicas y políticas, la confusión entre unas y otras es propio del derecho autoritario que justifican el derecho como un fin, sin importar los medios, olvidando que las condiciones sustanciales de validez constitucional consisten en el respeto de valores y garantías cuya lesión produce una antinomia.

Ferrajoli, refiere: "Para que una norma esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, para que sea válida se necesita que también

⁴⁴ A. E. Pérez Luño. *La seguridad*. España: Universidad de Sevilla. P. 50.



satisfaga las condiciones de validez sustancial que se refieren a su contenido, sea, a su significado.”⁴⁵ Una norma es válida cuando cumple con su proceso de creación y cuando su contenido se encuentra suficientemente claro y apegado a derecho.

La interpretación es un acto de comprensión de la norma jurídica, es la búsqueda del significado del texto legal que se halla dentro de su sentido literal posible, siendo esta operación ineludible en la implementación de la ley; pues su objetivo central es desentrañar las cuestiones semánticas y pragmáticas del significado de las normas; incluyendo las normas penales, las cuales tienen como único límite la prohibición de que el resultado de dicha interpretación perjudique al sindicado, quedando prohibido al juez, más aún al juez de garantías, interpretar por ejemplo, que el tipo penal de homicidio es exactamente igual a la figura de homicidio doloso, aunque la lógica indique que así es.

Interpretar no es corregir una norma, esto último es tarea de la integración del derecho, interpretar es dilucidar como deben entenderse los términos de la norma, indagar su significado y atender a su expresión legal. Precisamente ese proceso de identificación del significado de la norma no constituye una tarea inmune a las valoraciones del juez,⁴⁶ debido a que en cada acto intelectual las apreciaciones se

⁴⁵ Bobbio. *Iusnaturalismo*. Pág. 215.

⁴⁶ Siendo este proceso volitivo imprescindible, cfr. Legaz y Lacambra, en *Revista de la Universidad Complutense* (1983) 69, p. 15. 20 BACIGALUPO, *Principios*⁹, p. 69; ROSS, *Sobre el Derecho*, p. 135: “Hay que reconocer que la distinción entre la función cognoscitiva o la valorativa es artificial, en la medida en que ambas se fusionan en la práctica, lo que imposibilita decir con precisión dónde termina una y dónde comienza la otra”.



encuentran tamizadas necesariamente por valores y experiencias pasadas. Sin embargo, este condicionamiento valorativo de la interpretación no debe verse como una señal de arbitrariedad, en donde el juez está creando Derecho; pues el incumplimiento de las responsabilidades de dicha autoridad también se encuentra latentes de ser sancionadas por el ordenamiento jurídico.

Una vez interpretada la norma, se debe aplicar, y solamente podrá aplicarse la ley cuando los problemas que involucran los planos semánticos y pragmáticos de la norma se hayan resuelto; teniendo ya claro si la norma puede cubrir un caso que ha tenido lugar en la realidad. La aplicación del Derecho Penal debe verse como una actividad que conlleva tres fases diferentes: 1º. Se determina que un concreto caso individual ha acaecido, 2º. Se determina que este caso individual se subsume en un determinado caso genérico, y 3º. Se determina que la persona que ha cometido el hecho debe ser pasible de la consecuencia jurídica prevista en la norma.

El sistema penal puede verse afectado por contradicciones, redundancias e inconsistencias axiológicas, que constituyen deficiencias normativas que se corrigen con la interpretación de la ley, siempre y cuando esa operación interpretativa se realice con el debido respeto al principio de legalidad que conlleva

⁴⁷ T. Sánchez. En ADPCP (2005) LVIII, p. 31. Destaca el valor de las precomprensiones (*allgemeines Vorverständnis, juristisches und rechtstheoretisches Vorverständnis e institutionelles Vorverständnis*) en el reconocimiento del significado de la norma, Müller/Christensen, *Juristische*, pp. 489-490, n.m. 495. En términos similares, FUCHS, AT, 4. Cap., n.m. 3, pp. 30-31. 22 Jescheck/Weigend, AT⁵, p. 153; De Figueiredo Dias, PG², I, p. 187.



la prohibición expresa de no interpretar en perjuicio del sindicato; por muy lógica obvia que resulte tal interpretación.

3.1 La admisión de la interpretación extensiva

El principio de legalidad supone que toda resolución judicial en materia penal ha de basarse en una precisa disposición legislativa y la reserva absoluta de ley en materia penal, excluye que una norma penal pueda ser creada por el Juez; permitiendo entonces la interpretación para atender problemas semánticos o pragmáticos del significado de las normas penales; mientras prohíbe la analogía para atender al modo de correlacionar en el sistema normativo casos genéricos con consecuencias jurídicas.

Se interpreta extensivamente el derecho cuando se extiende el significado de un término jurídico o de una locución jurídica más allá de las letras de la ley, las disposiciones penales no son susceptibles de interpretación extensiva, no puede utilizarse el argumento de que únicamente se intenta hacer coincidir el alcance de la norma con la voluntad real del legislador, o bien, que el sentido lógico u obvio de determinada disposición debe de aplicarse, aunque esta logicidad sea perjudicial al reo.

En el trayecto que va desde la creación legislativa de un tipo penal hasta llegar a la solución de un caso en concreto se atraviesan diferentes etapas; para solucionar el conflicto generado por el daño o puesta en peligro de un bien jurídico,



el juez parte de interpretar la ley penal, para ello, necesita saber cuáles son los casos que la ley regula y aquellos que no, una vez que ello se ha logrado, la actividad subsiguiente del juez es aplicar la norma interpretada al caso y, eventualmente, advertir e integrar posibles vacíos legales o inconsistencias axiológicas.

Puede decirse, siguiendo a Klatt,⁴⁸ que la gran importancia que tiene el tenor literal para la ciencia jurídica en general es la de reconocerle legitimidad y objetividad a las decisiones judiciales, pues además de caer sobre el juez penal la obligación de resolver los casos que se le plantean, pesa sobre éste la obligación de fundar su decisión en el Derecho, pues lo que legitima al juez para castigar o absolver debe encontrarse plasmado en la letra de la ley. La proscripción de la arbitrariedad que impera en el Derecho obliga a que el juez decida según parámetros externos y no según su subjetivismo, precisamente, el tenor literal hace posible este parámetro externo otorgando objetividad a la decisión del juez.

Cuando el juez, traslada la consecuencia jurídica de la norma a un caso que no está comprendido dentro de su tenor literal, decididamente no está interpretando, sino que se aparta de los criterios puestos por la ley; tales casos estarían fuera del

⁴⁸ T. Klatt. pp. 19, 21, 22-23. *El mismo*, en *Die Sprache des Rechts*, p. 346, resaltando además que el tenor literal busca concretar las exigencias constitucionales derivadas de los principios de división de poderes, de taxatividad, de prohibición de la analogía, de sujeción a la ley y de prevalencia y reserva de ley.



ámbito puramente interpretativo de la actividad jurisdiccional y se adentraría en el terreno de la analogía, perfeccionamiento o integración del Derecho.⁴⁹

Una de las funciones del tenor literal es la de separar los campos de la interpretación, de la analogía y del perfeccionamiento del Derecho, para ello en la metodología jurídica que el juez utiliza, para dar con el significado de la norma, debería tomar como herramientas diversas clases de métodos, ya que existen diferentes cánones interpretativos que muestran cuáles son los diversos modos en que una disposición legal puede ser interpretada; como el gramatical, el genético, el lógico, el teleológico, el sistemático, etc.

El derecho penal garantista exige aplicar rigurosamente la ley penal; para que ello sea posible, debe prevalecer en el concurso de estos métodos o cánones interpretativos aquél que se ciña en mayor modo al texto de la ley, pues resulta necesario advertir cuáles son los casos comprendidos por la norma a partir del significado de las palabras con las que fue redactada y para ello se apelará al significado ordinario de los términos, sin atender a las intenciones que pueda haber tenido el legislador.

Se reconoce prioridad al canon gramatical o literal para desentrañar el significado de la norma, debiendo considerarse siempre como el punto de partida del proceso interpretativo; pues solamente la interpretación según el sentido ordinario de los

⁴⁹ Larenz. *Metodología*. Págs. 359 y ss. Por ello, señala con razón T. Klatt. Págs. 19, 20-21.



términos conduce a un significado restrictivo; haciendo la salvedad que en esas circunstancias en que al atender esa interpretación ordinaria se perjudique al reo, pues en ese caso, está totalmente prohibido acudir a la interpretación y simplemente si los términos no coinciden se debe atender al sentido que más beneficia a la persona sindicada.

En la interpretación extensiva como en la interpretación restrictiva, la finalidad de la norma y la voluntad legislativa logran hacer que la ley abarque más o menos casos, respectivamente, de los que ésta abarcaba conforme a su literalidad.

El límite a la interpretación sería la letra de la ley, de la cual sería posible extraer el telos de la norma, el cual estaría a su vez condicionado por la voluntad histórica del legislador; ahora bien, partiendo de este punto, la interpretación extensiva de la ley penal, está totalmente prohibida cuando como fruto de ella se va a perjudicar al sindicado; debiendo realizar una interpretación penal restrictiva en la cual, si los términos literales no coinciden, ya sea porque el legislador escribió de más o de menos, a la denominación concreta de un tipo penal, se debe optar por la solución en la cual no se perjudique al sindicado y se le garanticen sus derechos, sobre todo el respeto al principio de legalidad.

Silogismo: **A** es igual a **A**
 A1 no es igual a **A**



Si considerar que **A1** es igual a **A** beneficia al ciudadano procesado, deben aceptarse como iguales.

Si considerar que **A1** es igual a **A** perjudica al ciudadano procesado, no deben aceptarse como iguales.

La existencia de varios significados posibles y de la imposibilidad de hablar de una jerarquía de métodos interpretativos, no tiene porqué significar que el texto de la ley quede desplazado en cuanto a su importancia, pues el tenor literal no deja de ser el punto de partida de todos los sentidos posibles que cabe reconocer al enunciado legal.

Existe la posibilidad de distinguir en el Derecho penal tres clases de interpretaciones: 1º. Interpretaciones óptimas, 2º. Interpretaciones posibles y, finalmente, 3º. Interpretaciones absurdas, arbitrarias o prohibidas. La importancia de esta clasificación se hace sentir principalmente cuando se atiende al principio de legalidad y se analiza la delimitación que éste hace de las competencias del juez.

La legalidad penal legitimará aplicaciones de la ley basadas en interpretaciones posibles y, obviamente, en interpretaciones óptimas; a la vez que, obstaculizaría que el juez pudiese resolver un caso particular aplicando una ley interpretada de modo arbitrario, absurdo o prohibido, como sería el caso de una interpretación extensiva en perjuicio del sindicado.



El principio de legalidad no impide que el juez reconozca la existencia de estas interpretaciones posibles, siempre y cuando no infrinjan el tenor literal, debiendo elegir la que representará la explicación de las reglas del uso de los términos de la ley que mejor concilian las finalidades del Derecho penal y procesal penal garantista.

En materia penal, una interpretación prohibida es aquella interpretación extensiva que al hallar el significado de las palabras, perjudica al sindicado. Para algunos autores, la interpretación extensiva constituye la herramienta por la cual el intérprete busca salvar las inconsistencias axiológicas que se derivan de aplicar llanamente el tenor literal, pues en algunos casos pese a que la letra de la ley puede estar redactada en términos claros y precisos, el tenor literal debería ser modificado para que concuerde con el espíritu o finalidad de la ley, esto es posible siempre y cuando se realice en beneficio de la persona sindicada, caso contrario se estaría aplicando el derecho penal del enemigo, en el cual, lo importante es castigar atendiendo a un mínimo de garantías en el proceso y aplicación del derecho.

El Juzgador con la independencia que le asiste y el total conocimiento del derecho que lo inviste, tiene la facultad y debe tener el valor, para que en un caso concreto pueda resolver la inconstitucionalidad de una norma ordinaria, lo cual no implica modificar el derecho ni crear nuevas leyes, pero si permite no aplicar determinada norma en un caso concreto, más aún en materia penal, cuando se encuentran en juego valores y derechos tan importantes del ser humano como la libertad y su dignidad personal.

Se debate esta postura, argumentando que legalmente sí se le dota al Juez de esta facultad, pero la práctica es diferente y la independencia resulta una utopía.



La interpretación extensiva y la analogía, ambas en perjuicio del sindicado, afectan derechos fundamentales, debilitando el ideal de certeza jurídica ansiado por la ley, atentando contra la división de poderes, pues implica transgredir la taxatividad de la ley penal, infringiendo el principio de legalidad, esto es, alterar el significado de una norma penal; o bien, en el caso de la analogía, que opera cuando ya se sabe qué es lo que significa la norma, y el juez no está queriendo hacer pasar como posible una interpretación que no lo es.

La ley supone en cualquier caso un límite al juez, que viene establecido por la Constitución en el afán de garantizar la división de poderes, pero también lo es a la hora de indagar por el significado de la ley. Las interpretaciones posibles son todas aquellas que son admisibles en la comunidad jurídica y que surgen a partir de la posibilidad de contextualizar a la norma en ámbitos diferentes.

3.2 La aplicación de la analogía en la metodología jurídico penal

“En la analogía es preciso distinguir entre la analogía favorable y la perjudicial para el reo, siendo esta última, la única que contraria el principio de legalidad”.⁵⁰

⁵⁰ Cerezo. Ob. Cit. Pág. 171.



La prohibición de la analogía se resuelve con la obligación de argumentar a contrario, específicamente, en la obligación de usar el argumento a contrario de forma no meramente interpretativa sino productora. Permitiendo la analogía en derecho penal se violaría el principio de seguridad del derecho, característico del sector de la disciplina jurídica que más directamente incide en la libertad personal, pues una cosa es decidir cuál es el significado de una disposición; otra, construir una disposición inexistente.

En el lenguaje jurídico suele llamarse aplicación analógica a la aplicación de una norma a un supuesto de hecho no contemplado por ella, pero semejante al previsto por la misma, siendo la estructura del argumento analógico el siguiente:

- a) Un determinado supuesto de hecho no se encuentra disciplinado por ninguna norma explícita.
- b) El supuesto de hecho no disciplinado guarda una semejanza relevante o esencial con otro supuesto de hecho regulado.
- c) Se construye una máxima decisión que también atribuye la misma consecuencia jurídica al supuesto de hecho no previsto.

El procedimiento analógico consiste en aplicar una misma norma a dos supuestos de hecho que se consideran semejantes y por tanto, distintos, no iguales, afirmar que dos supuestos de hecho son semejantes no es distinto de sostener que ambos merecen la misma disciplina jurídica, siendo necesaria la previa identificación de la razón o el fin para el que se dispuso la norma.



En derecho penal existe la obligación de argumentar a contrario consecuentemente, si no hay ninguna norma que atribuya una sanción penal a un determinado comportamiento debe mantenerse que ese comportamiento es penalmente lícito; considerando por otro lado, que la prohibición de aplicación analógica no afecta a las disposiciones que expresan normas a favor del imputado.

