

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/*EUSKAL HERRIKO*
UNIBERTSITATEA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
ADMINISTRATIVO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO
“LA GLOBALIZACIÓN A EXAMEN: RETOS
Y RESPUESTAS INTERDISCIPLINARES”

eman ta zabal zazu



Universidad Euskal Herriko
del País Vasco Unibertsitatea

TESIS DOCTORAL

**LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO
PENAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL
GUATEMALTECO, A LA LUZ DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

EDGAR ORLANDO RUANO GODOY

Donostia/San Sebastián, 2017

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/*EUSKAL HERRIKO*
UNIBERTSITATEA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
ADMINISTRATIVO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO
“LA GLOBALIZACIÓN A EXAMEN: RETOS
Y RESPUESTAS INTERDISCIPLINARES”

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

**LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO
PENAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL
GUATEMALTECO, A LA LUZ DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

Tesis doctoral presentada por Edgar Orlando Ruano Godoy para obtener el grado de Doctor en Derecho, dirigida por el Prof. Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad del País Vasco.

DEDICATORIA

A Dios, sea la gloria por su amor y misericordia.

A mi esposa Norma Evelyn Arana Rivera, por todo su amor, comprensión y paciencia durante este tiempo.

A mis hijos Edgar Daniel, Evelyn Gabriela y Javier Orlando, como una muestra de mi amor, porque sin su apoyo no hubiera sido posible alcanzar la meta.

A mis padres Pascual Rigoberto Ruano Chilín (Q.E.P.D.) e Irma Esperanza Godoy Pazos, por su incondicional apoyo, eternamente agradecido.

A mis hermanas, cuñadas y sobrinos, con mucho cariño.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	17
INTRODUCCIÓN.....	18

CAPÍTULO I

VINCULACIÓN DEL DERECHO PENAL CON LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. Significación de la Constitución.....	27
2. Trascendencia constitucional.....	30
3. La Constitución como límite al poder público.....	36
3.1 Origen de la Constitución como limitante al poder.....	36
3.2 El poder.....	40
4. Separación de poderes y Constitución escrita.....	46
4.1 Separación de poderes.....	47
4.2 Constitución escrita.....	52
5. De la Constitución liberal a la Constitución protectora del ser humano: Constitucionalismo de Estado relevado por el Constitucionalismo humanista.....	55
6 Relación del Derecho Penal con el Derecho Constitucional.....	59
6.1 Importancia del Derecho Constitucional.....	59
6.2 Constitucionalización del Derecho Penal.....	67
6.3. Estado Democrático de Derecho y Derecho Penal.....	71

6.4. Funciones del Derecho Penal.....	79
6.5. Constitución y Garantismo Penal.....	83
7. Interpretación constitucional y su observancia	
En el Derecho Penal.....	86
7.1 Preámbulo de la importancia interpretativa constitucional.....	87
7.2 Dificultad de la actividad interpretativa.....	89
7.3 Interpretación Constitucional en Guatemala.....	92
8. Principios de interpretación constitucional.....	97
9. Interpretación conforme a la Constitución.....	104
10 El formalismo como objeto de superación de la	
interpretación constitucional.....	111
11 Actividad interpretativa judicial. Vinculación a la	
Constitución y a la ley.....	117
11.1 La función jurisdiccional en la Constitución	
Política de la República.....	118
11.2 Doble vinculación del juzgador: a la ley y a la Constitución.....	126
12 La relación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	
con el Derecho Constitucional y el Derecho Penal.....	129
12.1 Sistema Interamericano de Protección y Promoción	
de los derechos humanos.....	129
12.2 Aplicación del Derecho Internacional en el ámbito	
del Derecho Interno.....	135
12.2.1 El principio de interacción.....	136
12.2.1.1 interacción normativa.....	137
12.2.1.2 interacción jurisdiccional.....	138
13 Sistemas de recepción del Derecho Internacional en el	
Derecho Interno.....	140

13.1 Sistema monista.....	141
13.1.1 Sistemas monistas internos o constitucionalistas e Internacionalista.....	142
13.2 Sistema dualista.....	142
13.3 Conflicto entre normas de derecho interno e internacional.....	143
13.4 Jerarquía de los instrumentos incorporados en el derecho interno.....	144
13.4.1 Rango supraconstitucional.....	145
13.4.2 Rango constitucional.....	145
13.4.3 Rango supralegal.....	146
13.4.4 Rango legal.....	147
13.5 Situación de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno guatemalteco.....	147
13.5.1 Interpretaciones controversiales del artículo 46 Constitucional.....	149

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS JURÍDICOS

1. Preámbulo.....	156
2. Posiciones respecto a la distinción entre ley y derecho.....	157
3. Importancia de los principios jurídicos.....	163
4. ¿Qué son los principios jurídicos?.....	172
5. Naturaleza de los principios jurídicos.....	176
5.1 Circunstancias específicas.....	176
5.2 Distinción entre principios y reglas.....	179
6. Fundamentación de la aplicabilidad de los principios.....	183

7. Función de los principios.....	185
8. Las cláusulas abiertas como medio de aplicación de derechos innominados.....	194
8.1. Los derechos innominados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos	200
9. Diferencia interpretativa entre la aplicación de reglas y principios.....	202
10. La ponderación como método para resolver colisiones entre principios.....	206
10.1 Generalidades.....	206
10.2 Posición contraria a la ponderación: positivismo.....	208
10.3 La utilización de la ponderación en la solución de colisiones entre principios.....	211
10.4 La ponderación aplicada por la Corte de Constitucionalidad.....	215
10.4.1 Caso concreto: Debido proceso y el interés superior del niño (derecho a no ser revictimizado).....	216
10.4.1.1 Antecedentes.....	216
10.4.1.2 Supuesta colisión de derechos en el caso concreto.....	217
10.4.1.3 Solución de la Corte de Constitucionalidad y examen de ponderación.....	217

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL

1. Aspectos relevantes.....	222
------------------------------------	------------

2. Influencia decisiva del Derecho Constitucional.....	223
3. Diversidad denominativa y contenido.....	229
4. Clasificación de los principios informadores.....	230
5. Principios informadores y su función limitadora del <i>ius puniendi</i>.....	232
6. Valoración del <i>ius puniendi</i> por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	240
6.1 El <i>ius puniendi</i> y su conexión con la soberanía estatal.....	240
6.2 El <i>ius puniendi</i> en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	248
6.2.1 Marco General.....	248
6.2.2 Obligación de respeto y deber de garantía.....	252
6.2.3 La Impunidad provocada como resultado de la inobservancia del Estado en el ejercicio del <i>ius puniendi</i>	257
6.2.4 Acotaciones finales del tema de impunidad.....	263
7. Principales manifestaciones delincuenciales en el Derecho Penal Contemporáneo y la utilización del <i>ius puniendi</i>.....	266
7.1 Generalidades.....	266
7.2 Actualidad del <i>ius puniendi</i>	267
7.3 Principales manifestaciones delincuenciales actuales.....	272

CAPÍTULO IV

PRINCIPIOS DE LEGITIMACIÓN ESTATAL RELATIVOS A LA PUNICIÓN: INTERVENCIÓN MÍNIMA, PROTECCIÓN EXCLUSIVA DE BIENES JURÍDICOS, Y CULPABILIDAD

1. Principio de intervención mínima -<i>ultima ratio</i>-.....	280
---	------------

1.1 Necesaria justificación.....	280
1.2 El principio de intervención mínima en la jurisprudencia de la Corte IDH.....	289
1.2.1 Sentencia ilustrativa que resalta el principio de intervención mínima: <i>Caso Kimel Vs Argentina</i>	292
2. Principio de exclusiva protección del bien jurídico tutelado.....	300
2.1 Aspectos generales e importancia.....	300
2.2 El bien jurídico como límite al poder punitivo estatal.....	304
2.3 La Constitución y los bienes jurídicos tutelados.....	305
3. Principio de Culpabilidad.....	309
3.1 Relevancia como principio limitador.....	309
3.2 Desavenencias interpretativas actuales.....	312
3.3 Observancia como principio informador.....	314
3.4 Incorporación constitucional.....	317
3.5 El marco de la Corte Interamericana con relación al principio de culpabilidad.....	318

CAPÍTULO V

PRINCIPIOS DERIVADOS DE LA ESTRUCTURA PROTECTORA DE LA LEY PENAL: PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, IRRETROACTIVIDAD Y *NE BIS IN IDEM*

1. Principio de legalidad.....	322
1.1 Importancia y origen.....	323
1.2 Trascendencia del Principio de Legalidad en el Estado Democrático de Derecho.....	326
1.3 Sustento constitucional del principio de legalidad.....	329
1.4 Principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	331

1.4.1 La importancia de su protección.....	333
1.4.2 Aplicabilidad del principio de legalidad.....	335
1.4.3 Legalidad en sentido formal: En cuanto a la reserva de la ley.....	339
1.4.4 Principio de legalidad en sentido material: En cuanto al principio de taxatividad legal – <i>lex certa</i> –.....	342
2. Principio de irretroactividad.....	348
2.1 Ámbito de aplicación.....	348
2.2 Incorporación y protección constitucional.....	352
2.3 Principio de irretroactividad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	356
2.3.1 Observancia del principio de retroactividad cuando se trate de una ley desfavorable.....	361
2.3.2 Caso ilustrativo de aplicación de leyes retroactivas Desfavorables: <i>Caso De la Cruz Flores vs. Perú</i>	362
2.4 Observancia del principio de retroactividad cuando se trate de una ley penal más favorable.....	365
2.5 La retroactividad desfavorable en la jurisprudencia.....	366
3. Principio <i>ne bis in idem</i>.....	371
3.1 Importancia.....	371
3.2 Antecedentes.....	372
3.3 Doble vertiente: sustantiva y procesal.....	373
3.4 Su inclusión en la Constitución y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos.....	375
3.5 La cosa juzgada fraudulenta o aparente.....	381
3.5.1 Procedencia.....	381
3.5.2 Aplicabilidad exclusiva en materia de graves	

violaciones a los derechos humanos.....	385
3.5.3 Cosa juzgada fraudulenta o aparente	
como limitación al <i>ne bis in ídem</i>	386

CAPÍTULO VI

PRINCIPIOS DE REGULACIÓN EQUILIBRADA DE LAS PENAS Y SUS CONSECUENCIAS: PRINCIPIOS DE HUMANIDAD DE LAS PENAS, RESOCIALIZACIÓN Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

1. Aspectos generales.....	390
2. Humanidad de las penas.....	391
2.1 Dignidad humana.....	391
2.2 Importancia del principio de humanidad de las penas.....	394
2.3 Comprensión de la dignidad humana en las sentencias	
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	396
2.4 Su incorporación en la Constitución.....	398
2.5 Fines de la pena.....	400
2.6 Corrientes justificativas.....	401
2.6.1 Prevención general.....	401
2.6.1.1 Prevención general negativa.....	403
2.6.1.2 Prevención general positiva.....	405
2.6.2 Prevención especial.....	407
2.7 Corriente abolicionista.....	408
2.8 Prohibición de la pena de muerte.....	409
2.9 Prohibición de penas corporales.....	419
3. Principio de resocialización.....	426
3.1 Importancia.....	426

3.2 Su inclusión en la constitución.....	427
3.3 Necesidad de la reinserción.....	430
4. Principio de proporcionalidad de las penas.....	436
4.1 Planteamiento justificativo.....	436
4.2 Importancia.....	440
4.3 Inconstitucionalidad por desproporción de la pena.....	447
4.4 El principio de proporcionalidad para la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	452
4.4.1 Clases de proporcionalidad aplicadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	453
4.4.2 Observancia del principio de proporcionalidad de las penas.....	454
CONCLUSIONES.....	461
BIBLIOGRAFÍA.....	477
RESOLUCIONES, SENTENCIAS Y OPINIONES CONSULTIVAS CITADAS.....	519

ABREVIATURAS

Art./art.	Artículo/s
C.C.	Corte de Constitucionalidad de Guatemala
CADH	Convención Americana Sobre Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
no.	Número
op. cit.	obra citada
p/pp	página/s
s.s.	siguientes
STC (SSTC)	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

Dos de las disciplinas jurídicas que más impacto causan en la praxis y de las que se han elaborado diversos estudios doctrinarios para el efecto, lo constituyen el Derecho Constitucional y el Derecho Penal. Aunque, debe serse sincero y expresar que ambas han sido desarrolladas generalmente de manera aislada, sin percibir el nexo inherente entre ellas, en la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho.

La relación entre ambas es de tal magnitud que probablemente de todas las disciplinas jurídicas, sin perjuicio del Derecho Administrativo, sea el Derecho Penal el que más se relaciona con el Derecho Constitucional. Esto debido a los bienes jurídicos de carácter primordial que el mismo pretende proteger, como la vida, la libertad, etc., y los mecanismos utilizados para su protección y sanción, con el propósito de lograr el mantenimiento de la convivencia social, dentro del marco democrático de derecho.

No obstante, el Derecho Constitucional se analiza por un lado y el Derecho Penal por otro, salvo excepciones, aunque la relación producida entre estas dos disciplinas es estrecha y vinculante, y a pesar que se mantiene constante desde los tiempos de la ilustración ha sido limitada en cuanto a su contenido. Claro, contemporáneamente ambas se han desarrollado vertiginosamente en sus respectivos ámbitos tradicionales de aplicación. Sin embargo, la consideración, según la cual, que la Constitución es simplemente una norma jurídica con carácter programático pero de escasa aplicación práctica ha sido superada en la actualidad. En efecto, la Constitución irradia a las otras disciplinas jurídicas con carácter invasivo, se ha convertido en la *norma normarum* y *lex supremae* por excelencia, que permite su interpretación y aplicación no de ella, sino desde ella con sus principios, valores y reglas. Además, se ha producido una

constitucionalización de normas ordinarias penales que desde esta perspectiva han sido optimizadas en un nivel superior de aplicabilidad.

De ahí que, el marco conceptual tradicional ha variado en forma considerable en los últimos tiempos y las diversas sentencias, tanto de los Tribunales Constitucionales como de los internacionales de derechos humanos, como el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo evidencian y por consiguiente, han posibilitado la comprensión del texto constitucional, ya no únicamente conformado por normas jurídicas como sinónimas de reglas, sino por normas jurídicas compuestas por reglas, valores y principios jurídicos, siendo estos últimos de frecuente observancia en las referidas sentencias.

Esta situación, la he observado cotidianamente por razón de mi ejercicio profesional como abogado, porque he participado directamente en la aplicación de principios jurídicos, ya sea en mi calidad de Magistrado de Sala de Apelaciones, Jefe de la Fiscalía de Amparos y Asuntos Constitucionales y Exhibición Personal del Ministerio Público y Agente Fiscal de esa Fiscalía, o como Letrado de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, o actualmente como letrado de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en la elaboración de escritos dirigidos a los tribunales, o bien en la redacción y emisión de autos y sentencias donde en forma continua se aplican los principios jurídicos.

Es dentro de este entorno, que se contextualiza el presente trabajo de investigación. El impulso provocado por el neoconstitucionalismo como teoría constitucional, que aunque no se ha desarrollado de manera uniformizada al gravitar entre positivismo y no positivismo, y por otro lado, por el postpositivismo como teoría iusfilosófica, han propiciado la concepción de una Constitución principialista y axiológica, que transforma los modelos interpretativos decimonónicos tradicionales, provocando un redimensionamiento de la función jurisdiccional que ha transfigurado la actividad del juez, quien ha pasado de ser un aplicador de la ley a convertirse en un garante de la Constitución, en la defensa de los derechos fundamentales

En ese esquema, los principios jurídicos se revalorizan y dejan de ser considerados como sucede en la concepción clásica, principios generales del derecho regulados expresamente en la ley y utilizados con exclusividad como formas de integración en los casos de lagunas de la ley, lo que por cierto, casi nunca acaecía. El desbordamiento de las fuentes del derecho, que en el caso de los principios jurídicos penales, resulta siendo palpable y atrayente el efectuar un análisis que permita establecer si los mismos responden a la ilustración y liberalismo, y por ende, no requieren de una mutación aplicativa en la actualidad. O bien, si estos requieren ser reinterpretados en algunos casos, de modo diferente a lo tradicional, en búsqueda de una mayor protección de la persona, lo cual constituye su aspecto teleológico.

Pero también es cierto, que teorías neoretribucionistas pretenden una extensión del Derecho Penal, en aras de una supuesta defensa del Estado o de la seguridad nacional, ante graves conflictos como terrorismo, narcotráfico, etc., pero prescindiendo de los principios jurídicos y demás normativa propia de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, lo que provoca la irremediable conculcación de sus derechos inherentes.

No obstante, debe partirse que el Estado se encuentra facultado para ejercitar el *ius puniendi*, no de manera absoluta, sino sujeto a la Constitución, a las leyes y a los tratados y convenios ratificados en materia de derechos humanos. Es así que para lograr sus propósitos, el Estado no debe utilizar mecanismos arbitrarios, so pretexto de combatir la criminalidad de manera eficiente. Estos mecanismos son propios de un sistema autoritario y no de un sistema democrático de derecho, porque en este último, prevalece el aspecto político-constitucional del *ius puniendi*, y se limita la potestad punitiva de castigar, mediante la incorporación de principios informadores al Derecho Penal, que el caso de Guatemala, no pueden tergiversar el contenido de la Constitución, ni de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos prioritarios, y se desarrollan en definitiva, en forma coherente con ambos textos.

El constitucionalismo actual, se centra en la persona y prioriza la defensa y promoción de los derechos humanos, como derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos. En ese sentido, en el Estado Democrático de Derecho para combatir la criminalidad, no debería existir otra violencia legal que aquella mínima necesaria para lograr la convivencia social y que sirvan para prevenir formas de violencias ilegales y de mayor gravedad.

Generalmente el Derecho Constitucional y el Derecho Penal como se ha mencionado al principio, son analizados de manera aislada y en pocas ocasiones se han realizado trabajos doctrinarios que aborden la relación existente entre ambas ramas del derecho con relación a un tema específico. Esta es precisamente la finalidad que se pretende cumplir modestamente con la investigación: analizar los principios informadores del Derecho Penal, tanto en su propio ámbito, como desde una óptica constitucional y convencional, priorizando su observancia.

En virtud de lo expresado, el trabajo investigativo se encuentra dividido en seis capítulos. En el Capítulo I, se realiza una exposición de la vinculación entre el Derecho Penal con la Constitución y con el sistema interamericano de derechos humanos, específicamente, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en el texto convencional, pero esencialmente con preminencia en la abundante jurisprudencia emitida por la referida Corte.

Además, se abordan otros temas actuales y que por lo demás resultan interesantes: la significación y la trascendencia que implica la Constitución Política en la actualidad, su importancia como texto presente en todos los ámbitos normativos a los cuales ha irradiado, pero a la vez se examina su original función, que era concebida, como resultado de la ilustración, del liberalismo y principalmente de las revoluciones estadounidense de 1775 y francesa de 1789, como limitante al ejercicio del poder. Ello derivó en la formulación de una Constitución escrita y en una separación de poderes para cumplir aquel propósito.

Se indaga acerca del avance surgido desde la Constitución liberal a la Constitución actual, eminentemente protectora del ser humano. Así como, la forma de interpretar el texto constitucional y la actividad interpretativa jurisdiccional vinculada no solo a la ley, sino a la Constitución, de forma argumentativa. Por último, se examinan entre otros aspectos, el nexo existente entre el Derecho Penal con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de Derechos Humanos, en concreto, el sistema interamericano, en relación con los dos anteriores.

En el Capítulo II se analiza a manera de contextualizar el tema principal, lo concerniente a los principios jurídicos y aunado a ello, se discute en qué consisten los mismos, su naturaleza, importancia, fundamentación y función. Para ello, se parte de efectuar una diferencia interpretativa entre reglas y principios y la ponderación como método concreto para solucionar las colisiones que surjan entre los principios. A esto, se añade un estudio del principio de cláusulas abiertas contenida en la Constitución y en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, como medio de aplicación de derechos innominados.

El Capítulo III desarrolla el tema principal de los principios informadores del Derecho Penal y la influencia decisiva que sobre los mismos ha tenido el Derecho Constitucional en su aplicación. A lo anterior, se añade su diversidad denominativa: principios informadores, constitucionales, básicos, limitantes, etcétera, su contenido y clasificación para efectos de estudio. Se explica por qué se prefiere la denominación de principios informadores a otras denominaciones y se cuestiona si los mismos pueden seguir entendiéndose dentro de la tradicional concepción liberal únicamente como limitadores del ejercicio punitivo del Estado o si ha variado su comprensión.

Aunado a lo anterior, al ser el propósito inicial de los mismo el de restringir el ejercicio del poder punitivo del Estado, deviene un análisis del *ius puniendi*, dentro del cual se enfatiza la valoración que de los mismos realiza la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, como resultado de las obligaciones de deber y garantía que surgen para los Estados Partes de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. También, se enfatiza en la impunidad provocada como

resultado de la inobservancia del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, y de la conexión que se origina entre este y la soberanía estatal. Otro aspecto que se trata en su entorno, es el de las principales manifestaciones delincuenciales que acaecen en el Derecho Penal Contemporáneo y la utilización del *ius puniendi*, que El Estado utiliza frente a las mismas. Esto a manera de contextualización.

El Capítulo IV por su parte, desarrolla lo concerniente a los principios de legitimación estatal relativos a la punición: Intervención mínima, protección exclusiva de bienes jurídicos, y culpabilidad. Así, con relación al principio de intervención mínima o de *ultima ratio* se acentúa si la intervención del Estado debe reducirse o no a su mínima expresión en materia punitiva y por qué motivos.

En el desarrollo del principio de protección exclusiva de bienes jurídicos o de lesividad, se explicará la importancia del mismo para la convivencia social y además, el peligro que provoca para ellos la teoría funcionalista radical de JAKOBS, que promulga que el Derecho Penal no protege bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma, lo que ocasionaría graves consecuencia en el respeto de los derechos fundamentales. Por último, se estudia el principio de culpabilidad, como centro nuclear del derecho a castigar, pero de modo intrínseco como principio penal, debido que no se puede sancionar penalmente a una persona, sin que previamente se haya determinado su responsabilidad en el delito.

El Capítulo V comprende el examen de los principios derivados de la estructura protectora de la ley penal: Principios de Legalidad, irretroactividad y *ne bis in idem*, los cuales se encuentran íntimamente relacionados con la ley penal. Su estudio comprende tanto el derecho nacional como el internacional, de donde se originan graves conflictos en los que se ven implicados estos principios. Surge entonces una interrogante ¿Qué pasa con los casos de graves violaciones a los derechos humanos, donde el Estado ya ha juzgado a la persona y la ha absuelto en todas las instancias en un proceso penal, pero tan solo le proporcionó apariencia de legalidad al desarrollo de un proceso formal utilizado para generar impunidad? A esto, se agrega el estudio que se realiza sobre diversas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, y el

cuestionamiento que se provoca en cuanto a establecer si los principios informadores tienen carácter absoluto o bien, si se aplican de forma relativa ante determinadas situaciones.

Por su parte, en el Capítulo VI se aborda el asunto concerniente a los principios de regulación equilibrada de las penas y sus consecuencias: principios de humanidad de las penas, proporcionalidad de las penas y resocialización. Temas por demás de mucha actualidad en diversos países, dentro de los cuales se incluye Guatemala, puesto que todavía en su legislación se contempla la pena de muerte. En este caso, en lugar de propiciarse su derogación conforme las tendencias doctrinarias y legales contemporáneas, en diversas ocasiones se escuchan voces que pretenden endurecer las penas de forma desproporcional a la comisión delictiva; de instaurar la castración como penal corporal contra delitos de violación sexual o de crítica constante a la inutilidad de la resocialización, sin brindar otra opción mejor que esta, dentro de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Con el desarrollo de este trabajo de tesis se persigue demostrar la importancia que se produce al incorporar los principios informadores del Derecho Penal al texto constitucional. Así como, de los efectos producidos por su constitucionalización y a su consecuente e indefectible aplicación en la solución de casos concretos. Aunque la mayoría de los mismos no se encuentren explícitamente nominados en el texto constitucional o en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, su desarrollo ha sido jurisprudencial y esto es precisamente el aspecto que pretende analizarse.

En ese sentido, la jurisprudencia examinada versa sobre todo, en la producida por algunos Tribunales Constitucionales, especialmente el de Guatemala y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es así, que se pretende enfatizar la necesidad de interpretar las normas penales conforme a la Constitución y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos juntamente con sus principios y valores.

De tal forma, que resulta trascendental las exposiciones doctrinales y jurisprudenciales recientes, respecto de la significación actual que los mismos cumplen dentro de la observancia de un Estado Democrático de Derecho en el que prevalezca la plena observancia del respeto de la dignidad humana.

CAPÍTULO I

VINCULACIÓN DEL DERECHO PENAL CON LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. SIGNIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La vinculación del Derecho Penal con la Constitución y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es muy estrecha, como se expondrá en este capítulo. Tanto es así, que el aislamiento generalizado en que se encontraba el Derecho Penal –al igual que las otras disciplinas jurídicas ordinarias– respecto a estos ha variado considerablemente. Por ello de modo inicial se estudiará la significación de la Constitución, a manera de enmarcar preliminarmente su contenido. Se procurará establecer el modo en que era concebida en el liberalismo y cómo es comprendida en el presente.

Un primer acercamiento a la trascendencia que dimana de la Constitución, requerirá entenderla en su perspectiva. En ese aspecto, inicialmente se parte que, como resultado del liberalismo democrático, la Constitución Política de cada Estado era percibida únicamente como limitante del poder político y de garantía de los derechos. Es decir, respondía a las pretensiones normativas del constitucionalismo político, pues asumía valores y fines del constitucionalismo como ideología.¹ Pero el énfasis en su aprehensión, fue puesto de manera

¹ AGUILÓ REGLA, Josep. “Sobre la Constitución del Estado Constitucional” *Doxa*, 2001, no. 24, pp. 28, 29 y 40. Al respecto, expone: “La otra gran fuente de contingencia constitucional son los

decisiva en la primera parte, o sea, en considerarla como un límite al poder estatal, pero en cuanto a la observancia de la segunda parte, que refiere a la garantía de los derechos, fue muy restringida, a tal punto que salvo algunos derechos, más bien parecían normas idealizadas que preceptos observables en la práctica.

En el caso de Guatemala, se percibe en ese sentido, que las Constituciones anteriores a la actual (1985) eran de escasa efectividad en materia de derechos humanos, ante la demasía de las violaciones sistemáticas cometidas por el Estado a los mismos. Igual situación acaecía en ese Estado, respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se estudiaba de forma insustancial en las universidades, asimilándola más como una “Carta de Declaraciones”, a un instrumento internacional aplicable en la legislación interna de cada Estado Parte.

Sin embargo, ahora se cuenta con un instrumento jurídico, obra de la modernidad², que ha permitido experimentar su decisiva influencia mediante su transformación de limitante al poder público (liberal) a esencialmente protector de la persona (constitucional democrática) y receptora de los derechos humanos. Sobre todo debido a la labor interpretativa del juzgador, quien se ha convertido en un verdadero garante de la misma en protección de la persona humana. De lo anterior surgen las siguientes interrogantes: ¿Se pretende que la Constitución sea tan solo un instrumento de limitación o constricción del poder y con un contenido

ideales del constitucionalismo político. Es un lugar común considerar que dichos ideales quedaron plasmados en el art. 16 de la Declaración francesa de los derechos al establecer que «una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una constitución». Pero es obvio que esta referencia al art. 16 no nos resuelve el problema de la determinación de dichos ideales [...] tenga en cuenta el lector que muchas veces se ha dicho que estos ideales coinciden con los del liberalismo democrático y que, en este sentido, es obvio que gran parte de la discusión en la filosofía política y el Derecho constitucional de la modernidad ha versado sobre ellos.”

² Declara CARPIO MARCOS, Edgar, en la presentación de la obra de SOSA SACIO, que la idea y el significado de lo que hoy entendemos por “Constitución” es una obra de la modernidad. Añade que nada hay en el mundo antiguo que pueda representarla y que no es que la expresión no existiera, sino que otro era su contenido semántico, como evidencia el sentido del vocablo en la Roma antigua o en la Inglaterra medieval, o incluso la utilización forzada de esta palabra para transliterar la locución griega “politeia”. VID SOSA SACIO, Juan Manuel, “Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional*, 2011, p. 5.

de protección de derechos programáticos? o bien, ¿se persigue su aplicación directa y plena observancia en los distintos hechos conflictivos que se susciten en las diversas ramas jurídicas, desde la óptica constitucional protectora? La respuesta a estas interrogantes determinara indubitablemente la directriz protectora o desatendida que el Estado contemple respecto a la plena observancia de la Constitución.

El Derecho Penal no resulta ajeno a estos cambios. Se ha constitucionalizado³, es decir, las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales y las que tienen que ver de forma expresa con esta disciplina jurídica, entran a regir como parámetro de evaluación crítica de las normas penales, al mismo tiempo que se constituyen en criterios precisos para su interpretación y aplicación.⁴ De tal manera, que el Derecho Penal ya no se puede analizar de manera aislada, sino que su estudio debe realizarse desde la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente en este caso, desde la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y en ambos supuestos, desde sus respectivas jurisprudencias (nacional e internacional), lo cual origina una concepción más completa en su observación habitual.

En este entorno se contextualizará la interrelación del Derecho Penal con las materias indicadas, pero esencialmente se destacará el desarrollo constitucional actual y su irradiación hacia a aquel, puesto que la trascendencia

³ Para comprender de mejor manera en qué consiste la constitucionalización y cómo se produce la misma, VID. GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*, traducido por Miguel Carbonell. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001, pp. 153 y ss., donde este autor aborda el tema de la constitucionalización del ordenamiento jurídico en el caso italiano. Guastini, sigue a Louis Favoreu, quien utiliza este término. En ese sentido, Guastini entiende por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Por consiguiente, considera que un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por tener una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.

⁴ COTE-BARCO, Gustavo Emilio. “Constitucionalización del Derecho Penal y proporcionalidad de la pena”. *Universitas*, julio-diciembre de 2008, no. 116, p. 121.

del Derecho Constitucional y de la Constitución en concreto, dentro del constitucionalismo moderno⁵, realzan la significación de la Constitución Política. Es decir, ya no se le concibe tan solo en su finalidad de regular el ejercicio del poder, porque en materia de protección de derechos fundamentales su observación ya no se contempla como contentiva de declaraciones ilusorias, carentes de realización, sino de derechos perfectamente exigibles.

Ahora en cambio, como se estudiará con posterioridad, el texto constitucional se ha convertido en una verdadera *lex suprema* y en una *norma normarum*, que ejerce una omnipresencia y efectos de irradiación en el derecho infraconstitucional, con principios y valores invasivos adicionales a las reglas establecidas en las normas jurídicas. Además, en lugar de la tradicional independencia y el relativo aislamiento que el derecho ordinario ha tenido con respecto al constitucional, en este caso el penal, la Constitución ha sentado las bases para alcanzar un mejor entendimiento práctico del acatamiento y versatilidad comprensiva de los principios jurídicos en materia penal.

2. TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

Han pasado más de ciento cincuenta años desde aquel abril de 1862, cuando LASSALLE dictara una importante conferencia en Berlín, que posteriormente al ser escrita y publicada con el título *¿Qué es la Constitución?* se convertiría en su obra más conocida, la cual ha sido objeto de estudio dentro del Derecho Constitucional debido a su importancia. En el referido texto, LASSALLE reflexionaba respecto a lo que debía entenderse por Constitución y luego de analizar detalladamente y de emitir sus respectivas argumentaciones con relación a la Constitución Prusiana de 1848, estimó esencialmente la existencia de dos clases de Constituciones antagónicas: una real y verdadera, conformada por los factores reales del poder y otra escrita, que se había constituido en una tendencia

⁵ El término “constitucionalismo moderno” o “neoconstitucionalismo” se utiliza en este trabajo, desde un punto de vista del Derecho Constitucional, como parte de una teoría constitucional y no desde el punto de vista de la filosofía del derecho, que en general crítica esa denominación.

de los Estados modernos, a la que consideraba una hoja de papel, cuya misión era resumir y estatuir en un documento, todas las instituciones y principios de gobierno vigentes en el país.⁶

De esa forma, consideraba que cuando existiera divergencia entre la Constitución escrita y la real, estallarían un conflicto derivado del cual, la escrita sucumbiría de manera inevitable ante la real.⁷ Es decir, mediante esta concepción, se priorizaban las relaciones de poder que ejercitan los distintos actores que operan en el Estado, enfatizando esencialmente su significación socio-política. Es así, que arribó a la conclusión de que la Constitución no era más que la suma de los factores reales de poder de un país, extendida en una hoja de papel.⁸

Si bien, el mensaje de este autor hoy en día invita a una reflexión permanente, debe ser analizado desde un contexto histórico,⁹ para no emitir un juicio descontextualizado. Es cierto, no debe relegarse el hecho que se requiere advertir la ubicación temporal y espacial en el que la misma fue formulada, porque esta constituye esencialmente una concepción sociológica de la Constitución, basada en los factores reales que la originaban. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico en cambio, se resalta su eficacia, como un instrumento que ha sido originado por el poder del pueblo que eligió democráticamente a sus representantes, para establecer el tipo de Constitución que regirá en un país determinado y que requiere para su exigencia de una plena aplicabilidad.

⁶ LASALLE. Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* traducción de Wenceslao Roces, Barcelona: Ariel, 1989, p. 74.

⁷ *Ibidem*, p. 81.

⁸ *Ibidem*, p. 92.

⁹ ARRUDA de AZEVEDO, Paula Regina. *Garantías Jurisdiccionales de Protección de Derechos*. (Análisis comparado de los Derechos de España y Brasil). Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público General, p. 26. Comenta que Lasalle analiza que las Constituciones escritas no tienen valor y tampoco son durables si no expresan fielmente los factores del poder que imperan en la realidad social. Añade que: "Se hace la crítica a su pensamiento porque esta teoría desconsidera la importancia de la 'Constitución de papel' en la reglamentación temporal de los factores del poder en la dialéctica evolutiva del derecho."

La Constitución, pues, desde esta perspectiva no poseía ninguna validez sin los factores reales de poder de un país que subyacen a la misma.¹⁰ O en palabras de LASALLE: “Las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social.”¹¹ Es importante recalcar el valor que poseen los factores reales en el origen y permanencia que debe tener la Constitución. Para HUERTA, el reconocimiento de los mismos fortalece la permanencia de la Constitución cuando requiere adecuarse a la realidad, siempre y cuando no se reforme en demasía en detrimento de la seguridad jurídica.¹²

Pero ante todo, no debe soslayarse que la Constitución es un instrumento jurídico que contiene derechos fundamentales de las personas –parte dogmática–, establece la organización del Estado –parte orgánica– y contempla garantías para la protección de esos derechos –parte pragmática, procesal o práctica–. Por eso, para la mayoría de países que tienen un texto constitucional escrito, el mismo no constituye un simple documento, sino que es la ley suprema del Estado que disemina sus preceptos, principios y valores a todo el ordenamiento jurídico.

¹⁰ Hay que tener en cuenta, afirma PÉREZ AYALA, Andoni. “Recensiones” a FERNÁNDEZ SARASOLA y J. VARELA SUANZES-CARPEGNA (Coords.): «Conceptos de Constitución en la Historia», en *Fundamentos*, n.º 6 (cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional), Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2010, en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Octubre – Diciembre 2012, núm. 154, p. 292, que esta concepción de la Constitución es la que ha inspirado en cierta medida los fundamentos filosóficos del constitucionalismo marxista. Añade que en cualquier caso, se trata de una concepción que ofrece una perspectiva sobre la realidad constitucional (distinta a la normativa y la histórica) que permite una aproximación a esta desde otro ángulo y que ayuda a su mejor y más completa comprensión que no ha dejado de tener continuidad histórica bajo diversas formas que enlaza en cierta medida con la problemática suscitada por el concepto de Constitución en sentido material.

¹¹ *Op. cit.*, p. 97.

¹² HUERTA. Carla. “La fuerza normativa de la Constitución. Tensión entre aplicación y reforma constitucional”. En *Estado constitucional, Derecho Humanos, justicia y vida universitaria*. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Estado Constitucional, Tomo IV, volumen 2, Serie Jurídica Núm. 711, 2015, p. 23. Agrega esta autora que si bien es cierto la dinámica es una propiedad relevante del derecho, dado que es necesario adaptar la norma fundamental a la realidad, también lo es que es imprescindible encontrar un equilibrio entre norma y realidad, entre permanencia y cambio, si las normas han de cumplir su función de guías de conducta y el derecho, ha de operar como herramienta de conformación social, como sostiene Kelsen.

No obstante, antes como resultado de la ilustración y de las revoluciones estadounidense y francesa, se empezó a considerar a la Constitución como un instrumento que regulaba el ejercicio del poder público.¹³ Y ella no era el resultado arbitrario de los factores del poder, sino al contrario, del ejercicio del derecho del pueblo, quien era el que la legitimaba como texto supremo.

Ahora bien, a pesar que esa concepción sociológica pareciera reducir el concepto normativo constitucional,¹⁴ al considerar *per se*, a la Constitución “una hoja de papel”, no debe descartarse el valor de su aportación al debate constitucional, pues el mismo no debe limitarse exclusivamente al tema jurídico, sino que deben analizarse los elementos extrajurídicos, como el factor social, que es un elemento trascendental para comprender el origen de la Constitución y permite establecer su real observancia dentro de la sociedad.

Pero desde un punto de vista jurídico, el cual se enfatiza en esta investigación, resulta oportuno manifestar, que en cuanto a su origen, una Constitución únicamente se encuentra legitimada, si ha sido promulgada como resultado de los procedimientos efectuados para su formación y que reflejen efectivamente, la voluntad del pueblo y que posea la fuerza normativa suficiente para su correcta aplicación.

¹³ PALOMINO MANCHEGO, José. F. “Constitución, supremacía, constitucional y teoría de las fuentes de Derecho: una visión desde el Perú”. *Cuadernos Constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Cedrol*. Valencia: Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia, 2007, no. 58/59, p. 230. En cuanto al valor normativo de la Constitución, enfatiza que: “La Constitución es ante todo una norma, porque su contenido vincula o pretende vincular jurídicamente tanto a los detentadores del poder estatal como a los destinatarios del mismo. Tiene por consiguiente, una orientación eminentemente bilateral. La razón de ese valor normativo, tiene, sin embargo, variantes que están más allá de la simple articulación formal del ordenamiento jurídico, pues la supremacía que con ordinaria frecuencia se predica de la Constitución, solo se justifica si se repara tanto en su origen y contenido, como en el papel o rol que le corresponde cumplir en el mundo del Derecho.”

¹⁴ Esto no significa que el concepto sociológico de la constitución careza en absoluto de valor, sino lo que se trata de priorizar es el valor normativo de la Constitución y que se desarrollará *ut infra*. Si no se contempla el aspecto sociológico en el texto constitucional, entonces su aplicación encontraría mayores dificultades en cuanto a la aceptación y conformidad con el texto, dentro del conglomerado social al que se dirige, pero, si se enfatiza mucho el aspecto sociológico, se corre el riesgo de que se limite cualquier mecanismo de control de los órganos estatales que se plantea, pues existe el peligro que quien decida, no sea la sociedad a quien se dirige, sino el mismo poder estatal.

En ese aspecto el Derecho es uno de los elementos legitimadores del poder que ejerce el Estado, tanto en el orden interno como en el internacional y que dentro de ese esquema, uno de los pilares de la legitimidad del sistema de gobierno y de las decisiones del mismo en un Estado democrático, lo constituye la legitimidad constitucional.¹⁵

De lo anterior se desprende, que si la Constitución se encuentra legitimada en cuanto a su procedencia y sirve de fundamento para el ejercicio del poder estatal y a la vez lo limita como se expondrá *ut infra*, interesa establecer cómo es que la misma ha adquirido una obligatoriedad en cuanto a su aplicación y lo ha rebasado con creces, hasta convertirse en una norma suprema que protege los derechos fundamentales de las personas y que limita el ejercicio del poder, no sólo en torno a la implementación del texto constitucional, sino respecto a la interpretación del mismo.

Mucho antes que LASALLE emitiera su célebre discurso, plasmado con posterioridad en el libro relacionado, la necesidad de establecer una Constitución de cumplimiento obligatorio, había surgido, como producto de las revoluciones, tanto de los Estados Unidos de América en 1776 como en Francia en 1789. En efecto, en los Estados Unidos de América, surgieron notables pensadores como HAMILTON, que consideraba en el artículo LXXVIII que escribió en *El Federalista*, que la Constitución poseía una fuerza obligatoria y validez superiores a la ley y que cualquier discrepancia que surgiera entre las mismas, debería preferirse a la Constitución.¹⁶

¹⁵ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Miriam. “La legitimación democrática del poder supranacional”, *Estudios de Deusto*, Julio – Diciembre 2012, vol. 60/2, p. 51. Señala que el Derecho es uno de los elementos legitimadores del poder que ejerce el Estado, tanto en el orden interno como en el internacional. Dentro de ese esquema, uno de los pilares de la legitimidad del sistema de gobierno y de las decisiones del mismo en un Estado democrático está en la normatividad constitucional. La Constitución es así tanto el elemento legitimador de ese sistema de gobierno a través de los procedimientos que establece para su formación y expresión de voluntad, como la fuente de legitimidad del sistema jurídico estatal, que deriva de ella.

¹⁶ HAMILTON, Alexander, MADISON, James., y JAY, John. *El Federalista*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 330. “La interpretación de las leyes es propia y

Como se colige de lo anterior, HAMILTON ya visualizaba la importancia de la distinción entre la ley y la Constitución y el sometimiento de la primera a la segunda. Se originaba la concepción de la eficacia constitucional, aunque posteriormente en Europa también se enfatizó en la obligatoriedad constitucional. Fue el francés SIEYÈS, llamado: “*La taupe de la Révolution*” por ROBESPIERRE, siempre de acuerdo con esa noción de obligatoriedad, quien resaltó la coercibilidad de la misma. Es de este modo que apreciaba lo siguiente: “Una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada [...] Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de su infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas obedecer.”¹⁷ La Constitución o es realmente un cuerpo normativo supremo de observancia obligatorio o no tenía sentido el extraviarse en la formulación de normas pragmáticas carentes de aplicabilidad. Se empezaban a sentar las bases de lo que sería el Derecho Constitucional moderno.

Actualmente la Constitución, dentro de un Estado Democrático, constituye un documento suficiente para irradiar a todo el ordenamiento jurídico y se constituye en la fuente de fuentes por excelencia de la ley y por ende, en una norma suprema de aplicación directa. Su influencia en el Derecho Penal y su relación con las normas de Derecho Internacional resultan de gran importancia no solo en su aspecto doctrinario, sino sobre todo en su aspecto práctico, donde se pretende realizar una protección integral del ser humano como fin principal y donde el Estado Constitucional ha iniciado la apertura hacia la comunidad de las

peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”

¹⁷ SIEYÈS, Emmanuel: “Opinión sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional.” En: MÁIZ, R. (ed.). *Escritos y Discursos de la Revolución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 276.

naciones o el “Estado Constitucional Cooperativo”, según lo denomina HÄBERLE.¹⁸

3. LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE AL PODER PÚBLICO

3.1 Origen de la Constitución como limitante al poder

En el devenir histórico jurídico ha transcurrido una profunda transformación del Derecho Constitucional y del Derecho Penal, especialmente desde el legado producido en general por los filósofos racionalistas del siglo XVIII, y en particular debido al constitucionalismo originado como producto de las revoluciones estadounidense y francesa como se ha expuesto,¹⁹ que constituyeron los férreos cimientos que posteriormente resultarían en el surgimiento del andamiaje constitucional del Estado Moderno.

Frente a tales consideraciones, cabe recordar que la primera concepción que se tuvo como resultado de esta transformación liberal, era la de considerar a la Constitución como un límite al poder político, tanto porque establecía una forma de organización estatal, como por incluir de manera explícita la separación de poderes y la protección de los derechos de los ciudadanos, como elementos principales en su contenido.

¹⁸ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica Núm. 47, 2003, pp. 68 y ss.

¹⁹ BLANCO VALDEZ, Roberto, expone que las revoluciones norteamericana y francesa dieron lugar, entre otros fenómenos absolutamente nuevos, a la Constitución. Añade este autor: “Ciertamente, la potencialidad ecuménica de las experiencias del 76 y del 89 en el concreto ámbito del cosmos constitucional es hoy pacífica, cuando no unánimemente aceptada. Y también la vigencia actual –más de doscientos años después de que los americanos procediesen a declarar su independencia y las turbas parisinas a tomar por asalto la Bastilla– de algunas de las cuestiones esenciales que la revolución liberal y el subsiguiente nacimiento del Estado constitucional iban a abrir hacia el futuro.” *Vid. La Configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*. Barcelona: Working Paper. 1996, no. 117, p. 16.

Así, se patentiza en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual en el artículo 16²⁰ establece que: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.” Acá, ambos elementos: garantía de derechos y separación de poderes se consideraban elementos esenciales que debía contener cualquier Constitución que se apreciara como tal, puesto que ambos aspectos constituían intrínsecamente en conjunto una limitación certera al poder estatal, en claro beneficio al ciudadano en el ejercicio de su libertad. En otras palabras, se pretendía garantizar originalmente los derechos a la vida, a la libertad individual y a la propiedad, los cuales eran propios de la naturaleza humana, y que únicamente se alcanzaban al restringir el poder del Estado en una Constitución, que por ende regulaba las normas organizativas del Estado y por otra parte contemplaba una gama de derechos de los particulares.

Los derechos eran considerados naturales e irrenunciables y por consiguiente, anteriores al establecimiento de la sociedad –posición iusnaturalista²¹–. Es por eso que el Estado no podía privarlos al individuo, sino únicamente conservarlos, o sea, de reconocer esos derechos inherentes a la persona por el solo hecho de serlo. De esa forma quedó plasmado en el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “El objetivo de

²⁰ Para GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, este documento, no obstante su enorme valor como expresión de una nueva concepción del derecho, fundamentado en la idea de la libertad, va a quedar en un enunciado teórico subyacente, pero sin valor jurídico preciso. Su falta de valor normativo frente a las leyes, con la consecuencia de que sólo éstas son capaces de enunciar verdaderas normas jurídicas, lo proclama ya la propia Constitución de 1791, en que la Declaración quiso insertarse, Constitución que incluye expresamente un artículo (título III, capítulo V, artículo 3o.) que prohíbe a los tribunales suspender la ejecución de las leyes. La Declaración de 1789 tardará casi dos siglos en alcanzar un valor supralegal, que no lo logrará hasta 1971, ya en nuestros días, cuando el Consejo Constitucional francés la incluya en el “bloque de la constitucionalidad” de la Constitución de la V República, a través de su simple mención en el Preámbulo de la misma. *VID.* “La Constitución Española como pacto social y como norma jurídica.” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, p. 374.

²¹ Las ideas iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII influyeron mucho en la creación del concepto de los derechos humanos, al tomar como fundamento de los mismos, el establecimiento de derechos innatos a las personas e independientes de los sistemas positivos.

toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles.”

Es en esta línea, que la influencia sobre todo del artículo 16 citado, donde se aprecia de mejor manera, la consolidación tanto de la protección de derechos de las personas, que esencialmente se referían a la libertad, como a la separación de poderes, pues ambos elementos posteriormente se convertirían en pilares fundamentales del constitucionalismo liberal.²² Por esto es que ASENSI SABATER afirma sin circunloquio alguno, que: “La Declaración determinó sin duda un antes, considerado irracional y despótico, y un después, ya plenamente racional.”²³ KANT consideraba que el liberalismo había permitido a la humanidad salir de la minoría de edad y de utilizar su inteligencia.²⁴ Para este filósofo, la minoría de edad consistía en la incapacidad de servirse de su propio entendimiento sin la dirección

²² Así lo reconoce por ejemplo, ASENSI SABATER, José, al expresar que: “[e]l ideario liberal no es un ideario cualquiera, sino hijo legítimo del art. 16 de la Declaración francesa de 1789.” VID. “Liberalismo y constitucionalidad en el constitucionalismo español”, *Cuadernos Constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Cedrol*. Valencia: Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia, 2007, no. 58/59. p. 73.

²³ *Op. cit.*, p. 73. Es indiscutible la importancia que ha ejercido el liberalismo en la historia, hasta considerar un antes y un después de su aparición. Agrega este autor que, en algunos de sus elaboraciones discursivas más influyentes, como por ejemplo en Hegel, el ideario liberal se presenta como el único *históricamente racional*, legitimado por tanto para llamar a juicio a las historias particulares ante el tribunal de la Historia Universal. Para medir las consecuencias de lo que aquí se trata hay que tener en cuenta que, a lo largo del XIX, este discurso fue compartido no sólo por los liberales, tanto fueran moderados como radicales, sino por monárquicos constitucionalistas, republicanos y socialistas, pues no se identificaba composiciones ideológicas particulares sino que era el sustrato común en que se sustentaba la modernidad política. En gran medida este discurso se sigue compartiendo.

²⁴ En el mes de noviembre de 1783 el periódico alemán *Berlinische Monatschrift* (Boletín mensual de Berlín), publicó un artículo escrito por el clérigo y reformador de la educación Johan Friedrich ZÖLNER, en donde como nota al pie de página formuló la siguiente pregunta: ¿Qué es la Ilustración? - *Was ist Aufklärung?* -, la cual consideraba que era tan importante como ¿Qué es la verdad?, y enfatizaba que la misma debía ser contestada antes de empezar a ilustrar. Es así como KANT en diciembre de 1784 escribió un artículo en el mismo periódico, titulado: ¿Qué es la Ilustración?, con el objeto de dar respuesta al escrito por ZÖLNER. KANT expresó que: “Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo. Esta minoría de edad significa la incapacidad para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. Uno mismo es el culpable de dicha minoría de edad cuando su causa no reside en la falta de entendimiento, sino en la falta de resolución y valor para servirse del suyo propio sin la guía del de algún otro. Sapere aude! ¡Ten valor para servirte de tu propio entendimiento! Tal es el lema de la Ilustración.” VID. KANT, Emmanuel. “Contestación a la pregunta ¿Qué es la Ilustración? en *¿Qué es la ilustración?*, Edición de R. R. Aramayo, Madrid: Alianza Editorial, 2004, p 83.

de otro. Es decir, que al encontrarse incapacitado, por pereza y cobardía, necesita de alguien más que piense por él.

Pero cuando surgió la ilustración, las personas que decidieron pasar a la mayoría de edad, fueron capaces de pensar por sí mismos. Por eso, KANT expresaba que no vivían en una época ilustrada, sino en una de ilustración, puesto que faltaba mucho para que la totalidad de los hombres en su actual condición fueran capaces o pudieran llegar a serlo y de obtener entendimiento propio sin la dirección de un extraño, sobre todo en cuestiones religiosas.²⁵

Este nuevo movimiento que alentaba el uso de la razón produjo avances en el campo filosófico, social, científico y jurídico. De esa cuenta, en este último ámbito, se produjo una transformación de la concepción de la Constitución. Es así que en el liberalismo, en palabras de GUASTINI, evidentemente el término “Constitución” denota no ya una organización política cualquiera, sino una organización política liberal y garantista, puesto que la Constitución, finaliza diciendo, es concebida aquí como límite al poder político.²⁶ La concepción de la Constitución como un límite al poder constituye un elemento vertebral.

Para comprender lo trascendental que resulta la limitación del poder político, resulta esencial comprender a cabalidad de forma primigenia cómo uno de los elementos del Estado como es el poder, se puede utilizar de manera arbitraria, lo que origina excesos que indefectiblemente evidencian un abuso del mismo en claro detrimento de los derechos de las personas. Esto lleva al convencimiento de su imprescindible restricción en el propio texto constitucional, así como por su influencia directa, también en las leyes ordinarias. Sumado a lo anterior, el convencimiento que debían protegerse los derechos esenciales fue un

²⁵ *Ibidem*, pp. 83 y ss.

²⁶ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional, op cit.*, p. 31. Añade que de esa forma no todo Estado está provisto de Constitución, pues los Estados liberales son Estados Constitucionales, en cuanto que poseen una Constitución, mientras que en contraposición, los Estados despóticos no son Estados Constitucionales, pues carecen de Constitución.

avance, pero no fue definitivo, porque todavía quedaría un largo camino que transitar para lograr la plena efectividad de los mismos.

En la actualidad, en el ámbito americano la Corte Interamericana de Derechos Humanos desempeña una labor tuitiva en la plena observancia de los derechos humanos en la resolución de los casos sometidos a su conocimiento. Aunque ha variado la observancia de determinados principios surgidos como resultado del liberalismo político. Entre estos, el de legalidad, retroactividad y el *ne bis in idem*, para dar una respuesta justa y de mayor protección para las víctimas de delitos graves contra los derechos humanos que quedan comprendidos dentro del Derecho Internacional Humanitario.

Para arribar a esa conclusión, debe efectuarse una previa ponderación de principios penales para su aplicación, como se analizará con detalle más adelante. Entonces, el surgimiento de la Constitución como límite al poder público continúa, pero este enfoque no es el único ni el principal.

3.2 El poder

De los elementos del Estado el más ansiado por los políticos y el más peligroso para la democracia debido al riesgo de un ejercicio inadecuado, lo constituye sin lugar a dudas el poder. Cuán certeras resuenan las palabras de SÓFOCLES en *Antígona*, “[i]mposible conocer el alma, los sentimientos y el pensamiento de ningún hombre hasta que no se le haya visto en la aplicación de las leyes y en el ejercicio del poder”.²⁷

El poder constituye un elemento trascendental del Estado, que para BORJA cumple una función vital como es el de dar coherencia al grupo social, es decir, de mantenerlo unido, de hacer de él una comunidad.²⁸ Lo anterior, lo lleva a concluir

²⁷ SÓFOCLES. *Antígona*. S/d. Pehuén Editores, 2001, p. 7.

²⁸ BORJA, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 1098.

con vehemencia, diciendo que: “Sin el poder –y el sistema de relaciones que implica– la sociedad se disgregaría.”²⁹ En efecto, la sociedad no puede existir sin el poder como forma de regular su organización.

Esta relación se comprende de mejor manera cuando se hace una remembranza de lo expresado por Aristóteles, quien afirmaba que el hombre es un ser social. En otras palabras, es un ser que no puede vivir fuera de la sociedad y que requiere de las interrelaciones sociales para su subsistencia, pero para vivir con tranquilidad dentro de un conglomerado se requiere de personas que ejerciendo el poder procuren la defensa de la convivencia social. Su interrelación es tan inseparable, que como afirma CARPIZO, el poder fuera de la sociedad no es imaginable porque siempre se manifiesta a través de relaciones sociales.³⁰

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA ha expresado, que el poder es: “[u]na construcción de la sociedad o del pueblo, una construcción en la cual éste se reserva zonas de libertad e instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender nunca ser superior a la sociedad, sino sólo su instrumento.”³¹ Esto es lo toral para el mantenimiento de un Estado Social y Democrático de Derecho, puesto que el poder debe ser controlado para que sea únicamente un instrumento de la sociedad en cumplimiento de los fines de la misma y no un mecanismo de control irreflexivo que conduzca a una tiranía.

²⁹ *Ibidem*, p. 1098.

³⁰ CARPIZO, Jorge. “El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, mayo – agosto 1999, nueva serie, año XXXII, no. 95, p. 322. Agrega que: “A su vez, una sociedad o agrupamiento sin poder no puede existir porque le es necesaria la energía que le impulsa y que establece las reglas mínimas indispensables para poder vivir en grupo. La anarquía permanente no es una posibilidad real. En cualquier grupo o asociación es indispensable la existencia de un poder. No es correcto enfrentar la noción de grupo a la de poder como una manifestación de la antítesis libertad-autoridad, en virtud de que el poder es necesario para tener orden y la libertad no es posible si se carece de aquel. No existe sociedad a agrupamiento sin poder. Lo social y poder se implican recíprocamente. Uno no puede existir sin el otro.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson-Civitas, 4ª edición, 2006, p. 51.

El poder para WEBER implica la posibilidad de imponer la propia voluntad sobre la conducta ajena.³² Esta imposición de voluntad involucra el incremento cada vez más considerable de poder. Es por ello que el peligro siempre latente es que ocurra un uso inadecuado del mismo, un abuso que sin embargo, ha acontecido inveteradamente en el tiempo y en el espacio social, lo cual puede ser ejemplificado indubitadamente sin mayor problema. El poder forma parte de los elementos del Estado, pero que el mismo pueda ser utilizado de manera inadecuada constituye un riesgo siempre presente para la libertad de las personas, para que en lugar de garantizarles su libertad, los que lo ejercen conviertan en nugatorios los derechos de las personas, debido a su apetito insaciable de incrementarlo.³³

MONTESQUIEU lo ejemplificó certeramente: “Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación a abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”³⁴ Pero mucho antes, en 1651, HOBBS había expresado, referente a la existencia de: “Un incesante afán de poder en todos los hombres. De este modo señalo, en primer lugar, como inclinación general de la humanidad entera, un perpetuo e incesante afán de poder, que cesa solamente con la muerte.”³⁵ Y que “La pugna de riquezas, placeres, honores u otras formas de poder, inclina a la lucha, a la enemistad y a la guerra.”³⁶

³² WEBER, Max. *Economía y sociedad*. 2a. edición, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 696.

³³ El deseo del ser humano de obtener más poder parece no tener fin, pues entre mayor sea el poder que adquiera, su apetito insaciable se incrementa indefectiblemente. Por ello ha afirmado BAZÁN, que el poder no es un simple hecho de dominación ni un fin en sí mismo, aunque no pocos así lo consideran y consiguientemente no vacilan en usar toda clase de medios para conseguirlo y, una vez que lo obtienen, recurren a artilugios para acrecentarlo y mantenerlo por más tiempo. VID. BAZÁN, Víctor. “En torno al Estado de Derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina”. Madrid: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2010, número 14, p. 23.

³⁴ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 205.

³⁵ HOBBS, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, traducción de Manuel Sánchez Sarto. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición. Quinta reimpresión, 2005, p. 79.

³⁶ *Ibidem*, p. 80.

Y es que este incansable e incesante afán de poder que menciona este autor se convierte en una sentencia que resulta a la fecha imperecedera, pues el poder se ha ejercitado de manera ilimitada, como puede atestiguarlo la historia de la humanidad, sin que se haya presentado ordinariamente una autolimitación del que ejerce el poder. La limitación a su actuación para lograr el mantenimiento de los derechos inherentes a las personas, no ha sido conseguida generalmente con base a concesiones unilaterales del Estado, sino en diversas ocasiones como resultado de un largo proceso de lucha del pueblo para obtener el reconocimiento de esos derechos por parte del gobernante. Es así que para IHERING, todo derecho en el mundo había sido logrado por la lucha y había tenido que ser arrancado a aquellos que le resisten³⁷, si bien muchos de los derechos actuales han sido producto de la lucha para su obtención, no puede generalizarse que únicamente haya sido la lucha el único mecanismo para la consecución de derechos.

Pero volviendo al tema del poder, MONTESQUIEU y HOBBS no han sido los únicos autores que han advertido el peligro que puede provocar su ejercicio indeterminado. En efecto, en 1770 el primer ministro británico William PITT, Conde de Chatam, expresaba en un discurso ante la Cámara de los Lores: “El poder ilimitado es capaz de corromper las mentes de quienes lo poseen.”³⁸

Esta conocida frase en el ámbito político, con respecto del poder, se complementa coherentemente con lo expresado por John Emerich Edward

³⁷ VON IHERING, Rudolf. *La lucha por el Derecho*, Ciudad de México: Editorial José M. Cajica, 16 Edición, 1957, p. 45. “Todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquéllos que le resisten, y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación. El derecho no es mero pensamiento, sino fuerza viviente. Por eso lleva la justicia en una mano la balanza con la que pesa el derecho, en la otra la espada, con la que lo mantiene.” Sin embargo, en materia de derechos humanos especialmente, los mismos no han sido otorgados por los gobernantes, sino que son inherentes a las personas y pueden ser exigidos en cuanto a su reconocimiento, protección y garantía de los gobernantes.

³⁸ “*Unlimited power is apt to corrupt the minds of those who possess it.*” VID. HANSEN, Mogens Herman. “The mixed Constitution versus the Separation of Powers: Monarchical and Aristocratic aspects of modern Democracy”, en *History of Political Thought*. Vol. XXXI, No. 3. Autumn 2010, p. 509.

Dalberg-ACTON, mejor conocido como Lord ACTON, quien escribió en 1887 una carta en respuesta a la obra “Historia del Papado” escrita por el obispo de la Iglesia Católica Mandell CREIGHTON, donde este sostenía que no se podía juzgar la conducta de los papas. Para Lord ACTON, tanto el papa como el rey podían ser juzgados como cualquier persona. Resultante de lo anterior, en la misiva expresó la conocida frase: “El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente.”³⁹

En efecto, el poder tiende a corromper a quien lo ejercita, de tal manera que independientemente de su concepción axiológica dentro del marco ético, se requiere de normas externas que con carácter coercitivo restrinjan su actuación dentro del marco de la Constitución y de la ley. Además, el poder absoluto corrompe absolutamente, puesto que el poder desempeñado de manera irrestricta implica que el Estado, omnipotente y expansivo, deshumanice al individuo y constriña a la sociedad, llevándoles a la sumisión al hacer nugatorios sus derechos inalienables y convertirse en un Estado despótico, capaz de efectuar cualquier tipo de arbitrariedad.

Derivado de ello, resulta interesante manifestar que dentro de la concepción democrática actual, el poder emana del pueblo, quien a su vez lo delega en el poder constituyente y no puede ejercitarse de manera ilimitada sobre la sociedad para violentarles sus derechos a las personas, porque ello implicaría su

³⁹ “*Power tends to corrupt, and absolute power corrupt absolutely*”. DALBERG-ACTON, John Emerich Edward. *Essays on Freedom and Power*. Selected and with an introduction by Gertrude Himmelfarb. Boston, Mass.: The Beacon Press, 1949, p. 364. En su contexto, expresó lo siguiente: “*I cannot accept your canon that we are to judge Pope and King unlike other men, with a favourable presumption that they did no wrong. If there is any presumption it is the other way against holders of power, increasing as the power increases. Historic responsibility has to make up for the want of legal responsibility. Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely. Great men are almost always bad men, even when they exercise influence and not authority: still more when you superadd the tendency or the certainty of corruption by authority*” Lo que en español, se traduce de la siguiente manera: “No puedo aceptar su doctrina de que no debemos juzgar al Papa o al Rey como al resto de los hombres con la presunción favorable de que no hicieron ningún mal. Si hay alguna presunción es contra los ostentadores del poder, incrementándose a medida que lo hace el poder. La responsabilidad histórica tiene que completarse con la búsqueda de la responsabilidad legal. El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente. Los grandes hombres son casi siempre hombres malos, incluso cuando ejercen influencia y no autoridad: más aún cuando sancionas la tendencia o la certeza de la corrupción con la autoridad.”

superioridad sobre la misma, sino que en sentido contrario, su papel debe ser restringido a ser exclusivamente tan solo un instrumento de la sociedad organizada, convenientemente limitado. Aunque no existe un sistema político perfecto, los efectos nocivos del poder encuentran mayor restricción en el régimen democrático, que establece diversos mecanismos para su control.

GROS ESPIELL en cuanto a este aspecto, reconoce específicamente que el desborde y el abuso del poder, aunque tenga formas distintas, existen siempre aunque en diferente grado en todos los regímenes políticos, sean estos no democráticos o democráticos, porque en la democracia el peligro es menor al existir eficaces posibilidades de control y limitación de la arbitrariedad del poder.⁴⁰ Mientras existan seres humanos, también subsistirá el poder, pero también resulta indefectible el establecimiento de mecanismos de control del mismo, con el propósito de tener un mayor grado de libertad y esta se puede disfrutar en la democracia como reconoce el autor mencionado.

En un sistema autoritario la observancia de los mecanismos referidos se convierte en ineficaz, y los controlados resultan ser las personas, no el sistema, como acontece en las dictaduras, sean estas de derecha o de izquierda. NINO, muy perspicaz, formula con relación a la valoración de la democracia, la siguiente interrogante: ¿Reside en la característica negativa de evitar la tiranía y la monopolización del poder, o se encuentra asociado a su aptitud positiva de promover la autorrealización personal?⁴¹

En realidad, en un equilibrio justificativo de la valoración de la democracia, en contraposición a su aspecto negativo (evitar la tiranía y el monopolio del poder) resulta necesario también la consideración del aspecto positivo, que constituye la autorrealización de la persona, quien únicamente en una democracia, con todo y

⁴⁰ GROS SPIELL, Héctor. "El Control del Poder y la Democracia. Reflexiones Generales. El caso uruguayo". En: HÄBERLE, Peter y GARCÍA, Belaúnde (coordinadores): *El control del poder. Libro-Homenaje a Diego Valadés*. Lima: Maga Ediciones, Universidad Garcilaso de la Vega, 2012, p. 214.

⁴¹ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*, traducido por Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 14.

sus imperfecciones, poseerá una inmejorable oportunidad de lograrlo y donde su dignidad humana será respetada, pues la convivencia pacífica como fin, asegurada por un orden social o estatal adecuado, es también un bien jurídico del individuo, en tanto es la única forma de que este pueda autorrealizarse.⁴²

4. SEPARACIÓN DE PODERES Y CONSTITUCIÓN ESCRITA

El pensamiento filosófico-político de la ilustración propugnó lo imprescindible que resultaba limitar el ejercicio del poder, y para dar una solución a la problemática del abuso del mismo propició esencialmente la observancia de dos aspectos fundamentales: la separación de poderes y el establecimiento de una Constitución escrita. Efectivamente, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se estableció que: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.” Materialmente, la Constitución requiere contener en esencia el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales que son intrínsecos a las personas y la separación de poderes como elemento estructural del Estado en la pretensión de la limitación del ejercicio del poder.⁴³

La separación de poderes resulta vital para lograr su propia restricción, debido a que al encontrarse escindidas las principales funciones del Estado, deviene formalmente difícil la concentración de decisiones en una sola persona en detrimento de los restantes órganos de poder, lo cual debe ser complementado

⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998, p. 66.

⁴³ HUERTA. Carla. *Op. cit.*, p. 26. Observa atinadamente que desde el punto de vista formal, la Constitución es una norma jurídica escrita y rígida, materialmente en cambio, su contenido mínimo son la división de poderes y los derechos fundamentales, estructura mediante la cual se organiza el poder para preservar la libertad. Que sea escrita es tan solo una propiedad de carácter formal que ofrece a la Constitución una cierta estabilidad y protección contra modificaciones, principalmente por el legislador ordinario, dada su supralegalidad y que la rigidez es otra cualidad formal que sin embargo, no define a la Constitución.

con otros mecanismos de defensa. Además, la Constitución debía constituir un mecanismo que apuntalara de manera escrita los derechos inherentes a las personas y la estructuración del Estado, de tal modo que se garantizara como una barrera infranqueable, la igualdad y la libertad ante la ley.

A continuación, se analizará la separación de poderes y la Constitución escrita, como dos de los principales legales del liberalismo en su concepción original del concepto comprensivo del término Constitución.

4.1 Separación de poderes

Con respecto a la separación de poderes o división de poderes, conocida como *“trias politica”* en latín, que se articula como *“potestas legislativa, rectoria et iudiciaria”*, someramente puede expresarse que se refiere a la división tripartita del poder estatal: legislativo, ejecutivo y judicial.⁴⁴ Si bien es cierto, la separación de poderes surgió de facto en el marco de las luchas acaecidas entre el parlamento

⁴⁴ DROMI CASAS es de la opinión que la expresión "división de poderes", de uso habitual, no corresponde con exactitud al contenido, porque considera que el poder es único. Estima que propiamente la división no es tal, sino más bien una distribución de facultades de los órganos jerárquicos del Estado. No hay que seguir la falsa idea de desvinculación, aislamiento o antagonismo de poderes. La fórmula sintética es: "un poder político unitario, actuante por el cauce de plurales funciones y ejercido por diversos órganos". De la llamada "división de poderes" no resulta más que una separación de funciones y correlativamente una separación de órganos y competencias, pues, en estricta interpretación constitucional, el "poder", el "gobierno", lo integran los órganos máximos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), que lo ejercen por medio de diversas funciones, evitando la concentración autoritaria o la "suma del poder público". VID. DROMI CASAS, José Roberto. *Introducción al Derecho Administrativo*, Madrid: Grouz, 1986, p. 48. Por su parte, ASENSI SABATER considera que "Separación de poderes "no es exactamente lo mismo que "división de poderes", la fórmula canónica que consagrara Montesquieu en sus escritos. La interpolación que la Declaración francesa hace a este respecto, identificando los tres poderes en que se dividen las ramas del Estado con las «funciones» legislativa, ejecutiva y judicial, es algo más que un mero ajuste semántico. Responde al objetivo de jerarquizar tales funciones y reservar un importante papel al Ejecutivo, residenciado en la Corona, allí donde, como en España, la monarquía prevaleció a fin de cuentas. VID. "Liberalismo y constitucionalidad en el constitucionalismo español". *Cuadernos Constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Cedrol*. Valencia: Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia, 2007, no. 58/59, p. 75.

inglés y el monarca,⁴⁵ con anterioridad ya había sido abordado el peligro de concentrar el poder en una sola persona, como habían advertido PLATÓN y HERÓDOTO, siendo este último quien describió el discurso dado por OTANES, el general persa, donde rechazaba la monarquía porque el monarca podía hacer lo que quisiera sin dar cuenta de ello.⁴⁶

Existieron también estudios previos en cuanto a ese tema elaborados por ARISTÓTELES y POLIBIO, entre otros autores. Aunque, debe reconocerse que no fue formulada teóricamente hasta LOCKE y luego desarrollada por MONTESQUIEU, en su libro *Del Espíritu de las Leyes* en 1748.⁴⁷

La formulación realizada por LOCKE aunque incompleta, porque no incluía al poder judicial, supuso una innovación debido a que concebía la separación de poderes como un mecanismo constitucional.⁴⁸ Tiempo después, MONTESQUIEU formuló la clásica versión tripartida de la separación de poderes: ejecutivo, legislativo y judicial.⁴⁹

⁴⁵ GODILLO PÉREZ, Luis Ignacio. "Constitución, constitucionalización y constitucionalismo en la Unión Europea". *Estudios de Deusto*. Bilbao: Universidad de Deusto, julio – diciembre 2005, vol. 53/2, p. 267.

⁴⁶ HANSEN, Mogens Herman, *op. cit.*, pp. 509-510.

⁴⁷ Para HÄBERLE los textos de los clásicos son un modo y una figura especialmente cercanos al ciudadano, por la cual éste puede conocer su Constitución. Una frase de MONTESQUIEU o de John LOCKE, o bien de Friedrich SCHILLER, sobre la división de poderes o la libertad, o de G.E. LESSING, sobre la tolerancia, comunican mejor al ciudadano su Constitución y le dan un fundamento más profundo que el que pueda proporcionarle un manual especializado, por importante que sea. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, *op. cit.*, pp. 46-47.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 267.

⁴⁹ En Latinoamérica Venezuela, Bolivia y Ecuador (con gobiernos de tendencia de izquierda) se apartan de la teoría clásica de la división de poderes y establecen otros adicionales. En el caso de Venezuela (República Bolivariana de Venezuela), en el artículo 136 de su Constitución se determina un sistema de separación del poder en cinco elementos. Los primeros tres corresponden a los tradicionales: ejecutivo, legislativo y judicial. A estos tres, se les adicionó el poder ciudadano y el poder electoral. El poder ciudadano se encuentra regulado en el artículo 173 de la referida Constitución, que prescribe que el mismo se ejerce mediante un Consejo Moral Republicano que se integra con el Defensor del Pueblo, el Fiscal General de la República y el Contralor General de la República. Tiene además tres órganos que son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República. La presidencia del Consejo Moral Republicano es ejercida por uno de los titulares de sus órganos por un año y puede ser reelegido. Por su parte, el poder electoral, se regula en el artículo 292 de la

Es menester tener en cuenta, que como resultado de la revolución liberal se originaron una serie de cambios en distintos ámbitos, sobre todo en lo social, jurídico, económico y político, surgiendo el Estado Liberal que vino a sustituir al Estado Despótico, representado por la monarquía absoluta. Como consecuencia, se produjo un equilibrio en el ejercicio del poder, que con anterioridad se concentraba en una sola persona, el rey.

ALDRETE VARGAS considera que la separación de poderes, ha sido una de las soluciones jurídicas más efectivas en la historia del derecho, pues vino a equilibrar el abuso del poder que se concentraba en una sola persona, y que llegó incluso al extremo del tiranismo.⁵⁰ En efecto, mediante esta separación se persigue evitar la concentración del poder que deviene en forma irreversible en

Constitución, donde se establece que el Poder Electoral se ejerce por el Consejo Nacional Electoral como ente rector y, como organismos subordinados al mismo, se incluyen la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, con la organización y el funcionamiento que establezca la ley orgánica respectiva. Para un estudio más detallado, VID. GONZÁLEZ CRUZ, Fortunato. "La Penta División del Poder en Venezuela". *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 10 – jul. /dic. 2007, pp. 113-123. En el caso de Bolivia, el artículo 123 numeral I prescribe que el Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos. Con relación al poder electoral, se le denomina Órgano Electoral Plurinacional y se le regula en los artículos 205 a 208 de su Constitución. En Ecuador a los tres poderes tradicionales se agregan otros dos poderes o funciones, siendo estas la función de transparencia y control social y la función electoral. La Función de Transparencia y Control Social se regula en el artículo 204 de la Constitución y se expresa que mediante esta facultad, se promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción. El artículo 204 también prescribe que la Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa. En cuanto a la función electoral, el artículo 217 de la relacionada Constitución, determina que la Función Electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía. Además se establece que la Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Ambos órganos tendrán sede en Quito, jurisdicción nacional, autonomías administrativa, financiera y organizativa, y personalidad jurídica propia. Por último, se indica que se regirán por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad.

⁵⁰ ALDRETE VARGAS, Alfredo. *La división de Poderes y el neoconstitucionalismo*, p. 2. <http://www.comaid.org.mx/ensayos.html>

una dictadura, sin que importe la tendencia política que sea, puesto que su esencia no será la de ser considerada como democrática.

Por otra parte, para denominar a un Estado Constitucional como Democrático, es porque el mismo se cimienta en la división de poderes y funciones, en la racionalización y el control del poder, en la legalidad y legitimidad de origen y ejercicio de sus gobernantes.⁵¹ La división de poderes es parte esencial de un sistema democrático que permite restringir el poder, al sustentar un equilibrio del poder político.

En ese sentido, la división de poderes como equilibrio del poder político, se aplicó por primera vez en los Estados Unidos de América como resultado de la teoría de los frenos y contrapesos (*checks and balances*). De esto se originó que el poder ejecutivo además de su atribución inherente de gobernar, se le concediera el derecho a vetar las leyes que aprobara el poder legislativo. Por su parte, el legislativo se escindió en dos cámaras, estableciendo un sistema bicameral con el propósito de evitar la excesiva acumulación de poder en una sola cámara. Y por último el poder judicial se le concedió la potestad de juzgar, dándole independencia como una cualidad inherente al ejercicio de su función, sin embargo, la relevancia del juzgador a diferencia del sistema continental europeo derivaba en que el juez era considerado uno de los primeros poderes políticos de dicho país, de acuerdo con TOCQUEVILLE.⁵²

Con la división de poderes se pretendía que el poder no se concentrara en uno solo, sino que las funciones más primordiales del Estado: legislar, administrar y juzgar, contaran con mecanismos propios de control.⁵³ Ahora bien, estos

⁵¹ BAZÁN, Víctor. "En torno al Estado de Derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina", *op. cit.*, p. 19.

⁵² TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 106.

⁵³ La Corte de Constitucionalidad en ese aspecto consideró en sentencia del 19 de mayo de 1992; expediente 113-92, lo siguiente: "El sentido de la distribución del poder estatal en diversos órganos no es básicamente la de distribuir funciones entre ellos con el objeto de obtener un desempeño eficiente; su fin primordial es que al desarrollar separada y coordinadamente sus funciones, tales órganos se limiten recíprocamente, de forma que cada uno de ellos actúe

mecanismos de control a los que hay que agregar la mutua coordinación entre los referidos órganos, relativizan la forma en que fue concebido el sistema de división de poderes. Así lo estimó la Corte de Constitucionalidad de Guatemala,⁵⁴ al considerar que:

“La Constitución Política de Guatemala adopta un sistema de división de poderes atenuado por la existencia de una mutua coordinación y de controles entre los diversos órganos, que al desempeñar las funciones estatales, se limitan y frenan recíprocamente; en los sistemas constitucionales modernos la división de poderes no implica una absoluta separación sino una recíproca colaboración y fiscalización entre tales órganos con el objeto de que los actos producidos por el Estado se enmarquen dentro de una unidad jurídico-constitucional”.

Para concluir este aspecto, como se ha expuesto, la división de poderes es esencial para la existencia de un Estado Democrático al permitir el equilibrio de los mismos y evitar de esa manera su ejercicio arbitrario por uno solo de esos poderes, en detrimento de los otros. Es innegable que el poder debe limitarse, puesto que como asevera BAZÁN, un postulado vertebral del Estado de Derecho es justamente el sometimiento de todo el poder al Derecho.⁵⁵

La ausencia de ese equilibrio resulta en contraposición, en un detrimento cualitativo de la democracia, que dependiendo de su gravedad puede eliminarla o bien, mantener una aparente división, pero concentra el poder en un solo órgano.

dentro de la esfera de su competencia y constituya un freno o contrapeso a la actividad de los demás, es decir, que ejerzan entre sí un control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad.”

⁵⁴ Corte de Constitucionalidad, sentencia de 19 de mayo de 1992, expediente 113-92.

⁵⁵ BAZÁN, Víctor. “En torno al Estado de Derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina”, *op. cit.*, p. 18.

4.2 Constitución escrita

El segundo de los instrumentos limitativos del poder estatal es el establecimiento de una constitución escrita, la cual para el constitucionalismo liberal garantizaba la libertad y la igualdad de las personas frente la ley.⁵⁶

La concepción restrictiva de la Constitución en cuanto al poder estatal surgió como consecuencia del sistema liberal, que con su fuerte influencia la conceptualizó como un límite al poder del Estado. Es en ese orden de ideas, que el concepto de Constitución escrita se considera relativamente reciente, puesto que se originó en el siglo XVIII al surgir diversos documentos que pretendían regir la organización política de la sociedad.

Al respecto, es a partir del siglo XVIII cuando empiezan a aparecer documentos en los que se pretende fijar por escrito normas jurídicas a las que debía responder la organización política general de la sociedad, con especial interés en los órganos y en los procedimientos mediante los cuales se debe ejercer el poder, así como la forma en que se relacionan tales órganos con los individuos.⁵⁷

Fue específicamente en 1787, luego de finalizada la guerra de independencia de los Estados Unidos de América, que este país se convirtió en el primero en el mundo en promulgar una Constitución escrita que plasmaba los principios de los filósofos de la ilustración. Ya desde su preámbulo se advertía: “NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa

⁵⁶ LUCAS VERDÚ, Pablo. “Dimensión axiológica de la Constitución”, *Anales*: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997, no. 74, p. 99, manifiesta que: “El constitucionalismo liberal insistió, desde sus inicios, en la redacción articulada de los documentos fundamentales. En la escritura y en la codificación veían una garantía de la libertad y de la igualdad frente a las leyes fundamentales del Antiguo Régimen considerando sus parcas referencias escritas, ejemplos del *goticismo constitucional*.”

⁵⁷ VID. al respecto MORA-DONATTO, Cecilia. “El valor de la Constitución normativa”, *Serie Ensayos Jurídicos* Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002, no. 8, p. 5.

común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCION.”

No solo se plasmaron principios del Iluminismo, sino que se reconocía explícitamente el poder constituyente que había originado el referido instrumento: el pueblo.⁵⁸ Es así que, la idea que todo gobierno debería fundarse en un pacto o contrato social se tradujo en la aprobación de una Constitución escrita para cada uno de los Estados, que normalmente era precedida por una declaración de derechos.⁵⁹

El término “Constitución”, de acuerdo con GUASTINI es “comúnmente utilizado para designar un específico documento normativo, o sea un texto, formulado en una lengua natural, y expresivo de normas (jurídicas), que formula y recoge si no todas, al menos la mayor parte de las normas materialmente constitucionales de un ordenamiento determinado”.⁶⁰ Y esas “normas materialmente constitucionales”, las escinde a su vez en dos grupos específicos: a) normas que confieren derechos de libertad a los ciudadanos, regulando de esa forma las relaciones entre los ciudadanos y el poder político y b) normas sobre la legislación y, más en general, normas que confieren poderes a los órganos del Estado, regulando así la organización del poder.⁶¹

La preponderancia otorgada a la Constitución, posibilitó ejercitar el control de constitucionalidad y se concretizó primigeniamente con la decisión del juez

⁵⁸ Situación distinta sucedió en Europa, pues de acuerdo con MORA-DONATTO, Carla, *op. cit.*, p. 25. “En el Continente Europeo, por el contrario, el Poder Constituyente ha sido un concepto problemático desde sus orígenes. No por razones teóricas, sino por motivos exclusivamente históricos y porque de manera inexorable se encuentran vinculados los conceptos de Poder Constituyente y soberanía popular, por tanto, mientras dicho principio no fue abiertamente reconocido en Europa el ejercicio del Poder Constituyente fue atribuido a los poderes constituidos, como el parlamento o el rey.”

⁵⁹ TUSSELL GÓMEZ, Javier. *Historia política y social moderna y contemporánea*, Madrid: UNED, 1997, 3ª edición, vol. 1, p. 163.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 34.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

MARSHALL en el afamado caso *Marbury Vs. Madison*,⁶² donde se reconoció la supremacía constitucional (*The Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature*).⁶³

Entonces, la regulación estructural del poder se encuentra en la Constitución, a la cual se sujetan los poderes del Estado pues, como sostiene DE OTTO:⁶⁴

“Con ello la palabra Constitución o constitucional ya no designa un régimen, sino una norma a la que han de sujetarse todos los poderes del Estado. La finalidad garantista del constitucionalismo ya no se asegura tan sólo con una organización y desde la confianza en su buen funcionamiento, sino que se persigue también normativamente.”

Es así, que CEA EGAÑA acertadamente asegura que se produce el “proceso de imperio del Derecho sobre el Poder a través de una Constitución escrita.”⁶⁵ La Constitución escrita sirve para plasmar en un documento la sujeción

⁶² Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, *Marbury Vs. Madison*, 5 U. S. (1Cranch) 137 (1803).

⁶³ Esta sentencia es de suma relevancia en el constitucionalismo. Representa el reconocimiento jurisprudencial de la supremacía constitucional. Es decir, la Constitución ya no sería una norma más dentro del ordenamiento jurídico, sino la ley suprema a la cual se sujetarían las otras leyes. Además, permitió el control constitucional de una norma inferior. Es decir, facultó a los juzgadores a ejercer el control de constitucionalidad en casos concretos. Significó un gran avance en el decurso constitucional y un excelso aporte del constitucionalismo estadounidense. DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. “Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional: una mirada (de soslayo) al constitucionalismo”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, julio – diciembre 2009, v. 4, n. 2, p. 13, lo expone de la siguiente manera: “A partir de ese momento, los jueces se convierten en los auténticos guardianes de la Constitución y asumen la misión, en primer lugar, de juzgar la constitucionalidad de las normas jurídicas y, por tanto, su coherencia con las normas sobre producción de normas contenidas en la Constitución, y, en segundo lugar, de definir mediante la interpretación el sentido genuino de las cláusulas constitucionales. Esa es la gran novedad del constitucionalismo americano: hacer de la Constitución la verdadera norma fundamental del ordenamiento sobre el cual se erige como ley suprema y atribuir a los jueces la facultad de invalidar toda norma contraria a la Constitución, aunque provenga del legislador.”

⁶⁴ DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*, Madrid: Ariel, 1999, p. 14.

⁶⁵ CEA EGAÑA, José Luis. “Revisión de la Teoría de la Constitución”, *Revista de Derecho* (Valdivia), diciembre 1992, vol. III, No. 1-2, p. 86.

del poder a la misma, lo que ciertamente origina el sometimiento del poder estatal a lo establecido en el texto constitucional.

El surgimiento de la Constitución escrita como un dispositivo limitador del poder fue relevante en la historia del Constitucionalismo, pero aún faltaba un desarrollo más revelador de la protección constitucional de los derechos fundamentales de las personas a los que respondía la Constitución liberal. La limitación del Estado ya no sería la parte central, sino que cedería su lugar al aspecto de aseguramiento de los derechos.

Para ello se convertiría en un mecanismo de protección integral de los derechos de las personas, superando la literalidad del positivismo, basado exclusivamente en el texto legal, para acrecentar una metodología interpretativa más proteccionista basada en principios jurídicos nominados e innominados en su contenido y en la axiología que la misma propugna,⁶⁶ así como en la defensa del reconocimiento de la fuerza normativa del texto constitucional.

5 De la Constitución liberal a la Constitución protectora del ser humano: Constitucionalismo de Estado relevado por el Constitucionalismo humanista

La influencia de la ilustración en la propugnación de la libertad produjo irremediablemente el surgimiento del deseo de combatir el ejercicio tiránico, mediante la restricción del poder del Estado reduciéndolo a su mínima

⁶⁶ CRUZ, Luis M. “La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo”, *DÍKAION*, 2009, vol. 23, no. 18, p. 17, expone: “La concepción de la Constitución como orden de valores u orden objetivo axiológico, que conforma la vida social y demanda su aplicación en todos los ámbitos del Derecho, tiene su punto de partida en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. El punto culminante lo constituye la sentencia *Lüth*, de 1958, donde se establecen los conceptos centrales de valor, ordenamiento valorativo, jerarquía valorativa y sistema de valores, en los que se apoyará posteriormente el Tribunal Constitucional en numerosas decisiones. Sin embargo, el Tribunal había ido perfilando dichos conceptos en algunas sentencias anteriores, como las de 1952 y 1956, en las que se prohibieron los partidos políticos *Sozialistische Reichspartei* (SRP) y *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD), respectivamente, así como la sentencia *Elfes*, de 1957.”

intervención. Es de esa forma que la inteligibilidad constitucional más habitual del liberalismo se centralizaba en la limitación al poder, al concebir la Constitución intrínsecamente como un instrumento que regulaba la estructura y la actividad del Estado en defensa de la libertad. Pero para ellos, no todo Estado tenía Constitución, sino únicamente los Estados liberales, puesto que los Estados despóticos no contaban con ella, al no encontrarse limitados sus poderes por un instrumento político y jurídico de carácter escrito, que no solo garantizaba los derechos de los ciudadanos frente al poder estatal, sino que establecía plenamente la escisión del poder en tres organismos.

Ahora bien, en la actualidad se ha producido una transición en la percepción de la Constitución y en su eficacia. Es destacable el paso desde un Constitucionalismo del Estado, preferentemente orientado a definir las competencias de los órganos públicos y a configurar sus lineamientos básicos sobre el principio de separación de funciones, a un Derecho Constitucional centrado en la persona y en sus derechos inherentes e inalienables.⁶⁷ No obstante, la gran diferencia que existe entre la Constitución liberal y la Constitución democrática, es que esta última constituye una norma jurídica suprema que sirve de fuente a las otras y ya no una simple norma jurídica de eficacia limitada.⁶⁸

⁶⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ. Miguel Ángel: "Los Derechos Fundamentales en 25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional", 1980-2005, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Número 33, Santiago de Chile: Publicación del Tribunal Constitucional, 2006, p. 12.