La analogía no se involucra con cuestiones del significado, porque éstas afectan a las normas generales en su aplicación concreta y su vía de solución es la interpretación. Todos los problemas que pueden derivarse de la vaguedad, la ambigüedad o de la textura abierta son solventados a partir de la interpretación o del recurso a definiciones legales.⁵¹

El Derecho Penal Garantista, únicamente permite la analogía *in bonam partem*, pues lo considera como un mecanismo posible de integración del Derecho penal, cuya función principal es la de enmendar las inconsistencias de índole valorativa que se presentan con las lagunas axiológicas; es decir, sólo podrán crearse causas de justificación, causas de exculpación y atenuantes; rechazando a la analogía *in malam partem*.

Existe un claro predominio del fin de reducir el *ius puniendi* lo que justifica que ciertos casos de analogía *in bonam partem* no supongan una separación de la ley que merezca reproches, pese a ir en contra de la decisión del legislador. Con todo,

⁵¹ Alchourrón/Bulygin. *Introducción*. Pág. 62.



este proceso creativo que tiene lugar con la analogía no puede identificarse con la arbitrariedad.⁵²

3.3 Analogía e interpretación extensiva: prevalencia del principio de legalidad

En la interpretación de la ley penal, el principio de legalidad conlleva confusiones metodológicas que mezclan los planos de la interpretación y la integración del Derecho, prevaleciendo las referencias a la prohibición de integrar lagunas a partir de la analogía, vedando determinadas formas de interpretación y exigiendo que ciertas normas sean interpretadas de una concreta manera.

Ciertas interpretaciones suponen una infracción del principio de legalidad y, en definitiva, una transgresión a la Constitución Política; se veda a los tribunales determinadas formas de interpretación, pues este ejercicio mental, no debe suponer un franco apartamiento de las concepciones defendidas por la comunidad científica. Lo contrario supondría introducir en la argumentación criterios extravagantes que imposibilitarían toda capacidad de previsión del comportamiento de los tribunales.

El principio de legalidad opera además en un tercer nivel estableciendo las competencias y los límites de la actividad jurisdiccional; dado que el juez no se encuentra habilitado a recurrir a cualquier mecanismo de integración que le permita

⁵² Cfr. Mir Puig. *Introducción*. Págs. 317-318; Noll, *Übergesetzliche*, pp. 6-7, tomando como principal anclaje de la diferenciación a los criterios de justicia; NAVARRO, *Casos difíciles*, en AAVV, *Las lagunas en el Derecho*, p. 96; Salguero. *Argumentación*. Pág. 100



salvar las inconsistencias axiológicas que pueda presentar el conjunto de normas que conforman el sistema, reconociendo que el recurso a los principios jurídicos, argumento a contrario y la analogía *in bonan partem* son algunos de los medios posibles de integración del Derecho Penal.

Siendo la taxatividad, una exigencia jurídica moderna, en cuanto fuente de legitimación de las normas jurídicas vigentes y, por otra parte, de las válidas; es constitutivo del moderno derecho positivo y al mismo tiempo del moderno Estado de Derecho; en cuanto principio de reconocimiento de las propias normas como empíricamente dadas o positivas, es constitutivo de la moderna ciencia del derecho como disciplina empírica o positiva, a la que sirve para determinar y al mismo tiempo circunscribir su objeto.

Como fuente jurídica de legitimación, el principio de legalidad representa un postulado jurídico del iuspositivismo sobre el que descansa la función garantista del derecho frente al arbitrio. La legalidad como fuente formal de la vigencia de las normas jurídicas, es una garantía de certeza y por tanto, de libertad frente a los poderes.

La estructura de las normas penales se compone de la descripción de la conducta punible y de la sanción penal, pese a ello, en el Derecho Penal, la inmunidad del ciudadano frente a las intervenciones arbitrarias, que es el derecho específico sobre el que se funda su legitimación sustancial, está garantizada precisamente por la estricta legalidad, es decir, por la sujeción del Juez solamente



a la ley, que al mismo tiempo asegura la máxima legitimación formal; y eso deriva del nexo existente entre la verdad procesal condicionada a la estricta legalidad, la taxatividad de los supuestos típicos y la libertad del inocente frente al arbitrio.

Por grande que fuera el casuismo el legislador nunca podría comprender la rica variedad de hechos que ofrece la realidad, las figuras delictivas se forman por ello en virtud de un proceso de abstracción a partir de los hechos reales. La descripción de las figuras ha de ser lo suficientemente concreta para que queden satisfechas las exigencias de la seguridad jurídica, es decir, que esté debidamente precisada la conducta.⁵³

El legislador utiliza diversas técnicas para la formulación de la norma penal:

- a. Leyes penales concretas: La conducta está debidamente determinada y en el mismo precepto se contiene la sanción penal correspondiente, cumpliendo con el principio de legalidad, al haber sido formuladas por el poder legislativo y al cumplir con las exigencias de la seguridad jurídica.
- b. Las normas penales incompletas: La conducta está debidamente determinada, pero la sanción penal se encuentra en otro artículo, para su integración debemos remitirnos a otro artículo contenido en la misma ley.

⁵³ *Ibíd.* Pág. 169.



Estas normas cumplen con el principio de legalidad, al haber sido formuladas por el poder legislativo y al cumplir con las exigencias de la seguridad jurídica.

- c. Leyes penales en blanco: La conducta está contenida en un artículo y para conocer la sanción, se remite a otro artículo contenido en una ley distinta. Estas normas cumplen con el principio de legalidad, siempre y cuando estén tanto la ley penal como la ley de remisión formuladas por el poder legislativo.
- d. Los tipos penales abiertos: La descripción de la conducta es indeterminada, demasiado amplia, vaga o difusa, al grado que no permite reconocer que características ha de tener la conducta punible. Los tipos penales abiertos violan el principio de legalidad, toda vez que, al no ser lo suficientemente concreta la descripción de la conducta, no satisfacen las exigencias de la seguridad jurídica.

La exigencia de concreción se refiere no sólo a la descripción de las conductas, sino también a la fijación de las sanciones penales, un margen de pena excesivamente amplio es incompatible con el principio de legalidad.⁵⁴

Mientras se encuentre una persona detenida por delito o falta, debe velarse por la perfecta aplicación de la ley, encuadrando la acción cometida por el acusado estrictamente en la norma penal utilizada o atribuida, prohibiéndose desde cualquier

⁵⁴ J. F. De Mata Vela y H. A. de León Velasco. Ob. Cit. Pág. 79



punto de vista la utilización de la analogía o la interpretación extensiva, en tanto no beneficie al reo; pues ante las leyes penales indeterminadas debe prevalecer el principio de legalidad.

Es preciso distinguir la analogía de la interpretación extensiva. En la interpretación extensiva se aplica una ley a un hecho que no está claramente comprendido en su tenor literal, pero si en su espíritu o voluntad. En la analogía, la ley se aplica a hechos que no están comprendidos ni en su letra ni en su voluntad, pero son semejantes.⁵⁵

La interpretación es la búsqueda del significado del texto legal que se halla dentro de su sentido literal posible, la analogía supone la aplicación de la ley a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros si comprendidos en el texto legal.

Se interpreta extensivamente el derecho cuando se extiende el significado de un término jurídico o de una locución jurídica más allá de las letras de la ley. Se aplica analógicamente el derecho cuando se utiliza una norma jurídica para resolver un caso que se reconoce como excluido de su campo de aplicación, y esto, no es distinto de elaborar una norma nueva. Una cosa es decidir cuál es el significado de una disposición y otra, construir una disposición inexistente.

⁵⁵ *Ibíd.* Pág. 86.



La analogía *in bonam partem* es uno de los escasos métodos al que puede recurrir el juez, legitimado por el principio de legalidad, para la integración del Derecho penal y que permite salvar determinados tipos de inconsistencias axiológicas del sistema normativo.⁵⁶

La doctrina jurídico-penal, establece de una manera contundente, el límite que separa a la analogía de la interpretación, entendiendo que, el tenor literal delimita el universo de casos al que el legislador asignará una determinada consecuencia jurídica. La tarea del juez quedará, en principio, reducida a interpretar la norma y a partir de ella determinar si los casos individuales que se le presentan son una especie comprendida dentro de la generalización del enunciado fáctico de la norma.

El garantismo penal proclama por la separación entre el ser y el deber ser, por tanto, no debe confundirse la justicia con el derecho, la validez con la vigencia y la efectividad con la validez.

3.4 Interpretación internacional: principio "pro persona"

La interpretación y aplicación de los derechos humanos protegidos por los instrumentos internacionales, debe realizarse bajo el principio, pro persona, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con la

⁵⁶ En cambio, Kudlich/Christensen en ARSP (2007) 93, p. 128, parecen mostrarse favorables a renunciar a la distinción entre interpretación e integración del Derecho, considerando más adecuado distinguir entre decisiones legítimas y decisiones ilegítimas.



Declaración Universal de los Derechos Humanos, y con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, instrumentos internacionales que han sido interpretados y aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio de su competencia consultiva y contenciosa.

El artículo cuarenta y seis de la Constitución Política de la República de Guatemala, prevé la preeminencia del Derecho Internacional, estableciendo el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. Al ratificar Guatemala, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se comprometió a que las disposiciones de su derecho interno, así como las disposiciones constitucionales y convencionales, siempre han de interpretarse en forma extensiva a favor de los seres humanos.

El derecho de la libertad, es un derecho humano fundamental consagrado tanto en el artículo cuatro de la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo siete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales más. La libertad, es uno de los derechos que ha sido más ampliamente conocido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el examen de esta clase de vulneraciones a la libertad personal, ha estado a menudo vinculado a contextos de violencia generalizada y de violaciones graves a los derechos humanos; pero junto a este tipo de casos que lamentablemente persisten, la Corte Interamericana ha conocido, con más frecuencia en los últimos años de privaciones de libertad que se desarrollan dentro



de un proceso penal, a menudo bajo la cobertura de la legislación interna pero sin cumplir las exigencias sustantivas o adjetivas de la Convención.

Los criterios sentados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la prisión provisional o preventiva indican que la forma en que la legislación interna afecta el derecho de libertad es característicamente negativa, cuando permite que se restrinja, siendo la libertad siempre la regla general, y la limitación o restricción siempre la excepción.

El derecho a la libertad personal admite restricciones, que deben ajustarse a los artículos treinta y treinta y dos punto dos de la Convención Americana, en este sentido, el artículo siete punto dos, de la convención establece, como principio que nadie puede ser privado de su libertad física, pero a continuación deja a salvo la posibilidad de adoptar injerencias en este derecho: *"Por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas"*. Esto implica una remisión a la facultad de los Estados partes de dictar normas que contemplen supuestos de privación de la libertad, pero tal remisión no es indeterminada, sino contiene ciertos parámetros ya que, además de la necesidad de que tales normas estén contenidas en la Constitución o en leyes cónsonas con ellas, exige que las mismas precisen las causas y las condiciones en las cuales la privación de libertad puede ordenarse.

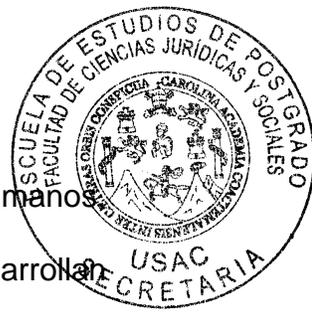


Al referirse no sólo a la base legal de la privación de libertad, sino también a la conformidad de las leyes correspondientes con la Constitución, puede afirmarse que esta conformidad es un presupuesto de la legalidad, este requerimiento pasa directamente a ser de carácter convencional y los órganos del sistema interamericano deben velar estrictamente por su cumplimiento. Por ello, cualquier requisito, establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que cualquier privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.

Las reglas básicas de interpretación de los derechos humanos son las siguientes:

- a) Los Principios Pro Cives, favor libertatis o favor pro homine; de conformidad con los cuales en caso de duda, sobre que norma que regula o reconoce derechos humanos debe aplicarse ya sea de derecho constitucional, o de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, debe preferirse aquella que mejor proteja a la persona, y que le permita gozar de una mejor manera, su derecho, en una aplicación coherente con los valores y principios que conforman la base de todo ordenamiento jurídico.

Ello significa, que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, regla interpretativa nominada



como cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos según la cual, en caso de conflicto, entre distintas normas que desarrollan tales derechos, el intérprete debe preferir aquella norma que sea más favorable a la protección de estos derechos.

- b) El principio de retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos; el cual consiste en que el Juez nacional, debe aplicar aquella norma que sea más favorable y protectora para el ser humano, sin importar si la misma proviene del derecho interno o del derecho internacional de los derechos humanos.
- c) El principio de la eficacia directa o autoejecutividad de los derechos humanos, implica que éstos tienen aplicación directa, sin que la falta o defectuosa regulación de los derechos contenida en normas ordinarias deba servir de excusa para la plena vigencia de estos.
- d) El principio de interpretación teleológica o finalista, por el que toda interpretación de normas de derechos humanos debe interpretarse por el fin último que dichas normas persiguen, el cual consiste en la protección más efectiva de los derechos.
- e) Las normas que limiten o restringen el goce o ejercicio de los derechos humanos, siempre deben aplicarse en sentido restrictivo, no pueden aplicarse analógicamente limitaciones de derechos a otros derechos, ni



tampoco deben extenderse o ampliarse las limitaciones más allá de lo expresamente autorizado.

El artículo sesenta punto cinco de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, indica que el sentido corriente de los términos de un tratado debe relacionarse con su contexto, objeto y fin. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁷ ha considerado que el sentido corriente de los términos, no puede ser una regla por sí misma, sino que debe involucrarse dentro del contexto, y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado, y que los términos de un tratado internacional de derechos humanos, tienen sentido autónomo, por lo que no pueden equipararse al sentido que se les atribuye en el derecho interno.

El profesor brasileño Antônio Augusto Cançado Trindade, expresó que:

Los órganos internacionales de protección de los derechos humanos han desarrollado una interpretación teleológica como la más apropiada para asegurar una protección eficaz de dichos derechos, enfatizando, el fin y objeto de la convención, sin separarse de las reglas generales de interpretación contenidas en la Convención de Viena, se basa en la interpretación del efecto útil, según el cual deben asegurarse los efectos propios de las disposiciones convencionales, que incluyen las obligaciones objetivas que consagra y el sentido autónomo de sus conceptos, en donde

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tigni. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Disponible en www.cidh.com.



los postulados clásicos de interpretaciones se ajustan a las exigencias modernas de la realidad de los derechos humanos; consistiendo una garantía colectiva subyacente, en donde tal interpretación tiene primacía sobre restricciones adicionales emanadas del Estado individual.⁵⁸

En la sentencia T-345/96 de la Corte Constitucional de Colombia, se resolvió lo siguiente:

... se impone por lo tanto, adoptar la interpretación que tome en cuenta el espíritu y finalidad de la norma y que sea más favorable para la efectividad del derecho fundamental. No son pocos los casos en que el Juez, primer garante del debido proceso, sin proponérselo conscientemente, patrocina situaciones de absoluta indefensión de los sindicatos y condenados, al prohiar interpretaciones que perjudican la libertad del sindicato”.

Deben obviarse los obstáculos o criterios que impiden o destruyan el goce efectivo de los derechos humanos, como el de libertad personal, y debe optarse por la inaplicación de la norma ordinaria que pretenda tal limitación. La formulación y alcance de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales siempre han de interpretarse de la manera más extensiva posible a favor de los

⁵⁸ A. A. Cançado Trindade. *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano*. Memoria del seminario el sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, Tomo I, 2ª. Edición. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2003, disponible (en red) en <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Semin1.pdf>.

seres humanos, y las restricciones a los mismos siempre debe realizarse en una manera restrictiva.



No puede interpretarse un tratado sobre derechos humanos para permitir al Estado, a un grupo o a una persona, el desarrollo de actividades o la realización de actos tendientes a la supresión, limitación o exclusión de cualquiera de los derechos y libertades que se proclamen en el tratado, o en las internas del Estado en cuestión, que sean inherentes del ser humano, o que se deriven de la forma democrática de gobierno.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asentado los siguientes criterios⁵⁹:

- a) Si a una situación le son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.
- b) Si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual dicho Estado sea parte otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, el Estado deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/8 de 13 de noviembre de 1985. Disponible en www.cidh.com. Fuente



- c) Si a una misma situación son aplicables la Convención y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, tampoco podrán traerse restricciones existentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ella reconoce.

En síntesis, la interpretación de las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Constitución Política de la República de Guatemala y demás leyes ordinarias, debe realizarse en observancia del principio pro persona, que impone interpretar las normas que refieran derechos fundamentales la obligación de acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer los derechos protegidos, es decir, realizar la interpretación de la norma, de la forma más favorable para la persona que es la destinataria de la protección; desde otra perspectiva, entre dos interpretaciones, una de las cuales reduce las posibilidades del derecho, mientras que la otra contribuye a potenciarlo, ha de preferirse la que permite el goce efectivo y el ejercicio cabal del derecho fundamental, sobre aquella que lo anula o restringe.

El derecho, como vida objetivada que es, está en constante evolución y cambio, la posición jerárquica de los valores vigentes en una sociedad se modifican paulatinamente, a veces de forma imperceptible, los bienes jurídicos tutelados y



el contenido de las normas y principios que contienen el derecho, también sufran cambios, expresando esas modificaciones en cambios legislativos o en desarrollos jurisprudenciales, para que esas variaciones legislativas o judiciales procedan jurídicamente debe entenderse que las interpretaciones y normas previas constituían el punto de partida, es decir, el contenido mínimo de los derechos, y que esta nueva norma o interpretación supere o proteja más eficazmente los derechos humanos. En casos contrarios, podrían impugnarse por las vías legales respectivas, para lograr la derogación de la ley, o el reencauce de la interpretación judicial.

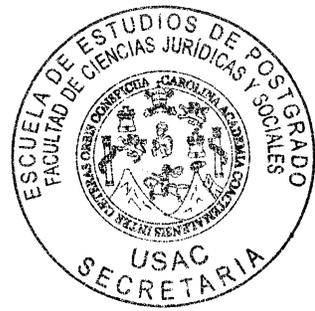
Un tribunal internacional de derechos humanos no puede perderse en tecnicismo o prácticas propias de tribunales nacionales, especialmente del ramo penal; no puede intentar frenar su propia jurisprudencia, pues se actúa en un dominio de protección que no admite retroceso, ni puede jamás permitirse bajar los estándares internacionales de protección, especialmente cuando los justiciables se encuentran en una posición de agrante vulnerabilidad.⁶⁰

El juez de garantías que interpreta restrictivamente aplicando el principio pro persona, entiende que el delito de homicidio y violación agravada no se encuentran dentro del catálogo de delitos que tienen prohibición para ser beneficiados con la

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Juez Cançado Trindade, en su Voto Razonado a la Sentencia de 29 de marzo de 2006 en el Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya. Disponible en www.cidh.com.

aplicación de una medida de coerción diferente a la prisión preventiva, dando a primacía al derecho fundamental de libertad personal del ciudadano procesado.







CAPÍTULO IV

El papel del juez en el sistema garantista

Existen espacios de encuentro entre la autoridad y el ciudadano, en los que convergen poder y libertad, en donde la autoridad puede utilizar todo el poder que le inviste, pero nunca podrá sobrepasar la garantía de la legalidad penal, caso contrario significaría un retroceso del desempeño punitivo de un Estado.

El garantismo penal proclama por la separación entre el ser y el deber ser, por tanto, no debe confundirse la justicia con el derecho, la validez con la vigencia y la efectividad con la validez, en este sistema, se le da primacía al individuo.

El garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobretodo de deslegitimación interna del derecho penal, que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión crítica hacia el contenido y la aplicación de las leyes vigentes. La perspectiva garantista invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter ideal de sus propias fuentes de legitimación jurídica.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto su mirada en la tutela de los derechos y libertades de las personas, negando la erosión del derecho penal liberal por obra de las corrientes antidemocráticas que esgrimen la seguridad pública o la seguridad nacional como argumento del autoritarismo; siendo



conscientes que el proceso penal es el mejor campo de pruebas de la eficacia de los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico.

El derecho vigente no coincide con el derecho válido, el garantismo del derecho penal y procesal penal, parte de la distinción de la vigencia de las normas tanto de su validez como de su efectividad, esencial para comprender la estructura normativa del Estado de Derecho, caracterizado: a) Por la pertenencia de las normas vigentes a niveles diversos y jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior y como fáctico en relación con el superior; b) Por la incorporación a las normas superiores de obligaciones y prohibiciones que disciplinan la producción de las normas inferiores y cuya observancia es condición de la efectividad de las primeras y de la invalidez de las segundas; c) Por las antinomias producidas por las violaciones de las normas superiores por parte de las inferiores y por la simultánea vigencia de unas aun cuando inefectivas, y de las otras, no obstante su invalidez; d) Por la consiguiente ilegitimidad jurídica que en alguna medida afecta siempre a los poderes normativos legislativo y judicial y que es tanto mayor cuanto más amplia pero inefectiva resulte la incorporación limitativa de los deberes a los niveles más altos del ordenamiento.⁶¹

El positivismo crítico, cuestiona dos postulados del positivismo dogmático: La fidelidad del Juez a la ley y la función meramente descriptiva y avalorativa del jurista en relación con el derecho positivo vigente. Para que la previsión de un hecho como

⁶¹ L. Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Pág. 872.



delito por parte de una ley sea suficiente para que el Juez lo considere como tal, en un Estado de Derecho, es necesario que la ley sea, además de vigente, también válida, es decir, conforme a sus normas superiores, tanto en el orden formal como sustancial.

No se puede enmendar la inadecuada técnica legislativa, fundamentándose en una interpretación que, si bien es cierto, pudiere atender al sentido más obvio de las palabras de la ley, el hacerlo, perjudicaría a la persona cuya libertad está en juego, prevaleciendo según el sistema garantista del derecho, el principio de legalidad y específicamente la característica fundamental de la taxatividad de la norma; sólo entonces, se estaría frente a una aplicación válida del derecho.

4.1 La independencia de la función jurisdiccional

La separación de los poderes del Estado, plasmada en la Constitución Política de la República de Guatemala, describe las atribuciones, organización y funciones que debe de cumplir el organismo legislativo, ejecutivo y judicial. El sistema de pesos y contrapesos de poderes característica fundamental de un Estado de Derecho libre, democrático e independiente, proclama la vigilancia entre unos y otros, y constituye el obstáculo que impide a uno de ellos tener el poder absoluto de la nación.

La independencia que distingue al Organismo Judicial, específicamente en cuanto al sistema penal guatemalteco, está inspirado por principios que se



desarrollan a lo largo del Proceso Penal; en primer plano el principio de independencia judicial, el cual tiene su sustento en el postulado constitucional que establece que los jueces y magistrados son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución Política de la República y a las leyes; así mismo, en segundo plano, se encuentra el principio constitucional de inocencia, el cual considera inocente a toda persona mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.

El juez tiene un papel importante, por ser la persona que por mandato constitucional debe impartir justicia, de tal forma que en el artículo doscientos tres, de la Constitución Política de la República de Guatemala, se prevé lo siguiente:

La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros órganos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieren para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución Política de la República de Guatemala y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Procesal Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.



Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.”

El artículo séptimo del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; prevé:

Independencia e imparcialidad. El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes, solo sometidos a la Constitución y a la Ley. La ejecución penal estará a cargo de jueces de ejecución.

Las normas constitucionales son las que regulan la división y el equilibrio de los poderes del Estado, la división de poderes no debe de interpretarse en el sentido de que se postule a tres poderes soberanos, si no a tres funciones o actividades en que se manifiesta el poder público del Estado, que es uno e indivisible.

La calificación de los poderes del Estado como Legislativo, Ejecutivo, y Judicial, deriva de la índole jurídica de los actos o autoridad en que se traduce, o sea de los resultados de su ejercicio. Se trata, por ende, del poder legislativo si el objeto de su imperio consiste en la creación de normas de derecho abstracto, generales e impersonales; el poder ejecutivo si los actos autoritarios en que se revela estriban en la aplicación concreta, particular o personal de tales normas, sin resolver o dirimir



ningún conflicto jurídico y en lo que se refiere al poder judicial cuando se decide una controversia o contienda de derecho mediante la citada aplicación, produciéndose un acto jurisdiccional.

El poder judicial, en relación a su actividad de administrar justicia y su independencia, lo que persigue es que los vaivenes de los criterios políticos o de las valoraciones utilitarias no afecten o supriman el ejercicio de los derechos y la efectividad de las garantías en su proyección a la propiedad, al honor, a la libertad y a la integridad de los habitantes guatemaltecos, siendo esa independencia la base fundamental para asegurar la imparcialidad del tribunal en el cumplimiento de la función jurisdiccional.

El Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución treinta y cuatro diagonal ciento sesenta y nueve, el diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, refiere, en su artículo uno que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, cumplirán en todo momento los deberes que les impone esa misma ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.

La pretensión de legalidad convierte en ilegalidad a toda resistencia y a toda revuelta contra la injusticia y la antijuridicidad, dado que la protección efectiva y eficaz de los derechos fundamentales del individuo, la preservación de la dignidad

humana, el respeto a los valores que se hallan en el fundamento de aquellos confieren legitimidad a la ley.



Los derechos humanos operan en el contexto de los derechos de los Estados democráticos, como criterios últimos de validez del derecho. Toda la justicia reposa en los principios éticos de carácter fundamental que fijan al derecho su verdadero sentido. La independencia judicial pretende facilitar las condiciones para el acceso a la justicia, como un derecho humano fundamental, que coadyuva a la consolidación del Estado de derecho, en el cual la independencia de los jueces garantiza eficazmente los derechos de los ciudadanos que se vean afectados por los posibles desbordes o excesos en el ejercicio del poder.

Guatemala ha ratificado convenios y tratados internacionales de derechos humanos que reconocen los principios básicos que debe de regir un sistema de justicia independiente e imparcial, entre ellos: los Principios Básicos relativos a la Independencia Judicial adoptados por el séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, la Convención Americana sobre Derechos humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de los que se deriva el compromiso de dotar al Juez de las mayores garantías para su independencia, no por ser un derecho o prerrogativa exclusiva del funcionario, si no por constituirse en un derecho humano fundamental de todas las personas que acudan ante los tribunales de justicia.



El principio de independencia judicial:

Debe ser entendido como una institución jurídica consistente en la ausencia de todo tipo de subordinación jurídica del juez... No hay jueces independientes y sentencias firmes porque lo decide el derecho positivo, sino que el derecho positivo existe como derecho, en la medida en que existen tales jueces y son posibles tales sentencias.⁶²

En la administración de justicia no tiene aplicación el principio de obediencia jerárquica, todo juez es independiente, aun frente a sus superiores. Cuando de administrar justicia se trata, cada juez, en el caso concreto, encarna la jurisdicción y competencia en forma absoluta, garantía que no se ve disminuida por el reconocimiento de la facultad de las partes de recurrir a lo resuelto, pues la actuación del superior debe ser vista como una garantía y no como una expresión de la autoridad jerárquica.⁶³

Los jueces son independientes y deben acatar en primer lugar la Constitución, y luego las leyes, si existiere negación de éstas últimas con la norma suprema, debe prevalecer la primera, pues es la base del ordenamiento jurídico del Estado; si no se respeta, sino que se utiliza de manera conveniente a las políticas del momento, sencillamente, Guatemala, no es un verdadero Estado de Derecho; sino un territorio, a la merced de las pasiones de sus gobernantes.

⁶² J. L. Requejo Pagés. *El Triunfo del Constitucionalismo y la Crisis de la Normatividad*. España. 2010. Pág. 79.

⁶³ *Ibíd.* Pág. 100.



4.2 Intromisión del poder legislativo en la función judicial

El Poder Legislativo, ha pasado el límite de las funciones que son de su competencia, y se ha inmiscuido de manera abusiva en la función judicial. En un Estado de Derecho cada uno de los poderes tiene limitado el ejercicio de sus funciones, y la garantía de un Estado de Derecho, es precisamente que se respete cada poder y no se salga del margen de su ejercicio.

Evidencia de intromisión legislativa, es el artículo Doscientos cincuenta y cinco Bis del Código Penal; Decreto diecisiete guion setenta y tres, del Congreso de la República de Guatemala; que prevé como consecuencia jurídica del delito, la imposición de una pena única, que no respeta el margen de mínimos y máximos, sino simplemente ordena al Juez cual es la sanción fija para la persona responsable. En igual abrogación de competencias el cuarto y quinto párrafo del artículo doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; en dónde la norma ordena al juez de garantías que debe de dictar Auto de Prisión Preventiva, en determinados tipos penales.

Constitucionalmente la decisión sobre la imposición de medidas sustitutivas o de prisión preventiva le corresponde al Juez de Garantías, quien deberá examinar en cada caso concreto la existencia de los presupuestos de peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad y resolver con independencia

cuando se impone de manera extraordinaria la medida coercitiva de la prisión preventiva.



La función del juez en todo el proceso penal es de juzgar y resolver conforme a derecho, apegado en primer lugar a la Constitución, y luego a la ley, y no ser un simple operador de justicia, que tiene que obedecer las decisiones legislativas. Se viola la Constitución Política de la República de Guatemala, cuando el juez tiene que resolver ordenando la prisión preventiva, aunque su percepción diga todo lo contrario, no se respeta el derecho a la libertad del imputado ni la presunción de inocencia.

Los jueces tienen preparación académica, son capacitados para tomar decisiones, en los casos que conocen, no resulta constitucionalmente aceptable que el Poder Legislativo, en forma abstracta decida lo que debe resolver un juez, sin conocer el caso concreto; menos aún, un Juez de Garantías, quienes tienen que observar sí y sólo sí, que cada una de sus actuaciones están apegadas a la Constitución Política de la República de Guatemala.