⁶⁸ Para el efecto, VID. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., quien ha sido fundamental para que se logre el reconocimiento de la Constitución como una norma especial, una norma de normas, y ya no como una norma jurídica cualquiera. VID. MORA-DONATTO, Cecilia, op. cit., pp. 16 y 17, Agrega esta autora que el mundo del Derecho empieza en la Constitución y no en la ley. Por eso, lo que distingue a las Constituciones del siglo XX frente a la Constitución del XIX son las *garantías constitucionales*, es decir, las garantías de la soberanía popular frente a la soberanía parlamentaria, las garantías de la Constitución frente a la ley. Mientras que la Constitución del siglo XIX es una *Constitución flexible* en la que no existen límites jurídicos para el legislador y en la que en consecuencia, no puede plantearse el control de constitucionalidad de la ley, la Constitución del siglo XX va a ser una *Constitución rígida*, únicamente reformable a través de un procedimiento distinto del procedimiento legislativo ordinario y considerablemente agravado con respecto a éste, con base en el cual se va a ir afirmando progresivamente el control de constitucionalidad sobre los actos del legislador.

Al ya no considerarla exclusivamente como una limitación al poder estatal sino más bien, dentro de una concepción ontológica humanista de carácter personalista, se coloca a la persona como centro de un humanismo integral en el que se prioriza el respeto de sus derechos fundamentales, es decir, de conformidad con la afirmación de la Corte Constitucional de Colombia: “En el constitucionalismo humanista, el hombre es el centro de la atención del Estado”⁶⁹ Es el Estado el que debe encuadrar su actuación a favor de la persona, pues como observa NOGUEIRA ALCALÁ, la persona es el objetivo y finalidad de toda la actuación estatal y el poder público se encuentra al servicio de la dignidad y los derechos de la persona humana, siendo estos aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales.⁷⁰

La Constitución con este avance deja de ser un instrumento jurídico constreñido a regular la organización estatal y de ser considerado únicamente como limitativo del poder público, que contemplaba además una serie de derechos programáticos sin eficacia directa, a un verdadero instrumento de protección de los derechos de las personas y de eficacia directa en cuanto a su aplicación en cualesquiera de las distintas disciplinas jurídicas. Por ello es que se afirma que las Constituciones concebidas inicialmente para la organización y limitación de los poderes públicos, han devenido en textos jurídicos al alcance de las personas y de los grupos que ellas forman e integran voluntariamente, susceptibles de ser esgrimidas en la defensa de sus derechos, especialmente, ante los Tribunales y ello no solo en causas de relevancia constitucional, sino que en cualquier materia de litigación.⁷¹

Este carácter personalista que en la actualidad se le reconoce a las Constituciones Políticas, ha provocado una modificación en la estructura nuclear

⁶⁹ VID. Sentencia de 24 febrero de 2,000. Expediente T-261276.

⁷⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. *Ius et Praxis*, 2003, vol. 9, núm. 1, p. 404.

⁷¹ *Ibidem*, p. 12.

del Constitucionalismo. Ahora es como se ha manifestado, la persona humana el fin supremo de la sociedad y del Estado. El carácter humanista y personalista de la Constitución Política de la República de Guatemala se visibiliza desde su preámbulo, al reconocer axiológicamente lo siguiente:⁷²

“[I]a primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, reconocimiento a la familia como génesis primaria y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y al Estado como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.”

Actualmente la Constitución se constituye en una *lex supremae* y en una real *norma normarum* esencial en la vida jurídica interna de un país, que además de perseguir la inobservancia de un poder omnímodo estatal, pretende ser una verdadera norma con fuerza normativa resultante del consentimiento social en su creación.⁷³ Contiene un amplio barómetro de derechos fundamentales protectores de las personas y a su vez, contempla mecanismos de control constitucional que garanticen la protección de esos derechos. Pero su visualización ha cambiado, pues como manifiesta BAZÁN:⁷⁴

⁷² EZQUIAGA GANUZAS, Javier, con relación a la importancia del preámbulo, expone que la Constitución además de ser un acto normativo es un acto político y su preámbulo es seguramente la más política de sus partes. Agrega que entre la doctrina es unánime la opinión de que en el mismo se expresan motivaciones políticas o lo que se ha denominado la “fórmula política” de la Constitución, de tal modo que su valor declaratorio-político y su utilidad para crear el llamado “sentimiento constitucional” es muy importante. Delo anterior concluye que la Constitución marca las pautas del juego político y el preámbulo es el lugar de la Constitución donde se exponen sus principios y motivaciones políticas fundamentales. *VID.* “Concepto, valor normativo y función interpretativa de las Exposiciones de Motivos y Preámbulos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 1988, no. 20, p. 39.

⁷³ En ese sentido MORA-DONATTO. Celia, *op. cit.*, p. 6, manifiesta que: “La fuerza normativa de la Constitución descansa, más que en las demás normas, en el consentimiento de la sociedad, en la aceptación por parte de ésta de la Constitución como el mejor instrumento para ordenar jurídicamente los conflictos políticos que en aquélla se producen.”

⁷⁴ BAZÁN, Víctor, “En torno al Estado de Derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina”, *op. cit.*, p. 22.

“[p]or medio del bloque axiológico que aglutina valores, principios, y derechos, en un sistema que tiene como centro a la persona humana, la Constitución ya no admite ser visualizada desde el poder, sino desde la persona, de modo que su eje no es la organización del poder sino el núcleo material de valores, principios y derechos que asigna a la misma Constitución una unidad de orden y de sentido.”

Porque como en definitiva lo asevera CEA EGAÑA, el imperio del derecho y por lo mismo, la sumisión del poder a un ordenamiento jurídico justo es la clave de la democracia humanista.⁷⁵ Este carácter personalista que se reconoce en las Constituciones Políticas, prioriza la observancia de valores principios y derechos en su protección. Ahora es, como se ha manifestado, la persona (tanto individual como socialmente) el fin supremo de la sociedad y del Estado, como en realidad debe ser.

6. RELACIÓN DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL

6.1 Importancia del Derecho Constitucional

En los apartados precedentes, se ha realizado una descripción en forma individualizada, de la significación constitucional y de los elementos del Derecho Penal contemporáneo. Además, se trató de resaltar de modo breve pero no por ello superficial, la trascendencia que en el ámbito jurídico actual poseen ambas

⁷⁵ CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho y Constitucionalismo en el cambio de época”, *Revista de Derecho Público*, 2012, vol. 76, p. 40. Específicamente manifiesta: “[e]l imperio del derecho y, por lo mismo, la sumisión del poder a un ordenamiento jurídico justo son la clave de la democracia humanista que propugnamos y en la cual confiamos para el futuro, interna e internacionalmente. Por ende, se sostiene aquí que cuando el poder se impone al derecho, desaparece la política, en el sentido axiológicamente valioso que hemos defendido. En su lugar, se sufre la hegemonía de la dominación sin límites reales, es decir, de la dictadura en sus variaciones más blandas, como el autoritarismo, o en las más duras y devastadoras, esto es, la tiranía o el despotismo.”

disciplinas jurídicas. Ahora bien, corresponde en este apartado exponer la intrínseca relación que las mismas guardan y justificar la importancia que deben tener las referidas disciplinas en la discusión académica y en el ejercicio de la profesión del abogado constitucionalista y del abogado penalista.

En el ámbito contemporáneo resulta inexorablemente vinculante la relación producida entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal. Esta relación entre ambas disciplinas jurídicas no es nueva, pues como sostiene TIEDEMANN,⁷⁶ es un tema presente en los tratados de ambas disciplinas desde los tiempos de la ilustración.⁷⁷ En efecto, de todas las disciplinas jurídicas es muy probable que sea el Derecho Penal el que más se relaciona con el Derecho Constitucional, debido a los bienes jurídicos de carácter primordial que el mismo pretende proteger y que se ven afectados por la intervención estatal o por la carencia o insuficiencia de una política criminal efectiva por parte del Estado.

Desde una concepción axiológica, se incluyen valores inalienables e imprescindibles del ser humano, como la vida, la libertad, la salud, etc., que el Estado pretende proteger, con el propósito de lograr el mantenimiento de la convivencia social.⁷⁸

⁷⁶ TIEDEMANN, Klaus. "Constitución y Derecho Penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, septiembre – diciembre 1991, año 11, no. 33, pp. 145 y 146.

⁷⁷ A ese respecto, TIEDEMANN, *Ibidem*, p. 146, lo explica de la siguiente manera: "Esas ideas fundamentales que comportan la limitación del Estado en su más grave expresión como poder punitivo, originariamente tan sólo como fórmulas programáticas y políticas, se han venido repitiendo desde la Revolución francesa y durante doscientos años en los textos constitucionales y en los Códigos Penales, si bien en amplitud y precisión diversas. La lucha por el Estado liberal de Derecho, a imagen del movimiento constitucional de los Estados Unidos de América, fue también en la Alemania el siglo XIX la lucha por un proceso penal justo y con garantías, algo que hoy resulta evidente."

⁷⁸ En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que contiene el Código Penal de España, se expone lo siguiente: "Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de «Constitución negativa». El Código Penal ha de tutelar los

La Constitución Política no solo contempla las bases que rigen el sistema jurídico y político de un país, sino que además, contiene una serie de derechos fundamentales, valores y principios democráticos⁷⁹ que son propios de un verdadero Estado de Derecho.⁸⁰ Estos dentro de una concepción jurídica proteccionista de los derechos humanos, deben ser defendidos indefectiblemente por el conglomerado social mediante la utilización de los mecanismos de defensa contemplados en la legislación ordinaria, así como de los instrumentos de protección que específicamente se encuentran regulados en la propia Constitución por ese motivo.

Como se ha expresado, la Constitución no solo es una norma política sino también una norma jurídica o manifestación suprema del ordenamiento jurídico,⁸¹ ya que en ella se encuentran las bases de todas las disciplinas del derecho, lo que ROSSI llamaría «*les têtes de chapitres*». Efectivamente, de acuerdo con esta denominación las diferentes disciplinas jurídicas se fundamentan en la Constitución dada su propia naturaleza de norma suprema, pues a la larga, directa o indirectamente, toda rama del Derecho tiene su punto de apoyo en la Constitución, como acertadamente lo afirma GARCÍA BELAUNDE.⁸²

valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar.”

⁷⁹ De esa forma, en el propio preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, se establece la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; y se reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.

⁸⁰ Es precisamente dentro de este ámbito, que BARRIENTOS PELLECCER, César. *Los Poderes Judiciales. Talón de Aquiles de la Democracia*. Ciudad de Guatemala: Magna Terra Editores, 1996, p. 15, expresa que: “En el largo proceso de evolución social, la historia demuestra que la mejor forma de ejercer el poder es a través del derecho. La organización política-jurídica de un pueblo soberano, establecido en un territorio determinado para garantizar a sus habitantes el goce de derechos y libertades individuales y la realización del bien común es lo que se conoce como Estado de Derecho.”

⁸¹ LANDA ARROYO, César. “Interpretación y Aplicación de la Ley Penal”, en *Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, p. 76.

⁸² En ese sentido, GARCÍA BELAUNDE, domingo, dice lo siguiente: “La Constitución es un conjunto articulador; es decir, una especie de eje central que ordena o pretende ordenar el resto del ordenamiento jurídico, al cual se concibe como una unidad. A diferencia del Derecho civil y

En tal sentido, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de Perú⁸³ consideró que el análisis de las instituciones jurídicas que realiza el referido Tribunal, es un desarrollo que necesariamente debe tener su punto de partida en la propia Constitución. Lo anterior, debido a que ese Tribunal aprecia que es la Ley Fundamental en los actuales Estados constitucionales democráticos la que establece los principios fundamentales tanto del Derecho público como del Derecho privado. Estimó además, que en la medida que la Constitución es una norma jurídico-política y manifestación suprema del ordenamiento jurídico, en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho.

La Constitución se encuentra estructurada formalmente por normas jurídicas, pero en su conjunto, no se trata de un cuerpo normativo cualquiera, sino de una norma especial, que modernamente ha dejado de ser considerada como un conjunto de normas jurídicas con poco valor práctico.⁸⁴ Es decir, ha dejado de ser considerada como una mera “norma programática”, repleta de ideales, pero de poco valor práctico para convertirse en una norma de normas con la suficiente fuerza normativa⁸⁵ para que, con base a su característica de supremacía, irradiar

del Derecho penal que son conjuntos normativos específicos cerrados en sí mismos con poca o ninguna relación con el resto de áreas del Derecho (aun cuando sea general su ámbito de aplicación), la norma constitucional tiene como obligación fundamental ser el eje propulsor y unitario de todo el mundo jurídico, siendo así exacto lo que en el siglo pasado afirmó Pelegrino Ross, de que la Constitución es tan sólo el encabezamiento (tetes de Chapote) de todo el ordenamiento jurídico (en este sentido, la totalidad del ordenamiento puede ser comparado con un libro y cada capítulo como una determinada rama del Derecho; pues bien, la Constitución debería ser o es el título que tiene cada capítulo de la obra; el que señala los grandes contenidos, pero no los describe ni los explica en detalle).” La interpretación Constitucional como problema. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, octubre – diciembre 1996, no. 86, p. 28.

⁸³ Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 17 de octubre de 2005, EXP. N.º 7451-2005-PHC/TC.

⁸⁴ SAGÜES, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1988, p. 3, expone lo siguiente: “[I]a Constitución ya no es sólo la norma suprema dirigida a condiciones de forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través el tamiz de la ley, sino que es la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social. Como escribe Guatiní, la función política de las Constituciones puede entenderse de dos formas: Bien como límite al poder, bien como instrumento de modelación del orden social ...”

⁸⁵ De acuerdo con CARBONELL, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén, la aplicación directa de las normas constitucionales constituye una condición para la constitucionalización del ordenamiento

las distintas disciplinas normativas e incluso declarar su inaplicabilidad en casos concretos o expulsar del ordenamiento jurídico en casos generales, aquellas normas jurídicas que la contradigan.

Debe recordarse, que desde el punto de vista de la supremacía formal de la constitución, siguiendo la construcción unitaria del ordenamiento jurídico promulgada por el autor austriaco Hans KELSEN, las fuentes y las normas del derecho positivo, debían ser sistematizadas de acuerdo con su nivel jerárquico y de eficacia, derivado de ello, en un estadio de desarrollo superior.

La Constitución constituye una *norma normarum* que fundamenta y proporciona validez a las demás normas jurídicas. Es decir, la misma se constituye en una fuente de fuentes del derecho, por medio de la cual el ordenamiento jurídico debe adecuarse ineludiblemente a lo establecido en la Constitución.⁸⁶ Pero, también es cierto que no se incluyen dentro de la misma únicamente disposiciones, sino que además de reglas, se encuentra constituido por principios

jurídico y tiene que ver con dos cuestiones: a) el entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; y b) que todos los operadores jurídicos, en particular los jueces, pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o de principio. Agregan que estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional. “¿Qué es la Constitucionalización en el Derecho?”, *Revista Quid Iuris*, 2011, no. 15. p. 37

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. *Op. cit.*, pp. 49-50, explica, respecto de la supremacía de la Constitución, que: “[l]a Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución [...] una Ley será válida o un Reglamento vinculante. En este sentido, es la primera de las “normas de producción”, la norma normarum, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia [...] o duración [...], lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido” Por su parte, VERNET I LLOBET, Jaume. “Sistema de Fuentes y la Constitución”, en *Temas de Derecho Constitucional* (1). Barcelona: Cedes Editorial, 1998, p. 612, manifiesta que: “La supremacía formal presupone que la Constitución constituye la fuente de fuentes del derecho (*norma normarum*) y que la constitución goza de una rigidez especial”, mientras que “La supremacía material tiene como consecuencia la limitación del contenido de todas las demás normas. Esta limitación consiste en la adecuación de todo el Ordenamiento jurídico a la Constitución”.

y valores que el Estado pretende proteger con su implementación en el texto constitucional, siendo su carga axiológica muy importante.⁸⁷

Ahora bien, específicamente la relación del Derecho Constitucional respecto del Derecho Penal, se manifiesta en la influencia que ejerce la constitución sobre el mismo, puesto que dado el carácter supremo de las disposiciones normativas contenidas en la Constitución, se establecen las bases fundamentales en virtud de las cuales deben fundamentarse las leyes secundarias.

De tal manera, que si las disposiciones normativas de carácter penal (infraconstitucionales) son contrarias a las normas constitucionales, entonces podrían ser expulsadas del ordenamiento jurídico, o bien, inaplicadas al caso concreto, dependiendo de los sistemas que en materia de inconstitucionalidad rijan en cada país. También puede considerarse, que en el Derecho Penal, tanto material como adjetivo, deben observar los principios, valores y derechos constitucionales. Entre estos se pueden mencionar los siguientes: igualdad, legalidad, inocencia, debido proceso, libertad, justicia, entre otros.

Además, el Derecho Penal tiene que encontrar la coherencia indispensable para que su observancia no contradiga el texto constitucional, porque en definitiva las bases del Derecho Penal deben buscarse en la Constitución.⁸⁸ Incluso la

⁸⁷ Resulta muy interesante observar lo manifestado por ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*, traducido por José M. Saña. Barcelona: Gedisa, Segunda Edición, 2004, p. 159, en relación a la ponderación que debe otorgarse a los principios y valores. Al respecto, el citado autor expresa: "La Constitución no es ya solo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estados social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. En la aplicación del derecho esto se muestra en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por una ponderación según valores y principios constitucionales."

⁸⁸ LANDA, César, *op. cit.*, p. 76, presenta una amplia exposición al respecto: "en última instancia, las bases del derecho penal no hay que buscarlas en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático. Esa influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal a menudo se hace concreta en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución. Por un lado, debido a que este tribunal no solo se limita a aplicar, sin más, las instituciones «propias» del derecho penal y desde el derecho penal y, por otro, a que también asume un rol activo, en cuanto se determina y otorga contenido, por medio de sus sentencias, a las instituciones penales. Así, hace a la dogmática penal conforme –de manera concreta o abstracta– con el derecho constitucional."

dogmática penal no es ajena al influjo preponderante que ejerce el Derecho Constitucional, lo que se materializa sobre todo en las interpretaciones realizadas en ese sentido. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional del Perú⁸⁹, al manifestar:

“La influencia del Derecho Constitucional sobre la dogmática penal se concretiza en la actuación del Tribunal Constitucional en tanto supremo intérprete de la Constitución, porque el Tribunal no se limita a analizar y aplicar; las instituciones “propias” del Derecho penal y desde el Derecho penal sino que también determina el contenido a través de su interpretación y el de sus sentencias de las instituciones penales, haciéndolas conformes de manera concreta o abstracta con la Constitución. Es pues a través de la interpretación constitucional que el Tribunal contribuye a superar las limitaciones de la dogmática penal.”

A la exigencia de la supremacía constitucional,⁹⁰ se adiciona la función que desempeña el Tribunal Constitucional, que es la defensa del orden constitucional.⁹¹

⁸⁹ Tribunal Constitucional de Perú, sentencia del 17 de octubre de 2005. EXP. N.º 7451-2005-PHC/TC.

⁹⁰ Con relación a la supremacía constitucional, Nogueira Alcalá, HUMBERTO. “Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales”. *Revista de Derecho*. 2003, vol. 14, p. 43, considera que: “La supremacía constitucional es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas jurídicas que se tiene por fundamentales y esenciales para preservar la forma política del Estado, su sistema de valores y el sistema de fuentes formales del derecho. La Constitución asegura y garantiza los principios y reglas que determinan la convivencia en dicha sociedad política. Ella determina las normas fundamentales de carácter sustantivo y establece el procedimiento de creación de las demás normas internas del Estado y la forma de incorporar y darle eficacia a las normas provenientes del Derecho Internacional. La supremacía constitucional afirma el carácter normativo de la Carta Fundamental, lo que tiene como consecuencia admitir que las normas inferiores no pueden contradecirla.”

⁹¹ LANDA ARROYO, César, *op. cit.*, p. 76, comenta en qué consiste la actuación del Tribunal Constitucional, al manifestar que: “Esa influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal a menudo se hace concreta en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución. Por un lado, debido a que este tribunal no solo se limita a aplicar, sin más, las instituciones «propias» del derecho penal y desde el derecho penal y, por otro, a

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ expone que cuando existe un Tribunal o Corte Constitucional, la tendencia en el Constitucionalismo Humanista es concederle a ese órgano la primacía final en la interpretación de la Carta Fundamental, pues considera que de esa forma se produce uniformidad hermenéutica, quedando sometido a su escrutinio incluso el juez ordinario.⁹²

La jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional es de suma importancia para efectos prácticos, tanto en la resolución de casos concretos, como en su análisis doctrinario. Se erige este Tribunal como el máximo intérprete constitucional y en la última barrera de protección jurídica del Estado Democrático de Derecho, como sucedió en Guatemala en 1993.⁹³

que también asume un rol activo, en cuanto se determina y otorga contenido, por medio de sus sentencias, a las instituciones penales. Así, hace a la dogmática penal conforme –de manera concreta o abstracta– con el derecho constitucional. Precisamente, es por medio de la interpretación constitucional que el Tribunal Constitucional ha contribuido de manera positiva a superar las limitaciones de la dogmática penal para hacer frente a fenómenos que, como el terrorismo y la corrupción, han puesto en cuestión el propio sistema democrático-constitucional. Por ello, en el presente artículo se realiza un estudio acerca de la interpretación constitucional, para después analizar, por un lado, cómo ha interpretado el Tribunal Constitucional el principio de legalidad penal y, por otro, si este puede realizar un control de la tipificación penal.”

⁹² *Op. cit.*, p. 15.

⁹³ Es preciso recordar la labor desarrollada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en 1993. El entonces Presidente de la República de Guatemala, Jorge Serrano Elías, había emitido un decreto denominado “Normas Temporales de Gobierno” mediante el cual justificaba el mantenimiento de vigencia de la Constitución Política de la República de 1985 –que es la actualmente vigente– aunque interrumpía la vigencia de determinadas normas de la misma. Entre ellas se encontraban la libertad de acción, la detención legal, el interrogatorio a detenidos o presos, inviolabilidad de la vivienda, derecho de reunión y manifestación, libertad de expresión y de portación de armas. Con ello trataba de justificar el denominado “autogolpe de Estado”, un golpe de Estado atípico porque era producido por el propio Presidente Constitucional de la República contra los otros dos organismos del Estado. Por medio del mismo pretendía asumir temporalmente las funciones de los poderes legislativo y judicial, ordenando su disolución. Además, se establecía la supresión de la Corte de Constitucionalidad, del Procurador de los Derechos Humanos y el del jefe del Ministerio Público. Ante ello, los Magistrados de la Corte de Constitucionalidad se reunieron y de oficio dictaron una sentencia por la cual declararon la inconstitucionalidad del referido decreto que contenía las citadas “Normas Temporales de Gobierno”, para el efecto, consideró lo siguiente: Los actos realizados por el presidente de la República antes referidos y los actos que de ellos se deriven, no solo transgreden determinados artículos constitucionales, sino que representan el rompimiento del orden constitucional, situación que no puede pasar inadvertida para esta Corte, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Consecuentemente, procede declarar que los actos realizados por el presidente de la República adolecen de nulidad ipso jure y, por lo tanto, carecen de toda validez jurídica, por lo que es imperativo para este tribunal hacer la declaratoria correspondiente y dejar sin efecto aquellas disposiciones restableciendo así el orden jurídico quebrantado”.

6.2 Constitucionalización del Derecho Penal

La relación entre Derecho Constitucional y el Derecho Penal es enorme. De tal manera, que los principios propios del Derecho Penal han sido constitucionalizados. Efectivamente, desde el surgimiento del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCF) –*Bundesverfassungsgericht*–, con sede en Karlsruhe,⁹⁴ en 1951, y luego Italia, en 1956 con la creación de su Corte Constitucional –*Corte Costituzionale*–⁹⁵. Fueron pues, estos dos países los primeros en Europa en adoptar el modelo de tribunales constitucionales independientes y de permanecer en actividad hasta la fecha. España⁹⁶ instituyó dicho tribunal en 1978 con el surgimiento del Tribunal Constitucional.⁹⁷

Posteriormente, para cumplir con las formalidades de ley, debía de publicarse la sentencia que había emitido la Corte de Constitucionalidad. Sin embargo, las autoridades encargadas de su publicación se negaron a ello, por lo que la Corte emitió otra resolución en la cual requería el apoyo de los ministros de Gobernación y de Defensa, con el propósito que prestaran el auxilio necesario para hacer cumplir la sentencia dictada, mediante la publicación de la misma. Es así como el Ejército invitó por medio de una cadena nacional de radio y televisión a la Corte a una reunión en el Palacio Nacional, debido a que la Corte sesionaba clandestinamente, puesto que la Policía había ocupado su sede. En esa reunión se le notificó al ministro de la Defensa el contenido del auto y él informó a la Corte, que el ejército había decidido acatar lo ordenado y que el Presidente de la República había decidido abandonar el cargo antes de reestablecer el orden constitucional. De esa manera, se reestableció el respectivo orden constitucional. VID. GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. “Justicia Constitucional y Defensa de la Democracia. El Golpe de Estado en Guatemala en 1993, en *Cuestiones Constitucionales*. Número 2, enero – junio 2000.

⁹⁴ Este Tribunal se compone de dos senados, cada uno de los cuales se conforma con ocho miembros. Cuatro son elegidos por un comité del *Bundestag* y los cuatro restantes por el denominado *Bundesrat*, con una mayoría de dos tercios. Lo anterior, provoca irremediablemente que se busquen acuerdos o compromisos entre el partido político gobernante y la oposición. Esto permite garantizar la independencia política y la imparcialidad de los jueces, dos aspectos trascendentales en un Estado Democrático de Derecho. La composición del Tribunal Constitucional Federal Alemán, se encuentra regulada por el artículo 94 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

⁹⁵ El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 135 de la Constitución de la República de Italiana, se compone con quince jueces, los cuales son nombrados por: el Presidente de la República (un tercio); el Parlamento en sesión conjunta en ambas Cámaras (otro tercio), y el tercio restante, por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas.

⁹⁶ Al respecto, el artículo 159.1 de la Constitución Española, prescribe lo siguiente: “Artículo 159.- 1. El tribunal constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. 2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados

Posteriormente se produjo en Latinoamérica la creación de Tribunales Constitucionales independientes del poder judicial,⁹⁸ en los casos de Guatemala,⁹⁹ Colombia,¹⁰⁰ Perú,¹⁰¹ Bolivia,¹⁰² Chile¹⁰³ y Ecuador.¹⁰⁴

entre magistrados y fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un periodo de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres. 4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.”

⁹⁷ España cuenta con un precedente muy importante en la historia del Derecho Constitucional respecto a la creación de Tribunales Constitucionales, como influencia del sistema de revisión americano -estadounidense- y de la Constitución de Austria de 1920. En efecto, en la Constitución de la II República española de 9 de diciembre de 1931 se creó el denominado “Tribunal de Garantías Constitucionales”. En el artículo 121 de esa Constitución se estableció que el mismo se constituía como un organismo de carácter autónomo y especializado, separado de los tribunales ordinarios, cuyo tribunal máximo lo conformaba la Corte de Casación. Entre las atribuciones que este tribunal tenía, se encontraba la de conocer los recursos contra la inconstitucionalidad de las leyes y de los recursos de amparo de garantías constitucionales. VID. FIX ZAMUDIO, Héctor. *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Serie B. Estudios Comparativos, b) estudios especiales no. 16, 1980; UROSA SÁNCHEZ, RUIZ RODRÍGUEZ, Ignacio; SAN MIGUEL PÉREZ, Enrique; MARHUENDA GARCÍA, Francisco. *El libro de actas del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*. Madrid: Comunidad de Madrid. Consejería de Educación. *Colección documental*. Biblioteca Académica, 3. 1999.

⁹⁸ Un antecedente en esta región, es la Constitución de 1940 de Cuba que siguiendo el modelo español, estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que no tenía carácter autónomo, puesto que constituía una Sala que dependía del Tribunal Supremo. Conocía además de asuntos laborales, propios de la jurisdicción ordinaria. Permaneció hasta 1952. VID. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952), en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, no. 109, enero – abril de 2004.

⁹⁹ La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, es un tribunal permanente de jurisdicción privativa cuya función es la defensa del orden Constitucional, actúa como Tribunal Colegiado con independencia de los demás organismos del estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad se creó a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1985 y es el máximo intérprete de la Constitución Política de la República. La propia Corte se excluye de ser un poder político. “La Corte de Constitucionalidad no es un poder político, y de ahí que no le sea permitido sustituir al Congreso de la República en la oportunidad de emisión de una ley, sino que la labor de la Corte debe circunscribirse a determinar si la ley objetada de inconstitucionalidad violenta o no el texto constitucional. Para realizar esta última labor debe tenerse presente que este tribunal, en su desarrollo jurisprudencial ha precisado que el análisis para establecer la compatibilidad entre un precepto constitucional y otro de inferior jerarquía – impugnado de inconstitucionalidad– debe ser eminentemente jurídico, sin sustituir el criterio del

El término “constitucionalización” es de utilización relativamente reciente en la doctrina constitucional. Sin embargo, la importancia de su implementación estriba en la nueva visión que se pretende dar a la normativa jurídica que regula las distintas disciplinas jurídicas. Se busca precisamente analizar la conflictividad que se presente en la práctica forense, pero desde una visión constitucional. Es decir, teleológicamente se persigue la interpretación del derecho desde una visión estrictamente constitucional y no exclusivamente por la supremacía constitucional.¹⁰⁵

Lo anterior significa que el ordenamiento jurídico debe imprescindiblemente ser interpretado y analizado desde una óptica distinta: desde la óptica constitucional. La visión interpretativa de los textos legales ya no puede ser

legislador sobre la oportunidad y conveniencia de las decisiones tomadas por él, no sólo porque la función del tribunal constitucional es la de intérprete y no de legislador, sino porque el Organismo Legislativo, como representante directo de la voluntad popular, dispone de distintas alternativas al momento de legislar, siempre dentro del marco fijado por la Constitución.” Sentencia del trece de agosto de dos mil tres, expedientes acumulados 825-2000, 135-2000 y 1342-2000.

¹⁰⁰ La Corte Constitucional fue creada por la Constitución de Colombia de 1991. Inició sus labores el 17 de febrero de 1992. Anteriormente funcionaba la Sala Constitucional, la cual era dependiente de la Corte Suprema de Justicia y a la cual reemplazó.

¹⁰¹ El actual Tribunal Constitucional fue creado en la Constitución de 1993 e inició sus funciones en junio de 1996. Anteriormente en la Constitución de 1979, había surgido como Tribunal de Garantías Constitucionales en 1980.

¹⁰² El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Fue creado por la reforma constitucional que fue aprobada en 1994. Operativamente empezó a funcionar en 1999.

¹⁰³ El Tribunal Constitucional de Chile fue creado por la Constitución de 1980. Sin embargo, fue modificado sustancialmente, mediante la reforma constitucional de 2005.

¹⁰⁴ La Corte Constitucional de Ecuador, es un órgano autónomo e independiente de los demás órganos del poder público con jurisdicción a nivel nacional. Surgió como consecuencia de la vigencia de la Constitución de 2008.

¹⁰⁵ En ese sentido, los autores CARBONELL, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. “¿Qué es la Constitucionalización del Derecho?” *op cit.*, p. 34, estiman que: “La diferencia entre un ordenamiento “constitucionalizado” y otro que no lo está consiste en que en el último la Constitución, si tuviera algún carácter normativo, está limitada a ser un mero catálogo de restricciones a la actuación estatal, funge como un “orden marco” que sólo es operativo al transgredirse claramente los límites prohibitivos que descriptivamente establece; y en el primero, en cambio, resulta ser un “orden fundamental” que impone realizar determinadas acciones y ya no sólo abstenciones al Estado y aun a las personas privadas. Así, la “constitucionalización” no puede explicarse por la sola supremacía jurídica de la Ley Fundamental, sino también procede de otros factores.”

realizada exclusivamente de conformidad con sus propios principios rectores. Tanto es así, que la Constitución ha cobrado tal importancia que con una nueva visión omnicomprensiva pretende esencialmente efectuar una interpretación integral del ordenamiento jurídico a partir de la propia Constitución.

COMANDUCCI¹⁰⁶ sustenta que: “Se trata de un proceso al término del cual el derecho resulta ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto graduado: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado.”

La constitucionalización del derecho nacional o interno de los Estados es un proceso de extraordinaria importancia jurídica y política en el mundo contemporáneo. Conlleva entre sus efectos principales, una mejor protección de los derechos de las personas gracias a la intervención del Tribunal Constitucional de los países donde este proceso se viene desarrollando. LUCAS VERDÚ enfatiza en que la constitucionalización implica la escritura y la codificación, las cuales generan a la postre la supremacía constitucional y la rigidez constitucional.¹⁰⁷

El constitucionalismo en Latinoamérica, con evidente influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América y del Derecho Constitucional Europeo post segunda guerra mundial, propugna por la constitucionalización de los derechos humanos.¹⁰⁸ Pero, no sólo de los derechos humanos¹⁰⁹ *per se*, sino de las distintas disciplinas jurídicas.

¹⁰⁶ VID. COMANDUCCI, Paolo. “*Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico*”, *Isonomía*, abril 2002, número 16, p. 95.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁸ En ese sentido, BREWER-CARÍAS, Allan, manifiesta lo siguiente: “Si algo caracterizó al constitucionalismo latinoamericano de la segunda mitad del Siglo pasado fue el progresivo proceso de fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno y su constitucionalización”. “Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América”, en Cuadernos de la Cátedra Fundacional Dr. Charles Brewer Maucó “*Historia del Derecho de Venezuela*”, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, nº 2, p. 63.

El Derecho Penal, sin limitar sus propios métodos, debe ser interpretado desde una óptica constitucional, de tal manera que sus disposiciones se ajusten al texto constitucional y se subordine a una Constitución promulgada dentro de un Estado Democrático de Derecho.

6.3 Estado Democrático de Derecho y Derecho Penal

Pericles expresó en su célebre discurso fúnebre en honor a los caídos en la guerra del Peloponeso, inmortalizado por TUCÍDIDES, lo siguiente: ¹¹⁰

“Tenemos un régimen político que no se propone como modelo las leyes de los vecinos, sino que más bien es él modelo para otros. Y su nombre, como las cosas dependen no de una minoría, sino de la mayoría, es Democracia.”

¹⁰⁹ RUIZ MIGUEL, Carlos, *Constitucionalismo Clásico y Moderno. Desarrollo y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, del Tribunal Constitucional del Perú, 2013, p. 16, expone que: “En cuanto a la idea de *derechos humanos*, su comprensión ha variado mucho también, desde que éstos se recogieran en las primeras declaraciones de derechos del siglo XVIII, como expresión de los principios fundantes del nuevo orden político, pero sin consistencia jurídica propia. Ante la ausencia de mecanismos jurídicos para su defensa y, sobre todo, frente al rol preponderante de la ley en la delimitación de sus contenidos -producto del dogma de la soberanía parlamentaria-, los derechos no solo carecerían de fuerza normativa para limitar el poder, sino que se identificarían incluso con una *fundamentación estatalista*, contrario a su carácter emancipador. Es recién luego de la Segunda Gran Guerra que los derechos adquieren un lugar gravitante en el orden político y jurídico, como posiciones jurídicas que podían limitar cualquier manifestación del poder político, incluidas las leyes emanadas del propio Parlamento.”

¹¹⁰ TUCIDIDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso*. Madrid: Alianza, 1989, p. 156, en lo concerniente, “A todo el mundo asiste, de acuerdo con nuestras leyes, la igualdad de derechos en los conflictos privados, mientras que para los honores, si se hace distinción en algún campo, no es la pertenencia a una categoría, sino el mérito lo que hace acceder a ellos; a la inversa, la pobreza no tiene como efecto que un hombre, siendo capaz de rendir servicio al Estado, se vea impedido de hacerlo por la oscuridad de su condición. Gobernamos liberalmente lo relativo a la comunidad, y respecto a la suspicacia recíproca referente a las cuestiones de cada día, ni sentimos envidia del vecino si hace algo por placer, ni añadimos nuevas molestias, que aun no siendo penosas son lamentables de ver. Y al tratar los asuntos privados sin molestarlos, tampoco transgredimos los asuntos públicos, más que nada por miedo, y por obediencia a los que en cada ocasión desempeñan cargos públicos y a las leyes, y de entre ellas sobre todo a las que están dadas en pro de los injustamente tratados, y a cuantas por ser leyes no escritas comportan una vergüenza reconocida”.

La democracia, como resultado del proceso político griego de la antigüedad, constituye en la actualidad el sistema más utilizado para el mantenimiento de la paz social y el respeto de los derechos humanos de los habitantes de cada Estado. En ese sentido, para que un Estado pueda adquirir el calificativo de democrático, no basta con que la participación ciudadana se limite exclusivamente a la elección de candidatos a la Presidencia de la República, diputados o alcaldes, debido a que en este supuesto, se produce lo que el autor argentino, O'DONNELL ha denominado "democracia delegativa".¹¹¹

Este tipo de democracia se produce en Latinoamérica, debido al bajo nivel educativo de los electores, pues los mismos son fácilmente manipulables por las campañas "publicitarias" de los partidos políticos, quienes delegan en los representantes populares, la toma de decisiones. Esto provoca que se dificulte aún más la transparencia y rendición de cuentas.¹¹²

Más que un matiz de "democracia delegativa", el Estado Democrático persigue, no solamente dentro de una concepción de Constitucionalismo del Estado, como objetivo la limitación del poder; la organización y funcionamiento del mismo y como núcleo los órganos estatales, sino que dentro de un Constitucionalismo Humanista, se persigue como objetivo la defensa y promoción de los derechos humanos y fundamentales, donde exista una Constitución plena.

¹¹¹ Para obtener una mejor explicación en cuanto a esta concepción, O'DONNELL, Guillermo. "Democracia Delegativa". *Journal of Democracy* en español, julio 2009, vol. 1, p. 13, es del criterio que: "A menudo, las DD utilizan recursos como la segunda vuelta electoral si en la primera vuelta no se produce una clara mayoría. Esta mayoría debe crearse para respaldar el mito de la delegación legítima. Además, la DD es muy individualista, pero de un modo más hobbesiano que lockeano: se espera que los votantes elijan, independientemente de sus identidades y afiliaciones, al individuo más apropiado para hacerse responsable del destino del país. En las DDs las elecciones constituyen un acontecimiento muy emocional y en donde hay mucho en juego: los candidatos compiten por la posibilidad de gobernar prácticamente sin ninguna restricción salvo las que imponen las propias relaciones de poder no institucionalizadas. Después de la elección, los votantes (quienes delegan) deben convertirse en una audiencia pasiva, pero que vitoree lo que el presidente haga."

¹¹² SIERRA MADERO, Dora María. "El Estado de Derecho y el Estado y el Imperio del Derecho en México durante la transición a la Democracia". *Anuario de la Facultad de Derecho: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura*, 2006, vol. XXIV, p. 255.

BACIGALUPO,¹¹³ expresa que es en el Estado Democrático donde los derechos fundamentales tienen una eficacia directa. Agrega que su validez "como derecho vigente de manera inmediata se apoya en la idea de su garantía", por lo que es posible afirmar que su vigencia, respeto y garantía constituyen una cuestión esencial de la legitimidad constitucional del Estado.¹¹⁴ La Carta Democrática Interamericana de la Organización de Estados Americanos (OEA),¹¹⁵ prescribe en su artículo 3º, lo siguiente:

“Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.”

¹¹³ BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 1999, p. 14.

¹¹⁴ Para que una Constitución sea legítima no basta solamente con que la misma haya emanado formalmente, sino cuando es resultado de un proceso democrático obtenido mediante un reconocimiento de la voluntad popular expresado en las votaciones libres. A ese respecto, GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, expresa que el problema de la legitimidad están en la base de la estabilidad política y constitucional. Agrega que una constitución e legítima, sólo cuando es reconocida, no simplemente como situación de hecho, sino cuando la fuerza y la autoridad del Poder Constituyente en que descansa su decisión es reconocida. La única legitimidad hoy aceptada es la democrática, basada en la idea de que el Estado es la unidad política de un pueblo y el modo y forma de la existencia política se determinan por la libre voluntad de la comunidad. Indica que una constitución es legítima, únicamente cuando es producto de un consenso popular y democráticamente obtenido. *VID. La defensa de la Constitución*. Ciudad de Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1983, pp. 5 y 6.

¹¹⁵ Fue adoptada por aclamación, en la Asamblea General extraordinaria, celebrada en la ciudad de Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001. La Carta se estructura en seis capítulos: I) La democracia y el Sistema Interamericano; II) la democracia y los Derechos Humanos; III) Democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza; IV) Fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática; V) La democracia y las misiones de observación electoral y VI) Promoción de la cultura democrática. Su función principal es la de fortalecer la institucionalidad democrática de sus países miembros y posee un procedimiento en el artículo 20, aplicable en caso de que en un Estado Miembro de la OEA, se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático.

En esa misma Carta, en el artículo 1, se regula que los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. Además, se establece de modo expreso, que la democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de América. Es por ello, que uno de los propósitos de la OEA es promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto del principio de no intervención. La democracia se le considera esencial para los países miembros.

Por su parte, el artículo 1º, 1, de la Constitución de España, contempla la expresión: "Estado social y democrático de Derecho". Al respecto de este vocablo, MIR PUIG,¹¹⁶ asevera que es este un modelo de Estado que pretende aunar, superándolos, los modelos de Estado liberal y Estado social.

En el caso de Guatemala, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Constitución Política de la República, Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. En cuanto a su sistema de Gobierno, el mismo es republicano, democrático y representativo. En ese aspecto, observa el modelo clásico, producto de la ilustración, de la división de poderes o separación de funciones, según la cual, es el pueblo quien mediante el sufragio delega la soberanía¹¹⁷

¹¹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosh Casa Editorial, S.A., Segunda Edición, 1982, p. 21. "Con ella la Constitución emplea una terminología ampliamente consagrada que apunta a una concepción sintética del Estado, producto de la unión de los principios propios del Estado liberal y del Estado social. Como toda síntesis, la imagen resultante del Estado supone una superación de sus componentes básicas aisladamente consideradas, lo que permite añadir la tercera característica de la fórmula constitucional: la democracia. La importancia respectiva que se atribuya a cada una de las tres componentes examinadas dependerá en forma notable de la concreta visión política de que se parta. Aquí, sin embargo, sólo importa destacar el punto de acuerdo en que deben convergir las posibles interpretaciones del "Estado social y democrático de Derecho": es éste un modelo de Estado que pretende aunar, superándolos, los modelos de Estado liberal y Estado social."

¹¹⁷ En Guatemala, se sigue el modelo clásico de la división de poderes, por medio del cual el pueblo delega su soberanía. De esa forma, los tres poderes se constituyen por el Legislativo (unicameral), el que se encuentra integrado por diputados que son electos mediante sufragio universal el cual es indelegable, para un período prorrogable de 4 años (artículos 157 a 172 de la Constitución Política); Ejecutivo, integrado por un Presidente de la República y un

No obstante, que Guatemala cuenta con un sistema de gobierno republicano, democrático y representativo, la Corte de Constitucionalidad¹¹⁸ consideró¹¹⁹ que si bien es cierto, la tendencia en Guatemala es hacia una democracia representativa, toda su estructura jurídica y política aún tiende al sistema representativo.

En Guatemala, la Constitución Política de la República de 1985, prescribe en el artículo 141, que la soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, estando prohibida la subordinación entre los mismos. De tal manera, que respecto al Organismo Judicial, la Constitución Política dedica el Capítulo IV, de los artículos 203 al 222, a su regulación. Para GIMENO SENDRA¹²⁰:

“De nada serviría proclamar la sumisión del Estado al derecho, el principio de que la aplicación de las leyes a los casos controvertidos se realizará a través de unos procesos con plenas garantías para las partes y por jueces y magistrados independientes, si dicha facultad puede ser sustraída de la jurisdicción y conferida a órdenes de funcionarios o de particulares que, aun cuando puedan tener los

Vicepresidente, quienes son electos para un período improrrogable de 4 años, por el voto ciudadano indelegable (artículos 182 a 202 de la Constitución Política de la República); y Judicial, siendo elegida la Corte Suprema de Justicia por el Congreso de la República, de una nómina de abogados seleccionada por una comisión de postulación, en la que participan abogados electos, decanos de las facultades de derecho y Magistrado de las Salas de Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia (artículos 203 a 222 de la Constitución Política de la República).

¹¹⁸ En la parte conducente de la relacionada sentencia, la Corte de Constitucionalidad al respecto, expresó lo siguiente: “El Estado de Guatemala ha adoptado el sistema de gobierno republicano, democrático y representativo, según lo establece el artículo 140 de la Constitución Política de la República, y si bien la tendencia es hacia una democracia participativa, toda su estructura jurídica y política aún atiende al sistema representativo, en el que los ciudadanos ceden a los partidos y organizaciones políticas el papel de argumentar, desarrollar, defender y difundir sus intereses y objetivos...”

¹¹⁹ En sentencia de 31 de octubre de 2013, expediente 936-2013. En igual sentido, sentencia de 18 de octubre de 2011; expediente 2080-2011.

¹²⁰ GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos de Derecho Procesal*. Madrid: Civitas Ediciones SL, 1981, nota 6, pp. 85 y 86.

aspectos funcionales de la jurisdicción (conocer, decidir y ejecutar), no posean los orgánicos (independencia e imparcialidad).”

Para que exista un verdadero Estado Democrático de Derecho debe producirse un respeto irrestricto de los derechos humanos. Tal como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana.¹²¹ En ese sentido, FIX ZAMUDIO¹²² reconoce que no existe duda que uno de los temas esenciales de nuestra época es el relativo a los derechos humanos, cuya protección quedó por muchos años únicamente en el ámbito interno de los Estados, especialmente por medio de las declaraciones de derechos, primero de carácter individual y, posteriormente, en el ámbito social.

En pleno siglo XXI, es vital redireccionar la visión programática de los derechos humanos, de tal manera que ante tanta trasgresión a los mismos, resulta imprescindible superar el conocimiento teórico, el cual ha sido bien implementado por cierto, e interrelacionarlo en forma inescindible con su observancia práctica. Además, la protección de estos derechos, en ningún caso puede quedar exclusivamente encargada a que cada Estado los proteja en el entorno interno.

¹²¹ En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado de manera enfática que: “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido considerado por la propia Carta Democrática Interamericana: La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinado por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”. *VID.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011 (Fondo y reparaciones) párrafo 239.

¹²² FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos” *Revista Latinoamericana de Derecho*, enero-junio 2004, Año I, número 1, p. 141.

Por esos motivos es que resulta actual la famosa frase de BOBBIO,¹²³ en el sentido de que lo más importante de los derechos humanos no era ya tanto su consagración y coherencia teórica, sino su aplicación práctica. En coherencia con ello, se estima que esta visión práctica supone incrementar los esfuerzos para defender la noción de los derechos humanos como fiel de la balanza, control de razonabilidad y límite de las medidas (cada vez más cotidianas) para alcanzar la seguridad de los Estados.¹²⁴ Santiago MIR PUIG¹²⁵ declara:

“En un Estado social que además sea democrático y de Derecho, el Derecho penal ha de proteger los derechos fundamentales y otros bienes jurídicos básicos de los que depende la libertad y la igualdad, mediante una prevención de delitos que no busque sólo su eficacia, sino también evitar la vulneración de ciertos derechos fundamentales del acusado derivados de su dignidad humana y que la pena implique un sacrificio desproporcionado de derechos fundamentales del acusado. Asimismo, y para promover la igualdad, ha de tratar de compensar de algún modo los condicionamientos sociales del delito facilitando la reinserción social del condenado.”

En un Estado de Derecho¹²⁶ resulta trascendental el respeto de los derechos fundamentales, sobre todo en este tiempo donde parece privilegiarse como fin la “eficacia”, sin que importe siquiera la manera de alcanzarla, aún a costa del irrespeto de los derechos mencionados. De producirse esta

¹²³ Citado por DE LOS REYES ARAGÓN, Wilson. “Algunos Elementos para Construir una Definición de Derechos Humanos”. Bogotá: *Revista Estudio Socio-Jurídica*, Julio-diciembre de 2008, p. 159.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 159.

¹²⁵ MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, Madrid: lustel, 2011, p. 61.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 91 y 92, es de la opinión, respecto al Estado de Derecho, que: “Podemos caracterizar al “Estado de derecho” como un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio estatal del uso de la fuerza, con el fin de excluir o al menos minimizar la violencia en las relaciones interpersonales. La democracia por otra parte, ha sido eficazmente definida como una técnica de convivencia orientada a la solución no violenta de los conflictos.”

inobservancia de los derechos inalienables de las personas, con la implementación de un real o supuesto ataque de “enemigos”, a los cuales se les considera como no-personas, se desnaturalizaría los fines propios del Derecho Penal y se deslegitimaría el Estado de Democrático de Derecho.

PORTILLA CONTRERAS¹²⁷ expresa fundadamente que en los últimos años se observa una acentuada tendencia que, basándose en el modelo del “enemigo” en una legislación de guerra, intenta legitimar la estructura de un Derecho Penal y procesal sin garantías y la flexibilización de los principios procesales, aquéllos de corte liberal que han contribuido a la defensa de la persona: el principio de presunción de inocencia, el fundamento de un proceso legal, el principio *nemo-tenetur*, el derecho a un proceso justo, etcétera.

En el Estado democrático de derecho no debería existir otra violencia legal que aquella mínima necesaria para prevenir formas de violencia ilegales más graves y vejatorias, como expone FERRAJOLI.¹²⁸ En otras palabras, agrega que la violencia de las penas es legítima, solo en cuanto y en la medida en que sea capaz de prevenir violencias mayores producidas por los delitos y por las reacciones a los delitos que se cometería en su ausencia. Debe defenderse incesantemente en consecuencia, la plena observancia de los derechos constitucionales y su eficacia directa y de evitar la violencia ilegal.

En vista de lo expuesto, resulta necesario resaltar, que la legitimidad constitucional del Estado depende que el mismo pueda garantizar los referidos derechos y proteger sin distinción a las personas con un uso racional y limitado de los mecanismos que posee, con el objeto que prive realmente un verdadero Estado Democrático de Derecho y un Derecho Penal que observe verdaderamente la restricción al *ius puniendi*.

¹²⁷ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “Bases Teóricas del “nuevo” derecho penal schmittiano: el derecho penal y procesal penal del enemigo”. *IUS*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2007, p. 24.

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 92.

6.4 Funciones del Derecho penal

El ser humano es un ser social por naturaleza. No puede vivir en forma aislada de manera permanente, pues necesita de otros seres humanos para poder satisfacer sus necesidades básicas y accesorias y por ende, de poder subsistir. En abono de lo expuesto, resulta imprescindible la presencia del Derecho para regular las diversas relaciones humanas. “El derecho, como el aire, está en todas partes”¹²⁹ expresaba NINO, para ejemplificar la omnipresencia del derecho en las más variadas actividades humanas que se desarrollan a diario y que indefectiblemente se encuentran reguladas por esta disciplina científica.

En efecto, el ser humano está relacionado con el derecho desde antes de nacer (por ejemplo en la protección del *nasciturus*) hasta después de su muerte (verbi gracia, en la sucesión hereditaria), de tal manera que sus actividades cotidianas como comprar el periódico, tomar el autobús, desempeñar su trabajo diario, ir a un restaurante o la libertad de movilizarse hacia donde quiera. O bien, con mayor razón, en actividades especiales, como el matrimonio, divorcio, compra de un automóvil o de una casa. De tal manera, que la sociedad persigue por medio del Derecho,¹³⁰ el establecimiento de normas de observancia obligatoria para el conglomerado con el propósito de mantener la convivencia social.¹³¹

¹²⁹ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2ª Edición, 2003, p. 1.

¹³⁰ “El acatamiento de esas normas es una condición indispensable para la convivencia. Frente al principio del placer, que impulsa a la persona a satisfacer por encima de todos sus instintos, existe el principio de la realidad, representado por las normas que los demás imponen, que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás. La regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción éntrelos miembros de una comunidad que consuma a través de una relación estructural que en la Sociología moderna se denomina con el nombre de expectativa. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma y lo mismo puedo esperar yo de los demás. La convivencia se regula, por tanto, a través de un sistema de expectativas que se deriva de una norma o conjunto de normas. Pero estas expectativas corren, sin embargo, el peligro de que no se cumplan.” MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Editorial Universitaria de Jerez, 1985, p. 22.

¹³¹ “Como medio de control social, el Derecho penal cumple su función mediante la evitación de los daños o riesgos más graves para bienes fundamentales para la convivencia. El Derecho penal obtiene, pues, su legitimación, en la medida en que se convierta en instrumento para la

MUÑOZ CONDE, en ese aspecto, afirma que la existencia del *ego* supone necesariamente la existencia del *alter*, es decir, que la existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia. Es por eso que estima que esa convivencia no es ni mucho menos idílica sino conflictiva, pues es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio que la comunidad con los demás, lo que le da la posibilidad de un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia.¹³²

No obstante, cuando su conducta rompe con el ámbito de convivencia preestablecido por la propia sociedad, se produce el supuesto hipotético contemplado en la norma predeterminada y por lo tanto, la consecuencia jurídica contenida en el precepto normativo puede ser aplicada al infractor de la misma, como una forma de control social. El ordenamiento jurídico establece las sanciones que se impondrán a los infractores por haberse violentado la convivencia social. De esta manera encontramos cómo las distintas disciplinas jurídicas, contemplan las sanciones que deberán imponerse como consecuencia de la transgresión sucedida (de tipo administrativo, civil, laboral, etcétera, según sea el caso).

Únicamente debido a la gravedad de las infracciones cometidas, se impondrán las sanciones de tipo penal: penas y medidas de seguridad, pues de acuerdo con ROXIN,¹³³ el Derecho Penal en sentido formal es definido por sus

salvaguarda de una serie de bienes –que son los bienes jurídicos en cuanto presupuestos básicos de la convivencia social- que no se deben lesionar ni con la realización del delito ni con la intervención punitiva. En un Estado democrático, la aludida función de protección de bienes jurídicos ha de traducirse en la protección o tutela de los bienes jurídicos de “todos los ciudadanos”, con independencia del lugar que ocupen en el sistema social, y con independencia, también, de que sean potenciales delincuentes o potenciales víctimas.” RODRÍGUEZ MESA, María José. “Las razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, 09-010. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>.

¹³² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, op. cit., p. 21.

¹³³ ROXIN, Claus considera que: “El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección. Entre sus presupuestos se cuentan ante todo las descripciones de conductas delictivas, como el homicidio (§§ 211 ss.*), las lesiones (§§ 223 ss.), el hurto (§§ 242 ss.), etc., pero también p.ej. las disposiciones sobre error (§ 16 s.),

sanciones. En una consideración puramente jurídica, manifiesta BACIGALUPO,¹³⁴ el Derecho Penal se caracteriza por ser un “conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas.”

Lo que diferencia sustancialmente al Derecho Penal de otras ramas del Derecho considera, es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: las penas (de privación de la libertad, de multa o de privación de derechos determinados) y las medidas de seguridad (medidas destinadas a impedir la reincidencia sin consideración al grado de responsabilidad individual). Pero además, la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de la aplicación de la pena.

En ese sentido, efectivamente debe recalcarse que debido a la forma violenta que responde el Estado no cualquier infracción al ordenamiento jurídico puede considerarse como delictiva, sino únicamente cuando como resultado de una conducta, por acción u omisión o de comisión por omisión, acontezca el supuesto jurídico contemplado previamente por la ley y sea calificado como de mayor gravedad –delito–. La actuación del Derecho Penal es normalmente *post facto*, debido a que interviene con posterioridad a la comisión de un hecho delictivo.¹³⁵

capacidad de culpabilidad (§§ 19 ss.), legítima defensa (§ 32), etc., de las que se deduce en concreto cuándo acarrea sanciones penales una conducta que coincide con una descripción delictiva. Entre las consecuencias se cuentan todos los preceptos sobre sanciones de los §§ 38-76 a, que se ocupan de la determinación o configuración de la pena o de la imposición y cumplimiento de medidas de seguridad. Pena y medida son por tanto el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico penales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones —pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos—, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad.” *VID. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*, Madrid: Civitas, Tomo I, 1997, p. 41.

¹³⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A., 1996, p. 3.

¹³⁵ CREUS, Carlos, amplía dicha concepción de la siguiente manera: “Como todo derecho, el penal está dirigido a lograr que los hombres actúen del modo que se considera necesario o conveniente para una ordenada vida social, permitiendo al individuo el goce de los bienes que

Ahora bien, una de las primeras funciones que tradicionalmente se atribuyó al Derecho Penal en cuanto a la pena, es la de ser retributivo. Es decir, se centra en el castigo que el delincuente debe recibir por lo que ha hecho. La función de la sanción penal es para esta concepción retributiva, aplicar un castigo al agente debido al delito que ha cometido, como una especie de causa y efecto, sin tomar en cuenta otros factores como las condiciones en las que lo cometió, la proporcionalidad de la pena, así como la posterior reinserción de la persona, o considerar la prevención del delito.

Sin embargo, para efectos del presente estudio, resulta oportuno decir que el Derecho Penal al caracterizarse como un mecanismo formal de control social en ese aspecto, básicamente procura prevenir los hechos delictivos y reaccionar cuando los mismos han acaecido. Pero, no de manera arbitraria o mediante la utilización injustificada de la violencia, sino que aplicándose de manera subsidiaria y como *ultima ratio*, con plena observancia de los derechos fundamentales y de los principios que lo informan.

Su genuina función en un Estado Democrático de Derecho, consiste *per se*, en la protección de los bienes jurídicos de carácter fundamental para la vida en sociedad. De esta manera, el Derecho Penal debe intervenir exclusivamente frente a los ataques más insoportables a la convivencia social, siempre y cuando hayan sido superados los mecanismos de defensa establecidos por las otras disciplinas jurídicas. Si efectivamente se respeta su misión, entonces sí se podrá expresar la existencia de un Estado Democrático de Derecho.

ella les puede proporcionar. Es el derecho en general, a través de sus distintas ramas, el que determina cuáles son esos bienes, prohibiendo las conductas que tienden a menoscabar o desequilibrar su goce; el derecho penal, atendiendo a esas conductas y discriminando las que entre ellas se consideran de mayor incidencia en el quebrantamiento del orden social, por la calidad fundamentadora de éste de los bienes que atacan, refuerza su protección sancionando la realización de aquéllas con un rigor que no tiene en cuenta el valor económico de goce del bien, sino que, constituyéndose en un menoscabo de bienes del mismo autor que las lleva a cabo, procura, exclusivamente, prevenir la realización de las mismas. Al imponer la pena como sanción especial, que se suma a cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, convierte a la conducta prohibida en delito". *VID. Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 3ª Edición, 1982, p. 1.

6.5 Constitución y garantismo penal

La Constitución se ha convertido –conforme lo expresado por LOEWENSTEIN– en el dispositivo fundamental para el control del poder.¹³⁶ En ese sentido, en cuanto a este aspecto, al limitar el ejercicio del poder la norma suprema establece el fundamento del *ius puniendi*. Pero además de su objetivo de limitación de los poderes del Estado, como se ha manifestado, el constitucionalismo humanista actual, se centra en la persona y prioriza la defensa y promoción de los derechos humanos y fundamentales.¹³⁷

La Constitución por su fuerza normativa ordena conductas con carácter de obligatorias, prohibitivas o permitidas,¹³⁸ mediante el establecimiento de normas jurídicas. Aunque también, contiene principios¹³⁹ y valores¹⁴⁰ que poseen capacidad expansiva o proyectiva, de la cual carecen las normas jurídicas.¹⁴¹

¹³⁶ En efecto, este autor alemán considera, respecto al límite que debe existir al ejercicio del poder político, lo siguiente: “Han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas –la constitución– destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del poder.” LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1992, p. 149.

¹³⁷ Al respecto, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, expresa: “Las Constituciones concebidas, inicialmente para la organización y limitación de los poderes públicos, han devenido en textos jurídicos al alcance de las personas y de los grupos que ellas forman e integran voluntariamente, susceptibles de ser esgrimidas en la defensa de sus derechos, especialmente, ante los Tribunales y ello no sólo en causas de relevancia constitucional, sino que en cualquier materia de litigación, sea civil o criminal, de menores o laboral, tributaria o contenciosa administrativa, y aún en las jurisdicciones especiales y hasta frente a procedimientos de fiscalización y control quien quiera los lleve a cabo, como las autoridades administrativas, los empleadores o directivos en colegios, universidades, cuerpos intermedios o la Cámara de Diputados y el Senado en la acusación constitucional”, *op. cit.*, p. 12.

¹³⁸ SIERRA GONZÁLEZ, José Arturo. *Derecho Constitucional Guatemalteco*. Ciudad de Guatemala: Centro Impresor Piedra Santa, 2000, p. 23.

¹³⁹ “Los principios, aun cuando también cumplen con una función finalista e informadora de todo o parte del ordenamiento jurídico, lo más peculiar y propio de ellos como auténticas fuentes del derecho a los que pueden recurrir de manera directa los juristas al crear, interpretar o aplicar el derecho.” VIGO, Rodolfo Luis: *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires: Abelardo-Perrot. 1993, p. 70.

En términos generales, la Constitución contempla una serie de derechos fundamentales como la igualdad, la vida, la libertad, libre expresión, libertad de asociación, etcétera, que deben imperiosamente ser garantizados y que en su protección (como derechos humanos constitucionalizados), se encuentra necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal, acorde a lo que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁴² quien ha fortalecido la posición garantista, pues recalca la limitación del ejercicio del poder.

Como se ha recalcado, no puede permitirse que el poder público sea utilizado ilimitadamente en detrimento de las personas. Al contrario, debe prevalecer la protección a los derechos humanos, porque la Constitución contempla intrínsecamente la restricción al ejercicio del poder estatal y por ende, el poder debe ejercitarse a favor de los derechos de las personas y no contra ellas como en muchas ocasiones actúa el Estado.

Dentro de la relación que existe entre la Constitución y el Derecho Penal, como se expuso con anterioridad, la Constitución posee un carácter de norma suprema, que se constituye en un factor de legitimación exclusivo del mismo. Al tutelar el texto constitucional los derechos de las personas, sí contempla de manera general un sistema garantista que a su vez se complementa

¹⁴⁰ “[l]os valores se constituyen en el núcleo básico ético-social, informador, orientador y legitimador último del ordenamiento jurídico, es decir, tienen por misión la de operar principalmente con una función crítica y orientadora de la producción jurídica, de modo que indican sus fines fundamentales, por ende, permiten ir justipreciando el contenido apropiado o desacertado de las reglas jurídicas.” *Ibidem*, p. 70.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 70.

¹⁴² *VID.* Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo 1986, Corte I.D.H. (Ser. A) No. 6 (1982). “21. El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, 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 penetrar limitadamente. **Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.**”(Lo subrayado y resaltado no pertenece al texto original)

esencialmente en materia de persecución y sanción penal. Esto al regular por sí mismo el Derecho Penal principios garantistas que protegen esencialmente los derechos de las personas que sufren o pueden sufrir los efectos de una persecución penal. Teleológicamente, como el garantismo procura la tutela de los derechos fundamentales, en la *praxis* posee una relevancia como modelo de Derecho Penal autolimitativo, *ergo*, más protector de los derechos del procesado contra quien se ejercita la persecución penal.

Efectivamente, el garantismo, sustentado por FERRAJOLI, designa un modelo de Derecho Penal que, ajustado a la más estricta legalidad, se caracteriza en el plano epistemológico como un sistema de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de límites impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.¹⁴³

El garantismo es primordial para que el Derecho Penal procure la tutela de los derechos de las personas y que su intervención se produzca con un coste mínimo y únicamente aplicable cuando sea necesario y se hay agotado otras posibilidades normativas. Debe recordarse que el mismo se construye sobre la base de principios garantistas que priorizan a la persona y su aplicación debe encontrarse contemplada en la política criminal estatal. Eso sí, contrario a la posición exclusivista de FERRAJOLI en defensa del sindicado, complementado en todo caso con los derechos de la víctima, para generar una política que evite la impunidad y logre un real equilibrio entre los derechos del agresor y de la víctima en el ejercicio de la persecución penal y en la defensa del procesado.

En síntesis, una de las finalidades que persigue la Constitución es la limitación al ejercicio del poder, y es en ese entorno donde ANSOÁTEGUI ROIG declara que es precisamente la dimensión limitadora del constitucionalismo la que

¹⁴³ RODRÍGUEZ MESA, María José. Las razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación, *op. cit.*, p. 16.

permite vincularlo al garantismo.¹⁴⁴ No obstante, aunado a la limitación del poder, para completar esta percepción hace falta incluir uno de los objetivos común a ambos: una mejor protección de los derechos de las personas.

Adicional a lo anterior, resulta interesante lo que señala el auto aludido, en cuanto a que desde esta dimensión limitadora supondría la última etapa de una historia larga en siglos, que es en buena medida la de la (alguna) filosofía política en su intento de controlar y racionalizar el poder.¹⁴⁵

7. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SU OBSERVANCIA EN EL DERECHO PENAL

GUASTINI ha efectuado un estudio exhaustivo acerca de la interpretación en el ámbito jurídico, que ha sido de mucha influencia en estudios posteriores al mismo. Este tema resulta ser muy relevante en el ámbito jurídico, dada su cotidianeidad en la solución de casos concretos sometidos a decisión judicial. También en los estudios que se realizan en la doctrina para resolver situaciones problemáticas que se presentan en la búsqueda del sentido correcto que debe tener un texto normativo y que con posterioridad coadyuvarán en el sentido que se le proporcionará al texto correspondiente.

En esa misma línea, siguiendo a GUASTINI puede afirmarse que el vocablo “interpretación” como sucede con los vocablos con la misma raíz, puede denotar una actividad –la actividad interpretativa– bien, el resultado o producto de esa actividad. Por ejemplo, “las disposiciones legales sobre la interpretación” son las que disciplinan la actividad interpretativa. Por el contrario, una “interpretación restrictiva” es el resultado de una cierta técnica interpretativa. Por consiguiente, el

¹⁴⁴ ANSOÁTEGUI ROIG, F., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho, un enfoque filosófico jurídico*, Madrid: Dykinson, 2013, p. 224.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 224.

resultado o producto de la actividad interpretativa no es otra cosa más que el “significado” del objeto interpretado.¹⁴⁶

En materia constitucional, la interpretación como se expondrá, no se limita tan solo a las reglas que de manera tradicional se han aplicado, sino que conlleva una jerarquía axiológica de las normas. Esto porque dichas normas del texto constitucional no pueden ser modificadas, derrotadas o derogadas en forma alguna.¹⁴⁷ Además, se presentan conflictos entre principios que suelen entrar en colisión entre ellos, que como en forma acertada asevera GUASTINI, “poseen la censurable tendencia a entrar en conflicto unos con otros.”¹⁴⁸

7.1 Preámbulo de la Importancia interpretativa constitucional

ALCALDE RODRIGUEZ considera que la interpretación en todas las épocas con mayor o menor énfasis ha ocupado un lugar preferente en el ámbito de la ciencia jurídica. Sin embargo, añade que en los tiempos actuales la relevancia asignada al fenómeno hermenéutico se ha transformado, quizás como nunca, en el *leit motiv* de la discusión filosófica atravesando transversalmente todos los campos del pensamiento.¹⁴⁹

En el ámbito jurídico resulta esencial realizar una interpretación respecto de un texto legal. El positivismo decimonónico europeo con su consecuente formalismo y su pretendida interpretación literal del texto normativo, con evidente influencia de la escuela exegética, viene perdiendo paulatinamente su influencia

¹⁴⁶ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducido por Marina Gascón y Miguel Carbonell. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1999, p. 1.

¹⁴⁷ GUASTINI, Riccardo. “Interpretación y construcción jurídica”. *Isonomía*, no. 43, octubre 2015, p. 34.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 34.

¹⁴⁹ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. *Los principios generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica 2002, pp. 124 y 125.

en la hermenéutica jurídica, puesto que actualmente se persigue que la interpretación se efectúe conforme a una Constitución dinámica y ya no que la misma se limite únicamente a “reconstruir con fidelidad la voluntad del legislador”, como si el derecho fuera estático y procurara únicamente encontrar la voluntad que tuvo el legislador al momento de formación de la ley, cuando contrario a ello el derecho es cambiante y aplicable a casos concretos en forma consecuente con los cambios producidos en la sociedad.

Esta “omnipresencia constitucional”, como la denominó ALEXY,¹⁵⁰ impregna el ordenamiento jurídico desde la propia Constitución hacia los demás cuerpos normativos. Aunque es de advertir, que para alcanzar el anhelado desarrollo jurisprudencial en materia interpretativa, se requiere primero enfatizar en las formas y principios primigenios de la interpretación constitucional.

El conocimiento tradicional de las formas de interpretación ha sido enriquecido por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, mientras que la influencia cada vez mayor de los principios interpretativos se hace palpable continuamente en las distintas sentencias emitidas, para el caso de Guatemala, no solamente por la Corte de Constitucionalidad, sino por los jueces ordinarios, que aplican estos principios desde la óptica constitucional.

Además, el juez debe fundamentar de forma adecuada su decisión, motivarla suficientemente¹⁵¹ y exponer claramente cuáles fueron las razones que lo llevaron a tomar esa decisión, a efecto de garantizar la tutela judicial efectiva de las partes y que las mismas puedan saber los motivos por los cuales dictó la

¹⁵⁰ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 159

¹⁵¹ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, presenta una amplia exposición: “La motivación debe ser *suficiente*: no es suficiente con que cada una de las decisiones parciales que conducen a la decisión final estén justificadas, sino que es preciso, además, que la motivación de cada una de ellas sea “suficiente” (la completitud es una cuestión de cantidad, mientras que la suficiencia es un criterio cualitativo). Para cumplir con esa exigencia no es suficiente con proporcionar un argumento que avale la decisión adoptada, sino que (al menos en los casos de discrepancias) habrá que dar adicionalmente razones que justifiquen por qué ese argumento es mejor o más adecuado que otros potencialmente utilizables.” *VID. La motivación de las decisiones interpretativas electorales*. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012, p. 82.

resolución que les puede afectar. La etapa histórica en que los jueces no fundamentaban su resolución, ya ha transcurrido. Ahora constituye un presupuesto esencial para la validez de su decisión, porque de lo contrario se verá compelido a motivarla.

7.2 Dificultad de la actividad interpretativa

La experiencia profesional enseña que para la persona no versada en Derecho, resulta muy difícil comprender las razones por las cuales puede otorgársele más de un significado a una norma jurídica. Pareciera para el lego que el Derecho en lugar de ser una ciencia social, es una ciencia exacta, por la que sus preceptos normativos son inmutables y su interpretación es única. Como si, cual imitación de las tablas que contenían los diez mandamientos, su modificación fuera imposible. Claude DU PASQUIER¹⁵² expresa al respecto:

“Los profanos reprochan algunas veces a los juristas las discusiones que provoca la interpretación del derecho; se sorprenden de que los redactores de leyes no hayan logrado elaborar textos suficientemente claros para que su manejo esté excepto de incertidumbre. Es desconocer la infinita diversidad de los hechos reales: éstos no se dejan reducir a fórmulas indelebiles; escapan a todas las previsiones. No es necesario mucho tiempo de práctica judicial para constatar cuán frecuentes son los casos extraordinarios e imprevisibles que surgen en las fronteras o aun fuera de las categorías comprendidas en las reglas legales.”

Sin embargo, la actividad interpretativa no sólo resulta difícil en cuanto a su comprensión para las personas no versadas en derecho, sino que representa una problemática también para las personas relacionadas con el medio jurídico, puesto

¹⁵² DU PASQUIER, C. *Introducción al Derecho*. Traducido del francés por Julio Ayasta Gonzales, 5ª Edición, Lima: Editorial Jurídica Portocarrero SRL., 1994, pp. 144-145.

que el derecho requiere interpretación,¹⁵³ debido a ser el mismo un fenómeno social acepta diversas interpretaciones en cuanto a su contenido. Estas interpretaciones sin embargo, no deben ser arbitrarias, sino que deben encontrarse sujetas a principios y reglas que faciliten la labor hermenéutica del intérprete y se encuentren suficientemente motivadas. No hay que ignorar el derecho de las partes de conocer los motivos que tuvo el juzgador para emitir la resolución correspondiente. Si alguna de ellas muestra inconformidad con la disposición emitida, comprenderá las razones del juez para tomar tal decisión y de esa manera se respetará su derecho de defensa y su derecho de impugnar, mediante razonamientos acordes a desvirtuar o contradecir los motivos que tuvo aquel, para emitir la resolución respectiva.

No hay que olvidar que toda norma jurídica requiere interpretación. Inclusive, el conocido principio *in claris non fit interpretatio*, tan utilizado por el positivismo normativista ha quedado debidamente superado, pues para determinar que el texto es claro, se requiere indefectiblemente de una labor interpretativa previa para arribar a tal conclusión.

Para efectos eminentemente prácticos, la trascendencia de la actividad interpretativa del juez, distinta a la de otros intérpretes, se plasma indubitadamente en la argumentación que el mismo efectúe en torno al caso hipotético sometido a su conocimiento y decisión. Su interpretación no puede ser antojadiza sino que tiene que justificar adecuadamente las razones que lo impulsaron a tomar su decisión, es decir, tiene la obligación de motivar la decisión judicial,¹⁵⁴ de tal manera que las partes conozcan cuáles fueron estas y puedan, si

¹⁵³ De acuerdo con lo que asevera el autor GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “La interpretación constitucional”, *Revista jurídica de Castilla y León*, 2004, nº 2, p. 37: “El manejo del derecho tiene una de sus labores cruciales en la llamada interpretación jurídica. Que el derecho tenga que ser objeto de interpretación supone que hay un «algo», una materia prima, que no habla por sí mismo, o no lo hace con perfecta claridad y precisión, de modo que entre esa materia prima que se supone que encierra cierto mensaje y los destinatarios de ese mensaje, sean quienes sean, se hace necesaria esa labor llamada interpretación y que llevan a cabo los intérpretes.”

¹⁵⁴ A ese respecto, EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Argumentación e Interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el Derecho Peruano*, 2010, p. 158, manifiesta: “El gran problema para el control del sometimiento del juez a la ley es, sin duda alguna, el control

estiman conveniente ejercitar su derecho de impugnación para el efecto, como se acaba de exponer.

En ese aspecto, previamente a establecer los principios y reglas que operan en el ámbito constitucional, resulta necesario afianzar aspectos básicos que permitan facilitar su comprensión. En ese sentido, es importante iniciar por comprender el significado del término interpretar. Así, una de las acepciones que nos proporciona el Diccionario de la Lengua Española¹⁵⁵ respecto al vocablo interpretar¹⁵⁶ es: “Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto.” Esta acepción de carácter general, permite realizar una primera visión respecto a lo que debe entenderse por interpretar.

GARCÍA AMADO, expone que:¹⁵⁷

“[I]a interpretación es una operación compleja que, partiendo de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse en ellos, capta, explicita y concreta el alcance del valor que a través del enunciado legal trata de expresarse. Esos valores son el sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido el acto legislativo, y sin su aprehensión y constante consideración en la tarea interpretativa ésta carecerá de patrón de corrección o verdad.”

de la actividad interpretativa. Establecer si en una decisión judicial se ha cumplido con la obligación de motivar, entendida como la utilización y mención de una o más disposiciones normativas provenientes de una autoridad normativa, es relativamente sencillo (aunque también en esta operación se deben resolver problemas y discrepancias de gran calado relativas a la validez de las normas en los que no están ausentes cuestiones interpretativas).”

¹⁵⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe, Vigésima Segunda Edición, 2001.

¹⁵⁶ Para GARCÍA AMADO, “La interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 37: “La interpretación, por tanto, es la actividad que explica, aclara o precisa el contenido de ese mensaje que se contiene en la materia prima del derecho. La interpretación del derecho es la actividad consistente en establecer el concreto y preciso sentido de ese «algo» de que el derecho se compone. El resultado de tal actividad es ese «algo» en cuanto precisado y aclarado. La materia prima del derecho son normas.”

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 44.

Debe tenerse en cuenta que para efectuar una tarea interpretativa,¹⁵⁸ se requiere la existencia de un texto, signo o símbolo cuyo significado necesite ser declarado por el intérprete. Prácticamente la interpretación toma en consideración tres elementos: el texto que debe ser interpretado, la persona que lleva a cabo esta actividad y el fin para el que se estima necesaria esta operación. Pero el intérprete bien pudiera efectuar una interpretación extraña del texto sin seguir una metodología y argumentación, aunque ello no signifique que la misma sea adecuada y que se encuentre debidamente motivada y fundamentada en la ley.

Para evitar la completa discrecionalidad en materia de interpretación, es que se han establecido métodos y reglas que coadyuven en mejor manera al examen necesario para obtener el verdadero significado. O por lo menos, el más adecuado y motivado jurídicamente, esto si se toma una posición más modesta en cuanto a la imposibilidad de una cierta unicidad interpretativa.

Las normas jurídicas se expresan pues, mediante el lenguaje, pero el lenguaje al conformar una disposición normativa, puede ser oscuro o dudoso, o bien, puede tener un trasfondo doctrinario o un sentido técnico jurídico que limite su comprensión y entonces es acá donde se hace indispensable efectuar una función interpretativa.

7.3 Interpretación Constitucional en Guatemala

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha desempeñado un papel trascendental en el cambio paradigmático en materia de interpretación

¹⁵⁸ De acuerdo con MACCORMICK, Neil. "Argumentación e interpretación en el Derecho". *Doxa*, No. 33, 2010, p. 66, la interpretación es, como todos acuerdan, una actividad omnipresente en el Derecho. Ante la pregunta de ¿qué es interpretación? Responde, que de acuerdo con el presente enfoque se trata de una forma particular de argumentación práctica en el Derecho, en la cual se arguye acerca de una comprensión de los textos o materiales autoritativos como una clase especial de razón (justificativa) de las decisiones judiciales. De ahí que la interpretación jurídica considera, deba ser entendida dentro del marco de una explicación de la argumentación, en particular, de la argumentación práctica. Estima que en este marco, resulta que la interpretación únicamente puede ser una parte de la argumentación jurídica y sólo puede ser elucidada en el panorama más amplio de la normatividad constitucional y la teoría política, que a su vez pertenecen a la perspectiva más vasta de la argumentación práctica.

constitucional. De la aplicación de los tradicionales métodos interpretativos utilizados generalmente en materia ordinaria, y que se han quedado rezagados o desfasados, ha surgido una nueva forma de entender el derecho. En efecto, siguiendo a MACCORMICK, el Derecho es una disciplina argumentativa, en el que cualquier cuestión o problema sobre el que se piense, si es planteado como una cuestión o problema jurídico, exige una solución o respuesta en términos de una proposición que parezca correcta o al menos defendible, aunque preferiblemente concluyente, como cuestión de Derecho.¹⁵⁹ Esta necesidad de argumentar el Derecho ha provocado que la interpretación que realiza la Corte de Constitucionalidad y los tribunales ordinarios, requiera encontrarse debidamente fundamentada.¹⁶⁰

La Constitución como se ha argumentado, no es una norma cualquiera, sino que su esencial trascendencia implica que cuente con sus propios métodos y principios interpretativos que procuran la protección de los derechos fundamentales que hayan sido transgredidos, e incluso en el caso del amparo, ante amenazas de conculcación de los mismos. En Guatemala, el artículo 2 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que constituye una norma de carácter constitucional,¹⁶¹ regula que las disposiciones de esa ley se

¹⁵⁹ MACCORMICK, Neil. "Retórica y Estado de Derecho". *Isegoría*, No. 21. 1999, p. 6.

¹⁶⁰ En Guatemala el deber de motivar las resoluciones judiciales (autos y sentencias) no se encuentra específicamente regulada por la Constitución Política de la República. Ha sido vía jurisprudencial que se ha establecido tal obligatoriedad. En la legislación ordinaria, es muy requerida la fundamentación y motivación de autos y sentencias, especialmente en materia procesal penal. Para el efecto, el artículo 11 *Bis* del Código Procesal Penal, adicionado por el artículo 1 del Decreto 32-96 del Congreso de la República, establece lo siguiente. "**ARTÍCULO 11 Bis.** Fundamentación. Los autos y las sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión, así como la indicación del valor que se le hubiere asignado a los medios de prueba. La simple relación de los documentos del proceso o la mención de los requerimientos de las partes, no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación. Toda resolución judicial carente de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa y de la acción penal."

¹⁶¹ En Guatemala existen 5 leyes constitucionales, siendo estas las siguientes: 1) Constitución Política de la República, decretada, sancionada y promulgada el 31 de mayo de 1985; 2) Ley Electoral y de Partidos Políticos, Decreto 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente; 3) La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente; 4) Ley de Orden Público, Decreto 7 de la Asamblea Nacional Constituyente, del 9 de diciembre de 1965 y 5) Ley de Emisión del Pensamiento, Decreto 9 de

interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional.

En ese contexto, esa misma Ley en el artículo 42¹⁶² regula los parámetros del análisis del caso y de la sentencia que debe efectuar la Corte de Constitucionalidad en materia de amparo. Esencialmente la de examinar cada uno de los fundamentos de derecho aplicables, hayan sido alegados o no por las partes. Esto basado en el principio *iura novit curia*. Además, se establece que debe aportar su propio análisis doctrinal y jurisprudencial, para lo cual interpretará en forma extensiva la Constitución. En ambos supuestos, se privilegia la interpretación extensiva, como un mecanismo que protege de mejor forma a las personas ante la amenaza o violación de sus derechos.

La interpretación extensiva es aquella interpretación que extiende el significado *prima facie* de una disposición, incluyendo en su aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal no entran en ella.¹⁶³ Esta forma de interpretación se produce cuando el intérprete amplía el alcance de la ley, pues a su juicio, el legislador expresó en el texto legal menos que lo que debía

la Asamblea Nacional Constituyente, del 28 de abril de 1966. Las tres primeras iniciaron su vigencia el 14 de enero de 1986, como resultado del establecimiento del sistema democrático que rige actualmente en Guatemala. En cambio las dos últimas, son normas constitucionales anteriores a la promulgación de la actualmente vigente Constitución Política de la República de 1985 y que la nueva Constitución les reconoció su vigencia. *VID.* los arts. 35 y 139 de la Constitución Política de la República. Así, el 35 prescribe en lo conducente a la Ley de Emisión del Pensamiento: “Todo lo relativo a este derecho constitucional se regula en la Ley Constitucional de Emisión del Pensamiento.”, y el 139 regula: “Todo lo relativo a esta materia, se regula en la Ley Constitucional de Orden Público.”

¹⁶² “**Artículo 42. ANÁLISIS DEL CASO Y SENTENCIA.** Al pronunciar sentencia, el tribunal de amparo examinará los hechos, analizará las pruebas y actuaciones y todo aquello que formal, real y objetivamente resulte pertinente; examinará todos y cada uno de los fundamentos de derecho aplicables, hayan sido o no alegados por las partes. Con base en las consideraciones anteriores y aportando su propio análisis doctrinal y jurisprudencial, pronunciará sentencia, interpretando siempre en forma extensiva la Constitución, otorgando o denegando amparo, con el objeto de brindar la máxima protección en esta materia, y hará las demás declaraciones pertinentes.”

¹⁶³ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, op. cit., p. 34.

expresarse a juicio del intérprete *-minus dixit quam voluit-*. En esta clase de interpretación, prácticamente se debe ampliar el alcance de las palabras.

Este método se aplica para entender y aplicar las normas en su sentido más amplio posible. GUASTINI agrega que los argumentos capaces de sostener una interpretación extensiva son principalmente dos: el argumento *a fortiori* y el argumento *a simili* o analógico.¹⁶⁴

En Guatemala, la interpretación extensiva debe ser utilizada por imperativo legal en materia constitucional como se ha expresado en cuanto al amparo, pues los artículos 2 y 42 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, regulan lo relativo a la interpretación extensiva de la referida ley. La Corte de Constitucionalidad con respecto a los artículos citados, ha establecido que la finalidad de la interpretación extensiva es procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional.¹⁶⁵

En ese aspecto, SÁNCHEZ GIL, considera que la sobre interpretación constitucional¹⁶⁶, como una especie de interpretación extensiva, es el instrumento

¹⁶⁴ *Ibidem*, p.35. Para profundizar más al respecto, VID. GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica, op. cit.*, p. 34 y ss.

¹⁶⁵ Sentencia del 30 de abril de 1998, expediente 762-97. Específicamente, la Corte de Constitucionalidad expresó lo siguiente: “La amparista manifestó su inconformidad con ello, argumentando que el tribunal a quo no interpretó extensivamente la ley para reconocerle la representación de los derechos de las personas que se encuentran en su misma situación. Al respecto, esta Corte considera que dicha forma de resolver se encuentra ajustada a la ley, porque, si bien este instrumento constitucional aplica el principio de la interpretación extensiva de la ley para procurar una adecuada protección de los derechos humanos, en los asuntos de su competencia, y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensa de orden constitucional, ello no significa que los accionantes puedan ignorar y el tribunal consentir, el incumplimiento de los requisitos que la misma Ley de la materia exige que deben llenarse en toda solicitud de amparo, entre ellos, la acreditación de la representación cuando se afirma actuar en nombre de otra persona. En este caso la accionante no cumplió con tal exigencia y por ello no puede conocerse del agravio que, denuncia, se ocasiona a otras personas, porque, salvo el Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos, ninguno puede, mediante el amparo, hacer valer, sin representación, derechos de terceros.” En igual sentido, las sentencias: del 26 de septiembre de 1996, expediente 1012-95, del 3 de diciembre de 1991, expediente 265-91 y del 23 de marzo de 1988, expediente 276-87.

¹⁶⁶ SÁNCHEZ GIL, Rubén Antonio, explica que la sobreinterpretación es la atribución de significado a un texto, trascendiendo el significado que su autor pretendió darle originalmente o alguno que resulte inmediatamente a él, para que el lector use uno de sus posibles sentidos que el contexto

adecuado para completar lagunas constitucionales, con beneficios en una doble vertiente: dándole actualidad a las normas fundamentales ante nuevos acontecimientos de la vida social y otorgando mayor efectividad al orden constitucional al hacer posible la calificación jurídica de hechos que aparentemente no se considerarían de examen jurídico constitucional, sino más bien abandonadas a la política o mejor dicho, a los agentes políticos.¹⁶⁷

En Guatemala, esta forma de interpretar la Constitución en forma extensiva, se ha basado en el principio de dignidad humana. Por esa razón se ha justificado la labor de la Corte de Constitucionalidad, al efectuar una interpretación de manera amplia en la búsqueda de una mayor protección de los derechos de las personas y que ha permitido, tener en cuenta a la persona como fin del Derecho y no como un medio, lo que ha dado lugar a una interpretación finalista.

Derivado de ello, la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes, expresa el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sientan doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Por último, no hay que olvidar que en la solución de los casos concretos, la CC utiliza diversidad de métodos interpretativos, en la solución de los mismos, por ejemplo, interpretación histórica del precepto constitucional,¹⁶⁸ interpretación armónica o sistemática,¹⁶⁹

le permita. Expresa que esta modalidad continúa siendo “interpretación”, pues persigue la finalidad general de esa actividad: contextualizar un texto y comprender su sentido dentro de una situación determinada, con un significado particular a ella. *VID. Los Principios de interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 284.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 285.

¹⁶⁸ “Este método de interpretación propone que para desentrañar el significado de una norma debe acudir al contenido y la finalidad con el que fue establecida, recurriendo para ello a la historia fidedigna de la institución o norma contenida en el precepto objeto de hermenéutica.” Corte de Constitucionalidad, sentencia de 8 de agosto de 2011, expediente 2906-2011.

¹⁶⁹ “Este método indica que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el que el significado de cada uno de sus preceptos debe determinarse en forma acorde con los restantes, de manera que ninguna disposición constitucional debe ser considerada aisladamente y que en eventos de una posible antinomia entre dos de sus preceptos debe

interpretación finalista,¹⁷⁰ interpretación principialista en materia tributaria,¹⁷¹ entre otros, además de los métodos tradicionales reconocidos en doctrina.¹⁷²

Lo anterior, sin dejar de mencionar que la Corte de Constitucionalidad, como órgano máximo en materia constitucional en Guatemala, continuamente innova la aplicabilidad de otros métodos de interpretación más protectores de las personas.

8. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Los métodos de interpretación utilizadas de manera general en cualquier rama del derecho pueden ser aplicados en materia constitucional. Sin embargo, la

preferirse la conclusión que armonice y no la que genere una pugna entre el precepto objeto de interpretación con las distintas cláusulas del texto constitucional.” Corte de Constitucionalidad, sentencia de 8 de agosto de 2011, expediente 2906-2011.

¹⁷⁰ En sentencia de 8 de agosto de 2011, expediente 2906-2011, la CC expresó lo siguiente: “**Interpretación finalista.** Este método de interpretación fue recientemente utilizado por la Corte de Constitucionalidad, en la opinión consultiva de diecisiete de septiembre de dos mil diez (Expediente 3174-2010). De acuerdo con esta modalidad de interpretación, la Constitución no puede ser interpretada con un rigor iuspositivista, sino más bien, su correcta hermenéutica propugna por comprender no sólo el texto escrito de sus normas, sino además todo el conjunto de principios y valores que el legislador constituyente originario quiso preservar en el texto supremo, en razón de que todos ellos permiten, en una dimensión jurídica y axiológica, determinar cuál es la conducta que en un precepto objeto de interpretación ha de permitirse o bien ha de prohibirse. Esto debe ser así porque los valores que la Constitución aspira a realizar y los principios contenidos en ella, deben trascender la literalidad de sus artículos.”

¹⁷¹ En sentencia de 12 de marzo de 2015, expediente 1627-2014, la CC manifestó: “Las normas precedentes constituyen el fundamento jurídico que fijan las reglas de interpretación a ser aplicadas en materia tributaria, por lo que al buscar desentrañar el sentido de las normas propias de esta rama del derecho se debe acudir en primer lugar al método principialista, puesto que la labor interpretativa debe efectuarse sobre la base de los principios reconocidos constitucionalmente -tales como el de legalidad, igualdad, equidad, generalidad, proporcionalidad, capacidad de pago, tributos no confiscatorios y la prohibición a la doble o múltiple tributación interna- y los contemplados en las normas ordinarias de carácter tributario.”

¹⁷² “(...) aunado a ello, se deben tomar en cuenta los métodos de interpretación regulados en el artículo 10 precitado -que sean aplicables-, por lo que corresponde al intérprete establecer el significado de las normas a través de la determinación del significado usual, técnico o científico de las palabras (método gramatical) o bien, interpretar las leyes de acuerdo a la armonía que guarda con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico al que pertenecen (método sistemático) y de ser necesario, puede acudir a su estudio tomando en cuenta los antecedentes del precepto y los cambios que ha sufrido a lo largo de su historia.” *VID.* sentencia de 12 de marzo de 2015, expediente 1627-2014.

interpretación constitucional como una especie de la interpretación jurídica en general, posee elementos propios que permiten interpretar adecuadamente el propio texto constitucional. Es menester recordar que la Constitución Política por su especial naturaleza se extiende a todas las ramas del Derecho.¹⁷³ Por esos motivos es que:¹⁷⁴

“La Constitución Política de un país expresa la summa del Estado: el pasado, el presente y el futuro de cualquier pueblo. Por ello, la Constitución, que es aprehensible como cualquier otro corpus de normas jurídicas, demanda un procedimiento especial de interpretación diferente del que se utiliza para la interpretación de las «demás» leyes que permita hallar los «contenidos» de su articulado.”

La Constitución ha pasado de ser considerada como un cuerpo normativo carente de aplicación práctica a una norma de normas, la cual sirve como fuente a las demás. O sea, se le considera como una norma primaria sobre la producción jurídica: las restantes normas son secundarias, su validez deriva de la Constitución, que establece cuáles son las reglas que han de seguirse para su elaboración y modificación.

La Constitución ha dejado de ser una simple norma jurídica para convertirse en un verdadero instrumento jurídico de construcción normativa con una jerarquía superior a las demás normas que confluyen en el sistema de fuentes del derecho.¹⁷⁵ De tal manera, que las disposiciones normativas infraconstitucionales

¹⁷³ Sobre el particular, LANDA ARROYO, César, expone: “[l]a Constitución es considerada la norma normarum –la norma de creación de las normas– y la lex legis –la ley suprema–, que se extiende a todas las ramas del Derecho, siendo sus principios y disposiciones aplicables no sólo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado porque son de alcance general.” VID. “Los precedentes constitucionales: el caso del Perú”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2010, no. 14, p. 196.

¹⁷⁴ URIBE ARZATE, Enrique. “Actualidad y Perspectivas de la Interpretación Constitucional en México”. *Revista de Derecho*, 2005, p. 111.

¹⁷⁵ Es por esos motivos que Joan PICÓ I JUNOY, manifiesta que: “El carácter normativo de la Constitución, unánimemente admitido en nuestros días, comporta que los derechos fundamentales vinculen a todos los poderes públicos; requiriendo un adecuado sistema de garantías constitucionales dentro de las cuales se haya la exigencia dirigida a los jueces de

pueden ser expulsadas del ordenamiento jurídico, o bien, inaplicadas al caso concreto, cuando las mismas sean contrarias a la Constitución. Debido a lo anterior, por su jerarquía y los efectos que produce, las normas constitucionales cuentan con sus propias formas y métodos de interpretación.

GUASTINI advierte razonablemente que los documentos normativos, es decir las fuentes del derecho, son formulados no ya en un lenguaje artificial –en el que todos los términos y todos los conectivos sintácticos estén rigurosamente definidos– sino en un lenguaje natural. A lo que agrega, que el lenguaje natural no está sujeto a reglas semánticas y sintácticas bien definidas, por lo que el significado del lenguaje natural, por tanto, considera, es fatalmente indeterminado y que de ahí nacen los “problemas” de interpretación.¹⁷⁶ Dado que generalmente los problemas fundamentales de toda interpretación textual nacen de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos sujetos a la interpretación.¹⁷⁷

Debido a lo anterior, para la interpretación de un texto constitucional se pueden utilizar los métodos de interpretación aplicables para cualquier disciplina jurídica, tal como se ha manifestado. Pero cuando se trata de normas contenidas en la Constitución, se deben considerar los criterios o principios específicos que orientan la interpretación constitucional. Esto sin olvidar que debido a la especificidad de su alcance, requieren un lugar prioritario en la misma.

GUASTINI afirma que las peculiaridades de la interpretación constitucional se refieren a uno o más de los siguientes aspectos: 1. Los agentes de la interpretación. 2. Las técnicas interpretativas y 3. Los problemas de la interpretación.¹⁷⁸ Por eso, concluye, puede producirse que la Constitución, a diferencia de las otras leyes, esté sujeta no a la interpretación judicial (de los

aplicar, de modo directo e inmediato, las normas constitucionales.” PICÓ I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: José María Bosh Editor, 1997, p. 24.

¹⁷⁶ GUASTINI, Riccardo. “Problemas de Interpretación”, traducido por Miguel Carbonell. *Isonomía*, No. 7, octubre 1997, p. 121.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 123.

¹⁷⁸ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*, *op cit.*, pp. 255-256.

jueces comunes), sino a la interpretación de agentes diversos.¹⁷⁹ En cuanto a esto, la praxis demuestra que en el vértice de cualquier tipo de interpretación que se efectúe, corresponde al Tribunal Constitucional la ulterior y significativa interpretación del texto constitucional.

Los asuntos sometidos al conocimiento constitucional además de la resolución de la pretensión concreta, cuya protección se requiere al Tribunal Constitucional, implican la abstracción o resolución de elementos políticos y sociales, entre otros, que incidirán en el ámbito en el cual serán aplicados, contrario a la otrora posición kelseniana de la teoría pura del Derecho.¹⁸⁰

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 256. En ese mismo enfoque argumentativo, agrega lo siguiente: “[o] que para la interpretación de los documentos constitucionales sea necesario (o incluso sólo oportuno) adoptar técnicas interpretativas específicas, diversas de las que se utilizan para la interpretación de las leyes; o, incluso, que los textos constitucionales conlleven problemas interpretativos diversos de los ordinarios que nacen de la interpretación de las leyes.”

¹⁸⁰ Para comprender lo expuesto por Kelsen, puede examinarse lo siguiente: “Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado. Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho [...] La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.” KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 4ª Edición, 9ª reimpresión. Buenos Aires: Eudeba, 2009, p. 50. Por su parte, Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica. (Con referencia particular a la Dogmática Penal)*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones UNAM, 1989, p. 34, expone que: “La teoría pura tiene como principio fundamental excluir de la investigación jurídica los juicios subjetivos de valor que, de hecho, generalmente por influencia del iusnaturalismo, perjudican el desarrollo de esa actividad científica. Kelsen presupone que las valoraciones no son susceptibles de contrastación empírica, pues están determinadas por factores volitivos y por lo tanto son relativas. El programa kelseniano pretende construir una teoría "pura" en un doble sentido: libre de valoraciones morales, que constituyen el contenido de la ética, y aislada de consideraciones sobre circunstancias fácticas que integran el objeto de otras ciencias, como la sociología. El derecho se define teniendo en cuenta características verificables empíricamente.”

Los problemas interpretativos con los que cotidianamente se tiene que enfrenar el juez son maximizados cuando de interpretar las disposiciones constitucionales se trata. Ello por la naturaleza misma de dichas disposiciones (llenas de conceptos polivalentes), que son susceptibles de diversas interpretaciones dependientes del momento histórico y social en el que han de ser aplicadas.¹⁸¹ Entre estos principios se encuentran: unidad de la constitución, concordancia práctica, función integradora, corrección funcional y fuerza normativa de la Constitución.

En cuanto al principio de la unidad de la Constitución, de acuerdo con el mismo, la Constitución debe interpretarse de manera coherente como parte de un todo. Al respecto, cabe mencionar que la Constitución contempla una serie de normas jurídicas que regulan diversos tópicos, esencialmente dogmáticos y orgánicos. Por eso es considerada como un todo orgánico, es decir, no se deben considerar sus disposiciones normativas de manera aislada e incoherente unas de otras.

Por lo tanto, el análisis de cada disposición constitucional debe efectuarse tomando en consideración las demás normas contenidas en la Constitución. De la forma en que sea interpretada una norma constitucional, se puede originar la variación del sentido de las instituciones por ellas reconocidas. Es importante enfatizar que la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a preservar la integridad del contenido constitucional. La misma debe interpretarse buscando armonizar todos los valores y principios consagrados en ella.

PÉREZ ROYO¹⁸² señala que: “[l]a interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el

¹⁸¹ FIGUEROA-MEJÍA, Giovanni. “Duplicidad interpretativa: interpretación jurídica en general e interpretación jurídica en particular” *Dikaion*, junio 2010, año 24, vol. 19, núm. 1, p. 150. En ese mismo sentido, considera pertinente que tengamos en cuenta que la interpretación constitucional, verdadero corazón de la teoría de la Constitución, presenta unas peculiaridades que hacen que para su interpretación, las reglas empleadas para la interpretación jurídica en general, si bien pueden constituir un significativo punto de apoyo, no son suficientes por sí solas para abordar la tarea de interpretar la Carta.

¹⁸² PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 144.

ordenamiento jurídico.” Por otro lado, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, estimó que:¹⁸³

“Vale aquí indicar que al emprender la tarea de interpretar la Constitución se hace necesario que el intérprete tome en cuenta, como principio básico que informa su labor, que el orden fundamental que la norma suprema establece deriva del conjunto de sus disposiciones, las que habrán de ser entendidas en su contexto, como unidad armónica, atendiendo siempre a la interrelación existente entre ellas.”

De lo anterior, puede considerarse que la interpretación conforme a la Constitución, constituye una forma de interpretación sistemática que permite que el ordenamiento jurídico sea entendido desde la óptica constitucional, como un todo, en cuyo vértice se encuentra la Constitución. De tal manera que se persigue que mediante esta interpretación constitucional, se concilien las leyes con el texto supremo.

Con respecto al principio de la concordancia práctica, es importante mencionar que la unidad de la Constitución origina indefectiblemente la necesidad de coherencia de las distintas normas jurídicas contenidas en el texto constitucional. Con este principio se pretende ‘optimizar’ la interpretación de las normas constitucionales entre las que pueda darse una relación de tensión en la práctica.¹⁸⁴ La Corte de Constitucionalidad de Guatemala expresó que el principio de concordancia práctica para la eficacia de la preceptiva constitucional se produce cuando al aplicar este principio en la solución de un caso concreto, quien realiza tal labor debe ponderar los preceptos constitucionales que podrían verse en pugna para alcanzar tal solución.

¹⁸³ Corte de Constitucionalidad, sentencia de 8 de febrero de 2011, expediente 1994-2009.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 144.

De ahí que para una solución práctica considera, debe tratarse de armonizar aquellos preceptos, si ello es posible, o en caso contrario, precisar las condiciones y requisitos en los que podría admitirse la prevalencia de uno respecto de otro.¹⁸⁵ Lo que se persigue con la observancia de este principio interpretativo es que las normas constitucionales se interpreten de manera coordinada para evitar contradicciones innecesarias entre las distintas normas que integran el sistema constitucional.

Por el principio de la función integradora debe interpretarse que la Constitución debe ser un instrumento de agregación y no de desagregación política de la comunidad.¹⁸⁶ Esto porque el resultado de la interpretación para que sea válido debe contribuir a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.¹⁸⁷ La Constitución procura la preservación de la unidad política del Estado, por lo que los problemas de carácter constitucional que se susciten, requieren ser interpretados con el propósito de consolidar dicha unidad.

El principio de la corrección funcional tiende a tutelar la parte orgánica de la Constitución, pues la interpretación que se efectúe no debe interferir en el ámbito de las funciones asignadas por el texto constitucional a diferentes órganos del Estado. En este sentido, el intérprete se ve obligado a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagradas por la Constitución. Es así que la finalidad de este principio es no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de 7 de mayo de 2013, expediente 1312-2012.

¹⁸⁶ BARDELLI LARTIRIGOYEN, Juan Bautista. "El Juez Constitucional." *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ciudad de México: Fundación Konrad Adenauer, 2008, p. 20.

¹⁸⁷ En ese sentido, el Tribunal Constitucional del Perú expresó que: el "producto de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad. Sentencia de 8 de noviembre de 2005; EXP. N.º 5854-2005-PA/TC.

¹⁸⁸ PÉREZ ROYO, Javier, *op. cit.*, p. 144.

Con relación a la fuerza normativa de la Constitución, se valora la supremacía de la misma frente a cualquier disposición infraconstitucional que tienda a violentarla. Cuando no es viable encontrar justificación a una ley dentro de la Constitución, como es obvio, hay que hacer valer la Constitución frente a la ley.¹⁸⁹ Ante los problemas interpretativos que se susciten, debe dársele preferencia a la interpretación que le reconozca una mayor eficacia a la norma constitucional.

Como puede determinarse de lo aquí expuesto, la observancia de los principios en materia de interpretación constitucional constituye un medio coherente que permite al juzgador hacer efectiva la supremacía constitucional y solucionar el caso concreto sometido a su decisión, mediante la aplicación de los mismos, dentro de una visión macro que comprende la plena protección de los derechos fundamentales de las personas. Al decir de VIGO¹⁹⁰, “Los principios definitivamente amplían la capacidad de respuesta jurídica y permiten no sólo entender mejor lo que las normas con su tipicidad disponen sino ordenarlas y hasta invalidarlas en tanto incurran en contradicción con los principios de donde derivan.”

En Guatemala debido a la obligatoriedad de la Corte de Constitucionalidad de interpretar en forma extensiva la ley y al haber adoptado un parámetro principialista en su interpretación, se ha originado la observancia de diversos principios de interpretación constitucional, lo cuales se analizarán en el próximo capítulo.

9. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

La interpretación conforme a la Constitución fue formulada originalmente por los sistemas jurídicos de los Estados Unidos de América –*in harmony with the*

¹⁸⁹ FIGUEROA-MEJÍA, Giovanni, *op. cit.*, p.157.

¹⁹⁰ VIGO, Rodolfo Luis. “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* de Santa Fe, 2009, p. 266.

Constitution– y de Alemania –*Verfassungskonforme Auslegung*– y persigue la realización de una interpretación desde la Constitución en forma armónica, de manera que no se contraríen sus normas por disposiciones inferiores, sino al contrario, que el contenido de estas se armonice con la norma suprema.

GUASTINI explica que a la interpretación “conforme”, también se le puede nombrar como “adecuadora” o “armonizante” y añade que la interpretación conforme es, en suma, aquella que adecua, armoniza, la ley con la Constitución (previamente interpretada), eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa– el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución. Considera que el efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional.¹⁹¹ Por ello es que desde el vértice del ordenamiento jurídico, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución).¹⁹²

El conocimiento tradicional de las formas de interpretación ha sido enriquecido por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, mientras que la influencia cada vez mayor de los principios interpretativos se hace palpable continuamente en las distintas sentencias emitidas no solamente por la Corte de Constitucionalidad, sino por los jueces ordinarios, que aplican estos principios desde la óptica constitucional. Además, el juez se ha visto obligado a fundamentar adecuadamente su decisión, a efecto de garantizar la tutela judicial efectiva.

Ciertamente, su interpretación¹⁹³ no debe ser antojadiza, sino que debe justificar adecuadamente las razones que lo impulsaron a tomar su decisión, es

¹⁹¹ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 162.

¹⁹² MANCHEGO PALOMINO, José F. *Op. cit.*, p. 234.

¹⁹³ “[I]a interpretación es una operación compleja que, partiendo de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse en ellos, capta, explícita y concreta el alcance del valor que a través del enunciado legal trata de expresarse. Esos valores son el sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido el acto legislativo, y sin su aprehensión y constante

decir, tiene la obligación de motivar la decisión judicial,¹⁹⁴ de tal modo que las partes conozcan cuáles fueron éstas y puedan, si estiman conveniente ejercitar su derecho subjetivo de impugnación para el efecto.

Anteriormente, se hizo referencia a que VIGO¹⁹⁵ sostiene que la visión sistemática de la Constitución se ha vinculado a la presunción de racionalidad del legislador o constituyente, en tanto cabe suponer que esa obra no es fruto del azar o de manifestaciones incoherentes, sino el resultado de la razón. Efectivamente, la coherencia de las disposiciones jurídicas debe ser buscada por el intérprete, quien como afirma VIGO, se basa en la presunción de racionalidad¹⁹⁶.

La interpretación conforme, es aquella que adecúa y armoniza la ley con la Constitución, eligiendo el significado que evite toda contradicción entre estas.¹⁹⁷ Es por eso, que la finalidad de tal interpretación es la de conservar la validez de una ley que de otra forma, debería ser declarada inconstitucional.¹⁹⁸

Con relación a este método interpretativo, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha expresado lo siguiente:¹⁹⁹

consideración en la tarea interpretativa ésta carecerá de patrón de corrección o verdad". GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "La interpretación constitucional" *op. cit.*, p. 44.

¹⁹⁴ A ese respecto, EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier manifiesta: "El gran problema para el control del sometimiento del juez a la ley es, sin duda alguna, el control de la actividad interpretativa. Establecer si en una decisión judicial se ha cumplido con la obligación de motivar, entendida como la utilización y mención de una o más disposiciones normativas provenientes de una autoridad normativa, es relativamente sencillo (aunque también en esta operación se deben resolver problemas y discrepancias de gran calado relativas a la validez de las normas en los que no están ausentes cuestiones interpretativas)." *VID. Argumentación e Interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el Derecho Peruano*. 2010, p. 158.

¹⁹⁵ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Segunda Edición, 2004, p. 117.

¹⁹⁶ CRUZ, Luis M. considera que: "La finalidad de tal interpretación es la de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional.", *op cit.*, p. 15.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 15.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 15.

¹⁹⁹ Corte de Constitucionalidad, sentencia del 8 de febrero de 1999, expediente 931-98.

“Esta Corte ha considerado que las normas constitucionales deben tenerse como un conjunto armónico en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes; que ninguna disposición debe considerarse aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del texto constitucional. Se busca así la solución interpretativa que maximice la eficacia de la Constitución para que, en caso de concurso de normas, se produzca una ponderación de los valores y principios que ésta reconoce, de tal modo que conserven su armonía sistemática, sin sacrificar unos en beneficio de otros.”

Esta interpretación pretende armonizar el sentido de la norma constitucional con el ordenamiento jurídico, con el propósito de evitar las posibles contradicciones en su texto y darle coherencia al mismo. Cabe indicar, que la interpretación conforme a la Constitución corresponde a la denominada “interpretación *desde* la Constitución”, mediante la cual se pretende indicar que con esta debe relacionarse subordinadamente la determinación del sentido normativo de las leyes y demás integrantes del sistema jurídico y no viceversa.²⁰⁰

De acuerdo con FERNÁNDEZ SAGADO,²⁰¹ la interpretación por el Juez constitucional tanto de la Constitución como del resto del ordenamiento jurídico, a fin de “conformarlo” a la Norma suprema, se traduce en la creación de una jurisprudencia vinculante que, entre otras consecuencias, ha venido a suponer una notable disminución de la distancia que antaño separaba la eficacia del precedente en Norteamérica, en virtud de la regla *stare decisis* y de la posición jerárquica superior de la *Supreme Court*, de la eficacia de los efectos *erga omnes* de las sentencias de nulidad de los Tribunales Constitucionales, que han pasado

²⁰⁰ SÁNCHEZ GIL, *op. cit.*, p. 317.

²⁰¹ FERNÁNDEZ SAGADO, Francisco. “El Tribunal Constitucional Español como Legislador Positivo”, Pontificia Universidad Católica del Perú: *Revista Pensamiento Constitucional*, 2011, año XV, número 15, p. 152.

de esta forma a asumir un rol auténticamente normativo, equiparable al del legislador positivo.

La interpretación conforme a la Constitución, constituye una forma de interpretación sistemática que permite que el ordenamiento jurídico sea entendido desde la óptica constitucional. De tal manera que se persigue que mediante la misma, se unifiquen las leyes con la Constitución, con el propósito de garantizar los derechos fundamentales, dado su carácter vinculante. Con relación a este aspecto, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala²⁰² ha considerado que las normas constitucionales deben tenerse como un conjunto armónico en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes; que ninguna disposición debe considerarse aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del texto constitucional.²⁰³

Este principio interpretativo fue reconocido por el Tribunal Constitucional de España, que en la STC 9/1981 determinó que: “La naturaleza de la Ley superior de la Constitución se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la misma”. De esa misma forma, en la STC 77/1985,²⁰⁴ consideró que:

“[e]ste principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución se justifica, puesto que la Constitución es uno de los

²⁰² Sentencia del 8 de febrero de 1999; expediente 931-98. Gaceta 51.

²⁰³ La C.C. específicamente manifestó al respecto, lo siguiente: “Esta Corte ha considerado que las normas constitucionales deben tenerse como un conjunto armónico en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes; que ninguna disposición debe considerarse aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del texto constitucional. Se busca así la solución interpretativa que maximice la eficacia de la Constitución para que, en caso de concurso de normas, se produzca una ponderación de los valores y principios que ésta reconoce, de tal modo que conserven su armonía sistemática, sin sacrificar unos en beneficio de otros.”

²⁰⁴ Además de esta sentencia. El Tribunal Constitucional Español en la STC 9/1981 determinó que: “La naturaleza de la Ley superior de la Constitución se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la misma”. De esa misma manera, en la STC 112/1989, afirmó que: “[t]odo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a la Constitución y en la medida más favorable a los derechos fundamentales. De este modo, la constitución se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico.”

elementos interpretativos que deben barajarse en toda labor de hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la interpretación sistemática y teleológica.”²⁰⁵

Es por ello que la interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico.²⁰⁶ Derivado de lo anterior, en materia interpretativa penal resulta trascendental interpretar las leyes, sin olvidar la norma suprema, porque debe el intérprete, especialmente el juez, tener presente en todo momento el texto constitucional y velar porque las leyes penales se interpreten conforme a la Constitución para garantizar de mejor manera los derechos fundamentales de las personas.

El juez se encuentra sometido insoslayablemente a la ley (principio de legalidad), pero también está sometido a la Constitución (principio de constitucionalidad). Lo anterior constituye una doble vinculación.²⁰⁷ Significa que debe interpretar y aplicar la ley, desde una visión constitucional, no sólo respecto de las normas que esta contiene, sino también con base a los valores y principios que la misma comprende. Debe tenerse en cuenta que el Derecho Constitucional moderno es prominentemente principialista.

Cuando se interpreten normas penales, es oportuno tomar en cuenta que al efectuar una interpretación conforme a la Constitución, el juez debe observar los criterios interpretativos dictados por el Tribunal Constitucional y sobre todo, tomar

²⁰⁵ En igual sentido, la STC 112/1989, afirmó que: “[t]odo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a la Constitución y en la medida más favorable a los derechos fundamentales. De este modo, la constitución se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico.”

²⁰⁶ PÉREZ ROYO, Javier, *op. cit.*, p. 144.

²⁰⁷ En ese sentido, ATIENZA, Manuel. “Constitución y Argumentación”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2007, no. 24, p. 205, explica que: “[e]n cuanto al papel de la jurisdicción, el énfasis de Ferrajoli en que el juez no está vinculado únicamente a la ley, sino a la ley y a la Constitución (una idea, por lo demás, que está muy presente también en los otros autores) se diferencia poco, en cuanto a sus efectos prácticos, de afirmar que la función judicial está regida no sólo por reglas, sino también por principios o que el juez debe procurar contribuir al desarrollo y mejora de la práctica o empresa en qué consiste el Derecho.”

la norma constitucional como una premisa de su decisión.²⁰⁸ Por lo tanto, su actuación no se limita exclusivamente al ámbito penal, sino también al constitucional, lo que amplía su campo de conocimiento y permite también, interpretar y aplicar de mejor manera la ley al caso concreto, pues:²⁰⁹

“La interpretación conforme a la Constitución es una forma de la interpretación sistemática y que contribuye a que el entero ordenamiento sea leído a tono con la Constitución. Únicamente una oposición insuperable entre Constitución y ley requiere que ésta sea anulada por la interpretación constitucional.”

La interpretación conforme a la constitución busca la armonización entre la ley infraconstitucional con el propio texto constitucional, de tal forma que se busca la unidad de este con aquella ley, pero cuando luego del examen interpretativo correspondiente no se logra tal conciliación, la propia Constitución establece el mecanismo jurídico adecuado para su expulsión del ordenamiento jurídico.

Para el efecto, debe tenerse en cuenta que si bien son las Cortes Constitucionales quienes tienen una mayor labor en la búsqueda de la adecuación del texto legal referente al constitucional, también la interpretación conforme es practicada por los jueces comunes,²¹⁰ quienes ejercen una función de “filtro”, como

²⁰⁸ Efectivamente, DE OTTO, *op. cit.*, p. 76, considera: “Que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las consiguientes consecuencias: a) dado que la Constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma de normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente de derecho sin más”.

²⁰⁹ RODRÍGUEZ O., Pablo. *Derechos Fundamentales*. San José: Editorial Juricentro, 2001, p. 171.

²¹⁰ GUASTINI, Ricardo, en ese sentido, considera que efectivamente la interpretación conforme o adecuadora de las leyes no es únicamente obra de la Corte Constitucional: es practicada también por los jueces comunes. Estima que esto sucede, en particular, cada vez que una de las partes de un proceso principal presenta una cuestión de legitimidad constitucional (sobre una ley aplicable en ese proceso) y el juez rechaza la instancia de parte —es decir, se rehúsa a someter la cuestión a la Corte Constitucional— aduciendo que la cuestión es “manifiestamente infundada” desde el momento en que la ley de que se trata puede ser interpretada de modo

expresa GUASTINI, en las controversias ante la Corte Constitucional, operando una suerte de control preliminar de legitimidad constitucional.²¹¹ Por ello, deben inquirir por la interpretación y posterior aplicación de las normas infraconstitucionales conforme a la Constitución, para observar de esa manera el principio de supremacía constitucional.

10. EL FORMALISMO COMO OBJETO DE SUPERACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL²¹²

Para el positivismo en general la interpretación es cognoscitiva, puesto que el legislador ha plasmado de manera contundente la voluntad estatal y por ende, es consistente y congruente al punto de no admitir la existencia de lagunas de derecho ni antinomias.

La visión restrictiva del iuspositivismo formalista respecto de la función desempeñada por el juez, al estimar que aplica circunscritamente el derecho con privación completa de actividad valorativa-creativa en el ejercicio interpretativo ha sido ampliamente superada por la doctrina constitucional predominante. Sin embargo, resulta un problema recurrente en la justicia ordinaria, debido a la rigidez formalista en la calificación de admisibilidad en los recursos y demás escritos de los litigantes.

Actualmente en sectores de la doctrina, se considera que el juez no es un simple intérprete que se limita a declarar un derecho preexistente, en buscar la *voluntas legislatoris*, sino que mediante su actividad jurisdiccional al interpretar la

conforme con la Constitución, de manera que basta “adecuar” la ley, armonizarla con la Constitución, para que se disuelva la cuestión de legitimidad constitucional. *VID. Estudios de Teoría Constitucional, op. cit.*, p. 162.

²¹¹ GUASTINI, Ricardo. *Teoría Constitucional, op. cit.*, p. 165.

²¹² Con relación a este tema, *VID. RUANO GODOY*, Edgar Orlando. “Interpretación constitucional frente al formalismo”, *INFO CC: Revista Mensual de la Corte de Constitucionalidad*, marzo 2015, año 4, no. 11, pp. 4-5.

ley, crea derecho.²¹³ En efecto, la posición que sostiene dogmáticamente que sólo el legislador crea derecho, ha sido objeto de discusión en la filosofía del derecho, debido a que todo juez, y con mayor razón el juez constitucional, al solucionar un caso concreto mediante una sentencia, puede para algunos crear derecho.²¹⁴ Esto, “[p]orque si el derecho rige, vincula, opera tal como es interpretado, y si la interpretación es el procedimiento mediante el que se atribuye significado a un enunciado, entonces hay que concluir que la interpretación siempre es creativa.”²¹⁵

Pareciera que en Guatemala, la Escuela Exegética y el positivismo formalista en general hubieran sido superados plenamente en el siglo XXI, y que sus nefastas consecuencias productoras de un formalismo exacerbado, enervante de los derechos de las partes para acceder a la justicia constitucional hubieran sido erradicadas por completo, desde su contaminada raíz, pero no. Lamentablemente estos antiquísimos resabios perduran inmunes en ciertas decisiones judiciales y aún en escritos presentados por los abogados auxiliares de los sujetos procesales, con el propósito de atacar las pretensiones de la parte contraria o alguna resolución judicial, de la cual se encuentren inconformes, con argumentos netamente formalistas, como alegar que si falta una letra en el nombre o hay una de más, ya no se trata de la misma persona, para poner un ejemplo concreto.

Es indiscutible que las leyes procesales contemplan una serie de requisitos y formalidades que deben observarse necesariamente para la substanciación del

²¹³ El tema acerca de si el juez crea derecho o no ha sido muy debatido en la filosofía del derecho. Hay diversas posiciones al respecto. Para profundizar más en el tema, VID. BULYGIN, Eugenio. “¿Los jueces crean Derecho? *Isonomía*, No. 18, abril 2003; BULYGIN, Eugenio. “Creación y aplicación del Derecho”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. No. 19, 2001; LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, 3a. reimp., Bogotá: Legis-Uniandes, Facultad de Derecho, 2002; LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Colombia: Legis. 2004; RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción Constitucional como forma de creación de derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, año 8, no. 22, p. 11.

²¹⁴ SOLÍS FALLAS, Alex. *La Dimensión Política de la Justicia Constitucional*, San José: Asamblea Legislativa, 1999, p. 193.

²¹⁵ CANOSA USERA, Raúl, citado por SOLÍS FALLAS, Alex. *Ibidem.*, p. 193.

proceso y que frecuentemente el término “formalismo” irremediamente sea concebido como algo negativo, constituido por una serie de ritos solemnes o sagrados, propios del lenguaje técnico-jurídico, desprovistos de utilidad práctica y que sirven de obstáculo para lograr los fines del proceso, pero no se debe caer en el otro extremo. No obstante, contrario a lo recién expresado, debe indubitadamente estimarse que las formas procesales en la tramitación del proceso deben observarse ineludiblemente. Lo anterior, se protege mediante el principio del debido proceso, pues:

“[e]l principio del debido proceso legal representa la expresión constitucional del formalismo procesal; la informalidad excesiva (donde las partes corren el peligro exponerse (sic) al arbitrio y al poder del Estado) y el exceso de formalismo (donde el contenido –el derecho material y la justicia– corre el riesgo de extinguirse por razones de forma) establecen sus límites extremos.”²¹⁶

El problema se origina generalmente *per se*, no porque la ley contemple requisitos formales que deben observarse obligatoriamente,²¹⁷ sino que la dificultad surge cuando el juez realiza su juicio jurídico-valorativo al examinar los escritos presentados por las partes y como resultado determina que se ha producido un incumplimiento de requisitos formales. Sin embargo, efectúa dicho juicio estimativo con un rigor excesivo que provoca irremediamente que la naturaleza instrumental del procedimiento se convierta en material o sustancial, y que de ser un medio o instrumento se convierta en un fin en sí mismo, que origine una desnaturalización del proceso e impida el acceso a la justicia de los afectados.

El acceso a la justicia se ve limitado cotidianamente en Guatemala por interpretaciones con claro matiz iuspositivista normativista, el cual se niega a

²¹⁶ DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Del formalismo en el proceso civil. (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, traducción de Juan José Monroy Palacios. Lima: Editorial Palestra, 2007, p. 183.

²¹⁷ En muchas ocasiones es la propia disposición normativa la que incluye requisitos excesivamente formales, pero para efectos de este trabajo, interesa no este supuesto, sino cuando el formalismo se produce vía interpretación judicial.

desaparecer en su interpretación cotidiana, a pesar que ATIENZA y RUIZ MANERO afirman lo siguiente: “El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional”.²¹⁸ Lo manifestado se observa con regularidad en distintos fallos judiciales. Rechazar un recurso de reposición porque la peticionaria no indicó que fuera conocida indistintamente con el apellido de “Cinsneros” y “Cisneros”, cuando obviamente se trata de un simple error, producido debido a la incrustación de una letra indebida en la designación de su nombre, cuando éste claramente se determina;²¹⁹ haberse rechazado una excepción de prescripción con el argumento de que no se le denominó “mixta”, cuando la misma puede interponerse en cualquier estado del proceso, antes de que se dicte sentencia en segunda instancia²²⁰; etc., constituyen interpretaciones formales exacerbantes.

“La posibilidad que posee el juez constitucional –asevera SOLÍS FALLAS – para desarrollar el contenido del Derecho de la Constitución, lo coloca en una situación privilegiada en el sistema institucional, para influir jurídica y políticamente en él.”²²¹ Es aquí precisamente donde la función interpretativa realizada por la Corte de Constitucionalidad, ha venido desempeñando un cambio paradigmático en el ámbito intelectual de los diversos abogados litigantes dentro del foro guatemalteco, pero esencialmente en los juzgadores al acelerar interpretativamente el paso del estado de derecho positivo decimonónico al

²¹⁸ Específicamente estos autores aseguran que: “El positivismo jurídico ha agotado ya, nos parece, su ciclo histórico. En contra de lo que han sostenido algunos autores como Ferrajoli, Comanducci o Prieto, el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el Derecho. El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional, además de por los déficits a los que se ha venido haciendo referencia, por un último rasgo vinculado a ellos: porque tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del Derecho como sistema, y no también) del Derecho como práctica social. Como sistema, el Derecho puede considerarse como un conjunto de enunciados de carácter normativo y no normativo que cumplen ciertos requisitos.” ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, no. 27, Octubre de 2007, pp. 25 y 26.

²¹⁹ Corte de Constitucionalidad, sentencia del 2 de noviembre de 2006; expediente 1560-2006.

²²⁰ Corte de Constitucionalidad, sentencia del 8 de noviembre de 2011, expediente 3397-2011.

²²¹ *Op. cit.*, p. 183.

neoconstitucionalismo.²²² Esto, al aplicar los principios y valores constitucionalizados, los cuales impregnan o irradian la totalidad del ordenamiento jurídico²²³ y se produce, contrario a lo originado por el legalismo, la omnipresencia de la Constitución en lugar de la independencia del derecho ordinario o infraconstitucional.²²⁴

En efecto, la labor interpretativa de la constitución realizada por la Corte de Constitucionalidad ha impactado desde su creación, puesto que ha delimitado las formas de interpretación respecto del formalismo jurídico enervante de los derechos de las partes, priorizando la interpretación no “de” la Constitución, por el que solamente se le atribuye un significado jurídico al texto constitucional, sino

²²² Neoconstitucionalismo es el término como POZZOLO, Sussana de la Universidad de Génova, afirmaba haber denominado, a este movimiento: “He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, sólo en parte, Carlos S. Nino.” VID. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *DOXA*, 1998, no. 21-II, pp. 339 y ss. Realizó una clasificación identificativa de las principales cualidades de este movimiento. No obstante, su posición es crítica al mismo. Aunque en un trabajo posterior rectifica en cuanto al origen del nombre y expresa que el término “neoconstitucionalismo” fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires el año 1997. Agrega que en aquella ocasión y posteriormente, el vocablo fue introducido para indicar una serie de posiciones teóricas defendidas por algunos autores representativos de un cierto modo de enfocar el derecho, las cuales eran defendidas por juristas distantes en otras cuestiones, hasta el punto de poder ser reconstruidas unitariamente para dar cuenta de una posiblemente nueva doctrina del derecho. En particular considera, que la referida palabra identifica a una perspectiva iusfilosófica que se contraponía explícitamente a aquella iuspositivista y que al mismo tiempo intentaba diferenciarse de la opuesta y más tradicional posición iusnaturalista. VID. Apuntes sobre neoconstitucionalismo”. En: *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (editores). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, vol. I, Serie Doctrina Jurídica no. 712, 2015, p. 363. No se puede considerar que el neoconstitucionalismo sea un movimiento uniforme, VID. SOSA SACIO, Juan Manuel. “Nuestros constitucionalismos”, *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: *Gaceta Constitucional*, 2009, pp. 5 y ss. El vocablo “neoconstitucionalismo” es más utilizado por los constitucionalistas, como un movimiento de “constitucionalismo moderno” que reacciona ante el Constitucionalismo liberal decimonónico. Por su parte en la filosofía del derecho, se critica su falta de sistematización, y al movimiento con determinados postulados similares, prefieren denominarlo no positivista (ALEXY) o bien, postpositivista (ATIENZA, AGUILÓ REGLA).

²²³ Al respecto, ALEXY Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, Segunda Edición, 2004, p. 159, afirma que: “La suposición de que, a más de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores que, en tanto valores de rango constitucional, ejercen un efecto de irradiación en todo el derecho ordinario tiene amplias consecuencias. La Constitución no es ya solo base de autorización y marco del derecho ordinario”.

²²⁴ *Ibidem.*, p. 160.

“desde” la Constitución. Es decir, pretende que se aplique directamente la normativa constitucional conforme a la misma, junto a sus principios, valores y reglas que incorpora, y con sus propios métodos interpretativos.

De tal manera que la actividad interpretativa de la Corte de Constitucionalidad ha venido ejerciendo una influencia de forma innovadora en la actividad jurisdiccional ordinaria, mediante la inclusión en sus sentencias, de vocablos, principios, derechos y reglas, otrora ordinariamente ignotos en el léxico jurídico nacional, como por ejemplo, tutela judicial efectiva, principio *pro actione*, *pro homine*, razonabilidad de la norma, ponderación de principios, etc. Pero, esencialmente en cuanto a los excesos de formalismos, ha privilegiado el acceso a la justicia, conforme lo garantiza el artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al interpretar de forma laxa los requisitos formales, evitando que los mismos puedan obstaculizar o transgredir el derecho de las personas para someter su caso al conocimiento y pronunciamiento de un juez y por ende causar indefensión.

Pues en fin lo que se persigue, siguiendo a ZAGREBELSKY,²²⁵ es un derecho más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva, la teoría y filosofía política y jurídica del intérprete constitucional. *Ergo*, este derecho más flexible y dúctil, irradiado por la constitución, que genere una mejor protección de los derechos fundamentales y humanos y que logre erradicar el formalismo exacerbante, es uno de los aspectos que se requieren en Guatemala.

La Constitución Política de la República y su interpretación, siguen vivas. Es al juez ordinario y al constitucional, principales defensores de los derechos fundamentales y humanos, a quienes les corresponde hacerlo efectivo en las resoluciones que emitan en el ejercicio de sus funciones. Solamente así, se empezará a ver una transformación más garantista y menos formalista que supere el legicentrismo.

²²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 93.

11. ACTIVIDAD INTERPRETATIVA JUDICIAL. VINCULACIÓN A LA CONSTITUCIÓN Y A LA LEY²²⁶

Tradicionalmente se ha circunscrito la función jurisdiccional, a una interpretación y aplicación exclusiva de la ley. Pero, con la constitucionalización del derecho y el empuje del neoconstitucionalismo,²²⁷ tanto el juez como el magistrado, ya no solamente ejercitan la función jurisdiccional ordinaria conforme a la ley, pues actualmente se ha producido un redimensionamiento de la actividad judicial, dada la doble vinculación del juzgador. En efecto, el mismo se encuentra vinculado, no sólo a la ley, sino primordialmente a la Constitución, puesto que el carácter normativo de ésta, le ha permitido efectuar una interpretación “desde la Constitución” o “conforme a la Constitución” y ya no únicamente “de la Constitución”, lo que ha producido una mayor protección de los derechos de las partes.

Con el desarrollo del Constitucionalismo Humanista se ha revalorizado la función del juez. Ahora, se le reconoce su función como garante de la Constitución y de los derechos humanos de los sujetos procesales. Su ámbito de interpretación ha cambiado, pues la realiza desde la óptica constitucional. Sin embargo, aún quedan resabios del positivismo normativista que deben ser erradicados. La vinculación del juez con ley es necesaria, es cierto, pero, si esta ley no cumple con

²²⁶ Con relación a este tema, VID. RUANO GODOY, Edgar Orlando. “Redimensionamiento de la función jurisdiccional: El juez, de aplicador de la ley a garante de la Constitución”. *Tribuna Jurídica*: Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial de Guatemala, 2014, pp. 71 y ss.

²²⁷ CRUZ, Luis M., “La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo”, *op. cit.*, p. 16, expresa que “[e]l neoconstitucionalismo que se corresponde en Europa, fundamentalmente, con el desarrollo de una teoría y una praxis constitucionales progresivamente convergentes, en el cual han desempeñado un importante papel la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, y que nace de la adopción de una concepción de la Constitución como orden valorativo. En definitiva, no es otra cosa que una transformación operada como consecuencia de la adopción de una teoría acerca de lo que la Constitución es: un orden valorativo donde los elementos estructurales del Estado obedecen a principios sustantivos que se hallan también en la base del sistema de los derechos fundamentales.”

los principios, los valores que informan a todo el ordenamiento jurídico²²⁸ y disposiciones normativas que contempla el texto constitucional, en ese caso, debe prevalecer este último, por tener una mayor jerarquía, y sobre todo, por ser generalmente más proteccionista. En efecto, el juez se encuentra vinculado además de la ley a la Constitución. ¿En qué consiste esta doble vinculación? Y ¿cómo se ha producido este redimensionamiento de la función jurisdiccional? Para ello se procederá a explicar brevemente tales aspectos.

11.1 La función jurisdiccional en la Constitución Política de la República de Guatemala

Si se considera la historia del derecho, se encuentra que en tiempos remotos era el uso de la fuerza la forma ordinaria de solución de las controversias surgidas entre los particulares, de tal manera que no era quien tenía la razón y podía probar sus respectivas pretensiones el que obtenía una decisión favorable a sus intereses, sino era el más fuerte, el que imponía su voluntad. Luego vendrían la venganza privada, la venganza pública, la composición, etc.

Sin embargo, es hasta que el propio Estado asume en forma exclusiva la potestad de administrar justicia y actúa por medio de jueces, como resultado del decurso evolutivo de los sistemas judiciales, que se garantiza a los particulares el derecho de accionar ante los tribunales predeterminados por la ley para obtener la tutela judicial²²⁹ de sus derechos e intereses legítimos. En la actualidad, es

²²⁸ En sentencia de 9 de diciembre de 2002; expediente 890-2001, la Corte de Constitucionalidad expresó: “Se ha considerado que la Constitución incorpora una serie de valores que informan a todo el ordenamiento jurídico, y de ahí que pueda válidamente afirmarse que en esta serie de enunciados fundamentales y valorativos, se proclame la primacía de la persona y la dignidad humana como su principal fundamento [...] por ello, la claridad del texto matriz en su dicción, prohíbe interpretación alguna que no sea acorde con los principios *pro homine in dubio pro libertate*; ello, [...] con el objeto de asegurar el adecuado goce de los derechos fundamentales que asisten y son inherentes a toda persona humana, reconocidos constitucionalmente ...”

²²⁹ Para BORREL MESTRE, Joaquín, la tutela judicial efectiva se concibe como un derecho esencial cuya finalidad es la protección de otros derechos, y consiste en el derecho de acceder a los tribunales y a obtener de ellos una resolución de fondo, siempre que concurren los presupuestos necesarios para ello. Mediante la tutela judicial efectiva se pretende facilitar a las

mediante la función jurisdiccional que generalmente se busca solucionar las controversias surgidas.

En Guatemala, la Constitución Política de la República de 1985, prescribe en el artículo 140, que Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Además, indica que su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo²³⁰. Por su parte, el artículo 141 regula que la soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, estando prohibida la subordinación entre los mismos. De tal manera, que respecto al Organismo Judicial, la Constitución Política dedica el Capítulo IV, de los artículos 203 al 222, a su regulación. La independencia e imparcialidad de los jueces es vital para garantizar el ejercicio de la función jurisdiccional.

Lo anterior, conduce irremediablemente a considerar, que junto a la exclusividad que poseen los magistrados y jueces para administrar justicia, es sumamente trascendental garantizar la independencia e imparcialidad de los mismos. Estos dos elementos junto con la unidad de la función jurisdiccional,

personas el libre acceso a los tribunales con el propósito de que puedan solicitar a los mismos la tutela, ya sea de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener en consecuencia, una resolución de fondo debidamente razonada. El principio de tutela judicial efectiva como tal, es propio del derecho constitucional español. En efecto, la Constitución Española, que entró en vigencia el 29 de diciembre de 1978, regula en el artículo 24.1 lo relativo a la tutela judicial efectiva, al manifestar: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". VID. "La Tutela Judicial Efectiva: La Prueba en el Proceso Penal", en: *Constitución y Justicia Constitucional*. Jornadas de Derecho Constitucional en Centroamérica. Barcelona, 2006, pp. 129 y 130.

²³⁰ La Corte de Constitucionalidad ha señalado como características principales del régimen representativo las siguientes: a) es un sistema constitucional; b) el pueblo se gobierna por medio de sus elegidos; c) existe cierta participación de los ciudadanos en la gestión pública, que se ejerce en la medida del electorado; d) debe existir cierta armonía entre los electores y los elegidos; e) a los elegidos se los nombra por un tiempo determinado; f) es el sustituto ideal de la democracia directa en los países de gran extensión; g) las instituciones representativas, por representar a personas, sirven para anular a las facciones y producir un equilibrio; h) evita la polarización de la sociedad e i) permite que las minorías tengan voz y que sus derechos están mejor protegidos. Sentencia de 21 de enero de 2010; expediente 2331-2009.

constituyen aspectos característicos de la función jurisdiccional también denominada indistintamente como función judicial.

Afirma STAMMLER²³¹, que: “Todas las buenas intenciones del legislador, toda la ordenación justa del Derecho no les sirve de nada a los miembros de la comunidad jurídica si la seguridad de la realización del Derecho no aparece garantizada por Tribunales imparciales y competentes.” Ahora bien, el principio de exclusividad de la jurisdicción, implica que sólo los juzgados y tribunales determinados en las leyes pueden ejercer jurisdicción.

En Guatemala, la función jurisdiccional²³², conforme a lo dispuesto por el artículo 203 de la Constitución Política, se ejerce, con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Como puede observarse, este exclusivismo jurisdiccional o monopolio de la función jurisdiccional, de conformidad con la denominación dada por LOEWENSTEIN²³³, origina el aspecto positivo de la exclusividad, o sea, la atribución exclusiva de la jurisdicción otorgada constitucionalmente a los únicos órganos estatales investidos de esta potestad: Corte Suprema de Justicia y demás tribunales establecidos en la ley.

La jurisdicción es única, puesto que conforme el principio de unidad jurisdiccional que constituye la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales, la organización de los Juzgados y Tribunales en Guatemala se instituye en la existencia de una única jurisdicción. La misma se integra por un exclusivo cuerpo de jueces y magistrados que ejercitan la denominada jurisdicción ordinaria.

²³¹ STAMMLER, Rudolf. *El juez*. Ciudad de México: Editora Nacional, 1980. p. 99.

²³² La Corte de Constitucionalidad ha expresado que la jurisdicción es la potestad que corresponde a los tribunales de justicia, que tiene por finalidad la declaración y realización del derecho mediante la aplicación de la ley a casos concretos y que en el ejercicio de dicha función los tribunales gozan de exclusividad e independencia. Sentencia de 26 de enero de 1995; expediente 296-94.

²³³ LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 296.

Este tipo de jurisdicción, como concepto diferenciador, se utiliza para distinguirla de la jurisdicción constitucional, la cual es ejercitada por la Corte de Constitucionalidad (quien no se encuentra investida de conocer en la jurisdicción ordinaria) y por los tribunales ordinarios, cuando conozcan de un amparo o de una inconstitucionalidad en caso concreto, pues, en estos casos, actúan como tribunales constitucionales.

11.2. Doble vinculación del juzgador: a la ley y a la Constitución

11.2.1 La vinculación a la ley²³⁴

En Guatemala, como de la misma forma acaece en otros países latinoamericanos, la enseñanza del derecho se encuentra imbuida en una concepción positivista normativista, que influye negativamente en la preparación de los futuros abogados quienes adquieren una concepción excesivamente formalista y que produce como resultado, que se privilegie en demasía la observancia de los requisitos formales, que viene a constituir un valladar muchas veces infranqueable para el acceso a la justicia material. Se pondera más el aspecto formal que el material.

La vinculación del juez a la ley es antiquísima. Cuando el juez fue condenado por el Estado de Derecho a obedecer la ley, se le quiso obligar a obrar bajo condiciones de profunda convicción teórica pero de poca relación con su contexto.²³⁵ Si se retrotrae al modelo clásico impulsado por sus dos principales exponentes: LOCKE y MONTESQUIEU, era al legislador a quien se le otorgaba un

²³⁴ Respecto a este tema, VID. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. "Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley". Malem/Orozco/Vázquez (comp.). *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedisa. 2003. Este autor desarrolla la sujeción objetiva y subjetiva del juez a la ley, así como otros aspectos de interés.

²³⁵ TORRES ÁVILA, Jheison. "La Vinculación del juez a la ley y al derecho", *Criterios: Cuadernos de justicia y política internacional*, enero – junio 2011, vol.4, número 1, p. 20. Para este autor, como resultado de esta limitación, el juez tuvo que convertirse en un ser huraño a los acontecimientos, en un subalterno que debía pretender funcionar como la máquina perfecta, de la justicia perfecta que emanaba de los designios del legislador.

papel preponderante, porque encarnaba la racionalidad del sistema y en consecuencia concentraba el poder. El juez en cambio, no podía interpretar la ley sólo aplicarla.

Cabe advertir que la vinculación del juez a la ley como resultado del liberalismo, implicaba originalmente que este respetara la literalidad de la misma, debido a que poseía únicamente facultades aplicativas no así interpretativas, las que correspondían exclusivamente al legislativo. Al respecto, BACIGALUPO²³⁶ pone como ejemplo la Constitución de Cádiz de 1812 que realizó una distinción entre la aplicación de las leyes y la interpretación de las mismas. Asignaba la primera tarea a los tribunales (artículo 242) y la segunda a las Cortes (artículo 131.1º). Agrega, que de esa manera la “aplicación” y la “interpretación” se convirtieron en el presupuesto objetivo de la división de poderes.²³⁷ En la actualidad ambas actividades no se dividen en diversos órganos para su conocimiento, sino que su observancia corresponde al juzgador.

Es conocido en el ámbito jurídico el juicio valorativo emitido por el autor francés MONTESQUIEU, quien consideraba lo siguiente: “Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma.”²³⁸

Con esta sentencia metafórica, MONTESQUIEU ilustraba su visión respecto de la importancia que tenía la ley en detrimento de la interpretación judicial, pues consideraba que el juez únicamente debía limitarse a decir lo que establece la ley sin aportar nada nuevo al derecho. Era únicamente la boca de la ley –*buche de la*

²³⁶ BACIGALUPO, Enrique. Sobre la vinculación del juez penal a la ley. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1997, año 2. nos. 1 y 2. p. 40.

²³⁷ *Ibidem*, p. 40.

²³⁸ MONTESQUIEU, Carlos Luis de Secondant, Barón de la Brede y de. *El espíritu de las Leyes*, Tomo I, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906, pág. 237.

loi– un ser inanimado,²³⁹ que debido a que el mismo ya se encontraba contenido a la ley; debía limitarse a aplicarla en ningún momento a interpretarla.²⁴⁰ En este aspecto: “De acuerdo con esta metáfora escénica, el juez sería una especie de médium, una especie de máquina parlante (o escribiente), a través de quien se pronuncian las leyes, sin que el propio cuerpo del juez - el tiempo en que vive, sus experiencia y cultura –tenga nada que ver; el poder para Montesquieu es prácticamente cero, el juez no tiene protagonismo alguno.”²⁴¹

Es decir, de acuerdo con esta concepción el juez únicamente tiene que aplicar la ley al caso concreto²⁴² y su facultad interpretativa, si es que la hay verdaderamente, se limita a tratar de inquirir la voluntad del legislador. O se produce como expresa adecuadamente VIGO,²⁴³ para el paradigma dogmático-

²³⁹ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014, p.121, expresa que MONTESQUIEU no se cansa de proclamar en las palabras más tajantes, la función creadora, puramente reproductiva del poder judicial. Por ello, considera que para MONTESQUIEU la sentencia del juez no debe contener nunca más que el texto exacto de la ley; el funcionario judicial no es sino la boca que pronuncia las palabras de la ley, un ser inanimado, sin capacidad para atenuar su vigencia ni su rigor y por ello el juez debe limitarse a expresar la sanción que la ley decreta para tales o cuales actos y para ello necesita solamente los ojos.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 121, RADBRUCH efectúa una crítica mordaz: “Es curioso que Montesquieu pretenda haber concebido esta imagen de un autómatas jurídico precisamente en Inglaterra, es decir, en el país del *judge-made-law*.” En efecto, como el propio RADBRUCH lo expresa, p. 71, en realidad, el juez inglés solo aplica leyes en una parte mínima, invocando de preferencia los precedentes judiciales, completados y desarrollados por la creación libre del Derecho, a la par que el parlamento hace un uso prudentemente morigerado de sus facultades legislativas, procurando no menoscabar el campo de acción del *common-law*. Finaliza diciendo que este retraimiento voluntario del parlamento y esta autonomía de que goza el estamento de los juristas profesionales rodean a la autarquía del Derecho y, por tanto, al Estado de Derecho – *Rule of Law*– de garantías mucho más firmes que la teoría de la división de poderes de MONTESQUIEU, en la que el desenvolvimiento del Derecho se confía exclusivamente al parlamento.

²⁴¹ ARAMBURU RESTREPO, José Luis. “El papel del juez. Una aproximación teórica”. Bogotá: *Revista Pensamiento Jurídico*, enero – abril, 2010, no. 27, p. 88.

²⁴² Con el “iluminismo” la única fuente del Derecho es la ley, expone ALCALDE RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 138, y agrega que la misma fue concebida en el momento cumbre de su exaltación, como el establecimiento *ex novo* de un sistema de reglas inmutables obtenidas deductivamente de unos pocos axiomas teóricos. En ese contexto, la función del juez se reduce a aceptar la ley tal cual le es ofrecida por el legislador y a sacar de ella, únicamente, las consecuencias particulares, de no limitarse a ello, el juez estaría usurpando las atribuciones del legislador y, por lo mismo, violado el principio de separación de poderes.

²⁴³ VIGO, Rodolfo Luis. “El razonamiento justificatorio judicial”, *Doxa*, 1998, número 21, vol. II, p. 483.

legalista no había espacio ni necesidad de razonamiento justificativo, pues la decisión creadora del legislativo se justificaba en sí misma y era incontrolable, y luego venía al irrelevante silogismo formal judicial de rigurosidad teórica. De ahí la rudimentaria teoría interpretativa circunscripta a “reconstruir con fidelidad la voluntad del legislador” sin reconocer las facultades interpretativas e incluso de creación judicial del juez.

Al criticar este sistema, este autor señala, “De ese modo puede entenderse por qué la formación académica de los juristas no requiere de la lectura de la jurisprudencia y se limita a la ley o los Códigos...”²⁴⁴ EZQUIAGA GANUZAS enfatiza que con carácter general, en los sistemas jurídicos de tradición romano germánica la sujeción del juez a la ley implica, como una cara oculta, la no vinculación a los precedentes jurisprudenciales de Tribunales superiores.²⁴⁵

François LAURENT, representante de la Escuela de la Exégesis del siglo XIX, ilustraba de manera inmejorable el culto del texto de la ley o fetichismo de la ley escrita que caracterizaba a esta Escuela, al expresar que: “[e]l intérprete es, en realidad, el esclavo de la ley, en el sentido de que no puede oponer su voluntad a la del legislador; mejor dicho, no hay voluntad ante la ley, sino únicamente la obligación de obedecerla.”²⁴⁶ Y aún más, añadía que: “Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete. Éste no tiene ya por misión hacer el derecho. El derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos”.²⁴⁷ O bien, que “[n]uestros antepasados iban más lejos, poseían en un

²⁴⁴ VIGO, Rodolfo Luis. “De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración”. *Dikaion*, 2012, año 26, número 21, vol. 1, p. 200.

²⁴⁵ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier: *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 27.

²⁴⁶ Laurent, François. *Principios del Derecho Civil Francés*, Tomo I, Ciudad de México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008, p. 385.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 385.

grado más alto que nosotros, el sentimiento del respeto, y reprochaban al intérprete como un crimen, el pretender ser más sabio que el legislador.”²⁴⁸

El culto a la ley ha limitado considerablemente las facultades interpretativas del juez. ATIENZA en coherencia con lo expresado, estima que: “Para el Positivismo normativista (de autores como Kelsen o Hart), el Derecho –podríamos decir– es una realidad dada de antemano (las normas válidas) y que el teórico debe simplemente tratar de describir; y no una actividad, una praxis, configurada en parte por los propios procesos de argumentación jurídica”.²⁴⁹

El magistrado y el juez se encuentran inexorablemente vinculados a la ley, esto es cierto. Lo que quiere enfatizarse es que se sobrevalora en demasía la actividad legislativa en detrimento de la actividad interpretativa judicial, pues, se limita la función del juez, al considerarlo prácticamente como un simple aplicador de la ley²⁵⁰ y no como alguien que puede interpretar el texto y aplicarlo en la solución del caso concreto, con observancia plena de los derechos fundamentales de las partes, porque son ellos quienes conocen de los casos prácticos y no solo crean normas abstractas, como hace el legislador.

En el ejercicio de la actividad jurisdiccional ordinaria, todavía se escuchan voces aisladas y un tanto reaccionarias de intérpretes judiciales, que expresan que en la jurisdicción ordinaria no se pueden aplicar directamente los preceptos constitucionales, puesto que los mismos son de aplicación exclusiva de la justicia constitucional. Si bien es cierto, que los preceptos de la Escuela Exegética

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 386.

²⁴⁹ ATIENZA, Manuel. “Constitución y Argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*. 2007, no. 24, p. 206.

²⁵⁰ Para MORALES GODÓ, Juan, se le asignó un papel preponderante a la función legislativa, porque era la encargada de dictar las leyes, y en ella descansaba la racionalidad del sistema. Tanto la administración como la función jurisdiccional debían aplicar las leyes, sin tener mayores posibilidades de interpretación, a no ser el tenor literal de la norma. El juez en el Estado Democrático liberal primigenio se convirtió en la boca de la ley. Ello dio pie, por un buen tiempo, al gran desarrollo de la corriente positivista en el campo del Derecho y al método de interpretación exegético. Función del juez en una sociedad democrática. *VID.* “Función del juez en una sociedad democrática”, *Revista de Maestría en Derecho Procesal*, 2012, vol. 4, no. 4, p. 2.

doctrinariamente han sido evidentemente superados y la vinculación del juez a la ley aún es necesaria, debido al principio de legalidad, todavía persisten resabios que no han podido ser sobrepasados solamente con la aplicación de la ley, pues ésta necesita ser irradiada por los principios y valores contemplados en la Constitución.

El juzgador debe observar la ley, pero máxime requiere respetar la Constitución, dado su valor normativo. Su vinculación con la Constitución es evidente. No hay excusas. Es innegable manifestar, que la interpretación jurídica tradicional en la jurisdicción ordinaria debe continuar aplicándose en la solución de los asuntos sometidos a su resolución. Sin embargo, el juzgador debe imbuirse en el nuevo modelo interpretativo constitucional y convertirse en el principal garante de la tutela judicial efectiva.²⁵¹

11.2 La vinculación a la Constitución

El juez se encuentra sometido insoslayablemente a la ley (principio de legalidad), pero también está sometido a la Constitución (principio de constitucionalidad).²⁵² Lo anterior, constituye una doble vinculación. Significa que debe interpretar y aplicar la ley, desde una visión constitucional, no sólo respecto

²⁵¹ RUANO GODOY, Edgar Orlando. "Función primordial del juez en la observancia del derecho a la justicia". *Sapere Aude*, julio - diciembre 2013, no. 3, p. 139. "Si bien es cierto que las partes son las que originalmente tienen la responsabilidad de velar por la correcta observancia del debido proceso durante la substanciación del procedimiento correspondiente, los principales garantes del derecho a la tutela judicial efectiva son los jueces, por lo que el principal deber de los mismos es posibilitar el acceso de las personas al juicio, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, sin restricciones y de interpretar con amplitud las leyes procesales en cuanto a la admisión de acciones y recursos, pues el rechazo de ellos, en virtud de una interpretación evidentemente restrictiva, implica un formalismo enervante que origina una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva."

²⁵² En sentencia de 25 de junio de 1998, expediente 90-98, la Corte de Constitucionalidad manifestó que conforme a la Constitución, corresponde al Organismo Judicial la función jurisdiccional, esto es, la resolución de conflictos y pretensiones y que en ese sentido todo juez, cualquiera que sea su categoría debe resolver conforme a las leyes, sin obviar el principio de que la Carta Magna prevalece sobre cualquier ley o tratado, garantizándose para ello la independencia judicial.

de las normas que esta contiene, sino también con base a los valores y principios que la misma comprende.²⁵³

La insuficiencia de la ley o su deficiente formación (omisiones, contradicciones, redundancias, indeterminación, ambigüedad, etc.) han producido en la práctica un redimensionamiento de las tradicionales funciones del juez, que se ve compelido a llenar, con y desde la Constitución, los márgenes de indeterminación que la ley deja.²⁵⁴ La función jurisdiccional, como actividad exclusiva del juzgador ha variado, se ha producido su redimensionamiento, debido al impacto del Constitucionalismo Humanista, el garantismo y el neopositivismo, que otorgan al juez una posición especial dentro de la estructura del poder en un sistema democrático.

De tal forma, que: “Ya no es el legislador el elemento preponderante, al cual se sometía la función jurisdiccional. Las normas que promulga la función legislativa, ahora, vienen sometidas a un ejercicio de validación constitucional por parte de los jueces.”²⁵⁵ En el ejercicio de la función jurisdiccional, al juez le corresponde la interpretación y aplicación directa de la Constitución. En ese sentido, los jueces y los demás operadores jurídicos tienen el deber de aplicar los preceptos constitucionales, de lo cual se deriva la autorización para que haya una concreción por vía interpretativa y que este ámbito de actuación adquiriera todavía más flexibilidad frente a la moldura desvanecida de la norma de principio.²⁵⁶

²⁵³ En ese sentido, UPRIMI YEPES, Rodrigo, expresa que: “[l]as normas constitucionales no son solo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite” *VID. Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia, 2ª ed. 2008, p. 25.

²⁵⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Argumentación e interpretación judicial*. San Salvador: Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura, 2002, p. 19.

²⁵⁵ MORALES GODÓ, Juan, *op. cit.*, p. 3.

²⁵⁶ DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. “El derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”. *Revista de Derecho*, 2009, vol. XXII, no. 1, p. 190.

En Guatemala, en la jurisdicción ordinaria y en la constitucional se debe interpretar y aplicar la ley, pero de conformidad con las normas, principios y valores constitucionales, a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte de Constitucionalidad y la Corte Suprema de Justicia y a los Instrumentos Internacionales en Derechos Humanos ratificados por el país. Es más, no debe serle ajena la aplicación de principios constitucionales en la jurisdicción ordinaria. Tanto es así, que:²⁵⁷

“Para que el juez en su actividad de aplicación de las normas, quede efectivamente «intraconstitucional», no sólo ha de interpretar conforme el propio juez considere que el sentido que confiere a la norma es acorde con «su» interpretación de la Constitución, sino que ha de plegar su conformidad a los criterios interpretativos que el Tribunal Constitucional considere «conformes» a la Constitución.”

El legicentrismo y el formalismo interpretativo, pertenecen al pasado. Compete a modelos de tiempos pretéritos el entendimiento de la función del juez, como una concepción eminentemente subordinada a la ley.

A manera de corolario, puede afirmarse que por mucho tiempo se consideró que el juez se encontraba vinculado en su función jurisdiccional exclusivamente a la ley. Pero esto acotó sus facultades interpretativas. Actualmente posee una doble vinculación: a la ley y a la Constitución como se ha estimado. Sin embargo, su vinculación a la ley queda sujeta irremediabilmente a una interpretación y aplicación de la ley, pero conforme a la Constitución.

La función del magistrado y del juez ya no es la misma, porque como se ha expuesto, se ha redimensionado. De ser considerado un esclavo de la ley, un simple aplicador de la misma, actualmente se le considera el principal garante de la Constitución. Su actividad está revalorizada. En palabras del profesor

²⁵⁷ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. “Juez y Constitución”, *Revista de Derecho Político*, 2000, no. 47, pp. 84 y 85.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ:²⁵⁸ “Pues bien y junto con la periclitación de los Parlamentos y la sujeción, formal y sustantiva, de la ley a la Constitución, surge nítido, en el Constitucionalismo Humanista, que el juez es el supremo garante de la Constitución y, su sentencia, la última palabra en la defensa de los derechos fundamentales.” En efecto, la teoría jurídica actual se orienta hacia la perspectiva del juez,²⁵⁹ de tal manera, que el juez además de aplicarla ley al caso sometido a su conocimiento y decisión, debe efectuar ineludiblemente su interpretación conforme a la Constitución y priorizar de esa forma la plena observancia de la tutela judicial efectiva y, dentro de esta, facilitar el acceso a la justicia de los sujetos procesales, mediante una resolución fundada y razonada que priorice la justicia material frente a la justicia formal.

La observancia anterior, evitará de esa manera el rechazo de escritos o memoriales presentados por las partes, mediante la emisión de resoluciones indebidamente fundamentadas o carentes de motivación alguna, que siguiendo la corriente positivista aprendida en las facultades de derecho, contemplan la exigencia de requisitos excesivamente formales que enerven los derechos de las partes.

12. LA RELACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO PENAL

12.1 Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los derechos humanos

De igual manera que sucedió con la Constitución, la cual fue considerada hasta no hace mucho tiempo como una norma programática con fines idealizados

²⁵⁸ *Op. cit.*, p. 14.

²⁵⁹ *Op. cit.*, p. 85.

pero de escasa aplicación, el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos²⁶⁰ con sus Cartas, Convenciones y Declaraciones era visto como un cuerpo normativo referencial o periférico de restringida aplicabilidad en el derecho interno. Esta situación sin embargo, ha mutado en la actualidad. De esa cuenta el derecho internacional tiene un impacto en el derecho interno en materia de derechos humanos, dado que este último debe adaptarse al primero para no violarlo.²⁶¹

El Derecho Internacional contiene normas internacionales, convencionales y consuetudinarias, mediante las cuales establece obligaciones para los Estados o en ocasiones, para los sujetos de derecho internacional. Con base al principio *pacta sunt servanda*, las obligaciones consuetudinarias contempladas en la normativa internacional deben ser cumplidas de buena fe. La observancia del principio recién mencionado se encuentra contenida en la jurisprudencia de las Cortes de Derechos Humanos, así como en normas de derecho internacional, tanto consuetudinarias como convencionales.

²⁶⁰ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición, Buenos Aires: Editorial Ediar, S.A., 2002, p. 203, consideran lo siguiente: “A partir de la última posguerra se desarrolló una rama del derecho internacional público que cobró importancia vital: el derecho internacional de los derechos humanos. La internacionalización de los derechos humanos no fue un fenómeno secundario sino un cambio de paradigma que importó la más importante de las transformaciones jurídicas del siglo XX. El neocolonialismo no se percató del riesgo que provocaba una revolución tecnológica bajo el paradigma de la jerarquización biológica de la humanidad, hasta que en la guerra de 1939-1945, el biologismo proporcionó material de justificación al nazismo y a otras ideologías, que sirvió para legitimar toda forma de aniquilación masiva, incluyendo el primer ataque nuclear a población civil: se aniquilaron millones de seres humanos en nombre de la humanidad y de la justicia. Terminada la parte aguda del horror bélico, se impuso el cambio de paradigma en procura de un marco general del futuro discurso jurídico y político, lo que se formalizó en la *Declaración Universal* del 10 de diciembre de 1948, como acto limitativo de las ideologías. Desde entonces, la *Declaración* y todo el andamiaje (en permanente construcción) de un sistema internacional de garantías para los derechos humanos, van configurando el límite positivizado que se aspira imponer a las ideologías que legitimen el control social en cualquier parte del planeta. Aunque ese objetivo está lejos de lograrse, se va generando un coto jurídico positivizado que sirve de referencia.”

²⁶¹ HIGA, César y SACO, Víctor. “Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo”, *Revista Derecho PUPC*, 2013, no. 71, p. 232. Agregan que sin embargo, el derecho internacional reconoce que el Estado tiene márgenes de actuación para incorporar sus obligaciones internacionales en su ordenamiento. Por ello, ambos ordenamientos jurídicos tienen que ajustarse mutuamente para evitar contradicciones entre ambos o el rechazo de uno al otro.

Así por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas en su preámbulo obliga a los Estados miembros: “[a] crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional” De la misma manera, el artículo 2.2., de la citada Carta de las Naciones Unidas contempla una disposición similar a la contenida en el preámbulo, al establecer que:

“Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: [...] 2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.”

De esa cuenta, el orden público internacional actualmente se encuentra constituido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), por el Derecho Humanitario Internacional (DHI) y por el Derecho Internacional Penal (DIP). Estos derechos engloban normas de carácter sustantivo y adjetivo que conforman el orden público internacional. Las referidas normas son de carácter *erga omnes* y muchas de ellas poseen el carácter imperativo *–ius cogens–*²⁶² y limitan prácticamente la voluntad de los Estados y su actuar legítimo al darle prioridad a la persona individuo frente al Estado.

La consolidación del sistema democrático en Latinoamérica se ha conseguido gracias a un proceso gradual y progresivo de fortalecimiento de las instituciones de protección de los Derechos Humanos en el ámbito interno y su posterior constitucionalización.²⁶³ No hay que perder de vista que el *corpus iuris* del

²⁶² QUISPE REMÓN, Florabel. “*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, no. 34, Barranquilla, 2010, p. 44, asevera que el reconocimiento y respeto de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) son una prioridad en cualquier sociedad y que son normas básicas e imprescindibles para el logro de una convivencia en paz y se encuentran en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional.

²⁶³ Explica EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Potencialidad y límites del artículo primero de la*

Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido observado de mejor manera en los distintos países latinoamericanos a partir de las resoluciones o jurisprudencia emanada de los distintos órganos internacionales competentes incluidos en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, como son en el ámbito americano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A la CADH, también se le conoce como Pacto de San José de Costa Rica, por haber sido suscrita en la capital de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, con posterioridad a la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos e inició su vigencia el 18 de julio de 1978. En el caso de Guatemala, a pesar de haber sido incorporada al derecho interno, mediante el Decreto 6-78 del Congreso de la República del 3 de marzo de 1978 y ratificada la Convención el 27 de abril de 1978, fue hasta el 9 de marzo de 1987, que Guatemala presentó en la Secretaría General de la OEA el Acuerdo Gubernativo No. 123-87, de 20 de febrero de 1987, por el que se reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁶⁴

Durante ese tiempo en el derecho interno guatemalteco, a la CADH se le asemejaba a una Carta de Declaración de Derechos Humanos, de carácter teórico, como referente de idealización del respeto y protección de los derechos fundamentales. No era un Convenio de referencia interpretativa en la solución de los asuntos sometidos a decisión judicial. Pasaría algún tiempo más para que este

Constitución Mexicana. Inédito, p. 6, que: “Uno de los ámbitos más importantes en los que una Constitución se juega su carácter democrático es el de la eficaz protección y garantía de los derechos humanos y de las libertades públicas. De nada sirven prolijas y completísimas declaraciones de derechos si no van acompañadas de medidas efectivas para responder ante las vulneraciones de las que puedan ser objeto y restituyan al ciudadano en su disfrute. En ese sentido, no suele destacarse suficientemente, en mi opinión, el peligro de que el contenido esencial de los derechos quede desvirtuado por vía interpretativa. De nada sirve el reconocimiento amplio de derechos si luego las restricciones al disfrute de los mismos son avaladas por los órganos jurisdiccionales encargados de su garantía, como consecuencia de una interpretación restrictiva de su campo de actuación.”

²⁶⁴ El Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los derechos humanos que rige en América, se encuentra conformado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

instrumento empezara a tener efectos aplicativos directos, llegándose incluso a considerar como un parámetro de convencionalidad. Y no solamente la Convención, sino también la interpretación que la misma realice la Corte IDH.

La referida Comisión Interamericana constituye un órgano consultivo de la Organización de los Estados Americanos en materia de derechos humanos, creado para promover la observancia y defensa de los mismos con carácter resolutivo. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se erige como un órgano jurisdiccional autónomo que ejerce competencia contenciosa y consultiva y se encarga de interpretar y de aplicar la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana mediante su competencia contenciosa conoce los casos llevados ante ella por la CIDH y que han sido accionados por los Estados parte de la Convención o por los particulares. Por medio de su competencia consultiva, la Corte IDH recibe consultas de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) relativas a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y de otros tratados relacionados con esa materia. Además, puede ser consultada respecto de la compatibilidad entre la legislación interna de los Estados parte y los instrumentos internacionales.

Es importante recalcar que la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH se encuentra regulada en el artículo 68.1 de la CADH, que dispone lo siguiente: “**Artículo 68. 1.** Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Aunado a lo anterior, el artículo 1.1²⁶⁵ establece el compromiso que adquieren los Estados partes en la CADH referente a respetar los derechos y libertades reconocidas en

²⁶⁵ “**Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos** 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

ella. Por su parte, el artículo 2 de la CADH²⁶⁶ contiene la obligación de los Estados de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la CADH las medidas legislativas, o de otro carácter para hacer efectivos tales derechos.²⁶⁷

Cabe mencionar que adicional a la obligatoriedad que imponen los artículos citados, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, prescribe lo siguiente:

“27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46. Es decir, el Estado debe cumplir con el contenido de los Tratados, inclusive si el mismo entra en contradicción con el contenido de una norma interna o con la misma Constitución del Estado parte.”

En Guatemala el artículo 149 de la Constitución Política de la República, por su parte, establece:

“Guatemala normará sus relaciones con otros Estados de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los

²⁶⁶ **“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno** Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”

²⁶⁷ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú* (Fondo). Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 178, consideró lo siguiente. “[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.”

procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.”

En ese sentido ese artículo constituye un vínculo jurídico internacional, pues reconoce expresamente la validez del derecho internacional fundamentada en el *ius cogens*. Al respecto, ROHRMOSER VALDEAVELLANO²⁶⁸ asevera que con apoyo en el artículo 149 de la Constitución, Guatemala se sitúa como uno de los países más avanzados al reconocer plena eficacia en el territorio patrio, del “Derecho Internacional general *ius cogens*”, así como del “Derecho Internacional general de los Derechos Humanos.” Esta opinión no obstante, no ha sido muy receptiva en la realidad, donde ha resultado ser un gran desafío la lucha constante por su aplicación.

12.2 Aplicación del Derecho Internacional en el ámbito del Derecho Interno

En Guatemala, hasta no hace mucho, la aplicación del derecho internacional al derecho interno resulta difícil en ocasiones y a la vez genera muchas controversias, debido a la forma en que el mismo se integrará al derecho interno. Aplicar disposiciones de derechos humanos al derecho interno resulta complejo, puesto que el ordenamiento jurídico de cada país cuenta con sus propios procedimientos legales que permiten la integración de los mismos en su propio derecho.

Esencialmente surgen dos problemas en cuanto a este tema, por un lado lo relativo a la interconexión existente entre ambas clases de derecho y por otro lado lo concerniente a la jerarquización de los preceptos normativos. Es decir, en este último caso, el problema surge en cuanto a la jerarquía que deben guardar los

²⁶⁸ ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo. “Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno guatemalteco”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, México, 2001, p. 271.

Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos al incorporarse al derecho interno.

12.2.1. El Principio de Interacción

El Derecho Internacional se encuentra íntimamente relacionado con el derecho interno,²⁶⁹ de tal forma que ambos constituyen prácticamente un cuerpo normativo cohesionado en la protección de los derechos humanos. Es de esa manera como el principio de interacción establece un vínculo directo entre ambos ordenamientos jurídicos, debido a que la protección de estos derechos constituye

²⁶⁹ NASH, Claudio, explica esta relación de la siguiente manera: “Al concebir la relación entre derecho interno y sistema internacional como una forma de complementar contenidos y protección, el sistema internacional no sólo cumple el rol de suplir los vacíos que deja la inactividad en el ámbito interno de un Estado, sino que también, se erige como una fuente directa a aplicar en el resguardo de los derechos humanos. Esta perspectiva se acerca a las necesidades que hoy en día tiene una sociedad democrática, ya que claramente ambos sistemas jurídicos deben tener una relación de complementariedad entre sus normas, principios y sistemas de protección. Sin embargo, pareciera que es necesario avanzar un paso más, y ver esta relación no sólo como complementaria sino que también como de retroalimentación entre ambos sistemas jurídicos.” *VID.* “Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos” Ponencia presentada *Simposio Humboldt: Internacionalización del Derecho Constitucional – Constitucionalización del Derecho Internacional* Universidad de Buenos Aires Argentina, 4 – 6 de octubre de 2010, p.4; En similar sentido se pronuncia BURNEO, José. “El aporte del derecho internacional de los derechos humanos a la constitucionalización del derecho post 1945”, *Derecho PUCP*, 2013, no. 71, p. 196, quien manifiesta que existe una indisoluble relación e interacción entre la dimensión estrictamente interna o nacional, de una parte, y de otra, la dimensión internacional. Para ello, considera que esta última es no solo el contexto en que se desarrolla aquella, sino que le aporta determinados principios generales del nuevo orden público internacional que los Estados convienen en establecer y construir en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. Adicional a lo expuesto por ambos autores, debe observarse que el aislamiento tradicional que otrora se diera entre ambos sistemas, ha venido en la actualidad a desempeñar una función de estrecha interrelación y de mutua complementariedad, en procura de una mayor protección de los derechos fundamentales; BAZÁN, Víctor. “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas, e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2011, no. 18, 2º semestre, p. 66, comenta que una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto. En particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos, expone que la creciente trascendencia que adquieren sus áreas de interacción con el derecho doméstico exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento cabal del sistema de derechos.

uno de los fundamentos del constitucionalismo moderno y de un nuevo orden público internacional.

El Derecho Internacional mediante los instrumentos de Derechos Humanos y mediante la jurisprudencia en ese mismo tema, coadyuvan con el Estado en la aplicación de la normativa correspondiente y no a suplir el cumplimiento de las funciones del propio Estado, quien no puede soslayar su responsabilidad directa en la protección de tales derechos. Como corolario, puede expresarse que los sistemas nacional e internacional de los Derechos Humanos forman prácticamente un mismo cuerpo jurídico de protección de los Derechos Humanos, pues teleológicamente persiguen limitar la violación de los mismos, por medio del establecimiento de mecanismos adecuados.

El principio de interacción muestra dos variantes: una variante normativa y la otra jurisdiccional. A continuación se expondrá someramente cada una de estas interacciones para su mejor comprensión.

12.2.1.1 Interacción normativa

La interacción normativa²⁷⁰ persigue el aseguramiento del respeto de los derechos fundamentales, evitar su modificación y velar por su integridad. Mientras la normativa internacional pretende establecer los mecanismos adecuados que buscan prevenir las violaciones de los Derechos Humanos, mediante el establecimiento de instrumentos internacionales que garantizan la protección de los mismos y a la vez constituyen una limitación a los Estados, quienes adecúan

²⁷⁰ NASH ROJAS, Claudio. "Los Derechos Fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Fundación Konrad Adenauer, México, 2006, p. 1331, expresa: "Llamamos interacción normativa a la mutua influencia que deben tener las garantías nacionales e internacionales para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales. En efecto, vistos los derechos fundamentales como derechos beneficiarios de la garantía constitucional e internacional, es posible concebir la formación de un acervo garantista que guíe la protección de los derechos, conformado por los sistemas normativos constitucionales e internacionales."

su normativa interna a los mismos.²⁷¹ Se produce de esta manera un sistema dual de protección y límite al sistema interno.

12.2.1.2 Interacción jurisdiccional

La interacción jurisdiccional se consigue con la posibilidad de garantizar los derechos fundamentales por medio de un proceso jurisdiccional, que ya sea en forma nacional o internacional permita la obtención de medidas de reparación de las violaciones de dichos derechos.

El derecho procesal internacional es complementario del derecho adjetivo interno, de tal manera que primero se debe agotar el procedimiento interno para acudir al derecho internacional –principio de subsidiariedad–. El derecho interno establece los mecanismos jurídicos atinentes para reparar el agravio ocasionado y únicamente luego de agotado el procedimiento interno sin lograr tal fin, se puede acudir a la vía internacional.²⁷² Es decir, que la jurisdicción internacional cumple una finalidad subsidiaria, porque el mecanismo directo de protección de los

²⁷¹ PLAGIARI, Arturo Santiago, “Derecho internacional y derecho interno. El sistema constitucional argentino”, *Ars buni et aequi*, 2011, año 7, no. 2, p. 18, comenta referente al caso argentino, pero observable en los países latinoamericanos, lo siguiente: “En los últimos tiempos el derecho internacional ha sufrido una honda expansión que ha impactado en las normas internas de los distintos Estados, especialmente en sus constituciones, influenciando las decisiones de sus máximos órganos judiciales encargados de interpretar y aplicar las normas jurídicas. [...] Así han debido abordarse necesariamente temas como la incorporación de las normas internacionales al derecho interno (tanto las convencionales como los principios generales, la costumbre, e incluso la aplicación del *ius cogens*), el orden de prelación de las normas que forman parte del orden jurídico nacional, la compatibilidad de la Constitución y las leyes internas con las normas internacionales de distinta naturaleza, la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y la aplicación de los tratados en particular, y de las normas de derecho internacional en general.”

²⁷² Con respecto a ello, la Corte IDH, ha sostenido que: “[l]a regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta “coadyuvante o complementaria de la interna” *VID. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, (Fondo), sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 61; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, (Fondo), sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 64 y *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, (Fondo), sentencia del 15 de marzo de 1989, párr. 85.

Derechos Humanos en primera instancia lo constituye el ordenamiento jurídico interno.

En virtud de lo considerado, es importante mencionar que el sistema jurídico internacional fija en general los estándares que deben ser observados por cada ordenamiento jurídico nacional. Los sistemas nacionales en cambio, deben imperiosamente guiar su actuación de acuerdo con dichos estándares. No hacerlo de esa manera produce su incumplimiento y se compromete la responsabilidad internacional del Estado infractor. Es por ello que dentro de cada sistema interno deben establecerse recursos sencillos y rápidos que garanticen el acceso a la justicia de los individuos.

Por consiguiente, bajo la perspectiva de los derechos internos, la cuestión de la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana se resuelve en principio, con la internalización de la Convención Americana en los respectivos ordenamientos jurídicos del continente americano. Si se incorpora el tratado al derecho interno como acto con fuerza normativa, la obligatoriedad de las decisiones internamente retirará su autoridad no sólo del derecho internacional sino también del propio derecho nacional.²⁷³

Por último, no debe dejar de observarse que el Derecho Penal guarda una estrecha relación con el Derecho Internacional de Derechos Humanos y es de esa manera que de acuerdo con FERRER MAC-GREGOR POISOT, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de justicia penal es tan rica como abundante, si se tiene en consideración que de los 172 casos contenciosos que ha resuelto hasta finales de febrero de 2014, aproximadamente 140 se refieren a esa materia.²⁷⁴ Es decir que un 81% del total de casos

²⁷³ BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo. "El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: BANDEIRA GALINDO George Rodrigo, URUEÑA René y TORRES PÉREZ Aida (coordinadores). *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*. Barcelona: Publicación de la Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p. 258.

²⁷⁴ FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo: "Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal", en *Revista IIDH*, enero – junio 2014, vol. 59, p. 29.

contenciosos que conoce y resuelve la Corte IDH están directamente relacionados con la materia penal o procesal penal.²⁷⁵

Los valores y bienes jurídicos que pretende proteger el Derecho Penal son de gran trascendencia y deben protegidos primordialmente por el derecho interno, pues como asevera FERRER MAC-GREGOR POISOT, la verdadera protección de los derechos fundamentales se encuentra esencialmente en el ámbito interno y es ahí donde el futuro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos realmente se encuentra, especialmente en la realización de los valores y bienes jurídicos preciados que se encuentran en juego en la justicia penal.²⁷⁶

No debe olvidarse que la principal barrera de salvaguarda de los derechos fundamentales se encuentra otorgada primigeniamente a los jueces ordinarios. Si este mecanismo falla, aún queda el Tribunal Constitucional para su protección. Pero, si este valladar cede ante la violación de los mismos y por ende, no cumple con su función de protección de los derechos humanos en el orden interno, surge como último valedor de los mismos la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

13. SISTEMAS DE RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO

No existe una uniformidad en las formas de recepción del derecho internacional en el derecho interno. Para explicar la relación existente entre el derecho internacional y el derecho interno, han surgido dos sistemas que pretenden explicar la relación que se produce entre ambos, siendo estos el sistema monista y el dualista. Por consiguiente, resulta inevitable para el Estado tomar una posición al respecto entre ambos sistemas o de forma moderada.²⁷⁷

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 29.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 118.