La independencia judicial, el derecho a ser tratado como inocente, el derecho a un juicio previo y el derecho a la libertad, no pueden ser violados, solo por una decisión legislativa, es voz populi, que la Corte de Constitucionalidad debe declarar inconstitucional el cuarto y quinto párrafo del artículo Doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; por vulnerar el principio de separación de

poderes, el derecho de exclusividad del ejercicio de la función judicial, el principio de legalidad, el principio de inocencia entre otros.



No existe argumento o fundamento válido, para que el Poder Legislativo deba tomar la decisión de ordenar prisión preventiva. No es válido que los Jueces de garantía y la propia Corte de Constitucionalidad, amparen que el legislador al momento de crear dicho decreto lo hizo con la finalidad de crear una protección de la violencia a la ciudadanía, vulnerando principios del Proceso Penal, mismos que son considerados como el espíritu de la norma y que los encontramos regulados tanto en la Constitución como en el Código Procesal Penal; Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala.

El Dr. César Barrientos Pellecer, dejó plasmado en sus obras:

El proceso y las penas sólo funcionan si se llevan a juicio los delincuentes y se presentan pruebas de los hechos criminales atribuidos. Si ello no ocurre, de nada valen los arrebatos legislativos que imponen desmedidas penas y endurecen el Proceso Penal. Para lo único que sirven estas medidas es para sacrificar el procesamiento, el principio de inocencia y llenar las cárceles de pobres, pues los que tienen influencias se siguen beneficiando de privilegios. La caprichosa emisión de normas legales, el uso de medios de fuerza y demagogia son utilizados para fortalecer el control de poderes policiales y su



actuación al margen de los derechos humanos. No pocos países caen en la tentación de recurrir a las medidas represivas.⁶⁴

En Guatemala los niveles de inseguridad son muy altos y existe una gran desconfianza en el sistema judicial, existen altos niveles de corrupción en el sistema de justicia y de ello se basaron los legisladores para crear la reforma al artículo doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; pero los legisladores no pueden tratar de evitar esos aspectos con normas de ese tipo, pues estarían dictando leyes de acuerdo al momento en que se dan las situaciones, muchas veces lo hacen solo con el objeto de agradar a la población.

Esta norma surge por la creencia del Congreso de la República de que mientras más delitos tengan prohibición de gozar de una posible medida sustitutiva a la prisión preventiva, mejor se combatirá a la delincuencia; razonamiento erróneo, porque no es la privación de libertad y las penas desproporcionales, las formas de evitar los hechos de violencia, sino son las condiciones sociales, culturales, económicas de la población lo que la propicia.

Los legisladores, al ser personas preparadas para la loable labor que desempeñan, no deben ceder a la presión social para enfrentar la criminalidad, deben defender su conocimiento sobre el derecho penal y respetar los mandatos

⁶⁴ Barrientos. *Los poderes judiciales talón de Aquiles de la democracia*. 1996.



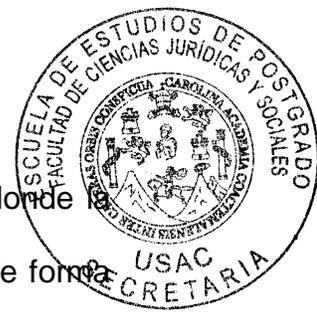
constitucionales; los cuales, nunca deben ser sacrificados por el deseo de quedar bien; pues ese supuesto, no justifica el no acertado proceder. La formación de programas políticos nacionales serios para enfrentar el crimen y la impunidad, van más allá de una legislación de emergencia que desvanezca y minusvalore las garantías constitucionales de que goza el ciudadano sometido a un proceso penal.

El sacrificio de principios como el debido proceso, presunción de inocencia, defensa, respeto a la dignidad humana, si bien, pueden llevar cierta tranquilidad a las calles, genera poderes discrecionales que amenazan la seguridad y los derechos humanos en general y producen condiciones favorables al abuso de poder, que generan arbitrariedad y se tornan ilegalmente represivos.

4.3 El juez de garantías: un escudo contra la arbitrariedad

En la Apología de Sócrates, el filósofo no expresa ningún obsequio moral a la ley, no hace acto alguno de sumisión, ni menos aún apología de la obediencia, sino que, por el contrario, acepta la muerte y rechaza provocativamente la fuga, para que la condena que se le impone a él, hombre justo por excelencia, perdure como condena y crítica práctica de la injusticia de las leyes y de los jueces que las aplican.

Años más tarde, Norberto Bobbio, se pregunta: ¿Existe la obligación de obedecer leyes injustas? Respondiendo mediante la útil distinción de dos versiones ideológicas: La tesis moral según la cual es moralmente obligatorio obedecer las leyes sólo porque son válidas; y la tesis moderna que Bobbio prefiere, que asocia



al derecho no como un valor final, sino como un valor instrumental; en donde la obediencia a las leyes estaría prescrita por una norma moral o política, de forma condicionada a su coherencia con otras normas morales de valor superior.

¿Quién está obligado a obedecer las leyes? ¿Es concebible un ordenamiento en el que ha nadie incumbe la obligación política, además de jurídica, de obedecer las leyes independientemente de sus personales valoraciones morales? Esta obligación deberá incumbir a los jueces, a los funcionarios del Estado que se hayan investidos precisamente de la función pública de aplicar las leyes; sujeción a la ley que debe ser de contenido garantista con el juramento de fidelidad a la Constitución prestado en la toma de posesión de sus cargos.

La Corte Interamericana ha sostenido que un Estado que en un Estado democrático la ley no es simplemente un mandato de la autoridad adoptado conforme a los procedimientos formales regulares, se exige mucho más: cierto contenido y determinada finalidad. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en donde las leyes y la Constitución misma sólo son válidas y democráticas si reconocen y garantizan los derechos humanos; pues hay expresiones notables del reproche a la ley formalmente válida y materialmente injusta, en donde el derecho ha de ceder ante la justicia.



Las normas dictadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico y su validez jurídica cuando son extremadamente injustas.⁶⁵ La

Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que la emisión de una Ley contraria a las obligaciones contraídas por los Estados al ratificar la Convención Americana constituye una violación a ésta. El cumplimiento de esa ley por parte de agentes o funcionarios trae consigo responsabilidad internacional para el Estado, independientemente de la responsabilidad criminal en que pudieran incurrir sus ejecutores.

El Juez de Garantías, funcionario nombrado para ejercer una revisión sustancial de las actuaciones penales que involucran derechos fundamentales de los ciudadanos sometidos a un proceso penal; de allí su papel de garante y con ello una función eminentemente constitucional. Labor que sin lugar a dudas pretende dotar de legitimidad la persecución penal en tanto busca la salvaguarda de los derechos y libertades de la parte más vulnerable en la relación punitiva, haciendo de ellos, verdaderos límites, siendo un escudo contra la arbitrariedad.

La obligación de obediencia a las leyes vale para el Juez, más aún, para el Juez de Garantías, sólo en relación con las leyes válidas además de vigentes, pues tiene el poder de denunciar la inconstitucionalidad de las leyes o, cuando menos, de interpretarlas en sentido constitucional.

⁶⁵ Alexy. *Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad*. Pág. 269.



Al Juez de garantías le corresponde la función de: Cómo se debe decidir, que se debe y que no se debe decidir; y para ello necesita distinguir entre legitimidad formal y legitimidad sustancial, o sea, entre condiciones formales y condiciones sustanciales impuestas al válido ejercicio del poder, lo cual resulta esencial para aclarar la naturaleza de la relación entre democracia política y Estado de Derecho.

La violación a las reglas de legitimidad formal o condiciones formales es causa de inexistencia o de falta de vigencia; mientras que la violación a las reglas de legitimidad sustancial o condiciones sustanciales es causa de invalidez de las normas producidas.

Es precisamente la característica estructural del Estado de Derecho respecto al mero estado legal, la posible divergencia entre validez y vigencia, o sea, la existencia de normas vigentes pero inválidas por ser conformes a las reglas del primer tipo, pero no a las del segundo.

Los principios y garantías constitucionales del proceso penal, son los valores y postulados esenciales que lo guían y determinan su funcionalidad como instrumento del Estado para imponer las consecuencias jurídicas derivadas de actos tipificados en la ley como delitos o faltas, convirtiéndose en criterios orientadores de los sujetos procesales, constituyendo elementos valiosos de interpretación, que facilitan la comprensión del espíritu y los propósitos de la jurisdicción penal, pues el Estado de Derecho, es el sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales.



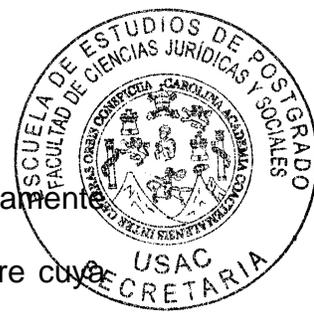
La obligación del Juez de aplicar las leyes vigentes, es un postulado teórico de positivismo que va desde Bentham a Kelsen; tesis no verdadera, pues cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez no existe ni siquiera para los jueces una obligación jurídica de aplicarlas.⁶⁶ ¿Qué quiere decir que una ley exista o esté vigente? Significa sólo que está contenida en un texto legislativo no anulado y por consiguiente podría ser aplicada mediante decisiones válidas respecto a ella, significando que la misma pueda también no ser aplicada cuando el Juez la considere inválida.

Los jueces tienen el poder de interpretar las leyes y de suspender su aplicación si las consideran inválidas por contrastar con la Constitución, no se puede decir en rigor, que tengan la obligación jurídica de aplicarlas.⁶⁷ Que una ley se haya aplicado siempre sólo quiere decir que es efectiva y no que también es válida, dado que la validez y la invalidez son calificaciones jurídicas del todo independientes del hecho de la aplicación. La invalidez no está sujeta a prescripción, sino que puede ser alegada y declarada en cualquier momento; y la validez no se da nunca por descontada de una vez por todas.

Es tarea científica del jurista y más aún del Juez de Garantías, valorar la validez o la invalidez de las normas conforme a parámetros tanto formales como sustanciales establecidos por las normas jurídicas de rango superior.

⁶⁶ L. Ferrajoli. *Derecho y Razón*. 872.

⁶⁷ S. Senese. *Crisi della giustizia o crisi della democrazia*, en Mondoperaio, 1984. Pág. 26-28.



Para referir de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en sentido meramente potestativo, debe hacerse sólo respecto a las leyes constitucionales, sobre cuya base el Juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar y eventualmente censurar las leyes ordinarias vigentes.⁶⁸

En ese orden de ideas, los parámetros de la ley para dictar una prisión preventiva no deben fundamentarse respecto a la figura o tipo penal, siendo que la prohibición de otorgar medidas sustitutivas, contradice el principio de discrecionalidad del artículo trece Constitucional que prevé como una facultad no como obligación del juez de garantías, dictar auto de prisión preventiva, pues constitucionalmente el juez debe dictar la prisión preventiva si una vez cumplidos los presupuestos de la existencia del delito y motivos racionales suficientes para considerar que la persona ha participado en el hecho, no interesando de que delito se trata sino el caso en particular; sí y sólo sí, se demostrara fehacientemente la existencia del peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad.

Se debe considerar que la libertad es para una persona el elemento máspreciado y es la regla general y que la excepción sería la prisión, ignorar esto es trazar un camino incorrecto, para llegar a una meta, la averiguación de la verdad; atendiendo a que el fin justifica los medios. El juzgador debe tomar en cuenta que la persona que está siendo sindicada merece un trato como inocente y que al

⁶⁸ L. Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Pág. 876.



dictarle una prisión preventiva lo está etiquetando y con ello afecta su desenvolvimiento en la sociedad, en sus relaciones laborales y aun familiares.

El Juez de Garantías en su función de autoridad, debe promover siempre la realización de la justicia en observancia suprema de las garantías constitucionales, entre ellas, el principio de legalidad, y más que garantías, debe considerar las prohibiciones expresas que ostentan sus posibles actuaciones, por ejemplo, realizar una interpretación extensiva en perjuicio del sindicato, aunque el significado de los términos resulte obvio para los concedores del derecho.

Es necesario entender la magnitud e importancia de la función asignada al Juez, con función de control de garantías y lo necesaria que resulta su labor, teniendo presente que gracias al respeto de las garantías y de los derechos y principios constitucionalmente establecidos, se pueden deslegitimar los poderes, invalidar sus acciones o sus omisiones, obligarlos a las prestaciones que les corresponden y hacer prevalecer el Estado Derecho con un ordenamiento jurídico adecuado y válido formal y sustancialmente.

Mientras se encuentren en juego derechos fundamentales, como la libertad, es necesaria la intervención del Juez de Garantías, resultando ilegítimo despojarlo de su noble tarea, bajo el miope argumento de que su intervención desborda las facultades que la ley le otorga, cuando sus potestades están precisamente determinadas por su naturaleza de garante de los derechos fundamentales y



emanan de la Constitución. Su labor, está enfocada primordialmente a la tutela de la parte más débil de la relación procesal penal, como lo es el imputado.

4.4 De la vulneración al principio de legalidad y utilización de la interpretación extensiva por los jueces de garantías

La audiencia de primera declaración, en la que se decide si existen motivos racionales suficientes para creer que una persona ha participado en un hecho delictivo y por tanto se liga a proceso penal, en la que se discute la medida de coerción de dicha persona, y el plazo razonable de investigación; es la oportunidad para aplicar y reclamar en el proceso penal un mayor garantismo, exigiendo por tanto, que quienes realicen la valiente labor de Juez de Garantías, tengan una percepción adecuada de los perfiles de su función, de la calidad del poder que ejercen y con ello de su importancia y de la carga de legitimidad que significa para el Estado, optar en todo momento por la protección de los derechos fundamentales.

El legislador no es un ser perfecto, si en su imperfección, transgrede garantías en la elaboración de normas, aunque éstas fueren vigentes serían injustas, inválidas, censurables y sancionables política y jurídicamente. Ante una incorrecta labor legislativa, el Juez de Garantías al momento de aplicar la norma debe ceñirse más que a ella misma, a la Constitución Política que funcionará como el filtro que justificará su aplicación o inaplicación, en un caso determinado.



El principio de legalidad, específicamente con su elemento de taxatividad de la ley, exige del legislador la cuidadosa labor de creación de normas que orienten la decisión del Juez de manera clara y precisa, y al incumplir con ello, o cuando los términos no coincidan, el Juez de Garantías tiene prohibición expresa de hacer coincidir los mismos, bajo cualquier tipo de argumento, si de dicha coincidencia se perjudicará la libertad de una persona.

Ante la existencia de un ejercicio abusivo de la potestad punitiva del Estado, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en abundante jurisprudencia ha establecido que en un Estado de Derecho *"los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado"*, pero adquieren especial importancia cuando se ejerce el poder punitivo de éste sobre los gobernados.

Las descripciones imprecisas o incompletas del supuesto de hecho contravienen las exigencias del principio de legalidad y de seguridad jurídica, dado que una tipificación inadecuada puede conducir a los mismos resultados que la ausencia de tipificación.

El Juez que aplica la ley penal debe atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta y apreciar la rigurosa adecuación de la conducta del inculpado al tipo penal; el descuido del juzgador conduce a la penalización judicial de actos que no son punibles legalmente. Es por ello que, debe existir un control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales, para la protección más amplia de los derechos

fundamentales. Siendo que si son aplicables dos disposiciones distintas a una misma situación debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.