²⁷⁷ BECERRA RAMÍREZ, Manuel. "La jerarquía de los Tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional". En Sergio García Ramírez y Mireya

13.1 Sistema Monista

Este sistema al partir de la unidad del conjunto de normas jurídicas, establece que las normas del derecho internacional y las del derecho interno forman un único sistema jurídico. Es por ello que el derecho interno de un Estado estaría integrado tanto por normas de derecho interno como por las del derecho internacional, los cuales formarían un solo ordenamiento jurídico. Es decir, esta teoría defiende la unidad esencial de los sistemas jurídicos, estableciendo una subordinación entre ambos. La doctrina monista sostiene que el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el Derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.²⁷⁸

La corriente monista es propia del positivismo que identificó regla jurídica y derecho con la voluntad del Estado. El monismo con primacía del derecho interno es la consecuencia de la teoría de la soberanía estatal absoluta, que lleva a la negación del Derecho Internacional Público como verdadero derecho. En este sistema, los tratados internacionales se incorporan automáticamente luego de haber cumplido con el procedimiento de ratificación, y de esta manera se convierten en normas de aplicación inmediata para ser observadas por los tribunales de justicia.

El sistema monista, sin embargo, no se encuentra unificado en cuanto a sus posiciones, puesto que dependiendo de la subordinación que adquiera cada

Castañeda Hernández (Coordinadores) *Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión contenciosa de la Corte Interamericana*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica, no. 531, 2009, p. 293, expone que: “Cuando se trata de la relación entre derecho interno e internacional en doctrina, es inevitable hablar de la escuela monista y dualista, y aunque estas dos teorías han sido ampliamente criticadas, todavía hay una recurrencia inevitable a ellas. En realidad, la práctica nos muestra que toca a los Estados adoptar tal o cual teoría, independientemente de que se puede explicar el fenómeno de relación entre estos dos órdenes jurídicos mediante otras opciones teóricas.”

²⁷⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie G, Estudios Doctrinales, no. 193, 1998, p. 626.

sistema jurídico sobre el otro, así va a establecerse el estudio que realicen los partidarios de esta Escuela. De tal manera que se pueden mencionar dos subdivisiones de esta Escuela: Teorías monistas internas o constitucionalistas y teorías monistas internacionalistas.

13.1.1 Sistemas monistas internos o constitucionalistas e internacionalistas

De acuerdo con el sistema interno o constitucional, el derecho internacional es una emanación del derecho interno y por tanto queda sujeto a las disposiciones de este último. En efecto, esta doctrina sostiene que el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el Derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.²⁷⁹ En realidad con esta posición, se produce inevitablemente una negación del derecho internacional, al subsumirlo dentro del derecho interno. Le resta autonomía al Derecho Internacional, con el puro fin de reconocer la hegemonía del derecho Interno.

Por su parte, en el sistema internacionalista, la norma internacional se sitúa en una posición de jerarquía sobre la norma interna. KELSEN, en una segunda etapa, defendió esta teoría, y también lo hizo su discípulo VERDROSS.

13.2 Sistema Dualista

Los autores más representativos de esta corriente doctrinal son el alemán TRIEPEL y el italiano ANZILOTTI. Este sistema asevera que no existe un único sistema jurídico, sino que existen dos sistemas jurídicos completamente separados e independientes: el derecho internacional y el derecho interno. Tanto uno como el otro rigen distintos ámbitos y distintos sujetos, mientras que el

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 626.

derecho internacional regula las relaciones Estado-Estado; el derecho interno rige las relaciones Estado-Individuos.

Cabe indicar que esta clasificación es doctrinaria, porque la práctica y la jurisprudencia internacional no consagran el monismo ni el dualismo.²⁸⁰ Ambos Derechos: interno e internacional no se ejercitan de manera separada uno del otro, sino que existe una interconexión entre los dos.²⁸¹

13.3 Conflicto entre normas de derecho interno e internacional

Para lograr determinar si es un sistema monista o dualista el que rige en un Estado, se debe tener presente que no son las normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos las que determinan el sistema utilizado, sino que se debe examinar la propia Constitución del Estado. No obstante, lo expresado en el apartado precedente, en el Derecho Internacional se encuentra una serie de disposiciones normativas que pretenden solucionar los conflictos que puedan presentarse en la solución de un caso en particular.

El propio orden jurídico internacional regula la solución aplicable en caso de conflicto entre una de sus normas y una norma de derecho interno de un Estado. Así se puede establecer que La Declaración de Derechos y Deberes de los Estados, en su artículo 13 dispone: "Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de Derecho internacional, y no puede invocar disposiciones de su propia Constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir ese deber".

Además, del artículo recién citado, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que prevé, en su artículo 27, que: "[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 626.

²⁸¹ *Ibidem*, pp. 626-627. Agrega NOGUIERA ALCALÁ, que la jurisprudencia de la jurisdicción internacional confirma que ella es una jurisprudencia de reparación y no de anulación.

incumplimiento de un tratado”. El ex Presidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, MALDONADO AGUIRRE²⁸², establece cuatro razones por las cuales en el caso de surgir conflicto entre dos normas de esa naturaleza, una producida por el orden interno y otra producto de un convenio o tratado internacional, deberá prevalecer la segunda. Esas razones son las siguientes:

- a) El Estado no puede oponer su derecho interno para desvincularse de sus obligaciones;
- b) Los compromisos contraídos en tratado debe cumplirlos conforme los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide*, que, como se dijo, son imperativos;
- c) El derecho interno no tiene competencia para modificar ni derogar el Derecho Internacional; y
- d) Los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional tienen categoría suprema de patrimonio humanitario y constituyen obligaciones erga omnes.

13.4 Jerarquía de los instrumentos incorporados en el derecho interno²⁸³

La idea de que el derecho internacional puede tener mayor fuerza normativa que la del derecho interno pudo causar alguna susceptibilidad desde el punto de vista tradicional de la soberanía, afirma acertadamente MALDONADO AGUIRRE.²⁸⁴ En efecto, la forma en que se ubiquen jerárquicamente los

²⁸² MALDONADO AGUIRRE, Alejandro. “Guatemala: recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ciudad de México: Fundación Konrad Adenauer, 2001, p. 249.

²⁸³ Para un estudio más detallado, VID. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Potencialidad y límites del artículo primero de la Constitución Mexicana*. Inédito.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 248.

instrumentos internacionales en derechos humanos con respecto al derecho interno, constituye un factor relevante al aplicar el derecho interno en la solución de los casos sometidos a decisión jurisdiccional. Hay que recordar que son las propias Constituciones las que establecen la forma en que los instrumentos internacionales se incorporarán en el derecho interno y en materia de derechos humanos se produce una jerarquización e incorporación de los mismos al derecho interno de cuatro maneras.

13.4.1 Rango supra constitucional

Posición en la cual en el propio texto constitucional se dispone que el Instrumento Internacional de Derechos Humanos prevalece sobre la propia Constitución. A manera de ejemplo de esta clasificación, se puede mencionar el caso de la Constitución de Honduras de 1982. En sus artículos 16, 18 y 17, se establece respectivamente: que los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno; que en caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero; y que, cuando un Tratado Internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo.

13.4.2 Rango constitucional

La Constitución reconoce a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, la misma jerarquía que la propia Constitución. Como ejemplo de este tipo de clasificación, se encuentran las Constituciones de Colombia²⁸⁵ y de Argentina.

²⁸⁵ De esa manera, el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia de 1991 prevé que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden

La Constitución de la Nación Argentina por su parte, en su última reforma constitucional, realizada en 1994, en su artículo 75, inciso 22, párrafo 2°, les reconoce jerarquía constitucional, y prescribe que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, lo siguientes Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

El citado artículo 75, inciso 22, en su párrafo 3° prescribe lo siguiente: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

13.4.3 Rango supra legal

En este supuesto, los tratados internacionales en materia de derechos humanos jerárquicamente se encuentran por debajo de la Constitución de cada Estado, de tal manera que prevalecen sobre las leyes nacionales. Entre los países que siguen esta jerarquización, se encuentran El Salvador,²⁸⁶ y Costa Rica. El

interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia”.

²⁸⁶ El artículo 144 de la Constitución de El Salvador de 1983, establece que “la ley no podrá modificar o derogar un tratado”: “en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

artículo 7 de la Constitución de Costa Rica de 1949, reformada en el año 2001, se determina que los tratados tienen “autoridad superior a las leyes”.

13.4.4 Rango legal

Esta modalidad se produce cuando la Constitución reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos el mismo rango que la ley interna. Para ilustrar esta modalidad, se encuentran la Constitución de los Estados Unidos de América y la de Uruguay. El artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos dispone que “todos los tratados, así como la Constitución y las leyes, serán ley suprema del país”.

Por su parte, el artículo 6 de la Constitución Política de la República Oriental del Uruguay de 1967 (reformado) hace referencia a los tratados internacionales y al derecho internacional, sin disponer expresamente la jerarquía dentro del ordenamiento jurídico interno.²⁸⁷ Sin embargo, es la doctrina y la jurisprudencia las que equiparan los tratados internacionales a la jerarquía de ley.

13.5 Situación de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno guatemalteco

Ya se han examinado las cuatro modalidades existentes respecto a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con relación a su jerarquización e incorporación de los mismos al derecho interno. Ahora es la oportunidad de examinar la situación del país, dada la controversia que se suscitó oportunamente en ese aspecto. En primer lugar resulta atinente manifestar que

²⁸⁷ “**Artículo 6º.**- En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.”

Guatemala contempla una norma constitucional: el artículo 46, que regula lo concerniente a la preeminencia del derecho internacional. Esta norma es de corte humanista y altamente protectora de la persona²⁸⁸. El artículo 46 en mención, prescribe lo siguiente: “**Preeminencia del Derecho Internacional**. Se establece 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.”

Lo contenido en el artículo recién citado ha originado diversas controversias respecto a la posición jerárquica en que se han de colocar los tratados y convenciones en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala. HENDERSON, al efectuar un estudio sobre las distintas modalidades, coloca a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con un rango supraconstitucional.²⁸⁹

Igual posición a la anterior sostiene BAZÁN.²⁹⁰ ROHRMOSER VALDEAVELLANO en cambio, manifiesta²⁹¹ que no se ha reconocido expresamente la supraconstitucionalidad de los tratados y les reconoce a los

²⁸⁸ ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo. “Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno guatemalteco”, *op. cit.*, p., 263.

²⁸⁹ HENDERSON, Humberto. “Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”. *Revista Interamericana de Derechos Humanos*. 2004, no. 39, p. 76.

²⁹⁰ BAZÁN, VÍCTOR. “La relación derecho internacional de los derechos humanos-derecho interno, desde un prisma iuscomparado y algunos retos que afronta el sistema interamericano.” *Revista Provincia*. 2006, Número Especial, p. 366.

²⁹¹ ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo. “Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno guatemalteco”, *op. cit.*, p., 271. Agrega este autor que: “Aunque no se ha reconocido expresamente la supra constitucionalidad de los tratados internacionales, a la luz de la jurisprudencia constitucional, la propia Constitución prevé mecanismos de incorporación con un nivel jerárquico superior al derecho interno, incluyendo dentro de éste la totalidad de sus normas; consecuentemente, puede apreciarse el contenido altamente humanista del artículo 46 que prevé la preeminencia de aquéllos sobre éste, así como al reconocer en el artículo 44 de la misma, que los derechos reconocidos en la Constitución no excluyen otros que aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana.”

tratados en materia de derechos humanos un rango constitucional²⁹², aunque este autor también comparte el criterio de la supraconstitucionalidad. MALDONADO AGUIRRE en cambio, reconoce a estos instrumentos internacionales, un rango constitucional.²⁹³

13.5.1 Interpretaciones controversiales del artículo 46 constitucional

El artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se convirtió en uno de los artículos que más problema interpretativo generaba. De esa manera, se explicará en forma breve, porqué surgió tal controversia.

En ese contexto, el autor argentino BAZÁN²⁹⁴ aseveraba que la interpretación del artículo 46 de la Ley Fundamental es una de las cuestiones más controversiales a la que se enfrenta la jurisdicción constitucional guatemalteca. ROHRMOSER VALDEAVELLANO²⁹⁵ considera que lo que causa discordia es la dicción **preeminencia**, ya que en la concepción constitucionalista no es dable encontrar una norma arriba de la Constitución. Agrega que quizás el legislador constituyente no fue muy afortunado en su terminología pues, si hubiera usado el término **competencia** en vez de **preeminencia**, tal vez el escrúpulo constitucionalista no existiría.

²⁹² *Ibidem*, p. 271. Agrega al respecto que: “En lo referente a la jerarquía que el derecho internacional convencional ocupa en el contexto interno guatemalteco, puede afirmarse que es supra legal, excepto lo referente a derechos humanos, en cuyo caso posee rango de norma constitucional, según la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad.”

²⁹³ MALDONADO AGUIRRE, Alejandro, *op. cit.*, p. 251. Sobre este tema expresa: “Al momento, y sin que ello sea definitivo o inconvencional, la ubicación que la Corte de Constitucionalidad ha reconocido al Derecho internacional de los derechos humanos ha sido la del tramo constitucional. Esto es, que las normas de derechos humanos ingresan al ordenamiento y son vinculantes con fuerza normativa igual a la de la Constitución. Así adquieren fuerza superior sobre todo el ordenamiento interno. Sin embargo, no les quiso reconocer posibilidades reformadoras ni derogatorias de la propia Constitución”.

²⁹⁴ BAZÁN, Víctor, *op. cit.*, p., 368.

²⁹⁵ ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo. “La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el Derecho Interno Guatemalteco”. Ciudad de Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 2005, p., 44.

La posición asumida por el autor indicado, respecto a la problemática interpretativa ocasionada por la redacción del artículo 46 constitucional, se centra en considerar el uso inadecuado que ha realizado el legislador constituyente al utilizar el vocablo “preeminencia”. En su lugar estima se hubiera implementado la palabra “competencia”, pues, en materia legal únicamente se determina que una norma es competente o no lo es.

Sin embargo, no existe alguna razón convincente para creer que la Asamblea Nacional Constituyente se equivocó al emplear términos distintos en cuanto a lo que pretendía con la redacción del artículo citado. Basta recordar las violaciones a los derechos humanos acaecidas en Guatemala, para afirmar que se quería privilegiar la plena observancia de tales derechos, al promulgar una Constitución garantista. Por su parte, PINTO ACEVEDO²⁹⁶ aseguraba que los tratados y convenciones, aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno, entendiéndose por derecho interno la normativa ordinaria, pero nunca la Constitución, a la que no podrán contrariar.

Lo expresado por el autor BAZÁN resultaba convincente. GUTIÉRREZ DE COLMENARES²⁹⁷ expresaba respecto a la controversia generada por el artículo 46 de la Constitución Política, que otros juristas han transitado de una a otra tesis, como el conocido profesor uruguayo GROSS ESPIELL, buen conocedor del derecho guatemalteco por haber sido relator de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas en el país, modificó su planteamiento primario. La Corte de Constitucionalidad después de haber sostenido que en la expresión derecho interno del artículo 46 de la ley suprema estaba comprendida la Constitución, cambió de parecer más tarde y se ubicó entre los que sostienen que los tratados sobre Derechos Humanos sólo prevalecen sobre las leyes secundarias.

²⁹⁶ PINTO ACEVEDO, Mynor. *La Jurisdicción Constitucional en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Serviprensa Centroamericana, 1995.

²⁹⁷ GUTIÉRREZ DE COLMENARES, Carmen María. “Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito del Derecho Interno Guatemalteco”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2001. No. 5, p. 87.

La ubicación de los tratados y convenciones en derechos humanos, a tenor de lo establecido por el artículo 46 de la Constitución Política, podría sugerir prima facie, que éstos se encuentren en un rango supraconstitucional. El ex Magistrado de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, FLORES JUÁREZ,²⁹⁸ estima que se ha generado profunda discusión sobre el tema, ya que el artículo 46 de la Constitución, pareciera revelar la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el interno. Desde esa óptica los tratados y convenciones en materia de derechos humanos se encontrarían sobre la propia Constitución, si se le considera como parte del derecho interno.

Se ha realizado una exposición sobre las diferentes interpretaciones que se han efectuado respecto al contenido del artículo 46 de la Constitución Política de la República. De la lectura del artículo citado, se evidencia la preeminencia del derecho internacional en materia de derechos humanos sobre el interno. Ahora bien, la cuestión principal era determinar si dentro de la concepción “derecho interno” quedaba incluida la Constitución.

En ese sentido, cuando se trata del tema de derechos humanos se busca su plena protección y en Guatemala con la redacción del artículo controvertido, se estableció la preeminencia del derecho internacional en materia de derechos humanos sobre el interno, incluso la Constitución, para garantizar de mejor manera su protección y obviamente de respetar el *ius cogens* en dicha materia.

Como corolario a este tema, es preciso manifestar que en la actualidad en Guatemala la situación de los tratados sobre derechos humanos en su derecho interno, así como la interpretación del artículo 46 de la Constitución Política a que se ha hecho referencia, ya han perdido su trascendencia práctica, desde la observancia de la figura del “bloque de constitucionalidad”, como lo ha reconocido

²⁹⁸ FLORES JUÁREZ, Juan Francisco. “Constitución y Justicia Constitucional / Apuntamientos. Segunda Edición Ampliada. Ciudad de Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 2009, p. 158.

la propia Corte de Constitucionalidad de Guatemala en la conocida sentencia de 17 de julio de 2012, expediente 1822-2011.²⁹⁹

Ciertamente, desde el reconocimiento expreso realizado por la Corte de Constitucionalidad del bloque de constitucionalidad,³⁰⁰ como de la obligatoriedad de este Estado de reconocer el “control de convencionalidad”,³⁰¹ son estos dos

²⁹⁹ En esta sentencia, la CC expresó que: “[p]ara dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos, otros ordenamientos han acudido a la figura del bloque de constitucionalidad, el que ha sido parte de anteriores pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad (verbigracia los expedientes 90-90, 159-97, 3004-2007, 3878-2007, auto de 4 de octubre de 2009, expediente 3690-2009, 1940-2010 y 3086-2010, entre otros), aunque en ninguno de éstos se ha definido su contenido y alcances.”

³⁰⁰ En Guatemala fue importante la sentencia de 17 de julio de 2012, expediente 1822-2011, dictada por la CC, donde expresó lo siguiente: “Ello implica realizar el análisis confrontativo que requieren acciones de inconstitucionalidad como ésta, por el que se posibilite verificar si en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad en adecuación de tipos penales con no sólo conforme a normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que impulsaron los compromisos estatales para la tipificación de la tortura, cuestión que ha sido consentida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional extranjera por la figura del “bloque de constitucionalidad”, institución que ha permitido realizar dicha integración de la Constitución material, pues de no advertirse lo anterior, la omisión relativa determinada implicaría, por sí sola, contravención de los artículos 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República. El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. La conceptualización del “bloc de constitutionnalité” surgió en Francia, gracias a la intervención consultiva del Consejo Constitucional francés en la década de los setenta y la labor investigativa doctrinal acerca de la justicia constitucional desarrollada, especialmente, por el profesor Luis Favoreau, así como la carencia de reconocimiento expreso de derechos fundamentales en la Constitución que les rige desde mil novecientos cincuenta y ocho (1958), por lo que con esas opiniones, se integró al bloque de constitucionalidad la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de mil setecientos ochenta y nueve (1789) y el Preámbulo de la Constitución francesa de mil novecientos cuarenta y seis (1946). Luego esta misma doctrina se extendió a varios países con el fin de contribuir a formalizar y consolidar los Estados Constitucionales de Derecho surgidos después de la Segunda Guerra Mundial. Diversos autores concuerdan con el concepto doctrinal del bloque de constitucionalidad, al señalar que éste es un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de éste, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal. Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución (arts. 44 y 46), la que configura y perfila su contenido, alcances y eficacia ...”

³⁰¹ El control de convencionalidad aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo,

aspectos los que sobresalen en materia de derechos humanos,³⁰² cuando se trate de una norma internacional o convencional (CADH y otras), las que servirán como parámetro de constitucionalidad y de convencionalidad de la ley, en su caso.

En síntesis, en este capítulo se ha expuesto la sólida relación que existe entre el Derecho Penal con el Derecho Constitucional. Sobreviene interesante

Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. En el párrafo 124 la Corte IDH, manifestó: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” Sin embargo, es al juez de esa Corte, Sergio García Ramírez, quien había sentado las bases para el surgimiento del mismo, en su voto razonado concurrente en el *Caso Mirna Mack Chang Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, que fue la primera vez que hizo referencia conceptualmente a la convencionalidad, expresando lo siguiente en el párrafo 27 de esa sentencia: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.” Posteriormente, en otro voto razonado concurrente emitido, *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrafo 3, García Ramírez sostuvo que: “(...) la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.”

³⁰² Para un estudio de la relación entre ambos tipos de control, VID. MURILLO CRUZ, David Andrés. “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos”. *Revista de Derecho Público*. No. 36, enero – junio 2016.

estudiar el Derecho Penal desde una perspectiva constitucional. Y no estudiar cada una de estas disciplinas científicas de manera aislada, como si el Derecho no fuera solo uno. Tanto es así, que se muestra atrayente un análisis del Derecho Constitucional, como se ha formulado, que implique el análisis de la significación de la Constitución, su surgimiento y su tradicional funcionalidad como limitante al poder público y como protector de los derechos de las personas. Además de otros temas que se analizaron como el avance producido al pasar de un Estado liberal, basado en la ley, a un Estado Constitucional (humanista), basado en la Constitución, con principios y valores, la cual ejerce una gran influencia en todo el ordenamiento jurídico.

Ahora, será conveniente en el próximo capítulo, examinar lo relativo a los principios jurídicos, puesto que su estudio permitirá comprender cómo se ha transformado su funcionamiento. En efecto, desde la tradicional visión de utilizarse casi con exclusividad a servir de integración del derecho ante lagunas de la ley, a ser utilizados en la interpretación de la ley, vía jurisprudencial. Esto ha dado lugar a la aparición cada vez mayor de un derecho principializado.³⁰³ El cual de acuerdo con LÓPEZ MEDINA, no es tan diferente frente al viejo derecho de la tradición romanística el proceso de principialización que sufrió el derecho romano en el que el “rigor formal” fue paulatinamente flexibilizado mediante principios.

³⁰³ LÓPEZ MEDINA, Diego. “Los principios en el “viejo” y en el “nuevo” Derecho. Examen de contraste entre el “rigor formal” y la “flexibilidad basada en principios” en la teoría jurídica romanística.” *Revista de Derecho Privado*. No. 47, enero – junio de 2012, p. 21, expresa lo siguiente: “Notará el lector que los juristas al hacer uso de los principios estaban aún, por decirlo así, dentro de los límites permitidos de la argumentación jurídica. Los problemas que ocasionaba la tiranía de la forma y del texto fueron corregidos mediante un mecanismo que no violaba las reglas fundamentales del juego llamado “derecho”. Muy por el contrario: la tradición jurídica siempre ha puesto como ejemplo imperecedero de buen hacer jurídico la introducción de los principios en el derecho romano clásico como herramienta inmejorable para satisfacer las justas pretensiones de las partes, incluso a pesar de que la estricta interpretación legal aconsejaría resultados diferentes. Este sistema, por obvio que nos parezca, no es de ninguna manera el más natural. Allí va envuelto, según me parece, un complicado balance entre estabilidad y justicia que se alcanza mediante la interrelación de principios y reglas. Este balance, de otro lado, es relativamente análogo al tipo de soluciones que ha propuesto en la teoría contemporánea la nueva principialística de autores como Dworkin y Alexy. Ellos, de hecho, reclaman que sus exposiciones no son tanto innovaciones como descripciones correctas de las formas en que los abogados en la práctica ordinaria hacen uso mixto de principios y reglas en la consideración y solución de casos.”

Aunado a lo anterior, a manera de marco contextual, será de mucha relevancia conocer aspectos característicos de la teoría de los principios y los problemas surgidos de su aplicación. La posición que ante los mismos mantienen el positivismo y el denominado postpositivismo o no positivismo. Además, la distinción entre reglas y principios y el método utilizado para cada uno de ellos en los casos de conflictos: subsunción y ponderación, respectivamente. En fin, esa exposición contribuirá a comprender de mejor manera lo concerniente a la teoría de los principios jurídicos, para posteriormente analizar los principios informadores del Derecho Penal, desde una óptica constitucional y convencional.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS JURÍDICOS

1. PREÁMBULO

En el capítulo precedente se analizó la forma en que el derecho constitucional se transformó y pasó de ser considerado un norma programática, ornamental, pero de nugatorio efecto en la realidad a una norma suprema y fuente de fuentes, invasiva, dinámica y que procura además de la tradicional concepción liberal de constreñir el ejercicio del poder público, la protección de la persona, de su dignidad humana. Asimismo, lo referente a la importancia y recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno.

En correlación con lo anterior, como se habrá apreciado, la magnitud de los principios jurídicos en el constitucionalismo actual provocado en gran medida por el reajuste en la concepción tradicional de los principios jurídicos de no ser excluyentes de las normas, identificadas dentro de la sinonimia ley igual norma, sino como un constitucionalismo principialista³⁰⁴ basado en el modelo de

³⁰⁴ En ese entorno, ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Estudios sobre la argumentación jurídica principialista. Bases para la toma de decisiones judiciales*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica, no. 720, 2015, p. 48, expone que el tema de los principios jurídicos (los contenidos en las Constituciones como derechos fundamentales) ha generado gran polémica en la teoría del derecho, ya que reviven la confrontación entre dos tradiciones jurídicas; esto es, la positivista y la iusnaturalista. Así, comenta que se podría decir que muchos de los juristas en México, (a lo que se puede agregar Guatemala y los demás países latinoamericanos), con una tradición formalista se quedan perplejos ante los retos que presenta el derecho por principios. El problema es que los positivistas creen que los principios han desestabilizado el derecho, derivado de la amplia vaguedad que presentan dichas normas, lo que propicia su imprevisibilidad. A lo expresado por este autor, puede adicionarse que el cambio paradigmático resulta difícil *ad inicum*, porque la preparación universitaria basada exclusivamente en el positivismo con su precedencia a la ley y

principios;³⁰⁵ de un derecho conformado por normas, las cuales se encuentran conformadas por reglas o principios y no exclusivamente de reglas. Es así, como en la práctica jurídica para el juez o las partes la utilización ordinaria de principios no resulta confinada en las antiquísimas desavenencias iusfilosóficas referentes a ese tópico. De ahí, que sea apropiado contextualizar entre otros aspectos, la importancia de los principios, su naturaleza, su función, etc. para luego examinar en el tercer capítulo, los principios informadores del Derecho Penal en particular y su efectiva aplicabilidad en la solución de casos concretos.

2. POSICIONES RESPECTO A LA DISTINCIÓN ENTRE LEY Y DERECHO

El problema central de la polémica acerca del concepto de Derecho es la relación entre Derecho y moral refiere ALEXY.³⁰⁶ Agrega que a pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas antagónicas: la positivista y la no positivista.³⁰⁷ Todas las teorías positivistas

su diatriba al iusnaturalismo, ha ocasionado un formalismo exacerbante utilizado por el juzgador, que prioriza la forma sobre el fondo. Ante ello, principios como *pro actione* o el debido proceso, que para el caso concreto en Guatemala, no se encuentran taxativamente comprendidos en la Constitución y sin embargo, son de aplicación continua en el sistema guatemalteco, debido a la interpretación dinámica efectuada por la Corte de Constitucionalidad, que ha sido utilizada de forma ordinaria también en el Derecho Penal.

³⁰⁵ El acrecentamiento en la utilización de los principios jurídicos, se debe primordialmente al trabajo desarrollado por Ronald DWORKIN, quien contrapuso al modelo de reglas, un modelo de principios. Esta concepción postpositivista provocó una rauda y dinámica aprehensión en el ámbito jurídico que ha trascendido indefectiblemente al marco iusfilosófico, ha encontrado un campo fértil en el (neo) constitucionalismo y que ha diseminado su enorme influencia entre otros, en el Derecho Penal.

³⁰⁶ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 13.

³⁰⁷ ALEXY, Robert. "El no-positivismo incluyente". *Doxa*, 2013, no. 36, p. 16, expone esa distinción de la siguiente manera: "¿Cuál tesis es más defendible? ¿La de la separación o la de la conexión? Ambas se prestan a una variedad de interpretaciones. La respuesta a nuestra pregunta principal gira en torno a esas diversas interpretaciones. Dentro del positivismo, la distinción entre el positivismo jurídico incluyente y excluyente es la diferencia más importante en lo que respecta a la relación entre el derecho y la moral. El positivismo excluyente, que ha defendido prominentemente J. Raz, sostiene que la moral esta necesariamente excluida del concepto de derecho (Raz, 2009, 47). El positivismo incluyente, defendido, por ejemplo, por J. Coleman, dice que la moral no está ni necesariamente excluida ni necesariamente incluida. La inclusión se considera entonces como una cuestión contingente o convencional dependiendo de lo que el derecho positivo, de hecho, establece (Coleman, 1996, 316). Esto trae implícito que la

sostienen la *tesis de la separación*.³⁰⁸ Conforme esta, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. En cambio, todas las teorías no positivistas sostienen la *tesis de la vinculación*, según la cual, el concepto de derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. En ese sentido, lo que lo diferencia de los positivistas es más bien la concepción de que el derecho debe ser definido de forma tal que, a más de estas características que apuntan a hechos, se incluyan también elementos morales.³⁰⁹ Los positivistas otorgan una superlativa importancia a la ley, de tal manera que para ellos únicamente vale la ley que procura el orden, la paz, la seguridad jurídica y la contemplación de la justicia como un fin del derecho.³¹⁰

Para los positivistas los principios en cambio, salvo algunos supuestos específicos, carecen de especial importancia y deben extraerse de la ley. Acorde con la perspectiva positivista, manifiesta ALEXY, el sistema jurídico es al menos en lo esencial un sistema de reglas que se puede identificar como reglas jurídicas

relación entre el derecho y la moral, tanto en el positivismo incluyente como en el positivismo excluyente, está determinada únicamente por lo que es expedido autoritativamente y es socialmente eficaz, es decir, por hechos sociales. El positivismo incluyente es una forma de positivismo, porque afirma que la decisión inicial, en un sistema jurídico particular, de incluir la moralidad en el derecho es contingente o convencional (Alexy, 2012, 4). El no-positivismo sostiene no solo, en contra del positivismo excluyente, que la moralidad no está necesariamente excluida, sino que también se sitúa en contra del positivismo incluyente al señalar que esta necesariamente incluida, por lo tanto el no-positivismo es contrario a ambas formas de positivismo.

³⁰⁸ ALEXY expone que la tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser. *Ibidem*, p. 13.

³⁰⁹ *Ibidem*, pp. 13-14. En ese mismo sentido lo consideraba RADBRUCH, Gustav, *op. cit.*, pp. 120-121, al expresar que el positivismo jurídico es la corriente de la ciencia jurídica que cree poder resolver todos los problemas jurídicos que se planteen a base del derecho positivo, por medio de medios puramente intelectuales y sin recurrir a criterios de valor.

³¹⁰ MARTÍNEZ PICHARDO, José y MARTÍNEZ QUIJADA, Luis Octavio, *Introducción al Estudio del Derecho. Una nueva visión del Estado de Derecho*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2007, p. 47. Agregan que para los positivistas la ley debe incorporar la idea fundamental de equidad, que solo se realizará dentro de un sistema de leyes, con las que se procura equilibrar los intereses en la defensa del patrimonio, en las relaciones o en la protección de la libertad.

sobre la base de su validez y/o eficacia.³¹¹ El derecho se identifica con la validez de la ley lo cual ocasionará serias consecuencias con posterioridad.³¹²

VIGO comenta que después de la triunfante revolución francesa se expande en Europa un nuevo y peculiar modo de comprender y operar con el derecho que constituye un auténtico “paradigma” (KUHN), al que puede llamársele “dogmático, exegético, legalista o iuspositivista estricto o integral”, el cual se extiende a América, especialmente en los ámbitos universitarios, a pesar que el diseño constitucional de algunos países como el argentino le era hostil, en vista de lo cual, resulta que con ese paradigma –positivista– se enseñara y operará el derecho.³¹³

Fue a partir de los juicios de Núremberg³¹⁴ donde los aliados juzgaron y condenaron a diversos líderes nazis, que en su justificación alegaron que solamente habían cumplido lo que prescribía la ley, que se arribó a la conclusión

³¹¹ ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, *op. cit.* p. 7.

³¹² RADBRUCH, Gustav, *op. cit.*, p. 178, lo expone con pertinencia, al estimar que: “El positivismo que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula de “la ley es la ley”, dejó a la jurisprudencia y a la judicatura alemanas inermes contra todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran fuesen plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley. Y no sólo eso, sino que esa mentalidad positivista superviviente opone todavía dificultades cuando se trata de paliar los efectos de aquellos desafueros legales.”

³¹³ VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 3.

³¹⁴ Lo acontecido en Núremberg marcará un antes y un después en el campo ius filosófico en el modo de concebir el derecho. Como afirma VIGO, Núremberg marcará simbólicamente –como a su vez lo subraya PERELMAN –una fuerte señal de las insuficiencias y riesgos del modelo positivista, dado que en definitiva este proceso se pone en crisis el corazón mismo de las enseñanzas decimonónicas, en tanto se va a juzgar por violar “al derecho” a aquellos que habían cumplido con “la ley válida”. Agrega que esa señal se irá haciendo más visible y audible con el correr de las décadas siguientes, y así en las tres últimas del siglo XXI adquirirá una claridad, extensión y magnitud que resulta demostrativa que se está frente a un nuevo paradigma, al es muy difícil de rotular, dado que encuentra respaldos y promotores muy diversos, pero que de todas maneras a ellos los une el propósito superador del viejo modelo. VID. VIGO, Rodolfo Luis: *De la Ley al Derecho*, *op. cit.*, p. 3. RADBRUCH, Gustav, *op. cit.*, p. 177, ya en 1948 planteaba que el proceso de Núremberg había sentado las bases para un Derecho Penal Internacional contra los desafueros de los gobernantes y de otras personas. En contra GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Nazismo, derecho y filosofía del derecho” *Anuario de Filosofía del derecho*, 1991, VII, donde este autor efectúa una defensa de la interrelación del positivismo con el régimen nacionalsocialista, y argumenta cómo un cierto positivismo formalista encarna valores formales que constituyen la mejor garantía a su juicio, frente a perversiones jurídicas como la que se comenta (nacionalsocialismo).

que los mismos “habían cumplido la ley, pero violado el Derecho”, que se propuso que debía realizarse una distinción entre la “Ley” y el “Derecho”,³¹⁵ para evitar futuras situaciones similares en los que surgieran nuevos movimientos políticos que apoyados en una normativa *ad hoc*, produjera una engegueda observancia de un ordenamiento jurídico surgido de un gobierno antidemocrático que promulgara sus propias leyes, formalmente válidas, pero que en su contenido, resultan sumamente injustas, contrarias al derecho y por ende, carentes de la calidad de ser protectoras de las personas. La posición que se tomara al respecto, provocaría consecuencias trascendentales.³¹⁶

Con el cumplimiento de la ley, no necesariamente se cumplía el derecho, máxime cuando el ordenamiento jurídico de un país como en el caso de la Alemania nazi, provenía de un régimen antidemocrático y totalitario que se constituyó en un Estado Legal de Derecho, pero no en un Estado Constitucional de Derecho.³¹⁷ O sea, se “respetaba la ley”, pues “la ley es la ley”, la cual era

³¹⁵ Rodolfo Luis VIGO expone al respecto que: “El panorama teórico descrito se complica a partir de la sustitución del Estado de derecho legal por el Estado de derecho constitucional (EDC), es decir, cuando después de la caída del nazismo se condena a sus jefes por cumplir la “ley” y violar el “derecho”, y así superándose esa sinonimia se identifica al “derecho” con los derechos humanos cuyo fundamento es la dignidad propia de todo ser humano, y consiguientemente, es titular de los mismos todo miembro de la especie humana. Será la Ley Fundamental de Bonn del 49 la que consagrará positivamente la vigencia de ese “derecho” que es superior a la ley, y cuya violación puede generar responsabilidades jurídicas, no obstante lo que disponga la ley.” “Iusnaturalismo y Constitucionalismo: coincidencias y diferencias”, en *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Estado Constitucional, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Tomo IV, Vol. II, Serie Doctrina Jurídica No. 711, 2015, p. 852.

³¹⁶ NINO, Carlos Santiago, *op cit.*, pp. 18 y ss., realiza un original y profundo análisis, teniendo como fondo una dramatización de un juicio a los jefes nazis “¿Cuál es, entonces, la tesis acerca de la relación entre derecho y moral que el iusnaturalismo defiende y que el positivismo ataca? Propongo, para intentar contestar a esta pregunta, que asistamos [sic] a una dramatización idealizada de una sentencia judicial, inspirada en los procesos judiciales organizados por los Aliados, las naciones vencedoras de la segunda guerra mundial, para juzgar a los jefes nazis que habían participado en diferentes hechos cometidos durante el régimen de Hitler (tales como el exterminio de grandes grupos humanos, torturas, privación de la libertad de gente inocente, deportaciones, experimentaciones médicas sobre seres humanos vivos, agresión injusta contra otras naciones, etcétera). Estos procesos ofrecieron la particularidad de reavivar el debate entre el positivismo y el iusnaturalismo y de llamar la atención sobre el hecho de que la posición que se adoptara en ese debate podría tener consecuencias prácticas muy significativas.”

³¹⁷ Con la incorporación de un modelo político de Estado social y constitucional de derecho en el que se consolida el carácter jurídico de la Constitución como norma de normas se presentan

formalmente válida, porque había sido promulgada por el propio régimen nazi, que tenía como fundamento la superioridad aria en detrimento de otras razas consideradas inferiores. De tal suerte, que se cometían atrocidades en cumplimiento de la ley, pero se obviaban deliberadamente derechos y principios de carácter general y universales inherentes al derecho, como justicia, igualdad, seguridad, libertad y otros. Esto constituye el peligro inminente de identificar el derecho exclusivamente con la ley.

RADBRUCH advierte que la seguridad jurídica reclama la vigencia del derecho positivo, pero la necesidad a que responde la seguridad jurídica puede hacer también que los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos y hasta muy paradójico que ello parezca, el desafuero cree Derecho.³¹⁸ Un grupo que tome el poder –mediante elecciones o mediante una revolución –puede modificar la estructura jurídica, de tal manera que se emitan nuevas leyes conforme a sus concepciones políticas y que contravengan la justicia, pues la seguridad jurídica, reclama que el derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto.³¹⁹

importantes transformaciones para la teoría jurídica en temas como la norma jurídica, las fuentes del derecho, la interpretación, entre otros. Por ejemplo, a la par de una idea de derecho conformado por reglas es necesario sumar los principios jurídicos; la principal fuente del derecho no será la ley sino la Constitución y en materia de interpretación la determinación del sentido de los enunciados no se centrará en criterios de racionalidad (correcto uso de la lógica jurídica) sino, además, en la lógica de lo razonable o logos de lo humano.

³¹⁸ RADBRUCH, Gustav, *op. cit.*, p. 41. Añade, que la revolución, es decir, la alta traición, es un delito cuando no triunfa, pero si logra el triunfo, se convierte en base para un nuevo derecho y que es la seguridad jurídica la que, en estos casos, convierte en nuevo derecho la conducta antijurídica.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 44. RADBRUCH expone que siendo la seguridad jurídica una forma de la justicia, tenemos que la pugna de la justicia con la seguridad jurídica representa un conflicto de la justicia consigo misma y por eso ese conflicto no puede ser resuelto de una manera equívoca. Añade, que se trata de una cuestión de grado, pues donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo no representa ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia.

Fue en la Ley Fundamental³²⁰ de Bonn de 1949, conocida en su idioma original como "*Grundgesetz*" o abreviadamente "GG", donde se estableció por vez primera la distinción entre la ley y el derecho. Así, se plasmaron en el texto de dicha Ley Fundamental (según artículo 1 (3)) derechos fundamentales que: "vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable." De ese modo asegura VIGO, se deja de lado el postulado rousseauiano de la voluntad general infalible, y se instituyen tribunales constitucionales con competencia para asegurar la prevalencia del derecho sobre la ley.³²¹

Significa entonces que tal vinculación implicó un certero avance al desarrollarlo de manera extensiva, puesto que con anterioridad los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar lo advierte UNGER, solamente tenían efectos para el poder administrativo (ejecutivo) pero no vinculaban al poder legislativo y por el contrario, la Ley Fundamental sí vincula los derechos fundamentales como derechos directamente aplicables a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.³²² Visto de esa forma, se posibilita jurídicamente la exigibilidad de los derechos humanos frente a los poderes del Estado encargados de su observancia, convirtiéndose en un derecho público subjetivo con eficacia frente a terceros.

³²⁰ UNGER explica detalladamente cuál fue el propósito de denominarla "Ley Fundamental". Para el efecto manifiesta que la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania ("*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*") es el nombre de la Constitución de la República Federal de Alemania, que hasta la unificación en el año 1990 era conocida como Alemania Occidental. El Consejo Parlamentario utilizó la expresión "Ley Fundamental" en vez de "Constitución" para dejar claro el carácter provisional de ésta debido a la separación de Alemania y el deseo de que con la unificación, la Ley Fundamental como constitución provisional fuera substituida por una Constitución decidida y adoptada por todo el pueblo alemán en libre decisión. UNGER, Mark. "Setenta Años de la Ley Fundamental Alemana". *Estudios Constitucionales*, 2009, año 7, número 2, p. 306.

³²¹ VIGO, Luis Rodolfo, "Iusnaturalismo y Constitucionalismo: coincidencias y diferencias", *op. cit.* p.852.

³²² UNGER, Mark: "Setenta Años de la Ley Fundamental Alemana", *op. cit.* p. 306.

El Estado Constitucional dice HÄBERLE se contrapone a cualquier tipo de Estado totalitario del color que sea,³²³ a cualquier ambición de verdad absoluta y a cualquier monopolio de información e ideología totalitaria.³²⁴ El Estado Constitucional se fundamenta en la plena observancia de los derechos humanos, en la división de poderes y la supremacía constitucional esencialmente, en donde se prioriza la observancia de principios y valores como la justicia, la libertad, la paz, el debido proceso, etc.

En la actualidad, el debate entre positivismo y no positivismo o post positivismo, no ha finalizado sino que el mismo continúa. Es así que, la controversia filosófica para establecer si el Derecho se identifica únicamente con la ley y no acepta ningún elemento moral –teoría de la separación– o, si el derecho contiene elementos morales –teoría de la vinculación– no se encuentra definida y su defensa dependerá de la teoría que se siga al respecto. Igual situación acaece con relación al tema de los principios jurídicos, de donde surgirá el cuestionamiento si los mismos se encuentran exclusivamente en la ley o no. Además, resulta palmario el fundamento axiológico que los principios otorgan a las reglas.³²⁵

3. IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Es innegable la envergadura que adquieren en la actualidad los principios jurídicos, tanto en el derecho interno como en el internacional; en la filosofía del derecho como en la aplicación cotidiana del Derecho –*praxis*–. Tanto es así, que

³²³ Es en ese sentido, en el caso de Alemania que UNGER indica que la Ley Fundamental trata de “blindar” la esencia de la Constitución democrática contra posibles avances de partidos totalitarios mediante una “cláusula de eternidad”, que impide la modificación de la Ley Fundamental con respecto a la dignidad del ser humano, la organización estatal como un estado federal, democrático, social de derecho y con separación de poderes y que el orden establecido por la Ley Fundamental se encuentra además protegido por un derecho a la resistencia. *Op cit.*, p. 306.

³²⁴ HÄBERLE, Peter, *op. cit.*, p. 113.

³²⁵ VID. GUASTINI, Riccardo. “Interpretación y construcción jurídica”, *op. cit.*, p.33 y ss.

para ATIENZA y RUIZ MANERO, constituye uno de los temas más profusamente discutidos en la teoría del derecho en las últimas décadas³²⁶ y para ALEXY el sistema del constitucionalismo democrático quedaría incompleto sin la teoría de los principios.³²⁷

El tema de los principios jurídicos comprende una importancia teórica y otra práctica. La importancia teórica reside en que ayuda a comprender mejor el funcionamiento de los mecanismos de solución de los problemas jurídicos y permiten superar la rigidez de los modos normativistas.³²⁸ Por otra parte, se aprecia que la importancia práctica no es menos considerable, ya que los principios desarrollan múltiples funciones en el ordenamiento jurídico: integración, interpretación, fundamentación, consistencia, etc.³²⁹ Es pues, esta doble funcionalidad (teórica y práctica) la que permite llegar a comprender de mejor forma la temática de los principios y su especial relevancia en el marco jurídico.

³²⁶ Aunque esto lo escribieron en 1991, no ha dejado de tener vigencia, porque sigue en discusión. En cuanto a ello, específicamente expresan: “Uno de los temas más profusamente discutidos en la teoría del Derecho de las dos últimas décadas es, sin ninguna duda, el de los principios. El debate –como todo el mundo sabe– se inicia con un trabajo de Dworkin de 1967 [...], si bien los “principios jurídicos” (o los “principios generales del Derecho”) son viejos conocidos (aunque quizá nada más que *conocidos*) de los juristas. De *principios generales del Derecho* hablaba ya el código civil austriaco de 1811, y siguieron hablando luego –entre muchos otros textos legislativos– el código civil italiano de 1865, el español de 1889 y el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya; en los trabajos de dogmática jurídica y en las decisiones jurisprudenciales, la referencia a los principios es, puede decirse, un lugar común; y la reflexión sobre los mismos no ha estado tampoco ausente de la teoría o filosofía del Derecho anterior a Dworkin (cfr., por ejemplo, Del Vecchio, 1958; Esser, 1956; Bobbio, 1966). Si, a pesar de esto último, el planteamiento de Dworkin ha sido considerado en general como innovador, ello parece deberse (dejando a un lado los méritos intrínsecos de su obra) a su propósito de oponerse a la concepción dominante en la teoría del Derecho del momento y que él identifica correctamente con la obra de H. L. A. Hart.” “Sobre principios y reglas” ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Sobre principios y reglas”. *Doxa*, 1991, no. 10, p. 101.

³²⁷ ALEXY, Robert: “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2009, no. 32, p. 82.

³²⁸ CORRAL TARCANI, Hernán: prólogo al libro de ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *op cit.*, p. 12.

³²⁹ *Ibidem*, p. 12. En ese contexto, agrega que: “Puede convenirse con Guido Alpa en que en todo caso, ‘los principios aparecen como un factor ineliminable en el arte y en el proceso de regulación y de la interpretación o, lo que es la misma cosa, son instrumentos indispensables para la evolución del derecho.’”

En el aspecto teórico, ha sido objeto de discusión en la filosofía del derecho, enfrentando a los exponentes de las corrientes iusnaturalista y positivista, o en la actualidad, la positivista frente a la no positivista o postpositivista.³³⁰ En ambos casos, esta última corriente como se expondrá *ut infra*, pretende adicionar con predominio a las reglas jurídicas, los principios jurídicos, a fin de superar, según su posición, los postulados que han originado la aplicabilidad de un ordenamiento jurídico eminentemente formalista y normativista. Además, en la parte práctica es innegable la cotidiana aplicabilidad de los principios que efectúan los tribunales, tanto Internacionales de Derechos Humanos, Constitucionales, como ordinarios, en la solución de los diversos asuntos sometidos a su conocimiento.

La superlativa importancia otorgada por la ilustración a ley, otorgándole una posición hegemónica y privilegiada, produjo luego con el surgimiento del positivismo, una desvalorización en la observancia de los principios jurídicos, los cuales se hicieron casi nugatorios al enfatizarse en forma desdeñosa su supuesta esencia iusnaturalista. Siguiendo a ALCALDE RODRÍGUEZ puede expresarse que durante la ilustración los principios generales aparecían como manifestaciones o concreciones del derecho natural, acorde con su propia concepción racionalista.

Posteriormente, como reflejos del “espíritu del pueblo”, para considerarlos luego como ideas jurídicas formales, nociones fundamentales, etc., y ya bien entrado el siglo XX, como formulación de valores esenciales. Es más, se constituyeron como una alternativa positivista más dogmática, siendo entendidos como directrices legislativas o jurisprudenciales o bien, como espíritu del ordenamiento jurídico.³³¹

³³⁰ DWORKIN prefería se le denominara a la nueva corriente principialista que el propugnaba, como no positivista, mientras que ATIENZA prefiere la denominación postpositivista.

³³¹ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique: *op cit.*, p. 51. No obstante, pueden citarse otras antecedentes de la utilización de los principios con mayor anterioridad. Así, en Roma, expresan MARTÍNEZ PICHARDO, José y MARTÍNEZ QUIJADA, Luis Octavio, los jueces apoyaban sus decisiones en la *prestatas*, en la *humanitas*, y a falta de ley expresa podría resolverse de acuerdo con la *naturali iustitia*. En la Edad Media la escolástica sostenía, agregan, que la ley humana derivaba de los principios de la ley divina y toda la legislación tenía su fundamento en lo que Tomás de Aquino

El tema de los principios jurídicos ha generado gran polémica en la teoría del derecho ya que reviven la confrontación entre dos tradiciones jurídicas; esto es, la positivista y la iusnaturalista.³³² Efectivamente, resulta innegable que en la actualidad la cultura jurídica tiene una fuerte carga formalista difícil de superar, y el sistema de derecho encuentra una parte central de su fundamento en el positivismo jurídico.³³³

Aunque cabe indicar, que si bien es cierto la influencia del positivismo en el ámbito jurídico ha sido importante, refieren ATIENZA y RUIZ MANERO, pues realizó una importante contribución en el pasado para renovar las áreas de la filosofía del derecho y de la dogmática jurídica,³³⁴ sin embargo, su excesivo énfasis en el carácter prescriptivo de la norma jurídica deja por un lado su dimensión valorativa y obstaculiza la consideración de un orden jurídico constitucional.³³⁵ Esto provoca de acuerdo con los autores mencionados, que sea incapaz de servir como herramienta para dar cuenta y operar dentro de la nueva

denominó “Principios Universales del Derecho”. *VID. Introducción al Estudio del Derecho. Una nueva visión del Estado de Derecho, op. cit.*, p. 23. Por su parte, DIEZ-PICAZO, Luis, *op. cit.*, p. 202, expresa que la necesidad de acudir a criterios extralegales ha existido en todos los momentos históricos. De esa forma, en Grecia se admitió la existencia, junto a la ley escrita, de una ley no escrita (“agrafos nomos”), derivada de la naturaleza y de las convicciones morales y religiosas. Agrega que el concepto de la ley no escrita fue heredado también por Roma, donde además fueron utilizadas otras ideas, como las de la “*ratio iuris*”, la “*natura rerum*”, o el derecho constituido “*more et aequitate*”. Finaliza diciendo que en el pensamiento jurídico y filosófico de la Edad Media, se admitió con carácter general la idea del “derecho natural”, consagrada por la escolástica y recibida en el terreno jurídico plenamente por los canonistas.

³³² ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 48. A la vez, considera refiriéndose a su país, pero que puede ser perfectamente aplicado a cualquier otro, que muchos de los juristas con una tradición formalista se quedan perplejos ante los retos que presenta el derecho por principios. Además, enfatiza que el problema es que los positivistas creen que los principios han desestabilizado el derecho, derivado de la amplia vaguedad que presentan dichas normas, lo que propicia su imprevisibilidad. Por último, indica que la polémica ha sido tan notoria que incluso hoy en día es muy improbable que un formalista intente explicar el derecho sin aludir a consideraciones sobre legitimidad y a su vez, un iusnaturalista difícilmente puede tratar el derecho sin apuntar a mecanismos (formales) que hagan efectivos los ideales morales positivizados.

³³³ GÓNZALEZ ANDRADE, Cedma. “La argumentación jurídica: del modelo positivista al llamado estado constitucional de derecho”. Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la UV: *Letras Jurídicas*, enero-junio 2011, año 12, no. 23, p. 2.

³³⁴ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *op. cit.*, p. 7.

³³⁵ *Ibidem*, p. 7.

realidad del Estado Constitucional,³³⁶ el cual en la época actual resulta ser dinámico y sumamente proteccionista de la persona humana y los principios se convierten en un conducto de sustancial importancia para alcanzar esos fines.

Resulta entonces, muy importante el estudio realizado por el positivismo respecto de las normas jurídicas y su énfasis en la ley, pero obvió aspectos externos a la ley en la solución de los asuntos que requieren una decisión judicial y que exceden su resolución a la prescripción de la norma, provocando un exceso de formalismo en detrimento de la justicia.

Es innegable que la forma de interpretar el derecho ha cambiado considerablemente. VIGO arguye que el modelo decimonónico adoptó una estructura típica y específica del derecho a la “norma”, de manera que se definía autoritariamente un supuesto o hipótesis fáctica a la que se le imputan ciertas consecuencias o efectos jurídicos. Añade que esta visión normativista se prolongará ya en el siglo XX por autores tan importantes como KELSEN en el continente y HART en el mundo anglosajón, y que los principios que podían llegar a tolerarse para la cultura decimonónica, eran aquellos implícitos a las normas positivas y, en consecuencia, no entraban en conflicto con las mismas.³³⁷

Ahora para la corriente postpositivista, ya no puede limitarse la solución del caso concreto a la simple aplicación silogística de la ley, y considerar la inmutabilidad del ordenamiento jurídico, alejado de la realidad social y de la aplicación de principios jurídicos valorativos. ARAGÓN REYES en ese orden de ideas, considera que los derechos *ex lege* podían ser entendidos como reglas mientras los derechos *ex Constitutione* han de ser entendidos como principios (por su flexibilidad, para ser adaptables al caso; su mayor nivel de abstracción por acumulación de consenso; su amplio grado de apertura por respeto al

³³⁶ *Ibidem*, p. 7.

³³⁷ VIGO, Rodolfo Luis. *De la Ley al Derecho*, *op. cit.*, p. 4.

pluralismo).³³⁸ Por lo anterior, estima que ello impone un nuevo modo de concebir el Estado de Derecho, que pasa a ser Estado de “derechos”; y un nuevo modo de entender el Derecho mismo, que ya no puede captarse bajo el método positivista, por lo que finaliza expresando que los derechos valen hoy independientemente de la ley.³³⁹

Los derechos no necesariamente se encuentran incluidos en la literalidad de la ley. BIDART CAMPOS³⁴⁰ expresa que hay derechos “con normas” y derechos “sin normas”, porque los derechos no se agotan con el catálogo escrito. Con esto, lo ilustra de mejor manera: la existencia de derechos taxativamente enumerados en la norma jurídica y la existencia de derechos no contemplados específicamente en un texto normativo, lo que se expondrá *ut infra*, cuando se desarrolle el tema de los derechos innominados.

Prácticamente por la forma en que se ha desarrollado el constitucionalismo actual, con su visión principialista, resulta difícil de sostener únicamente la posición restrictiva promulgada por el positivismo fundamentado en el carácter prescriptivo y exclusivo de la normas, es decir, basado en la relativa preponderancia otorgada a las reglas y en contraposición, de obviar la importancia interpretativa que producen los principios jurídicos en la práctica jurídica, pues actualmente sería imposible un positivismo de los principios.³⁴¹

³³⁸ ARAGÓN DE LOS REYES, Manuel. “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad autónoma de Madrid*, 1997, p. 184.

³³⁹ *Ibidem*, p. 184.

³⁴⁰ BIDART CAMPOS, German. “Los derechos “no enumerados” en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002. Pág. 104.

³⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, op. cit.*, p. 118. Para este autor: “La incidencia directa de los principios sobre la realidad, es decir, la posibilidad de que confieran a los hechos un valor normativo propio, es algo no sólo previsto, sino incluso excluido por el positivismo jurídico. Por ello, no será posible pensar en una “recuperación” positivista de la temática de los principios mediante el paso de un positivismo de las reglas a un positivismo de los principios.”

Basta con consultar las distintas sentencias emitidas por Tribunales Constitucionales y Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, como el caso de la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para constatar el cambio paradigmático sobrevenido en la aplicación constante de principios jurídicos en el texto de sus resoluciones.³⁴² Resulta cotidiano observar, además de las distintas sentencias emitidas por los Tribunales Constitucionales, las emitidas en una buena medida por juzgados ordinarios donde la aplicación, tanto de reglas normativas como de principios jurídicos en la solución de casos concretos es de utilización habitual.

Este mismo carácter prescriptivo que se le otorgó en exceso a la norma jurídica en detrimento de la dimensión valorativa, produjo cierta “aversión” de los positivistas hacia los principios³⁴³ que en general se mantiene hasta ahora. Como reacción al iusnaturalismo, concebían imposible la existencia de principios jurídicos independientemente de las normas jurídicas. De tal modo que "es lógico que para una mente formada en el positivismo le atemorice el solo escuchar la palabra "principios".³⁴⁴ Es así que el culto a la ley propugnado intrínsecamente por el positivismo provocó una relativización aplicativa de los principios, los cuales quedaron al margen cotidiano de la actividad interpretativa-aplicativa del juzgador como un aspecto metajurídico, es decir, ajeno al derecho y perteneciente no al *ser*, sino al *deber ser*.

Pero no fueron olvidados del todo y su función se redujo casi con exclusividad a formar parte de los métodos interpretativos utilizables en la

³⁴² VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, op. cit., p. 4, señala que una de las claves para entender el nuevo escenario es precisamente prestar atención a los principios jurídicos y como ellos comienzan a ser invocados crecientemente en la jurisprudencia.

³⁴³ DELUCCHI, María Laura. “Algunas consideraciones en torno a los principios”. *Anales*, 2010, año 7, no. 40, nueva serie 2009/2010, p. 597.

³⁴⁴ ROJO SANZ, José María: "En torno a los principios (Algunas reflexiones sobre Dworkin)". *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, no. 3, pág. 520.

integración de la ley, al servir subsidiariamente ante los vacíos o lagunas que se originaban de la aplicación de la ley,³⁴⁵ lo cual ciertamente, no era muy habitual.³⁴⁶

Actualmente, han existido avances en materia interpretativa, al superarse el criterio limitativo otorgado a los principios jurídicos que se ha señalado, lo que se restringía casi con exclusividad a la solución de conflictos surgidos de la existencia de lagunas en la ley.³⁴⁷ En ese sentido, VON HOECKE asegura que la aplicación judicial de reglas jurídicas no escritas para colmar lagunas del sistema jurídico ha evolucionado en la práctica hacia la aceptación de todo un conjunto de principios

³⁴⁵ En cuanto a este aspecto, ALCALDE RODRÍGUEZ, lo ilustra de la siguiente manera: “[e]n lo que respecta al ámbito jurídico, pretendemos destacar el rol preponderante de los principios generales del derecho, los cuales, en nuestro medio, amén de haber sido escasamente tratados, han visto amagada su importancia en razón de un prejuicio que les desconoce su real importancia y verdadera ubicación en el campo de las fuentes del Derecho. En tal sentido, por ejemplo, y quizás producto de la forma o modalidad que han caracterizado su inclusión en los códigos civiles, en general se ha querido reducir su función a la de simples reglas subsidiarias a las cuales puede recurrir el intérprete únicamente ante los vacíos o lagunas que presente la ley. Paradójicamente, hemos sido los profesores de derecho civil quienes, en buena parte, relegamos a un nivel secundario el estudio de dichos principios, para cuya constatación basta con examinar la prácticamente nula literatura que existe entre nosotros. Una posible explicación de ello reside en la circunstancia de haber heredado una tradición histórica que sobre la base de un culto irrestricto a la ley –entendida en su acepción meramente formal– y una exacerbada desconfianza hacia la función judicial, en demasiadas ocasiones prodigó un total desprecio hacia todo aquello que de alguna manera pudiera escapar de los designios de un legislador omnipresente, capaz de prever y regular *a priori* toda actividad humana de relevancia social. Asimismo, y dado que tales principios jurídicos son, al decir de *Wüstendorfer*, “latentes” y necesarios para el dogmático como el oxígeno del aire para el hombre normal, tal vez por ello se olvidan, al igual que la ausencia de aire no es advertida hasta en tanto no se enrarece el ambiente.” *Op. cit.* p. 21.

³⁴⁶ VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, *op. cit.*, p. 267, expresa que los principios jurídicos no toleran violaciones a sus exigencias, sean establecidas o dichas por quien fuere y por eso estima que poco tienen que ver con los “principios generales del derecho” que establecían los Códigos decimonónicos, pues estos valían porque estaban puestos implícitamente por el codificador y a ellos solo se podía recurrir en el hipotético e infrecuente supuesto de “laguna”.

³⁴⁷ MARTÍNEZ PICHARDO, José y MARTÍNEZ QUIJADA, Luis Octavio exponen que el concepto más cercano que ahora se entiende por principios generales del derecho, se puede encontrar en la legislación de Napoleón, que al codificar se encontró con el problema de que el articulado del Código Civil, denominado de Napoleón, tenía insuficiencias para prever situaciones de la vida real y resolver casos concretos; por ello explican, se recurrió al criterio de darle facultades al juez para cubrir las lagunas o deficiencias de la ley y así es como previeron que ante lo imperfecto de la ley, se cubriera con las máximas del iusnaturalismo, el uso de la razón, la equidad, los principios del derecho romano, los criterios de los tribunales y se recurriera a los principios generales, aunque advierten, Napoleón no era del criterio de utilizar los principios generales del derecho como supletorios, porque pensaba hacer la legislación más perfecta del mundo. *Introducción al Estudio del Derecho. Una nueva visión del Estado de Derecho*, *op. cit.*, p. 23.

jurídicos no escritos, que son utilizados no sólo para colmar las lagunas del Derecho, sino también para limitar y reducir el alcance de las reglas jurídicas explícitamente formuladas en las leyes.³⁴⁸ En efecto, la presencia de principios en el ordenamiento jurídico, repercute directamente en la teoría de las fuentes del derecho poniendo en crisis el cuadro tradicional ligado a las normas generales (ley y costumbre jurídica) o al esquema algo remozado que incluye la jurisprudencia y los actos jurídicos.³⁴⁹

Por consiguiente, se facultaba al juzgador para que en la resolución del caso concreto, únicamente como resultado de la interpretación del texto legal ante la ausencia de ley aplicable, pudiera llegar a considerar la observancia de un principio jurídico que sirviera para integrar la ley. O bien, facultar al juzgador a utilizarlos en la sustentación de la motivación que efectúe en su resolución como parte de su argumentación, al ampliar la capacidad de respuesta jurídica,³⁵⁰ como es cotidiano ahora. De esa manera sucede en el caso de Guatemala, donde el artículo 147 d) de la Ley del Organismo Judicial establece como uno de los requisitos que deberán contener las sentencias en el entorno de su motivación, los principios que sean aplicables al caso.³⁵¹

³⁴⁸ VON HOECKE, Mark. "El uso de principios jurídicos no escritos por los tribunales". *Revista Doxa*, 1996, no. 19, p. 423.

³⁴⁹ VIGO, Rodolfo Luis. "Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual". *Persona y Derecho*, 2001, vol. 44, p. 87. Agrega que si los principios son aquella juridicidad radical y preexistente, y por ende informadora -positiva o negativamente- de todo el sistema jurídico, resulta muy difícil sostener una aplicación supletoria de los mismos en defecto de la ley y el derecho consuetudinario.

³⁵⁰ Así, VIGO, Rodolfo Luis, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones.", *op. cit.*, p. 266, manifiesta que los principios definitivamente amplían la capacidad de respuesta jurídica y permiten no sólo entender mejor lo que las normas con su tipicidad disponen sino ordenarlas y hasta invalidarlas en tanto incurran en contradicción con los principios de donde derivan.

³⁵¹ El artículo en mención en lo conducente preceptúa: "Las sentencias se redactarán expresando: [...] d) Las consideraciones de derecho que harán mérito del valor de las pruebas rendidas y de cuáles de los hechos sujetos a discusión se estiman probados, se expondrán, asimismo, las doctrinas fundamentales de derecho y principios que sean aplicables al caso y se analizarán las leyes en que se apoyen los razonamientos en que descansa la sentencia."

Es a partir de la segunda guerra mundial expresa DELUCCHI, que aparece instalado el tema de los principios desplazándose la fuerza de la ley a la fuerza de la Constitución. El derecho no estaría ya sólo integrado por reglas sino también por principios. Agrega, que este término de profunda ambigüedad, plantea diferentes posturas en torno a la existencia de los principios, su uso y su relación con lo jurídico.³⁵² El apotegma *solo lex* propugnado por el legalismo positivista se ha visto fuertemente cuestionado, ahora lo importante es aplicar normas (reglas), principios y valores conforme a la Constitución y a la ley, y ya no tan solo reglas como otrora sucedía.

4. ¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS?

Advierte EZQUIAGA GANUZAS que adentrarse en el problema de los principios del Derecho es una tarea arriesgada, pues todos los operadores jurídicos los invocan constantemente pero paradójicamente, no es posible llegar a un acuerdo sobre qué son, cuáles son y cuál es su relación con las normas jurídicas.³⁵³

Efectivamente, no resulta extraña la afirmación de que la expresión “principios” puede ser equívoca, ambigua e indeterminada dentro del lenguaje ordinario, presentando focos de significado que van desde ser una propiedad fundamental o núcleo básico de una institución, de una práctica o de la realidad de

³⁵² DELUCCHI, María Laura: “Algunas consideraciones en torno a los principios”, en *Revista Anales*, Año 7, no. 40, 2010, nueva serie 2009/2010, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, Argentina, p. 597.

³⁵³ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier: “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, octubre 1994, No. 1, p. 86. Por su parte, ISLAS MONTES, Roberto, expone que: “Conceptuar *principio* siempre ha presentado un grado de dificultad considerable. Parte del problema es que *principio* ha estado involucrado con muchas entidades: la historia, el tiempo, la razón el espacio, el poder, algún objetivo, la axiología, la ontología, la ciencia, etcétera, motivo por el cual ha presentado muchos y variados predicados. De igual forma, en el mundo jurídico, también ha presentado esta singular característica. Por ello, el concepto *principio jurídico* ha sido discutido muchas veces y de muchas maneras a lo largo del tiempo.” *VID.* “Principios jurídicos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVII, Montevideo, 2011, p. 398.

que se trate, hasta un objetivo, axioma, guía o máxima.³⁵⁴ Tampoco es el propósito de este trabajo de investigación dar una respuesta categórica a un tema tan polémico y tan antiquísimo, que todavía continúa su discusión. Al contrario, se trata de aceptar una realidad jurídica habitual en la argumentación judicial y apoyarse con fundamentos teóricos, con el propósito de darle coherencia y sustentabilidad.

La falta de uniformidad en cuanto a la determinación de lo que comprende el término “principios”, ciertamente resulta una tarea difícil de delimitar, aunque sea de uso ordinario en materia jurisdiccional la utilización de los mismos. Para darse una idea, solo ATIENZA y RUIZ MANERO, siguiendo a CARRIÓ y a GUASTINI, señalan ocho tipos de principios³⁵⁵ y con la finalidad de “evitar por lo menos en parte, las imprecisiones a que inevitablemente lleva el manejo de un término tan ambiguo”, proponen una triple clasificación que los distinga:³⁵⁶

- 1) *principios en sentido estricto*, en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico y de *principio* entendidos como *directrices o normas programáticas*, es decir, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines;³⁵⁷

³⁵⁴ CARBONELL BELLOLIO, Flavia y LETELIER WARTENBER, Raúl: “Principios jurídicos e interpretación democrática del Derecho”, *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago de Chile: Abeledo Perrot – Thomson Reuters, 2011, p. 156.

³⁵⁵ VID. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: “Sobre principios y reglas”, *op. cit.*, pp. 103-104, siendo las acepciones indicadas las siguientes: 1) principio en el sentido de norma general; 2) principio en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos; 3) principio, en el sentido de norma programática o directriz; 4) principio en el sentido de norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad pueda ser relativamente bajo; 5) principio en el sentido de norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad pueda ser relativamente bajo; 6) principio en el sentido de norma de elevada jerarquía. De acuerdo con este significado todas las normas serían principios, incluso las que no parecen ser ni muy generales ni muy importantes; 7) principio en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala con carácter general cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. y 8) principio en el sentido de *regula iuris*, o sea, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo.

³⁵⁶ *Ibidem*, pp. 105-106.

³⁵⁷ Como ejemplo de los principios entendidos como normas programáticas o directrices señalan el artículo 51 de la Constitución española, el cual establece que: “los poderes públicos

2) *principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito y principios en el contexto secundario o sistema del juez* (y en general de los órganos jurídicos).

En otras palabras, realizan una distinción entre principios dirigidos a guiar la conducta de las personas, que no consiste en el ejercicio de poderes normativos (conducta no normativa) y los principios dirigidos a guiar el ejercicio de poderes normativos (creación o aplicación de normas) de los órganos de producción jurídica; y

3) distinguen entre *principios explícitos*, es decir, aquellos principios formulados expresamente en el ordenamiento jurídico y *principios implícitos*, o sea, los principios extraídos a partir de enunciados contenidos en el ordenamiento jurídico. Esta última clasificación, de las tres relacionadas, es la que consideran exhaustiva y excluyente.

Resulta loable el ejercicio intelectual desarrollado por los autores relacionados en el afán de efectuar un estudio comprensivo respecto a los principios. Entre las acepciones del término “principio” que contiene el Diccionario de la Lengua Española, se encuentran: base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia, o bien, como norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.³⁵⁸ DWORKIN, expresa que principio es “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.”³⁵⁹

garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

³⁵⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*

³⁵⁹ DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p.7. VID. DWORKIN, Ronald: ¿Es el derecho un sistema de reglas? en *Cuadernos de Crítica 5*, traducción de Javier Esquivel y Juan Rebolledo, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, p. 19.

ALEXY por su parte, manifiesta que principios son:

“[n]ormas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.”³⁶⁰

Es decir, los principios son mandatos de optimización³⁶¹, en cuanto a que los mismos deben cumplirse en la mayor medida posible dentro de las facultades fácticas y jurídicas existentes, sin que ofrezcan una respuesta específica al caso en particular, contrario a lo que sucede generalmente con las reglas.

Para VIGO, mientras las “normas” mandan algo definitivo de manera que es posible una conducta que agote, los “principios” resultan ser “mandatos de optimización” (ALEXY) en tanto mandan la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas.³⁶² En razón de lo expuesto, repara que los principios son derecho que puede expresarse y justificar a diferentes normas y por supuesto,

³⁶⁰ ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*. Ciudad de México: Editorial Fontarama, Sexta Edición, 2014, pp. 13-14.

³⁶¹ Cfr. Para ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, no. 44, p. 52, no todos los principios son mandatos de optimización. Para el efecto, señala: “Hay una crítica más de fondo que dirigirle a Alexy y que tiene que ver con su forma de entender los principios, todos los principios, como mandatos de optimización. Desde 1991 he escrito, en colaboración con Juan Ruiz Manero, una serie de trabajos en los que hemos defendido una concepción de los principios parcialmente opuesta a la de Alexy: para nosotros, no todos los principios, sino sólo una especie de ellos, las directrices, deberían verse como mandatos de optimización. Hemos discutido desde entonces con Alexy en diversos lugares a propósito de este asunto y no es cuestión de entrar aquí en detalles. Sigo pensando que la doble articulación de los principios (en directrices y principios en sentido estricto) es preferible al modelo uniformizador alexiano pero, en realidad, las dos posturas, la de Alexy y la nuestra, son bastante similares a efectos prácticos. Al partir de esa distinción, nuestra postura tiene, me parece, una doble ventaja argumentativa: 1) la jerarquía que se establece en favor de los principios en sentido estricto (su prevalencia frente a las directrices) es lo que configura el elemento más importante del “orden débil” entre principios del que —con razón— habla Alexy; y 2) la dualidad interna de los principios permite mostrar (yo creo que con más nitidez que el modelo de Alexy) que la racionalidad de los principios no es sólo de tipo económico o instrumental, sino también político-moral.”

³⁶² VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, *op. cit.*, p. 4.

aprecia que ese control provoca que en caso de tensión lleguen a prevalecer sobre las normas.³⁶³ De ahí que, resulta interesante conocer la naturaleza jurídica de los principios y entender su relación con las reglas.

5. NATURALEZA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

5.1 Circunstancias específicas

La naturaleza de los principios jurídicos se centra de modo principal en establecer ontológicamente, si los mismos forman parte del derecho y específicamente, si en esencia carecen de la peculiaridad de ser normas jurídicas. Derivado de lo anterior, al no existir uniformidad doctrinal en ese sentido, surgen discusiones iusfilosóficas que pretenden esclarecer su naturaleza jurídica, ya sea considerándolas parte de las normas jurídicas como una especie distinta de las reglas, o en su caso, negándoles la calidad de normas jurídicas.

En efecto, es en el campo de la filosofía del derecho entonces, donde han surgido diversas discusiones respecto a la naturaleza jurídica de los principios jurídicos y donde la controversia se ha mostrado con frecuencia respecto a si forman parte de las normas jurídicas, pero son distintos a las reglas (no positivismo); si los mismos solo son aplicados cuando se encuentren inmersos en las normas jurídicas,³⁶⁴ por no ser observados directamente por formar parte de la moral (positivismo), o si por el contrario, son externos a la regulación normativa y pertenecientes al derecho natural (iusnaturalismo).

COMANDUCCI declara que bajo el rótulo tradicional del problema de la “naturaleza” de los principios, se encuentra más sencillamente el problema de una

³⁶³ *Ibidem*, p. 4.

³⁶⁴ DWORKIN, expone que el positivismo es un modelo de y para un sistema de reglas, y su noción central de una única prueba fundamental de lo que es derecho fuerza a pasar por alto el importante papel que desempeñan los patrones (principios políticos, etc.) que no son reglas. *VID. ¿Es el derecho un sistema de reglas? op. cit.*, p. 18.

definición conceptual de los principios,³⁶⁵ pues considera que hoy en día, hay un acuerdo bastante amplio, detrás de las diferentes definiciones y de la variedad de los términos empleados, en considerar los principios como una clase de normas. No obstante, debe reconocerse que si bien es cierto COMANDUCCI ya da por superada la discusión jurídica que se ha presentado en la doctrina respecto a este tema, todavía se presentan problemas en la *praxis* en diferentes países respecto de la plena observancia de los principios jurídicos.

Esta discusión se produce en mayor medida por parte de algunos juzgadores formalistas que no los utilizan y también en la ausencia en la exigencia de su utilización por parte de ciertos litigantes que junto a esos jueces han sido formados en el más puro sistema positivista. Este tiene a la ley como único medio de aplicación del derecho y excluyen adrede la aplicación de los principios jurídicos en la solución de casos concretos, por estimarlos simples directrices sobre todo procedimentales o propios de una estéril discusión doctrinal o de litigio ornamental.³⁶⁶ Pero del lado del postpositivismo, aunque se prioriza el estudio de los principios, tampoco debe obviarse el examen de la ley, porque ambos extremos resultarían con marcado sesgo en la observancia del Derecho.

³⁶⁵ COMANDUCCI, Paolo, "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", en *Doxa*, 1998, no. 21, Vol. 2, p. 90. En ese sentido, desde un punto de vista positivista, expresa lo siguiente: "Bajo el rótulo tradicional del problema de la «naturaleza» de los principios, se encuentra más sencillamente el problema de una definición conceptual de los principios. Creo que, al menos hoy en día, hay un acuerdo bastante amplio, detrás de las diferentes definiciones y de la variedad de los términos empleados, en considerar los principios como una clase de normas: respectivamente, los principios jurídicos como una clase de las normas jurídicas, y los principios morales como una clase de las normas morales. En particular, los principios han sido individualizados diferenciándolos de las reglas de conducta. Cabe agregar, sin embargo, que estas dos clases (principios y reglas) no son exhaustivas del conjunto de las normas: a aquellas clases muchos teóricos añaden las normas constitutivas y/o las normas conceptuales y/o las definiciones y/o las normas de competencia y/o los valores y/o las directrices, etc. Si se admite que los principios son una clase de normas, entonces parecería razonable ofrecer de los principios (y respectivamente de las reglas) una definición *per genus et differentiam*. Se define primero el *genus* (las normas), y luego se identifica la *differentia* específica de principios y reglas de conducta."

³⁶⁶ Con exclusión del ámbito espacial, ALCALDE RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 52, lo explica de la siguiente manera: "[e]l sentido que atribuimos a los principios generales del derecho dista mucho de aquella caricatura que a veces nos presentan las doctrinas positivistas más radicalizadas, las cuales reducen su significado a la de simples postulados que permiten reforzar la argumentación discursiva de los abogados, o bien demostrar la mayor o menor erudición de un profesor ante el auditorio "cautivo" que asiste a su cátedra."

En ese contexto, en el ámbito práctico normalmente se tiene la percepción que carece de trascendencia el conocimiento de la naturaleza de los principios jurídicos, puesto que no se discute de manera abstracta la aplicación de los mismos, sino la aplicabilidad o no de uno o varios principios específicos en el caso sujeto a decisión judicial. En ese sentido, YACOBUCCI sostiene que la tesis positivista tradicional de que el derecho es solo un conjunto de normas positivas resulta, a esta altura de la ciencia del derecho, difícil de sostener, por cuanto no puede dar razón adecuada de la realidad jurídica.³⁶⁷

Efectivamente, ese autor ha identificado con precisión el problema para el constitucionalista, penalista, administrativista, civilista, sea juez o abogado litigante, pues la aplicación de principios resulta habitual, a pesar del obstáculo inicial que supuso ese choque intelectual entre su formación intelectual de corte formalista y la realidad profesional en el desarrollo de su ejercicio diario. Esto significó la aplicación de principios jurídicos que derriban la enhiesta muralla que propicia el exacerbante formalismo en detrimento del fondo; en la aplicación de principios que protegen la dignidad humana en consonancia con los derechos humanos, incluso sin encontrarse regulados directamente en la ley.

En fin, se requiere de un acercamiento entre la filosofía del derecho, criticada por su estudio abstracto y a veces poco útil en la realidad y el ejercicio efectuado por el abogado, para que este no sea únicamente empírico, sino que se acerca a la filosofía del derecho para argumentar adecuadamente y conocer la esencia del problema que se suscita. No hay que olvidar, que los estudios doctrinarios atinentes permiten formular o reformular la teoría en la aplicación del caso en particular.³⁶⁸

³⁶⁷ YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Abaco, 2002, p. 43.

³⁶⁸ La relación entre la filosofía del derecho con la práctica del mismo es necesaria. VID. DWORKIN, Ronald, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *Isonomía*, no. 32, 2010. Interesante resulta además las entrevistas realizadas por ATIENZA a GUASTINI y a ALEXY, respecto de este tema. VID. ATIENZA, Manuel, “Entrevista a Riccardo Guastini”. *Doxa*, 2004, no. 27; VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, op. cit. pp. 96-98, trata el tema de la revalorización de la filosofía jurídica; ATIENZA, Manuel, “Entrevista a Robert Alexy”. *Doxa*, 2001, no. 24; pero esencialmente interesante resulta el tema ¿Deben los jueces saber filosofía?

5.2 DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

PORTOCARRERO QUISPE expone que la así llamada teoría de los principios y su planteada distinción normativa entre reglas y principios se muestra como una de las más discutidas teorías iusfilosóficas de la segunda parte del siglo veinte. Aunque las opiniones discrepan entre sí y numerosos iusfilósofos se muestran escépticos a ella, se puede decir que la teoría dominante es aquella que defiende esta distinción.³⁶⁹ Siguiendo a este autor, puede afirmarse que la distinción entre los mismos se origina en los años cuarenta, específicamente a la teoría de Walter WILBURG, respecto de la ciencia del derecho como un sistema oscilante. Más tarde, Joseph ESSER introduce por vez primera en Alemania la distinción entre reglas y principios y por último, quien le ha dado más realce y puso en discusión la distinción entre reglas y principios fue definitivamente Ronald DWORKIN, en su refutación del positivismo de HART.³⁷⁰

La teoría de los principios de acuerdo con ALEXY, es el sistema construido a partir de las implicaciones de esa distinción y estas implicaciones afectan a todos los ámbitos del Derecho.³⁷¹ Agrega, que afectan incluso al concepto de Derecho: el equilibrio correcto entre los principios de seguridad jurídica y justicia exige allí que la extrema injusticia no pueda ser Derecho,³⁷² si bien, por debajo del

de VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, op. cit. pp. 261-264, donde concluye (p. 264) que: “[l]os jueces necesitan de la filosofía del derecho si es que quieren comprender y operar apropiadamente el derecho propio de un Estado de Derecho Constitucional. Ello no supone olvidarse de la ciencia jurídica, sino enriquecer su perspectiva gnoseológica jurídica.”

³⁶⁹ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. “Sobre la distinción entre principios y reglas”, *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Constitucional, 2009, p. 103.

³⁷⁰ *Ibidem*, pp. 103-104.

³⁷¹ ALEXY, Robert: “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, op. cit. p. 82.

³⁷² En este aspecto, ALEXY sigue la Teoría de RADBRUCH y lo denomina “argumento de la injusticia” de normas aisladas. En ese sentido estima que el argumento de la injusticia no es más que la tesis de la vinculación referida a la conexión clasificante (entre derecho y moral). VID. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 33 y ss. Ahora bien, en cuanto a REDBRUCH, op. cit., p. 44, expone que “El conflicto más importante es el que media entre la justicia y la seguridad jurídica. La seguridad jurídica reclama que el Derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto; [...] Siendo, por tanto la seguridad jurídica una forma de la

umbral de la injusticia extrema, la injusticia no elimina el carácter jurídico o la validez jurídica.³⁷³ Como se colige, resulta bien definida la posición de este autor al respecto, y con su exposición realza la importancia que posee la teoría de los principios en el entorno del Derecho, porque la aplicabilidad de los mismos trasciende cualquier irrelevancia que se le pretenda atribuir, sobre todo por los principios de seguridad jurídica y de justicia que pueden entrar en conflicto en casos determinados.

Para efectuar una diferenciación entre principios y reglas se han establecido dos teorías o posiciones al respecto: una denominada débil y la otra fuerte. En cuanto a la primera, la posición débil, se afirma que los principios no son normas jurídicas al encontrarse fuera del ámbito del derecho, debido a que se trata de normas morales, o sea, extrasistemáticas. En este sentido, se les considera como parte del derecho natural y por consiguiente, únicamente deben ser utilizados de manera supletoria, pues poseen un carácter auxiliar, al ser aplicables en casos en los cuales existan lagunas de derecho, en casos difíciles. Por su parte, la posición fuerte, propugna porque los principios forman parte de las normas jurídicas, pero distintos de las reglas.

DWORKIN utiliza dos argumentos como criterios de distinción entre reglas y principios.³⁷⁴ Por el primero establece que las reglas son aplicables en la forma de todo-o-nada (*all-nothing-fashion*), en cambio los principios no.³⁷⁵ En el segundo,

justicia, tenemos que la pugna de la justicia con la seguridad jurídica representa un conflicto de la justicia consigo misma. Por eso este conflicto no puede ser resuelto de manera unívoca. Trátese de una cuestión de grado: allí donde la injusticia del Derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda que el Derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia.”

³⁷³ ALEXY, Robert: “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *op. cit.* pp. 82-83.

³⁷⁴ ALEXY, Robert: *Derecho y Razón Práctica*, *op. cit.* pp. 10 y ss. DWORKIN, Ronald, ¿Es el derecho un sistema de reglas? *op. cit.*, pp. 21-22, por su parte, expone que la diferencia entre principios jurídicos y reglas es lógica, pues ambos conjuntos de patrones apuntan a decisiones particulares sobre la obligación jurídica en circunstancias particulares, pero difieren en el carácter de la definición que dan.

³⁷⁵ DWORKIN considera que si se da el supuesto de hecho de una regla, existen solo dos posibilidades: 1) Que la regla sea válida y en este caso deben aceptarse las consecuencias

que vincula con el anterior, expone que los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir, una dimensión de peso (*dimensión of weight*)³⁷⁶ que se muestra en la colisión de principios, donde en el supuesto que colisionen dos principios, se le otorga un valor decisorio al principio que en el caso de la colisión, tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor. Diferente situación acontece con los conflictos surgidos entre las reglas, por ejemplo cuando una manda algo y la otra lo prohíbe, sin que una de ellas establezca una excepción para la otra, por lo que al menos una de las mismas debe ser inválida.

El núcleo o punto decisivo para la distinción entre reglas y principios, siguiendo a ALEXY,³⁷⁷ se concretiza en que los principios como se ha expuesto, son normas de optimización que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. En ese aspecto, al ser

jurídicas y 2) Que la regla no sea válida y por consiguiente no cuenta para nada en la decisión. En cambio, sostiene que en el tema de los principios, aun cuando en su formulación fueran aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan en favor de una u otra decisión. ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, *op. cit.* p. 10; DWORKIN, Ronald, ¿Es el derecho un sistema de reglas? *op. cit.*, p. 22 y ss. Considera que las reglas son aplicables a la manera de “todo o nada”, pues si se dan los hechos estipulados por una regla, entonces, o bien la regla es válida, en cuyo caso la solución que proporciona debe ser aceptada, o no lo es, en cuyo caso en nada contribuye a la decisión. Los principios en cambio opera de diferente manera, porque aun aquellos con mayor semejanza a las reglas no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se den ciertas condiciones. Añade, que la distinción lógica entre reglas y principios aparece más claramente cuando se consideran principios que ni siquiera son reglas.

³⁷⁶ DWORKIN, Ronald, ¿Es el derecho un sistema de reglas? *op. cit.*, pp. 25-26, manifiesta que los principios tienen una dimensión de la que las reglas carecen, que es la dimensión del peso o importancia., de ahí que cuando los principios entran en conflicto, quien debe resolver el conflicto tiene que tomar en cuenta el peso relativo de cada uno, porque es una parte integral del concepto de principio el que tenga esta dimensión, de tal modo que tiene sentido preguntar qué tan importante es o que tanto peso tiene. En cambio, las reglas no tienen esa dimensión, pues las mismas tienen o carecen funcionalmente de importancia. En ese sentido, estima que una regla jurídica puede ser más importante que otra, porque puede tener un papel mayor o más importante en la regulación de la conducta. Sin embargo, no puede considerarse que una regla sea más importante que otra dentro del sistema de reglas, de tal modo que cuando dos reglas entre en conflicto una sobrepase a la otra en virtud de su mayor peso, por eso, si dos reglas entran en conflicto, una de las dos no es regla válida.

³⁷⁷ ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, *op. cit.*, p. 13 y ss.

normas de optimización,³⁷⁸ se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados. Situación contraria acaece con las reglas que son normas que exigen un cumplimiento pleno y en esa medida, pueden siempre ser cumplidas o incumplidas.

Además del criterio cualitativo de distinción expuesto, los grados de cumplimiento, al ser distintos, también permiten diferenciar los principios de las reglas, puesto que si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se tratará de un principio y si solamente se exige una determinada medida de cumplimiento, entonces se tratará de una regla.

Como se habrá observado, resulta relevante el aporte efectuado por DWORKIN y ALEXY en relación al tema de los principios jurídicos, al reconocerles una gran importancia, resquebrajar el sistema positivista basado exclusivamente en las reglas, y considerar que los mismos forman parte de la norma jurídica, pero distintos de las reglas. De tal forma, que acorde con lo que advierte VIGO, uno de los aportes más importantes realizados por estos dos autores es haber batallado con éxito en contra de las visiones exclusivamente normativistas del derecho, valiéndose para ello de los principios los cuales se encuentran en el derecho, sin que sea indispensable un test de origen o *pedigree* al ser mandatos de optimización.³⁷⁹

El derecho ya no puede ser concebido únicamente por normas, sino que además por principios y valores, de tal manera que se ha transitado de un sistema

³⁷⁸ Señala ALEXY, Robert: "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", *op. cit.* p. 82, que: "La base de la teoría de los principios es la distinción que la teoría de las normas establece entre reglas y principios. Los principios son mandatos de optimización. Exigen que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Su forma de aplicación es la ponderación. En cambio, las reglas son normas que ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente. En este sentido son mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción.

³⁷⁹ VIGO, Rodolfo Luis: *De la Ley al Derecho*, *op. cit.*, p. 267. Agrega este autor, que los principios son derecho en potencia o respuestas implícitas que requieren del aporte del jurista para que se incorporen al derecho vigente.

exclusivamente de reglas a un sistema de principios que propugna por la protección de los derechos humanos y que contiene una carga axiológica que evidencia su principialismo.

6. FUNDAMENTACIÓN DE LA APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS

Con la advertencia que atinadamente indica EZQUIAGA GANUZAS a la que se ha hecho referencia, dentro de una circunscripción restringida, se expondrá lo fundamental en cuanto a la trascendencia de los principios jurídicos, para así posteriormente exponer específicamente lo concerniente a los principios informadores del Derecho Penal.

Así, realizada la advertencia anterior, de manera primigenia se parte de que en un Estado Constitucional de Derecho, el derecho interno se encuentra regido indefectiblemente por la supremacía constitucional, de tal manera que para que se produzca su efectivo acatamiento, se requiere la observancia de las competencias y procedimientos que la propia Constitución contiene –supremacía formal– así como cumplir y no violentar las normas, principios y valores³⁸⁰ reconocidos en el texto constitucional –supremacía material–.

³⁸⁰ La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia No. T-406/92, de 5 de junio de 1992, efectuó una distinción entre normas principios y valores, en una sentencia bastante temprana, de la siguiente manera: “Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política. De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. [...] Los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto. [...] Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. [...] Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana. [...] Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza

CEA EGAÑA, al respecto manifiesta que: “Lógicamente irrefutable resulta sostener que, admitida la supremacía, ninguna disciplina jurídica puede ser concebida, interpretada y aplicada en términos que dejen vacío, inútil o irreconocible cuanto fluye de los valores, principios y normas de la Constitución.”³⁸¹ En cuanto a este aspecto, los diversos conflictos que susciten van a resolverse de acuerdo con las normas, principios y valores que contiene la Constitución y ya no únicamente mediante la observancia de las normas *per se*, porque al reconocerse la supremacía de la Constitución, intrínsecamente se valora la observancia prevalente de la misma sobre las demás normas infraconstitucionales.

Es por eso que al otorgársele una mayor influencia a la observancia de los principios constitucionales, a los valores y por ende a los demás principios jurídicos observables en las disciplinas jurídicas ordinarias, se ha producido una ampliación de su ámbito de aplicabilidad, otrora impensable debido a la estimación liberal y positivista, de que era exclusivamente la ley la aplicable en la solución de casos concretos. Dentro de ese marco, la insuficiencia del modelo de reglas hace entrar en escena la importancia de los principios constitucionales, por lo que el modelo teórico positivista a juicio de AGUILERA PORTALES ha quedado superado y en consecuencia concluye que: “El Estado de derecho ya no es el *“imperio de la ley”* sino el *“imperio del derecho”*, esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores”.³⁸²

normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como sucede con los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto.” (Lo resaltado pertenece al texto original).

³⁸¹ *Op. cit.*, p. 56.

³⁸² AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. “Las transformaciones del estado Contemporáneo: Legitimidad del modelo de Estado Neoconstitucional”. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, enero 2012, no. 15, p. 8.

En ese mismo sentido, parece difícil negar que hoy el derecho de la Constitución es un Derecho “por principios”, esto es, que tenemos una Constitución que posibilita la aplicación de principios. Ello origina unas consecuencias que han de aceptarse, dada su mayor protección de los derechos humanos y los fundamentales. Entre ellas se cuentan, un mayor margen de discrecionalidad en la interpretación jurídica y por lo mismo, un reforzamiento de la importancia del papel de los jueces en el Estado de Derecho.³⁸³ Es por consiguiente, que la dimensión valorativa y la apreciación principialista basadas en la supremacía constitucional propulsan el imperio del derecho al facilitar mediante una amplia gama de principios y valores, el mantenimiento de una Constitución viva, liberada ya de la férrea limitación que implicaba el solo texto prescriptivo de la ley.

7. FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Resulta oportuno recordar que tradicionalmente a los principios se les ha atribuido diversas funciones, las cuales, son las de constituirse como criterios aptos para interpretar la ley (función interpretativa), o para integrarla, ofreciendo a los juzgadores elementos para resolver un caso no regulado (función integradora).³⁸⁴ A estas dos funciones propias del juzgador añade otra, destinada a dirigir la actividad legislativa y judicial (función directiva).³⁸⁵

³⁸³ ARAGÓN DE LOS REYES, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *op. cit.*, p. 189.

³⁸⁴ En cuanto a la función integradora, ROMERO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 55, explica que en México, así como en la mayoría de las legislaciones de los países pertenecientes a la tradición del civil law, se dispone que cuando no se pueda resolver alguna cuestión conforme a las reglas establecidas o por analogía, debe recurrirse a los principios generales del derecho. De esta forma, es evidente el alcance limitado de dichos principios, los cuales operan por vacíos de la ley y por referencia expresa en las reglas. BACIGALUPO Principios Constitucionales de Derecho Penal, *op. cit.*, p. 123, menciona que el artículo 5 de la LOPJ impone a los jueces y tribunales (en España), interpretar y aplicar las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales. Lo mismo sucede en el caso de Guatemala, donde el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial establece lo siguiente: “Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras; a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada

La principal función que se le reconocía a los principios era la integradora, aplicable en los supuestos en que se originaba una laguna de derecho, de lo cual se originaba que no se les reconociera obligatoriedad en su función interpretativa.³⁸⁶ Sino que al contrario, se les consideraba subsidiarios de la ley y viables únicamente en la función integradora del texto legal, ante la ausencia de norma expresa y por consiguiente eran optativos para el juzgador. Pero esta situación se ha transformado, los principios han dejado de concebirse únicamente como herramientas secundarias en materia interpretativa³⁸⁷ para adquirir actualmente una verdadera importancia en el sistema jurídico, a partir sobre todo de los estudios elaborados por DWORKIN en mundo anglosajón y ALEXY en el germano. La abstracción de la ley ha presentado dificultades en la solución de casos concretos, pues conforme lo ha declarado la Corte Constitucional de Colombia:

una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma se podrán aclarar, ateniendo el orden siguiente; a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.”

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 55.

³⁸⁶ BACIGALUPO, Enrique, Principios Constitucionales de Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 43 y 44, comenta que en España hasta 1978 (cuando se sancionó la Constitución actualmente vigente), la vinculación del texto de la ley penal con principios superiores y obligatorios era una opción metodológica libre del intérprete. De ahí que puntualice que desde 1978 la validez de los textos legales y de las interpretaciones del Código Penal depende, a diferencia de lo que ocurría antes, de su compatibilidad con principios superiores. Más aun, la aplicación del derecho penal se debe llevar a cabo, en principio, mediante la técnica de una interpretación "conforme a la Constitución", es decir, que los tribunales ordinarios deben aplicar las normas de tal manera "que una ley de contenido ambiguo o indeterminado se determina por el contenido de la Constitución" y que "no cabe declarar la nulidad de una ley que pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución". Asimismo, a los derechos fundamentales se les reconoce un efecto *irradiante* sobre el derecho ordinario.

³⁸⁷ VIGO, Rodolfo Luis, "De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración", *op. cit.*, p. 194, indica que la posibilidad de apelar a los "principios generales del Derecho" era remota, pues solo en caso de lagunas de la ley, y aquellos valían en tanto habían sido puestos implícitamente por el legislador o codificador, de ese modo era inconcebible la alternativa de descalificar una respuesta legal por contradecir "principios generales". En definitiva, el trabajo del jurista consistía en esa búsqueda de respuestas que estaban en la ley (más específicamente: en el código), bajo la amenaza que si se apartaba del "sentido de la ley" cometía el delito de prevaricato.

“El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional.”³⁸⁸

Con respecto a esta nueva trascendencia adquirida por los principios jurídicos, estos pasan de ser considerados como normas morales o auxiliares a la ley a ser consideradas las principales normas del ordenamiento jurídico, configuradoras de la *ratio* de las decisiones jurisdiccionales y criterios de validez de las restantes normas.³⁸⁹ Por ello, es que se señala como causa de tal circunstancia, que la adopción de los principios entendidos como límites al ejercicio del poder del Estado, fundamentos de los derechos fundamentales y normas que determinan la validez de las restantes normas del ordenamiento generó, como simple consecuencia lógica, cambios en la teoría jurídica derivados de la necesidad de adaptar el discurso jurídico legalista-formalista a uno axiológico-deontológico a través, a modo de ejemplo, de una reformulación de las fuentes del derecho.³⁹⁰

Esta transformación legalista-formalista, propia del positivismo a una axiológica y principialista no-positivista o postpositivista se ha debido en gran medida al empuje provocado por el neoconstitucionalismo, que persigue la defensa del Estado Constitucional de Derecho³⁹¹ y por ese motivo entre sus

³⁸⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 5 julio de 1992; expediente T-778.

³⁸⁹ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. “La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, enero – junio 2011, vol. 141, No. 114, p. 50.

³⁹⁰ *Ibidem*, pp. 49 y 50.

³⁹¹ En esa perspectiva, DÍAZ LÓPEZ, Rosa María, expresa que es innegable la estrecha relación entre Estado de derecho y Constitución, pues, por un lado, la principal lucha del constitucionalismo es la *racionalización del poder* y, por el otro, en el Estado de derecho la Constitución es el sostén de toda estructura estatal. No en vano al constitucionalismo

principales postulados prioriza la aplicación de los principios jurídicos y los valores sobre las reglas reconociendo una relación entre derecho y moral. Pues como afirma VIGO, si bien los iusnaturalistas siempre han hablado de principios, han sido los neoconstitucionalistas (especialmente DWORKIN y ALEXY)³⁹², los que han devuelto los principios a una nueva “edad de oro” (como la denominó PRIETO SANCHÍZ), particularmente a partir de la década de los setenta.³⁹³

Por otra parte, BERNAL PULIDO expresa que una de las ideas más importantes de la teoría del derecho contemporáneo, tanto en el mundo anglosajón como en el del derecho continental es que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, es decir, por el tipo tradicional de normas jurídicas sino también por principios.³⁹⁴ En efecto, es usual en la praxis que los jueces al resolver los casos no solo apliquen reglas (leyes) sino que también incorporen principios pues, si bien las leyes las aprueba el Parlamento como delegado del pueblo, los principios son descubiertos por los jueces, como delegados de ese mismo pueblo, del derecho viviente, de los usos y costumbres,

contemporáneo, al que prestigiosa doctrina rotula “Neoconstitucionalismo”, se le ha caracterizado como el modelo jurídico que representa el Estado constitucional de derecho. “La Interpretación del artículo 133 Constitucional de Jorge Carpizo”. En: CARBONELL, Miguel, FIX-FIERRO Héctor, GONZÁLEZ PÉREZ Luis Raúl y VALADÉS Diego (coordinadores). *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*. Tomo IV, vol. I. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Serie Doctrina Jurídica, No. 175, 2015, p. 548.

³⁹² Aunque estos autores en realidad se les puede catalogar como no positivistas o postpositivistas, debido a la crítica que se le realiza al neoconstitucionalismo como un término indeterminado, sobre todo en la filosofía del derecho. Sin embargo, el aporte que los mismos han efectuado al neoconstitucionalismo, como teoría constitucional ha sido enorme.

³⁹³ VIGO, Rodolfo Luis. “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”. En CARBONELL, Miguel, FIX-FIERRO Héctor, GONZÁLEZ PÉREZ Luis Raúl y VALADÉS Diego (coordinadores). *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*. Tomo IV, vol. 2. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica No. 175, 2015, p. 857.

³⁹⁴ PULIDO BERNAL, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 95.

percibiéndolos en el pulso social que hay detrás del espíritu del pueblo. Estima que ambas son, como se ve, fuentes democráticas.³⁹⁵

Lo anterior, provoca de modo ineludible, que se haga más notoria la fricción entre dos paradigmas jurídicos: el legicentrista, representado por el empleo de un lenguaje a partir de reglas, y el constitucional, caracterizado por el uso de principios y valores.³⁹⁶ Es por ello, que la ley pierde su posición privilegiada y hegemónica hacia una posición subordinada respecto a los mandatos constitucionales, quedando convertida en un mero instrumento de actuación de los principios constitucionales, perdiendo su expresión de poder político.³⁹⁷ Ya no es la ley tradicional –ordinaria– la preeminente en el ordenamiento jurídico de un país, sino que lo es otra ley peculiar –suprema– la Constitución, la que ejerce el predominio con sus normas, principios y valores.

En el caso del Derecho Penal como se analizará, este cuenta con principios propios limitadores del *ius puniendi*, muchos de los cuales se han constitucionalizado y forman parte del texto constitucional, al haber sido nominados y desarrollados en el mismo, o bien, al haber sido reconocidos como tales, vía jurisprudencial debido a la labor interpretativa desarrollada por el

³⁹⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro. “Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial”. *Temas de la agenda pública*, noviembre 2015, año 10, no. 83, p. 4.

³⁹⁶ ESTRADA VÉLEZ, Sergio, *op. cit.*, p.50.

³⁹⁷ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *op. cit.*, p. 8. Por otro lado, BACIGALUPO expone que en un sistema en el que la aplicación de los textos legales depende de su compatibilidad con principios superiores, es decir, constitucionales, existe una continuidad entre el orden normativo constitucional y el legal que se manifiesta en dos direcciones distintas. Por un lado existe un efecto irradiante de los derechos fundamentales y de los valores superiores del orden jurídico, que determina un contenido de las normas legales condicionado por tales derechos y valores. Por otro lado, la interpretación de los textos legales se debe realizar de acuerdo con la Constitución, es decir, dando preferencia entre los significados posibles de los mismos a aquellos que resultan compatibles con la Constitución. El sistema desde 1978 aumentó considerablemente la complejidad de la tarea cotidiana de la administración de justicia, dado que el conocimiento de los textos legales y un entendimiento posible de los mismos no era suficiente para llevarla a cabo. Como contrapartida se garantizaba una aplicación más racional del derecho vigente. *VID.* Principios Constitucionales de Derecho Penal, *op. cit.*, p. 156.

Tribunal Constitucional.³⁹⁸ Esto permite establecer, de acuerdo con DONNINI, que “cuando interviene el derecho penal de los principios constitucionales, aumenta mucho la posibilidad de una “relectura” *ex novo* de un completo sistema penal”,³⁹⁹ es decir, se posibilita que con esos referidos principios, se origine una reinterpretación del Derecho Penal para armonizarla conforme a la Constitución.⁴⁰⁰ Se produce un cambio que afecta la aplicabilidad del Derecho Penal, no solo en cuanto a ser más protector de la persona contra quien se ha iniciado la persecución penal, sino también de la víctima, en lo referente en que no puede convertirse en un instrumento de impunidad, basado en la observancia de las formas.

Como se ha expresado, la vinculación del juez es doble. Por una parte se encuentra su tradicional función de encontrarse vinculado a la ley, lo cual es adecuado debido a que no puede actuar de manera arbitraria. Pero, con el desarrollo experimentado por el constitucionalismo actual, también se encuentra vinculado directamente a la Constitución, tanto es así que, el paradigma surgido

³⁹⁸ BACIGALUPO, Enrique, Principios Constitucionales de Derecho Penal, *op. cit.*, p. 123, ilustra de la mejor manera, la forma en que el Tribunal Constitucional Español, como resultado de su labor interpretativa, aplicó principios jurídicos, en el caso concreto compatibles con el principio de legalidad, aún en detrimento de la literalidad de la ley, cuándo esta es incompatible con aquellos. Así, lo elucida al explicarlo del siguiente modo: “[e]n la STC 89/83 el Tribunal Constitucional admitió que una figura, proveniente de una construcción que sólo se podía justificar a partir de principios muy generales del derecho penal, era compatible con la aplicación de una ley que guardaba silencio sobre ella. A la inversa, en la STC 75/84 el Tribunal Constitucional consideró vulnerado el principio de legalidad a pesar de que en la sentencia anulada se habían aplicado *literalmente* los arts. 339 de la LOPJ (entonces vigente) y el art. 6.4 del Cód. Civil. En suma: una aplicación de principios no explícitos en la ley es compatible con el principio de legalidad, mientras no lo es una aplicación literal de la ley que contradice los principios generales (implícitos) en la misma. La doctrina de estas sentencias ha sido recogida más tarde en el art. 5º de la LOPJ que impone a los jueces y tribunales “interpretar y aplicar” las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales.”

³⁹⁹ DONNINI, Massimo: “Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal; el uso judicial del Derecho Penal de los principios”. *Revista de Estudios de la Justicia*, 2004, no. 5, p. 172.

⁴⁰⁰ Esto sucede, acorde con lo que reconoce DONNINI, los principios y las reglas constitucionales obligan al juez a releer las leyes ordinarias conforme la norma fundamental. Las leyes ordinarias que no estén conforme con la Constitución son leyes inválidas y deben ser, o bien reinterpretadas de modo constitucional, o bien declaradas ilegítimas por el órgano competente si es puesta en su conocimiento la cuestión: si no son recurridas de legitimidad constitucional una norma ilegítima puede continuar existiendo por tiempo ilimitado. *Ibidem*, p. 172.

desde la ilustración, en cuanto a la exclusiva sujeción del juez a la ley ha variado en extremo y sobre todo se encuentra sujeto a la Constitución, desde la cual se irradia el ordenamiento jurídico. Esta ley suprema principialista valora y protege con preponderancia a la persona y permite al juez con base a los principios jurídicos aplicar con efectividad el derecho.

Por otro lado en el Derecho Internacional, específicamente en el sistema interamericano de derechos humanos, sucede lo mismo con respecto a no tener en cuenta solamente las normas (reglas), sino que además se le otorga una apreciación semejante a los principios y a los valores. Así, lo reconoce GARCÍA RAMÍREZ, ex Presidente de la Corte IDH, en el caso *Tibi Vs. Ecuador*, donde emitió un voto razonado concurrente, y en el párrafo tercero del mismo, expuso que: “La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que se funda su competencia contenciosa.”⁴⁰¹ La Corte IDH no es ajena al enfoque tripartito de la norma, y analiza el problema concreto que se le presente a su conocimiento, prueba de esto constituye la serie de sentencias que ha emitido y donde han sido de uso generalizado los principios jurídicos, incluso innominados.

De esa misma manera, en el Derecho Internacional Público puede mencionarse el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38.1.c), donde se considera a los principios generales del Derecho como una fuente formal del derecho internacional⁴⁰² al lado de la costumbre internacional y de los tratados

⁴⁰¹ Voto razonado concurrente, párrafo 3, en el *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

⁴⁰² VALENCIA RESTREPO, Hernán. “La definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, enero – junio 2007, vol. 37, no. 106, pp. 81-82, expone que: “Los valores fundamentales, sociales y bilaterales de la comunidad internacional, antes de ser recogidos en costumbres y tratados, ya rigen como normas jurídicas bajo la fuente formal de los principios. Además, una vez recogidos en las costumbre o en los tratados, no dejan de seguir siendo principios. Con esto, que a primera vista parece hasta simplista, se prueba que los principios constituyen una fuente formal absolutamente autónoma, no reducible a costumbre, tratado o cualquier otra fuente.” Incluso concluye, que los principios son normas jurídicas y como estas tienen carácter axiológico, pero considera que en un grado superlativo, porque son las normas más importantes del ordenamiento internacional.

internacionales, siendo en consecuencia obligatorio para el Tribunal su observancia, sin que sea imprescindible la existencia de una laguna legal para que el Tribunal realice un uso de ellos como sucedía antaño en el derecho interno.

Así, se ha vuelto rutinario la inclusión en artículos jurídicos o bien, en sentencias tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de los diferentes Tribunales Constitucionales, así también de los tribunales ordinarios de carácter penal para el caso concreto, de principios jurídicos, tales como *pro homine*, *pro actione*, o los tradicionales del Derecho Penal como legalidad, *in dubio pro reo*, *favor rei*, *ne bis in idem*, culpabilidad, irretroactividad de la ley penal y proporcionalidad entre otros, o bien, específicos como el de imputación recíproca o acumulación de las penas.

Entre los principios citados frecuentemente por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala se encuentran los principios *pro persona* y *pro actione*. Estos principios no se encuentran regulados expresamente en la Constitución Política y que ha permitido, el primero, tener en cuenta a la persona como fin del Derecho y no como un medio, siguiendo la posición kantiana, evitando de esa manera la utilización de una interpretación utilitarista que constriña la concepción finalista de la persona.

El segundo, *pro actione*, para garantizar el acceso a la justicia. Es por ello que corresponde a cada Estado establecer una vía expedita para que la población pueda acceder a los tribunales. Para lograr tal propósito, deben necesariamente removerse los obstáculos que impiden o dificultan el acceso a los tribunales y efectuarse una interpretación a favor del ejercicio de la acción, evitando realizar una interpretación formalista que perjudique el ejercicio de la acción a favor de las formalidades rígidas. Se trata de reconocer la supremacía de constitucionalidad sobre el de legalidad. El principio *pro actione*, ha reconocido la Corte de Constitucionalidad de Guatemala:⁴⁰³ “[e]xige la mínima consideración de

⁴⁰³ Sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad el 20 de diciembre de 2006, expediente 2855-2006.

formalismos que puedan imposibilitar el acceso del peticionario a la tutela de sus derechos por parte de los órganos jurisdiccionales.”

El principio *pro actione* no es de aplicación exclusiva en los procesos constitucionales, pues dicho principio informa a todo proceso, como lo ha reconocido específicamente la Corte de Constitucionalidad.⁴⁰⁴ Es por ese motivo que el juez de paz, de primera o de segunda instancia, incluso la Corte Suprema de Justicia y la propia Corte de Constitucionalidad, deben observar ineludiblemente este principio respecto de los casos que se sometan a su decisión, siempre y cuando el mismo sea procedente, porque no debe dejarse de observar que este principio procede cuando el juzgador ha aplicado la ley con una visión formalista y por ende enervante de los derechos de alguna de las partes, que impide la prosecución del procedimiento correspondiente.

En virtud de la observancia del principio *pro actione*, el juez debe buscar la interpretación más favorable al ejercicio de la acción, eludiendo rechazarla *in limine*, si no le ha dado la oportunidad al interesado de subsanar la deficiencia procedimental cuando esto proceda, buscando asegurar una decisión sobre el fondo del asunto y no concentrarse sobre todo en los obstáculos de naturaleza formal.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad el 13 de noviembre de 1997, expediente 181-97. En esta sentencia la Corte de Constitucionalidad reconoce expresamente que el principio *pro actione* informa todo proceso.

⁴⁰⁵ En sentencia T.C. 23/2011, del catorce de marzo de dos mil once, El Tribunal Constitucional Español consideró que: “[e]l principio PRO ACTIONE no debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan, ya que esta exigencia llevaría al Tribunal Constitucional a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponden a los Tribunales ordinarios (SSTC 207/1998, de 26 de octubre, FJ 2; 78/1999, de 26 de abril, FJ 3; 64/2005, de 14 de marzo, FJ 2, por todas)», y es que «lo que en realidad implica este principio es la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión –o de no pronunciamiento– que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión –o no pronunciamiento sobre el fondo– preservan y los intereses que sacrifican (entre otras muchas, SSTC 160/2001, de 5 de julio, FJ 3; 27/2003, de 10 de febrero, FJ 4; 177/2003, de 13 de octubre, FJ 3; 3/2004, 14 de enero, FJ 3; 79/2005, de 4 de abril, FJ 2; 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2).» (STC 25/2010, de 27 de abril, FJ 3).”

Basta recordar para ello, que la valoración de la concurrencia de los requisitos y la consiguiente interpretación de las normas que establecen causas de inadmisión de los recursos pertenece al exclusivo ámbito de competencia de los jueces. Derivado de esto, la formación académica del abogado y del doctrinario otrora excesivamente formalista debe encontrar su reacomodo en un ordenamiento jurídico sustentado de acuerdo con el constitucionalismo actual.⁴⁰⁶

8. LAS CLÁUSULAS ABIERTAS COMO MEDIO DE APLICACIÓN DE DERECHOS INNOMINADOS⁴⁰⁷

Las Constituciones modernas ordinariamente incluyen en la parte dogmática, una serie de derechos explícitos y nominados. No obstante, aunque no se encuentren expresamente mencionados en el texto constitucional, en el mismo también se incluyen generalmente ciertos preceptos, denominados “cláusulas abiertas” que posibilitan la aplicación de derechos que no se localizan expresamente en el texto constitucional, o sea, lo que se conoce como derechos innominados o implícitos. El no reconocimiento expreso de un derecho en la Constitución o en un tratado internacional de derechos humanos, en ningún caso implica su inaplicabilidad por falta de mención explícita en el mismo.

⁴⁰⁶ VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime. “Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *ius novus* ecuatoriano”, *Iurisdictio*, 2010, año 10, vol. 13, p. 49, con relación a este aspecto, expresa que: “[s]e colige un movimiento renovador de la Teoría y de la Filosofía del Derecho, aunque parecería ser que se trata de vino nuevo en odres viejos, pues no se observa una formación integral humanista de todos los operadores jurídicos donde la lógica del raciocinio especializado y la prudencia sean el norte, no existen cambios en la capacitación judicial, los abogados se han anclado en la etapa formal, el sistema adolece de vacíos estructurales y conceptuales enormes, se ignora el significado del pluralismo jurídico y de las nuevas fuentes del Derecho, etc.”

⁴⁰⁷ Para obtener una exposición más detallada de las cláusulas abiertas que contemplan derechos innominados, *VID.* RUANO GODOY, Edgar Orlando. *Importancia interpretativa de las cláusulas abiertas contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala*. Ciudad de Guatemala. Tesis de Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar, 2010; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Potencialidad y límites del artículo primero de la Constitución Mexicana*. Inédito.

La cláusula abierta es un principio contenido en un precepto constitucional o en algún instrumento internacional de derechos humanos, que debido a que la enumeración de derechos en el mismo no puede considerarse definitiva, permite la aplicación de otros derechos no explícitamente enumerados o enunciados en el texto constitucional o instrumento internacional.⁴⁰⁸

Cabe recordar, que lo más ordinario dentro del entorno normativo tradicional, es que los derechos y los principios se encuentren plenamente identificados y contenidos en una ley. En ese contexto, la plena observancia del principio de legalidad en todos los ámbitos del derecho hace impensable desde la óptica formalista (positivista), la existencia de derechos innominados y que sin embargo, pueden perfectamente ser aplicados dentro del ordenamiento jurídico interno.

Las cláusulas abiertas⁴⁰⁹ permiten la incorporación de derechos que derivan de la dignidad del hombre o según ella, de otros factores como el Estado Social y Democrático de Derecho, forma republicana de gobierno, etcétera, a los ordenamientos constitucionales. Por consiguiente, se genera un mayor defensa de los derechos fundamentales, correspondiendo esencialmente a los Tribunales Constitucionales, mediante la tarea interpretativa que efectúen, determinar cuáles son esos derechos y en qué supuestos se determinará su observancia.

A las cláusulas abiertas también se les denomina progresivas, de derechos innominados o de derechos implícitos. Las mismas reconocen expresamente la posibilidad de entender como derechos fundamentales a otros derechos que no se

⁴⁰⁸ Los derechos implícitos en el texto constitucional parten de la percepción acertada de que resultaba materialmente imposible fijar taxativamente los derechos humanos en un catálogo, debido a que los mismos forman parte inherente de la propia naturaleza humana y a que son progresivamente descubiertos, en base a los principios, costumbres, valores, creencias, convicciones, normas legales y desarrollos jurisprudenciales.

⁴⁰⁹ CASTAÑEDA OTSU, Susana. "El Principio de interpretación conforme a los Tratados de Derechos Humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la constitución". *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002, p. 213.

encuentran expresamente reconocidos por la Constitución o por tratados internacionales en materia de derechos humanos. Esta necesidad de proteger los derechos de naturaleza fundamental, tiene como sustento principal –completado su soporte iusnaturalista inicial–⁴¹⁰ la defensa de la dignidad humana, en la que sostiene y justifica la existencia de todo Estado Constitucional, pues, “[e]n la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.”⁴¹¹

La inclusión de cláusulas abiertas sobre derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas sin duda tiene su origen remoto en el texto de la IX Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América (15 de diciembre de 1791) en la cual se dispuso: “La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe construirse como la negación o desecho de otros que el pueblo conserva”⁴¹². Esta protección de derechos no específicamente enumerados en la Constitución, pretendía confirmar que la lista de los derechos constitucionales no es cerrada (*numerus clausus*), ni finaliza en aquellos expresamente declarados en los textos constitucionales.

Este precedente contenido en la Constitución de los Estados Unidos de América⁴¹³ ha sido utilizado por el constitucionalismo latinoamericano,⁴¹⁴

⁴¹⁰ Esta concepción iusnaturalista se basa en que la protección de los derechos fundamentales no enumerados no partía del valor de la persona, atendiendo a su condición de dignidad, sino se justificaba en la limitación del poder estatal en salvaguarda de derechos naturales previos retenidos por el pueblo y por sus individuos. Así, se encuentra en el preámbulo de la CADH lo siguiente: “[r]econociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos ...”

⁴¹¹ Corte IDH, Opinión consultiva OC-6/86. La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 9 de mayo de 1986, párr. 21.

⁴¹² En su versión original en inglés se establece: “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”.

⁴¹³ El Artículo 5 de la Constitución de los Estados Unidos describe el proceso necesario para reformar la constitución. De esa manera, se establecen dos métodos para proponer enmiendas a la misma: 1) **por el Congreso** o 2) **por una convención nacional solicitada por los estados**. Con el primer método, el Congreso puede proponer una enmienda con los votos de dos tercios (de un quórum, no necesariamente de toda la cámara) del Senado y de la Cámara

especialmente en cuanto al tema de los derechos humanos. En efecto, se han considerado como tales todos aquellos derechos inherentes a la persona contemplados tanto en la Constitución como en Instrumentos Internacionales sobre dicha materia.

Ha expresado la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que: “los derechos fundamentales no sólo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino que, además, principios básicos de un orden social establecido, que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico y político de un Estado, creando así un clima de convivencia humana, propicio para el libre desarrollo de la personalidad.”⁴¹⁵

En síntesis, como se desprende de lo expuesto, existen derechos no nominados en el texto constitucional así como principios que tampoco se encuentran incorporados expresamente en el texto constitucional o legal. Con lo anterior, se constituye una protección más amplia y favorable a las personas, de acuerdo al principio *pro persona*, puesto que como afirma ZAGREBELSKY, la ley

de Representantes. Con el segundo método, los cuerpos legislativos de las dos terceras partes de los estados pueden convocar y obligar al Congreso a convocar una convención nacional. En ese sentido, el Congreso debe convocarla con la finalidad de considerar las enmiendas propuestas. No está de más indicar que hasta la presente fecha, solamente se ha utilizado el primer método —propuesta del Congreso.

⁴¹⁴ Es de hacer notar que las Constituciones de los países latinoamericanos, que a continuación se mencionan a manera de ejemplo, contienen cláusulas abiertas: Argentina (Artículo 33), Bolivia (Artículo 13.2), Colombia (Artículo 94), Costa Rica (Artículo 74), Ecuador (Artículo 11.7), Guatemala (Artículo 44), Honduras (Artículo 63), Nicaragua (Artículo 46), Paraguay (Artículo 45), Perú (Artículo 3), Uruguay (Artículo 72) y Venezuela (Artículo 22).

⁴¹⁵ La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en sentencia del 11 de octubre de 2006; expediente 1356-2006, manifestó en lo concerniente: “Las doctrinas modernas que preconizan la vigencia y respeto debido a los derechos humanos, sostienen un criterio vanguardista respecto de que el catálogo de derechos humanos reconocidos en un texto constitucional no puede quedar agotado en éste, ante el dinamismo propio de estos derechos, que propugna por su resguardo, dada la inherencia que le es ínsita respecto de la persona humana. Esto es así, porque es también aceptado que los derechos fundamentales no sólo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino que, además, principios básicos de un orden social establecido, que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico y político de un Estado, creando así un clima de convivencia humana, propicio para el libre desarrollo de la personalidad.”

formula su derecho por medio de normas, mientras que la Constitución lo hace a través de principios (valores o derechos humanos).⁴¹⁶

La formulación de principios perceptible desde la requerida amplia protección de la persona permite una extensa aplicabilidad del derecho, sobre todo en aquellas situaciones en las que el marco restringido de la ley no contempla el acaecimiento de nuevas o diferentes formas de concreción de la ley a supuestos fácticos.

Entre los derechos innominados aplicados jurisprudencialmente en Guatemala, tenemos *inter alia*, el debido proceso,⁴¹⁷ la tutela judicial efectiva,⁴¹⁸ derecho a ser juzgado en un plazo razonable,⁴¹⁹ autodeterminación informática,⁴²⁰

⁴¹⁶ Citado por VIGO, Rodolfo Luis, “De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración”, *op. cit.*, p. 194.

⁴¹⁷ La Corte de Constitucionalidad en sentencia de 25 de marzo de 2004, expediente 1086-2003. Gaceta Jurisprudencial 71 respecto a las “garantías” (sic) innominadas estimó: “Dentro de las garantías innominadas constitucionalmente a que se refiere el precitado artículo constitucional, pero que por la remisión ínsita en el mismo son incorporadas con el carácter de fundamentales al sistema de valores, principios y derechos cuyo resguardo se pretende constitucionalmente, se encuentra aquella garantía que propugna porque las leyes que se emitan con el objeto de regular determinada conducta en una sociedad, deben partir de una base razonable; aspecto que en la doctrina constitucional se le ha denominado como el debido proceso sustantivo o la connotación sustancial del debido proceso que debe concurrir en la elaboración de una ley; y que debe observarse sobre todo si con ésta (la ley) se pretende la exclusión de un beneficio, pues tal exclusión no puede realizarse sobre premisas irrazonables [...] El debido proceso sustantivo (*due process of law* de acuerdo con la doctrina anglosajona) constituye una garantía innominada que, incorporada constitucionalmente por medio del artículo 44 del texto supremo, debe observarse por parte de aquellos Organismos de Estado y órganos municipales dotados constitucionalmente de potestad legislativa o cuasilegislativa, cuando en ejercicio de tal potestad pretendan excluir a una persona individual del goce de un beneficio, con el objeto de que la norma que contemple tal exclusión sea razonable, justa y emitida dentro de los parámetros (límites) establecidos en la Constitución ...”.

⁴¹⁸ La Corte de Constitucionalidad en sentencia del 23 de febrero de 1999, expediente 907-98 expresó: “Para que una resolución se considere emitida conforme a derecho, debe estar debidamente fundamentada en ley y ser congruente con las constancias de autos. La discrepancia entre lo que existe en el proceso y lo que el juez afirma, implica vulneración al derecho de acceder a una tutela judicial debida, que exige la emisión de resoluciones fundamentadas en ley y respaldadas por las constancias procesales.”

⁴¹⁹ La C. C. en sentencias de 17 de octubre de 2005 y 1 de septiembre de 2009, expedientes 1135-2005 y 1897-2009 respectivamente, consideró lo siguiente: “[E]llo cobra una mayor relevancia en el juzgamiento de procesos penales, en atención al derecho inherente a la persona a ser juzgado dentro de un plazo razonable, que a su vez constituye una garantía judicial expresada de manera general en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero puntualizada para el caso de procesos penales de acuerdo con el espíritu que informa el

respeto a la opinión del niño e interés superior del niño,⁴²¹ dignidad en la muerte,⁴²² intimidad.⁴²³ Aunado a ello como se analizará oportunamente, en el

artículo antes indicado. Como todo juicio, el proceso penal debe observar una certeza jurídica en la realización de los actos procesales, pues eso posibilita a las partes el pleno ejercicio de sus derechos y la seguridad que en el proceso por el que se les juzga llegará, en un período de tiempo legal o judicialmente determinado, a la emisión de un acto decisorio judicial que pondrá fin a la incertidumbre que entraña el transcurso del proceso mismo.”

⁴²⁰ La Corte de Constitucionalidad en sentencia de 11 de octubre de 2006, expediente 1356-2006, respecto al mismo, expresó: “Del derecho al reconocimiento de la dignidad humana, implícitamente garantizado, entre otros, en los primeros cinco artículos de la Constitución Política de la República, dimanar, por el contenido esencial de este derecho, aquéllos relacionados a la intimidad, al honor y a la privacidad, los cuales, en su conjunto, también garantizan la existencia y goce de otro derecho: el referido a la autodeterminación informativa. En ese orden de ideas, sostiene esta Corte que con la decisión que se asume en este fallo, se pretende positivar, en beneficio de Fredy Rafael Arriola Arévalo, los derechos que están reconocidos en los artículos 4º y 44 de la Constitución Política de la República, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”

⁴²¹ La Corte de Constitucionalidad mediante una interpretación proteccionista, en sentencias de 23 de febrero de 1999, 6 de abril de 1999 y 11 de mayo de 1999; expedientes 907-98, 49-99 y 866-98, respectivamente, aplicó directamente la Convención sobre los Derechos del Niño reconociendo y tutelando los derechos innominados relacionados.

⁴²² La Corte de Constitucionalidad en sentencia del 19 de enero de 1999, expediente 248-98, conoció de una acción de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 3 del Decreto 100-96, del Congreso de la República, reformado por el Decreto 22-98, también del Congreso de la República. El Tribunal Constitucional mediante un auto de fecha 29 de abril de 1998, al suspender provisionalmente la aplicación de dicho artículo consideró lo siguiente: “En cuanto a la teleología del párrafo impugnado es indudable que corresponde a cuestiones opinables, por lo que debe confiarse en la propia razonabilidad de los medios de prensa, en cuanto respeten la intimidad del ejecutable, quien, no obstante esta condición, conserva su dignidad humana, esto es, su calidad de persona, aspecto subjetivo que recoge con claridad el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Asimismo, porque el inciso 2 del artículo 5 del Pacto de San José protege la integridad moral de la persona y el inciso e *Ibidem* proclama que la pena no puede trascender de la persona del delincuente” porque, para el caso, la publicidad fotográfica o videográfica del suceso profundamente íntimo de la muerte de un hombre puede ser aflictivo a su familia. Siendo, pues, inalienable e imprescriptible la dignidad de la persona física, la que no pierde ni siquiera por una sentencia capital, tal como se deduce de lo previsto en el Preámbulo y los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Constitución, y, en tanto no haya legislación reguladora válidamente emitida, concierne a los medios de comunicación observar un principio aún no reglamentado y que corresponde a los derechos implícitos a que se refiere el primer párrafo del artículo 22 *Ibidem*: la dignidad en la muerte. En particular ese principio debe observarse si el ejecutable manifiesta, en su momento, su voluntad de que se le permita morir en pleno derecho a la intimidad, de la que la sentencia condenatoria no le ha privado.”

⁴²³ La Corte de Constitucionalidad en sentencia del 11 de octubre de 2006, expediente 1356-2006, expuso lo siguiente: “No es ajeno al conocimiento de este tribunal que el derecho a la intimidad propugna por un mínimo respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que es aquél que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo aquéllas en las que sea el propio particular quien autorice su divulgación.”

ordenamiento jurídico guatemalteco la mayoría de principios informadores del Derecho Penal no se encuentran contenidos explícitamente en el texto constitucional ni el Código Penal, pero son aplicados continuamente en distintas sentencias, tanto por los tribunales penales, como por la Corte de Constitucionalidad.

8.1 LOS DERECHOS INNOMINADOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Resulta oportuno expresar que lo concerniente a los derechos innominados no se encuentra contemplado con exclusividad en la Constitución Política. Resulta relevante que la CADH entre las normas de Interpretación contenidas en el artículo 29 regule expresamente en la literal c), que ninguna disposición de esa Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno. A dicha cláusula se le conoce como cláusula abierta o de derechos implícitos.⁴²⁴

El mayor logro de la Carta de Derechos fue la consagración de que la lista de derechos incluidos en la Constitución era solamente ejemplificativa, existiendo otros derechos implícitos, no reconocidos expresamente, que también deben gozar de la protección que la Constitución brinda.⁴²⁵ En efecto, como se ha comentado, los derechos en materia de derechos humanos no se encuentran exclusivamente enumerados de modo explícito en la CADH, sino que por medio de la cláusula abierta contenida en el artículo 29 literal c) de la relacionada

⁴²⁴ “[p]orque la enumeración de determinados derechos y garantías en una constitución –o en un tratado internacional sobre derechos humanos como lo es la Convención–, no excluyen otros que no estén explícitamente enunciados, pero que se derivan de la dignidad humana, de la forma republicana de gobierno y de la soberanía del pueblo. AGUIRRE ARANGO, José Pedro. “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista de Derechos Humanos*, julio – diciembre 2007, año 5, vol. 8, p. 90.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 91.

Convención se permite la no exclusión de otros derechos. Es decir, la CADH contempla una prohibición expresa de prohibición para el intérprete de excluir otros derechos no contenidos en la relacionada Convención. Así por ejemplo, se encuentra el debido proceso que no se encuentra específicamente nominado como tal en la Convención, pero la Corte IDH lo ha reconocido y lo fundamenta en el artículo 8 de la referida Convención.

La función del intérprete judicial es esencial para conseguir que los principios se apliquen adecuadamente y el mismo, como asevera VIGO, debe ser consciente de que la enumeración de los derechos humanos incluidos en la normativa respectiva, es meramente enunciativa y, en consecuencia, debe estar atento a los derechos implícitos que “son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.”⁴²⁶ Tal como ocurre con los derechos innominados en el derecho interno como se ha expuesto, sucede lo mismo en materia de derechos humanos en la CADH. Los derechos humanos no siempre se encuentra en forma explícita en el texto correspondiente, pero vía jurisprudencial pueden ser aplicados en beneficio de la persona, ya sea por ser inherentes al mismo o bien, por ser extraídos de la forma democrática representativa de gobierno.

Así, a manera de ejemplo puede ilustrarse el denominado “derecho a la verdad”. En 1997, en el caso *Castillo Páez vs. Perú*,⁴²⁷ la Comisión Interamericana presentó por primera vez su alegato ante la Corte IDH donde se refería a la violación del derecho a la verdad. La Corte señaló en lo concerniente, que:

“El segundo argumento se refiere a la formulación de un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al

⁴²⁶ VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, op. cit., p. 159.

⁴²⁷ Corte IDH, *Caso Castillo Páez Vs. Perú* (Fondo), sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C No. 43, párr. 86.

establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones a la Convención Americana.”

Posteriormente la Corte siguió reconociendo el referido derecho, pero no de forma autónoma. De esa manera, en la sentencia de la Corte IDH, dictada en el caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs Colombia*,⁴²⁸ en voto razonado concurrente, el juez FERRER-MACGREGOR POISOT propugna por la necesidad de reconocer el “derecho a la verdad” como un derecho autónomo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Para ello argumentó que si bien el referido derecho no se encuentra contenido de forma expresa en la Convención Americana, ello no impide que la Corte IDH se encuentre imposibilitado de examinar una alegada violación al respecto y declarar su violación, de conformidad con el artículo 29.c del Pacto de San José.⁴²⁹

9. DIFERENCIA INTERPRETATIVA ENTRE LA APLICACIÓN DE REGLAS Y PRINCIPIOS

Explica BERNAL PULIDO que la convicción tradicional, que en la jurisprudencia inglesa aparece en la obra de AUSTIN y que se preceptúa con el concepto de derecho de HART y en el derecho continental sobre todo en los trabajos de KELSEN, sostenía que el derecho estaba constituido exclusivamente por reglas. Es decir, por normas bien determinadas provistas de una estructura

⁴²⁸ Corte IDH, *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs Colombia*, (Excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas), sentencia de 14 de noviembre de 2014.

⁴²⁹ FERRER-MACGREGOR POISOT, Eduardo. Voto razonado concurrente en caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas), párr. 23. En el mismo fallo se encuentran las adhesiones al voto razonado concurrente del juez FERRER-MACGREGOR POISOT, de los jueces VIO GROSSI, Eduardo y de VENTURA ROBLES, Manuel E.

condicional hipotética y que junto a esta tesis se difundió la idea de que la única manera de aplicar el derecho era la subsunción.⁴³⁰ Por consiguiente, debido a la estructura jerárquica que guardan las normas jurídicas al entrar en conflicto una con otra, el mismo se busca resolverlo mediante la aplicación de criterios interpretativos atinentes a fin de subsumir una norma en otra.

Es en ese contexto que DWORKIN aprecia la relevancia de la restricción del modelo positivista, al considerar que el positivismo es un modelo de y para un sistema de reglas y su noción central de una única prueba fundamental de lo que es Derecho, fuerza a pasar por alto el importante papel que desempeñan los patrones que no son reglas.⁴³¹

Con la finalidad de elaborar criterios interpretativos para ser aplicados con exclusividad en la solución de antinomias y dada la casi nula importancia otorgada a los principios jurídicos, era difícil suponer que se visualizara la aplicabilidad de los mismos y mucho menos que se elaboraran criterios interpretativos tendentes a solucionar posibles colisiones. En la actualidad en cambio, se considera generalmente como se ha expuesto, que los ordenamientos jurídicos no se encuentran compuestos exclusivamente por reglas, porque además de ellas se encuentran principios, y ambos en un sentido laxo, forman parte de las normas jurídicas. BERNAL PULIDO expone que existen dos formas básicas para aplicar normas: la ponderación y la subsunción.

Las reglas se aplican mediante la subsunción, mientras que la ponderación es la manera de aplicar los principios.⁴³² En similar sentido se pronuncia NOGUEIRA ALCALÁ al referir que en el ámbito de las normas de derechos humanos nos encontramos con reglas y con principios. En el primer caso solo

⁴³⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales". En: CÁCERES Enrique, FLORES, Imer B., SALDAÑA Javier y VILLANUEVA Enrique (coordinadores). *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Serie Doctrina Jurídica No. 244. 2005, p. 17.

⁴³¹ DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 18.

⁴³² BERNAL PULIDO, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación", en *Doxa*, 2003, no. 26, p. 5.

cabe la subsunción, mientras que en el caso de los principios opera la ponderación y el postulado de proporcionalidad.⁴³³

Ciertamente, en caso de que surja alguna colisión entre los principios, los mismos no pueden ser resueltos mediante la utilización de la subsunción, puesto que no poseen una configuración lógica como las reglas. Estas estructuralmente se encuentran compuestas por un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica que se puede formular lógicamente de la siguiente manera: “Si A, entonces B”.⁴³⁴ Lo anterior se puede ejemplificar de esta forma: el artículo 123 del Código Penal de Guatemala prescribe que: “Comete homicidio, quien diere muerte a alguna persona. Al homicida se le impondrá prisión de 15 a 40 años”. De ello resulta que si “A” dio muerte a alguna persona, cometió delito de homicidio y entonces “B”, es decir, se le sancionará con una prisión de 15 a 40 años. Se aprecia sin desconcierto alguno, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

En sentido contrario, los principios se caracterizan por tener una elevada imprecisión terminológica que no precisan concretamente qué debe hacerse. De lo anterior surge que las reglas y los principios requieren de un método de resolución

⁴³³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *op. cit.*, p. 125.

⁴³⁴ El esquema de una norma jurídica, expone DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1982, pp. 61-62, presenta *prima facie*, dos partes claramente distintas. La primera parte considera, puede denominarse supuesto de hecho (o hipótesis jurídica como actualmente también se le denomina), mientras la segunda parte recibe usualmente el nombre de consecuencia o efecto jurídico. Explica que el supuesto jurídico constituye una previsión o una anticipación hipotética respecto de una posible o incluso probable. Gráficamente se expresa con la proposición “si es A”, donde el supuesto de hecho es esa misma realidad futura en cuanto mentalmente imaginada o idealmente prefigurada. El segundo elemento de la norma indica, es la consecuencia jurídica, donde se dice que la norma trata de ligar a un supuesto de hecho (si es A) una determinada consecuencia jurídica (debe ser B), de donde resalta que la consecuencia jurídica no pertenece al mundo de la “factibilidad”, o de la “realidad”, sino al mundo de la “normatividad”; Por otro lado, BERNAL PULIDO explica que los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados. Más bien, añade siguiendo a ALEXI, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario. *VID.* “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, Serie Doctrina Jurídica No. 244, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 18.

distinto y adecuado cada uno de ellos. En efecto, ordinariamente cuando se presentan conflictos en la aplicación de las normas jurídicas se acude a la hermenéutica jurídica y se utilizan los criterios tradicionales para resolverlos conflictos interpretativos que se originan con ocasión de la aplicación de la ley.

En ese aspecto, se parte del criterio jurídico de contradicción conforme al cual dos normas incompatibles no pueden ser ambas válidas, imperando siempre desde la jerarquía superior sobre la inferior; la posterior sobre la anterior y la especial sobre la general.⁴³⁵ Efectivamente, el positivismo es un modelo con criterios interpretativos específicos para dilucidar el conflicto que surja entre las normas jurídicas (reglas) incompatibles entre sí.

Así, se encuentran *inter alia*, criterios interpretativos, entre ellos los de jerarquía, cronológico o de temporalidad y el de especialidad,⁴³⁶ los cuales pueden ser utilizables en la solución de una colisión normativa o antinomia y que se fundamentan en la coherencia del ordenamiento jurídico.⁴³⁷ Son elaborados para resolver específicamente colisiones normativas, pero no son idóneos para resolver

⁴³⁵ CASTELLANOS MADRAZO, José Francisco, "El ejercicio de ponderación entre derechos fundamentales y las prerrogativas políticas en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación". *Justicia Electoral*, Vol. 1, número 4, Ciudad de México: Publicación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, p. 2.

⁴³⁶ Estos tres criterios interpretativos pretenden solucionar colisiones normativas. De esa manera, el de jerarquía se asienta en los distintos rangos existentes entre las normas jurídicas. En ese caso, la norma de mayor rango prevalece sobre la menor. El de temporalidad o cronológico por su parte, se cimienta en que dos norma de igual rango entran en colisión, sin embargo, se aplica la norma posterior. Comúnmente es utilizada en normas de carácter procedimental y por último, el de especialidad se utiliza cuando surge un conflicto entre dos normas de igual rango, siendo en este supuesto la más concreta la aplicable.

⁴³⁷ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, expone que: "[p]arece claro que la consecuencia más importante que se deriva de la caracterización del ordenamiento jurídico como sistema es la de que no pueden coexistir en su seno normas incompatibles, es decir que no cabe la posibilidad de antinomias. Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter plural de las fuentes de producción normativa en las organizaciones jurídicas modernas y la forma en la que éstas se estructuran, parece difícil creer que está cerrada completamente la posibilidad de que en cualquier ordenamiento aparezcan normas incompatibles. Ante dos normas contrarias o contradictorias, el lógico constatará que el sistema que las contiene está mal construido, sin embargo el jurista, lejos de reconocerlas, buscará argumentos para ocultar su presencia. Lo primero que hará será aplicar los criterios de solución de antinomias, es decir, los criterios cronológico (*lex posterior derogat priori*), jerárquico (*lex superior derogat inferiori*) y de la especialidad (*lex specialis derogat generali*)." *VID. La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana, op. cit.*, p.112.

las colisiones que se presenten entre principios jurídicos, puesto que el sentido restrictivo postulado por el positivismo se limita esencialmente a los conflictos surgidos entre reglas.

ALEXY indica que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio de mayor peso, mientras que en los conflictos de reglas se lleva a cabo en la dimensión de la validez y la colisión de principios – como solo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.⁴³⁸

10. LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO PARA RESOLVER COLISIONES ENTRE PRINCIPIOS

10.1 Generalidades

La creciente aplicación de principios jurídicos ha generado también, el surgimiento de colisiones entre los mismos en la resolución de un asunto sometido a la decisión judicial. Los referidos principios por no tener la estructura de una norma jurídica tradicional, requieren un modo distinto de solución, porque contrario a las reglas que tienen como fundamento un orden jerárquico, los principios primigeniamente tienen el mismo valor y únicamente como resultado de un juicio ponderativo efectuado por un tribunal, puede establecer la prevalencia de uno sobre otro. Diferentes son entonces, los principios de las reglas. Es por ello que el método para resolver los conflictos entre principios es la ponderación.⁴³⁹

⁴³⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducido por Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88.

⁴³⁹ ALEXY, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero – junio 2009, no. 11, p. 8, expone que en el derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*). Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización.

Por su parte, GUASTINI expone que todos los tribunales constitucionales a menudo tienen que resolver conflictos entre principios, ya que los principios constitucionales poseen la censurable tendencia a entrar en conflicto unos con otros. Lo anterior lo ejemplifica en que es común a muchas constituciones, el conflicto entre la libertad de prensa y algunos derechos de la personalidad (el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la identidad personal, etc.). Otro ejemplo que señala, es el conflicto que surge entre el derecho de huelga en los servicios públicos y los derechos constitucionales de los usuarios. Por lo que concluye que tales conflictos no pueden ser resueltos utilizando los criterios estándar para la solución de conflictos entre normas.⁴⁴⁰

En los principios se requiere para la resolución de la colisión, apuntala ANDRÉS IBÁÑEZ, que se tome en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos, “Es decir, a un juicio de ponderación que desplaza los confines de la discrecionalidad interpretativa y amplía el campo de lo judicialmente decidible. Quiéralo así o no el juez.”⁴⁴¹ Situación distinta acontece con las normas jurídicas tradicionales, porque cuando surge una antinomia (un conflicto normativo),⁴⁴² se observan criterios de absorción de una norma hacia otra, basados en la coherencia del ordenamiento jurídico y por ende en la jerarquía normativa. Es pues, diferente la forma en que se resuelven los principios y las reglas o normas jurídicas en el sentido tradicional.

⁴⁴⁰ GUASTINI, Riccardo. “Interpretación y construcción jurídica”, *op. cit.*, p.34.

⁴⁴¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Legalidad, jurisdicción y democracia”. En: CARBONELL Miguel, OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús y VÁZQUEZ Rodolfo (coordinadores). *Jueces y ponderación argumentativa*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Serie Estado de Derecho y Poder Judicial. 2006, p. 53.

⁴⁴² Un conflicto normativo –una “antinomia”– expone GUASTINI, es la situación en la que dos normas ofrecen dos soluciones diversas e incompatibles a la misma controversia concreta o a la misma clase de controversias. Una primera norma N1, concede al supuesto de hecho F la consecuencia jurídica G (“si F entonces G”), mientras una segunda norma N2 concede al mismo supuesto de hecho F la consecuencia jurídica no-G (“si F, entonces no-G”). *VID.* GUASTINI, Riccardo: “Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, *Palestra del Tribunal Constitucional: Revista mensual de jurisprudencia*, agosto de 2008, año 2, no. 08, p. 631.

10.2 Posición contraria a la ponderación: positivismo

Es también oportuno manifestar, que a diferencia de los postpositivistas y la mayoría de neoconstitucionalistas (entre los que se incluyen algunos positivistas) que abogan por la aplicación de la ponderación como forma de resolver las colisiones que surjan entre los principios, los positivistas por lo general, no aceptan la aplicación de la ponderación.⁴⁴³ Y no solo la ponderación, sino en general la aplicación de los principios jurídicos en detrimento de las reglas, provocando una minusvaloración de los principios.

Los sustentantes del positivismo al centralizarse en el estudio normativo, consideran que el Derecho se encuentra estructuralmente formado exclusivamente por reglas, entre las cuales se producen relaciones lógicas de deductibilidad, es decir, los conflictos que surgen entre las normas se resuelven de manera lógica, al aplicar una norma con exclusión de la otra, utilizando como mecanismo de interpretación jurídica la subsunción. Para tal fin se utilizan diversos criterios en la solución de las antinomias (conflictos) que se presentan. Estos criterios usuales son los de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*. Ahora bien, el problema se presenta en la utilización de la ponderación, propugnada por los sostenedores del postpositivismo.

GARCÍA AMADO manifiesta que en la actual teoría jurídica predomina la idea de que gran parte de las normas constitucionales son principios y que la decisión judicial ha de tomarse ponderando principios contra principios o principios contra reglas, por lo que de esa manera se introduce en la práctica jurídica un tipo de razonamiento que es propio de la moral y completamente ajeno a la idea del derecho propia del Estado de Derecho. Además, agrega que por ese camino se

⁴⁴³ Un considerable estudio que sintetiza las diferencias entre el positivismo y el postpositivismo, es el elaborado por AGUILÓ REGLA, Josep, "Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras", *Doxa*, 2007, no. 30. VID. también, OLIVEIRA, Felipe. "Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el *concepto de Derecho* en Robert Alexy". *Lecciones y Ensayos*, 2010, no. 88, pp. 101-138.

alteran también las reglas de racionalidad argumentativa propias de la justificación de las decisiones judiciales.⁴⁴⁴

Las objeciones realizadas por García Amado al procedimiento ponderativo, sintetiza PORTOCARRERO QUISPE, se avocan esencialmente a la irracionalidad del mismo, así como su irrelevancia para la interpretación de normas de derecho fundamental.⁴⁴⁵

Así, siguiendo a PORTOCARRERO QUISPE,⁴⁴⁶ la posición de GARCÍA AMADO la fundamenta en cinco tesis:

1. En el modelo de la ponderación, tras de toda regla existe siempre un principio, por lo que todos los conflictos entre reglas son, de acuerdo con la reconstrucción de García, conflictos entre principios y por ende ponderables.
2. La ponderación es un método carente de autonomía debido a que su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso.
3. La ponderación no es más que un recurso argumentativo empleado por los tribunales cuando desean fundamentar sus decisiones subjetivas y arbitrarias, con un “menor rigor argumentativo”.
4. La ponderación es un método de interpretación jurídica fútil y prescindible, dado que en realidad lo que cuenta es la interpretación de los preceptos normativos en función de las reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica.

⁴⁴⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de ponderar”, *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 2016, no. 13, p. 1.

⁴⁴⁵ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. “¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales. *Vox Juris*, 2016, no. 31, pp. 87 y ss. Este autor, refuta cada una de las oposiciones dadas por GARCÍA AMADO.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, pp. 87 y ss.

5. En conclusión, el único método válido para la aplicación de normas de derechos fundamentales es el tradicional método subsuntivo.

Lo anterior, sintetiza la oposición a la utilización de la ponderación en las colisiones que surjan entre principios, de conformidad con uno de los exponentes más representativos del positivismo en España. No obstante, la ponderación es un método de interpretación jurídica que se utiliza para aplicar normas con carácter de principios.

Aunado a ello, la perspectiva normativista referente a la aplicación de la subsunción, que solo busca subsumir el hecho acaecido a la norma prevista en la ley, no responde a la protección de los derechos humanos en mayor medida, como sí sucede desde la perspectiva principialista en la observancia de los derechos humanos, como desde hace muchos años lo vienen aplicando el Tribunal Constitucional Alemán, el Tribunal Constitucional Español, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre otros Tribunales.⁴⁴⁷

Para comprender mejor esta diferenciación, resulta conveniente examinar la diferencia interpretativa utilizada entre los principios y las reglas. En ese sentido, la ponderación cumple un rol esencial como método interpretativo en la solución de las colisiones surgidas entre principios jurídicos. Por eso, es conveniente determinar la forma en que se utiliza la ponderación y establecer si es válida como método interpretativo general o para cada caso en particular.

⁴⁴⁷ Desde un punto de vista técnico jurídico, explica GARCÍA MANRIQUE, Ricardo en la presentación del libro ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2ª edición, 2010, p. 19, el mecanismo principal, y pieza central, de la teoría de ALEXY es el juicio de ponderación, del que hace uso desde hace décadas el Tribunal Constitucional alemán para resolver los conflictos entre derechos y que ha sido adoptado también por el nuestro sin mayores modificaciones. Agrega que su importancia es tal que puede decirse que la teoría funciona si la ponderación funciona, esto es, que el correcto funcionamiento de la ponderación es condición necesaria para obtener esa interpretación unitaria, coherente y completa de los derechos fundamentales.

10.3 La utilización de la ponderación en la solución de colisiones entre principios

La ponderación –asevera ALEXY– no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos.⁴⁴⁸ GUASTINI a su vez, expone que la ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto.⁴⁴⁹ Agrega que, para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no evalúa el “valor” de los dos principios “en abstracto”, de una vez por todas. No instituye, entre los dos principios, una jerarquía fija y permanente. Tampoco aplica –como también podría– el criterio “*lex specialis*”, decidiendo que uno de los dos principios haga excepción del otro siempre y en todas las circunstancias.

El juez en cambio, se limita a valorar la “justicia” de la consecuencia de la aplicación de uno u otro principio en el caso concreto. El conflicto por tanto no es resuelto definitivamente: cada solución vale sólo para una controversia particular, de modo que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otra controversia futura.⁴⁵⁰

BERNAL PULIDO por su parte, aprecia que la ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura

⁴⁴⁸ ALEXY, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”. En: CARBONELL Miguel, OROZCO HENRÍQUEZ J. Jesús y VÁZQUEZ Rodolfo (coordinadores). *Jueces y ponderación argumentativa*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Serie Estado de Derecho y Poder Judicial. 2006, p. 53.

⁴⁴⁹ GUASTINI, Riccardo, “Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, *op. cit.*, pp. 636-637. En ese aspecto, argumenta que: “La ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto. i) Una jerarquía axiológica es una relación de valores creada (ya no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional, mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: “el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2”. Instituir una jerarquía axiológica supone por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un “peso”, una “importancia” ético-política mayor respecto al otro. (...) ii) Una jerarquía móvil, de otro lado, es una relación de valores móvil, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría ser revertida – y que a menudo es revertida- en un caso concreto diverso.”

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 637.

de mandatos de optimización.⁴⁵¹ Luego concluye que la ponderación es la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tienen un peso mayor en las circunstancias específicas y por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso.⁴⁵² La ponderación entonces, es la forma de resolver el problema suscitado entre principios que colisionan en la solución del caso concreto, debiéndose en consecuencia sopesar el principio que tenga un mayor peso y por lo tanto, el que tiene que prevalecer.

La ponderación, por tanto, no es una “conciliación”. No consiste en “poner de acuerdo” o armonizar los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de “equilibrio” entre ellos. No consiste en la aplicación o en el sacrificio parcial de dos principios. Uno de los dos principios es aplicado, el otro es ciertamente acantonado.⁴⁵³

Es oportuno manifestar que el término “ponderación” proviene del latín *pondos*, que significa peso.⁴⁵⁴ Una de las acepciones que proporciona el Diccionario de la Lengua Española respecto del vocablo “ponderar” es

⁴⁵¹ BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *op. cit.* p. 6. Añade que estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “*que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”. Por ello, considera que las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas puestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.

⁴⁵² BERNAL PULIDO, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, *op. cit.* p. 19.

⁴⁵³ GUASTINI, Riccardo, “Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, *op. cit.*, p. 637.

⁴⁵⁴ Al respecto, BERNAL PULIDO, Carlos, *Ibidem*, p. 19, comenta lo siguiente: “La palabra ponderación deriva de la locución latina *pondus* que significa peso. Esta referencia etimológica es significativa, porque cuando el juez o fiscal pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. Y es que, como dejó claro Ronald Dworkin, los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Los principios tienen un peso en cada caso concreto y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión. Por ejemplo, cuando la corte Constitucional aplica los principios constitucionales de protección de la intimidad y del derecho a la información, los pondera para establecer cuál pesa más en el caso concreto. En un caso en el que se trate de la divulgación de una información de interés público, muy probablemente se concluirá que el derecho a la información pesa más que el derecho a la intimidad, y, como consecuencia, deberá considerarse legítima la divulgación de información.”

precisamente “determinar el peso de algo”.⁴⁵⁵ Dicha denominación conlleva intrínsecamente su función, debido a que al presentar una colisión entre principios en un caso determinado, se sopesan los mismos para determinar cuál de ellos se aplica al asunto concreto para resolver la colisión acaecida.

La técnica normalmente empleada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales es la que se suele llamar “ponderación”, manifiesta GUASTINI.⁴⁵⁶ Agrega que la metáfora es bastante transparente: se trata de poner los dos principios en conflicto sobre los platos de una balanza y, por lo tanto, “pesarlos” para ver cuál “pesa” más, es decir, cuál tiene más valor en relación con el caso concreto. El resultado de la ponderación es un juicio de valor comparativo, que instituye precisamente una jerarquía axiológica. El principio con más valor será, en este caso concreto, aplicado, el con menor valor será dejado de lado.⁴⁵⁷

El peso de los principios efectuado como resultado de la ponderación produce entonces, que se aplique alguno de ellos con preferencia sobre el otro. Pero esto no significa que siempre se va a resolver de la misma manera. Cada caso en particular cuenta con sus propias dificultades que deben ser analizadas para el caso concreto por el juzgador.

PRIETO SANCHÍS manifiesta que en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto: en principio, han de ser todos del mismo valor

⁴⁵⁵ Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Tercera Edición, España, 2014.

⁴⁵⁶ GUASTINI, Ricardo, “Interpretación y construcción jurídica”, *op. cit.* p.35

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 35.

pues, de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de colisión se impondría el de más valor.⁴⁵⁸

Sin duda, como resultado de la ponderación se produce una jerarquía de tipo axiológico móvil como refiere GUASTINI, que no puede ser utilizada mecánicamente en todos los casos de manera abstracta, sino que debe analizarse para cada concreto su aplicabilidad, la cual dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas que se presente en cada caso en particular.

BERNAL PULIDO explica que la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, estima que al igual que el silogismo, la ponderación es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos (la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación),⁴⁵⁹ mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.⁴⁶⁰

No obstante las extensas discusiones surgidas en el campo de la filosofía del derecho respecto a estos temas, advierte este último autor en forma apropiada,⁴⁶¹ que en el caso de los principios jurídicos, la ponderación se ha

⁴⁵⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". *Anuario de la Facultad Autónoma de Derecho de Madrid*, AFDUAM, 2001, no. 5, p. 212.

⁴⁵⁹ BERNAL PULIDO, "Estructura y límites de la ponderación", *op. cit.*, p. 8 y ss. En ese sentido, la ley de ponderación establece que "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"; la fórmula del peso consiste en un procedimiento o esquema utilizable para inferir cuál es el principio aplicable al caso concreto, mientras que las cargas de argumentación "operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, pp. 226-227. No obstante, ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, *op. cit.* p 17, considera que el que las colisiones entre principios deban resolverse en el caso concreto, no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para el caso concreto. Antes bien, estima, pueden establecerse con ocasión de la decisión para para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos.

⁴⁶¹ BERNAL PULIDO, "Estructura y límites de la ponderación", *op. cit.*, p. 5.

convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales,⁴⁶² que se encargan de la aplicación de normas que, como ocurre con los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios.⁴⁶³

En su labor interpretativa tanto el Tribunal Constitucional como el ordinario se enfrentan a situaciones concretas donde deben determinar el peso, preponderancia o prevalencia de dos o más principios que se vean envueltos en una colisión interpretativa en su aplicación a un asunto concreto. Luego argumentar y aplicarlo al caso *sub iudice*, máxime si se considera que ambos principios resultarían aplicables y será el ejercicio ponderativo que permitirá para el caso concreto, determinar su observancia.

10.4 La ponderación aplicada por la Corte de Constitucionalidad

Explica ATIENZA que la técnica de la ponderación tiene una gran presencia en numerosos tribunales latinoamericanos –especialmente, en Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales–, lo que en buena medida ha sido una consecuencia de la recepción de las ideas al respecto de ALEXY que, a su vez estima, pueden considerarse como una racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad.⁴⁶⁴

En ese aspecto, Guatemala no es ajena a la utilización de la ponderación en la solución de colisiones que surgen entre derechos. De esa forma, existen

⁴⁶² ALEXY expresa que: “Uno de los principales temas en el actual debate sobre la interpretación de derechos fundamentales es el papel de la ponderación o el balanceo. La ponderación juega un papel central en la práctica de muchos tribunales constitucionales. En el derecho constitucional alemán la ponderación forma parte de un principio más amplio: el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitssatz*).” VID. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *Jueces y ponderación argumentativa*. Coordinadores: Miguel Carbonell, J. Jesús Orozco Henríquez y Rodolfo Vázquez. Serie Estado de Derecho y Poder Judicial. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, p. 1.

⁴⁶³ BERNAL PULIDO, “Estructura y límites de la ponderación”, *Op. cit.*, p. 5.

⁴⁶⁴ ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, *op. cit.*, p. 46.

diversas sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad en el ámbito jurídico guatemalteco, que hacen referencia a la ponderación como método para la aplicación de principios jurídicos o de derechos fundamentales que se encuentren en conflicto. La C.C. parte de la premisa de que no existen derechos absolutos, para concluir que un derecho puede ceder ante otro, para lo cual valora los beneficios o ventajas que los mismos representen para el interés general. Así, en sentencia de cuatro de diciembre de dos mil siete; expediente 184-2007, resolvió que:

“[e]s fundamental la ponderación de esos principios constitucionales, para determinar cuál debe prevalecer en un caso concreto, tomando en cuenta los beneficios o ventajas que representa para el interés general. Tal ponderación tiene sustento en el hecho que no existen derechos absolutos, por lo que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, un derecho fundamental puede ceder ante otro.”

La C.C. ha resuelto diversos conflictos surgidos entre distintos derechos en los cuales ha tenido que efectuar un juicio ponderativo entre dos derechos. Sin embargo aún existen equívocos en cuanto a la determinación procedimental de la ponderación. Así, a manera de ilustración para los fines de esta investigación, se encuentra el siguiente caso:

10.4.1 Caso concreto: Debido proceso y el interés superior del niño (derecho a no ser revictimizado)⁴⁶⁵

10.4.1.1 Antecedentes

En el caso concreto la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de La Antigua Guatemala declaró sin lugar la apelación interpuesta por el acusado, en contra de la resolución dictada por la Juez de Primera Instancia Penal,

⁴⁶⁵ C. C. sentencia de 8 de julio de 2014, expediente 839-2014.

Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de Santiago Atitlán del departamento de Sololá, que declaró sin lugar el recurso de reposición interpuesto.

Como consecuencia, confirmó la decisión de rechazar determinados medios de prueba ofrecidos por el amparista, dentro del proceso penal que se tramitó en su contra por los delitos de violación con circunstancia especial de agravación de la pena y amenazas. El medio de prueba ofrecido por el procesado y que le fue rechazado por innecesario e impertinente, es la declaración testimonial de la presunta víctima menor de edad.

10.4.1.2 Supuesta colisión de derechos en el caso concreto

El amparista estimó vulnerados el derecho de defensa y el principio jurídico al debido proceso, para lo cual argumentó que la autoridad cuestionada, al emitir la decisión que constituía el acto reclamado, valoró los medios de prueba ofrecidos en su oportunidad, lo cual considera que era una facultad que le competía exclusivamente al Tribunal de Sentencia respectivo y en una fase procesal distinta a la que consta en las actuaciones. De ahí que, los derechos que entraron en colisión fueron los derechos de defensa y al debido proceso y el derecho de no ser revictimizado.

10.4.1.3 Solución de la Corte de Constitucionalidad y examen de ponderación

La Corte de Constitucionalidad estimó que el actuar de la autoridad cuestionada, al confirmar el rechazo como medio de prueba de la declaración testimonial de la presunta víctima, fue acertado, pues evitó que la reproducción de ese medio probatorio provocara la revictimización de la adolescente sobre la que posiblemente había recaído la acción delictiva que se investigaba, sin que esa

decisión pueda conculcar el derecho de defensa o el debido proceso del procesado, ya que, como se anotó, la referida declaración testimonial constaba en autos en calidad de anticipo de prueba.

Para llegar a la conclusión anterior, la Corte de Constitucionalidad procedió a argumentar que la Sala relacionada al resolver el caso concreto había realizado un examen de ponderación de derechos fundamentales y consideró viable proteger a la adolescente, fundamentándose en lo establecido en el artículo 116 literal k) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia⁴⁶⁶, el cual es acorde a la legislación internacional en la materia, específicamente a lo dispuesto en el artículo 3 párrafo 1 de la Convención sobre Derechos del Niño,⁴⁶⁷ y en consecuencia apreció que dicha norma debía observarse, porque el principio que allí se plasma - el interés superior del niño - establece que los menores tienen derecho a ser respetados y a que antes de cualquier toma de decisiones que les afecten, se adopten aquellas medidas que los salvaguarden y no aquellas que conculquen su dignidad como sujetos de protección especial. Ante esa argumentación, resulta necesario enfatizar que conforme señala ATIENZA: “[l]a ponderación supone que el razonamiento justificativo de un juez no arranca de reglas, sino de principios.”⁴⁶⁸

Para efectos de estudio, resulta interesante manifestar que si bien es cierto, la Corte de Constitucionalidad arribó a la conclusión que en el caso concreto, entre la colusión de los derechos de defensa y al debido proceso y el interés superior del niño (derecho a no ser revictimizado), debe prevalecer este último, no efectuó un examen de ponderación concreto mediante el cual analizara

⁴⁶⁶ El artículo 116 literal k) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, indica lo siguiente: “La niñez y la adolescencia amenazada o violada en sus derechos gozarán de las siguientes garantías procesales: [...] k) a evitar que sea revictimizado al confrontarse con su agresor en cualquier etapa del proceso”.

⁴⁶⁷ El artículo 3 párrafo 1. de la Convención sobre Derechos del Niño, prescribe que: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁴⁶⁸ ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, *op. cit.* p. 56.

argumentativamente el grado de afectación o de no satisfacción de los primeros dos derechos y la importancia que se origina con la satisfacción del interés superior del niño.

En otras palabras, no ponderó adecuadamente el grado de afectación de los principios relacionados en el asunto específico, lo cual podría realizarse conforme a la escala triádica formulada por ALEXY, referente a que el grado de afectación en el caso concreto puede ser leve, medio o intenso, con relación a cada uno de los principios mencionados. Aunado a ello, es necesario adicionar que además de la variable concerniente al grado de afectación, debía haberse considerado la variable del peso abstracto de los principios que entraron en colisión.

Ciertamente, la CC realizó una reseña de la ponderación efectuada por la autoridad reclamada en amparo,⁴⁶⁹ y mostró su aquiescencia con la sentencia impugnada, pero no desarrolló su propio juicio ponderativo, que con seguridad habría añadido otros elementos que surgían del caso concreto. En efecto, debió examinar exhaustivamente si se producía una colisión entre los derechos a la defensa y al debido proceso, como alegaba el solicitante del amparo (el acusado), contenidos ambos en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de

⁴⁶⁹ La Corte de Constitucionalidad en la referida sentencia, en lo conducente, manifestó lo siguiente: “Ahora bien, en cuanto al rechazo como medio de prueba de la declaración testimonial de la presunta víctima –menor de edad-, la autoridad cuestionada estimó que su reproducción en el debate resultaba innecesaria e impertinente pues ese testimonio obraba ya en las actuaciones en calidad de anticipo de prueba y al confirmar el rechazo en la resolución que se señaló como acto reclamado, agregó que, de admitirlo, se estaría violentando el derecho de la menor a no ser revictimizada, decisión que se estima, fue asumida conforme a derecho, pues, por la naturaleza del hecho delictivo que se investiga, resulta menesteroso evitar cualquier tipo de experiencia que reviva los recuerdos de los posibles hechos ocurridos. Así lo ha considerado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues en la sentencia de 31 de agosto de 2010, en el caso Rosendo Cantú y otra vs. México, estimó: “... POR OTRA PARTE, EL TRIBUNAL OBSERVA CON ESPECIAL PREOCUPACIÓN QUE LAS AUTORIDADES A CARGO DE LA INVESTIGACIÓN CENTRARON SUS ESFUERZOS EN CITAR A DECLARAR DIVERSAS VECES A LA SEÑORA ROSENDO CANTÚ, Y NO EN LA OBTENCIÓN Y ASEGURAMIENTO DE OTRAS PRUEBAS. LA CORTE DESTACA QUE, **en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido...**” (el resaltado es propio de ese Tribunal).

Guatemala, el primero taxativamente en el texto constitucional y el segundo mediante interpretación jurisprudencial efectuada por la Corte de Constitucionalidad, por tratarse de un derecho innominado,⁴⁷⁰ frente al interés superior del niño (derecho a no ser revictimizado), contenido en una norma de carácter internacional.⁴⁷¹

En este caso, no procedía la ponderación entre principios, por tratarse de principios jurídicos de distinta jerarquía, aunque hubiera resultado interesante si los requirentes hubieran fundamentado su pretensión de los derechos de defensa y del debido proceso en lo dispuesto en el artículo 8 de la CADH, porque en este supuesto se trataría de dos principios con rango convencional. Acá pues, acorde con lo que resolvió el tribunal de primera instancia, aunque no con la denominación de ponderación considerada, es procedente una interpretación conforme a la Convención atinente, porque en todo caso lo que se busca en la aplicación del principio que contenga una mayor protección de la persona.

Explicado lo más relevante de los principios jurídicos, su trascendencia, su método interpretativo y las controversias que el mismo genera, se ha procurado contextualizar de manera general, el ámbito iusfilosófico en el que se discute su operatividad. Pero en el siguiente capítulo se expondrán los aspectos generales relevantes de los principios informadores del Derecho Penal, entre los cuales cabe destacar, la diversidad denominativa que existe en torno a los mismos.

Además, se argumentará lo concerniente al *ius puniendi* como entorno en el cual se desarrollan los principios informadores, al procurar servir de límite al

⁴⁷⁰ Puesto que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la CPRG, “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.”

⁴⁷¹ Aunque debe tenerse en cuenta que tanto el derecho de defensa como el debido proceso, de mayor amplitud, tienen fundamento también en el derecho internacional, para el caso, la CADH, pues la Corte IDH ha considerado que: “[e]l concepto del debido proceso en casos penales debe incluir, por lo menos, las garantías mínimas a que hace referencia el artículo 8 de la Convención. Al denominarlas mínimas ésta presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal.” Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos, del 25 de noviembre de 1990, párr. 24.

mismo en aras de proteger los derechos de las personas. Por último, en ese mismo contexto, se describirán brevemente las manifestaciones delincuenciales actuales y la importancia de la observancia de los referidos principios.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL

1. ASPECTOS RELEVANTES

El Derecho Penal cuenta con principios propios surgidos esencialmente como resultado del liberalismo y de la ilustración que pretenden limitar el poder punitivo estatal o *ius puniendi*, a efecto de evitar que en el ejercicio de ese poder se cometan excesos o arbitrariedades que conculquen los derechos de las personas. En ese orden de ideas, BUSTOS y HORMAZÁBAL expresan que la potestad punitiva penal del Estado se encuentra sujeta a límites materiales, esto es, límites que están directamente relacionados con sus bases de sustentación y estos límites al *ius puniendi* se expresan en forma de principios que tienen base constitucional.⁴⁷² Por consiguiente, resulta significativo traer a colación lo expresado por ROXIN, relativo a que:

“[u]n Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención

⁴⁷² BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, Madrid: Trotta, 1997, p. 64.

arbitraria o excesiva del "Estado Leviatán".” (Lo resaltado pertenece al original)⁴⁷³

En efecto, para que no se produzca ese Estado Leviatán de corte absolutista de conformidad con lo que reflejó HOBBS y como se expuso en el Capítulo I de esta investigación, se requiere tener limitaciones al ejercicio del poder. En ese sentido, el Derecho Penal es un mecanismo formal de control social que básicamente procura prevenir los hechos delictivos y reaccionar cuando los mismos han acaecido, pero la protección de esos bienes jurídicos tutelados en ningún momento significa un uso desmedido del poder estatal en contra del supuesto agresor. Por eso resulta ser primordial que su uso sea subsidiario y de *ultima ratio* y evitar de manera la utilización arbitraria o injustificada de la violencia, frente a comportamientos humanos que no requieren de tal reacción.

Acá es donde juegan un importantísimo papel los principios informadores del Derecho Penal, puesto que expone BACIGALUPO, se trata de un conjunto de principios que en el curso del desarrollo histórico del derecho represivo fueron convirtiéndose en los criterios legitimadores de la coacción penal y que son límites a la coacción penal del Estado impuestos por la protección de la libertad.⁴⁷⁴ Es así que, la plena observancia de estos principios muestra el grado cumplimiento de los fines de un Estado Democrático de Derecho, al limitar el poder estatal y como consecuencia evitar su abuso o ejercicio arbitrario y a la vez pretende proteger los derechos de las personas.

2. INFLUENCIA DECISIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

En el Derecho Constitucional contemporáneo, ha sido principalmente el denominado neoconstitucionalismo, el que ha venido a darle un nuevo impulso a los principios de Derecho Penal al sustraerlos del ámbito ordinario y tradicional

⁴⁷³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*, op. cit. p. 137.

⁴⁷⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, op. cit., p. 75.

establecido en el texto penal y ampliarlos y constitucionalizar los existentes, al dotarlos de un dinamismo práctico impensable en el clásico modelo positivista. Cabe recordar que el Derecho Penal subjetivo expresa el uso concreto del poder sancionador que hace el Estado dentro del marco que le fija la Constitución del Estado, es decir, conforme a los principios legitimantes del Derecho Penal.⁴⁷⁵ De hecho, como se ha hecho referencia con anterioridad a lo expresado por DONNINI, “cuando interviene el derecho penal de los principios constitucionales, aumenta mucho la posibilidad de una “relectura” *ex novo* de un completo sistema penal.”⁴⁷⁶

Los principios⁴⁷⁷ informadores son normas fundamentales, conforme a la concepción de GUASTINI, porque son normas que:

- a) En primer lugar, caracterizan el sistema jurídico del cual tratan (o de uno de sus sectores), en el sentido que constituyen un elemento esencial para la identificación de la fisonomía del sistema;
- b) En segundo lugar, dan fundamento axiológico (otorgan justificación ético política) a una pluralidad de otras normas del sistema;
- c) En tercer lugar, no exigen a su vez algún fundamento, alguna justificación ético política, porque son concebidas, en la cultura

⁴⁷⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*, op. cit., p. 27.

⁴⁷⁶ DONNINI, Massimo: “Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal; el uso judicial del Derecho Penal de los principios”. *Revista de Estudios de la Justicia*, 2004, no. 5, p. 172.

⁴⁷⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el Derecho*. Lima: Grijley, 2013, p. 207, manifiesta: “El análisis teórico muestra que esos principios pertenecen a tres categorías (a) las normas (las disposiciones legales) del derecho en vigor; (b) las reglas que son las premisas o las consecuencias de las (a); (c) otras reglas o construcciones que no pertenecen ni a la categoría (a) ni a la (b). La lengua del derecho emplea el término “principio”, pero para simplificar esta exposición se debe aceptar, en primer lugar, que la práctica judicial y la ciencia al utilizar el término “principio” tienen en cuenta también la forma en que se emplea en la lengua del derecho; y, en segundo lugar, que el análisis de la relación entre la práctica y la ciencia del derecho rebasa los límites de nuestro trabajo. Esta limitación es necesaria, pues no es posible tratar un tema tan vasto y complicado con ocasión de una discusión sobre la interpretación de los principios del derecho.”

jurídica existente, como una norma evidentemente “justa” o “correcta”.⁴⁷⁸

Aunado a ello, es innegable la trascendencia adquirida actualmente por los principios informadores –de carácter constitucional– porque como refiere BACIGALUPO, en la actualidad no cabe discusión alguna respecto de la vinculación de la ley penal con estos principios superiores, puesto que dicha vinculación se encuentra lejos de constituir una opción metodológica libre del legislador o del intérprete de la ley.⁴⁷⁹ De ahí, que su observancia se ha generalizado tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, aunque no se encuentren expresamente establecidos en la ley penal. En efecto, los principios informadores penales muestran una relevancia no solamente en el Derecho Penal, sino en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional (Penal, Humanitario y de los Derechos Humanos).

Cabe resaltar, como lo refiere WINTER ETCHEBERRY, que generalmente se identifica el Derecho Penal, más que cualquier otra rama del Derecho, como un “derecho de principios” debido a que la lesión de bienes jurídicos que lleva a cabo la intervención punitiva requiere la más potente restricción y esta debe estar regulada por los principios que desde larga data son considerados como

⁴⁷⁸ GUASTINI, Riccardo. “Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, *op. cit.*, p. 634.

⁴⁷⁹ BACIGALUPO, Enrique, Principios Constitucionales de Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 232 y 233. Agrega este autor que: “A la inversa: la validez de los textos y de las interpretaciones de los mismos dependerá de su compatibilidad con estos principios superiores. De esta manera, la interpretación de la ley penal depende de la interpretación de la Constitución. Ello se manifiesta en un doble sentido a través de técnicas interpretativas que permiten la realización, en principio, de la supremacía de la Constitución. Por un lado, se reconoce a los derechos fundamentales un efecto irradiante en el derecho ordinario, de tal forma que éste debe ser entendido sin alterar el contenido fundamental de los derechos fundamentales. Por otro, se impone una interpretación del derecho ordinario conforme a la Constitución, es decir, mientras ello sea posible, las normas se deben entender sin contradecir la Constitución: ello hace innecesaria la declaración de nulidad de normas que, en principio, pueden ser entendidas, mediante una interpretación adecuada, de conformidad con la Constitución. En la práctica esta técnica interpretativa adquiere una especial significación en relación al derecho previo a la Constitución, que, una vez entrada ésta en vigor, debe ser adaptado a ella, en principio, por vía interpretativa.”

esenciales para limitar el Derecho Penal.⁴⁸⁰ Realmente, existen principios en materia penal aplicables en distintas situaciones que son observados de manera ordinaria en la *praxis*, por encontrarse contenidos explícitamente en la ley penal o en la propia Constitución, o bien, no se encuentran contenidos en ellas, pero son aplicados judicialmente. En efecto, la mayor parte de principios se observan decisivamente vía interpretativa constitucional, sea que se encuentren en el propio texto o no, y legitiman la utilización del Derecho Penal, haciendo flexible su aplicación referente al fenómeno delictivo. No desde una percepción en cuanto a su efectividad, sino que desde una posición donde se prioriza a la persona como fin del Derecho y no como un medio. Es decir, se requiere que los principios sean estudiados –según expresa YACOBUCCI– no en un análisis meramente funcional sino axiológico, esto es, legitimador.⁴⁸¹

BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALAREÉ por otra parte, exponen que la potestad normativa penal del Estado está sujeta a límites materiales que se encuentran directamente relacionados con sus bases de sustentación y que como se mencionó anteriormente se expresan en forma de principios, los cuales poseen una base constitucional.⁴⁸² Este fundamento constitucional ha resultado intrínseco y sumamente expansivo en el desarrollo práctico de los principios informadores debido a que, conforme afirma YACOBUCCI, el punto de partida del conocimiento penal por lo tanto parece ir más allá del texto legal, pues supone el impacto de fines y orientaciones que no pueden ser "leídas" sino comprendidas dentro de un contexto filosófico, político y cultural.⁴⁸³ Añade este autor, que es por eso que el saber penal clásico a raíz de su excesiva formalización y apego a los postulados

⁴⁸⁰ WINTER ETCHEBERRY, Jaime. "Situaciones actuales en la frontera del principio de proporcionalidad". *Revista de Estudios de la Justicia*. 2012, no. 17, p.106.