El juzgamiento como manifestación del ejercicio del poder público, como injerencia del Estado en el ámbito de los derechos y libertades individuales, se halla sujeto a la ley, en donde impera la regla de legalidad en la que deberían sustentarse cualesquiera expresiones de autoridad y fuerza. El fin justifica los medios debe cambiarse por la legitimidad de los medios empleados justifica y acredita el fin alcanzado, pues la función primordial del Estado es salvaguardar los derechos humanos en todas las circunstancias.

Los límites al ejercicio de la autoridad se aplican a las medidas cautelares. Puesto que se trata de restricciones a derechos, es preciso atenerse a los principios que gobiernan el sistema general de restricciones, a saber: fin legítimo, estipulación en la ley, necesidad, racionalidad, proporcionalidad, provisionalidad.

El derecho de libertad, es esencial para el ser humano, el artículo cuatro de la Constitución Política de la República de Guatemala, prevé el derecho de libertad e igualdad personal, el ordenamiento jurídico internacional regula el derecho de libertad como derecho innato de la persona, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su preámbulo dice: *“Todos los hombres nacen libres...”*; en su artículo uno reconoce el derecho que tiene todo ser humano a la libertad; los mismos principios han sido reconocidos tanto en los preámbulos como en las disposiciones de la Declaración Universal de los



Derechos Humanos; así también en los artículos uno, dos, tres y ocho del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos uno, seis y siete entre otros, es entonces, un derecho fundamental que debe ser cuidado celosamente por el Estado, en el cumplimiento de su obligación con los ciudadanos.

El artículo doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; contempla un catálogo de delitos a los cuales prohíbe al juzgador conceder algún tipo de medida sustitutiva a la prisión preventiva; es decir, una persona ligada a proceso por algún delito incluido en ese catálogo, si y sólo si, deberá permanecer en prisión preventiva mientras se realiza la investigación en su contra.

Dentro de este catálogo de delitos se prevén el "homicidio doloso" y la "violación agravada"; cuando el Juez de Garantías, considera que no es posible discutir la imposición de medidas sustitutivas a una persona procesada por el delito de homicidio o por el delito de violación con agravación de la pena, por tener prohibición expresa, vulnera el principio de legalidad, debido a que el sindicado fue ligado a proceso penal por el delito de Homicidio y no por la figura de Homicidio doloso, o bien fue ligado por el Delito de Violación con agravación de la pena no por la figura de violación agravada; en el segundo caso vale la pena mencionar que lo correcto es ligar a proceso penal por el delito de violación y que es hasta el momento de la imposición de la pena que se discuten las circunstancias agravantes del tipo penal,

sin embargo, en la práctica judicial, desde la primera audiencia se emite auto de procesamiento por el delito de violación con agravación de la pena.



Cuando el Juez de Garantías considera que los delitos de homicidio y violación con agravación de la pena están incluidos dentro del catálogo de delitos a los cuales el legislador extralimitándose de sus atribuciones, prohibió les sea otorgada una medida sustitutiva a la prisión preventiva, de manera flagrante está violando el principio de legalidad constitucionalmente establecido y con ello se aparta de la defensa de las garantías del proceso.

Ahora bien, dentro de los tipos penales regulados en el Código Penal, Decreto diecisiete guion setenta y tres, del Congreso de la República de Guatemala; existen taxativamente, entre otros, el delito de Homicidio, el delito de Homicidio Preterintencional, el delito de Homicidio en Estado de Emoción Violenta y el delito de Homicidio Culposo, por lo cual, interpretado a contrario sensu debe entenderse que a diferencia del delito de Homicidio Culposo, en el delito de Homicidio existe dolo de muerte y, por ende, debe entenderse que se trata del delito de Homicidio Doloso que prevé el artículo Doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; para prohibir de manera expresa conceder medidas sustitutivas. El artículo Ciento veintitrés del Código Penal, Decreto diecisiete guion setenta y tres, del Congreso de la República de Guatemala; al denominar simplemente Homicidio, no convierte al tipo penal en delito culposo o en cualquier otro de su tipo que no sea doloso, a esa conclusión se llega teniendo los

conocimientos científicos necesarios y realizando una interpretación extensiva. Sin embargo, dicha operación intelectual está terminantemente prohibida por el principio de legalidad y por el propio artículo catorce del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala.

La Constitución Política de la República de Guatemala, prevé en su artículo Diecisiete: "No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración". Este artículo establece que la ley, es la única fuente del derecho penal.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha referido que sólo a través de la certeza jurídica propia del Estado de Derecho se obtiene la seguridad política de los ciudadanos:

... En el orden penal el principio de legalidad tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima nullum crimen, nulla poena sine lege como una lucha por el Derecho. Opera como opuesto al ius incertum, por lo que, además de su significación en el orden jurídico penal, la máxima alcanzó jerarquía constitucional. De ahí que el constitucionalismo moderno lo incluya en el cuadro de los derechos humanos... En parecidos términos se expresa en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos "Nadie puede ser





condenado por acciones u omisiones que en el momento no fueran delictivos según el derecho aplicable". El principio postula que solamente la ley es fuente formal del Derecho Penal, por lo que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado...⁶⁹

El significado esencial del principio de legalidad se concreta en el mandato de taxatividad, el cual constituye una condición imprescindible de la seguridad jurídica. Resulta imposible entonces, extender analógicamente los tipos penales así como es insuficiente que exista una ley previa a la comisión del hecho, sino que se requiere que sea estricta, que se encuentren en ella taxativamente determinadas conductas sancionables.

Se vulnera el principio de legalidad, en aquellas resoluciones en las cuales el Juez de Garantías equipara dos tipos penales distintos: homicidio y homicidio doloso; resulta injusto que dos figuras distintas sean consideradas como idénticas; pues cualquier ciudadano común al leer "homicidio" y "homicidio doloso", se dará cuenta de forma sencilla que no se trata de lo mismo; ahora bien, los concedores del derecho podrían realizar una labor interpretativa y concluir que se trata del mismo tipo penal, pero al hacer esto se está violando el principio de legalidad y taxatividad de la ley y se estaría interpretando de manera extensiva y en perjuicio del sindicado; y en materia penal este ejercicio mental, está

⁶⁹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Gaceta No. I, expediente No. 12-86, página No. 9, sentencia 17-09-86).



totalmente prohibido. El mismo argumento se utilizará en el caso del tipo penal de Violación con agravación de la pena.

Puede argumentarse que la utilización de esta interpretación sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever, con suficiente seguridad la conclusión del ejercicio de interpretación; sin embargo, debe prevalecer que está prohibido por el principio pro persona, que fruto de ese ejercicio interpretativo se vaya a perjudicar al ciudadano que está siendo procesado. El artículo nueve de la Convención Americana obliga a los Estados a definir las acciones u omisiones delictivas en forma clara y precisa; lo contrario generaría graves consecuencias en contra de la persona y sus derechos.

El segundo párrafo del artículo catorce del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; prevé: "Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades".

1º. Las disposiciones que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente: El Diccionario de la Real Academia Española define: a) Interpretar: Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de su texto; y b) Restrictivo: Algo que restringe, limita o acorta. Es decir, que la interpretación restrictiva respeta el

mandato de taxatividad del principio de legalidad, limita al o a los juzgadores en el significado que las letras de la ley, desean expresar, siempre que favorezca al reo, pues antepone el derecho de la libertad de la persona a cualquier otro.



2º. En materia penal, la interpretación extensiva queda prohibida, mientras no favorezca la libertad o el ejercicio de sus facultades: El diccionario de la Real Academia Española define: a) Interpretar: Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de su texto; y b) Extensivo: Algo que se puede comunicar o aplicar a más cosas. Es decir, que en materia penal se debe respetar el principio de legalidad y de Lex Certa y Scripta, si por alguna indeterminación del legislador hay algo que no se encuentra claro, se debe aplicar el "Principio Indubio Pro Reo", pues en materia penal, el juzgador nunca debe interpretar de modo extensivo si va a perjudicar al sindicado, ya que lo tiene prohibido, con más razón si tiene en una balanza el derecho constitucional de libertad personal.

Y aun cuando se desee argumentar que el equiparar los delitos de homicidio y homicidio doloso y violación agravada y violación con agravación de la pena, se realiza una interpretación restrictiva pues únicamente se está analizando el sentido más cercano a la letra de la ley, ello tampoco es permitido, porque por muy obvio que resulte tal significado para los conocedores del derecho, se debe abstener de tal operación interpretativa por resultar perjudicial para la persona sometida a proceso penal.



Constituye un grave error considerar el acto interpretativo como un puro silogismo en donde la premisa mayor y la premisa menor del hecho delictivo, conllevan a la conclusión de que dos tipos penales con nombres distintos están comprendidos dentro de la prohibición expresa del otorgamiento de una medida sustitutiva a la prisión preventiva.

Se debe imponer un límite a la interpretación, situándola dentro de la perspectiva de garantía individual y de contención del poder punitivo, pues cuando se realiza una interpretación extensiva o bien, restrictiva, en perjuicio del procesado, se evidencia el pensamiento de English, al definir la interpretación como *"aquella forma de interpretación que extiende el poder del Estado a costa de la libertad del individuo"*.

3º. En materia penal, la analogía queda prohibida, mientras no favorezca la libertad o el ejercicio de sus facultades: El Código Penal, Decreto diecisiete guion setenta y tres, del Congreso de la República de Guatemala; en su artículo siete, prohíbe la analogía, basándose en el principio de *lex stricta* para la creación de delitos y penas, es decir, la aplicación de la ley a casos similares a los en ella contemplados, pero no idénticos, y en perjuicio del autor del hecho; y el segundo párrafo del artículo catorce del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; prohíbe la analogía, mientras no favorezca la libertad. Se entiende con ello, que la exclusión de la analogía en el campo del Derecho Penal, y por tanto su diferencia con otras ramas del ordenamiento jurídico, se justifica en el hecho de que tal prohibición

aparece vinculada al significado político liberal del principio de legalidad y es un claro límite al poder estatal y a la arbitrariedad.



La analogía vulnera dos principios básicos del Derecho penal: el de legalidad, porque supone la creación de nuevos delitos, habida cuenta que lo análogo no es lo idéntico; y el de irretroactividad, en el sentido que el Juez al cumplir la operación analógica lo hace con posterioridad a la realización del hecho, no pudiendo tal circunstancia ser prevista por el reo. En tal virtud, decía Beccaria que *"no hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala lógica de un Juez, de su buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviere con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre"*.⁷⁰

Podría materializarse el supuesto en el cual por medio de la analogía *in malam partem*, se considerara que el tipo penal de homicidio doloso o de violación agravada se encuentran contenidos en la ley sustantiva penal, pero con esas letras específicas no se encuentra tipificada ninguna conducta, por lo tanto, análogamente se estaría concluyendo que el delito de homicidio contenido en el artículo ciento veintitrés de dicha norma sustantiva, es similar aunque no idéntico

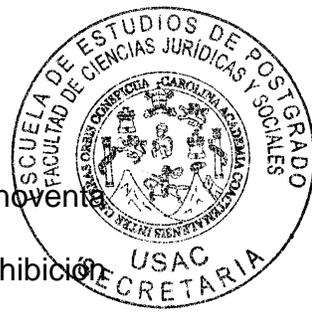
⁷⁰ C. Beccaria. 1993. *De los Delitos y de las Penas*. (trad. De las Casas y notas de Delval). Madrid. Pág. 210.



al contenido en el Doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; haciendo extensivos los efectos prohibitivos establecidos en la ley adjetiva penal, realizando una operación analógica en perjuicio del sindicado, lo cual está totalmente prohibido.

En conclusión, no se deben validar decisiones o actividades procesales en las cuales hay vulneraciones o alteraciones de derechos garantizados por la Constitución, resultando nulas las resoluciones fundamentadas en tal violación de garantías. La Constitución Política de la República de Guatemala desde su concepción está previendo que el imputado sea sometido a un proceso penal en el cual se resguarden todos los derechos que le corresponden desde la imputación hasta el momento en donde se motiva auto de prisión o se concede medida sustitutiva, concediéndole el uso de los recursos que la ley pone a su alcance para que las resoluciones judiciales puedan ser revisadas por un órgano superior.

Al vulnerar el principio de legalidad se incumple con el debido proceso, cuando una norma quebranta las garantías constitucionales desacredita el trabajo que se ha hecho sobre el sistema penal garantista. Cuando los jueces de garantías interpretan de manera extensiva y en perjuicio del sindicado, que el delito de homicidio y la figura de homicidio doloso, son lo mismo, violan el derecho constitucional de libertad, inobservan el principio de legalidad y taxatividad de la ley, así como la prohibición de la analogía *in malam partem*, infringiendo los artículos cuatro y diecisiete de la Constitución Política de la República de Guatemala y el



artículo catorce del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; transgrediendo la prohibición expresa de realizar una interpretación extensiva de las normas penales siempre que su fin sea restringir la libertad personal o alguna de sus facultades.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha manifestado al respecto:

Esta Corte ha sostenido que la Constitución privilegia siempre la libertad del imputado, lo que se traduce en que, de ser factible el aseguramiento de los resultados del proceso mediante otros instrumentos menos gravosos para aquél, son estos los que deben ser aplicados, situación que incide en la naturaleza subsidiaria de la prisión.

De esa cuenta, el ordenamiento procesal penal regula determinadas medidas sustitutivas de la prisión preventiva, disponiendo en los artículos 264 y 264 Bis del Código Procesal Penal que estas habrán de ser aplicadas siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por su medio. Es así como se comprenden, entre otras, el arresto domiciliario, ciertas prohibiciones al imputado y la caución económica, medidas que, restringiendo otros derechos de aquél, tienden a asegurar, por igual, el resultado del proceso.

Cabe añadir que tal regulación resulta acorde con el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: 'La prisión



preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo'.⁷¹

En la sentencia anterior, se evidencia la importancia del derecho fundamental de la libertad personal y la excepcionalidad de la prisión preventiva; por lo que la persona ligada a proceso penal por el delito de Homicidio o Violación tiene derecho a demostrar que no es necesaria, su permanencia en prisión preventiva durante esta fase del proceso.

En los Estados de Derecho existe una pesada viscosidad del poder ilegítimo y de los vicios que marcan su ejercicio: antinomias o violaciones consistentes en acciones que permanecen mientras no son resueltas mediante la anulación de las normas indebidamente vigentes. Los derechos fundamentales son personalísimos e indivisibles, su falta o su injusta privación en perjuicio de cualquier persona viola el valor de la persona y por consiguiente de todas las personas. Su lesión es siempre un factor de crisis en la vida del ordenamiento.

⁷¹ Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala. Sentencia del seis de junio de dos mil trece, dictada dentro de los expedientes acumulados quinientos noventa y cinco y seiscientos nueve - dos mil trece, [595 y 609-2013]).