⁴⁸¹ YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales, op cit.*, p. 61.

⁴⁸² BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal, op. cit.*, p. 64.

⁴⁸³ YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales, op cit.*, p. 45.

positivistas, deja de tener respuestas reales para los problemas del Derecho Penal.⁴⁸⁴

El Derecho Penal no se comprende únicamente desde el marco legal, sino desde los principios que lo legitiman y lo informan.⁴⁸⁵ Cuenta con sus propios principios, de los cuales algunos han sido incorporados al texto constitucional y por ende, aplicables a otras disciplinas jurídicas pero además, en su campo de aplicación se pueden adaptar otros que responden a la estimativa y finalidad constitucional. Los principios se muestran dúctiles en la solución de casos concretos y coadyuvan en la comprensión del sentido jurídico en la consecución de justicia.⁴⁸⁶

El carácter invasivo de la Constitución ha irradiado un campo fértil, el Derecho Penal, que ha provocado de manera indefectible una reinterpretación de la tradicional visión interpretativa excesivamente formalista y restringida dirigida con exclusividad al texto legal. E incluso, el carácter restringido de los principios como legado del liberalismo, han pasado de ser considerados limitativos del ejercicio de la potestad punitiva del Estado casi con exclusividad, a ser interpretados como protectores de las personas ante graves violaciones de los

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 46. Agrega este autor que: “Es en este marco donde debe inscribirse la crisis de aquel conocimiento penal que suponía el aseguramiento absoluto del valor certeza gracias a la conceptualización y sistematización normativa. A partir de su cuestionamiento surgen los criterios teleológicos como modos adecuados de enfrentar que el derecho penal, tanto como realidad cuanto como conocimiento, está orientado a fines y estos poseen relevancia político-jurídica.”

⁴⁸⁵ Cualquiera sea el contenido que el Parlamento pretenda dar a la ley, su funcionamiento real, su aplicación, será siempre más limitado que los principios superiores que fijan barreras insuperables a las mayorías parlamentarias, y son capaces de vaciar o modificar profundamente el alcance de una ley. El único poder que realmente puede controlar las leyes a la luz de los principios es el poder judicial.

⁴⁸⁶ Luis RECÁNSENS SICHES dice al respecto: “No cabe entender el sentido de lo jurídico si prescindimos de la referencia a ideales de justicia. No es que la definición del Derecho lo contenga en su seno; porque si fuese así, perdería su dimensión de universalidad. Pero si bien la definición del Derecho no alberga dentro de sí los supremos valores jurídicos, sin embargo, los mienta, se refiere a ellos intencionalmente. Si borrásemos del Derecho positivo esa mención de principios no positivos, no nos quedaría de él nada más que un conglomerado caótico de puros hechos incomprensibles.” *VID. Tratado General de Filosofía del Derecho*. Decimonovena edición. Ciudad de México: Editorial Porrúa. 2008, p.

derechos humanos. Especialmente en América en materia de Derecho Internacional de Derechos Humanos, por la activa labor desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que con generalidad marca la pauta para que los mismos sean más protectores de la persona, sobre todo en materia de graves crímenes contra la humanidad.

A nivel interno, el Estado en la promulgación y aplicación de las normas penales ha de mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas,⁴⁸⁷ pues los mismos además de informar al Derecho Penal estructuralmente le otorgan el reconocimiento de un Estado Democrático Constitucional. Sin embargo, deben ser los jueces, vinculados doblemente, a la Constitución y a la ley, los principales protectores de este nuevo redimensionamiento de la función jurisdiccional y transformarse de “simples” aplicadores de la ley a verdaderos garantes de la Constitución como se ha explicado.

En efecto, los jueces también tienen la responsabilidad de respetar dichos principios orientando su actuación con arreglo a ellos, porque no basta que la norma sea formalmente válida, esto es, que haya sido dictada cumpliendo con los requisitos constitucionales en su tramitación, sino que es necesario que sea también materialmente válida.⁴⁸⁸ Justamente, como efecto de la constitucionalización del Derecho la función principal de los jueces y magistrados, se ha revalorizado, al punto de otorgársele el papel principal en el proceso: ser garantes de la Constitución. Ahora, es responsabilidad de los mismos mantener esta posición⁴⁸⁹ y de procurar que la axiología del texto constitucional se conserve viva ante los diversos problemas o conflictos que se susciten y que precisen de su impecable observancia.

⁴⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 64.

⁴⁸⁹ RUANO GODOY, Edgar Orlando. “Redimensionamiento de la función jurisdiccional: El juez, de aplicador de la ley a garante de la Constitución”, *op. cit.*, p.79.

3. DIVERSIDAD DENOMINATIVA Y CONTENIDO

Como sucede con otras figuras jurídicas, la denominación “principios informadores” no es uniforme y en la doctrina se les denomina de distintas formas dependiendo muchas veces del autor que los cite. Así, se les ha denominado también como principios limitantes, básicos, legitimadores, fundamentales, rectores o constitucionales de Derecho Penal, entre otros nombres, pero lo importante es que los mismos, aunque su denominación sea distinta, no extravíen su propia esencia.

En este trabajo de investigación, se utiliza el término “principios informadores” porque fundamentan o inspiran el Derecho Penal, esencialmente la actividad punitiva del Estado, y procuran evitar su extralimitación mediante la racionalización de su ejercicio. Esto con el propósito de proteger los derechos de las personas basados en la dignidad humana y en última instancia, la propia existencia del Estado Constitucional de Derecho instituido para su salvaguarda.

Cabe recordar que PÉREZ LUÑO, reconoce tres sentidos que pueden asignarse a los principios jurídicos: metodológico, ontológico y axiológico.⁴⁹⁰ De acuerdo a esto, los mismos pueden ser considerados como criterios de interpretación, como normas de aplicación directa, o bien, como valores orientadores del ordenamiento jurídico.

Así como no existe uniformidad en cuanto a la denominación de los principios penales, tampoco la existe con respecto a cuáles son los principios que lo integran. Sin perjuicio de otros principios informadores existentes, se analizarán nueve principios jurídicos, siendo estos, intervención mínima, protección exclusiva de bienes jurídicos, culpabilidad, legalidad, irretroactividad, *ne bis in idem*, humanidad de las penas, resocialización y proporcionalidad de las penas.

⁴⁹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos. 1990, pp. 289-90.

4. CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES

YACOBUCCI⁴⁹¹ efectúa una clasificación de los principios penales, dividiéndolos en cuatro grupos distintivos, encontrándose los mismos de la siguiente manera:

1. Principios constitutivos, configuradores o materiales.⁴⁹² Entre ellos incluye los de bien común político⁴⁹³ y de dignidad humana;⁴⁹⁴
2. Principios fundamentales del derecho penal de la modernidad: legalidad y culpabilidad;
3. Principios derivados, como serían entre otros, el de proporcionalidad, *ultima ratio*, subsidiariedad e intervención mínima; y,
4. Estándares, entendidos como niveles de eticidad exigida en la aplicación concreta de normas, principios o conceptos iuspositivos.

Es a los principios materiales a los cuales este autor les reconoce un valor especial, al considerar que en los mismos aparece una progresiva determinación histórica y cultural, verificable en los denominados principios fundamentales, en

⁴⁹¹ YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, *op cit.*, p. 126.

⁴⁹² Respecto de los principios penales materiales, YACOBUCCI, *Ibidem*, p. 126, estima que los mismos hacen presente la racionalidad surgida de valores propios de la persona dentro de la convivencia social. Esos principios pueden operar como instancia de justificación decisoria, especialmente en el nivel de aplicación e interpretación normativa. Garantizan de esa manera la seguridad jurídica, al evitar la arbitrariedad y hacer manifiesto el fundamento valorativo de la resolución en los conflictos más difíciles.

⁴⁹³ Expresa YACOBUCCI, *Ibidem*, p. 175, que la noción de bien común tiene el carácter de un valor síntesis dentro de la vida social, un valor que Néstor SAGÜÉS describe como comprensivo de todos los demás y que es reconocido desde siempre por el Tribunal Constitucional argentino.

⁴⁹⁴ Al respecto YACOBUCCI, *Ibidem*, p. 182, indica que el carácter principalísimo, es decir la importancia del bien comunitario, tiene, pues, en la dignidad de la persona humana su núcleo primario de significación, ya que el hombre es por naturaleza un ser social y político. Por eso considera, que los principios de bien común político y de dignidad humana convergen en un plano de natural igualdad significativa, ya que son mutuamente dependientes en la Constitución Argentina.

los principios derivados y en los estándares del derecho penal.⁴⁹⁵ No obstante, estima que los principios fundamentales y buena parte de los derivados adquieren cierta objetivación a partir de la influencia de los principios materiales y que en gran medida, los principios de bien común y dignidad de la persona humana deben reflejar su contenido axiológico en la determinación de los principios de legalidad y de culpabilidad.⁴⁹⁶

ZAFFARONI⁴⁹⁷ considera que a efectos de exposición, es posible agrupar los principios en tres órdenes, siendo estos los siguientes:

1. Principios que constituyen el conjunto de manifestaciones particulares del general principio de legalidad o de máximo de legalidad. Entre estos incluye los principios de legalidad, irretroactividad y de máxima taxatividad legal e interpretativa;
2. Principios que excluyen toda pretensión punitiva que incurra en grosera incompatibilidad con los Derechos Humanos. Contempla los de lesividad, humanidad, trascendencia mínima, la prohibición de doble punición, la buena fe y el *pro homine*; y,
3. Principios que limitan la criminalización, derivándose en forma directa del principio del estado de derecho o del principio republicano de gobierno. Entre estos, considera el de agotamiento material.

Por último, para efectos de sistematización del presente trabajo presento la siguiente clasificación:

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 126.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 126.

⁴⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro Derecho Penal. Parte General, *op. cit.* p. 111.

1. Principios de legitimación estatal relativos a la punición. Son principios indispensables que otorgan legitimidad al Estado Constitucional Democrático en el ejercicio del *ius puniendi*. Estos son los de intervención mínima, exclusiva protección de bienes jurídicos y culpabilidad.
2. Principios derivados de la estructura protectora de la ley penal. Estos principios hacen referencia a la función protectora que realiza la ley penal. Estos son los principios de legalidad, irretroactividad y *ne bis in idem*.
3. Principios de regulación equilibrada de las penas y sus consecuencias. Se aplican en materia de sanción penal en procura de garantizar su equilibrio en la punición estatal y en sus consecuencias. Aquí se incluyen los principios de humanidad de las penas, resocialización y el de proporcionalidad de las penas.

Si bien los nueve principios relacionados son indispensables para la limitación del *ius puniendi*, a efectos didácticos se realiza una clasificación relacionada con características comunes a los mismos que faciliten su estudio y que hagan más comprensible su observancia metodológica, ontológica y axiológica, en el campo del Derecho Penal.

5. PRINCIPIOS INFORMADORES Y SU FUNCIÓN LIMITADORA DEL *IUS PUNIENDI*

Hablar de derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia, de acuerdo con MUÑOZ CONDE.⁴⁹⁸ Añade, que violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el derecho penal, como robo, asesinato, terrorismo,

⁴⁹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 29.

rebelión, pero también, que es violenta la forma en que el derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos).⁴⁹⁹ O, como en similar sentido lo expone HASSEMER, al manifestar que: “Quien reflexione sobre la criminalidad y el Derecho penal se enfrentará a las miserias unidas de forma inherente con estos temas. Sangre y violencia, sufrimiento y muerte, miedo y luto son las dos caras de la moneda, es decir, el delito y la pena.”⁵⁰⁰

Por eso es que FERRAJOLI expresaba que: “Un sistema penal –puede decirse– está justificado únicamente si la suma de las violencias –delitos, venganzas y puniciones arbitrarias– que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas.”⁵⁰¹

En ese sentido, es indudable que el Derecho Penal conforma un mecanismo de control social de carácter formal que viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social que, como todos los restantes, persigue sus mismo fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, de normas, sanciones y proceso,⁵⁰² que

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 29.

⁵⁰⁰ HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 7. Agrega, que debido a esto el ser humano no solo ha averiguado, descubierto, condenado y sancionado, sino que también se ha preguntado si es que no se puede romper el círculo vicioso del delito y de la pena.

⁵⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. “El Derecho Penal Mínimo”, en *Prevención y Teoría de la Pena*, Director Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: Editorial Cono Sur, Limitada, 1995, p.39. Agrega, para el efecto, lo siguiente: “Naturalmente, un cálculo de este género es imposible. Se puede decir, no obstante, que la pena está justificada como *mal menor* –esto es, *sólo si es menor*, o sea menos aflictiva y menos arbitraria– respecto a otras reacciones no jurídicas y más en general, que el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos son los costos del *derecho penal* respecto a los costos de la *anarquía punitiva*.”

⁵⁰² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista”. *Revista Jueces para la Democracia*, España, 1997, p. 11.

constituyen los principios básicos, no sólo de la administración de justicia, sino del control social en su aspecto *laxo*.⁵⁰³

El Derecho Penal subjetivo *–ius puniendi–* puede definirse como una decisión político-criminal plasmada en una norma que declara punible un hecho y perseguible a su autor, siendo el *ius puniendi* expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima.⁵⁰⁴ Ahora, si bien es cierto, el Estado se encuentra legitimado formalmente para imponer sanciones penales a los infractores de las normas por encontrarse establecido en la ley, también lo es, que lo que fundamenta (funcionalmente) el recurso al derecho penal es su ineludible necesidad, tanto para garantizar la protección de la sociedad mediante la previsión general y especial de delitos, como del sujeto pasivo en particular.⁵⁰⁵ Sin embargo, la legitimación del Estado para sancionar constituye un problema complejo, que puede analizarse complementariamente en distintos enfoques: jurídico, político, social, filosófico.

No obstante, centralizando el enfoque jurídicamente, el *ius puniendi* debe contener además de la sanción que puede imponerse por el hecho delictivo cometido (aspecto retributivo), una “prevención” para que la población se vea desalentada para cometer un delito en el futuro (aspecto preventivo general) o bien, que la persona que ha cometido un hecho punible, no lo vuelva a cometer en otra oportunidad (aspecto preventivo especial).

⁵⁰³ “El contenido de estos elementos se desarrolla a través del Derecho penal material (por la vía de la imputación), del Derecho sancionatorio (a través de las penas y medidas) y del Derecho procesal penal (contenido en la Ley de Enjuiciamiento criminal y en la Ley Orgánica del Poder Judicial). Estos tres elementos, norma, sanción y proceso constituyen los principios básicos, no sólo de la Administración de Justicia, sino del concepto más amplio de control social.” Cfr. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Economía y al Derecho Penal*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1989, p.15.

⁵⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán: *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. 1, *op cit.*, p. 64. Agregan estos autores que sin embargo, esta potestad normativa penal del Estado está sujeta a límites materiales, esto es, límites que están directamente relacionados con sus bases de sustentación.

⁵⁰⁵ VID. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General. Madrid: Editorial Universitas, S. A., 1996, p. 79.

La actividad punitiva la ejercita el Estado como manifestación de su poder en protección de la convivencia social.⁵⁰⁶ Por eso, el logro de esa protección no puede traducirse en la utilización de mecanismos arbitrarios por parte del Estado, que son propios de un sistema autoritario y no de un sistema democrático de derecho, que lesionan los derechos de las personas sin importarles que estas son un fin en sí mismas.

Por consiguiente, en este último, prevalece el aspecto político-constitucional del *ius puniendi*, y se limita la potestad punitiva de castigar, mediante la incorporación de principios informadores al derecho penal, que no pueden tergiversar el contenido de la Constitución sino que al contrario, buscan su plena observancia garantista y se desarrollan en definitiva, en forma coherente con el texto supremo.⁵⁰⁷

Así lo reconoce, CREUS, al afirmar que:⁵⁰⁸

“Aunque se habla de limitaciones materiales (principios de necesidad de intervención del Estado, de protección de bienes jurídicos, de dignidad de la persona humana) y formales (principio de legalidad) [...], es indudable que en la consideración del sistema jurídico las

⁵⁰⁶ En ese sentido, HURTADO POZO, José, parte que: “La actividad punitiva constituye uno de los dominios en que el Estado ejerce su poder, con el fin de establecer o conservar las condiciones necesarias para el normal y buen desenvolvimiento de la vida comunitaria. La orientación que dé a su actividad penal, está determinada por las opciones sociopolíticas que haya adoptado en relación a la organización de la comunidad, en general.” *VID. Manual de Derecho Penal*, Lima: Eddili, Segunda Edición, 1987, p. 10.

⁵⁰⁷ La Corte Constitucional de Colombia ilustra claramente las limitaciones que impone la Constitución en el ejercicio del *ius puniendi*, especificando su fundamento y límites, de la siguiente manera: “Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados –particularmente en el campo de los derechos fundamentales– que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”. Sentencia C-038, del 09 de febrero de 1995.

⁵⁰⁸ CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, *Op. cit.* p. 6.

limitaciones prelegislativas del ius puniendi dependen de las normas fundamentales de dicho sistema, es decir, entre nosotros, de las constitucionales.”

Si se parte de manera general dentro del constitucionalismo moderno, uno de las obligaciones del Estado⁵⁰⁹ consiste en la protección de los derechos de las personas⁵¹⁰ con fin de mantener la convivencia social. En contrapartida, cuando alguna persona perturba la convivencia social mediante la realización de ciertas actuaciones en contra de otras personas, provoca indefectiblemente que el Estado se encuentre facultado a su vez para reaccionar con el propósito de mantener la referida convivencia. Pero, ¿cómo reacciona? ¿cómo se gradúa o limita su reacción? ¿actúa con justicia o con irrespeto a la misma? ¿se debe priorizar la eficacia o la protección de los derechos humanos?

La contestación a esas interrogantes precedentes no es sencilla sino al contrario, constituye una respuesta compleja que ha originado la formulación de corrientes de pensamiento penal que buscan darle una solución satisfactoria. A este respecto, asegura BACIGALUPO, no todo medio adecuado para impedir el delito puede ser por ello legítimo.⁵¹¹ Ciertamente, en el ejercicio del Derecho Penal

⁵⁰⁹ Por ejemplo, en el caso de Guatemala, desde el inicio, en el preámbulo de la Constitución Política de la República se establece la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social. Esta preponderancia que el texto constitucional reconoce explícitamente a la persona, e implica ya dentro del cuerpo normativo, como deber del Estado, garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, acorde como refiere el artículo 2º, o bien, al estimar que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia (art. 1º). Como puede observarse, se prioriza la protección de los derechos de las personas, como corresponde a un Estado Democrático de Derecho.

⁵¹⁰ En ese sentido, FALCÓN Y TELLA, Fernando, expone: “Se dice que el Estado tiene una obligación prima facie de proteger los derechos de los individuos a los que gobierna, derechos que pueden verse conculcados por los actos criminales. Es una obligación prima facie el tratar, en la medida de lo posible, de evitar estas infracciones antes de que ocurran. [...] Todos los individuos, los delincuentes también, comienzan siendo titulares de derechos tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y otros. Se trata de derechos contra el Estado así como contra otros individuos.” VID. “Examen Crítico de los diferentes tipos de Estado y el Derecho a Castigar”, en *Revista Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2005, Nueva época, núm. 2/2005, p. 355.

⁵¹¹ BACIGALUPO, Enrique: “Filosofía e Ideología de la Teoría de las Penas”, *Derecho y Humanidades*, 2010, no. 16, vol. 1, p. 21.

el Estado cuenta con instrumentos para alcanzar ese fin, sin violentar por ello el Estado Democrático de Derecho, como se ha indicado. Pero este ejercicio del *ius puniendi*, requiere ser ejercitado con fundamento en el derecho penal del acto, propio de un Estado democrático y no del autor, como priva en un Estado autoritario.⁵¹²

Y además, es injustificable efectuar una distinción generalizada entre personas a quienes se les considera “merecedoras” de ser aptas para gozar de la protección de los derechos fundamentales, frente a otras que por atentar contra la seguridad del Estado, en la práctica no se les reconoce la calidad de personas. En otras palabras, se efectúa una diferenciación dicotómica entre “persona y no persona”. Esta distinción, propia del denominado “Derecho del Enemigo” sustentada por JAKOBS, se fundamenta filosóficamente, según lo ha estudiado PORTILLA CONTRERAS, en aspectos de índole contractualista (HOBBS y KANT), schmittiana (SCHMITT) y estructural-funcionalista (LUHMANN).⁵¹³ De ahí que se inculca el temor a regresar al estado de naturaleza anárquico; a distinguir entre enemigo externo e interno frente al considerado amigo y donde prime la defensa de la seguridad del Estado, sin que importe siquiera la inexistencia de los principios liberales. Agrega este autor:⁵¹⁴

⁵¹² La distinción entre derecho penal de acto y derecho penal de autor resulta imprescindible para la sustentación de un verdadero Estado Democrático de Derecho, porque al seleccionar el derecho penal de acto, se va a juzgar a la persona por lo que supuestamente hizo y no por aspectos puramente personales, que resultan independientes de su conducta. Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, sentencia de 20 de junio de 2005: “En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía”

⁵¹³ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “Bases teóricas del “nuevo” derecho penal schmittiano: el derecho penal y procesal penal del ‘enemigo’”, *Ius: Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2007, no. 19, p. 10 y ss.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p.

“El Derecho penal de la posmodernidad exhibe simultáneamente dos caras opuestas. En una de ellas, el sujeto sólo responde por la lesión del valor tutelado, la pena adquiere funciones preventivas y no se interrumpen las garantías constitucionales. En la otra, por el contrario, el sujeto aparece como emanación de peligro, como un riesgo potencial para la seguridad del Estado. Es el reingreso de la guerra justa y preventiva como paradigma del nuevo sistema penal. Hablamos entonces de un singular Derecho penal de excepción cuyo fin es combatir futuras amenazas, y que restringe garantías fundamentales por su supuesta traba a la razón de Estado.”

Ahora bien, el *ius puniendi* que posee el Estado, el cual en un Estado Democrático de Derecho debe aplicarse a todas las personas sin distinción alguna entre “amigo o enemigo”, le permite imponer una pena o una medida de seguridad dentro de un sistema de principios denominados limitativos al derecho de castigar. Lo anterior, permite introducir una “barrera” ante posibles arbitrariedades.⁵¹⁵

Estos principios de Derecho Penal constituyen una concreción de la idea del Estado de Derecho y se refieren básicamente a la previsibilidad de la acción represiva por el ciudadano y a los límites de esta acción.⁵¹⁶ Se persigue priorizar la protección de bienes jurídicos mediante la previsión, en lugar de una generalización de la represión.

En otro aspecto, la potestad punitiva se ejerce primordialmente por dos de los poderes del Estado, esencialmente en dos situaciones distintas: en el proceso de creación de las leyes (Congreso o Parlamento) y en el de la aplicación de esas leyes en casos concretos sometidos a su decisión (jueces)⁵¹⁷, pues como señala

⁵¹⁵ MEDINA CUENCA, Arnel. “Los Principios Limitativos del *Ius Puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad”. *Ius: Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2007, p. 88.

⁵¹⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General, Derecho Penal. Parte General*. 2ª Edición, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 232.

⁵¹⁷ Lo anterior, sin demeritar la función que desarrolla el poder ejecutivo en el ejercicio de la potestad punitiva

QUINTERO OLIVARES,⁵¹⁸ en el fondo se reduce a dos problemas: “Límites que el Estado de Derecho Impone al que detenta la potestad en orden a la construcción del sistema penal positivo, y, en segundo lugar, límites que el Estado de Derecho establece en orden a la aplicación y ejecución de las penas sobre un autor concreto.”

Ante esta situación, los principios informadores del Derecho Penal, se convierten en límites inabordables, que como una muralla enhiesta contenga el ímpetu del Estado en utilizar su poder para castigar, al imponerle restricciones, con el fin de evitar que utilice el derecho penal como un mecanismo de represión ordinario e irrestricto. Este constituye uno de los aspectos, que de acuerdo con FERRAJOLI, permiten que la ley penal se justifique en cuanto ley del más débil, orientada hacia la tutela de sus derechos contra las violencias arbitrarias del más fuerte.⁵¹⁹

Los límites al poder punitivo estatal son necesarios para su control racional en forma coherente con los derechos fundamentales de las personas, pues, de lo contrario, sucedería lo manifestado acertadamente por HASSEMER, cuando, asevera que: “sobre un control social represivo, poco claro, primitivo y desproporcionado no se puede construir un Derecho penal civilizado”.⁵²⁰

En lugar de buscarse cada vez más la observancia de un Derecho Penal mínimo, la tenencia es en mayor medida, el incremento severo de las penas para ciertos tipos de delitos, en el cual ya no se valora el resultado de los mismos, sino el peligro que tales actividades u omisiones delictivas pueden provocar. El Derecho Penal dentro de un Estado Democrático de Derecho, debe ser un

⁵¹⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Pamplona: Editorial Aranzandi, segunda edición, 2000, p. 66.

⁵¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995, p. 335. Esto resulta parcialmente cierto, porque contrario a esta concepción, el Derecho Penal es un mecanismo de control social, es decir, pretende el mantenimiento de la convivencia social y no debe olvidarse el rol de la víctima, puesto que obviarlo, puede generar impunidad.

⁵²⁰ HASSEMER, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal, op. cit.*, p. 15.

mecanismo que no sólo limite el poder punitivo estatal, sino que garantice los derechos de los particulares.

Entre más se pretenda aplicar el Derecho Penal en detrimento de las otras disciplinas jurídicas que resultan menos gravosas para los particulares, mayor será el riesgo de quebrantar el orden democrático y constitucional, en aras de lograr una espuria eficiencia de los órganos gubernamentales encargados de la seguridad nacional.

El Derecho Penal mínimo como sinónimo del garantismo penal,⁵²¹ no constituye en sí mismo una herramienta para combatir la delincuencia, porque no es esta su función. Para lograr tal finalidad, el Estado debe construir y aplicar una política criminal que combata principalmente la impunidad sin distinción alguna y el fortalecimiento del sector justicia. Esto no se logra con la pretensión de limitar los derechos de los particulares y de incrementar las penas. Frente al deseo de que prive en ciertos delitos un derecho penal de autor, debe serse enfático en la observancia de un derecho penal de acto, donde prevalezca el principio de culpabilidad individual y la plena observancia de los derechos fundamentales.

6. VALORACIÓN DEL *IUS PUNIENDI* POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

6.1 El *ius puniendi* y su conexión con la soberanía estatal

En el ejercicio del *ius puniendi* el Estado tiene la potestad de establecer las faltas, los delitos y las penas que se impondrán por la comisión u omisión de los hechos considerados punibles en la ley penal, así como de perseguir penalmente

⁵²¹ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo Penal*, *op. cit.*, p. 11, expresa en ese sentido lo siguiente: “[G]arantismo´ y ´derecho penal mínimo´ son, en efecto términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial– sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona.”

los mismos.⁵²² De tal modo que las personas tienen el resguardo legal de conocer previamente, debido a la observancia del principio de legalidad⁵²³ por parte del Estado, cuáles conductas están consideradas como punibles. Es así que, esas conductas consideradas disvaliosas pueden ser sancionadas en los supuestos en que alguna persona realice dentro del territorio del Estado –principio de territorialidad–, o en casos específicamente determinados en la ley penal, en el extranjero –principio de extraterritorialidad– un hecho que de conformidad con la ley penal de ese Estado, constituya delito.

El Estado tiene el deber de combatir la delincuencia y por ende procurar la defensa de la sociedad, pero tiene que hacerlo en el marco de observancia de los principios y preceptos normativos (reglas) de los derechos humanos. De ese modo lo ha reconocido la Corte IDH, al manifestar lo siguiente:⁵²⁴

“Tal como lo ha señalado este Tribunal, está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Existe un amplio reconocimiento de la primacía de los

⁵²² Al respecto, ETCHEBERRY, Alfredo manifiesta que: “La función represiva está reservada en forma exclusiva hoy día al Estado. Sólo éste puede dictar normas que establezcan delitos e impongan penas. Podría todavía decirse que esta potestad punitiva representa por excelencia el poder interno: el imperio o soberanía interior del Estado.” *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 22.

⁵²³ Resulta oportuno advertir, que en este apartado se expondrán algunos aspectos generales del principio de legalidad, relacionados sobre todo con el *ius puniendi*, pues ambos se encuentran vinculados estrechamente. Sin embargo, más adelante se analizará el principio de legalidad, pero ya únicamente en su concepción de principio informador del derecho penal y los demás aspectos que del mismo se originan.

⁵²⁴ Corte IDH, *Caso Castillo Petrucci y Otros Vs Perú*, (Fondo, reparaciones y costas) sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 204.

derechos humanos, que el Estado no puede desconocer sin violentar.”

VERVAELE expone que el sistema y Derecho Penal modernos están conceptualizados desde el siglo de las luces, como parte integral y exclusiva de la potestad soberana del Estado-Nación.⁵²⁵ En ese sentido, no se duda en afirmar que *ius puniendi* y soberanía van unidos⁵²⁶ y por otra parte:

“[a]bunda la doctrina que parte, para analizar la cuestión penal, de la potestad represiva del Estado, entendida como emanación de la soberanía, de "la facultad de castigar" o "ius puniendi", verdadero derecho subjetivo a la represión, sólo limitada en el Estado constitucional por el derecho objetivo (la descripción legal de los crímenes y las penas) y por los requerimientos procesales (garantía de judicialidad)”.⁵²⁷

⁵²⁵ VERVAELE, John A. E. “¿Graves violaciones de derecho humanos y delitos internacionales: Del *ius (non) puniendi* del Estado-Nación a un deber *puniendi* imperativo de *ius cogens*?”, en *Ciencias Penales del Sur*, Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 199. Por su parte, BINDING citado por AMBOS, Kai. “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular su aplicación extraterritorial”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, mayo – agosto 2007, vol. XL, no. 119, p. 267, en 1885 expresó que el alcance de su derecho penal lo determina cada Estado soberano, es decir, siguiendo a la ilustración, restringe el ámbito del *ius puniendi* estatal al ejercicio soberano de cada Estado.

⁵²⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “La unificación de la Justicia Penal en Europa”. *Revista Penal*, 1999, no. 3, p. 51. Dentro de esa relación entre la soberanía y el *ius puniendi*, MENDOZA CALDERÓN, Silvia: “La aplicación de la Ley Penal en el espacio: la trascendencia del principio de justicia universal en España”. *Revista Penal: Publicación semestral realizada con la colaboración de las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha*. 2007 no. 20, pp. 121-122, expresa que: “La potestad punitiva del Estado forma parte del ejercicio de su soberanía y, por lo tanto, se encuentra sometida a límites determinados por el espacio sobre el que tal soberanía se ejerce. Por este motivo, en principio, dicha potestad punitiva tiene un marcado carácter territorial, sin embargo el hecho de que cada vez se aprecie con más fuerza la actuación de delincuencia organizada transnacional o la existencia de intereses de justicia que afectan a varios países, hace que sean necesarios la previa existencia de una serie de mecanismos judiciales de intervención extraterritorial y de cooperación entre los diferentes Estados.”

⁵²⁷ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: “Política, delitos y delitos políticos”, en *El Derecho Penal de Hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Julio B. J. Maier y Alberto M. Binder (Comps.) Buenos Aires: Editores del Puerto SRL, 1995, p. 321.

En efecto, la conexión existente entre el *ius puniendi* y la soberanía resulta innegable, puesto que se considera que la potestad sancionatoria estatal constituye un atributo de su soberanía, la cual cada Estado la ejerce ordinariamente dentro de su territorio. Cabe recordar que en la concepción clásica del Derecho Penal por lo general, la ley penal tiene un carácter territorial, debido a que descansa en la potestad soberana que el Estado tiene sobre su territorio.⁵²⁸ Pero también puede ser observada extraterritorialmente en ciertos casos.⁵²⁹

A pesar que la relativización de los principios informadores del derecho será analizada oportunamente, basta indicar por el momento, que en la actualidad el *ius puniendi* sufre una transformación en cuanto a sus tradicionales efectos dentro del territorio del Estado, y se relativiza cuando esa potestad punitiva estatal entra en contacto en materia de derechos humanos. En efecto, específicamente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, –en el caso de Guatemala–, y en

⁵²⁸ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo: *Teoría del delito y de la ley penal*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2010, p. 44, comenta que entendido el territorio de un Estado en un sentido amplio, incluye espacio terrestre, aéreo, mares, barcos aviones, etc., por lo que cabe señalar que los países tienden de manera arraigada a que se aplique su Derecho, y no el de otra nación en su territorio, dándose así un principio territorial de la aplicación de la ley penal. Para el caso de Guatemala, el artículo 4 del Código Penal, establece lo siguiente: “ARTICULO 4. Salvo lo establecido en tratados internacionales, este Código se aplicará a toda persona que cometa delito o falta en el territorio de la República o en lugares o vehículos sometidos a su jurisdicción.”

⁵²⁹ Para el caso de la extraterritorialidad de la ley penal guatemalteca, los artículos 5 y 6 del Código Penal, regulan lo siguiente: “ARTICULO 5. Este Código también se aplicará: 1o. Por delito cometido en el extranjero por funcionario al servicio de la República, cuando no hubiere sido juzgado en el país en el que se perpetró el hecho. 2o. Por delito cometido en nave, aeronave o cualquier otro medio de transporte guatemalteco, cuando no hubiere sido juzgado en el país en el que se cometió el delito. 3o. Por delito cometido por guatemalteco, en el extranjero, cuando se hubiere denegado su extradición. 4o. Por delito cometido en el extranjero contra guatemalteco, cuando no hubiere sido juzgado en el país de su perpetración, siempre que hubiere acusación de parte o del Ministerio Público y el imputado se hallare en Guatemala. 5o. Por delito que, por tratado o convención, deba sancionarse en Guatemala, aun cuando no hubiere sido cometido en su territorio. 6o. Por delito cometido en el extranjero contra la seguridad del Estado, el orden constitucional, la integridad de su territorio, así como falsificación de la firma del Presidente de la República, falsificación de moneda o de billetes de banco, de curso legal, bonos y demás títulos y documentos de crédito. ARTICULO 6. En los casos de los incisos 1o. y 6o. del artículo anterior, el imputado será juzgado según la ley guatemalteca, aun cuando haya sido absuelto o condenado en el extranjero. La pena o parte de ella que hubiere cumplido, así como el tiempo que hubiere estado detenido, se abandonará al procesado. En los demás casos, si hubiere condena, se aplicará la ley más benigna. La sentencia extranjera producirá cosa juzgada.”

el Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional,⁵³⁰ se observa cómo se ha restringido el significado tradicional del concepto de soberanía. A propósito de lo anterior, cabe destacar lo expuesto por FAGGIANI sobre la evolución de la soberanía estatal:

“Al respecto, es oportuno considerar que la soberanía estatal es una categoría relativa y dinámica, que ha ido evolucionando en relación con el concepto de Estado imperante en un determinado momento histórico y en un determinado espacio territorial. En este sentido, se ha pasado de un concepto más cerrado y absolutista de soberanía, expresión del modelo que se ha desarrollado desde la paz de Westphalia (1648), a una concepción más flexible y abierta. Y es precisamente desde esta nueva concepción de soberanía estatal que se ha planteado la posibilidad de desarrollar un derecho penal supranacional.”⁵³¹

En este aspecto, la nueva concepción de la potestad punitiva difiere en cierta medida con la tradicional reconocida a esa figura en el Derecho Penal interno. Ciertamente, no parece ilusorio considerar que el ejercicio monopólico del *ius puniendi* de un Estado, en cuanto a la defensa y protección de los derechos humanos, se encuentra en plena evolución hacia un *ius puniendi* supranacional.⁵³² Esto, de acuerdo con la autora citada, conseguirá superar su carácter exclusivo de

⁵³⁰ VERVAELE, John A., *op. cit.*, pp. 199 y 200, al respecto expone lo siguiente: “La globalización y la digitalización de nuestras sociedades han obligado a los Estados-nación a elaborar enfoques comunes en relación con la tipificación penal o en relación con las herramientas de investigación judicial. El ejercicio del *ius puniendi* en sus aspectos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales debe además ser conforme con el acervo (convenios y jurisprudencia) del derecho internacional de derechos humanos (DH), derecho internacional humanitario (DIH), derecho penal internacional (DPI) y, eventualmente, el derecho regional de integración (derecho de la Unión Europea, derecho del Mercosur). Sin embargo, hay en las últimas décadas claras tendencias de que el Estado-nación tiene que compartir su potestad punitiva penal y, por consecuencia, prerrogativas de su soberanía penal.”

⁵³¹ FAGGIANI, Valentina. “Hacia un Estado Penal Común: Soberanía versus Justicia Universal”. *Anales de Derecho*, julio 2015, vol. 33, No. 1, p. 21.

⁵³² Es así como el ejercicio del *ius puniendi* a nivel internacional acaba interfiriendo inevitablemente en una de las zonas más eminentes de la soberanía estatal, es decir el ejercicio de la función jurisdiccional sobre individuos sometidos a la potestad de un determinado Estado.

monopolio estatal, consolidando mecanismos de cooperación judicial que pongan fin a los crímenes que afectan a los intereses más esenciales de la sociedad y garanticen la supervivencia del orden jurídico internacional.⁵³³

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se entrelaza con el derecho interno en materia del poder punitivo estatal. Pero contrario a lo que sucedía antaño, la soberanía no es absoluta para el Estado, puesto que al consentir ser parte de Convenios o Tratados Internacionales, ha dado su aquiescencia para comprometerse en cumplir sus disposiciones, sobre todo en materia de protección de derechos humanos.⁵³⁴

La existencia de cortes y tribunales internacionales evidentemente constituye una ruptura del concepto westfaliano de soberanía,⁵³⁵ tanpreciado para

⁵³³ FAGGIANI, Valentina, *op. cit.*, p. 4.

⁵³⁴ CORONEL GAMBOA, Eduardo. “Ensayo sobre una condición de paradigmas: LA CT 293/2011”, *Una voz pro persona: Revista de Derechos Humanos*, octubre 2014- Marzo 2015, año 2, no. 4, p. 13 “[l]as leyes del nacional socialismo explicitaron la necesidad de la existencia de controles sustanciales de las normas jurídicas. En consecuencia, una de las reacciones de la comunidad internacional fue el establecimiento de Cartas de Derechos supranacionales, que reconocen los derechos fundamentales de que deben gozar todas las personas y que fijan contenidos mínimos que deben respetar y garantizar las leyes y actos de las autoridades de los Estados parte. Con esto, la soberanía externa del Estado deja de ser una libertad absoluta y salvaje y queda subordinada, jurídicamente, a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos. El derecho internacional de los derechos humanos constituye un triunfo de la civilización, en busca de una sociedad global que, más allá de las diferencias accidentales.”

⁵³⁵ Por ejemplo, en la actualidad, el Derecho Penal Internacional interviene conforme a los presupuestos que contiene el Estatuto de Roma, cuando se trate de los crímenes más graves del Derecho Penal Internacional, denominados *core crimes*, por lo que conforme al artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la competencia de la referida Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, siendo dicho crímenes los siguientes: a) El crimen de genocidio (artículo 6 ER); b) Los crímenes de lesa humanidad (artículo 7 ER); c) Los crímenes de guerra (artículo 8 ER) y d) El crimen de agresión (artículo 8 *bis* ER). Resulta oportuno evocar, que el Estatuto de la Corte Penal Internacional no ha sido suscrito ni ratificado por diversos países, entre ellos grandes potencias mundiales, entre las mismas puede mencionarse los Estados Unidos de América, Rusia y China, por lo que todavía falta un largo camino por recorrer, pero se han dado ya los primeros avances al respecto. Aunque es preciso mencionar, que la Corte Penal Internacional constituye una institución de carácter permanente e independiente con capacidad para investigar e iniciar proceso a los individuos que cometan por lo menos alguno de los *core crimes* prescritos en el artículo 5 del Estatuto de Roma. Si bien es cierto, no posee carácter retroactivo por ello procede contra los crímenes que hayan sido cometidos a partir del 1 de julio de 2012. En ese sentido, la función que desempeña la Corte Penal Internacional ejemplifica el resquebrajamiento del concepto tradicional de la soberanía.

el Derecho y la ciencia política tradicionales.⁵³⁶ Este cambio se ha producido después de las dos guerras mundiales, como consecuencia de los graves crímenes comprendidos dentro del Derecho Internacional Humanitario que se han producido en la historia reciente en contra de la población civil y con el claro objetivo disuasivo que los referidos crímenes no quedarán impunes.⁵³⁷ Como consecuencia, en caso que los mismos acaecieran, se cuenta con los instrumentos internacionales *ad hoc*.

Ahora bien, contrario a la función que desarrolla la Corte Penal Internacional⁵³⁸ que se dirige a la persecución e enjuiciamiento de las personas que han cometido alguno de los crímenes relacionados, los sistemas de protección de derechos humanos, como es el caso del Sistema Interamericano de

⁵³⁶ Agrega este autor que: “Este concepto nos remite a la Paz de Westfalia, firmada en 1648, por la cual la soberanía se describe como “la existencia de Estados en territorios específicos, dentro de los cuales son sus autoridades políticas domésticas las únicas facultadas para intervenir legítimamente”. Debe señalarse que los conceptos westfalianos de soberanía no hacen referencia a principios de justicia, sino a definir las prerrogativas de los Estados soberanos y facilitar la diplomacia entre ellos.” VID. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano: “Historia y razón del paradigma Westfaliano”. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), enero - marzo 2006, no. 131, p. 100, quien expone que desde el punto de vista del Derecho, dos fueron los grandes legados de la Paz de Westfalia, a saber: la consolidación de la libertad de culto (asociada a la secularización del Estado) y la afirmación formal de la soberanía estatal (asociada a la “razón de Estado”).

⁵³⁷ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Algunas consideraciones sobre jurisdicción nacional e internacional en caso de violación de los derechos humanos”. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. X, Córdoba, Argentina: Publicación de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, 2000, p. 179, expone que el Derecho Internacional clásico no admitía la responsabilidad penal de los Estados por ilícitos internacionales ni reconocía subjetividad internacional alguna al individuo. Con ello (salvo contadísimas excepciones), violaciones graves, hoy conocidas por la comunidad internacional como *crímenes internacionales* (adjudicables a los Estados) y como *crímenes “de” derecho internacional (delicta juris gentium)* (imputables a los individuos) quedaban impunes.

⁵³⁸ Expone FAGGIANI, Valentina, *op. cit.*, p. 11, que: “Desde el punto de vista institucional, la CPI es el primer instrumento de tutela jurisdiccional supranacional, de carácter permanente y vocación de universalidad, naturaleza penal e independiente, que está facultada para enjuiciar, con carácter complementario respecto a los Estados Partes, a los supuestos responsables, sin distinción por el cargo, de los crímenes considerados más graves para la comunidad internacional en su conjunto, los denominados *core crimes*: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión (art. 5 ER).”

Derechos Humanos, persiguen deducir responsabilidades a los Estados Partes, por las violaciones de los derechos humanos.⁵³⁹

La Corte IDH ha expresado que la misma tiene atribuciones, no para investigar y sancionar la conducta individual de los agentes del Estado que hubiesen participado en esas violaciones, sino para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de derechos humanos.⁵⁴⁰ Es precisamente en este tópico donde ha cobrado gran relevancia la jurisprudencia de la Corte IDH en la protección

No hay duda alguna que, bajo el Derecho Internacional, tanto convencional como consuetudinario,⁵⁴¹ los Estados tienen la obligación de juzgar y castigar por medio de sus jurisdicciones penales nacionales a los autores de graves violaciones de los derechos humanos. Las mismas requieren ser constitutivas de crímenes bajo el derecho internacional (como la ejecución extrajudicial, la tortura,

⁵³⁹ Debido a los sufrimientos provocados como resultado de las dos guerras mundiales, sobre todo de la segunda, y para evitar que los mismos se repitan, la comunidad internacional ha considerado establecer instrumentos jurídicos por los que se establezcan mecanismos de persecución penal contra las personas que han cometido graves violaciones de derechos humanos, a modo que no queden impunes. Además, se ha considerado la responsabilidad en que pueden incurrir los Estados, debido a graves violaciones que se cometan a los derechos humanos. De esa forma tenemos en el Tratado de Versalles (1919) los Artículos 227 a 2301; la Carta de las Naciones Unidas (1945), artículos 1.2.2 y 55.c); se han consolidado normas consuetudinarias y convencionales tales como: el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (1945), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio (1948), los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (1949), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad (1968), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

⁵⁴⁰ Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala* (Fondo), sentencia de 19 de noviembre de 1999 párrafo 223; *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs Perú* (Fondo, reparaciones y costas), sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 90; *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala* (Fondo), sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 71; *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador* (Fondo), sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 37 y *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (Fondo), sentencia de 28 de junio de 1988, párr. 134.

⁵⁴¹ ANDREU GUZMÁN, Federico. *Retroactividad penal de crímenes internacionales*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2012, p. 7.

la desaparición forzada y la violencia sexual), crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.⁵⁴²

Esta obligación internacional implica tipificar en la legislación penal nacional como ilícitos penales los crímenes perseguibles bajo el derecho internacional. Si bien varios tratados e instrumentos internacionales imponen expresamente esta obligación, esta es una consecuencia directa y lógica del carácter de *ius cogens* de la prohibición de cometer tales crímenes.

6.2 El *ius puniendi* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

6.2.1 Marco General

En presentación efectuada el 17 de abril de 2002, el Juez Antonio A. CANÇADO TRINDATE, entonces Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), expuso lo siguiente:⁵⁴³

“En mi exposición del 09 de marzo de 2001 en esta misma sede de la OEA en Washington D.C. expresé mi convicción de que el real compromiso de un país con los derechos humanos internacionalmente reconocidos se mide por su iniciativa y determinación de tornarse Parte en los tratados de derechos humanos, asumiendo así las obligaciones convencionales de protección en éstos consagradas. En el presente dominio de protección, los mismos criterios, principios y normas deben valer para todos los Estados, jurídicamente iguales, así como operar en

⁵⁴² *Ibidem*, p. 7.

⁵⁴³ Presentación escrita de la presentación efectuada en Washington, Estados Unidos de América, el 17 de abril de 2002, párrafo 8.

beneficio de todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad o cualesquiera otras circunstancias.”

Como derivación de ese efectivo compromiso que debe tener un Estado con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, es que se mide su iniciativa y determinación de tornarse parte en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Estos se inspiran en valores superiores comunes que demandan la protección del ser humano, característica que los diferencia de los demás instrumentos de derecho internacional.⁵⁴⁴

El artículo 1.1., de la CADH⁵⁴⁵ regula la debida observancia de la CADH para los Estados Partes, siendo así que de acuerdo con la Corte IDH:

“[d]el artículo 1.1, se desprende claramente la obligación estatal de investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención como medio para garantizar tales derechos, obligación que, en las circunstancias del presente caso, se encuentra relacionada con los derechos a ser oído por los tribunales y a un

⁵⁴⁴ Al respecto, MEDINA ARDILA, Felipe. “La responsabilidad internacional del Estado por actos particulares: análisis jurisprudencial interamericano”. *Debate Interamericano*. Bogotá: Publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, vol. 1, 2009, p. 89, refiere que: “Con el paso de los años, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha logrado constituirse como una categoría normativa fundamental de obligatorio cumplimiento, que debe ser respetada siempre y en todo momento, en la medida en que los diferentes instrumentos internacionales que la componen están inspirados en valores superiores comunes que demandan la protección del ser humano, característica que los diferencia de los demás instrumentos de derecho internacional.”

⁵⁴⁵ El artículo 1.1 de la CADH, prescribe lo siguiente: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” *VID.* SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, considera que el propósito de esta norma es la de superar obstáculos para asegurar la aplicación de todo el catálogo de derechos consagrados en la Convención Americana y así garantizar su adecuada protección en cualquier circunstancia. “El *Ius Puniendi* en la competencia de la Corte”. “El *Ius Puniendi* en la competencia de la Corte”. En: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL Olga (coordinadores). *Panorama Internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal*. Serie Doctrina Jurídica No. 394. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, p. 245.

recurso rápido y efectivo, que consagran los artículos 8 y 25 de la Convención.”⁵⁴⁶

Su importancia es tal, que el artículo 1 constituye la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y en gran medida el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,⁵⁴⁷ puesto que el mismo contiene el compromiso que adquieren los Estados para respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

Adicional a lo expuesto, cabe recordar que la obligación que los referidos Estados asumen es de cumplir con las sentencias y decisiones de la Corte, de acuerdo con lo que establece el artículo 68.1 de la Convención Americana.⁵⁴⁸ Además, se produce en aplicación de los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide*, y por ser también una obligación contenida en su propio derecho interno. Esto se produce al haber sido ratificada la CADH y una vez cumplidos los trámites internos correspondientes.

⁵⁴⁶ Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala* (Fondo), sentencia de 19 de noviembre de 1999 párrafo 225.

⁵⁴⁷ FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo y PELAYO MÖLL, Carlos María. “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”. *Estudios Constitucionales*, 2012, año 10, número 2, p. 142. Estos autores expresan que el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la *piedra angular* sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, debido a que la obligación de los Estados Parte del Pacto de San José de “respetar” los derechos y libertades ahí contenidos y “garantizar” su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción “sin discriminación alguna”, permea en el objeto y fin del tratado y, consecuentemente, en el entendimiento que deben tener todos los operadores jurídicos (nacionales e internacionales) para lograr la *plena efectividad* de los derechos y libertades que contiene.

⁵⁴⁸ “**Artículo 68.** 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.” Aunque debe tenerse en cuenta, que conforme al principio de convencionalidad, los Estados Partes se encuentran obligados a respetar no únicamente las sentencias y decisiones en que hayan sido partes demandadas, sino que todas las sentencias de la CIDH y de observarlas en la aplicación del derecho interno de cada Estado Parte. Adicional a lo anterior

Es hasta entonces que queda incorporada al derecho interno de cada uno de los Estados Partes, acorde con lo que prescribe el artículo 2 de la CADH,⁵⁴⁹ siendo por ende obligatoria. Al respecto, la Corte IDH en el *Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros) Vs. Chile*⁵⁵⁰ estableció lo siguiente:

“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.”

La Corte IDH utiliza un doble argumento, uno general y el otro concreto. Como argumento general, realza la obligatoriedad que adquiere la ratificación de

⁵⁴⁹ “**Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno** Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. *VID. BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo, op. cit.*, p. 258, quien manifiesta que: “Bajo la perspectiva de los derechos internos, la cuestión de la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana se resuelve, en principio, con la internalización de la Convención Americana en los respectivos ordenamientos jurídicos del continente americano. Si se incorpora el tratado al derecho interno como acto con fuerza normativa, la obligatoriedad de las decisiones internamente retirará su autoridad no sólo del derecho internacional, sino también del propio derecho nacional.”

⁵⁵⁰ Corte IDH, *Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros) Vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 87.

un tratado de derechos humanos por ser *ius gentium*, para lo cual el Estado Parte, requiere adecuar necesariamente su ordenamiento interno con lo establecido por el tratado. Se produce debido a la interpretación conforme a la Convención o Tratado, una modificación de la legislación ordinaria para que la misma sea coherente y conforme al instrumento internacional.⁵⁵¹

Y como argumento concreto, basado en el anterior, pero constitutivo de la CADH, se acentúa la obligatoriedad que el Estado Parte adquiere conforme el artículo 2 de ese mismo instrumento. Dentro de este entorno, surge la obligación de respeto y garantía de observar no solo la CADH, sino también las sentencias dictadas por la Corte IDH y no únicamente las que le atañen directamente en el caso que el Estado haya sido condenado.

6.2.2 Obligación de respeto y deber de garantía

Dentro de ese marco dicotómico entre derecho interno e internacional, se origina la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH, la cual debe ser observada ineludiblemente por cada uno de los Estados Partes.⁵⁵² En el Sistema

⁵⁵¹ Explican FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo y PELAYO MÖLL, Carlos María: “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, *op. cit.*, p. 155, que las medidas para asegurar el goce y ejercicio de los derechos son *medidas positivas* que pueden ser *generales* o *especiales*. En ese sentido, las medidas generales están dirigidas a toda la población y se encuentran en relación con la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno. Desde esa perspectiva, la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, correspondiendo al Estado y no al derecho internacional, decidir el modo más conveniente para cumplir con ella; sea a través de la incorporación directa de dichas normas o a través de normas internas que las reproduzcan.

⁵⁵² Con relación a ello, STEINER y URIBE, explican que una vez que el Estado ha adquirido una obligación internacional es el propio Estado quien, en ejercicio de sus facultades soberanas, quien determina la forma en la que harán efectivas dichas obligaciones a nivel interno, ya sea a través del método de incorporación directa, o a través de la aprobación y ratificación de los instrumentos internacionales por parte del poder legislativo. Agregan que cada Estado determina la forma de incorporación de acuerdo a su tradición jurídica. De esta forma, una vez que el Estado ha adquirido una obligación a nivel internacional, se espera que éste cumpla con dicha obligación. Es una regla general del derecho internacional que el Estado no puede argumentar su derecho interno para evadir esas obligaciones internacionales. Esto se refleja en el principio *pacta sunt servanda*, que establece que los tratados son vinculantes entre las partes

Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la responsabilidad estatal en esta materia se escinde en dos aspectos, obligación de respecto y deber de garantía, cuyas inobservancias por parte del Estado puede generar que el mismo sea condenado. En virtud de lo prescrito en el artículo 1.1 de la CADH, cada uno de los Estados Partes adquiere un compromiso de carácter obligatorio – *erga omnes*– por lo que se debe respetar y hacer que se cumplan las normas de protección de la Convención bajo cualquier circunstancia en pos de salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos.⁵⁵³ Por esa razón, resulta importante resaltar que de la jurisprudencia innovadora emitida por la Corte IDH con relación al *ius puniendi* estatal, ha surgido la doble exigencia hacia los Estados Partes que se ha mencionado.

y deben ser cumplidos en buena fe. VID. “Introducción general”. En: STEINER Cristian y URIBE Patricia (editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 8. Aunado a lo anterior, resulta necesario tener en cuenta lo considerado por la Corte IDH en el *Caso Heliodoro Portugal Vs Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 180, donde estimó que: “[e]s importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.”

⁵⁵³ Es interesante la explicación que realiza GARCÍA SAYÁN, Diego, en el prefacio del libro STEINER Cristian y URIBE Patricia (editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. VI, donde comenta lo siguiente: “[l]os Estados parte de la Convención Americana se comprometen a cumplir con una doble obligación estipulada en el artículo 1.1 de la Convención. Por un lado, los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades absteniéndose de afectar arbitrariamente los derechos y libertades reconocidos. Al mismo tiempo, a garantizar su libre y pleno ejercicio. Este deber general al que se encuentran obligados los Estados posee un carácter *erga omnes*, mediante el cual se debe respetar y hacer respetar las normas de protección de la Convención bajo cualquier circunstancia en pos de salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos. En relación a esto último, y en conexión con el artículo 2 de la Convención, los Estados se obligan a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otro carácter para hacer efectivos tales derechos y libertades. Ello implica que el Estado debe crear las condiciones necesarias para garantizar su libre y pleno goce, a la vez que se obliga a remover aquellos obstáculos que lo impidan, todo lo cual ya ha sido reiterado exhaustivamente por la jurisprudencia de la Corte. Al respecto, la obligación convencional exige poner en marcha todo el aparato estatal para la promoción y protección de los derechos humanos. Aquí, los operadores jurídicos, en particular los órganos de la administración de justicia, sus jueces, fiscales y defensores públicos, poseen un papel preponderante en exigir la convencionalidad, a través de la aplicación de las normas, los estándares y la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, como parte integrante del eslabón estatal obligado a efectivizar estos derechos.”

En efecto, en primer lugar, las obligaciones adquiridas por los Estados Partes implican el compromiso de proteger los derechos humanos de las personas (obligación de respeto). Este consiste, según FERRER MAC-GREGOR POISOT y PELAYO MÖLLER, en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación.⁵⁵⁴ Es por eso que cuando el Estado falla en cumplir con ese compromiso en el ejercicio del poder punitivo, fracasa en general con su obligación de respetar los derechos humanos⁵⁵⁵ a causa de que inobservó su obligación de garantizarle a los individuos en el proceso penal, la tutela judicial efectiva a la que tienen derecho.⁵⁵⁶

En ese aspecto, es el poder judicial quien desempeña como parte del Estado, una función capital en la efectiva observancia de los derechos humanos, dado que dentro de la jurisdicción interna de cada Estado, los órganos encargados de administrar justicia se convierten en los garantes o guardianes últimos del debido respeto y aplicación efectiva de los derechos humanos.⁵⁵⁷ Mientras las personas tienen el derecho de acceder a la justicia para ejercitar sus derechos y denunciar las violaciones a los derechos humanos, son los Estados Partes a

⁵⁵⁴ Agregan estos autores, que lo anterior se debe a que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Añaden que GROS ESPIELL define el “respeto” como “la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”. VID. FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María. “Deberes de los Estados y derechos protegidos”. En: STEINER Cristian y URIBE Patricia (editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 47.

⁵⁵⁵ En ese sentido, en el derecho interno guatemalteco, la Corte de Constitucionalidad, ha expresado que el proceso penal cumple con una función de satisfacción jurídica de interés social, consistente en la realización del *ius puniendi* por los canales y formas establecidos en la ley. VID. Sentencias de 26 de abril de 2007, 27 de mayo de 2008; 9 de diciembre de 2009 y 27 de noviembre de 2013, dictadas en los expedientes 2960-2006, 926-2008, 3939-2009 y 808-2013, respectivamente.

⁵⁵⁶ Desde el punto de vista del deber de justicia penal, los deberes de respeto y garantía de los derechos humanos se traducen en que el Estado debe crear el conjunto de condiciones necesarias (un recurso idóneo entre otras) para que toda persona pueda acudir a los tribunales de justicia sin ningún tipo de interferencia de hecho o de derecho, a fin de que se investiguen efectivamente los hechos denunciados, se sancione a los responsables del ilícito penal, cuando corresponda, y se repare a los afectados, todo esto con observancia del debido proceso.

⁵⁵⁷ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, *op. cit.*, p. 246.

quienes les corresponden los deberes de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los referidos derechos. Esto en coherencia con lo sostenido por la Corte IDH en el *Caso Blake Vs. Guatemala*,⁵⁵⁸

En todo caso, debe tenerse en consideración que tal proceder judicial origina que las víctimas insatisfechas, puedan acudir a la protección que brinda el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuando el Estado ha fracasado en su obligación de respeto, concretamente, el poder judicial ha dejado de observar las garantías y la protección correspondiente conforme a lo establecidos en los artículos 8 y 25 de la CADH. La Corte IDH ha sostenido que el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos⁵⁵⁹.

En segundo lugar, cuando el Estado no crea o propicia las condiciones necesarias para que el deber de justicia penal se materialice efectivamente, deja abierta la posibilidad para que la impunidad pueda manifestarse de diferentes maneras.⁵⁶⁰ En este supuesto se produce la conculcación de la obligación de garantía que adquiere el Estado al ser parte de la CADH. La obligación de garantía implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Corte I.D.H, *Caso Blake Vs. Guatemala*, sentencia de 22 de enero de 1999 (reparaciones y costas), párrafo 61.

⁵⁵⁹ Entre otras sentencias, en el *Caso Bulacio Vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 115.

⁵⁶⁰ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, *op. cit.*, p. 246.

⁵⁶¹ FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, *op. cit.*, p. 49. Añaden que GROS ESPIELL establece que esta obligación “supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica” y que la Corte IDH ha destacado que como consecuencia

El propio Estado es el responsable de ejercitar su potestad punitiva, y coherentemente con esta, debe establecer los mecanismos idóneos para ejercer la persecución penal dentro del marco democrático, asegurando los derechos inherentes de las personas, puesto que ese ejercicio debe tener su límite y el Estado garantizar los derechos relacionados. Pero adicional a lo anterior, es necesario manifestar que tan importante resulta que el Estado posibilite el ejercicio de la persecución penal cuando la misma proceda, como que la misma no sea únicamente formal, sino sustancial. Es decir, que se substancie un procedimiento penal en contra de implicados en una comisión delictiva que produzca graves violaciones a los derechos humanos, pero que el Estado justifique la aplicación de la ley para generar impunidad.

De lo expuesto, en el ámbito latinoamericano surgen varias interrogantes: ¿qué sucede cuando es el propio Estado quien inobserva injustificadamente su propia potestad punitiva y substancia un proceso con apariencia de legalidad, dentro de la tradicional concepción formalista, pero que en la realidad muestra una ausencia de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones a los derechos humanos? ¿Puede justificarse tal actitud estatal escudándonos en que se observó el principio de legalidad? ¿Son los principios informadores del Derecho Penal de corte liberal, absolutos de condición negativa o de omisión estatal o pueden ser reinterpretados en un Estado Constitucional Democrático, principialista y protector de la persona humana?

Para responder los cuestionamientos anteriores, se procederá a analizar cómo ante el incumplimiento del Estado de ejercer el *ius puniendi* sin discriminación alguna, se ha expandido la impunidad.

de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana; procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. De esta forma: la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

6.2.3 La Impunidad provocada como resultado de la inobservancia del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*

La impunidad ha sido definida por la Corte IDH⁵⁶² como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.”

Es importante hacer mención que la Corte IDH logró desarrollar la noción de impunidad en el contexto interamericano, con base al denominado: *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*, sentencia del 8 de marzo de 1998 (Fondo). Este caso paradigmático fue conocido por la Corte IDH debido a una demanda sometida por la CIDH ante la Corte IDH el 19 de enero de 1995, donde invocaba como fundamento de la misma los artículos 50 y 51 de la CADH.⁵⁶³

⁵⁶² VID. Corte I.D.H, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998 (*fondo*), párr. 173.

⁵⁶³ Los citados artículos hacen referencia a aspectos procedimentales que debe observar la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los mismos se prescriben lo siguiente: “**Artículo 50 1.** De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime **16** de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48. **2.** El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. **3.** Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas. **Artículo 51 1.** Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. **2.** La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. **3.** Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.”

Este caso se originó como consecuencia de una denuncia recibida en la Secretaría de la CIDH el 10 de febrero de 1988 en contra del Estado de Guatemala por “actos de secuestro, detención arbitraria, trato inhumano, tortura y asesinato cometidos por agentes del Estado de Guatemala contra once víctimas” durante los años 1987 y 1988 (caso conocido como el *Caso de la “Panel Blanca”*) debido al uso de un vehículo de ese tipo y color, utilizado como parte del *modus operandi*.⁵⁶⁴

De esa manera, la CIDH en su escrito de alegatos finales, expuso que el Estado de Guatemala había violado la obligación contenida en el artículo 1.1 de la Convención y expuso que:

“[a]ún en el caso improbable en que la Corte aceptase que no fueron agentes estatales quienes perpetraron las violaciones en este caso, el Estado sería responsable en razón de la impunidad de los delitos referidos. [...] si bien algunos individuos fueron implicados en el proceso penal que se siguió en la jurisdicción interna, nadie ha sido juzgado o castigado y que, hasta el momento, a las víctimas en el caso les ha sido negado el derecho a ser indemnizadas y a que sus ofensores sean castigados.”⁵⁶⁵

Derivado de lo anterior, la Corte determinó que constataba: “[q]ue en Guatemala existió y existe un estado de impunidad respecto de los hechos del presente caso entendiéndose como impunidad ...”⁵⁶⁶ elaborando de esa manera su definición de la impunidad, pero sobre todo innovando a nivel mundial la jurisprudencia protectora en materia de derechos humanos, puesto que al tener los Estados Partes los deberes de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos,

⁵⁶⁴ VID. Corte I.D.H., *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998 (*fondo*), párr. 1.

⁵⁶⁵ Corte I.D.H., *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998 (*fondo*), párr. 171.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, párr. 172.

surge la obligación del Estado, quien tiene el deber de evitar y combatir la impunidad.⁵⁶⁷

Con posterioridad al fallo relacionado, la Corte IDH se ha pronunciado en otros casos manteniendo su posición e incluso ampliándola. Así, se encuentran, *inter alia*, los casos *Bámaca Vs. Guatemala*,⁵⁶⁸ *Tribunal Constitucional Vs. Perú*⁵⁶⁹ y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. A modo de ilustración, en este último caso, la Corte IDH, ha expresado:⁵⁷⁰

“Al respecto, el Tribunal reitera lo señalado constantemente en su jurisprudencia en el sentido de que conforme a la obligación de garantía reconocida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, la cual ha sido definida por la Corte como 'la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana'⁵⁷¹. Así, la Corte ha advertido que el Estado 'tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las

⁵⁶⁷ VID. Corte I.D.H, *Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001 (fondo, reparaciones y costas), párr. 123.

⁵⁶⁸ Corte IDH, *Caso Bámaca Vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000 (fondo), párr. 211.

⁵⁶⁹ Corte IDH, *Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001 (fondo, reparaciones y costas), párr. 123.

⁵⁷⁰ Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001 (reparaciones y costas), párr. 186.

⁵⁷¹ Corte IDH, *Caso el Amparo Vs. Venezuela* (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de febrero de 2010, Considerando 18º, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá* (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia), Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010, Considerando 21º.

víctimas y sus familiares⁵⁷². Esta obligación implica el deber de los Estados Partes en la Convención de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”⁵⁷³

Resulta innegable expresar que la impunidad ha sido un flagelo en la mayoría de los países latinoamericanos, donde se muestra con mayor soltura con respecto a las violaciones a los derechos humanos. Lo anterior, debido a la actitud pasiva asumida por los organismos del Estado en cuanto a mantener una obstinada ausencia de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena respecto de los responsables de esas violaciones.

CALVET, con relación al alcance la impunidad, considera que desde un punto de vista *material* la misma se puede distinguir entre impunidad en un sentido amplio y en un sentido *restringido*. De esa manera, la material comprende la no persecución penal de determinadas conductas de acción u omisión que pertenecen a la categoría de delitos comunes, pero que por diferentes motivos no son castigados. En cambio, la impunidad restringida es la relativa a la violación de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.⁵⁷⁴ Esta clasificación escinde la impunidad por su especificidad. La que se origina de los delitos comunes por motivos diversos y la que deriva con exclusividad de violaciones de derechos humanos.

Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos clasifica la impunidad en dos elementos: de *jure*, que se produce cuando es la propia ley que

⁵⁷² Corte IDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros)*, párr. 173; *Caso El Amparo*, Considerando 18, y *Caso Heliodoro Portugal*, Considerando 21.

⁵⁷³ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; *Caso El Amparo*, *supra* nota 5, Considerando decimooctavo, y *Caso Heliodoro Portugal*, *supra* nota 5, Considerando vigésimo primero.

⁵⁷⁴ CÁLNET MARTÍNEZ, Elisenda: “Impunidad”. *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, No. 10, abril - septiembre 2016, p. 145.

la contempla. En este caso, la Comisión lo ilustra cuando se sancionan leyes de amnistía; y de *facto*, cuando se produce una falta de investigación, sanción y castigo de los responsables de violación de derechos humanos.⁵⁷⁵ En la impunidad de *facto*, la CIDH expone que la misma puede presentarse por causas estructurales y pone como ejemplo el exceso de formalismo de los jueces, la insuficiencia de recursos frente al cúmulo de crímenes, o bien, por situaciones fácticas como las interferencias en investigaciones o procesamientos inspiradas en decisiones políticas. Sin embargo, ya sea que se trate de impunidad de *jure* o de *facto*, la CIDH es categórica en afirmar que lo importante es que el Estado deja de cumplir con sus obligaciones convencionales establecidas en los artículos 8, 25, y 1.1 consistentes en juzgar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos.⁵⁷⁶

Es esta conducta pasiva del Estado que se traduce en el incumplimiento de su obligación de garantizar el ejercicio de los derechos de las víctimas ante la lucha contra la impunidad (obligación de garantía), que ha provocado que la Corte IDH de forma innovadora y peculiar vía jurisprudencial⁵⁷⁷ haya establecido la responsabilidad de los Estados Partes que se materializa cuando sucede una

⁵⁷⁵ CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Venezuela* (2003) párrafo 204, el cual expresamente contempla lo siguiente: “La Comisión entiende que la impunidad se consagra tanto de *jure* (mediante la sanción de leyes de amnistía por ejemplo), como de *facto*, por la falta de investigación, sanción y castigo de los responsables de violaciones de derechos humanos. Asimismo, la impunidad de *facto* puede presentarse por causas estructurales, como por ejemplo el exceso de formalismo de los jueces o la insuficiencia de recursos frente al cúmulo de crímenes, o bien, por situaciones fácticas como las interferencias en investigaciones o procesamientos inspiradas en decisiones políticas. En todos estos supuestos, ya sea de *jure* o de *facto*, el Estado deja de cumplir con sus obligaciones convencionales establecidas en los artículos 8, 25 y 1(1) de juzgar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos.”

⁵⁷⁶ *Ibidem*, párr. 204.

⁵⁷⁷ Así, VERVAELE, John A., *op. cit.*, p. 201, expone: “En las últimas décadas vemos que la judicatura internacional en materia de derechos humanos impone cada vez más a los Estados Parte un deber positivo de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones contra estos derechos, que son en gran medida también conductas relevantes de delitos internacionales que pertenecen al *core delicta iuris gentium* (7) y hoy en día en gran medida cristalizados en convenios internacionales y regionales en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Sobre todo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha elaborado una rica jurisprudencia en la materia de deber positivo para contrastar la cultura de impunidad.”

omisión del Estado en garantizar la correcta observancia del proceso legal. O sea, que mediante una actitud pasiva, permite la inobservancia de principios, valores y normas constitucionales y ordinarias, que producen irremediablemente violaciones a los derechos inherentes de las personas, propiciando la impunidad, generando este segundo aspecto cierta controversia, por considerarse una teoría del Derecho Penal orientada a la víctima, o bien, un exceso en las facultades de la Corte IDH que se ha calificado de “activismo”.

A pesar de ello, afirma VERVAELE que la impunidad de graves violaciones de derechos humanos y los derechos de las víctimas a verdad y a justicia han convertido a los derechos humanos en las últimas décadas, en un “arma” de doble filo.⁵⁷⁸ En esta línea, agrega que el primer filo tiene como clásica función la de la kantiana contingencia del poder punitivo del Estado, una función negativa dirigida a un uso del *ius puniendi* en conformidad con los derechos humanos. El segundo filo por su parte, consiste en la nueva función de activación del poder punitivo del Estado, un *deber puniendi* en conformidad con un deber positivo derivado de los derechos humanos.⁵⁷⁹ En el Sistema Interamericano de Justicia se emplea esta arma de doble filo contra la impunidad, pues por una parte la Corte IDH una vez sea cumplido con el principio de subsidiariedad y demás presupuestos concretos, determina si el Estado denunciado efectivamente transgredió alguna de esas dos funciones.

Ya no puede el Estado obviar su obligación de ejercitar el *ius puniendi* en contra de las personas que cometan graves violaciones a los derechos humanos, porque las respuestas de la Corte IDH han estado dirigidas a que el Estado no puede renunciar al ejercicio del *ius puniendi* en casos de graves violaciones de derechos humanos, ya que sería una forma de crear un campo fértil para la propagación de la impunidad.⁵⁸⁰ La Corte IDH ha sostenido desde el *Caso de la*

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 204.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p.

⁵⁸⁰ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, *op cit.* p. 243.

“Panel Blanca” (*Paniagua Morales y otros*) vs. *Guatemala*, que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.⁵⁸¹ La impunidad constituye un flagelo de graves consecuencias sociales, puesto que impide que las víctimas puedan tener acceso a la justicia y se socavan los cimientos de justicia de un país, que aplica tan solo formalmente la ley, pero no imparte justicia. Como lo afirma RECÁNSEN SICHES, “Si no hay valores ideales por encima de la mera fuerza y de las malas pasiones, entonces los detentadores del poder tienen abierto el camino para proclamar como Derecho lo que les acomode, y entonces no tienen más límite que el de su poder efectivo.”⁵⁸² Estos valores se han concretizado en diversas sentencias que ha dictado la Corte IDH, de acuerdo con el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en observancia de una verdadera justicia, ante la excusa formal del Estado Parte para no aplicarla.

6.2.4 Acotaciones finales del tema de impunidad

El deber de investigar de los Estados Partes debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Tiene que tener un sentido y ser asumida por el Estado como un compromiso realizable y no como una simple gestión de intereses, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente combatir la impunidad.⁵⁸³ Esta falta de reacción del Estado provoca

⁵⁸¹ Corte IDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 173.

⁵⁸² RECÁNSENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 377.

⁵⁸³ De esa forma lo ha reconocido la Corte IDH en el *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, (Fondo, reparaciones y costas), párr. 117, Serie C No. 153, al considerar que la investigación y el proceso deben tener un propósito y ser asumidos por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.

irremediablemente un deterioro de la confianza ciudadana y origina una impunidad generalizada que corroe los cimientos democráticos.

Los Estados, como parte de su *ius puniendi*, se encuentran comprometidos a combatir la delincuencia dentro de los límites legales, máxime cuando se trate de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, donde la Corte IDH ha determinado la necesidad de erradicar la impunidad, la que se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos.⁵⁸⁴ En tal virtud, la citada Corte ha dispuesto que la impunidad no puede ser erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado– y particulares –penales de sus agentes o particulares–, complementarias entre sí, en casos de graves violaciones a derechos humanos.⁵⁸⁵

Derivado de lo anterior, resulta trascendental que se garantice a las víctimas el acceso a la justicia, pues en concordancia con lo indicado por la Corte IDH, el mismo constituye una norma imperativa de derecho internacional y como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados, las que se traducen en adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones. Lo anterior lo consigue el Estado, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional y en su caso, sancionar a los responsables o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.⁵⁸⁶

Por consiguiente, se requiere conforme lo ha aceptado la Corte IDH, de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos.⁵⁸⁷ Es por

⁵⁸⁴ Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, párr. 131.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, párr. 131.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, párr. 131.

⁵⁸⁷ Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, párr. 92. En lo concerniente, la Corte IDH expresa concretamente que el: “Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma

ese motivo que la persecución penal no debe ser únicamente formal, para dar la apariencia que se observaron todas las formalidades procedimentales. Esta aparente observancia de la ley, no puede ser utilizada para justificar el no conocer los aspectos de fondo y dotar de una apariencia de legalidad a una resolución manifiestamente injusta.

Resulta claro que siguiendo a la Corte IDH, la impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado– y particulares –penales de sus agentes o particulares–, complementarias entre sí. Sin embargo, para lograr esos propósitos no basta con la promulgación de la ley penal, lo importante es su irrestricta observancia dentro de un Estado Democrático de Derecho,⁵⁸⁸ complementada con los principios informadores del Derecho Penal, cuando estos procedan.

debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados pueden adoptar una mayor severidad en el tipo específico para efectos de una mejor persecución penal de esos delitos, en función de lo que consideren una mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, a condición de que al hacerlo no vulneren esas otras normas a las que están obligados. Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar.”

⁵⁸⁸ En ese sentido, hoy más que nunca cobra mayor trascendencia lo siguiente: “¿De qué sirve el concepto *Estado de Derecho* si no es para la realización de una mejor justicia? La utilidad de una estricta sujeción a los parámetros fijados por la idea de Estado de Derecho se encuentran en la garantía política que supone su utilización, como herramienta contra cualquier posible instrumentalización del Derecho penal material y formal. Esta instrumentalización del Derecho penal (y procesal penal) –frente a la cual el principio de Estado de Derecho se opone– se manifiesta en las contiendas políticas, en donde el sucesor trata de destruir políticamente –a través del Derecho penal– al sucedido y viceversa. Mediante el principio de *Estado de Derecho* y la división de poderes implícita a tal principio es posible conseguir una limitación del ejercicio del *ius puniendi* estatal a los órganos constitucionalmente legitimados para ello. Mediante el principio de *Estado de Derecho* y la división de poderes implícita a tal principio es posible conseguir una limitación del ejercicio del *ius puniendi* estatal a los órganos constitucionalmente legitimados para ello. La idea de *Estado de Derecho* permite pues una utilización racional del Derecho penal (realizado a través del Derecho procesal penal) por parte de la administración de justicia, frente a la posible contingencia de un poder político (ejecutivo y legislativo) ansioso de valerse del *ius puniendi* estatal para acabar con sus opositores políticos o de utilizar al sistema penal con fines políticos.” REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Proceso penal y Constitución. Reflexiones en torno a la trascendencia del principio de Estado de Derecho en el derecho procesal penal”, *Nuevas Tendencias en el derecho constitucional y en el derecho procesal constitucional*. Directores: Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo. Nicaragua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2011, p. 477.

La sola vigencia de la ley no basta para combatir la impunidad. Se requiere el efectivo compromiso del poder estatal para lograrlo, de tal modo que la misma no resulte ilusoria, sino efectiva. Por esto, resulta esencial el combate a la impunidad y no regresar a tiempos pretéritos, donde la falta de investigación de los hechos constituía una práctica sistemática de violaciones a los derechos humanos y contribuía a la impunidad de los responsables.⁵⁸⁹ Debe erradicarse cualquier surgimiento de impunidad, puesto como expresara HOBBS: “[e]n cuanto la esperanza de impunidad aparece, se manifiestan sus efectos.”⁵⁹⁰

7. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DELINCUENCIALES EN EL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO Y LA UTILIZACIÓN DEL *IUS PUNIENDI*

7.1 GENERALIDADES

Con anterioridad se analizó la importancia que se suscita con la interpretación del texto constitucional, así como la relación del Derecho

⁵⁸⁹ La Corte IDH, lo puntualiza contundentemente en el siguiente caso: “En primer lugar, ciertamente han transcurrido casi 32 años desde la detención de los señores Carlos José Mancuello Bareiro y los hermanos Rodolfo y Benjamín Ramírez Villalba y casi 30 años desde su desaparición y la del señor Agustín Goiburú Giménez. Aunque no consta que hayan sido intentadas acciones de *habeas corpus* o de otra índole a favor de las víctimas al momento de su detención ilegal o secuestro y posterior desaparición, ha sido verificada la falta de efectividad de ese tipo de acciones en ese primer período (*supra* párr. 57.4). Como una situación de hecho, en ese entonces no existía en Paraguay un recurso efectivo para amparar la ilegalidad o arbitrariedad de las detenciones, pues una de las características de la dictadura gobernante era la vigencia de un “permanente estado de sitio”, renovado cada noventa días por el Poder Ejecutivo (*supra* párr. 57.2 y 57.4). Los tribunales de justicia normalmente se negaban a recibir y tramitar recursos de *habeas corpus* en relación con medidas decretadas por el Poder Ejecutivo bajo dicho estado de sitio, medida que no funcionó como un instrumento para afrontar situaciones excepcionales, sino como una herramienta al servicio de una dictadura. Es decir, la falta de investigación de los hechos constituía parte de la práctica sistemática de violaciones a los derechos humanos y contribuía a la impunidad de los responsables, por lo que la protección judicial debida a las víctimas y sus familiares resultó ilusoria desde su detención hasta el final de la dictadura.” Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, (Fondo, reparaciones y costas), párr. 112.

⁵⁹⁰ HOBBS, Thomas, *op. cit.*, p. 244.

Internacional de los Derechos Humanos con respecto al Derecho Constitucional y al Derecho Penal. Además de la función que actualmente desempeñan los principios jurídicos, puede determinarse que se requiere la observancia de un enfoque distinto al que con generalidad se observa en el derecho ordinario, para que de esa manera estos tengan una mejor aplicabilidad.

En vista de ello, es oportuno empezar a descender en la jerarquización del ordenamiento jurídico y describir primigeniamente las principales manifestaciones delincuenciales que se producen en el Derecho Penal, para posteriormente examinar los principios rectores del Derecho Penal y la influencia que sobre los mismos ejercitan tanto el Derecho Constitucional, como el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

7.2 ACTUALIDAD DEL *IUS PUNIENDI*

El Derecho Penal posterior a la revolución francesa se caracteriza por la profunda modificación sufrida bajo la influencia del Iluminismo, movimiento que se tradujo en una moderación de las penas, en la restricción del arbitrio judicial, en la eliminación de la tortura y en el reconocimiento de las garantías procesales.⁵⁹¹ Es innegable la clara influencia que ejerció el Iluminismo en el Derecho Penal⁵⁹² en la humanización del mismo, al establecer no solo los límites del poder estatal en el ejercicio del derecho de sancionar, sino lograr una verdadera transformación en el pensamiento penal al lograr que se observara una humanidad en la aplicación de

⁵⁹¹ ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, tercera edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 38.

⁵⁹² Al respecto, MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, expresa que el Derecho Penal moderno de corte occidental que nace como hijo de la época de las Luces, con un acentuado planteamiento liberal y asentado en la ideología de los más sobresalientes ilustrados y reformadores, supone un intento de frenar los vicios que las leyes penales presentaban en el siglo XVIII. Impulsado por las ideas de Voltaire, Montesquieu, Beccaria, Servan, Jean Paul Marat, se estructura con las aportaciones de Bentham, Filangieri, Feurbach, Romagnosi, y toma con la denominada Escuela Clásica una determinante proyección liberal. VID. "Reflexiones sobre el Derecho Penal del Futuro". *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 2002, 04-06. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf

las sanciones penales y que el tradicional criterio retributivo fuera cuestionado por otro más preventivo, tal y como con variantes subsiste ahora.

Conforme al Derecho Penal, el Estado establece un conjunto de normas *ius poenale* que pretenden proteger aquellos bienes jurídicos de mayor relevancia para la convivencia pacífica del conglomerado social. Por eso el tipo penal contiene determinadas conductas que lo describen, las cuales conllevan de forma explícita la sanción que se producirá en caso de su realización. No obstante, este poder de establecer sanciones penales para aplicarlas en el supuesto que acontezcan las conductas descritas en el tipo penal, no pueden ser arbitrarias, quedando imprecisa su aplicación, puesto que con base al principio de legalidad, las mismas requieren encontrarse previamente establecidas en la ley.

En ese aspecto, el Derecho Penal constituye un mecanismo de control social en la protección de bienes jurídicos, que busca el mantenimiento de la convivencia social mediante su aplicación estrictamente limitada.⁵⁹³ Es decir, en palabras de HASSEMER, “Formalizar el control social no es otra cosa más que limitar las facultades de injerencia penal.”⁵⁹⁴ Es por esto:⁵⁹⁵

⁵⁹³ Para MUSCO, Enzo. “La Irracionalidad en el Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, p. 3, es una conquista común el reconocer que el Derecho penal, como parte del derecho público que disciplina los supuestos delictivos, se encuentra llamado a garantizar el nivel esencial de la convivencia social, predisponiendo una sanción para la defensa de aquellos valores que asumen el *status* de bienes jurídicos, como tales preexistentes a la evaluación del legislador ordinario. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r1.pdf>

⁵⁹⁴ HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 34.

⁵⁹⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. “La modernización del Derecho Penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático).” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2010, 3ª época, no. 3, p. 39. Al respecto, agrega este autor que: “Aquellos límites derivan específicamente al ámbito político-criminal, de la limitación del poder estatal por la “idea del Estado de Derecho” que, prescindiendo de los antecedentes, se debe al pensamiento ilustrado de la segunda mitad del siglo XVIII y de principios del XIX, y se desarrolló posteriormente por los *ius* administrativistas alemanes. A diferencia del poder absoluto del soberano en el Estado absolutista, que le faculta para determinar —e intervenir en— la vida de sus “súbditos” de modo arbitrario y discrecional (*non ratio, sed voluntas facit legem*), el ejercicio de todo poder y actividad del Estado de Derecho se encuentran sujetos al Derecho y limitados por éste.”

“Que el poder penal en cualquiera de sus manifestaciones está sujeto a límites estrictos cuyo traspaso arbitrario o discrecional lo hace ilegítimo, es una afirmación que actualmente tiene la fuerza de lo asertórico, es decir, una validez que no precisa de demostración alguna y que, por eso, condiciona asimismo la de todo objeto y enunciado de criminalidad.”

A pesar de lo afirmado por HASSEMER, resulta innegable que desde hace siglos el propósito de limitar las facultades de intervención del Derecho Penal ha sido el pan de cada día.⁵⁹⁶ En la actualidad sin embargo, el fenómeno delincencial tiende a ser más violento y ha socavado los tradicionales basamentos del liberalismo, maximizando el intervencionismo estatal. De tal manera, que se ha producido una tendencia legislativa que como una reacción agresiva en supuesta protección de la sociedad, busca ampliar los tipos delictivos y el recrudecimiento de los límites punitivos en detrimento de los principios informadores del Derecho Penal.

Se origina además, la exigencia de una política criminal que priorice la eficacia de la persecución punitiva, en perjuicio de un Derecho Penal más proteccionista,⁵⁹⁷ que con el pretexto de combatir la delincuencia, restringe y conculca los derechos de las personas.

Basta recordar la finalidad limitativa que procura el Derecho Penal liberal, puesto que como lo asevera NAUCKE: “El Derecho penal no es el Derecho del

⁵⁹⁶ HASSEMER, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*, op. cit., p. 33.

⁵⁹⁷ A ese respecto, LASCANO, Carlos Julio, comenta lo siguiente: “La sociedad, puesta contra la pared por la amenaza del delito, se encuentra en un encrucijada que exigiría mayor eficacia de la persecución punitiva que no puede seguir dándose el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad (la *Carta Magna del delincuente* de que hablaba Von Liszt), pues lo necesita como un instrumento eficaz de lucha contra el delito, dando lugar a un *derecho penal del enemigo*, es decir, el delincuente. Esta suerte de *guerra santa* llegaría a justificar políticas criminales de *seguridad ciudadana* versión posmoderna de las antiguas campañas de *ley y orden* que así se transforma actualmente en el nuevo *bien jurídico*, que alimenta la creciente industria de la seguridad.” VID. “La insostenible ‘modernización del Derecho Penal’ basada en la ‘tolerancia cero’ desde la perspectiva de los países ‘emergentes’”. *Cahiers de defense sociale*, 2003, p. 159.

combate a la delincuencia, sino el Derecho de los límites del combate a la delincuencia.”⁵⁹⁸ Es en esa línea que la justicia penal para algunos autores, abandona en ocasiones la concepción clásica –más individualista y defensora del agente–, y deja de verse como un sistema de protección preferente de los derechos del acusado para convertirse en un medio de lucha contra el delincuente y de protección de las víctimas.⁵⁹⁹

Pero este cambio era necesario, la víctima había sido ignorada casi por completo por el Derecho Penal para concentrarse en la aplicación de medidas exclusivas para la salvaguarda de los derechos del acusado, lo que era loable, pero esto no representa la única finalidad del Derecho Penal, como un mecanismo de defensa social en la protección de los bienes jurídicos tutelados.

Aunque en puridad, actualmente se ha revitalizado a la víctima debido a la impunidad generada, y por ende, la figura del gran olvidado del derecho penal: la víctima, se le ha reconocido una participación más activa en la substanciación del derecho penal, aunque generalmente su participación no es la principal, sino que actúa en adhesión a la ejercitada por el Ministerio Público. También destaca la protección que se le otorga en el sistema interamericano de derechos humanos, como resultado de la observancia de la CADH, como se expondrá en su momento.