CAPÍTULO V



Consecuencias de la vulneración al principio de legalidad y utilización de la interpretación extensiva por los jueces de garantía

Las consecuencias de la vulneración al principio de legalidad y utilización de la interpretación extensiva por los jueces de garantía, es la excesiva imposición de la prisión preventiva como medida de coerción, provocando hacinamiento carcelario que trae como resultado el descontrol del sistema penitenciario y el fracaso en el cumplimiento de los fines para los que fue creado.

La respuesta estatal ante la criminalidad debe ser categórica, debe regular toda actividad ilícita, sin perder de vista la orientación política filosófica de la Constitución. El Código Penal, Decreto diecisiete guion setenta y tres, del Congreso de la República de Guatemala; y el Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; datan ya de muchos años, su estructura y contenido están fundamentados en una ideología que es totalmente incompatible con los postulados constitucionales e internacionales; no responde a los estándares de protección de las garantías del ciudadano procesado.

Imponer la prisión preventiva como regla general para dos figuras delictivas que no figuran taxativamente dentro de las leyes penales, hace concluir que la orientación de política criminal que subyace en la actualidad es de corte autoritaria, totalmente incompatible con los valores democráticos.



En el ámbito internacional: Los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: en el Principio IV, refiere:

Nadie podrá ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones establecidas con anterioridad por el derecho interno, toda vez que sean compatibles con las normas del derecho internacional de los derechos humanos. (...) Las órdenes y resoluciones judiciales o administrativas susceptibles de afectar, limitar o restringir derechos y garantías de las personas privadas de libertad, deberán ser compatibles con el derecho interno e internacional.

Siendo así que, no resulta compatible con las normas del derecho internacional vulnerar el principio de legalidad y utilizar la interpretación extensiva como justificación para imponer la prisión preventiva como regla general.

5.1 El sistema penitenciario

En los términos del artículo cinco punto dos de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el



Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.⁷²

Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención.⁷³

Las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del artículo cinco de la Convención Americana, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano.

⁷² Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1992, párr. 195; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 20003, párr. 87; Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 684, párr. 78. Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002. Fuente consultada el cuatro de abril de Dos mil diecisiete, a las once horas.

⁷³ Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012.



En el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Guatemala, se sustentaron tres principios básicos⁷⁴:

1.- El principio del trato humano: según el cual, toda persona privada de libertad será tratada con respeto irrestricto de su dignidad y sus derechos fundamentales. Es decir, el hecho de que una persona se encuentre detenida o presa por la razón que sea no implica que deja de ser sujeto de todos aquellos derechos inherentes a cualquier persona por el hecho de serlo y que el Estado está obligado a respetar y garantizar sin discriminación alguna.

2.- El principio de la posición de garante del Estado: El Estado debe ejercer el control efectivo del orden interno de los centros penitenciarios; esto implica en la práctica, el Estado no puede permitir que existan sistemas de “autogobierno” o “gobierno compartido” con los reclusos, en los que se permita que éstos administren aspectos esenciales del orden interno de la prisión, es muy peligroso delegar en los internos funciones tales que impliquen un ejercicio de poder sobre otros internos.

3.- El principio de la compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana: Un sistema penitenciario que funcione adecuadamente

⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala en el año 2017. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2017-es.pdf.

es un mecanismo para reducir los índices de reincidencia, y por lo tanto, tiene un claro carácter preventivo en un esquema general de seguridad ciudadana.



Las acciones de prevención deben contemplar también de manera prioritaria un nivel de prevención primaria, referida a aquellas medidas dirigidas a toda la población, que tienen que ver con los programas de salud pública, educación, empleo y formación para el respeto a los derechos humanos y construcción de ciudadanía democrática; y un nivel de prevención secundaria, que incorpora medidas destinadas a personas o grupos en situación de mayor vulnerabilidad procurando disminuir los factores de riesgo y generar oportunidades sociales.

Las situaciones de las cárceles en Guatemala son alarmantes, en el mes de Junio de Dos mil diecisiete ocurrió un amotinamiento en el sector once del Centro de detención Preventiva de la zona dieciocho que dejó dos muertos y dos heridos. En la cárcel Brigada Mariscal Zavala, el diez de mayo de Dos mil diecisiete, al conocerse la fuga de una reclusa condenada a noventa y cuatro años de prisión por asesinato, la misma que ya se había fugado un año antes del Preventivo Santa Teresa en la zona dieciocho, y en ambas ocasiones logró ser recapturada por la Policía.⁷⁵

A estos acontecimientos se suman internos fallecidos, numerosas incautaciones de objetos ilícitos y extorsiones que se efectúan desde las celdas, un reflejo del

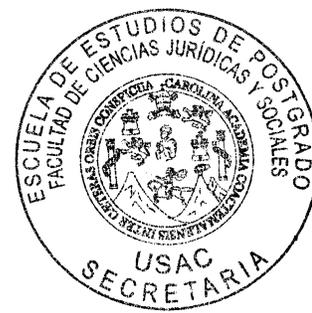
⁷⁵ Corinne Dedik y Walter Menchú. Publicación de fecha diez de julio de Dos mil diecisiete. Información disponible en: www.prensalibre.com/guatemala/justicia/que-hacer-con-nuestras-carceles/

poco control en los centros carcelarios a raíz del abandono histórico de la institución penitenciaria.



Fuente: Foto Prensa Libre: Hemeroteca PL.

Prevenir el delito implica tener control interno para que los reclusos no cometan delitos desde la cárcel. En conclusión, el sistema penitenciario en Guatemala no ha logrado alcanzar los fines por los que fue creado; dado que, las cárceles deberían funcionar como instituciones de prevención del delito y rehabilitación. Prevenir el delito implica tener control interno para que los reclusos no cometan delitos desde la cárcel, pero también implementar programas de rehabilitación a través de trabajo, estudio y programas específicos como de desintoxicación de drogas e intervenciones para cambios de conducta.

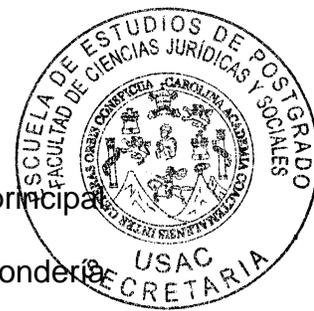


5.2 El hacinamiento carcelario en Guatemala

El hacinamiento carcelario es una realidad que azota hoy, más que nunca, a los sistemas carcelarios latinoamericanos, de los cuales Guatemala no es la excepción. Una y otra vez se reportan eventos violentos en los establecimientos penitenciarios, en los cuales no sólo privados de libertad han sufrido las consecuencias y hasta perdido la vida en estos disturbios, además pueden contarse entre las víctimas funcionarios penitenciarios, y de seguridad.

El efecto del hacinamiento trasciende los eventos violentos, también se plasma en cualquier acto cotidiano, aquello que para cualquier ciudadano podría ser algo tan sencillo como acudir a una cita médica, tener un espacio para dormir, un lugar adecuado para satisfacer necesidades fisiológicas, degustar un segundo plato de comida e inclusive estudiar, para quienes habitan los centros carcelarios, se torna harto dificultoso e inclusive hasta arriesgado; así sin temor a equivocación la vida corre más peligro al interior de prisión que fuera de ella.

La violación a los derechos humanos de las personas privadas de libertad se ha tornado frecuente, pero se considera más grave la apatía de quienes, por mandato constitucional, les corresponde ofrecer soluciones acertadas en procura del resguardo a los derechos de toda la ciudadanía, inclusive las personas privadas de libertad.



Si bien la construcción de más cárceles no debería constituirse en la principal respuesta ante la problemática del hacinamiento carcelario tampoco correspondería desecharla por completo o bien suponerla como la única, sino más bien juntamente procurar respuestas integrales emanadas de todos los sectores que conforman el Estado de Derecho.

El hacinamiento se traduce en un problema de la delincuencia, entre los efectos que puede tener el hacinamiento en los prisioneros es que se vuelven más violentos y agresivos, además de imposibilitar una adecuada clasificación, sin olvidar las condiciones desfavorables que ello implica para su rehabilitación.

Numerosos estudios se han realizado en Guatemala sobre el hacinamiento carcelario, investigadores tanto nacionales como internacionales han evidenciado tal problemática, sin obtener respuesta coherente alguna entre las diversas autoridades del Estado; al contrario, cada vez aumenta el problema en las prisiones.

En abril de Dos mil dieciocho, Corinne Dedick, investigadora del Centro de Investigaciones Económicas Nacionales, afirmó que el hacinamiento carcelario es un problema medular, que impacta en la población reclusa, la sociedad en general y en el mismo Estado; realizó un estudio que resalta el hacinamiento carcelario: en diez años la cantidad de reos pasó de seis mil cuatrocientos veinte (6,420) a veintitrés mil ochocientos noventa y nueve (23,899) un aumento de diecisiete mil cuatrocientos setenta y nueve (17,479) reclusos. Superando en trescientos setenta y dos (372) por ciento la capacidad de los reclusorios, problema que, según el



Cien, ya debería ser tratado a escala interinstitucional; explicó que, en la actualidad del total de reos, el cuarenta y ocho por ciento (48%), es decir, once mil seiscientos treinta y cuatro reclusos (11,634) se encuentra recluido en prisión preventiva y el resto, correspondiente a doce mil doscientos sesenta y cinco (12,265), cumple alguna condena.⁷⁶

El Sistema Penitenciario se encuentra ocupado al triple de su capacidad. La sobrepoblación carcelaria se debe a varios factores:

1. No se construyeron nuevas cárceles a pesar del incremento drástico de la población.
2. Existe alta reincidencia delictiva, se estima que seis de cada diez personas que salen de prisión vuelven a reincidir en la delincuencia por lo que regresan a la cárcel.
3. Los procesos en el sistema judicial son lentos, lo cual ha provocado que la mitad de las personas en las cárceles están en prisión preventiva.

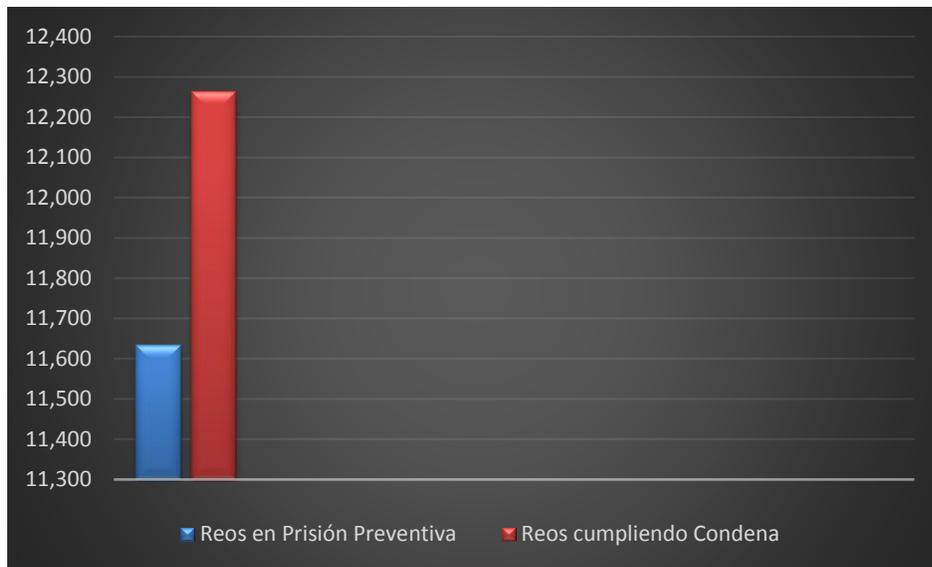
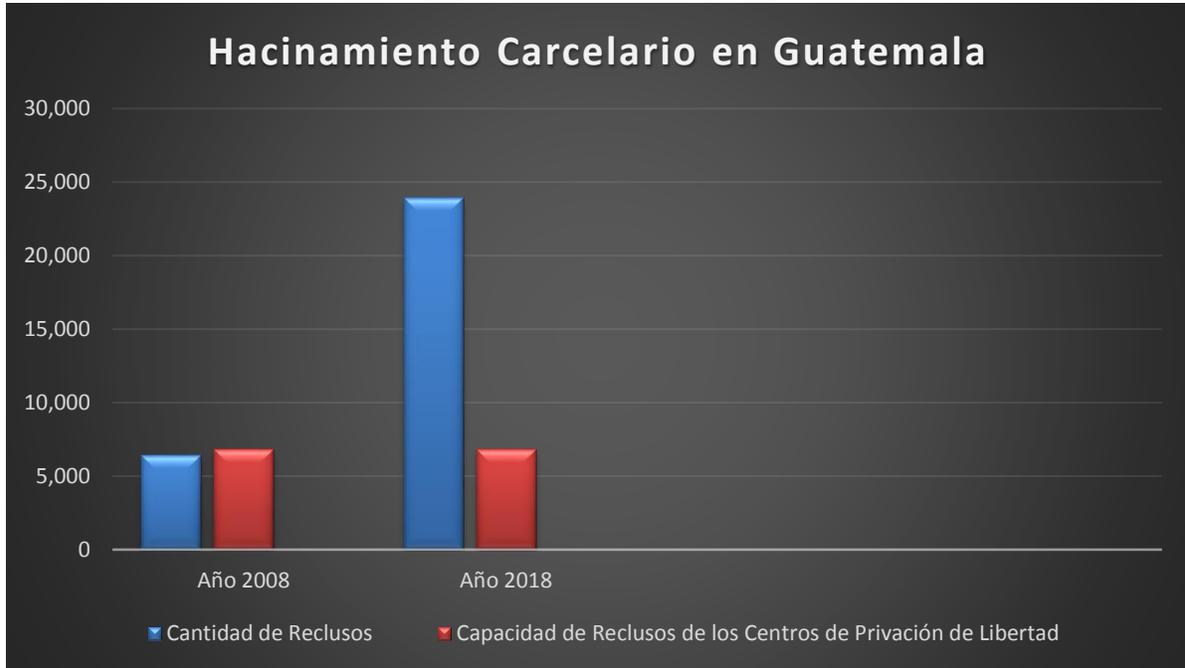
Estos niveles de sobrepoblación dificultan enormemente la labor del Sistema Penitenciario. El personal es insuficiente, lo cual se refleja en la poca presencia de las autoridades en los recintos, lo que a su vez genera espacios con poca supervisión del personal y esto es aprovechado por los presos para tomar el liderazgo. Ante la gran población a atender, la logística penitenciaria se vuelve

⁷⁶ Glenda Sánchez, Prensa Libre, Guatemala. Publicación de fecha veintiséis de abril de Dos mil dieciocho, disponible en: www.prensalibre.com/guatemala/justicia/hacinamiento-en-carceles-es-un-peligro-para-la-seguridad/



sumamente complicada y los servicios básicos y los de rehabilitación son escasos por lo tanto la institución ya no logra garantizar los derechos mínimos ni cumplir con el propósito de rehabilitar a la población reclusa.

Gráficos



Todos esos presidiarios se ubican en las veintiún prisiones del país, que oficialmente cuenta con seis mil ochocientos doce (6,812) espacios de reclusión.



Es urgente, además de la construcción de más cárceles, revisar la normativa penal, con énfasis en la proporcionalidad de las sanciones e implementación de mecanismos alternos a la privación de libertad.