Advierte QUINTERO OLIVARES que el crecimiento constante del Derecho Penal en este tiempo no es sólo *cuantitativo*, sino también *cualitativo*, de modo tal que se tiene una mayor cantidad de Derecho Penal y además un Derecho Penal diferente y que pugna por alejarse de aquellos cuasi sagrados principios.”⁶⁰⁰ Ahora bien, en el presente debido al incremento de la delincuencia común y organizada, se propugna por una mayor represión penal, sin que la misma signifique la comprobación de la responsabilidad del delincuente, sino la pura peligrosidad

⁵⁹⁸ Citado por HASSEMER, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*, op. cit., p. 34

⁵⁹⁹ MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, op. cit., pp. 21-22.

⁶⁰⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “La derrota de la política criminal y del Derecho Penal de nuestro tiempo”. *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2007, núm. 19, p. 49.

delictiva desarrollada por el mismo, de ahí que conlleve necesariamente a realizar una distinción entre “nosotros” y “los delincuentes”, es decir, entre amigos y enemigos; a facilitar un derecho expansivo y represivo, alentado por personas que pretender obviar los principios que sustentan un Derecho Democrático de Derecho.

En los países latinoamericanos, específicamente como sucede en Guatemala, con su débil sistema democrático y sus desigualdades sociales visibles, hace falta adoptar realmente un Derecho Constitucional Democrático, concebido como un Derecho Humanista protector de la persona - *pro persona* -. De esa forma, no solo con el texto constitucional, sino sobre todo con su observancia ineludible, se podrá resistir de mejor manera hacer frente a los insistentes embates contemporáneos del Derecho Penal, eminentemente expansionista y sancionador del enemigo.

Resulta propicio encontrar el punto de equilibrio entre la persecución penal y el respeto de los derechos intrínsecos de los sujetos activos del Derecho Penal (agentes), a la vez que buscar la protección de la víctima,⁶⁰¹ o sea, en palabras de HIRCH,⁶⁰² de categorizar a la víctima por diferencia funcional, en un sistema jurídico penal que se apoya en la pretensión punitiva del Estado. Dentro de esta resulta vital, un equilibrio entre la protección que requieren los gobernados y el mantenimiento del orden social.

⁶⁰¹ Afirma ROXIN, Claus, “Fines de la pena y reparación del daño”. En: MAIER, Julio B. J. (compilador). *De los Delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, SRL, 1992, pp.139-140, que la víctima, que apenas si fue tenida en cuenta en el Derecho Penal ha experimentado un resarcimiento sin parangón, en la discusión de los últimos años. Considera que las causas para ello son muy variadas: la fuerza publicitaria del movimiento de “restitución” americano. la frustración por los resultados menores obtenidos por el tratamiento de infractores jurídicos y, sobre todo, la escalada de la victimología hacia una rama científica independiente. A ello se agrega –aun cuando se prescindiera de todas las cuestiones teóricas- la visión creciente de la injusticia social de una justicia penal, que no toma en consideración alguna a la víctima.

⁶⁰² HIRCH, Hans Joachim. “Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y procesal penal: sobre los límites de las funciones jurídico-penales”. En: MAIER, Julio B. J. (compilador). *De los Delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, SRL, 1992, p.101.

7.3 PRINCIPALES MANIFESTACIONES DELINCUENCIALES ACTUALES

Pero en contraposición al expansionismo penal, se presentan graves problemas delinCUENCIALES que, como el crimen organizado, con una estructura compleja, persiguen la consecución de beneficios ilícitos, sin importar el modo de conseguirlos y que además, cuentan muchas veces con el poder y la capacidad de socavar los fundamentos del propio Estado. Así pues, sus recursos los obtiene mediante el tráfico de armas, de drogas y estupefacientes (narcotráfico), trata de personas, pornografía infantil, lavado de dinero, robo, secuestro, extorsiones, asesinatos, etc. Los miembros de la organización actúan de manera conjunta, con una jerarquía definida y con base al papel que cada individuo desarrolla en la referida organización.

De ahí que, deriva relevante la observancia en estos casos de la fórmula idónea comúnmente aceptada para delimitar las diversas formas de autoría y participación es la denominada “Teoría del dominio del hecho”, específicamente la “Teoría funcional del hecho”,⁶⁰³ la cual es adoptada entre otros países, en Guatemala, en los supuestos de vulneración del tipo contenido en una norma penal, realizados mediante la actuación conjunta de varias personas.

Otra manifestación compleja de criminalidad, aunque no novedosa pero sí recurrente y sanguinaria,⁶⁰⁴ lo constituye el terrorismo,⁶⁰⁵ que a diferencia del

⁶⁰³ El principio de imputación recíproca implica que todas las aportaciones al hecho realizadas por cada coautor son imputables al resto, en virtud que las mismas fueron efectuadas conjuntamente y de mutuo acuerdo, en la medida que tomaron parte en la ejecución de un plan establecido previamente a la comisión del delito.

⁶⁰⁴ Para CARNEVALI, Raúl, “Lo primero que debe decirse es que no se trata de un tema novedoso. Delitos de similar naturaleza han estado “desde siempre” presentes en el Derecho penal –basta tener presente los delitos contra la seguridad interior del Estado que dispone el Código penal chileno—. Pero los peligros del siglo XIX no son los mismos de nuestros tiempos. La diferencia, como se ha subrayado, es la magnitud de las consecuencias, que no pueden desconocerse si se pretende ofrecer respuestas eficientes.” VID. “El Derecho Penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 2010, XXXV, Segundo Semestre, p. 112.

⁶⁰⁵ Para profundizar en el tema, VID. AMBOS Kai, MALARINO Ezequiel y STEINER Christian (editores) *Terrorismo y Derecho Penal*. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2015; MATHEUS-RUGUELES, Andrea y MARTÍNEZ-VARGAS, Juan Ramón. “Derecho Penal y

crimen organizado que persigue fines esencialmente económicos, ocasiona graves daños irremediabiles y catastróficos, con el pretexto de alcanzar sus fines, generalmente políticos o religiosos, sin que necesariamente sean económicos. Es una forma de delincuencia por convicción que se sustenta en fundamentos ideológicos o religiosos extremos que desafían la existencia misma del Estado.

En esta línea, CARNEVALI expresa que: “El terrorismo siempre ha supuesto un desafío para el Derecho penal en cuanto a determinar cuáles son los instrumentos jurídicos-penales más idóneos para enfrentarlo.”⁶⁰⁶ Esto puede variar, al pretender ya no utilizar al Derecho Penal como un mecanismo de defensa social con respeto de los derechos fundamentales,⁶⁰⁷ sino como un derecho del enemigo.⁶⁰⁸

Terrorismo: ¿Crimen de Derecho Internacional?, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 40, no. 113, julio – diciembre 2010. Así, estos autores exponen que: “[e]l derecho penal internacional no es ajeno al terrorismo y reconoce esta figura como un crimen de derecho internacional. Si bien no se ha consagrado su tipificación como crimen internacional autónomo, los distintos escenarios de desarrollo y aplicación del derecho penal internacional, como algunos instrumentos internacionales y tribunales penales internacionales, reconocen su existencia, incidencia en la esfera internacional, y necesidad de respuesta desde esta rama del derecho.”; OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Los Derechos Humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo*. Folleto informativo no. 32, Ginebra, 2008.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁰⁷ Pues, en forma acertada dice ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde, Madrid: Instituto Editorial Reus, S. A., 1981, pp. 36-37, el Derecho Penal como instrumento de control social está pasando a un plano secundario, porque las clases dominantes son cada día que pasa más conscientes de que hay otros sistemas más sutiles y más eficaces, pero también menos costosos, de control social, para defender sus intereses y controlar a los que, real o potencialmente, puedan atacarlos.

⁶⁰⁸ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “Bases Teóricas del “nuevo” derecho penal schmittiano: el derecho penal y procesal penal del enemigo”, *op cit.*, p. 37. Expresa lo siguiente: “En el contexto del enemigo, Jakobs sugiere que la lucha debe ubicarse fuera del marco constitucional ya que, en esos casos, no puede afirmarse que exista un estado real de vigencia del derecho, sino tan sólo un postulado de realización: esto es, rige el estado de naturaleza y ahí no hay reglas. Esto le conduce a cuestionar la reacción penal frente al terrorista (alude expresamente al atentado del 11 de septiembre de 2001) que rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persigue la destrucción del orden; dado que el terrorista no garantiza una expectativa de conducta personal, si no se quiere privar al derecho penal del ciudadano de “sus cualidades vinculadas a la noción de estado de derecho”, debería llamarse derecho penal del enemigo a lo que “*hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir*”; en consecuencia, se haga lo que se haga en la lucha contra el terrorismo, no hay nada ilegítimo. Y no cabe duda que así lo mantiene: afirma que contra los autores de vulneraciones de los

En el caso de terrorismo, ha expresado la Corte IDH que tratándose de la tipificación de delitos de carácter terrorista, el principio de legalidad impone una necesaria distinción entre dichos delitos y los tipos penales ordinarios, de forma que tanto cada persona como el juez penal cuenten con suficientes elementos jurídicos para prever si una conducta es sancionable bajo uno u otro tipo penal.⁶⁰⁹

Por consiguiente, si bien el terrorismo es un fenómeno que pone en peligro los derechos y libertades de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados Partes en la Convención Americana, los artículos 1.1 y 2 de dicha Convención obligan a los Estados Partes a adoptar todas aquellas medidas que resulten adecuadas, necesarias y proporcionales para prevenir y, en su caso, investigar, juzgar y sancionar ese tipo de actos.⁶¹⁰

De tal manera que cuando adopten esas medidas, también se encuentran obligados a observar el principio de legalidad⁶¹¹ y los demás principios informadores, porque con la excusa de combatir el mismo, no se puede caer en la tentación de obviar los derechos humanos, sin que se vea afectado el Estado Democrático de Derecho, porque en todo caso, las relacionadas medidas deben encontrar encuadradas dentro de la Constitución y la CADH y por ende, en concordancia con los referidos principios.⁶¹²

derechos humanos, “quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas”, hay que concebir “todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito “comunitario-legal” –“la creación de un orden del derecho a mantener un orden”–, pues no se trata de personas culpables sino de “enemigos peligrosos”; por ello objeta el que se mantenga posteriormente con el infractor, una vez capturado, “la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos”, esto es, un uso del derecho de ciudadanos, una devolución ficticia de su condición de persona.”

⁶⁰⁹ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) Vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 163. Serie C No. 279.

⁶¹⁰ *Ibidem*, párr. 164.

⁶¹¹ *Ibidem*, párr. 165.

⁶¹² Al respecto, BUSTOS y HORMAZABAL son del parecer que el Estado en la promulgación y aplicación de las normas penales ha de mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas. Lo anterior, se traduce en que no basta que la norma sea formalmente válida, esto es, que haya sido dictada cumpliendo con los requisitos constitucionales en su tramitación, sino

Ante las formas de manifestación criminal que atentan contra la existencia del propio Estado, se colige que lo trascendental es analizar la forma en que el Estado puede reaccionar ante los referidos problemas, mediante la implementación de mecanismos permitidos por el sistema democrático. Interesa conocer la forma en que el Derecho Penal encara ese desafío que menciona CARNEVALI para enfrentar esa problemática criminal.

El problema en esencia, lo constituye la imprescindible búsqueda de equilibrio entre la libertad y seguridad de las personas y responder a la pregunta que formula este autor: “¿Cómo el Estado debe cumplir con su función de maximizar la protección sin descuidar el respeto a los derechos fundamentales?”⁶¹³ Esta es realmente una de las cuestiones que debe responder el Derecho Penal Democrático, para no convertirse en un derecho penal del enemigo que sacrifique los derechos humanos en aras de vencer el terrorismo.

No obstante, atendiendo el planteamiento de la cuestión, se presentan otras manifestaciones delincuenciales, como las que se produjeron en Guatemala durante el largo conflicto armado interno (*lesa humanidad*, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, etc.), y que ocasionaron graves violaciones a los derechos humanos. La concepción tradicional liberal, basada en el positivismo no puede responder a cabalidad, cuando los gobernantes se escudan en haber observado los procedimientos legales y haber emitido una sentencia, que tan solo en forma aparente ha resuelto el asunto, pero que ha sido un simple mecanismo utilizado para no resolver el fondo del mismo de manera adecuada, para que el caso quede firme y que no pueda ser reabierto de nuevo.

Efectivamente, de lo anterior se desprende que el estudio de los principios informadores del Derecho Penal no puede darse por concluido, porque se presentan nuevos retos que permiten superar su concepción limitadora del poder

que es necesario que sea también materialmente válida. VID. Lecciones de Derecho Penal, Vol. 1, *op. cit.*, p. 64.

⁶¹³ CARNEVALI, Raúl, *op. cit.*, p. 110.

punitivo –*ius puniendi*– tal y como ha regido como producto directo de la herencia del liberalismo y de la ilustración. Ahora en cambio, resulta inconcebible que tienda a disminuirse su observancia en estos aspectos, sino al contrario, debe procurarse la obtención de niveles superiores de protección del ser humano, tanto en la ley como vía interpretativa, a efecto que no se produzcan nuevas violaciones a los derechos fundamentales y en caso las mismas se concreticen, se sancione a los que las hayan producido.

Una de las nuevas formas delincuenciales de mayor impacto por su gravedad en la actualidad es el terrorismo islámico. De manera general, el terrorismo está encaminado a la destrucción misma de los derechos humanos, la democracia y el imperio de la ley.⁶¹⁴ Probablemente, no existe una figura o concepto que suponga de manera tan clara y radical todo lo contrario a la verdadera naturaleza de los derechos humanos como lo es el terrorismo.⁶¹⁵ En esta forma delincencial, cuando se mezclan la religión con el terrorismo surge una modo especial de criminalidad, que queda incluida dentro de la delincuencia por convicción.

En ese orden de ideas, los efectos del terrorismo se reflejan directamente sobre el ejercicio de algunos derechos humanos, en particular los derechos a la vida, la libertad y la integridad física. Es por ello que se afirma que los actos de terrorismo pueden desestabilizar gobiernos, socavar la sociedad civil, poner en peligro la paz y la seguridad, amenazar el desarrollo social y económico, y afectar negativamente en especial a ciertos grupos. Todos ellos tienen efecto directo

⁶¹⁴ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Los Derechos Humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo, op cit.*, pp. 7-8. Agrega que el terrorismo ataca los valores en que se basan la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales: el respeto de los derechos humanos, el imperio de la ley, las normas que rigen los conflictos armados y la protección de los civiles, la tolerancia entre pueblos y naciones, y la solución pacífica de los conflictos.

⁶¹⁵ MONTALVO ABIOL, Juan Carlos. "Terrorismo, información y derechos humanos." *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, no. 15, enero 2012, p. 91.

sobre el ejercicio de los derechos humanos fundamentales. Se ha reconocido el efecto destructivo del terrorismo sobre los derechos humanos y la seguridad.⁶¹⁶

Lo anterior ha generado que se busque limitar la aplicación de los principios informadores del Derecho Penal, con el propósito de otorgarles a las autoridades encargadas de velar por la seguridad pública, más atribuciones a costa de sacrificar la plena observancia de los principios. Es acá donde encuentra cabida los estudios elaborados por JAKOBS referentes al “derecho penal del enemigo”, como contrapuesto al derecho penal del ciudadano, que han provocado la promulgación de leyes que restringen el cumplimiento de los principios penales clásicos.⁶¹⁷ Sin embargo, como se ha expuesto en este capítulo, el peligro de permitir estas excepciones, es que las mismas se vuelvan permanentes y que además resulta innegable su clara limitación a los derechos humanos.

Para finalizar este apartado, el Derecho Penal enfrenta muchos desafíos que no puede responder de forma aislada sino en coherencia con la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y su respectiva jurisprudencia. Esta última adquiere una importancia superlativa, tanto constitucional como convencional, aplicable en el derecho interno. En esa línea, la jurisprudencia, afirmaba RADBRUCH, es una ciencia práctica llamada a dar una respuesta inmediata a toda pregunta jurídica.⁶¹⁸

⁶¹⁶ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Los Derechos Humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo, op cit.*, pp. 7-8.

⁶¹⁷ En el caso de Guatemala, el Congreso de la República emitió el Decreto 58-2005, que contiene la “Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo”. En su primer Considerando, establece: “Que el terrorismo socava las bases en las que se fundamenta la sociedad y produce inestabilidad en la economía, la política, la cultura y en general, en el bienestar de los seres humanos; y que el número y la gravedad de los actos de terrorismo internacional dependen del financiamiento que puedan obtener los terroristas, lo cual es motivo de profunda preocupación para toda la comunidad internacional.” Para el efecto, modificó el artículo 391 del Código Penal referente al terrorismo. Creó las figuras delictivas del “Delito de financiamiento del terrorismo” y una agravante especial dirigida para los funcionarios o empleados públicos que lo cometan en el ejercicio de su cargo. La de “trasiego de dinero”, así como configuró el comiso de bienes, la extradición por estos delitos y la negativa de dar refugio y asilo, entre otros aspectos.

⁶¹⁸ RADBRUCH, Gustav, *op. cit.*, p. 10. En efecto, para este autor: “La jurisprudencia es una ciencia práctica llamada a dar una respuesta inmediata a toda pregunta jurídica, sin que pueda

Es por ello que, tanto en su aplicación en el Derecho Interno, pero sobre todo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, principios clásicos como la legalidad, retroactividad y *ne bis in idem*, entre otros, presentan nuevos retos interpretativos y aplicativos en la solución de casos concretos en materia de lesa humanidad debido a los graves delitos cometidos, los cuales requieren ser penados para evitar que en futuro se sigan cometiendo estos graves crímenes.

Situación contraria acaece en el denominado derecho penal del enemigo⁶¹⁹ (que no es objeto de estudio en esta investigación), en la cual *prima facie*, los principios penales y la normativa penal no debería verse afectada en su aplicación, puesto que el Estado Democrático de Derecho cuenta con mecanismos para salvaguardar su propia existencia, sin por ello restringir los derechos fundamentales fuera del marco permitido expresamente. El Derecho Penal entonces, para hacer frente a estos problemas que se presentan dentro de su ámbito de aplicabilidad, requiere contar con mecanismos utilizables desde una perspectiva constitucional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos, entre los cuales, los principios informadores cumplen una función importante.

Expuesto lo anterior, deviene necesario el examen de cada uno de estos nueve principios informadores del Derecho Penal, tanto en el derecho interno, como en las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos

negarse a contestar por razón de las lagunas, las contradicciones o las ambigüedades de que la ley pueda adolecer. Ello la obliga a conocer y entender las leyes mejor que las mismas personas que intervinieron en su redacción, a sacar de la ley más de lo que estas personas pusieron conscientemente en ella, al redactarlas o aprobarlas.” Cuan añeja resulta la expresión de ROUSSEAU, referente a que: “El autor de la ley sabe mejor que nadie cómo debe ser ejecutada e interpretada.” VID. *El Contrato Social*. Ciudad de México: Editores Mexicanos Unidos, S. A., 1992, p. 109; BECCARIA, *op. cit.* p.63, en ese mismo sentido, consideraba que tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales podía residir en los jueces criminales por la misma razón que no eran legisladores.

⁶¹⁹ Para profundizar en este tema, VID. JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003; JAKOBS, Günter. “Sobre la teoría de la pena”. Traducido por Manuel Cancio Meliá. *Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 16*. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 1998; JAKOBS, Günter. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*. Traducido por Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

Humanos. En el siguiente capítulo se analizarán los tres principios de legitimación estatal que se refieren esencialmente al ejercicio de la punición.

El primero –intervención mínima– en cuanto pretende comprender el grado de participación que debe tener el Estado en la persecución penal. Si esta debe ser mínima o de máxima intervención en los conflictos sociales. El segundo –protección exclusiva de bienes jurídicos– permitirá entender qué es lo que persigue proteger el Estado al emitir normas de carácter penal.

Y por último, un principio vital en un sistema democrático –culpabilidad– por el cual se busca que únicamente se sancione penalmente a la persona responsable de la comisión delictiva. Que no se le sancione por lo que es o lo que representa, sino por lo que hizo. A primera vista pareciera algo sencillo, pero las aristas que se presentan y los intereses de por medio complican el panorama, como se examinará en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO IV

PRINCIPIOS DE LEGITIMACIÓN ESTATAL RELATIVOS AL EJERCICIO DE LA PUNICIÓN: INTERVENCIÓN MÍNIMA, PROTECCIÓN EXCLUSIVA DE BIENES JURÍDICOS Y CULPABILIDAD

Los principios de legitimación estatal relativos al ejercicio de la punición buscan la observancia coherente de los fines del Estado en la aplicación de la persecución penal. De ahí que para dar respuesta a las interrogantes de cuánto debe intervenir el Estado en la persecución penal, qué es lo que pretende proteger y cuándo a una persona se le puede atribuir el resultado de su conducta, es que adquieren relevancia los principios de intervención mínima, protección exclusiva de bienes jurídicos y culpabilidad. En qué consiste cada uno de ellos y su análisis individualizado, constituirá el propósito de este capítulo.

1. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA -*ULTIMA RATIO*-

1.1 Necesaria justificación

En un Estado autoritario,⁶²⁰ este actúa ilimitada y arbitrariamente sin que le interese en lo mínimo la protección de los derechos de las personas, los que

⁶²⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, en ese sentido consideran que: “Se ha examinado ampliamente, como proyección de ideas políticas y desempeño del poder público, el alcance del sistema penal en una sociedad democrática. En ésta, cumple un papel secundario, como última ratio, control o remedio que se utiliza con moderación, sólo en la medida estrictamente indispensable. Otra cosa ocurre bajo regímenes autoritarios, donde se

pasan a un plano secundario por reñir con sus propios intereses. Al utilizar la ley penal solo de manera formal para reprimir aquellos comportamientos que no se ajusten a sus propósitos, este tipo de Estado tipifica conductas de modo generalizado y diversifica su castigo. En un Estado Democrático de Derecho en cambio, se prioriza la dignidad humana y por ende, se busca la protección de sus derechos, que precisamente se transgreden activa o pasivamente de manera generalizada en un Estado autoritario, que legitima su actuación en una legislación escindida de las normas, principios y valores constitucionales y de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

El Estado Constitucional de Derecho por su parte, enfatiza el respeto (activo y pasivo) de los derechos humanos. Dentro de este marco, sin duda inherente al poder estatal, el poder punitivo se justifica por su propia existencia.⁶²¹ Explica LÓPEZ BETANCOURT, que la ley como única expresión del Derecho Penal tiene una misión muy importante que cumplir, y esta es la de permitir la grata convivencia social; en esa medida añade, no existe ninguna otra rama del Derecho con recursos superiores al alcance, a los que tiene el Derecho Penal.⁶²²

Ciertamente, el Derecho Penal como conjunto normativo, cumple una función de mantenimiento y protección de un sistema de convivencia y solo *dentro*

anticipa y extrema el empleo de los instrumentos penales, a través de la tipificación profusa, el enjuiciamiento penal frecuente –en detrimento de otros medios de solución de controversias–, el agravamiento de las sanciones y la ejecución cumplida con la mayor severidad. En esta dialéctica discurre la idea y la práctica del derecho penal mínimo, acogido en diversas resoluciones de la Corte Interamericana. El tribunal, atento a las mejores corrientes del derecho penal de raíz democrática, entiende que el poder punitivo sólo se despliega en la medida estrictamente necesaria para proteger bienes jurídicos fundamentales contra los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo de la potestad punitiva del Estado. De esta suerte, ha negado la pertinencia de tipificar penalmente comportamientos ilícitos que pudieran ser sancionados por otras vías.” *VID.* “Consideraciones sobre el Principio de Legalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, enero-junio 2011, no. 24, pp. 211 y 212.

⁶²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte General, op cit.*, p. 75. Complementario a lo citado, este autor de forma franca justifica que guste o no es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínima pacífica y organizada.

⁶²² LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *op cit.*, p. 23.

del sistema y desde ese sistema puede explicarse su función.⁶²³ Continúa exponiendo ese autor que, en tanto la norma penal posibilite una mejor convivencia será funcional, pero cuando se convierta en perturbadora de esa convivencia será disfuncional.⁶²⁴ Este criterio de funcionalidad, provoca que la norma penal posea una doble función: de protección y motivación, donde la protección supone la motivación.

Es por eso, que la norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando al mismo tiempo, a los individuos para que se abstengan de dañar esas condiciones elementales.⁶²⁵ Es dentro de ese contexto que se aprecia que la norma penal permite al Estado la utilización de mecanismos más vigorosos para salvaguardar esa función protectora. MUÑOZ CONDE, en ese sentido, afirma que la diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas radica en la especial gravedad de los medios empleados para cumplir esta misión y en que solo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica de la comunidad.⁶²⁶

Un cuestionamiento de especial interés se concretiza en responder si el Derecho Penal debe ser la primera razón que tiene el Estado para resolver los conflictos que se produzcan en la sociedad, a costo de la utilización de un mayor grado de violencia estatal. O bien, si se puede establecer una gradación de los conflictos que afecten al conglomerado social para que se intervenga únicamente en los más graves y que el resto sea resuelto por las otras disciplinas jurídicas.

No debe olvidarse que dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, el Derecho Penal no es el único que realiza la protección de bienes jurídicos, puesto

⁶²³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p.63.

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 64.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 64.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 64.

que el mismo constituye una parte del mismo y por ende, es este el que debe realizar en su conjunto la referida protección, debiendo intervenir el Derecho Penal únicamente cuando se trate de los casos más graves que no pueden ser resueltos por las otras disciplinas normativas. En ese sentido, el Derecho Penal solo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que solo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.–. Por ello se denomina a la pena como la "*ultima ratio* de la política social" y se define sumisión como protección subsidiaria de bienes jurídicos.⁶²⁷

Afirma BACIGALUPO que, por lo general, este principio considera el hecho penal como la *ultima ratio* de la política social y limitando el Derecho Penal a la protección de bienes jurídicos.⁶²⁸ En ese orden de ideas, en el ámbito penal el Estado no debe actuar en forma ilimitada en la utilización de los mecanismos formales de control social, puesto que su intervención únicamente debe producirse para proteger bienes jurídicos en aquellos supuestos en los cuales otras disciplinas jurídicas que cuentan con mecanismos menos gravosos, resultan insuficientes y se trate realmente de ataques graves a los bienes jurídicos más importantes que el derecho penal pretende proteger como se examinará luego.

La intervención del Estado debe reducirse a lo mínimo en materia punitiva, de tal manera que debe ser la *ultima ratio* que tenga el mismo en un sistema

⁶²⁷ ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, *op. cit.*, p. 29; Por su parte, BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán, exponen que el Derecho Penal ha de entenderse como última *ratio* o mejor *extrema ratio*. Esto significa que el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales. La gravedad de la reacción penal aconseja que la norma penal sólo sea considerada, en última instancia, como un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social. La subsidiariedad implica que se ha de recurrir primero y siempre a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el penal. *VID.* Lecciones de *Derecho Penal*, Vol. 1, *op. cit.*, p. 66; LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *op. cit.*, 2010, pp. 26 -27, por su parte, manifiesta que gracias al principio de intervención mínima, el Derecho Penal es la última *ratio legis* o razón legal del Estado, para mantener el equilibrio social, ya que si se abusara del Derecho Penal se entraría al llamado "terror penal".

⁶²⁸ BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 32.

democrático, en contraposición al exagerado intervencionismo del Derecho Penal totalitario.⁶²⁹ Este principio se dirige esencialmente al legislador,⁶³⁰ puesto que es a él a quien corresponde la tipificación de las figuras delictivas y de las penas que correspondan a las mismas, de conformidad con lo que se establezca en la ley.

Lo expuesto, siempre de acuerdo con una política criminal coherente que observe los principios informadores del derecho penal, con el fin de reducir considerablemente la pena estatal. En sentencia del 13 de junio de 2000,⁶³¹ el Tribunal Supremo de España, cuyo ponente fue BACIGALUPO, expresó al respecto, lo siguiente:

⁶²⁹ Para ABANTO VÁSQUEZ: Manuel, “[a]demás de “merecer” pena por atentar gravemente contra un bien jurídico especialmente valioso y ser socialmente dañosa, la conducta punible debe caracterizarse por crear un conflicto social que no pueda ser solucionado de otra manera que recurriendo al Derecho penal. Se habla entonces de la necesidad de pena. Aquí se trata de aplicar la idea del Derecho penal como “ultima ratio” o el principio de “mínima intervención”, según los cuales, el Derecho penal debería abstenerse de intervenir si la solución al conflicto y el restablecimiento de la paz social pudiera darse en otra área del Derecho. Si por ejemplo el Derecho administrativo fuera capaz de proteger plenamente al sistema crediticio, ya no debería recurrirse al Derecho penal mediante los tipos penales de “fraude financiero”, “estafa de créditos” o similares; o si se pudiera proteger adecuadamente la libre y leal competencia mediante leyes administrativas, no habría necesidad de leyes penales al respecto.” VID. “Acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos”, *Revista Penal*, 2006, no. 18, p. 153. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Kimel Vs. Argentina*, (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 2 de mayo de 2008, párrafos 63 y 76, identificada como, estimó que: “En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”. Conforme al “principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido”.

⁶³⁰ “El Derecho Penal, se rige por el llamado Principio del Hecho, se contemplan éstos a través de comportamientos activos en la mayoría de casos u omisivos en unos pocos; por eso algunos autores han puesto de manifiesto que el Derecho Penal impone no sólo prohibiciones sino también mandatos. Pero estos comportamientos activos u omisivos deben lesionar o poner en peligro bienes jurídicos. Sin embargo tal afirmación es insuficiente, porque con ella seguiría siendo posible la perniciosa huida hacía el Derecho Penal y la perversión del bien jurídico. Ello hace que se establezcan límites político-criminales al “ius puniendi”. Sólo cuando es necesario e imprescindible y cuando no se ofrezcan garantías de éxito para las demás ramas del derecho deberá aplicarse el Derecho Penal. De ahí que el fundamento lo hallamos en razones de tipo político, político-criminales y criminológicas, bien entendido que siempre irá dirigido al Legislador y no al Juez como aplicador del derecho.” GARCÍA PLANAS, Gabriel. “El principio de intervención mínima en Derecho Penal: realidad o ficción”, en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares*, nº 11. 2010, p. 98.

⁶³¹ TSE, ROJ STS 4857/2000.

“El principio de "intervención mínima" no puede ser invocado como fundamento de la infracción de Ley en el recurso de casación, toda vez que sólo es un criterio de política criminal dirigido particularmente al legislador y sólo inmediatamente puede operar como criterio regulador de la interpretación de las normas penales, que en ningún caso puede servir para invalidar una interpretación de la ley ajustada al principio de legalidad. Su contenido no puede ir más allá, por lo tanto, del principio liberal que aconseja que en la duda se adopte la interpretación más favorable a la libertad (*in dubio pro libertate*).”⁶³²

Aunado a lo manifestado, debe recordarse que el Derecho Penal no puede proteger todos los bienes jurídicos, pues esto es precisamente lo que trata de evitar el principio de intervención mínima. Al contrario, únicamente protege una parte de los mismos frente a formas de ataques concretos, lo que corresponde a su carácter fragmentario. En ese sentido, como la protección de los bienes jurídicos menos graves se realiza por otras disciplinas del ordenamiento jurídico y solamente las graves, son protegidas por el Derecho Penal, como se ha explicado,

⁶³² Esta consideración respecto a que el principio de mínima intervención se encuentra dirigido al legislador ha sido sostenida por el Tribunal Supremo de España, en otras sentencias, como por ejemplo la del 20 de julio de 2009, Roj: STS 5421/2009, donde estimó lo siguiente: “El principio de intervención mínima está dirigido, en todo caso, al legislador. Los tribunales están vinculados por la ley y, en la medida en la que su interpretación no vulnere la prohibición de extensión analógica del texto legal, que se deduce del principio de legalidad, la aplicación que hagan de la misma no puede ser atacada mediante este principio.” Sin embargo, con abstracción de los hechos establecidos en la misma, no resulta plenamente justificado otorgarle con exclusividad al legislador ser destinatario del referido principio, pues si bien primigeniamente va dirigido a él, esto no constituye óbice alguno para que el juez aplique este principio en la solución del caso que conoce para su resolución. Como ya lo había sostenido el Tribunal Supremo Español: “También resulta básico para el contenido del principio que se comenta, [proporcionalidad de la pena] que como todos los principios constituyen mandatos de actuación para la realización del contenido de un determinado valor y que está, fundamentalmente, dirigido al legislador en cuanto que es autor de las normas jurídicas, aunque no debe estimársele destinatario exclusivo de este principio, ya que en virtud del principio de efectividad contenido en el art. 9.2 de la CE, también el sistema judicial en cuanto que intérprete y aplicador de la Ley, es el responsable de la realización del derecho concreto a través del enjuiciamiento de los casos que le son presentados, y por tanto responsable de la consolidación del cuadro de valores superiores que definen nuestro Ordenamiento Jurídico, bien que esta vinculación sea derivada y opera a través del sometimiento al imperio de la Ley –art. 117 CE–, no de una manera automática y mecanicista, sino desde el respeto y efectividad de tales valores.” Sentencia del 12 de noviembre de 2002, Rj 10491. Resulta oportuno agregar que en esta sentencia se citaba a su vez, las SSTS de 12 de mayo de 1999 (RJ 4666) y SSTS 1 de junio de 2000 (RJ 4150).

este Derecho viene a convertirse en subsidiario de las demás disciplinas jurídicas, en la medida en que interviene tan solo cuando las otras ramas del derecho han fracasado o resultan insuficientes. Estos dos últimos aspectos, son los que le otorgan su carácter fragmentario y subsidiario.⁶³³

Con relación a su carácter fragmentario, en la medida en que el Derecho Penal únicamente protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ese cuidado no siempre lo realiza de modo general sino en forma frecuente, como sucede con el patrimonio, solo frente a formas de ataque concretas, por lo que se expresa también de la naturaleza “fragmentaria” del Derecho Penal.⁶³⁴ Esta parte fragmentaria que se encuentra constituida por aquellos bienes jurídicos de mayor trascendencia, debido a que afectan en mayor medida al conglomerado social, ya sea en forma individual o colectiva.

Por lo que dada la forma violenta en que reacciona el Derecho Penal, este exclusivamente debe ser utilizado en casos específicos y que no pueden ser resueltos efectivamente por otras disciplinas jurídicas, lo que constituye su

⁶³³ En ese sentido, MIR PUIG, Santiago, *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 119-120, estima que: “Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad. Importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil «huida al Derecho penal». Pero también el Estado social puede conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción —técnica ésta característica del Estado liberal clásico.”

⁶³⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, *op. cit.*, p. 29. ROXIN explica con más detalle lo anterior, al considerar que como el Derecho Penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico. Esto lo ilustra con el siguiente ejemplo: las infracciones contractuales habituales se pueden compensar muy bien mediante la acción civil y medidas de ejecución forzosa, por lo que sería inadecuado intervenir en esos casos con el Derecho penal. Sólo si alguien perjudica mediante engaño y con ánimo de lucro a la otra parte de un negocio, el bien jurídico del patrimonio individual se ve menoscabado de modo tan consistente que entra en juego el tipo penal de la estafa. Pp. 29-30.

carácter subsidiario, pues la intervención del Derecho Penal es sumamente grave y la resolución de los conflictos sociales sería lograda a un costo demasiado elevado y de graves consecuencias para la sociedad. Pues, lo contrario significaría una ampliación de la actividad punitiva del Estado que podría llevar a una paralización de la vida social y a provocar la inseguridad de las personas permanentemente amenazadas por la violencia del Estado.⁶³⁵

Como corolario, un sistema de Derecho Penal Democrático, se justifica únicamente si persigue la plena observancia de los derechos fundamentales de las personas, sin que se utilice la violencia de manera desmedida. Al contrario, se pretende minimizar la violencia y que el Estado se vea limitado en el ejercicio del castigo que puede desempeñar en la persecución delictiva. Porque, como acertadamente lo expresa FERRAJOLI:⁶³⁶

“Existe por consiguiente una correspondencia biunívoca entre justificación externa o ético-política y garantismo penal. Un sistema penal está justificado si y sólo si minimiza la violencia arbitraria en la sociedad, y alcanza dicho fin en la medida en que satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Estas garantías se configuran por consiguiente como otras tantas condiciones de justificación del derecho penal, en el sentido de que sólo su realización sirve para satisfacer sus fines justificadores.”

Lamentablemente, en lugar de procurar que cada día se aplique menos el Derecho Penal, dadas sus gravosas consecuencias, en la actualidad existe una tendencia de aplicar directamente el mismo y criminalizar diversos conflictos sociales, en lugar de buscar soluciones por otros mecanismos jurídicos y extrajurídicos. En países como Guatemala, en muchas ocasiones se toman medidas para criminalizar la pobreza y las protestas sociales, tanto con la

⁶³⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán: *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. 1, *op. cit.*, pp. 66-67.

⁶³⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, *op. cit.*, p. 342.

severidad con que se sancionan determinados delitos, como con la forma desproporcionada que reacciona el Estado para combatir tales manifestaciones.⁶³⁷

El Derecho Penal debe ser subsidiario –principio de subsidiariedad–, no es dable que se convierta en *prima ratio*, porque no solo no podría por sí solo resolver todos los conflictos jurídicos, ni sería conveniente, pues puede convertirse en un instrumento eminentemente represivo, que incluya un incremento cualitativo y cuantitativo de la pena y el aumento del número de reclusos.

El peligro latente siempre lo constituye que se deslice imparablemente hacia un “modelo totalitario de política criminal”, según lo define BARATTA.⁶³⁸ La supuesta eficiencia que se busca con la aplicación del Derecho Penal, implica añejo quebrantamiento de los derechos humanos y fundamentales de los particulares. Es por esos motivos que la consigna de que el Derecho Penal debe

⁶³⁷ De manera general, refiriéndose a la región americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha observado que es frecuente la criminalización de las actividades de defensa de los derechos de las comunidades que ocupan tierras de interés para el desarrollo de mega-proyectos y explotación de recursos naturales como es el caso de explotaciones mineras, hidroeléctricas o forestales. Al respecto, la CIDH ha recibido información que indica que en estos contextos se utilizaría el sistema penal en contra de líderes y lideresas indígenas. VID. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Criminalización de las defensoras y defensores de derechos humanos. 2015, p. 33. Así también, la Alta Comisionada Adjunta de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Flavia Pansieri, en la Declaración final de la visita a Guatemala, el 22 de mayo de 2014, en lo concerniente expresó: “También pude conocer casos en los que parece haber un patrón en el cual, frente a la defensa de los derechos humanos en el contexto de explotación de recursos naturales, se accionan procesos penales ante las fiscalías locales. Se utilizan tipos penales desproporcionados a los hechos denunciados, tales como asociación ilícita, terrorismo o secuestro, los cuales corresponden a la lógica del combate al crimen organizado, y no al abordaje de la demanda de los movimientos sociales”. *Ibidem*, nota 50.

⁶³⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 180. Efectivamente, sobre el particular indica: “En el interior de este proceso, el eficientismo penal intenta hacer más eficaz y más rápida la respuesta punitiva limitando o suprimiendo garantías sustanciales y procesales que han sido establecidas en la tradición del derecho penal liberal, en las Constituciones y en las Convenciones Internacionales. La reducción de los niveles de legalidad destruye el equilibrio entre la verdad sustancial y la verdad procesal, al mismo tiempo que marca un retorno a las formas de proceso premodernas: el proceso crea la prueba, el proceso crea el criminal, el proceso es la pena principal. Se desliza hacia “un modelo totalitario de política criminal”, hacia las modalidades de una nueva “suave inquisición”, que coexisten al interior de una conflictualidad latente con el sistema liberal y democrático correspondiente a la legalidad constitucional.”

ser aplicado como *ultima ratio*, continúa inflexible. Por consiguiente, la observancia del principio de intervención mínima es de gran importancia para un Estado Democrático de Derecho, porque se limitará al Estado de ejercer de manera arbitraria el poder punitivo que ostenta y de ahí que, el Derecho Penal tenga que intervenir mínimamente en el ejercicio del control social.

No puede ignorarse en cuanto a la necesidad de la intervención del Derecho Penal, que si bien es cierto el Estado se encuentra legitimado para tomar las medidas necesarias para lograr y preservar la convivencia social, también lo es que su actuación no debe ser arbitraria, pues requiere comprender un Derecho Penal que sea de *ultima ratio*, subsidiario y fragmentario, de lo contrario, su intervención no podría ser legitimada en un Estado Democrático de Derecho.

1.2 El principio de intervención mínima en la jurisprudencia de la Corte IDH

No obstante lo manifestado, es factible observar en el derecho interno con qué frecuencia el Estado incumple con la observancia del principio de intervención mínima. Se producen supuestos en los cuales el legislador pretende sancionar conductas que parecerían un tanto irrelevantes para el Derecho Penal y que sin embargo, resultan siendo sancionadas de una forma grave por el legislador.

Cuando esta gravedad no logra ser eliminada en el derecho interno, porque el Estado no satisface jurídicamente las pretensiones del interesado y obvia observar el principio de intervención mínima, debido al incumplimiento de la obligación legislativa para garantizar los derechos convencionales, entonces agotada esta vía acude al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos⁶³⁹ y en caso su pretensión cumpla con los supuestos idóneos, la Corte

⁶³⁹ Para el efecto, el artículo 44 de la CADH establece que: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte." Lo anterior significa que el interesado en presentar su caso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no

IDH conocerá el caso y determinará la existencia o no de las violaciones de los derechos humanos alegadas.

Resulta oportuno manifestar, que el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁶⁴⁰ le permite a este actuar, cumpliendo los requisitos correspondientes, cuando los Estados Partes han dejado de cumplir con su compromiso de velar por la debida protección de los derechos inherentes a las personas.⁶⁴¹ Aunque también resulta imprescindible mencionar que la regla anterior tiene su excepción. Ciertamente, si bien el artículo 46.1 de la CADH⁶⁴² contiene los requisitos que debe contener una petición o comunicación dirigida a la CIDH para ser admitida, el artículo 46.2 establece los casos de excepción.

puede acudir directamente a la Corte IDH, sino que previamente debe acudir a la CIDH para presentar sus peticiones y será la misma quien lo represente.

⁶⁴⁰ Así, en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 26 de junio de 1987 (Excepciones preliminares), la Corte IDH consideró en el párrafo 91 que: “La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art.1).” El carácter subsidiario del sistema interamericano implica la posibilidad que sea el propio estado el que resuelva el asunto sometido a su conocimiento, mediante el agotamiento de los medios de impugnación contemplados en su legislación interna. Entonces, únicamente cuando este incumpla con su obligación se podrá acudir al sistema interamericano, salvo excepciones.

⁶⁴¹ En diversas sentencias, entre las que se encuentran el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, (Fondo), sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 61 y *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, (Fondo), sentencia del 15 de marzo de 1989, párr. 85, la Corte IDH ha expresado que la regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema acorde con su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta “coadyuvante o complementaria de la interna”.

⁶⁴² Conforme al **Artículo 46.1** de la CADH, esos requisitos son los siguientes: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

De esa manera, las disposiciones de los incisos 1.a. (relativa a que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos) y 1.b. (referente a que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva) del artículo 46.1 citado, no se aplicarán cuando:

- a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Ahora bien, la Corte Interamericana ha señalado en concomitancia con la doctrina penal mayoritaria, que "el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita."⁶⁴³ También ha reconocido que en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro.⁶⁴⁴ Reconoce pues la Corte, lo pernicioso que resulta la aplicación del Derecho Penal y por eso deviene esencial que su aplicabilidad sea observada exclusivamente cuando se trate de los ataques de mayor gravedad dirigidos a los bienes jurídicos fundamentales, porque el Derecho Penal en efecto, es la *ultima ratio* que debe emplear el Estado en la solución de los conflictos.

⁶⁴³ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 2 de mayo de 2008 párr. 76. Serie C, No. 177.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, párr. 76.

En torno al principio de intervención mínima, ha expresado la Corte IDH que dicho principio es característico de una sociedad democrática, razón por la cual el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido.⁶⁴⁵

Como complemento, puede hacerse mención a lo indicado por MUÑOZ CONDE, quien ha resaltado que el Derecho Penal no puede ser concebido tampoco ahora como único o principal instrumento para la consecución de fines políticos, económicos o sociales, sino como un último recurso inspirado por el principio de intervención mínima.⁶⁴⁶ La Corte IDH en cuanto a este aspecto, no solo ha comprendido la importancia que reviste el principio de intervención mínima,⁶⁴⁷ sino que ha emitido una serie de sentencias que de forma contundente han resaltado la observancia del principio mencionado.

1.2.1 Sentencia ilustrativa que resalta el principio de intervención mínima: *Caso Kimel Vs. Argentina*⁶⁴⁸

Un caso que resultado muy representativo para observar la aplicabilidad del principio de intervención mínima lo constituye el *Caso Kimel vs. Argentina*. En este caso se puede determinar cómo dos derechos fundamentales entraron en

⁶⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 76.

⁶⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho Penal, *op. cit.* p.16. Además, ha indicado que el Estado debe recurrir sólo cuando se trata de evitar o sancionar comportamientos muy graves que atacan a bienes jurídicos fundamentales, y sólo en la medida en que no sean suficientes otros instrumentos protectores menos lesivos y limitadores para los derechos humanos que los puramente punitivos.

⁶⁴⁷ Pues, asevera LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *op. cit.*, p. 26, el Estado con la facultad que le fue asignada, de penar y proteger la humana convivencia, garantizando la paz social, en su función represiva y preventiva debe hacer uso del Derecho Penal, cuando otros medios de control social de carácter penal sean insuficientes; empero, considera, que solo para proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más insoportables o intolerables.

⁶⁴⁸ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, reparaciones y costas).

conflicto, siendo los mismos en el caso concreto: el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. De ahí que se muestra interesante conocer cómo actúa el Estado en la formulación de la normativa penal que contempla el tipo correspondiente, o bien, mediante la participación de otro organismo estatal. En este caso el poder judicial, en la interpretación y aplicación de la ley penal con base al principio de intervención mínima. Por último, se analizarán brevemente otros casos resueltos por la Corte, cuyo examen jurídico se complementa con el realizado al caso mencionado.

En el caso de mérito, en noviembre de 1989 el periodista Eduardo Kimel publicó un libro titulado “La masacre en San Patricio”, en el cual examinaba el asesinato de cinco religiosos de la orden palotina, el cual ocurrió en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la dictadura militar. Como resultado de su investigación, Kimel criticó duramente la actuación de las autoridades encargadas de investigar esos asesinatos. En octubre de 1991, uno de los jueces criticados en el libro promovió una acción penal en contra de Kimel por el delito de injuria.

Como resultado del proceso penal tramitado en su contra, Eduardo Kimel fue encontrado responsable de la comisión del delito de calumnia y fue condenado a un año de prisión y al pago de una multa de veinte mil pesos. La Corte IDH en la sentencia correspondiente, estimó⁶⁴⁹ que lo que subyacía en este caso concreto era un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos.

Para resolver este caso, la Corte IDH se propuso lo siguiente:⁶⁵⁰ a) verificar si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; b) estudiar si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la

⁶⁴⁹ *Ibidem*, párr. 5.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, párr. 58.

sanción penal para lograr la finalidad perseguida; c) evaluar la necesidad de tal medida, y d) analizar la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de este a manifestar su opinión. Estos elementos son de especial trascendencia para conocer la forma en que la Corte IDH realizó el análisis ponderativo de los dos derechos en conflicto, lo cual se examinará en el apartado correspondiente.

Al respecto, la Corte IDH determinó la importancia que significaba examinar la estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción correspondiente, con respecto a los dos los derechos fundamentales que se encontraban en conflicto y ponderó los alcances de ambos derechos, declarando que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización, claro está, le corresponde un papel medular al Estado, buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito.⁶⁵¹

Ahora bien, en cuanto a la aplicabilidad del principio de intervención mínima, resulta necesario manifestar que en el caso concreto Eduardo Kimel inicialmente había sido acusado por el delito de calumnia y posteriormente, el querellante indicó que si no se compartía esa calificación se le condenara por el delito de injurias. Es así como el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional No. 8 de Buenos Aires, dicto sentencia condenatoria en contra de Eduardo Kimel por el delito de calumnia, señalando entre otros aspectos, que conforme a su ordenamiento jurídico todo cuanto ofende al honor, no siendo calumnia, es una injuria.

Luego esa sentencia fue apelada ante la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Ante ello el querellante impugnó esa

⁶⁵¹ *Ibidem*, párr. 75.

sentencia mediante recurso extraordinario ante la corte Suprema de Justicia de la Nación, quien revocó la sentencia absolutoria de segunda instancia y remitió la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal para que dictara una nueva sentencia, en la cual modificó el delito de injuria por el de calumnia.⁶⁵²

Un aspecto toral en el caso concreto lo constituye sin lugar a dudas, la amplitud del tipo penal de calumnia en la legislación argentina. En efecto, la Corte IDH estimó que la tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal.⁶⁵³ Esto porque el establecimiento de cláusulas indeterminadas constituye dentro de la dogmática penal, una de las cuatro prohibiciones que contiene el principio de legalidad. De hecho, la ley penal conforme al principio de legalidad, el cual se encuentra regulado en el artículo 9 de la CADH, tiene la característica de ser *lex certa*, de ese modo las personas conocen con anticipación los alcances de su conducta y tienen la garantía de no verse sorprendidos por imputaciones basadas en cláusulas imprecisas.

Si esa característica sustancial llega a faltar en la ley penal, entonces inexorablemente se produce una violación del referido principio, al no encontrarse en el caso concreto la determinación precisa de la conducta realizada por el periodista Eduardo Kimel, en los elementos de los tipos penales de injurias y de calumnia, puesto que es un requisito inexcusable para el legislador, que al crear la ley realice también una definición del tipo penal de manera inexcusable, con el objetivo de “[c]onseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos.”, como en forma pertinente lo consideró el Tribunal Constitucional de España.⁶⁵⁴

⁶⁵² *Ibidem*, párrs.41 y ss.

⁶⁵³ *Ibidem*, párr. 76.

⁶⁵⁴ En STC 627/1982, de 15 octubre de 1982, Fundamento 6.

Y para el juzgador, recae la obligación de interpretar y aplicar la normativa penal de una manera inequívoca y comprensible de los elementos constitutivos del tipo penal, haciendo uso del principalísimo constitucional-penal en defensa de la persona. De ese modo la Corte IDH estableció taxativamente que:

“En lo que corresponde al presente caso, es notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo –como lo ha reconocido el propio Estado– tomando en cuenta los hechos imputados al señor Kimel, su repercusión sobre los bienes jurídicos del querellante y la naturaleza de la sanción –privación de libertad– aplicada al periodista.”⁶⁵⁵

En síntesis, en el caso Kimel, desde la temática del principio de intervención mínima, resulta destacable que el abuso en el ejercicio del poder punitivo que relata la Corte, se origina esencialmente en que los tipos penales de calumnia e injurias exhiben una falta de precisión, lo cual reconoció el propio Estado argentino.⁶⁵⁶ Esto provocó a su vez que la Corte IDH, estimara pertinente ordenar al Estado aludido que adecuara en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, para que las imprecisiones reconocidas por el Estado se corrigieran con el objeto de satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y por consiguiente, no afectaran el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Aunque también es cierto, que no debe soslayarse que la labor interpretativa-aplicativa de los órganos jurisdiccionales debe ejercitarse acorde con la Constitución Política, porque la promulgación de una ley penal que establezca

⁶⁵⁵ VID. Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, párr. 80.

⁶⁵⁶ En su escrito de contestación a la demanda, el Estado de Argentina efectuó un reconocimiento de responsabilidad y expresó lo siguiente: “Finalmente, y habida cuenta que, hasta la fecha, las distintas iniciativas legislativas vinculadas con la normativa penal en materia de libertad de expresión no han sido convertidas en ley, el Estado argentino puede compartir con la Ilustre Comisión que, en el caso en especie, la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” VID. párrafo 18 de la referida sentencia.

de manera indeterminada los elementos del tipo penal de los delitos, no constituye un valladar para que el juzgador se vea impedido de observar los principios de intervención mínima y el de legalidad, *inter alia*, que informan al Derecho Penal. Ambos en suma forman parte de la Constitución de un Estado Democrático de Derecho, por ende, al ser utilizados fundamentan la decisión jurisdiccional respecto a que la norma penal que contiene el injusto, cumpla con las cualidades de ser *praevia*, *scripta*, *stricta* y *certa*. Además, que se cumpla efectivamente con reconocer la aplicabilidad del Derecho Penal de ser la *ultima ratio* para resolver el conflicto acaecido, porque según reconoció la Corte IDH en el referido fallo:⁶⁵⁷

“Tomando en cuenta las consideraciones formuladas [...] sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.”

También, cabe recordar que el control de convencionalidad a que se encuentran sujetos los Estados Partes implica inequívocamente una obligación para los jueces y tribunales internos de velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, porque conforme lo ha estimado la Corte IDH:⁶⁵⁸

⁶⁵⁷ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, párr. 77.

⁶⁵⁸ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 124.

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.”⁶⁵⁹

Es por ello que los órganos jurisdiccionales no pueden excusarse de la observancia de la CADH y de la interpretación efectuada por la propia Corte IDH, con el argumento que sus resoluciones se encuentran emitidas conforme a la ley y que por ese motivo no pudo interpretar ni aplicar la ley de otra manera, en coherencia con la CADH o la interpretación realizada por la Corte. Esa endeble argumentación es insostenible, porque internamente el Estado Parte encuentra limitada su actuación por la necesaria observancia de los principios, valores y reglas de la Constitución, así como por los mecanismos indicados.

Adicional al caso analizado, la Corte IDH ha conocido de otros casos en los cuales ha hecho referencia al principio de intervención mínima del Derecho Penal, al manifestar que: el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. A guisa de ejemplo, pueden mencionarse los *Casos Usón Ramírez vs. Venezuela*,⁶⁶⁰ *Ricardo Canese*

⁶⁵⁹ *Ibidem*, párr. 124. La Corte IDH agregó que: “En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

⁶⁶⁰ Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 207. Así, en el párrafo 73, estableció lo siguiente: “La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita, particularmente cuando se imponen penas privativas de libertad. Por lo tanto, el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la naturaleza del derecho penal como *ultima ratio*. Es decir, en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se puede

vs. *Paraguay*⁶⁶¹ y *Palamara Iribarne vs. Chile*,⁶⁶² los cuales resultan representativos para ejemplificar la aplicación del principio de mínima intervención en diversas sentencias de la Corte IDH.

En síntesis, la Corte IDH en las sentencias relacionadas ha enfatizado la observancia del principio de mínima intervención, indicando que el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la naturaleza del derecho penal como *ultima ratio*. Lo anterior, a pesar que no se encuentra expresamente regulado en la CADH, lo que muestra una vez más la importancia que cumplen actualmente los principios jurídicos, que para el caso, es el de mínima intervención el cual forma parte de aquellos principios informadores del Derecho Penal. La labor de la Corte IDH propicia la armonización normativa interna con la CADH y la intensificación de la protección de los derechos humanos.

El Derecho Penal es un mecanismo de control social del cual el Estado puede hacer uso para resolver los conflictos que se originen en la sociedad. Sin

ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.”

⁶⁶¹ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 111. En el párrafo 104, la Corte expresó: “Con base en las anteriores consideraciones, corresponde al Tribunal determinar si, en este caso, la aplicación de responsabilidades penales ulteriores respecto del supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de pensamiento y expresión a través de declaraciones relativas a asuntos de interés público, puede considerarse que cumple con el requisito de necesidad en una sociedad democrática. Al respecto, es preciso recordar que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita.”

⁶⁶² Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 135. En el párrafo 79 expuso la Corte: “La Corte considera importante reiterar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que el artículo 13.2 de la Convención prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Las causales de responsabilidad ulterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Asimismo, la Corte ha señalado anteriormente que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita.”

embargo, el mismo es severo en cuanto a sus efectos y por consiguiente, requiere ser circunscrito a proteger los bienes jurídicos más importantes y a intervenir únicamente en los casos más álgidos. Si el Estado es omiso en observar lo indicado, de manera subsidiaria se puede acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal y como se ha explicado.

2. PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO

2.1 ASPECTOS GENERALES E IMPORTANCIA

Este principio resulta básico para la determinación de la punición estatal porque como su mismo nombre lo avizora, pretende resguardar aquellos bienes que guardan una mayor relevancia jurídica. Los bienes jurídicos son aquellos valores o intereses que resultan esenciales para la misma vida en colectividad, sin cuyo respeto, la convivencia humana en sociedad resultaría insostenible, pues dicha sociedad existe precisamente para garantizar la protección de dichos bienes a todos sus integrantes.⁶⁶³ Son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.⁶⁶⁴

A este principio también se le denomina como principio de ofensividad o de lesividad, puesto que para que el legislador tipifique ciertas conductas como delictivas, las mismas deben poner en peligro o lesionar un bien jurídico tutelado. De eso se deriva la trascendencia que reviste este principio a nivel de los presupuestos de la responsabilidad criminal, la exigencia de lesividad se concreta en la necesaria afectación de un *bien jurídico*, lo cual se explica por el hecho de

⁶⁶³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *op cit.*, p. 114.

⁶⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 65.

ser este el principal de los presupuestos requeridos para que surja aquella forma de responsabilidad.⁶⁶⁵

La autorrealización humana, expone MUÑOZ CONDE⁶⁶⁶ necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan "bienes" y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el derecho, "bienes jurídicos". Por su parte, NINO, sintetiza en tres aspectos aclaratorios, lo concerniente al significado de los bienes jurídicos. En ese sentido, considera que:

- 1) Para la dogmática penal todo delito lesiona un bien jurídico, pues no es concebible un delito que no lesione un bien jurídicamente protegido. De este modo la lesión a un bien pareciera ser definitiva del concepto delito;
- 2) El bien jurídico que se lesiona con el delito es distinto, para la dogmática penal, del objeto material afectado por el delito. Como ejemplo, señala que en el delito de daño, junto con la cosa dañada o destruida, se afecta la propiedad, que es el bien jurídico protegido por la punición de este hecho y
- 3) Los distintos bienes jurídicos presentan una gran heterogeneidad, debido a que evidentemente la vida, la propiedad, el honor, la honestidad, la administración pública, la tranquilidad pública, la fe

⁶⁶⁵ GARRIDO, Mario, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 43-44.

⁶⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 90. Con esta posición, Muñoz Conde sigue una construcción constitucionalista en la configuración de los bienes jurídicos penales. Cfr. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho Penal: La defensa del modelo ideológico Neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de bienes penales". En, ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARÍN, Adán (coordinadores). *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 99 y ss.

pública, etcétera, son conceptos con notables diferencias categoriales entre sí.⁶⁶⁷

El concepto de bien jurídico ha sido de especial importancia en la teoría del delito, pues la lesión del mismo (desvalor de resultado) se ha considerado como una característica del concepto material del delito.

Para la concepción del término “bienes jurídicos”, resultan importantes los estudios efectuados por FEUERBACH, quien sostuvo la tesis de la lesión de un derecho subjetivo, al considerar que el Estado tenía como función, la de establecer los mecanismos idóneos que evitaran que se produjeran las lesiones jurídicas. Luego, se le reconoce una labor destacada en su estudio a BIRNBAUM, quien efectuó una distinción entre derecho subjetivo y lesión de un bien. No obstante, debe recordarse que desde BINDING, se ha producido un notable desarrollo respecto de la idea de protección de bienes jurídicos y de acuerdo con ella, el legislador amenaza con una pena las acciones que vulneran o en su caso, ponen en peligro ciertos intereses de una sociedad determinada.⁶⁶⁸ BACIGALUPO⁶⁶⁹ expresa que:

“La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el *ius puniendi*...”

El concepto de bien jurídico tutelado es de trascendental importancia en el ámbito del Derecho Penal. Tanto es así, que se reconoce en el mismo que una de

⁶⁶⁷ NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica. (Con referencia particular a la Dogmática Penal)* op. cit., p. 56.

⁶⁶⁸ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 43.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

las funciones de la norma penal, es precisamente la de ser protectora de los bienes jurídicos.⁶⁷⁰ Además, el bien jurídico tiene una función sistemática, como criterio negativo para una criminalización legítima: sin bien jurídico no hay injusto penal.⁶⁷¹ Efectivamente, el concepto de bien jurídico axiológicamente ha sido de gran utilidad al servir como un criterio clasificador para determinar cuáles conductas han de estimarse como delictivas y cuáles no.

No obstante, para efectuar esa actividad clasificatoria, más que un concepto abstracto de bien jurídico, de índole estático y deducido directamente de valores de difícil materialización, es preciso ofrecer más bien criterios delimitadores en los cuales sea preferible establecer un método progresivo de minimización, por el que se establezca qué bienes jurídicos no merecen protección penal.⁶⁷²

⁶⁷⁰ Acerca de la importancia de esta importancia, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, expone: “El concepto de bien jurídico, surgido de la profundización en la idea de la antijuricidad material frente a la mera antijuricidad formal propia del más estricto positivismo jurídico. Se ha configurado en los últimos tiempos como un instrumento técnico-jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social. Por medio de él se dotaría el Derecho penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodarse a los principios estructurales de la invención penal, singularmente al de lesividad, y capaces por otro lado de configurar en su torno preceptos que describan conductas que los lesionen o pongan en peligro. En consecuencia se ha llegado a hablar del “dogma” del bien jurídico protegido, de modo que sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que pena conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. Tal sería el caso de aquellos que aspiran a garantizar comportamientos con una mera trascendencia moral, o de los que castigaran conductas cuyos efectos negativos en la realidad social no sean fácilmente apreciables o individualizables.”, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁷¹ HASSEMER, Winfried. “Rasgos y Crisis del Derecho Penal Moderno”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, Tomo 45, p. 238. Agrega más adelante este autor, en la página 239, lo siguiente: “La protección de bienes jurídicos se ha transformado de un principio negativo a uno positivo de criminalización. Lo que se formulaba clásicamente como una crítica al legislador de que no podía crear delitos donde no existiera un bien jurídico, se ha transformado en una exigencia de que criminalice determinadas conductas. Con ello se cambia de forma subrepticia el principio de protección de bienes jurídicos. [...] El principio de protección de bienes jurídicos ha conducido a una demanda de criminalización.”; en ese mismo sentido se pronuncia MUÑOZ CONDE, Francisco, al considerar: “En lo personal, reivindicamos la utilidad del concepto de bien jurídico -pese a admitir el proceso de depreciación y deterioro que ha padecido- y nos parece imprescindible hacerle cumplir una función sistemática, valorando la lesión del bien protegido (principio de lesividad) como un elemento constitutivo del ilícito penal.”, *VID. Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2001, p. 32.

⁶⁷² PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*. Madrid: CPC, 1989, p. 735, propone, dentro de la concepción de limitación del *ius puniendi*, un método progresivo de minimización, en el cual se invierta el orden clasificatorio. No de los valores que merezcan ser tutelados, sino de los valores que no deben ser protegidos. Al

Aunado a lo anterior, es menester considerar que dentro de la dogmática penal, el concepto de bien jurídico sirve también de criterio básico para establecer el límite del Derecho Penal, pero no el único, sino que necesariamente debe complementarse con los otros principios informadores de esta disciplina jurídica, que restringen el poder punitivo estatal.

2.2 EL BIEN JURÍDICO COMO LÍMITE AL PODER PUNITIVO ESTATAL

Actualmente, en la doctrina contemporánea se discute si realmente el Derecho Penal tiene como fin la protección de bienes jurídicos o no. En ese sentido, el primer presupuesto de un reconocimiento de la función limitadora del Derecho Penal del pensamiento de la protección de bienes jurídicos está, como es natural, en que se reconozca que esa protección es el cometido del Derecho Penal.⁶⁷³

Sin embargo, JAKOBS y sus seguidores con una visión funcionalista radical, contraria a la doctrina dominante, consideran que el Derecho Penal no protege bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma.⁶⁷⁴ A ese respecto, cabe considerar lo

respecto, expresa: “Y es que, más que un concepto abstracto de bien jurídico, de índole estático y deducido directamente de valores de difícil materialización, es preciso ofrecer más bien criterios delimitadores. La cuestión debe resolverse, pues quizá admitiendo la insuficiencia de aquellos planteamientos que buscan alcanzar la solución a través de un concepto previo de carácter genérico, e intentar esa selección mediante un procedimiento de carácter negativo. En definitiva, ante la dificultad de determinar cuándo un valor reúne las condiciones necesarias para ser considerado bien jurídico penal, es preferible establecer un método progresivo de minimización, por el que se establezca qué bienes jurídicos no merecen protección penal, y en el que la solución radique, por consiguiente, no tanto en determinar cuáles son los intereses trascendentes para el Derecho, sino aquellos que en ningún caso merece su defensa”

⁶⁷³ ROXIN, Claus. “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, traducción de Manuel Cancio Meliá, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, 15-01. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>.

⁶⁷⁴ ROXIN, Claus en cuanto a este aspecto, aclara de la siguiente manera, el pensamiento de Günter JAKOBS: “Así, por ejemplo, lo relevante de un homicidio para el Derecho penal no es “la lesión de la carne de la víctima o la extinción de su consciencia, sino la afirmación, contenida de modo concluyente y objetivada en el hecho, de no tener que respetar la integridad física y la consciencia [...] Mediante esa afirmación, se pone en tela de juicio la norma. El delito, por lo tanto, es desafiar a la norma.” En consecuencia, no se protege lo que llamamos bien jurídico, esto es, la vida como hecho empírico, sino exclusivamente la prohibición de matar (la vigencia

que asevera ROXIN, con relación a que esta visión se apoya en un normativismo exacerbado, puesto que si bien es cierto que la pena contribuye a la estabilización de la norma, no es un fin en sí mismo, debido a que se encuentra destinada a contribuir a que en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales (o sea, lesiones de bienes jurídicos). Concluye afirmando que sirve en última instancia, a la protección de bienes jurídicos y carecería de sentido sin ese fin.⁶⁷⁵

El bien jurídico tutelado limita el poder punitivo estatal al restringirle la expansión únicamente a aquellos valores más importantes que requieran ser protegidos.⁶⁷⁶ Esto en consonancia con el Derecho Penal mínimo, puesto que no debe expandirse innecesariamente el ámbito de aplicabilidad del derecho penal en la búsqueda de tutelar penalmente ciertos valores, que pueden perfectamente ser tutelado por otras normativas jurídicas.

2.3 LA CONSTITUCIÓN Y LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS

La Constitución estructuralmente contiene normas jurídicas, pero no solamente normas, sino que además contempla valores, derechos y principios, de tal manera que actualmente estos últimos han adquirido una preponderancia en el constitucionalismo como se ha expuesto. En la doctrina penal contemporánea, se discute en relación a establecer si el Derecho Penal para tutelar ciertos valores y

de la norma). “El hecho es lesión de la vigencia de la norma; la pena es su eliminación.” *Ibidem*, p. 4.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 4.

⁶⁷⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *op. cit.*, pp. 113-114, al respecto, enfatiza que el poder público no puede someter a un ciudadano a la jurisdicción penal de forma arbitraria, sino únicamente en los casos en que la conducta de dicho individuo, se adecúe estrictamente a alguna de las descripciones típicas del ordenamiento penal. A lo anterior añade, que la tipificación de dichas conductas tampoco puede darse como un ejercicio arbitrario, del poder, u obedeciendo a intereses parciales; ya que solo está legitimada la tipificación de aquellos comportamientos humanos que ponen en peligro o lesionan bienes que la sociedad en su conjunto considera más preciados, denominados como bienes jurídicos.

reconocerlos como bienes jurídicos tutelados limita su escogencia a los valores regulados por la Constitución.

La tradicional construcción constitucionalista sobre la configuración del bien jurídico-penal ha proporcionado conceptos que, generalmente, se han caracterizado por su dudosa utilidad para convertirse en verdaderos criterios materiales de selección.⁶⁷⁷ Efectivamente, la finalidad de elevar a rango constitucional determinados valores, no es la de servir de parámetro limitador en la selección de valores con el propósito de ser protegidos penalmente.⁶⁷⁸ Por eso, afirma ROXIN:

“[I]a idea de que el legislador esté jurídicamente vinculado a, por ejemplo, criminalizar exclusivamente comportamientos lesivos de bienes jurídicos, no resulta compatible con la libertad de acción del legislador democrático, a menos que se pueda traducir en un argumento de necesidad jurídico-constitucional, lo que no se alcanza a ver. Por desagradable que resulte, difícilmente podrá fundamentarse jurídico-constitucionalmente que se prohíba a una

⁶⁷⁷ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “La influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho Penal: La defensa del modelo ideológico Neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de bienes penales”, *op. cit.*, p. 99; ESER, Albin en ese sentido, considera lo siguiente: “En este contexto, tampoco cabe esperar que el Derecho constitucional ofrezca unas limitaciones de especial relevancia. Pues aun limitando la criminalización a aquellas conductas que deben considerarse socialmente lesivas, por menoscabar intereses individuales o generales socialmente reconocidos, y que deben valorarse como lesivas de bienes jurídicos, por afectar al ámbito de protección jurídico-constitucional, el ámbito susceptible de ser abarcado por el Derecho penal sigue siendo muy amplio.” *VID. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 33 y 34.

⁶⁷⁸ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “Bien Jurídico Penal. Más allá del Constitucionalismo de los Derechos”, *Revista Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2009, vol. XXIX, p. 70, manifiesta: “[e]l reconocimiento del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no significa todavía que los bienes jurídicos, en sí, estén contenidos en la Constitución de donde el legislador penal se limitaría a extraerlos. Mucho menos significa que el Estado tenga el deber de incriminar las conductas que atenten contra derechos fundamentales. Significa tan sólo que, de acuerdo con la Constitución, los tipos penales se han de dirigir a proteger bienes jurídicos –deducibles o no de la Constitución– frente a las conductas más intolerables de acuerdo con las exigencias que dimanen de las bases constitucionales del principio de proporcionalidad.”

mayoría parlamentaria penalizar un comportamiento 'meramente inmoral."⁶⁷⁹

Las teorías constitucionalistas se dividen en dos: a) Teoría constitucionalista estricta del bien jurídico y b) teorías constitucionalistas amplias del bien jurídico tutelado.⁶⁸⁰ Con respecto a la primera, la teoría constitucionalista estricta del bien jurídico, efectúa una relación vinculante entre los valores y principios constitucionales con los bienes jurídicos. Así, considera que el contenido del bien jurídico debe encontrarse exclusivamente en la Constitución, pues los valores contemplados en el texto fundamental, deben ser protegidos penalmente y cuando los mismos sean lesionados, deben perseguirse. Entre los exponentes de esta teoría se encuentran BRICOLA, GONZÁLEZ-RUS y MUSCO. Se le critica su carácter eminentemente restrictivo. La Constitución no puede contemplar categóricamente todos los valores que posteriormente serían objeto de protección penal, por lo que, no podrían ser tutelados penalmente, dada la rigidez constitucional, nuevos bienes jurídicos.

En cuanto a las teorías constitucionalistas amplias del bien jurídico tutelado, las mismas no contemplan una concepción limitada en relación a estimar una vinculación imprescindible entre los valores constitucionales y los bienes jurídicos. Sino que únicamente la Constitución se convierte en un marco de referencia de los bienes jurídicos, de ahí que se le considere como el mejor instrumento para realizar los criterios de selección de los bienes jurídicos. Entre sus exponentes se encuentran PULITANO, RUDOLPHI y FIANDACA entre otros. Sin embargo, se le critica a esta teoría su excesiva amplitud, lo que genera indefectiblemente una escasa concreción que provocaría la formulación de bienes jurídicos imprecisos, incapaz de poder analizar las relaciones sociales que se transforman continuamente.

⁶⁷⁹ ROXIN, Claus, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁸⁰ VID. CRUZ CAMACHO, María Cruz. "El bien jurídico penal". *Revista Alegatos*, septiembrediciembre 1995, no. 31.

BIANCHI PÉREZ⁶⁸¹ considera que el afirmar la existencia de obligaciones de incriminación deducibles del rango constitucional, supone una reducción de la política criminal a un juicio de merecimiento de pena. La relevancia de un bien sólo es un indicio de su dignidad como objeto de tutela penal, pero no justifica todavía que sea necesaria la intervención penal, toda vez que pueden ser suficientes otros medios de tutela menos lesivos, incluso extra jurídicos.

La relación entre la Constitución y los bienes jurídicos, no debe suscribirse en considerar que la primera incluya ineludiblemente una selección de los valores que se protegerán penalmente o que incluya en su texto, con exclusividad, los valores que serán tutelados penalmente. Al contrario, la selección de bienes jurídicos debe efectuarse dentro de la concepción limitativa del *ius puniendi*, y conservar su carácter de principio informador del derecho penal, puesto que la Constitución conserva su función actual de garantizar los derechos de las personas (ciudadanos o no) y dentro de un Estado Democrático de Derecho, garantizar y limitar el ejercicio de la función punitiva del Estado.

La Constitución comprende un marco referencial para el reconocimiento de bienes jurídicos, pero no implica que solo dentro de su texto pueda encontrarse la formulación de los bienes jurídicos. Debe pensarse además, en los valores contemplados en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Es el propio Derecho Penal el que define los mismos, basados en la observancia de un derecho penal mínimo, con la inclusión indefectible de sus propios principios.

Con el establecimiento de principios y valores dentro del texto constitucional, no se pretende sustituir al legislador penal en la selección y protección de bienes jurídicos penales, pues no es éste teleológicamente su propósito. En todo caso, tampoco debe caerse en el equívoco de considerar que el objeto de protección del Derecho Penal lo constituyen las normas jurídicas, debido a que derivado de esta concepción, se podría fácilmente pretender soslayar el

⁶⁸¹ BIANCHI PÉREZ, Paula Beatriz: "Evolución del Concepto de Bien Jurídico en la Dogmática Penal", *DIKAIOSYNE: Revista semestral de filosofía práctica, Universidad de los Andes*, enero-junio 2009, no. 22, p. 39.

acatamiento del sistema de protección de los derechos humanos y en cambio, se produciría la sujeción directa de los particulares al poder estatal, en detrimento de sus derechos fundamentales, so pretexto de no afectarse la seguridad estatal y justificarse con una criticable eficiencia.⁶⁸²

El carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal debe prevalecer, para que se privilegie de esa forma, la protección de los bienes jurídicos más importantes, y no se sancione penalmente todas las conductas que lesionen los mismos, sino sólo aquellas que sean más gravosas, pues de lo contrario la hiperinflación penal que se produciría sería imposible de sobrellevar en el sistema de justicia penal, lo que provocaría más impunidad y más intervención estatal en los casos selectivos que le interesen en clara conculcación de los derechos fundamentales.

3. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

3.1 RELEVANCIA COMO PRINCIPIO LIMITADOR

Dentro de un Estado Democrático de Derecho, el Derecho Penal no puede ser únicamente represivo, sino que derivado de su función, el mismo debe ser sobre todo preventivo. Para el logro de esta finalidad, es donde desempeña una labor preponderante el principio de culpabilidad como límite al ejercicio del *ius*

⁶⁸² “Con la pretensión de aumentar la eficacia del sistema penal, el eficientismo está siempre dispuesto a hacer concesiones respecto de las garantías individuales y de los principios de limitación del poder punitivo, que constituyen el principal índice de la normalidad del derecho penal. El eficientismo se encuentra entonces en contradicción directa con los elementos constitutivos del pacto social y del sistema de los derechos fundamentales. La anomalía del derecho penal tiene consecuencias negativas para su eficacia, también en aquellos casos en los cuales esta anomalía parece ser inmediatamente compensada con algún resultado positivo en la lucha contra la criminalidad. Tiene consecuencias negativas, porque es casi imposible demostrar que estos resultados no hubieran podido conseguirse con respeto de las normas constitucionales en materia penal, pero también y sobre todo, porque en el cálculo general de la eficiencia del sistema jurídico de un Estado de derecho, las violaciones de aquellas normas tienen una influencia nefasta sobre la confianza de los ciudadanos y sobre el consenso social de los cuales se nutre el sistema constitucional y, en consecuencia, sobre la eficacia misma del pacto.” BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, p. 183.

puniendi, porque condiciona que a una persona pueda imponérsele una pena, únicamente si se demuestra previamente el juicio de reproche, respecto del hecho que se le atribuye. Es decir, que no hay delito ni pena sin culpabilidad, *nullum crimen nulla poena sine culpa*. ZAFFARONI incluso lo considera el más importante de los principios que se derivan en forma directa del Estado de Derecho, al expresar:⁶⁸³

“Pese a ser contrapartida necesaria e inescindible del principio de lesividad, el principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante. En este sentido, es válida la distinción entre un modelo de derecho penal autoritario y lo que, en realidad, es un derecho penal irracional, que imputa sin presuponer ni delito ni ley.”

Como se hace ver, la importancia de la culpabilidad en el Derecho Penal moderno es indiscutible. Tiene tanto defensores como detractores. El concepto de culpabilidad, ha sido siempre el más debatido en el Derecho Penal,⁶⁸⁴ porque es el que más nos liga a la interrogación sobre el destino mismo del derecho de castigar.⁶⁸⁵ QUINTERO OLIVARES por su parte, considera que la culpabilidad es

⁶⁸³ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *OP. cit.* p. 139.

⁶⁸⁴ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal, op. cit.*, p.147, expresa que la culpabilidad es un tema eterno del Derecho Penal y su principal problema específico: tanto en su existencia y en sus presupuestos como en la constatación de su fundamento y medida está expuesta a dudas que nunca serán despejadas; y ello, no obstante, debe al mismo tiempo servir de soporte y legitimación al Derecho Penal. Por eso mismo considera, nunca ha cesado la discusión que sobre la culpabilidad se mantiene en Derecho Penal.

⁶⁸⁵ BRUERA, Hugo Arnaldo y BRUERA, Matilde Marina, *Derecho Penal y Garantías Individuales*, Buenos Aires: Editorial Juris, 2000, p. 84. Agrega esta autora (Marina BRUERA), pp. 84-85, que: “En la actualidad, existen opiniones tan divergentes sobre el concepto y la función de la culpabilidad, que podríamos afirmar que la controversia se ha profundizado. Nuestro derecho penal ha sido signado fundamentalmente por el principio de "no hay pena sin culpabilidad", sin embargo la responsabilidad por el resultado ha logrado introducirse a través de la receptación

nuclear en el sistema penal pues se le atribuyen diversas funciones esenciales: individualizar la responsabilidad, fundamentar la pena y limitar la duración de ésta.⁶⁸⁶

En materia penal, la culpabilidad puede ser estudiada desde diversos puntos de vista. De manera general, la culpabilidad puede ser analizada, como concepto dogmático y como principio de política criminal.⁶⁸⁷ Para efectos de este estudio, interesa estudiarlo como principio informador del Derecho Penal limitador del *ius puniendi*. Desde esta última perspectiva, el fundamento del principio de culpabilidad habría que encontrarlo en la función utilitarista de prevención general propia del Derecho Penal. Sólo los comportamientos culpables pueden ser objeto de prevención mediante la pena, dado que sólo con respecto a ellos puede la conminación penal desplegar una función intimidante. A nivel de garantías la exigencia de culpabilidad se traduce en los principios de responsabilidad por el hecho, dolo o culpa, e imputación personal.⁶⁸⁸

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA plantea que el ser humano responde ante la ley penal por lo que hace, acciones y omisiones, no por lo que es, pues todo delito presupone, por tanto, una acción o una omisión, un comportamiento, ya que en definitiva el Derecho regula la coexistencia externa de los individuos, no su conciencia.⁶⁸⁹ El juicio de desvalor recaído sobre el autor, denominado culpabilidad, requiere la existencia previa de dolo o culpa. Efectivamente, tiene que producirse una vinculación personal del sujeto con el hecho, puesto que es

de la teoría del *versare in re ilícita*, los delitos calificados por el resultado y la peligrosidad, que como excepciones han tenido sus épocas de predominio afectando la vigencia de la responsabilidad por culpabilidad.”

⁶⁸⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 97

⁶⁸⁷ *Ibidem*, p. 96.

⁶⁸⁸ RODRÍGUEZ MESA, María José. *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Jerez de la Frontera: Universidad de Cádiz, 2006, p. 98.

⁶⁸⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*. Vol. 2, Quinta Edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014, p. 530.

necesario como presupuesto indefectible, que la persona sea declarada judicialmente culpable para que se encuentre en la posición de estar sujeta a una sanción penal.

Una vez que se ha comprobado que el hecho es típico y antijurídico, debe determinarse si puede atribuirse a la persona el resultado de su conducta y convertirla legalmente en responsable. Mientras el injusto penal puede apreciarse en el inicio o en el desarrollo del procedimiento penal, la culpabilidad en cambio, se determina exclusivamente en la sentencia, cuando el tribunal emite un fallo condenatorio. Si este queda firme, es hasta entonces que al declararse la responsabilidad penal del sindicado, que la presunción de inocencia queda sin efecto. No obstante, en la substanciación del proceso, pueden emitirse juicios valorativos acerca de la capacidad de culpabilidad del sindicado.⁶⁹⁰

3.2 DESAVENENCIAS INTERPRETATIVAS ACTUALES

Contemporáneamente las bases sobre las cuales descansa el derecho punitivo, referentes a que no hay pena sin culpabilidad, *nullum poena sine culpa*, se encuentran tambaleantes, debido a nuevas corrientes doctrinales que atacan la concepción tradicional. Así, entre otras posiciones, se persigue el abandono del principio de culpabilidad y reemplazarlo por un derecho eminentemente represivo, en el cual sobresale el concepto de peligrosidad que se utiliza como cimiento de la sanción penal. Es decir, se prioriza la utilización del derecho de autor, en detrimento del derecho de acto,⁶⁹¹ este último propio de un verdadero Estado Democrático de Derecho, que sanciona hechos considerados delictivos, pero no a la persona como tal.

⁶⁹⁰ RUANO GODOY, Edgar Orlando. "Ámbito de aplicabilidad procesal de los niveles de valoración del hecho punible". *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*, 2002, no. 45, pp. 55-56.

⁶⁹¹ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, *op. cit.*, p. 111, expone que el principio de culpabilidad tiende a presentarse como el fundamento de la prohibición de imponer penas en virtud del mero carácter del individuo. Esto representa el paso del llamado Derecho Penal de autor al Derecho Penal del hecho (o de acto).

Atendiendo el planteamiento precedente, la comprensión del concepto formal de la culpabilidad, que incluye los presupuestos para formularle al autor la imputación subjetiva, o sea, esencialmente el reproche contra el autor del acto, se ha visto severamente cuestionado en cuanto a su tradicional concepción,⁶⁹² con el denominado Derecho Penal del Enemigo, sustentado por JAKOBS. PORTILLA CONTRERAS, ha estudiado con profundidad este tema y dice en lo tocante:⁶⁹³

“Las características del flamante Derecho Penal de lucha se corresponden tanto con la tesis de la excepción schmittiana como con el planteamiento de la ‘emergencia suprema’ de Walzer. De ahí que el Derecho Penal adquiera el perfil de la guerra preventiva en defensa de los criterios ‘morales’ del sistema neoliberal, siendo esa la técnica que se está empleando en la lucha contra el terrorismo y la inmigración; ya no se penalizan comportamientos que lesionan valores sino los riesgos potenciales para la seguridad del Estado. En conclusión, se sustituye el Derecho Penal basado en la culpabilidad por el hecho por otra modalidad de ‘Derecho’ en la que lo que únicamente interesa es la peligrosidad del colectivo al que pertenece el autor.”

El problema con este tipo de corrientes ideológicas, es, como acertadamente lo expresa este autor, que privilegia la peligrosidad colectiva frente al Derecho Penal basado en la culpabilidad. Restringir hasta su desaparición la concepción tradicional de la culpabilidad por el hecho constituye una posición

⁶⁹² “Tras pasado de la tradición romana a la cristiana, el principio fue teorizado por el pensamiento penal ilustrado para ser después reelaborado orgánicamente por la dogmática del XIX y codificado en todos los ordenamientos modernos. Lo que no quiere decir, empero, que haya sido una conquista pacífica y nítida. Por el contrario, veremos cómo desde fines del siglo pasado se viene produciendo una crisis regresiva de la categoría de la culpabilidad, empañada o negada en distintas formas, en sede teórica y normativa, por obra de doctrinas y ordenamientos autoritarios que tienden a flanquearla, a integrarla o a sustituirla por la «peligrosidad» del reo o por otros medios de calificación global de su personalidad, como son la capacidad para delinquir o la culpa de autor.” FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Op. cit. p. 488.

⁶⁹³ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “El retorno del Derecho Penal al estado de la naturaleza”. *Revista Viento Sur*, noviembre 2005, no. 83, p. 32.

eminentemente violatoria de derechos fundamentales. La pena no encuentra coherencia con la medida de la culpabilidad del agente. De un derecho penal de culpabilidad, se ha cambiado a un derecho penal de peligrosidad.⁶⁹⁴

3.3 OBSERVANCIA COMO PRINCIPIO INFORMADOR

El principio de culpabilidad constituye un aspecto de especial relevancia que requiere ser observado en un Estado Democrático de Derecho, puesto que la pena no puede traspasar, ni en su gravedad ni en su duración, el grado de culpabilidad.⁶⁹⁵ En este aspecto se constituye en un principio que limita el *ius puniendi* estatal y protege los derechos de las personas sometidas a una condena penal.

La importancia que desempeña el principio de culpabilidad en un Estado Democrático de Derecho, donde predomina la visión garantista, es esencial. Para FERRAJOLI la tercera condición sustancial requerida por el modelo penal garantista como justificación del “cuándo” y del “qué” prohibir es la de la culpabilidad.⁶⁹⁶ Este principio se dirige tanto al legislador como al juez. En el caso del legislador, le ha constreñido la utilización de ciertos aforismos como el de

⁶⁹⁴ “Comúnmente el derecho penal de hecho se concibe como derecho penal de culpabilidad, porque la imposición de la pena atiende al requisito de la reprochabilidad, es decir, del reproche que se puede formular al autor por su acto, en tanto que el derecho penal de autor se concibe como un derecho penal de peligrosidad: la sanción (que perdería en realidad su carácter de “pena”), tendrá en cuenta la peligrosidad criminal (social) que subyace en la personalidad del autor que el delito revela.” CREUS, Carlos, *op. cit.* pp. 15 y 16.

⁶⁹⁵ Para DURÁN MIGLIARDI, Mario, si se parte desde la perspectiva valorativa conformada por la moderna estructuración de los principios limitadores al *ius puniendi* en el Estado Social y Democrático o de la premisa funcionalista acerca del contenido material de la teoría de la culpabilidad, para la cual, la pena no puede traspasar, ni en su gravedad ni en su duración, el grado de culpabilidad, comprenderemos que uno de los eslabones sobre los cuales se funda el ejercicio del *ius puniendi* estatal en un Estado democrático moderno es, precisamente, la justificación del fin en virtud del cual se ha de imponer la sanción punitiva. *VID.* “Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal”. *Política Criminal*, junio 2011, vol. 6, no. 11, p. 143.

⁶⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, *op. cit.*, p.487.

"*causa causae est causa causati*"⁶⁹⁷ y el *versari re illicita*,⁶⁹⁸ en la creación de leyes penales, debido a la exclusión de la culpabilidad por el resultado y al juez, la de observar su prohibición al momento de resolver. Pero, asimismo ha limitado la actividad del juez, al obligarlo a que motive la individualización de la culpabilidad y se base en un derecho del acto y no del autor. El principio de culpabilidad continúa siendo un principio básico del Derecho Penal que limita el *ius puniendi* estatal y primordial para la protección de los derechos de las personas.