El hacinamiento es una puerta para seguir delinquir, lo cual se demuestra en las constantes notificaciones que el Ministerio Público efectúa en las cárceles. Según datos de la Fiscalía contra las Extorsiones, solo la semana pasada envió notificaciones a cinco reos de Cantel, en Quetzaltenango, señalados por obstrucción extorsiva de tránsito, asociación ilícita y conspiración para cometer asesinato. Los investigadores sospechan que algunos de esos reclusos cometieron los delitos desde esa prisión. Esa misma fiscalía informó que otro reo que guarda prisión en Escuintla enfrenta un nuevo juicio por haber ordenado desde la cárcel extorsiones y más de ciento treinta y nueve asesinatos.

El descontrol del Sistema Penitenciario se evidencia en la falta de un registro unificado. Ello facilitó la salida de siete reos vinculados con el narcotráfico al presentar órdenes de libertad falsas, hecho que fue denunciado por la Fiscalía Especial contra la Impunidad del MP. A esas fugas se suman las de catorce pandilleros que salieron por las puertas principales de dos cárceles de máxima seguridad, en Dos mil dieciséis. También existe el reporte del mismo sistema



penitenciario, en marzo Dos mil dieciocho, cuando en la Granja de Rehabilitación Canadá, en Escuintla, se hallaron mil botellas y latas de bebidas embriagantes escondidas en varios agujeros.⁷⁷

Las políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a la inseguridad ciudadana, se traducen en la existencia de legislación que busca: a) privilegiar la aplicación de la prisión preventiva; b) restringir la posibilidad de aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, y c) imponer mayores requisitos en materia de excarcelación.

Esta política criminal establece causales de procedencia de la prisión preventiva diversas a las tradicionales o cautelares, y responde a criterios punitivos o a manifestaciones del derecho penal de autor, obviando que la prisión preventiva debe justificarse en cada caso concreto; y que las legislaciones que contemplan la aplicación de medidas cautelares con base en el tipo del delito contradicen los principios que rigen la aplicación de la prisión preventiva.

Al respecto, en su jurisprudencia reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó que cuando la vigencia de la norma permite que la base de la detención previa se base únicamente en la imposibilidad de excarcelación durante el proceso y no se determine de acuerdo con la evaluación de indicios de riesgo de

⁷⁷ Glenda Sánchez, Prensa Libre, Guatemala. Publicación de fecha veintiséis de abril de Dos mil dieciocho, disponible en: www.prensalibre.com/guatemala/justicia/hacinamiento-en-carceles-es-un-peligro-para-la-seguridad/

fuga u obstaculización del proceso; la diferencia de trato en la consecuencia de la restricción de la libertad personal, resulta arbitraria, y por tanto, violatoria del principio de igualdad y no discriminación y del derecho a la libertad personal.







CAPÍTULO VI

Estudio de campo

Se realizó estudio de campo presenciando y recopilando audios de audiencias de primera declaración en los Juzgados de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de los departamentos de Suchitepéquez y Quetzaltenango, así como en los Juzgados de Primera Instancia de Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer de los departamentos de Suchitepéquez y Quetzaltenango; en el cuadro siguiente se encuentran los datos que refieren la denominación del Juzgado, el número de expediente, la fecha de la audiencia y la forma de resolver del Juez de Garantías en cada caso.

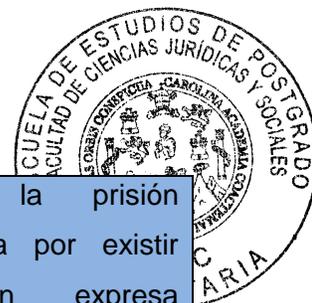
Se estudiaron diecinueve casos que permitieron analizar en la práctica judicial el tema de investigación de la presente tesis y corroborar la hipótesis sustentada en el sentido que por medio del método deductivo, se comprobó que cuando el Juez de Garantías interpreta que los delitos de homicidio y violación con agravación de la pena, tienen prohibición expresa para ser beneficiados con alguna medida sustitutiva a la prisión preventiva, está vulnerando el principio de legalidad y realizando una interpretación extensiva en perjuicio del sindicado, lo cual está totalmente prohibido.



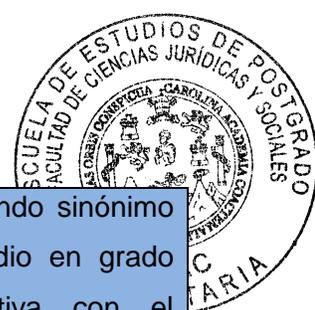
Merece la pena hacer mención de que en únicamente uno de los diecinueve casos estudiados se evidencia que el Juez de Garantías respetó el principio de legalidad e interpretó de manera restrictiva la ley.

6.1 Cuadro de análisis de resultados

No. De Caso de Estudio.	JUZGADO	No. De Expediente y Fecha de Audiencia	Auto de Procesamiento	Medida de Coerción
Caso 1	Juzgado 3ero. De 1ª. Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Quetzaltenango.	09031-2014-01314 03/Diciembre/2014	Se liga a proceso penal por el delito de Homicidio.	Se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo el homicidio con el homicidio doloso. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 2	Juzgado "B" de 1ª. Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Suchitepéquez.	10003-2014-00679 17/Julio/2015	Se liga a proceso penal por el delito de Violación.	Concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción. Analiza que por ser la víctima menor de once años tiene prohibición para beneficiar con alguna medida sustitutiva a la prisión preventiva. Se



				impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 3	Juzgado de 1ª. Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Suchitepéquez.	10003-2015-00510 30/Julio/2015	Se liga a proceso penal por el delito de Homicidio.	No se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo el homicidio con el homicidio doloso. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 4	Juzgado 3ero. De 1ª. Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Quetzaltenango.	09013-2015-00249 13/Agosto/2015	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con Agravación de la Pena.	Se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo la Violación con Agravación de la Pena con la Violación Agravada. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 5	Juzgado de 1ª. Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el	10003-2016-01068 06/Septiembre/2016	Se liga a proceso penal por el delito de Homicidio en grado de tentativa.	Se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción,



	Ambiente de Suchitepéquez.			considerando sinónimo el homicidio en grado de tentativa con el homicidio doloso. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 6	Juzgado "B" De 1ª. Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Suchitepéquez.	10003-2016-00843 01/Febrero/2017	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con Agravación de la Pena en Concurso Real.	No concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo la Violación con Agravación de la Pena con la Violación Agravada. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 7	Juzgado "B" De 1ª. Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Suchitepéquez.	10003-2016-01595 19/Abril/2017	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con Agravación de la Pena en Concurso Real.	No concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo la Violación con Agravación de la Pena con la Violación Agravada. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición



				expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 8	Juzgado "B" De 1ª. Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Suchitepéquez.	10014-2017-01374 11/Julio/2017	Se liga a proceso penal por el delito de Homicidio.	Concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considera sinónimo el homicidio con el homicidio doloso. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 9	Juzgado "B" De 1ª. Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Suchitepéquez.	10003-2017-00076 29/Julio/2017	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con Circunstancias Especiales de Agravación en Concurso Real.	Concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, otorga medidas sustitutivas.
Caso 10	Juzgado De 1ª. Instancia Penal, de los delitos de Femicidio y Otras formas de Violencia contra la Mujer y violencia Sexual de Quetzaltenango.	09051-2016-00278 08/Agosto/2017	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con circunstancias especiales de agravación.	Se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo la Violación con circunstancias especiales de Agravación con la Violación Agravada. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa



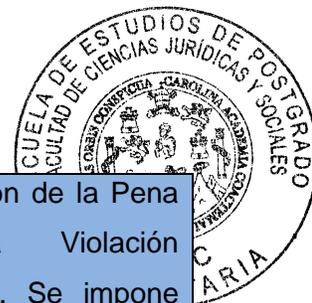
				para otorgar medida sustitutiva.
Caso 11	Juzgado de Turno F De 1ª. Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Quetzaltenango.	09011-2017-01120 17/Agosto/2017	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con Agravación de la Pena con circunstancias especiales de Agravación.	Se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo la Violación con Agravación de la Pena con circunstancias especiales de Agravación con la Violación Agravada. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 12	Juzgado de Primera Instancia de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer del departamento de Suchitepéquez.-	10003-2017-01042 09/Octubre/2018	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con Agravación de la Pena.	Se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo la Violación con Agravación de la Pena con la Violación Agravada. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 13	Juzgado de Primera Instancia de Femicidio y	10003-2017-01757 30/Octubre/2018	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con	Se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir



	otras formas de Violencia contra la Mujer del departamento de Suchitepéquez.-		Agravación de la Pena.	medida de coerción, considerando sinónimo la Violación con Agravación de la Pena con la Violación Agravada. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 14	Juzgado de Primera Instancia de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer del departamento de Suchitepéquez.-	10003-2018-00459 30/Octubre/2018	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con Agravación de la Pena.	Se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo la Violación con Agravación de la Pena con la Violación Agravada. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 15	Juzgado de Primera Instancia de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer del departamento de Suchitepéquez.-	10003-2018-00489 05/Septiembre/2018	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con Agravación de la Pena.	Se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo la Violación con Agravación de la Pena con la Violación Agravada. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición



				expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 16	Juzgado de Primera Instancia de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer del departamento de Suchitepéquez.-	10003-2018-00036 22/Agosto/2018	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con Agravación de la Pena.	Se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo la Violación con Agravación de la Pena con la Violación Agravada. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 17	Juzgado de Primera Instancia de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer del departamento de Suchitepéquez.-	10003-2018-00231 27/Diciembre/2018	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con Agravación de la Pena.	Se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo la Violación con Agravación de la Pena con la Violación Agravada. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 18	Juzgado de Primera Instancia de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer del	10003-2018-00041 24/Enero/2019	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con Agravación de la Pena.	Se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo la Violación con



	departamento de Suchitepéquez.-			Agravación de la Pena con la Violación Agravada. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.
Caso 19	Juzgado de Primera Instancia de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer del departamento de Suchitepéquez.-	10003-2017-00444 12/febrero/2019	Se liga a proceso penal por el delito de Violación con Agravación de la Pena.	Se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, considerando sinónimo la Violación con Agravación de la Pena con la Violación Agravada. Se impone la prisión preventiva por existir prohibición expresa para otorgar medida sustitutiva.

En el caso número uno (1) y en el caso número ocho (8) el auto de procesamiento resolvió ligar a proceso penal al sindicado por el delito de homicidio (Art. 123 CP), en la segunda etapa de la audiencia se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, respetando el principio de contradicción; sin embargo los argumentos resultan insignificantes pues el Juez de Garantías, considera sinónimo el tipo penal de homicidio con la figura de homicidio doloso; y por lo tanto resuelve que dicho delito tiene prohibición expresa por la ley, a la luz del artículo Doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala;



para ser beneficiado con algún tipo de medida sustitutiva e impone la prisión preventiva como regla general. Interpretando como sinónimos los términos "homicidio" y "homicidio doloso". Vulnerando el principio de legalidad y utilizando la interpretación extensiva en perjuicio del sindicado.

En el caso número tres (3), el auto de procesamiento resolvió ligar a proceso penal al sindicado por el delito de homicidio (Art. 123 CP), la segunda etapa de la audiencia no se realiza invocando el principio de celeridad procesal, argumentando que la regla general para este tipo de delito es la imposición de la prisión preventiva como medida de coerción, debido a que tiene prohibición expresa por la ley, a la luz del artículo Doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; para ser beneficiado con algún tipo de medida sustitutiva. Interpretando como sinónimos los términos "homicidio" y "homicidio doloso". Vulnerando además del principio de contradicción, el principio de legalidad y utilizando la interpretación extensiva en perjuicio del sindicado.

En el caso número cinco (5), el auto de procesamiento resolvió ligar a proceso penal al sindicado por el delito de homicidio en grado de tentativa, en la segunda etapa de la audiencia se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción, respetando el principio de contradicción. Sin embargo, los argumentos resultan insignificantes, pues el Juez de Garantías que considera sinónimo el homicidio en grado de tentativa con la figura de homicidio doloso; y por lo tanto resuelve que dicho delito tiene prohibición expresa por la ley, a la luz del



artículo Doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; para ser beneficiado con algún tipo de medida sustitutiva e impone la prisión preventiva como regla general. Interpretando como sinónimos los términos "homicidio en grado de tentativa" y "homicidio doloso". Este caso merece mención especial, pues denota un problema aún mayor que la vulneración del principio de legalidad y la utilización de la interpretación extensiva en perjuicio del sindicado; yendo más allá de estos dos aspectos, trascendiendo a equiparar un delito de resultado consumado y uno en grado de tentativa; es cierto que como medida precautoria se debe proteger a la supuesta víctima, pero es cierto también que existen medidas sustitutivas a la prisión preventiva que prohíben que el procesado tenga contacto con la víctima o con personas cercanas a ella; y con ello se protege su vida e integridad. Utilizar la prohibición contenida en el artículo de estudio como fundamento para dictar auto de prisión preventiva, resulta ser una manera incorrecta de proceder.

En el caso número dos (2), el auto de procesamiento resolvió ligar a proceso penal al sindicado por el delito de violación (Art. 173 CP), en la segunda etapa de la audiencia se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción. Sin embargo, el Juez de Garantías analiza que por ser la víctima menor de once años tiene prohibición para beneficiar con alguna medida sustitutiva a la prisión preventiva, a la luz del artículo Doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; e impone la prisión preventiva. Interpretando como



sinónimos los términos "violación" y "violación agravada". Vulnerando el principio de legalidad y utilizando la interpretación extensiva en perjuicio del sindicado.

En el caso número cuatro (4), el auto de procesamiento resolvió ligar a proceso penal al sindicado por el delito de violación con agravación de la pena (Art. 173 y 174 CP), en la segunda etapa de la audiencia se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción. Sin embargo, el Juez de Garantías resuelve que dicho tipo penal tiene prohibición para beneficiar con alguna medida sustitutiva a la prisión preventiva, a la luz del artículo Doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; e impone la prisión preventiva como regla general. Interpretando como sinónimos los términos "violación con agravación de la pena" y "violación agravada". Vulnerando el principio de legalidad y utilizando la interpretación extensiva en perjuicio del sindicado.

En los casos número seis (6) y siete (7), el auto de procesamiento resolvió ligar a proceso penal al sindicado por el delito de violación con agravación de la pena en concurso real (Art. 173 y 174 CP), la segunda etapa de la audiencia no se realiza invocando el principio de celeridad procesal, argumentando que la regla general para este delito es la imposición de la prisión preventiva como medida de coerción, debido a la prohibición expresa en la ley, a la luz del artículo Doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; para ser beneficiado con algún tipo de medida sustitutiva. Considerando sinónimo la Violación con Agravación de la Pena

en Concurso Real con la Violación Agravada. Vulnerando el principio de contradicción, de legalidad y utilizando la interpretación extensiva en perjuicio del sindicado.



En el caso número nueve (9), el auto de procesamiento resolvió ligar a proceso penal al sindicado por el delito de Violación con Circunstancias Especiales de Agravación en Concurso Real (Art. 173 y 195 Quinquies CP), en la segunda etapa de la audiencia se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción; y el Juez de Garantías otorga medidas sustitutivas a la prisión preventiva. Respetando el principio de legalidad e interpretando de manera restrictiva la ley.

En el caso número diez (10), el auto de procesamiento resolvió ligar a proceso penal al sindicado por el delito de Violación con Circunstancias Especiales de Agravación (Art. 173 y 195 Quinquies CP), en la segunda etapa de la audiencia se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción. Sin embargo, el Juez de Garantías resuelve que dicho tipo penal tiene prohibición para beneficiar con alguna medida sustitutiva a la prisión preventiva, a la luz del artículo Doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; e impone la prisión preventiva como regla general. Interpretando como sinónimos los términos "Violación con Circunstancias Especiales de Agravación " y "violación agravada". Vulnerando el principio de legalidad y utilizando la interpretación extensiva en perjuicio del sindicado.



En el caso número once (11), el auto de procesamiento resolvió ligar a proceso penal al sindicado por el delito de Violación con Agravación de la Pena, con Circunstancias Especiales de Agravación (Art. 173, 174 y 195 Quinquies CP), en la segunda etapa de la audiencia se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción. Sin embargo, el Juez de Garantías resuelve que dicho tipo penal tiene prohibición para beneficiar con alguna medida sustitutiva a la prisión preventiva, a la luz del artículo Doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; e impone la prisión preventiva como regla general. Interpretando como sinónimos los términos "Violación con Agravación de la Pena, con Circunstancias Especiales de Agravación " y "violación agravada". Vulnerando el principio de legalidad y utilizando la interpretación extensiva en perjuicio del sindicado.

Del caso número doce (12) al caso número diecinueve (19), el auto de procesamiento resolvió ligar a proceso penal al sindicado por el delito de violación con agravación de la pena (Art. 173 y 174 CP), en la segunda etapa de la audiencia se concede la palabra a los sujetos procesales para discutir medida de coerción. Sin embargo, el Juez de Garantías resuelve que dicho tipo penal tiene prohibición para beneficiar con alguna medida sustitutiva a la prisión preventiva, a la luz del artículo Doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; e impone la prisión preventiva como regla general. Interpretando como sinónimos los términos "violación con agravación de la pena" y "violación agravada". Vulnerando el principio



de legalidad y utilizando la interpretación extensiva en perjuicio del sindicado. Extremando aún más su resolución en el caso número doce (12), al resolver que, además de la prohibición expresa para el delito de violación agravada, también existe para la violación de menor de doce años; y en el caso número dieciséis (16) se fundamenta que sería contraproducente emitir una resolución que no considerase que existe tal prohibición ante tal delito, porque la Corte Suprema de Justicia es el órgano que revisa sus resoluciones y dicha instancia es del criterio que si existe prohibición expresa; sin indicar el número de expediente ni la fecha de las sentencias de la instancia a la que hace referencia.

Del análisis del estudio de campo realizado se concluye que de los diecinueve casos estudiados, únicamente uno evidencia que el Juez de Garantías respetó el principio de legalidad e interpretó de manera restrictiva la ley. Concluyendo a la luz del método inductivo, jurídico e histórico que los jueces de garantías vulneran el principio de legalidad y realizan una interpretación extensiva de la ley en perjuicio del sindicado, cuando argumentan que el delito de homicidio contenido en el artículo Ciento veintitrés del Código Penal, Decreto diecisiete guion setenta y tres, del Congreso de la República de Guatemala; y el epígrafe de agravación de la pena contenido en el artículo Ciento setenta y cuatro del mismo código, son iguales a las figuras de homicidio doloso y violación agravada contenidas ambas en el artículo doscientos sesenta y cuatro del código Procesal Penal, Decreto cincuenta y uno guion noventa y dos, del Congreso de la República de Guatemala; que establece la medida de coerción de prisión preventiva como regla general a los procesados por dichos delitos.



Es sumamente interesante el análisis del caso número nueve, en el cual, pese a ser un delito de impacto por sus propias circunstancias especiales de agravación, se conceden medidas sustitutivas al procesado; se confirma entonces, que el Juez de Garantías si tiene la independencia y facultad que merece su función para analizar las circunstancias de cada caso concreto; y siempre que sea posible desvanecer la existencia de peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad, resulta factible beneficiar al procesado con el otorgamiento de medidas sustitutivas a la prisión preventiva; o puede ser también una muestra, de las pasiones antojadizas del juzgador que decide caprichosamente y en base a sus pasiones cuando vulnerar o no el principio de legalidad y cuando utilizar o no, una interpretación extensiva en perjuicio del sindicado.

Gráfico de resultados



CONCLUSIONES



En dieciocho de cada diecinueve casos el juez de garantías resuelve que para las personas a las cuales se ha dictado auto de procesamiento por los delitos de homicidio y violación con agravación de la pena; existe prohibición expresa del legislador para concederles alguna medida sustitutiva a la prisión preventiva, vulnerando el principio de legalidad y realizando una interpretación extensiva en perjuicio del ciudadano procesado; y con fundamento en ello en tres de cada diecinueve casos vulnera además el principio de contradicción, al no conceder la palabra a los sujetos procesales para discutir sobre la necesidad o no, de imponer la prisión preventiva como medida de coerción, variando así las formas del proceso penal.

En una de cada diecinueve audiencias el juez de garantías aplica el principio pro-persona en la interpretación y aplicación de la ley, respetando los principios constitucionales y cumpliendo con los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala en materia internacional de Derechos Humanos; demostrando que es viable ejercer su función con total independencia y atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso concreto y al interés de las garantías que invisten al ciudadano sometido a un proceso penal.

La vulneración al principio de legalidad y la utilización de la interpretación extensiva por los jueces de garantías; provoca el hacinamiento carcelario, trayendo descontrol del sistema penitenciario evidenciado un punto débil en la política



criminal del Estado de Guatemala, estadísticamente las cárceles en el país enfrentan una sobrepoblación del cuatrocientos por ciento más de su capacidad, lo que implica un movimiento masivo de utilización de la prisión, proveniente de la oferta de política popular que ofrece más seguridad mediante el aumento de reclusos en las obsoletas prisiones del país.

Las corrientes de política criminal actuales en Guatemala, no son las únicas culpables de la ineficiencia para detener la delincuencia, sin embargo, no se pueden perder las esperanzas en las fuerzas del orden ni en sus acciones; ya que la criminalidad no es sólo un problema que se resuelve con la aplicación del poder punitivo del Estado; pues donde hay delincuencia existen, como fuente y como efecto, severas crisis de economía, cultura y política; se trata de un problema social en el cual, más que medidas de defensa y represión, es necesario retomar la ética humanista.

REFERENCIAS



Alchourrón, Carlos E. 2003. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina. ASTREA.

Bacigalupo, Enrique. 1997. *Principios del derecho penal. Parte General*. España.

Barrena Alcaraz, Adriana E. y otros. 1994. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México.

Barrientos Pellecer, César Ricardo Crisóstomo. 1995. *Derecho Procesal Penal Guatemalteco*. Guatemala. Magna Terra Editores.

Barrientos Pellecer, César Ricardo Crisóstomo. 2014. *Exposición de Motivos del Código Procesal Penal de Guatemala y sus XX Años de Vigencia*. USAID, Organismo Judicial de Guatemala. Editorial Serviprensa.

Barrientos Pellecer, César Ricardo Crisóstomo. 1996. *Los Poderes Judiciales Talón de Aquiles de la Democracia*. Guatemala. Magna Terra Editores.

Barrientos Pellecer, César Ricardo Crisóstomo. 2001. *Poder Judicial y Estado de derecho*. Guatemala. F&G Editores.



Beccaria, Cesare. 1993. *De los Delitos y de las Penas*. (trad. De Las Casas Y Nota Delval). Madrid.

Binder, Alberto. 1993. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad Hoc.

Bobbio, Norberto. 1955. *La Teoría Pura Del Diritto E I Suoi Critici*. 1954. Studi Sulla teoría generale del diritto, Giappichelli. Turín.

Cerezo Mir, Francisco. 2000. *derecho penal*. Madrid, España. Tecnos.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Gaceta No. 27. Expediente No. 364-90. Sentencia de fecha 26-06-97.

Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal. Expedientes acumulados 595-y 609-2013. Sentencia de fecha 06/06/2013.

Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal. Expediente 1004-2014-920. Sentencia de fecha 27-03-2015.

De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. 2013. *derecho penal Guatemalteco, Parte General*. Vigésima tercera edición. Guatemala. Magna Terra Editores.



Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. 1995. *Teoría del Garantismo Penal*. Traducción

Ibañez/ Ruiz Miguel/ Bayón Mohino/Terradillos Basoco/Cantanero Bandrés

Madrid. Editorial Trotta.

Fernando Atria y otros. 2005. *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el*

Derecho y la Función Judicial. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y

Sociales S.A.

Fix-Zamudio, Héctor. 1998. *El Debido Proceso Legal y la Convención Americana*

sobre Derechos Humanos. Secretaría de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos. San José, Costa Rica. Volumen II.

García Figueroa, Alfonso. 2003. *La Teoría del Derecho en Tiempos de*

Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Madrid, España.

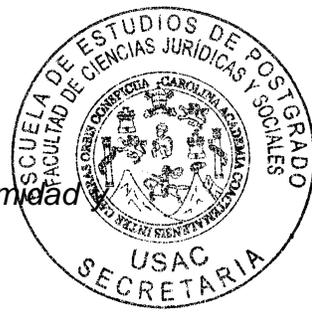
Klatt, Matthias. 2014. *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Jus Publicum*.

Mohr. Siebeck.

Lardizábal Y Uribe, Manuel. 1997. *Discurso sobre las Penas*. Granada, España.

Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción y revisión de

Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona, España. Editorial Ariel S.A.



Legaz Y Lacambra. 1983. Revista de la Universidad Complutense. *Legitimidad Legalidad*. Madrid, España.

Levene, R. 1993. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Ediciones Desalma. Argentina.

Madrazo Mazariegos, Sergio. 2016. *El Principio De Omnipresencia De La Constitución Y Su Aplicación En La Garantía Constitucional Del Debido Proceso*. Tesis doctoral. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala.

Mir Puig, Santiago. 1998. *derecho penal. Parte General*. Barcelona, España. Euros.

Montesquieu. 1821. *Del Espíritu de las Leyes*. Academia Francesa. Traducido por Don.M.V.M. Tomo primero. Madrid, España.

Müller, Friedrich y Ralph Christensen. *Juristische Methodik*. Alemania. Europarecht.

Muñoz Conde, Francisco y García A. Mercedes. 2004. *derecho penal. Parte General*. Valencia, España. Tirant lo Blanch. 6ª. Edición.

Naucke, Wolfgang, "Strafrecht". Eine Einführung. 2000. *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia del positivismo*



relativista y politizado. Traducción Sánchez-Ostiz Gutiérrez, insostenible situación del Derecho penal, Granada, España.

Nino, Carlos Santiago. 2001. *Introducción al análisis del Derecho*. 10^a ed. Barcelona, España.

Novac, Fabían y Mantilla, Julissa. 1996. *Notas sobre el debido proceso en el marco del sistema regional europeo para la protección de los derechos humanos. Las garantías del debido proceso. Materiales de enseñanza*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Estudios Internacionales / Embajada Real de los Países Bajos. Lima, Perú.

Pozzolo, Susana. 2011. *Neoconstitucionalismo Y Positivismo Jurídico*. Perú. Palestra.

Roxin, Claus. 1997. *derecho penal, Parte General, La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Madrid, España. Editorial Civitas.

Salguero, Manuel. 2002. *Argumentación Jurídica por Analogía*. Barcelona, España. Marcial Pons.

Schünemann, Bernd. 1984. *El Sistema Moderno del derecho penal, Cuestiones Fundamentales*. Madrid, España. Tecnos.



Requejo Pagés, Juan Luis. 2010. *El Triunfo del Constitucionalismo y la Crisis de Normatividad*. España.

Tomás Sánchez, José Miguel. 2005. *derecho penal*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España.

Referencias electrónicas

Cançado Trindade, Antônio Augusto. “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano”. Memoria del seminario el sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, Tomo I, 2ª. Edición, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003, disponible (en red) en <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Semin1.pdf>. Fuente consultada el cinco de enero de Dos mil diecisiete, a las seis horas.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala en el año 2017. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2017-es.pdf. Fuente consultada el quince de marzo de Dos mil dieciocho, a las seis horas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Disponible en



www.corteidh.or.cr. Fuente consultada el siete de enero de Dos mil dieciocho, a las trece horas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. juez Cançado Trindade, en su Voto Razonado a la Sentencia de 29 de marzo de 2006 en el Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa. Disponible en www.corteidh.or.cr. Fuente consultada el siete de enero de Dos mil dieciocho, a las trece horas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/8 de 13 de noviembre de 1985. Disponible en www.corteidh.or.cr. Fuente consultada el veintisiete de enero de Dos mil diecisiete, a las ocho horas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 09 de mayo de 1986. Disponible en www.corteidh.or.cr. Fuente consultada el seis de junio de Dos mil diecisiete, a las ocho horas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1992, párr. 195. Disponible en www.corteidh.or.cr. Fuente consultada el cuatro de abril de Dos mil diecisiete, a las once horas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2003, párr. 87. Disponible en



www.corteidh.or.cr. Fuente consultada el cuatro de abril de Dos mil diecisiete a las once horas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 684, párr. 78. Fuente consultada el cuatro de abril de Dos mil diecisiete, a las once horas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002. Disponible en www.corteidh.or.cr. Fuente consultada el cuatro de abril de Dos mil diecisiete, a las once horas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Disponible en www.corteidh.or.cr. Fuente consultada el cuatro de abril de Dos mil diecisiete, a las once horas.

Ferrer, R. en el artículo *“Los principios esenciales del proceso penal y su reflejo constitucional: problemas procesales en caso de suspensión de ciertos derechos”* publicado en la Revista Internauta de Práctica Jurídica. 1999. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1937>. Fuente consultada el treinta de enero de Dos mil dieciocho, a las quince horas.



Artículos de prensa

Corinne Dedik Y Walter Menchú, Prensa Libre, Guatemala. Publicación de fecha diez de julio de Dos mil diecisiete. Información disponible en: [/www.prensalibre.com/guatemala/justicia/que-hacer-con-nuestras-carceles/](http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/que-hacer-con-nuestras-carceles/), consultada el seis de enero de Dos mil diecinueve a las quince horas.

Glenda Sánchez, Prensa Libre, Guatemala. Publicación de fecha veintiséis de abril de Dos mil dieciocho, disponible en: www.prensalibre.com/guatemala/justicia/hacinamiento-en-carceles-es-un-peligro-para-la-seguridad/, consultada el catorce de febrero de Dos mil diecinueve, a las nueve horas.

Leyes

Código Penal de Guatemala. Decreto No. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Penal de Guatemala. Decreto No. 79-97 del Congreso de la República de Guatemala.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. 1969.

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional
Constituyente. 1985.



Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de Naciones
Unidas. 1948.