La culpabilidad puede ser analizada como principio informador y como nivel de valoración del hecho punible, entre otros aspectos. Como principio informador, la culpabilidad constituye un límite al poder punitivo estatal. El principio de culpabilidad, *nulla poena sine culpa*, es fundamental para el establecimiento de la pena estatal, en cuanto que exclusivamente se va a sancionar a las personas que poseen capacidad de culpabilidad, es decir, que comprenden perfectamente la ilicitud de su actuación.

⁶⁹⁷ Significa: La causa de la causa es causa del mal causado. Este aforismo se relaciona con la imputación de la responsabilidad por culpa en materia de responsabilidad civil y con la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia penal. Esta teoría de la equivalencia, se fundamenta en el concepto lógico científico de causa elaborado por John Stuart MILL en 1843, siendo la misma formulada por el procesalista austriaco Julios Anton GLASER en 1858 y sustentada en el Derecho Penal por el alemán Maximilian VON BORI en 1873, y por la misma se pretende establecer si se está ante una causa que ha originado un resultado. De esa manera que, si se suprime mentalmente cierta condición y como consecuencia desaparece el resultado, entonces se concluye que esa condición *sine qua non*, es la causa por la cual se originó el resultado. La *causa causae est causa causati*, consiste en sancionar a una persona debido al resultado acaecido, sin que el mismo le sea imputable.

⁶⁹⁸ Por este aforismo, la persona debía responder por las consecuencias propias de sus actos, aunque las mismas fueran de carácter fortuito. Es decir, se producirá la culpabilidad no únicamente cuando exista dolo o culpa del autor, sino también cuando se produce un resultado dañoso por caso fortuito. No obstante, BACIGALUPO, Derecho Penal y Estado de Derecho, *op cit.*, p. 113, sostiene que contradice la vigencia del principio de culpabilidad el mantenimiento de ciertas presunciones de responsabilidad que se fundamentan en "*versari in re illicita*". Al respecto, considera que: "Para el caso de Guatemala y El Salvador Igualemente vulneran el principio de culpabilidad los derechos de El Salvador y Guatemala que limitan la exclusión de la responsabilidad en los supuestos de caso fortuito sólo para aquellos autores que hubieren ejecutado un acto lícito, haciendo responder, por el contrario, también de las consecuencias no culpablemente producidas a los que obren en forma antijurídica." Y es que, ciertamente, el artículo 22 del Código Penal de Guatemala, prescribe: "No incurre en responsabilidad penal, quien con ocasión de acciones u omisiones lícitas, poniendo en ellas la debida diligencia, produzca un resultado dañoso por mero accidente." Por lo que en efecto, la exclusión de la responsabilidad penal se encuentra sujeta en este supuesto, a la ejecución de un acto lícito, como un viejo resabio del *versari re illicita*, lo que debe tenerse en cuenta para ser discutido y corregido en una futura reforma legislativa.

El principio de culpabilidad sirve como medio de legitimidad del *ius puniendi*, que sin embargo, en muchas ocasiones es inobservado plenamente por los juzgadores debido a presiones sociales que instrumentalizan al imputado, en lugar de reconocerle su dignidad humana igual que las demás personas. Se le debe condenar, si se demuestra que realizó una conducta delictuosa, pero no por su conducta anterior. Debe observarse en todo caso, que no hay pena sin culpa. YACOBUCCI, por su parte, añade que: “[e]l derecho penal de nuestro tiempo ubicó al principio de culpabilidad como uno de los pilares de legitimación del *ius puniendi*. Esto es, como una de las reglas de encauzamiento, realización y limitación de la potestad punitiva del Estado.”⁶⁹⁹

Dentro de la postura garantista, este principio es esencial a un Derecho Penal Democrático que genera mucho debate doctrinariamente, debido a su estrecha relación con el derecho a castigar. La pena debe mantenerse dentro de los márgenes de la culpabilidad del autor⁷⁰⁰ y no aceptarse que se aplique por motivos de conveniencia pública o como excusa para combatir al terrorismo al criminalizar la peligrosidad.

El Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, únicamente puede imponer una pena al autor de un delito, cuando su culpabilidad se encuentre aprobada. De tal manera que derivado de la imputación por el injusto penal y la culpabilidad, surge la potestad punitiva en el caso concreto.

En términos generales puede decirse, entonces, que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor

⁶⁹⁹ YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, *op cit.*, p. 296.

⁷⁰⁰ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General, Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 169, expone que: “El principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la *dignidad de la persona*.”

(exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido.⁷⁰¹

3.4 INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL

Expone DURÁN MIGLIARDI que para la *orientación sistemática o dogmática-penal*, el rol de la Constitución es, básicamente, limitar el poder del Estado en materia penal y garantizar los derechos del individuo, esto es, construir principios capaces de restringir el siempre excesivo e insaciable *lus puniendi* Estatal.⁷⁰² Agrega, que por ello, esta orientación se satisface con establecer principios *limitadores* como el de legalidad, el de responsabilidad personal o el de culpabilidad que, extraídos del Derecho natural o de programas políticos, se caracterizan por ser externos al Derecho Penal.⁷⁰³

En Guatemala, aunque no se mencione específicamente el vocablo “culpabilidad” en el texto constitucional, la misma se encuentra protegida por lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Política de la República, que regula: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.” Puesto que, cuando se le declara responsable judicialmente es porque se ha comprobado legalmente su culpabilidad en el hecho que se le imputa y la sentencia se encuentra firme. Ello porque la responsabilidad constituye el presupuesto de la culpabilidad. La Corte de Constitucionalidad, ha expresado, que el artículo 14 constitucional, contempla:

“[u]na presunción iuris tantum, dirigida a garantizar al sindicado que no podrá sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en prueba

⁷⁰¹ BACIGALUPO, Enrique: Principios Constitucionales de Derecho Penal, *op. cit.*, p. 140.

⁷⁰² DURÁN MIGLIARDI, “Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal”, *op. cit.* p. 145.

⁷⁰³ *Ibidem*, p. 145.

pertinente, valorada por un tribunal con eficacia suficiente para destruir la presunción y basar un fallo razonable de responsabilidad, porque, en caso contrario, el principio constitucional enunciado prevalecerá en su favor.”⁷⁰⁴

Como se desprende de lo expuesto, la prueba de culpabilidad es vital en el ejercicio de la potestad punitiva, porque se garantiza a los particulares a que se presume su inocencia y que exclusivamente luego de un procedimiento, cuando se logre demostrar su culpabilidad, se le pueda imponer una pena.

3.5 EL MARCO DE LA CORTE INTERAMERICANA CON RELACIÓN AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

De manera general, el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prescribe: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano...” Por su parte, el artículo 14.2 del mismo cuerpo normativo, señala que: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley...”

En ese mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2 regula lo siguiente: Artículo 8.2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad.”⁷⁰⁵

⁷⁰⁴ Corte de Constitucionalidad, sentencia de 31 de marzo de 1998, expediente 1011-97.

⁷⁰⁵ La Corte IDH en el *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador* (Fondo), sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 65, párr. 37 sostuvo que: “De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de

La culpabilidad cumple la función de servir como límite de la pena y en ese aspecto, limita el poder punitivo del Estado y por ello, la Corte IDH, en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*,⁷⁰⁶ reiteró el concepto que la responsabilidad internacional de un Estado puede darse por acciones u omisiones. Sin embargo, la Corte estableció que para determinar que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la CADH, no se requiere comprobar la forma de la culpabilidad de los autores comprometidos. Tampoco es preciso identificar *individualmente* a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios.

Por ende, la mera demostración de que ha habido apoyo o tolerancia de funcionarios estatales en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones es suficiente para demostrar la responsabilidad internacional del Estado.

De otra manera, la Corte IDH realiza una diferenciación en la utilización del principio de culpabilidad en el Derecho Penal interno cuando se produce la comisión de un delito, respecto de una violación de derechos humanos acaecida, estableciendo de esa forma diferencias entre la comisión delictiva y la violación de un derecho humano. Así lo estableció en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*,⁷⁰⁷ donde sostuvo que para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el Derecho Penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, ni es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales

Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.”

⁷⁰⁶ Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*, (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

⁷⁰⁷ Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012, (*Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*), Serie C No. 263, párr. 162.

se atribuyen los hechos violatorios.⁷⁰⁸

En ese supuesto, estimó que es suficiente que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste. La Corte IDH efectúa entonces, una distinción adecuada entre las violaciones de derechos humanos respecto de los delitos penales, pues no necesariamente la transgresión de un derecho humano se convierte en un delito.

Examinado en este capítulo los principios de legitimación estatal relativos al ejercicio de la punición, como lo son la intervención mínima, el de exclusiva protección de los bienes jurídicos tutelados y el de culpabilidad, corresponde ahora analizar los principios derivados de la estructura protectora de la ley penal. Estos son los principios de legalidad, irretroactividad y el *ne bis in idem* o prohibición de doble persecución.

La ley penal constituye una barrera en la protección de los derechos de las personas, que impide la utilización del Derecho Penal para ser aplicado a casos concretos que interesen al gobernante de turno. Si la conducta se considera delictiva, es porque la misma se encuentra previamente determinada por la ley a la comisión de la misma. Si bien en este capítulo se ha estudiado el principio de legalidad de manera general y dispersa, porque el tema así lo requería por interrelacionarse con los principios desarrollados en este apartado. En el próximo capítulo se enfocará el mismo, ya como principio informador del Derecho Penal, analizado de forma sistematizada.

Otro principio que se expondrá es el de irretroactividad, por el cual no se puede aplicar la ley a un caso sucedido con anterioridad a su vigencia. A menos que la misma sea favorable a la persona.

⁷⁰⁸ En ese sentido, la Corte IDH, en el *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*, párr. 110 concluyó que: "Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones." Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*, párr. 110. Mientras, que en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, párr. 162, finalizó expresando que: "Es suficiente que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste."

Aunado a ello, por el tercer principio - *ne bis in idem* - tampoco se le puede perseguir dos o más veces por el mismo delito. Pero en este último caso qué sucede cuando se le otorga apariencia de legalidad a un proceso seguido en contra de violadores de derechos humanos, con el propósito de resguardarlo de una persecución penal, lo que genera impunidad y el riesgo que se cometan mucho más en el futuro al no observarse la motivación del tipo penal. ¿Actuó el Estado con apego a la ley?, ¿Puede este proceso reabrirse, aunque se haya dictado sentencia absolutoria firme? Estos y otros interrogantes, que desafían la concepción tradicional de los principios liberales se estudiarán en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO V

PRINCIPIOS DERIVADOS DE LA ESTRUCTURA PROTECTORA DE LA LEY PENAL: PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, IRRETROACTIVIDAD Y *NE BIS IN IDEM*

La ley penal es uno de los grandes legados dejados por la ilustración. Su objetivo estructural es el de resguardar a los gobernados del propio Estado, en cuanto al ejercicio del poder que desarrolle el gobernante. Es así como los principios de legalidad, irretroactividad y *ne bis in idem*, desempeñan un papel preponderante en esa protección.

Los tres se encuentran estrechamente ligados y para comprender a cabalidad la función que los mismos desempeñan en el marco del Derecho Penal, es menester puntualizar en ellos para apreciar su observancia en el derecho interno e internacional de los derechos humanos, especialmente en América, donde se ha ocasionado su relativización en casos específicos, los cuales se examinarán en este capítulo.

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD⁷⁰⁹

Dentro de los principios informadores del Derecho Penal, al principio de legalidad se le ha reconocido generalmente una especial trascendencia debido a

⁷⁰⁹ Con anterioridad se expusieron algunos aspectos generales del principio de legalidad, pero enfocados en cuanto a la relación que el mismo guarda con el *ius puniendi*, Esto porque a la facultad que se le concede al Estado para sancionar los delitos y establecer las penas, se requiere indefectiblemente que se encuentre regulada por la ley penal. En este apartado en cambio, se examina el principio de legalidad, pero ya como principio informador del Derecho Penal y se analiza con detalle los diversos aspectos que se derivan del mismo.

que constituye una limitación *per se* al ejercicio del poder punitivo del Estado. Lo circunscribe exclusivamente a lo prescrito por la ley, de tal forma que garantiza a las personas a que únicamente *ex post facto* se les perseguirá penalmente y en su caso se les sancionará, siempre conforme a lo establecido previamente por el ordenamiento jurídico. FERRAJOLI considera de manera general, que el principio de legalidad constituye uno de los tres principios que caracterizan el Estado de Derecho, junto con los principios de publicidad y control.⁷¹⁰ Su observancia es decisiva para el mantenimiento de un Estado Democrático de Derecho, como se expondrá a continuación.

1.1 IMPORTANCIA Y ORIGEN

SABELLI y SANTIAGO estiman que sin lugar a dudas una de las mayores conquistas del derecho penal occidental es la afirmación del principio de legalidad en materia penal.⁷¹¹ Y efectivamente, si se realiza una evaluación de los alcances de este principio y su trascendencia en un Estado Democrático de Derecho, puede llegar a comprenderse la importancia vital que el mismo representa. La ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad⁷¹² y consecuentemente de ello, en un sistema democrático los ciudadanos tienen el derecho de saber previamente con certeza, las limitaciones a su marco general de libertad. Es decir, a conocer exactamente *a priori*, cuáles de sus conductas son consideradas por el

⁷¹⁰ FERRAJOLI, Luigi: *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 65-67, considera que los tres principios que caracterizan el Estado de Derecho, según el uso italiano y francés son: a) **Legalidad** de toda actividad del Estado, es decir, de su subordinación a leyes generales y abstractas emanadas de órganos político-representativos y vinculadas, a su vez, al respeto de ciertas garantías fundamentales de libertad y de inmunidad personales así como de ciertos derechos de los ciudadanos procesalmente justiciables, b) **Publicidad** de los actos, tanto legislativos como administrativos y judiciales, que impone al ejercicio de todos los poderes, sedes, formas y procedimientos visibles y c) La sujeción a **control** de todas las actividades estatales bajo la doble forma de control jurisdiccional de legitimidad, ejercido por jueces independientes, y de control político, ejercido por el Parlamento sobre los aparatos ejecutivos y administrativos y por los electores sobre el Parlamento.

⁷¹¹ SABELLI, Héctor E. y SANTIAGO (H.), Alfonso. *Tiempo, Constitución y Ley Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, p. 2.

⁷¹² BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 103.

Estado ilícitas penalmente y que una vez comprobada su culpabilidad, adquiere una responsabilidad penal.

El principio de legalidad surge como una reacción a las prácticas preilustradas, donde en un ambiente de absolutismo, prevalecían la analogía y la costumbre en la aplicación de la ley.⁷¹³ Fue debido al iluminismo francés del siglo XVIII que se originó el principio de legalidad, como una forma de obtener seguridad jurídica, al limitar el poder punitivo del Estado, para evitar su ejercicio arbitrario e ilimitado. Dentro de la formulación del principio de legalidad, tuvo una destacada participación BECCARIA, quien en su reconocida obra: *Tratado de los Delitos y las Penas* (1764), expuso:⁷¹⁴

“La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa, y otra más en la extensión, se sigue que, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.”

Como puede observarse, consideraba que era el legislador el que exclusivamente en este aspecto representaba a la sociedad, la que se encontraba unida por el contrato social⁷¹⁵ y por ende, constituía el único que debía establecer

⁷¹³ ARMIJO, Gilbert. “Las Bases Constitucionales del Principio de Legalidad en Materia Penal”, en *Temas Claves de la Constitución Política*, San José: Investigaciones Jurídicas, S. A. 1999, p. 255.

⁷¹⁴ BONESANA, César, Marqués de BECCARIA: *Tratado de los Delitos y de las Penas*, *op. cit.* p. 61.

⁷¹⁵ MIR PUIG, Santiago, expresa que en su sentido actual, el principio de legalidad se basó en la teoría ilustrada del contrato social y suponía una organización política basada en la *división de poderes*, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Bases Constitucionales del Derecho Penal, *op. cit.* p. 71; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel

los delitos y las penas mediante una ley, basada por supuesto en la división de poderes. Asimismo, junto con el maestro italiano, el alemán Juan Anselmo Von FEUERBACH ejerció una importante contribución en la formulación del principio de legalidad,⁷¹⁶ al haber enunciado el célebre aforismo en latín: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”. Es decir, ningún comportamiento puede considerarse delictivo y ser sancionado con una pena, sin que previamente exista una ley que lo determina de esa manera, el cual rige consistente en el presente.

Es de reconocerse que inicialmente el principio de legalidad⁷¹⁷ se encontraba vinculado a la teoría de la pena en su vertiente de coacción psicológica (prevención general), como fundamentaba FEUERBACH, para quien la ley penal debía preceder a la acción delictiva. De esta manera podía la pena cumplir con su función preventiva, o sea, ser inhibitoria del impulso delictivo. Estas ideas respecto del principio de legalidad, fueron posteriormente incluidas en el

manifiesta: “Es a partir de la concepción liberal del Estado y su idea de pacto social con la que sólo se legitima la grave restricción de derechos que supone la aplicación del Derecho penal en la medida que sea estrictamente imprescindible precisamente para proteger los derechos y libertades de todos, idea que se mantiene en los actuales modelos de Estados sociales y democráticos de Derecho...”, *op. cit.*, p. 79.

⁷¹⁶ La participación de estos dos autores en la formulación del principio de legalidad fue vital. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, afirma que sin perjuicio de antecedentes más o menos lejanos, la formulación del principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, en el sentido moderno que hoy se le atribuye, tiene lugar en el siglo XVIII y puede considerarse mérito principal del italiano BECCARIA y del alemán FEUERBACH. *VID.* “El principio de legalidad y arbitrio judicial”. *Anuario: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, no. 1, p. 279.

⁷¹⁷ BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 103; QUINTERO OLIVARES, GONZALO, por su parte, señala que se ha dicho que la exigencia de “legalidad” fue para Feurbach un presupuesto necesario para su concepción de la pena, puesto que orientaba la misma a la prevención general a través de la coacción psicológica, idea que no era absolutamente nueva, pues se advierte antes en Pufendorf el mismo pensamiento. Agrega, que para la realización de dicha coacción psicológica, se requería una previa amenaza establecida en la ley; pero esa amenaza no podía establecerse con fórmulas arbitrarias y oscuras, sino con precisión y claridad, lo cual es el único modo en que se satisfaría el principio de legalidad: “*nulla poena sine previa lege*”. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.* pp. 67 y 68. En ese sentido, no debe efectuarse un juicio apresurado, que implique una simplificación de la concepción del principio de legalidad, al limitarlo en cuanto a su origen, exclusivamente a la concepción que Feuerbach tenía respecto de la pena y su función, puesto que como QUINTERO OLIVARES lo asevera: “[e]l principio de legalidad no era simplemente una necesidad impuesta por el carácter atribuido a la pena, sino una consecuencia del iusnaturalismo racionalista: porque es fruto de la razón, la ley ha de ser esencia y fundamento del sistema jurídico.”, *Ibidem*, p. 68.

artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁷¹⁸ De la misma manera, el principio de legalidad posteriormente se fue incluyendo en las constituciones de los países occidentales en los siglos XVIII y XIX y en Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos a partir de 1948. Entre estas encontramos los siguientes: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, (artículo 11, párrafo 2);⁷¹⁹ el Convenio (Europeo) Para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950, (artículo 7.1);⁷²⁰ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (Art. 15, párrafo 1);⁷²¹ así como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, de 1969, (artículo 9),⁷²² entre otros Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, que contienen este importante principio.

1.2 TRASCENDENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Para que exista un verdadero Estado Democrático de Derecho, resulta imprescindible que se garantice el principio de legalidad, pues asevera

⁷¹⁸ El cual establece: “La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.”

⁷¹⁹ “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

⁷²⁰ “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.”

⁷²¹ “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

⁷²² “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

QUINTERO OLIVARES: “El principio de legalidad es *indisociable del Estado de Derecho* en lo político.”⁷²³ Este principio regula tanto la actuación de los órganos del Estado en sujeción a la ley (legalidad general), como esencialmente, determina la previsibilidad represiva estatal en los supuestos en que el ciudadano cometa un hecho punible (legalidad penal). El ciudadano conoce con anticipación, debido a su inclusión en la ley, qué conductas son consideradas delictivas y que pena le corresponde a la ejecución de las mismas, siendo así que se restringe la forma en que reaccionará el Estado en la represión de los delitos: con evidente limitación legal del *ius puniendi*; sin que pueda cambiar antojadizamente esas reglas, de acuerdo con la persona que transgreda el orden establecido.⁷²⁴

La premisa de que el Derecho Penal es de acto y no de autor, es indispensable para el sostenimiento inmovible del Derecho Penal Democrático. Las personas deben tener la certeza que se les va a perseguir penalmente, únicamente cuando cometan un delito (por lo que hicieron o dejaron de hacer si tal comportamiento es sancionable) y no por circunstancias extrínsecas al hecho punible, que pueden ejemplificarse en lo que aquellas son, piensen o representan, pero no en lo que hicieron. Es decir, el sujeto solamente deberá responder por la lesión al bien jurídico tutelado y no por situaciones personales extra delictivas.

La represión del delito debe indefectiblemente efectuarse dentro de los límites impuestos al ejercicio punitivo dentro de un Estado Democrático de Derecho. La represión sin sustento en los derechos fundamentales deslegitima el Estado Democrático, tal como resalta FERRAJOLI: “[l]a idea de que el bien pueda alcanzarse con cualquier medio, incluso al precio de enormes sufrimientos y

⁷²³ *Op. cit.*, p. 68.

⁷²⁴ La Corte IDH, en el *Caso Ricardo Baena y Otros Vs. Panamá* (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 2 de febrero del 2001, estableció lo siguiente: “En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión”.

sacrificios (sobre todo, de los otros), representa el rasgo característico del fanatismo.”⁷²⁵

El principio de legalidad fundamenta la seguridad jurídica, pero además, la propia libertad del individuo. Es así que:⁷²⁶

“En la persistente dialéctica entre el poder por una parte, y la libertad, por la otra, que se refleja en el encuentro –histórico, actual y futuro– entre la autoridad y el individuo, se localiza el tema de “legalidad” como cause para el desempeño de la autoridad y garantía para el desenvolvimiento del ser humano.”

Estos aspectos se materializan en la seguridad que tiene el ciudadano de que únicamente cuando haya cometido un delito se iniciará en su contra un proceso penal y que su libertad no va a ser coartada o restringida en materia penal, sino exclusivamente cuando mediante su conducta ha producido el supuesto hipotético contemplado en la norma penal, que sanciona con una pena el hecho punible y que ha sido establecida con anterioridad a la comisión del mismo.

Sin embargo, el servir de instrumento para lograr la seguridad jurídica no constituye teleológicamente, el único fin de este principio. MIR PUIG, es de la opinión que el principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.⁷²⁷

Las finalidades del principio de legalidad son entre otras, asegurar el fundamento del principio de culpabilidad como fundamento de la punibilidad, afianzar una administración imparcial de la jurisdicción penal e impedir que la potestad penal se convierta en un medio de persecución a determinados sectores

⁷²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Razones Jurídicas del Pacifismo*, Madrid: Trotta, 2004, p. 42.

⁷²⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta: *op. cit.*, p. 96.

⁷²⁷ MIR PUIG, Santiago: *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 72.

sociales o políticos⁷²⁸ Este principio es muy importante para el mantenimiento de la libertad y la sustentación del sistema democrático, debido a que persigue amoldar el ejercicio del poder público a lo prescrito específicamente en la ley.

1.3 SUSTENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La anterior visión que limitaba la importancia de la Constitución, a ser únicamente un instrumento con un fundamento pragmático de los derechos fundamentales, pero carente de aplicabilidad práctica ha sido plenamente superada. Actualmente se acepta de manera generalizada que la Constitución es la norma suprema, la cual constituye el parámetro de validez de las demás normas del ordenamiento jurídico.

La incorporación del principio de legalidad a los textos constitucionales se ha realizado normalmente entre los países democráticos, dotándolo de esta manera de rango constitucional y considerándolo un derecho humano.⁷²⁹ Pero, se ha optado por contemplar en el desarrollo del texto normativo, una concepción amplia del principio de legalidad, pues además de una legalidad penal se ha incluido una legalidad administrativa y una legalidad tributaria, entre otras.

El artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula lo concerniente a la legalidad en materia penal y para el efecto, prescribe lo

⁷²⁸ SABELLI, Héctor E. y SANTIAGO (H.) Alfonso: *op. cit.*, p. 26.

⁷²⁹ Con respecto al principio de legalidad, la Corte de Constitucionalidad, en una de sus primeras sentencias, desde su creación, ha considerado: “En el orden penal este principio 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, teniendo el primer párrafo del artículo citado el siguiente texto: ‘No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificados como delito o falta y penadas por la ley anterior a su perpetración’ En parecidos términos se expresa en el artículo 9 de la Convención Americana sobre 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.” Sentencia de 17 de septiembre de 1986, expediente 12-86.

siguiente: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.” Lo anterior, comprende el tradicional “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, por el cual se establece una doble protección: a) Que una acción u omisión será considerada delictiva, exclusivamente cuando una ley lo haya determinado de esa forma previamente y b) Que nadie puede ser sancionado penalmente, sin que de manera anticipada la sanción se establezca en una ley. Además, el principio de legalidad abarca todos los aspectos comprendidos en la responsabilidad penal: descripción del tipo penal, pena impuesta, causales de justificación y eximición de la culpabilidad, plazos de extinción de la acción penal, carácter amnistiable del delito, etcétera.⁷³⁰

El Tribunal Constitucional, cuando conozca en materia de amparo y de inconstitucionalidad en este aspecto y los tribunales penales, cuando conozcan los casos sometidos a su jurisdicción, deben observar necesariamente que el hecho considerado delictivo (tipo penal) y la sanción (pena), se encuentren contemplados ineludiblemente en una ley preexistente al acaecimiento de la conducta desvaliosa.

La inclusión del principio de legalidad en materia penal se erige como un resguardo primordial para los particulares. El establecimiento de una ley que regule las figuras consideradas delictivas y que se aplique de manera general, establece claramente las consecuencias que implica la inobservancia de la paz social, quebrantada mediante la actividad delictiva. Sin embargo, también deben combatirse las acciones extrajudiciales utilizadas por los poderes fácticos del Estado, que obviando los mecanismos legales utilizan ilegalmente los mecanismos de la función punitiva estatal, para combatir ciertas actividades que a su juicio atentan contra la seguridad del Estado, y que puede ejemplificarse en casos de ejecuciones extrajudiciales, torturas, etcétera, lo que resulta injustificable dentro de un sistema democrático.

⁷³⁰ SABELLI, Héctor y SANTIAGO (h), Alfonso: *op. cit.*, p. 28.

Es incuestionable que la violencia punitiva debe encontrarse bajo el control de la ley y que debe ser protegida la seguridad jurídica, la libertad de los particulares y demás derechos fundamentales y de perseguir estas conductas que embadurnan el sistema jurídico y violentan los principios básicos del Derecho Penal Moderno.

1.4 PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

BACIGALUPO expone que de las consecuencias que se derivan del principio de legalidad se reconocen cuatro prohibiciones:

- 1) De aplicación retroactiva de la ley (*lex praevia*);
- 2) de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*);
- 3) de extensión del derecho escrito a situaciones análogas (*lex stricta*); y
- 4) de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*).⁷³¹

Añade que cada una de esas prohibiciones tiene un destinatario específico; que la exigencia de la *lex praevia* se dirige tanto al juzgador como al juez; la de *lex scripta*, al igual que la de *lex stricta*, al juez, mientras que la de *lex certa*, tiene por destinatario básicamente al legislador y subsidiariamente al juez.⁷³² Estas prohibiciones resultan importantes, puesto que su observancia consolida el principio de legalidad. Debe advertirse que el derecho interno, el único supuesto donde puede eximirse su aplicación es cuando favorezca al imputado o sea, la

⁷³¹ BACIGALUPO, Enrique: Principios Constitucionales de Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 44-45.

⁷³² *Ibidem*, p. 45.

favorabilidad del imputado constituye la medición de la inaplicabilidad de las referidas prohibiciones.⁷³³

El artículo 9 de la CADH regula lo concerniente al principio de legalidad y de retroactividad y establece al respecto, que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos en concordancia con el derecho aplicable. Contempla además, que tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.⁷³⁴

Como se colige de la lectura anterior, el ámbito de aplicación del principio de legalidad como se encuentra regulado en el texto de la CADH está establecido esencialmente en materia penal, no obstante, esto no constituye una limitación para que se produzca una interpretación extensiva por la cual se amplíe su aplicabilidad a otras disciplinas jurídicas como acontece en el derecho administrativo, en materia sancionatoria, de acuerdo con lo considerado en el *Caso Ricardo Baena y otros Vs. Panamá*.⁷³⁵

⁷³³ PIQUÉ, María Luisa, *op. cit.*, p. 168, ilustra al respecto, que como debe ser previa (sancionada con anterioridad al hecho juzgado), prohíbe la retroactividad en su aplicación. Como debe ser escrita, se prohíbe la aplicación analógica de la ley penal a casos que no estén expresamente contemplados. Como debe ser formal, o sea, sancionada por el Poder Legislativo, se prohíbe el castigo por los delitos considerados como tales por otro tipo de normas que no sean leyes. Como debe ser estricta, los tipos penales deben ser claros y precisos y se prohíbe la indeterminación. Agrega que solo podrá hacerse excepciones a estas prohibiciones cuando estas repercutan a favor del imputado.

⁷³⁴ ANTKOWIAK, Thomas, ilustra al respecto: “En definitiva, pese al corto alcance del título en inglés, el artículo 9 abarca más que “freedom from ex post facto laws”. El título en español “principio de legalidad y de retroactividad” representa en forma más precisa su contenido. De hecho, el artículo 9 también va más allá del rango usual de estos conceptos a través de la adición de una cláusula que establece: “Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”, consagrando expresamente el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Durante la Conferencia de San José, el delegado ecuatoriano propuso exitosamente la inclusión de este elemento, el cual no se encuentra en el CEDH, sino que deriva del artículo 15.1 del PIDCP.” “Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad”. En: STEINER Cristian y URIBE Patricia (editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 256.

⁷³⁵ Corte IDH, *Caso Ricardo Baena y otros Vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, reparaciones y costas) Serie C No. 104. Ciertamente, en dicho Caso sostuvo la Corte IDH en

1.4.1 La importancia de su protección

La Corte IDH ha establecido que:

“[e]n un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo”, y dentro “del espíritu de la Convención” ha expresado la Corte IDH, que ese principio debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la constitución de cada Estado parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas.”⁷³⁶

los párrafos 105 y 106, lo siguiente: “105. El Preámbulo de la Convención reafirma el propósito de los Estados americanos de “consolidar en [el] Continente [americano], dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Asimismo, el artículo 29.c de la Convención señala que ninguna disposición de este tratado puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. 106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.”

⁷³⁶ Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, solicitada por Uruguay a la Corte IDH, respecto de la expresión “Leyes” establecida en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo 32.

La importancia del principio de legalidad en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos es de tal magnitud, que la Corte IDH ha manifestado en una opinión consultiva de 1987,⁷³⁷ que el referido principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables.⁷³⁸ Pero, también ha enfatizado en que no basta con una proclamación formal para considerar que este junto a la reserva de ley, constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.⁷³⁹

Este principio es protegido además por el artículo 27.2 de la CADH con el propósito de que no pueda ser restringido en casos excepcionales de suspensión de garantías.⁷⁴⁰

⁷³⁷ Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos, párr. 35.

⁷³⁸ En la misma Opinión Consultiva OC-9-87, en el párrafo 32, la Corte IDH dentro de ese marco, efectúa una vinculación entre el principio de legalidad con el legitimidad, para ello expone que en una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común.

⁷³⁹ Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, solicitada por Uruguay a la Corte IDH, respecto de la expresión "Leyes" establecida en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 24.

⁷⁴⁰ " 27.2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos."; Por otra parte, siempre relacionado con la no restricción de ciertos derechos humanos, ECHEVERRI, Pablo, ha realizado un estudio comparativo muy interesante en cuanto al alcance de protección de determinados derechos fundamentales, los cuales no pueden ser restringidos y contrario a ello deben ser observados plenamente aún y cuando se hayan suspendido derechos por régimen excepcional. Al respecto expone: "En efecto, las diferentes Convenciones (art. 27 de la americana, art. 15 de la europea y art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) encargadas de tutelar los Derechos Humanos establecen la posibilidad para que los Estados, durante momentos de guerra o excepción, puedan implementar medidas tendientes a resolverlos que suspendan provisionalmente el pleno ejercicio de ciertos derechos y garantías, siempre conservando el límite trazado por el principio de proporcionalidad. No obstante, existen algunos de ellos los

Otro aspecto que enfatiza la importancia de este principio, es que a pesar de constituir además una garantía procesal y que por lo tanto debía quedar incluida como las demás garantías en un solo bloque en el artículo 8 de la CADH, al principio de legalidad debido a su importancia, se le ha otorgado un trato preferente y se le incorporó en un artículo independiente (9 CADH). En ese sentido, ANTKOWIAK expresa que la Convención Americana, al igual que el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, enfatizó la importancia del principio *nullum crimen et nulla poena sine lege*, al separarlo de las garantías procesales en juicios penales, pues estos tres tratados refuerzan el principio aún más al designarlo no-derogable.⁷⁴¹

Resulta pues innegable la importancia que posee el principio de legalidad, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional de los derechos humanos y de ahí también la trascendencia que se le reconoce en el sistema interamericano de los derechos humanos.

1.4.2 Aplicabilidad del principio de legalidad

Expresa PIQUÉ que el principio de legalidad es una garantía compleja, en el sentido de que obliga y restringe a los tres poderes del Estado.⁷⁴² En ese

cuales, por mandato expreso de las correspondientes Convenciones, son intangibles, es decir, no puede ser limitado su ejercicio de ninguna manera ni bajo circunstancia alguna. La lista varía de acuerdo con el sistema de protección, resaltando que el europeo –algo paradójico considerando su protagonismo como sistema tutelares el menos garantista al consagrar la intangibilidad solamente para derechos convencionales¹⁶; seguido por el Pacto con 717, ostentando de esa forma la Convención Americana la honrosa posición de ser el instrumento multilateral más garantista en cuanto a la consagración de un mayor número de derechos dentro de la cláusula de intangibilidad (11 convencionales más originadas en un importantísimo ejercicio de hermenéutica judicial).”, en “Ius Cogens en sentido estricto y en sentido lato: Una propuesta para fortalecer la consecución de la paz mundial y la garantía del Corpus Iuris Internacional de protección al ser humano”. *Memorando de Derecho*, 2011, año 2, no. 2, pp. 213-214.

⁷⁴¹ ANTKOWIAK, Thomas, *Op., cit.*, p. 257.

⁷⁴² PIQUÉ, María Luisa, *op cit.*, p. 168.

sentido, la Corte IDH ha declarado que: “Dicho principio preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo.”⁷⁴³ Es innegable la sujeción de los tres poderes del Estado al principio de legalidad, desde el ejecutivo que no puede crear figuras delictivas por medio de Acuerdos o por vía reglamentaria, hasta el legislativo,⁷⁴⁴ y el judicial a quienes corresponde en gran medida velar por el cumplimiento del principio de legalidad en materia penal.⁷⁴⁵

Efectivamente, al legislativo, por ser el organismo de donde emana formalmente la ley, y en el marco del Derecho Penal estrictamente, el que se encuentra constreñido a velar porque los tipos penales sean estrictos y unívocos, no generales o ambiguos que produzcan una violación al principio de legalidad y sean inciertos en cuanto a su configuración legal. Además, existen límites para las potestades de tipificación y punición que se hallan en manos del órgano legislativo,⁷⁴⁶ y que el desconocimiento de esos límites implica una violación del

⁷⁴³ En las sentencias emitidas por la Corte IDH en los *Casos Mémoli Vs. Argentina*, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 22 de agosto de 2013, párr. 154 y *Caso Mohamed Vs. Argentina*, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 23 de noviembre de 2012, párr. 130.

⁷⁴⁴ Ya BECCARIA expresaba, que: “La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad.”, *op.*, *cit.*, p. 61.

⁷⁴⁵ En ese sentido, LAMARCA PÉREZ, Carmen, enfatiza que el principio de legalidad porta un principio de limitación del poder y que sobre todo supone una limitación del poder judicial porque los jueces han de aplicar exclusivamente lo que viene determinado por la ley, que debe ser lo más taxativa y precisa posible, pero implica también una cierta limitación de quien ostenta la facultad normativa, esto es del poder legislativo, por cuanto se prohíben las leyes *ex post facto* o su modificación o derogación singular. Finalizada diciendo que así entendida la legalidad, satisface la función motivadora de las normas penales, pues “mal se puede motivar desde la inseguridad jurídica. “Principio de legalidad penal”. *Eunomía: Revista en cultura de la legalidad*, septiembre 2011 – febrero 2012, no. 1, p. 157.

⁷⁴⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Voto razonado* con respecto a la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, de 27 de enero de 2009, párr. 7. De esa manera, señala que son inadmisibles, por ejemplo, la incriminación de conductas naturalmente lícitas: así, la asistencia médica; o la consideración uniforme e indiscriminada de muy diferentes hipótesis de privación de la vida, todas sancionadas con “pena de muerte obligatoria”.

principio de legalidad. Así lo ha entendido la jurisprudencia interamericana, que en este sentido incorpora en el concepto de legalidad un dato “material”.⁷⁴⁷

Al judicial, como la Corte IDH lo ha enfatizado, porque es al juez penal a quien corresponde en el momento de aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de tal forma que no incurra en la penalización de actos no punibles por el ordenamiento jurídico.⁷⁴⁸ Aunque también la jurisprudencia de la Corte IDH, ha destacado otro aspecto fundamental del principio de legalidad orientado esta vez a la función pública.⁷⁴⁹

En efecto, en el *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*,⁷⁵⁰ la Corte IDH se pronuncia por primera vez sobre la estructura orgánica del Ministerio Público y su sujeción al principio de legalidad. De ahí que destaca el principio de legalidad de la función pública, que gobierna la actuación de los funcionarios del Ministerio Público, obliga a que su labor en el ejercicio de sus cargos se realice con fundamentos normativos definidos en la Constitución y las leyes. De tal modo que los fiscales deben velar por la correcta aplicación del derecho y la búsqueda de la verdad de los hechos sucedidos, actuando con profesionalismo, buena fe, lealtad

⁷⁴⁷ *Ibidem*, párr. 7.

⁷⁴⁸ Corte IDH, *Caso De la Cruz Flores Vs Perú*, de 18 de noviembre de 2004 (fondo, reparaciones y costas), párr. 82; de igual manera en el *Caso Mohamed Vs. Argentina*, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 23 de noviembre de 2012, párr. 132.

⁷⁴⁹ SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina. *“El Derecho al Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*. Lima: Instituto de Democracia y de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 60- 61.

⁷⁵⁰ Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 29 de enero de 2009, párr. 165. Específicamente se establece lo siguiente: “165. Por su parte, la Corte destaca que el principio de legalidad de la función pública, que gobierna la actuación de los funcionarios del Ministerio Público, obliga a que su labor en el ejercicio de sus cargos se realice con fundamentos normativos definidos en la Constitución y las leyes. De tal modo, los fiscales deben velar por la correcta aplicación del derecho y la búsqueda de la verdad de los hechos sucedidos, actuando con profesionalismo, buena fe, lealtad procesal, considerando tanto elementos que permitan acreditar el delito y la participación del imputado en dicho acto, como también los que puedan excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado.”

procesal, considerando tanto elementos que permitan acreditar el delito y la participación del imputado en dicho acto, como también los que puedan excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado.

A propósito, GARCÍA RAMÍREZ con tino recalca que el Ministerio Público quebrantaría su misión si se sustrajera al imperio la ley, que no condena ni absuelve de antemano a ningún sujeto, sino ordena buscar con diligencia los datos que permitan arribar a la conclusión que sirva a la verdad y, por este medio, a la justicia. En este sentido añade, la obligación –y el quehacer– del Ministerio Público se asemejan a los del tribunal, pues ni aquél ni este gestionan intereses propios, sino ejercen atribuciones públicas reguladas por la ley, que fija el marco, el rumbo y los límites.⁷⁵¹ Desde luego, dado el importante papel que desarrolla el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal pública, su función no puede quedar al margen de la observancia del principio de legalidad y resulta adecuada su alusión expresa, puesto que su actuación debe ser objetiva y de estricto cumplimiento de la Constitución y de la ley y por ende, del debido proceso.

Por cierto, puede indicarse que para valorar la función del Ministerio Público no basta únicamente con apreciar el enfoque administrativo o procesal que desarrolla, sino una “perspectiva de derechos humanos” para que la misma sea efectivamente estimada,⁷⁵² En síntesis, por virtud del principio de legalidad todos los poderes se encuentran sujetos a la ley y esta vinculación incluye que se respeten y garanticen los derechos humanos y fundamentales de las personas.

⁷⁵¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Voto razonado* con respecto a la sentencia de la Corte IDH en el Caso *Tristán Donoso Vs. Panamá* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 27 de enero de 2009, párr. 16.

⁷⁵² *Ibidem*, párr. 14. “Para los fines que ahora interesan -protección nacional e internacional de los derechos humanos-, lo que importa es reconocer que cualquier sistema de organización y funcionamiento del Ministerio Público, institución del Estado, debe respetar los derechos de las personas, esto es, conformarse de manera consecuente con los deberes generales de respeto y garantía. Se requiere, pues, una “perspectiva de derechos humanos” para valorar el desempeño del Ministerio Público; no bastan ni dominan el enfoque administrativo o la perspectiva procesal. Es aquello, no esto, lo que se puede cuestionar ante un tribunal de derechos humanos.”

1.4.3 Legalidad en sentido formal: En cuanto a la reserva de la ley

En el ámbito estrictamente penal (interno), la reserva de la ley consiste en que los delitos, las faltas y las penas deben ser creadas exclusivamente por medio de una ley, lo que constituye la única fuente formal, de tal modo que deviene infranqueable la admisibilidad de otras fuentes del derecho en la tipificación delictiva, como la costumbre o la jurisprudencia. La reserva implica además, que el legislador posee un ámbito de libertad dentro del cual pueda seleccionar las conductas que serán consideradas delictivas y por lo tanto sancionadas penalmente.⁷⁵³

Resulta necesario expresar que la exclusividad de la ley en cuanto a la tipificación delictiva, se ve relativizada en materia de crímenes internacionales.⁷⁵⁴ En efecto, tanto el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

⁷⁵³ Ahora bien, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos acaece una connotación complementaria en la noción de reserva de la ley, donde se le considera como corolario del principio de legalidad, en otras palabras, se concibe el principio de legalidad de manera amplia, considerando la reserva de la ley como parte de este, pero en un sentido de que protección normativa de los derechos fundamentales. Así, se establece en la Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, solicitada por Uruguay a la Corte IDH, en el párrafo 23 la Corte IDH expresa que el: “[p]rincipio de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, que es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación.” Desde luego, la reserva de ley se visualiza ordinariamente como parte del principio de legalidad y se establece por medio de la misma ley, que mediante la referida reserva, únicamente las leyes son las que puede establecer las faltas, los delitos y las penas. Sin embargo, en la jurisprudencia de la Corte IDH la reserva de la ley se ha conceptualizado –como corolario dice la CIDH– del principio de legalidad en materia de derecho a la libertad personal. De esa manera, la reserva de la ley, en ese sentido, se encuentra regulada en el artículo 7, numeral 2 de la CADH, que prescribe: “2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.” Para el efecto, también debe tenerse en cuenta lo prescrito por el artículo 30 de la CADH, que establece lo siguiente: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”

⁷⁵⁴ Comenta ANTKOWIAK, Thomas, *op. cit.*, p. 260, que la inclusión de delitos “internacionales” en el PIDCP y la CEDH tenía el propósito de prevenir que un individuo evadiera la sanción de un crimen internacional al argüir que eso no era ilícito bajo el derecho nacional correspondiente.

Políticos –PIDCP–,⁷⁵⁵ como el artículo 7.2 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales –CEDH–,⁷⁵⁶ permiten que la tipificación de los crímenes internacionales se realice con fundamento en los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

ANTKOWIAK argumenta que los citados instrumentos internacionales, al clarificar que los crímenes según los “principios generales del derecho” también podrían ser juzgados, extendieron su alcance a delitos que no están identificados en los tratados o el derecho consuetudinario internacional.⁷⁵⁷ Es importante indicar que en la CADH no se incluyó una disposición similar donde se incluyeran los crímenes internacionales.⁷⁵⁸

⁷⁵⁵ Al respecto, prescribe: “15.2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

⁷⁵⁶ El citado artículo establece lo siguiente: “7.2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”

⁷⁵⁷ ANTKOWIAK, Thomas, *op. cit.*, p. 260.

⁷⁵⁸ Ante tal situación, la CIDH lo justificó en esa resolución, de la siguiente manera: “Al respecto recuerda que los llamados Principios de Núremberg, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946, la creación de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, en 1993 y en 1994, así como la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional y su entrada en vigor el 1º de julio de 2002, como tribunal permanente, consagran la jurisdicción internacional para juzgar a individuos responsables de la comisión de estos graves crímenes. Por otra parte, la evolución normativa internacional, al igual que importantes desarrollos jurisprudenciales en diversos Estados, ha permitido consolidar una jurisdicción universal así como múltiples bases de jurisdicción a fin de juzgar graves crímenes contra el derecho internacional. La jurisdicción universal faculta a los Estados para establecer su jurisdicción con el fin de perseguir, procesar y sancionar a quienes aparezcan como responsables de graves crímenes contra el derecho internacional. Esta jurisdicción universal se ve reflejada en instrumentos internacionales tales como los Convenios de Ginebra de 1949. Asimismo, una serie de instrumentos normativos regionales e internacionales contemplan múltiples bases de jurisdicción para el juzgamiento de crímenes internacionales. Entre otras, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en el ámbito de la OEA, así como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes en el ámbito de las Naciones Unidas obligan a los Estados a tomar medidas para juzgar en su jurisdicción estos crímenes o de lo contrario los obligan a extraditar a las personas acusadas para su juzgamiento. Incluso, el consenso de los Estados ha ampliado esta concepción a otras ofensas internacionales, como el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción.”

No obstante lo anterior, la CIDH en la resolución 1/03⁷⁵⁹, sobre Juzgamiento de Crímenes Internacionales, consideró que:

“De conformidad con los tratados de derechos humanos, los Estados deben respetar y garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción los derechos humanos. Por tal motivo, están obligados a investigar y sancionar toda violación a estos derechos, en especial si tales violaciones constituyen además crímenes contra el derecho internacional. La CIDH nota que a fin de combatir la impunidad de estos crímenes, el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, establece que los Estados pueden hacer uso de diferentes reglas y tipos de jurisdicción para su juzgamiento.”⁷⁶⁰

De esa cuenta, resolvió en los puntos 1 y 2 de esta resolución, exhortar a los Estados a adoptar las medidas legislativas y de otra naturaleza que sean necesarias para sancionar crímenes internacionales tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra y a combatir la impunidad de los crímenes internacionales a través de invocar y ejercer su jurisdicción sobre estos crímenes con base en los distintos tipos de jurisdicciones existentes.

La preocupación de la CIDH reflejada en la referida resolución abarcaba dos aspectos. En primer lugar el recordatorio de que los crímenes contra el derecho internacional como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constituyen una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en las Cartas de la Organización de los Estados Americanos y de las Naciones Unidas; y en segundo lugar, propugnaba para que la comisión de esos delitos no quedara impune.

Para ello estimó que debido a la gravedad de estos crímenes internacionales y la obligación de investigar, procesar, sancionar y reparar, los Estados debían

⁷⁵⁹ CIDH. Resolución 1/03 Sobre Juzgamiento de Crímenes Internacionales, de 24 de octubre de 2003.

⁷⁶⁰ *Ibidem*.

cooperar a fin de evitar la impunidad de los perpetradores de estos crímenes. Derivado de lo anterior, ANTKOWIAK observa que la Corte Interamericana ha reiterado la obligación de extraditar o enjuiciar a los perpetradores de tales crímenes, incluso bajo los principios de la jurisdicción universal.⁷⁶¹

1.4.4 Principio de legalidad en sentido material: En cuanto al principio de taxatividad legal –*lex certa*–

A pesar de las limitaciones que contiene el artículo 9 de la CADH respecto de abarcar las cuatro prohibiciones mencionadas que se derivan del principio de legalidad, ha sido encomiable la labor que ha venido desempeñando la Corte IDH en materia interpretativa con relación a los alcances del principio de legalidad. En ese aspecto, la Corte IDH ha sostenido que en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita.⁷⁶²

Pero, para lograr que se cumpla realmente con estos propósitos, se requiere que tanto la figura delictiva como la sanción penal se encuentren plenamente determinadas en la ley. Siendo así que una deficiencia en la adecuada configuración de las mismas, produciría que la punibilidad no se encuentre “legalmente determinada” antes del hecho, porque de lo contrario sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable o bien, quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer la pena.⁷⁶³

⁷⁶¹ ANTKOWIAK, Thomas, *op. cit.*, p. 260.

⁷⁶² Corte IDH, *Caso Ivon Neptune Vs. Haití* (fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C No. 180, párr. 125.

⁷⁶³ VID. ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, *op. cit.*, p. 141.

El principio de legalidad origina que se produzca un mandato de certeza o de *lex certa*, también denominado mandato de determinación, el cual implica una exigencia al legislador para que delimite de forma clara e inteligible para las personas, para que comprendan de esa manera qué conductas integran el tipo penal y cuáles son las penas que se impondrán como resultado del injusto penal acaecido, puesto que:

“La prisa por legislar incurre, con alta frecuencia, en la sanción de figuras delictivas mal diseñadas, las cuales no consiguen superar la porosidad del lenguaje empleado en la descripción del nuevo tipo penal acuñado y, en definitiva, configuran de esta forma ámbitos de ambigüedad e incerteza que traicionan al mandato de determinación impuesto por el principio de estricta legalidad y, por supuesto, plantean numerosas hipótesis de incertidumbre interpretativa.”⁷⁶⁴

Debe serse enfático en que la exigencia de la *lex certa* se encuentra dirigida al legislador, quien debe observar el mandato de determinación proveniente del principio de legalidad. En ese aspecto, la Corte IDH no ha permanecido ajena a los problemas surgidos de la elaboración de los tipos penales incluidos en la legislación penal de los Estados Partes y que han provocado violaciones a los derechos humanos de las personas. Es de esa manera que en el *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs Argentina*, expresó lo siguiente:⁷⁶⁵

“La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente

⁷⁶⁴ SALOM, Cecilia. “Tipo penal y mandato de determinación. La crisis de la legislación contemporánea.” *Diario Penal*, 19 de agosto de 2016, no. 118, p. 2.

⁷⁶⁵ Corte IDH, *Castillo Petruzzi y otros Vs Argentina* (fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 30 de mayo de 1999 párr. 121. En ese mismo sentido se pronunció, entre otras sentencias en los *Casos Ricardo Canese Vs Paraguay* (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 174; *De La Cruz Flores Vs Perú*, (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 79; *Ivon Neptune Vs Haití* (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 125; *Usón Ramírez Vs Venezuela* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 55; *Pacheco Teruel Vs Honduras* (fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 105.

las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.”

Es por eso que la exigencia impuesta al legislador en cuanto a la plena determinación del tipo penal, implica por consiguiente la utilización de términos estrictos y unívocos que describan las conductas punibles de forma adecuada, que por ende no producirán ambigüedades o incertidumbre al aplicar la ley penal, pues el juzgador se encuentra ligado a la misma. La Corte IDH ha enfatizado que corresponde al juez, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico.⁷⁶⁶

Por otra parte, un caso que ilustra la ambigüedad en la formulación de tipos penales es el de *Usón Ramírez Vs. Venezuela*,⁷⁶⁷ que trata acerca de un general retirado del ejército venezolano de nombre Francisco Usón Ramírez, quien en un programa televisivo expresó diversas opiniones de carácter crítico, debido a que un grupo de soldados habían resultado gravemente heridos en una instalación

⁷⁶⁶ Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 60. La citada Corte agregó al respecto, lo siguiente: “La elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Asimismo, este Tribunal subraya que la tipificación de conductas reprochadas penalmente implica que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara que sea posible; es decir, de manera expresa, precisa, taxativa y previa.”

⁷⁶⁷ Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela* sentencia de 20 de noviembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

militar, lo cual era un tema de controversia y de debate público en ese momento. De ahí que fuera procesado por el delito de “injuria contra la Fuerza Armada Nacional” establecido en el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar,⁷⁶⁸ y luego condenado a cumplir una pena privativa de libertad de cinco años y seis meses de prisión.

La Corte IDH estimó (en párrafo 57), que el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar no delimitaba estrictamente los elementos de la conducta delictuosa, ni considera la existencia del dolo, resultando así en una tipificación vaga y ambigua en su formulación como para responder a las exigencias de legalidad contenidas en el artículo 9 de la Convención y de aquellas establecidas en el artículo 13.2 del mismo instrumento para efectos de la imposición de responsabilidades ulteriores.⁷⁶⁹ Como consecuencia, ordenó al Estado de Venezuela, entre otras medidas, dejar sin efecto el proceso penal militar contra la víctima y modificar en un plazo razonable el tipo penal utilizado.

Lo ejemplificado permite robustecer la posición protectora de la Corte IDH, relativo a que la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas.

⁷⁶⁸ El referido artículo prescribe lo siguiente: “**Artículo 505.** Incurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o alguna de sus unidades.”

⁷⁶⁹ Al respectó argumentó: “56. En el presente caso, la Corte observa que el tipo penal del artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar no establece los elementos que constituyen la injuria, ofensa o menosprecio, ni especifica si es relevante que el sujeto activo impute o no hechos que atenten al honor o si una mera opinión ofensiva o menospreciante, sin imputación de hechos ilícitos, por ejemplo, basta para la imputación del delito. Es decir, dicho artículo responde a una descripción que es vaga y ambigua y que no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que determinadas conductas sean penalizadas indebidamente a través del tipo penal de injuria. La ambigüedad en la formulación de este tipo penal genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionar su conducta con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad. Además, dicho artículo delimita a prever la pena a imponerse, sin tomar en cuenta el dolo específico de causar descrédito, lesionar la buena fama o el prestigio, o inferir perjuicio al sujeto pasivo. Al no especificar el dolo requerido, dicha ley permite que la subjetividad del ofendido determine la existencia de un delito, aun cuando el sujeto activo no hubiera tenido la voluntad de injuriar, ofender o menospreciar al sujeto pasivo. Esta afirmación adquiere mayor contundencia cuando, de acuerdo a lo expuesto por el propio perito propuesto por el Estado en la audiencia pública del presente caso, en Venezuela “[n]o existe una definición legal delo que es honor militar”.”

En efecto, los términos que se utilicen para la descripción de las conductas contenidas en la creación de los tipos penales deben ser lo más concretos que sean posible, a manera de evitar términos de carácter general que permitan ampliar las figuras delictivas a otros hechos no incluidos en el tipo penal o bien, que generen ambigüedad en su interpretación y aplicación. No debe perderse de vista que la generalidad y la ambigüedad de los elementos de un delito, provocaría la aplicación de la “ley como la principal fuente del derecho penal, sin afectar el principio de legalidad”, en concordancia con lo manifestado por CREUS.⁷⁷⁰

De ahí que, por eso resulta de especial importancia lo manifestado por la Corte IDH, en cuanto a la delimitación que deben tener los tipos penales, respecto a que los términos que se utilicen en la descripción de los elementos del tipo penal sean estrictos y unívocos. Pero siempre en ese mismo sentido, respecto a la vinculación del legislador y del juzgador al principio de legalidad penal. Resulta que el juez al aplicar la ley penal debe atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta y en consecuencia, observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico.⁷⁷¹

El juez además de su vinculación con la ley, se encuentra vinculado con la observancia de las normas contenidas en la Constitución y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se aplica como un mecanismo de

⁷⁷⁰ CREUS, Carlos, *op. cit.*, p. considera que partiendo de la concepción del Estado como resumen de toda la vida de la comunidad organizada, el fascismo generó un sistema penal defensivo de los bienes jurídicos que son propiedad del Estado, es decir, la moralidad pública, la familia, la integridad y la sanidad de la estirpe, etc., que fueron marcando el contenido del Código Penal de 1930, en el que se preveían la pena de muerte, indeterminación de las medidas de seguridad, se tenía en cuenta el *animus* colocándolo dentro de la culpabilidad; siempre con el objetivo de lograr la mayor tutela del Estado a través de la protección del partido oficial, aparecía la intimidación como prevención general predominante sobre la prevención especial. De todas maneras consideraron la ley como la principal fuente del derecho penal, sin afectar el principio de legalidad.

⁷⁷¹ Corte IDH, *Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras* (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C No. 241, párr. 105.

control de convencionalidad⁷⁷² en el derecho interno guatemalteco, entre otros instrumentos jurídicos protectores de los derechos humanos de los particulares, por lo que se convierte en un garante de la observancia del principio de legalidad en beneficio de los mismos.

Conviene destacar que los particulares, derivado de las características del principio de legalidad de ser *lex praevia* y *lex certa*, tienen el derecho que conocer de forma anticipada cuáles conductas son consideradas delictivas y cuál es la sanción que impondrá el Estado como reacción a esa conducta disvaliosa. De hecho, la Corte IDH ha sostenido que la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de los efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, pues de lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este.⁷⁷³

Como corolario, el principio de legalidad continua siendo un principio esencial en la protección de la persona. Limita el ejercicio de la potestad estatal al restringirle la creación de figuras delictivas y sanciones penales posteriores a la

⁷⁷² Cabe recordar que los jueces de los Estados firmantes del Pacto de San José de Costa Rica, tienen el deber de aplicación directa y prevalente de las reglas de la CADH, así como de la interpretación que de la misma se haya efectuado por la Corte, esto es, el control de convencionalidad, el cual le es exigible al juzgador, conforme a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. *VID. Caso Almonacid Arrellano y Otros Vs. Chile* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124 donde la Corte IDH sostuvo por primera vez la adopción del control de convencionalidad, al considerar que: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

⁷⁷³ Corte IDH, *Caso Mohamed Vs Argentina*, sentencia de 23 de noviembre de 2012, (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas) párrafo 131.

comisión delictiva, lo que conduce al examen inevitable de otro principio informador: el principio de irretroactividad.

2. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como regla general, las leyes tienen efecto hacia el futuro, *ex nunc*, y no poseen efectos hacia el pasado, *ex ante*, es decir, surtirán efectos para hechos que sucedieron con posterioridad al inicio de su vigencia. De tal manera que normalmente rige la regla *tempus regit actum*, mediante la cual se establece que los hechos deben necesariamente sujetarse a la ley que se encontraba vigente al momento de la comisión del hecho delictuoso.⁷⁷⁴

De los principios de legalidad y seguridad jurídica emana el principio de irretroactividad de la ley. Pues bien, en materia penal como resultado del principio de legalidad se instaura la exigencia de *lex praevia*. Derivado de esta exigencia, se erige, como *condictio sine qua non*, que el comportamiento realizado y la sanción correspondiente al mismo, se encuentren descritos en una ley que ha sido emitida con antelación al momento de la comisión delictiva.

Pero adicional al principio de legalidad, se pretende preservar la seguridad jurídica, pues el destinatario de la norma tiene derecho a conocer las consecuencias jurídicas de sus actos al momento de llevarlos a cabo, lo que resultaría imposible de acuerdo con su exposición, si dichas consecuencias se

⁷⁷⁴ Cabe recordar que en el sistema penal nacional-socialista en Alemania, no se reconoció la irretroactividad de la ley con rango constitucional. CREUS, Carlos *op. cit.*, p. 40, expresa que en el referido sistema: “[a]dmittieron la costumbre y la analogía como fuentes, no existió la irretroactividad de la ley con rango constitucional, el “sano sentimiento del pueblo” fue límite (evidentemente vago y caprichoso) para definir el delito y, fundamentalmente, para otorgar contenido a la legítima defensa, a otras causas de justificación, al error iuris.”. Pero, también resulta por demás interesante recordar, que los juicios seguidos ante el Tribunal de Núremberg, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se tramitaron contra los criminales nazis, por delitos que no se encontraban tipificados con anterioridad.

fueran a derivar de una norma aún no vigente en dicho momento.⁷⁷⁵ En efecto, las personas tienen derecho a conocer con antelación cuáles son las conductas consideradas disvaliosas por el tipo penal y las sanciones que como resultado de la comisión de las mismas se producen, como se expuso en el apartado del principio de legalidad. Las reglas deben ser claras. No pueden existir sorpresas desagradables para las personas, que se traduzcan en actos arbitrarios cometidos por el Estado en la promulgación de leyes *ex post facto*.

El principio de irretroactividad penal implica una prohibición directa para el legislador y para el juzgador. Para el legislador, la de no aprobar leyes que regulen supuestos acaecidos con anterioridad al inicio de su vigencia y para el juez, le impone la limitación de no poder aplicar la ley para resolver el caso sujeto a su resolución judicial respecto de hechos acontecidos con anterioridad al inicio de su vigencia. Porque en definitiva, es a este a quien corresponde, dada la función jurisdiccional en la solución del caso concreto sometido a su conocimiento y decisión, establecer cuál es la norma aplicable al asunto en particular en situaciones en que se produzca una sucesión de leyes penales en el tiempo.

Ciertamente, como se ha venido exponiendo, el principio de irretroactividad de la ley penal, constituye un complemento o consecuencia del principio de legalidad⁷⁷⁶ y busca proteger la seguridad jurídica, de tal forma, que los ciudadanos confíen en la ley.

⁷⁷⁵ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. "Prohibición de Retroactividad y Cambios de orientación en la Jurisprudencia". *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1993, no. 11, p. 245.

⁷⁷⁶ A pesar de ser ambos principios informadores del Derecho Penal y por ende, básicos o fundamentales en un Derecho Penal garantista, la irretroactividad de la ley constituye un complemento del principio de legalidad (MUÑOZ CONDE), puesto que no se aprueba una ley para regular hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, considera que: "[l]a prohibición de retroactividad es el complemento indispensable del principio de legalidad, porque sin esa prohibición el principio se convertiría en una burla, más que en una garantía de los derechos individuales." *Introducción al Derecho Penal, op. cit.*, p. 153; A su vez, el autor argentino CREUS, Carlos considera que la retroactividad es un efecto del principio de legalidad, al manifestar que: "En el derecho penal en particular, se lo afirma como un efecto obligado del principio de legalidad. Como relación jurídica, puede decirse que la del "delito" nace cuando el autor observa la conducta penalmente tipificada; es en ese momento cuando, sobre todo, se delinea la culpabilidad en cuanto relación ("interna") de la ley con el hecho que servirá de base al juicio de reproche.", *op. cit.*, p. 96; BACIGALUPO, Enrique,

De esa cuenta, el Tribunal Constitucional de Chile⁷⁷⁷ ha reconocido que la retroactividad de una ley atenta contra los valores de seguridad jurídica, certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a principios y normas positivas, que son esenciales en un Estado de Derecho.⁷⁷⁸ Porque, en palabras de VALENCIA ZEA, “Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas.”⁷⁷⁹

Además, se constituye en un límite al ejercicio del *ius puniendi*, lo que provoca que sea verdaderamente imprescindible para la constitución de un Estado Democrático de Derecho,⁷⁸⁰ porque debe evitarse un poder omnímodo del Estado

agrega: “El principio de legalidad se expresa en exigencias dirigidas al legislador y a los tribunales. Una sanción penal se habrá aplicado con arreglo al principio de legalidad si está establecida en una *lex praevia* (exclusión de la aplicación retroactiva de las leyes penales...”
VID. Derecho Penal. Parte General, op. cit., p. 105.

⁷⁷⁷ Sentencia, rol N° 207, del 10 de febrero de 1995, Considerando 67.

⁷⁷⁸ En su parte conducente, la referida sentencia declara lo siguiente: “Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quien los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. Se desprende de lo anterior, que tal como se ha reconocido en el Derecho Comparado, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución”.

⁷⁷⁹ En ese sentido, VALENCIA ZEA, Arturo, expresa, aunque en materia civil, pero aplicable también en lo penal, lo siguiente: “Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas. Además, cuando se trata de la reglamentación de toda una institución jurídica, existe verdadera imposibilidad para regular el efecto retroactivo” *VID. Derecho Civil*, Tomo I, Bogotá: Editorial Temis, 1989, p. 184. La seguridad jurídica es imprescindible para la confiabilidad de la ley, pero se presentan ocasiones en que la seguridad jurídica entra en colisión con la justicia, de esto resultan algunas excepciones que se examinarán *ut infra*.

⁷⁸⁰ Para PACHECO, Máximo: “La ideología liberal elevó a postulado fundamental la irretroactividad de la ley penal, es decir, ella no se puede aplicar a los hechos anteriores a su vigencia. Este principio constituye una dimensión del “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. En efecto, la seguridad jurídica y los derechos de las personas se derrumban si el legislador transforma lo lícito de ayer, en lo ilícito de hoy. En estas circunstancias, el hombre –que es racional y libre–

capaz de ser utilizado sin escrúpulos en contra de las personas, por medio del encuadramiento de ciertas conductas en un tipo penal surgido *ex post facto*; o mediante el agravamiento en una ley posterior de las penas previamente establecidas en la ley, o bien, por la creación de nuevas figuras delictivas inexistentes con prelación a la comisión delictiva. Ya lo advertía HAMILTON, al aseverar que:

“El hecho de calificar un acto de criminal después de que ha sido perpetrado o, en otras palabras, sujetar a los hombres a castigo por cosas que no infringían ninguna ley cuando se cometieron, y la práctica de los encarcelamientos arbitrarios, han sido, en todos los tiempos, el instrumento favorito y más formidable de la tiranía.”⁷⁸¹

A decir de ROXIN, son imaginables diversas clases de retroactividad. Así, un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente; o respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave (por ej. prisión en vez de multa) o se puede agravar la pena dentro de una de la misma clase (por ej. subirla de cinco a diez años de prisión)⁷⁸². Por ello, ha afirmado que esas tres formas de retroactividad son constitucionalmente inadmisibles, pues la punibilidad (como tal, o en su clase o cuantía) no estaba declarada y determinada legalmente antes del hecho.⁷⁸³

no tiene la posibilidad de elegir conscientemente entre obedecer y desobedecer la norma, y el Derecho, por tanto, no puede reprochar una acción, so pena de transformarse en instrumento de injusticia. La irretroactividad de la ley penal está reconocida en la mayoría de los países del mundo, y la "Declaración Universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas" de 1948, la acoge expresamente. El principio, no obstante, admite algunas excepciones cuando la ley posterior beneficia al delincuente. La irretroactividad penal es desconocida con frecuencia por regímenes políticos que no respetan la dignidad del hombre." *VID. Teoría del Derecho*, Cuarta Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 227 y 228.

⁷⁸¹ HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John: *El Federalista*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 387.

⁷⁸² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, *op. cit.*, pp. 140-141.

⁷⁸³ *Ibidem*, p. 141.

Conforme a lo expuesto, el principio de irretroactividad, *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, se cimenta en la previsibilidad contemplada en la ley, de los efectos del comportamiento escrito como delictivo. La irretroactividad es un principio penal y un derecho humano que impide la aplicación de una ley posterior, a un supuesto realizado con anterioridad al inicio de su vigencia.

2.2 INCORPORACIÓN Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Como antecedente constitucional más remoto, puede citarse la Constitución de los Estados Unidos de América, que regula en el artículo 1, Novena Sección, Cláusula Tercera, que: “No se aplicarán decretos de proscripción ni leyes *ex post facto*”. Así pues, se encuentra en el citado texto constitucional, la denominada cláusula *ex post facto* (*ex post facto clause*), o ley *ex post facto* (*ex post facto law*), que en el derecho estadounidense se aplica como correlativa a la irretroactividad de la ley en materia penal, figura que es utilizada en los sistemas jurídicos continentales, tanto europeos como latinoamericanos. La *ex post facto law* ha sido desarrollada jurisprudencialmente, en el sentido que prohíbe aplicar retroactivamente las leyes penales solo en materia sustantiva.⁷⁸⁴

En virtud de la doctrina del precedente (*stare decisis*), que rige el derecho estadounidense, es la jurisprudencia de la Corte Suprema la que establece con efecto de precedente para los tribunales inferiores, los alcances de las referidas cláusulas. El caso más añejo en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América con relación a la ley *ex post facto* y que es continuamente citado en los

⁷⁸⁴ En efecto, la prohibición de leyes *ex post facto* se limita a las leyes penales en materia sustantiva, puesto que la materia procesal queda excluida de tal prohibición, salvo que se trate de una ley que exija menos prueba que la requerida al momento preciso de la comisión del delito imputado, o de las excepciones específicas que vaya señalando la Corte Suprema conforme se desarrolle lo concerniente al tema. *VID. Collins v. Youngblood*, 497 U.S. 37 (1990), donde la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, resolvió que la prohibición constitucional de la aplicación retroactiva de leyes penales se limitaba a la materia sustantiva, por lo que dejó fuera de su ámbito de aplicación a las leyes penales de carácter procesal. *VID. Carmell v. Texas*, 529 U.S. 513 (2000), por la cual la Corte Suprema resolvió que la aplicación retroactiva de una regla de evidencia que derogaba el requisito de corroboración del testimonio de la víctima en delitos de agresión sexual riñe con la prohibición de leyes *ex post facto*.

diversos fallos pertinentes, lo constituye *Calder v. Bull* 3 U.S. 386 (1798), en el cual el juez Samuel CHASE, sostuvo que en las leyes *ex post facto* debía comprenderse únicamente leyes criminales, pero no así las leyes civiles.⁷⁸⁵ Adicionalmente, en la sentencia relacionada estableció como aspecto relevante, la clasificación de cuatro categorías de ley *ex post facto*.⁷⁸⁶

Por otra parte, en las Constituciones de los países que cuentan con un sistema jurídico de tipo continental el principio de irretroactividad se ubica en el propio texto constitucional, o se considera mediante una interpretación *a contrario*, que deriva de uno o más preceptos constitucionales. En el caso de Guatemala, el artículo 2º de la Constitución Política impone al Estado el deber de garantizar, entre otros valores, el de la seguridad. La seguridad jurídica, denota la Corte de Constitucionalidad, se refiere concretamente a la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico y en consecuencia considera, que las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar en observancia de ese principio y respetar las leyes vigentes y principalmente la ley suprema.⁷⁸⁷ Una ley retroactiva violenta indubitablemente la seguridad jurídica. El principio de irretroactividad, coadyuva a evitar que se desquebraje la confianza de los ciudadanos en el imperio de la ley.

En Guatemala, el artículo 15 de la Constitución Política de República de Guatemala prescribe brevemente que la ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo. La previsión del precepto constitucional contempla una prohibición expresa de la aplicación retroactiva desfavorable (retroactividad *in malam partem*), en cambio, admite la retroactividad beneficiosa, (retroactividad *in bonum partem*), cuando beneficie al reo.

⁷⁸⁵ "The *ex post facto* provision of the Constitution applies solely to criminal cases, not civil cases."

⁷⁸⁶ "1st. Every law that makes an action done before the passing of the law, and which was innocent when done, criminal; and punishes such action. 2d. Every law that aggravates a crime, makes it greater than it was, when committed. 3d. Every law that changes the punishment, and inflicts a greater punishment, than the law annexed to the crime, when committed. 4th. Every law that alters the legal rules of evidence, and receives less, or different, testimony, than the law required at the time of the commission of the offence, in order to convict the offender."

⁷⁸⁷ Corte de Constitucionalidad, auto de 29 de enero de 2009, expediente 3350-2008.

Distinto sucede en España, donde no se contempla taxativamente en el texto constitucional lo concerniente a la retroactividad *in malam partem*, puesto que se efectúa de acuerdo con EZQUIAGA, una interpretación *a contrario* de un precepto constitucional; debido a que del art. 9.3 de la Constitución Española,⁷⁸⁸ que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, el Tribunal Constitucional ha deducido el principio de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables.⁷⁸⁹ Así, señala para el efecto la sentencia del Tribunal Constitucional de España, de 7 de mayo de 1981, fundamento jurídico 7.

Siguiendo a GARCÍA RAMÍREZ, se produce una doble consecuencia que se puede expresar de manera procesal. Así, rige la *reformatio in melius*, o sea la alterabilidad de situaciones jurídicas favorables y se desecha la *reformatio in peius*, o sea, la alteración de situaciones jurídicas por cambios perjudiciales.⁷⁹⁰ La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, ha manifestado:⁷⁹¹

“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

⁷⁸⁸ El art. 9.3 de la CE señala que: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁷⁸⁹ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier: *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 58.

⁷⁹⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Derecho Penal*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1990, p. 29.

⁷⁹¹ C.C. Sentencia de 26 de junio de 1991, expediente 364-90. En sentencia de 27 de septiembre de 2011, expediente 2156-2011, siempre referente al principio de irretroactividad expuso: “[c]abe afirmar que uno de los principios elementales que rigen la aplicación de la ley es su irretroactividad, que significa que ésta no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo; sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación. Se puede señalar entonces que la naturaleza jurídica del principio mencionado es la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídica, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente.”

posteriores a su vigencia, aunque deriven de hechos anteriores a ella. La retroactividad consiste en la traslación de la aplicación de una norma jurídica creada en un determinado momento, a uno anterior al de su creación, por lo que se contemplan ciertas situaciones fácticas pretéritas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su realización. Existe cuando la nueva disposición legal vuelve al pasado para apreciar condiciones de legalidad de un acto, o para modificar los efectos de un derecho plenamente realizado.”

La Corte de Constitucionalidad desarrolla en la sentencia anterior, lo que debe entenderse por retroactividad de la ley y enfatiza lo concerniente a la aplicación hacia el futuro de esa ley, de manera general a excepción de su aplicación en materia penal cuando sea favorable.⁷⁹² Pues de lo contrario, se debilitarían peligrosamente las bases de un derecho penal de acto, en detrimento del Estado Democrático de Derecho.

En ese sentido, en materia penal se admite la retroactividad únicamente cuando se trate de una ley más benigna que favorezca al procesado o condenado. En este caso, la seguridad jurídica que se pretende conceder a los ciudadanos con la exigencia de *lex praevia* no se verá afectada por el reconocimiento de la retroactividad de la ley penal más benigna, porque ella no atenta contra las libertades individuales de los ciudadanos que pretende proteger la seguridad

⁷⁹² BACIGALUPO explica ampliamente la excepcionalidad que se produce en la irretroactividad de la ley penal, al manifestar: “Una larga tradición determina que el principio de irretroactividad de la ley sufra una excepción respecto de las leyes penales posteriores al momento de comisión del delito pero más favorables al acusado. Se trata de una excepción con un fundamento político-social, dado que carece de sentido dictar o mantener la ejecución de penas por hechos que ya no se consideran delitos o cuando la gravedad de aquéllas aparece como desproporcionada. Desde otro punto de vista, es una consecuencia del hecho de que las garantías constitucionales, es decir, la prohibición de retroactividad de la ley penal, sólo se instituyen para proteger al acusado frente al endurecimiento de las penas, pero no para impedir que se beneficie con una nueva situación legal más favorable”. *VID. Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 188.

jurídica.⁷⁹³ La constitucionalización del principio de irretroactividad es trascendental. En cuanto a los organismos encargados primordialmente de su observación, legislador y juez, contempla intrínsecamente de manera individual una constricción. De esa cuenta al legislador, como ha afirmado BAUMAN, le está vedado constitucionalmente dar retroactividad a un tipo, mientras que al juez penal, solo puede aplicar un tipo si el delito existía en el momento del hecho.⁷⁹⁴

En síntesis, puede afirmarse el principio de irretroactividad de la ley sirve de resguardo legal al imputado o condenado, lo que supone la seguridad jurídica que no se le aplicará una ley distinta a la vigente al momento de la realización delictiva. Lo anterior, solidifica el Estado Democrático de Derecho al evitar el ejercicio arbitrario del poder estatal. Aunado a ello, el principio de irretroactividad es determinante para que pueda efectuarse la función motivadora del Derecho Penal y la confianza en el sistema penal. Debido a que:

“Sólo si el ciudadano conoce la prohibición y la amenaza del castigo, puede sentirse motivado y puede conseguirse el efecto preventivo buscado con la pena. Así, y desde la función del Derecho penal, el principio general de irretroactividad contribuye a la legitimación misma del sistema penal.”⁷⁹⁵

2.3 PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce una importancia superlativa a la legalidad y a la irretroactividad. Considera que en un Estado de

⁷⁹³ BALDOMINO DÍAZ, Raúl A. “(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco” *Revista de Política Criminal*, julio de 2009, vol. 4, no. 7, p. 134.

⁷⁹⁴ BAUMAN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma: 1973, p. 74.

⁷⁹⁵ RODRÍGUEZ MESA, María José. *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Jerez de la Frontera: Universidad de Cádiz, 2006, p. 62.

Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo.⁷⁹⁶

La prohibición de retroactividad se relaciona intrínsecamente con el principio de legalidad en materia penal. Es más, la retroactividad deviene de la observancia de la legalidad, puesto que al tener que ser la ley penal una ley previa, tanto el delito como la pena deben encontrarse reguladas en el texto legal, con anterioridad a la comisión del hecho delictivo o del establecimiento de la pena. La retroactividad de la ley penal tiene que ver con su ámbito temporal de validez, lo que, en su caso, puede originar un conflicto de leyes en el tiempo.⁷⁹⁷

Por su parte, GARCÍA RAMÍREZ y MORALES SÁNCHEZ exponen que la sanción penal se halla sujeta a las normas imperantes en el momento en que los hechos punibles ocurrieron, pues el Estado no aplicará retroactivamente las leyes que establezcan o agraven –por medio de nuevos elementos de la descripción normativa– tipos penales o punibilidades.⁷⁹⁸

La ley no se puede aplicar de forma retroactiva en perjuicio del sindicado o condenado, pues contrario a ello, debe respetarse la ley que se encontraba vigente al momento de la acción de desvalor acaecida, salvo que sea beneficiosa para el mismo, pues en este caso sí se aplicará retroactivamente por ser la misma más favorable. Resulta interesante notar lo manifestado por GROS ESPIELL respecto a que el artículo 9 de la CADH se titula: “Principio de Legalidad y de Retroactividad”, pero el nombre es equívoco y parcialmente erróneo, porque esta disposición asienta el principio general de la irretroactividad de la ley penal, salvo

⁷⁹⁶ Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 183.

⁷⁹⁷ MALDONADO MALDONADO. Héctor Guillermo. “Reglas de aplicación de las normas penales”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2010, no. 30, p. 144.

⁷⁹⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *op., cit.*, p.219.

el caso de la retroactividad de la ley penal más benigna con respecto a la pena.⁷⁹⁹ Ciertamente, si bien, el acápite o título no es comprensivo de la extensión del artículo en lo referente a la irretroactividad y de la retroactividad más benigna, la denominación de retroactividad no resulta ser la más atinente, contrario a lo que sucede con la designación usual de principio de irretroactividad.

El principio de irretroactividad de la ley penal encuentra su fundamento legal en el artículo 9 de la CADH,⁸⁰⁰ que regula tanto la legalidad como la prohibición de la retroactividad y la retroactividad favorable. Resulta oportuno exponer que el principio de retroactividad también se encuentra contenido en el artículo 7.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁸⁰¹ y en el artículo 24 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,⁸⁰² aunque con diferencias determinadas.⁸⁰³

⁷⁹⁹ GROS ESPIELL, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 97.

⁸⁰⁰ Para el efecto, dicho artículo establece lo siguiente: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

⁸⁰¹ El artículo 7.1 del CEDH, establece lo siguiente: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.”

⁸⁰² “Artículo 24. Irretroactividad ratione personae.1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.”

⁸⁰³ GROSS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo op. cit.*, p. 97, señala dos diferencias entre ambas Convenciones en lo que respecta al principio de irretroactividad: la primera referente a que la Convención Europea, contrario a la Convención Americana que establece un título, cuyo nombre es equívoco y parcialmente erróneo, no plantea ningún problema, puesto que sus disposiciones no tienen título, acápite o nombre. En segundo lugar, expresa que el artículo 7 de la Convención Europea, se asienta en los mismos principios, pero precisa que el principio de legalidad se refiere tanto a la tipificación hecha por el derecho nacional como por el derecho internacional y luego, sigue el mismo criterio en cuanto a la irretroactividad de la ley penal más graves respecto a la pena (párrafo 1), mientras que el párrafo 2 prevé la posibilidad de juzgamiento y castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que se cometió, era delictiva según los principios generales del derecho

En el caso de la retroactividad, el referido artículo 9 de la CADH establece *in fine*, lo siguiente: “Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” O sea, protege explícitamente la aplicación de una ley posterior más favorable que establezca una pena más leve en beneficio del delincuente, y en puridad, la retroactividad de la ley penal más favorable no entra en contradicción con el principio de legalidad, sino que constituye una necesaria consecuencia del mismo.⁸⁰⁴

No obstante, esa “ley penal más favorable” no implica necesariamente la adopción de una interpretación restringida al texto convencional, debido a que la Corte IDH no la ha circunscrito exclusivamente a los supuestos cuando se trate de una ley posterior que contenga una pena menor con relación a los delitos cometidos, como expresamente lo ha establecido la CADH. Sino al contrario, amplía su interpretación a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, que crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras.⁸⁰⁵ Incluso, considera que los citados supuestos no constituyen una enumeración

reconocidos por las naciones civilizadas. Concluye, con que tanto la disposición del párrafo 2 como la referencia al derecho internacional en el párrafo 1, constituyen la consecuencia de los problemas que en Europa planteó el juicio de Núremberg, cuestión que considera es ajena a la problemática latinoamericana.

⁸⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREÉ, Hernán, *op. cit.*, pp. 82–83, en cuanto a la no contradicción que se presenta entre ambos principios, exponen que la retroactividad de la ley más favorable no es contradictoria con el sentido del principio de legalidad, sino, por el contrario, una lógica consecuencia de su fundamento. Agregan, que el principio de legalidad tiene por objeto evitar la arbitrariedad del Estado en sus relaciones con la persona. Una ley más favorable no es una ley abusiva. Por el contrario significa el reconocimiento de mayores ámbitos de libertad. Luego, la retroactividad de la ley más favorable no niega el principio de legalidad, antes lo afirma.

⁸⁰⁵ La propia Corte IDH, ha explicado qué debe entender por “ley penal más favorable”. En el *Caso Canese Vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 31 de agosto de 2004, párr. 179, sostuvo que: “[d]ebe interpretarse como ley penal más favorable tanto a aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras.”

taxativa de los casos que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable.⁸⁰⁶

Las interpretaciones *pro homine* y evolutiva realizadas por la Corte IDH, implican la interpretación extensiva de la norma para el caso que surjan otros supuestos que en definitiva favorezcan al procesado o condenado, independientemente que no se refiera en forma taxativa a la imposición de una pena más leve. De ese modo se contempla en el *Caso Mémoli Vs Argentina*,⁸⁰⁷ donde la Corte expresó que el principio de retroactividad de la ley penal se encuentra contemplado en el artículo 9 *in fine* de la Convención y que dicha norma debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana.⁸⁰⁸ Así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.⁸⁰⁹

⁸⁰⁶ *Ibidem*, párr. 179. “Dichos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de los casos que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable.”

⁸⁰⁷ Corte IDH. *Caso Mémoli Vs Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. párr. 155.

⁸⁰⁸ Este criterio interpretativo lo ha sostenido entre otros, en el *Caso Comerciantes Vs Colombia*, (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 137, y *Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 173.

⁸⁰⁹ Adicional al *Caso Mémoli Vs. Argentina*, la interpretación de la CADH conforme al principio *pro homine* y a la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, puede observarse en el *Caso Liakat Ali Alibux Vs Suriname. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No 276, párr. 77, donde se establece: “El Tribunal Interamericano ha reconocido que de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención Americana –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos– se puede desprender una *interpretación evolutiva* del Pacto de San José en relación con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, lo que a su vez lleva a afirmar que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva, ha encontrado la Corte IDH, es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la Convención Americana debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.”

2.3.1 Observancia del principio de retroactividad cuando se trate de una ley desfavorable

Doctrinariamente, la no aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna se enmarca en los principios de legalidad y seguridad jurídica, que son elementos consustanciales al Estado de Derecho y que garantizan a las personas el conocimiento del alcance de su libertad, así como los límites de la actuación del poder punitivo del Estado.⁸¹⁰ Precisamente, estos dos principios – legalidad y seguridad jurídica– son considerados de igual manera por la Corte IDH que se relacionan con la no aplicación retroactiva de la ley.

Por cierto, una de las consecuencias del principio de legalidad es la no aplicación retroactiva de la ley, porque al garantizar la ley que los delitos, las faltas y las penas deben encontrarse establecidos en una ley previa (*lex praevia*), implica su no aplicación a hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia, pues al ser previa prohíbe su aplicación retroactiva. Es así que, de conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado se encuentra impedido de ejercer su poder punitivo en el sentido de aplicar de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito. Asimismo, tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible.⁸¹¹

El principio de retroactividad, además de su estrecha vinculación con el principio de legalidad como se ha adelantado, se encuentra enlazado con el principio de seguridad jurídica. La Corte IDH ha manifestado que en aras de la

⁸¹⁰ GUEVARA, José. “La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley”. En FERRER-MACGREGOR POISOT, Eduardo, CABALLERO OCHOA José Luis y STEINER Christian (coordinadores). *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Internacional*. Tomo II. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, 2013, p. 1434.

⁸¹¹ Corte IDH. *Caso Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrafo 175.

seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar.

La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.⁸¹² También ha sostenido la Corte IDH con respecto al principio de irretroactividad, en el *Caso Canese Vs. Paraguay*, que el mismo tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible.⁸¹³

Para la Corte IDH entonces, el principio de retroactividad se aplica respecto de las leyes que se hubieren sancionado antes de la emisión de la sentencia, así como durante la ejecución de la misma, lo que constituye una actividad de interpretación extensiva de la ley, puesto que como la propia Corte lo reconoce, la CADH no establece un límite en este sentido.⁸¹⁴

2.3.2 Caso ilustrativo de aplicación de leyes retroactivas desfavorables: el *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*

La señora María Teresa De La Cruz Flores, médico de profesión, fue detenida por miembros de la policía de la República de Perú, el 27 de marzo de

⁸¹² Corte IDH. *Caso Ricardo Baena y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 104, párr. 106. En el mismo sentido, *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 104.

⁸¹³ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 175.

⁸¹⁴ *Ibidem*, párr. 179.

1996 cuando finalizaba sus labores como médico pediatra en el Instituto Peruano de la Seguridad Social, imputándole cargos de terrorismo. No obstante, una vez detenida fue notificada de otra orden de arresto por el delito de terrorismo, contenida en otro expediente que para ese momento había sido reportado como extraviado. La señora De la Cruz Flores fue condenada el 21 de noviembre de 1996 por un tribunal integrado por jueces “sin rostro” a la pena de 20 años de prisión.⁸¹⁵

Al respecto, cobra especial relevancia mencionar que se aplicaron las disposiciones contenidas en el Decreto Ley No. 25.475, que inicio su vigencia el 5 de mayo de 1992,⁸¹⁶ configurándose de esa forma la aplicación de esta ley para hechos acaecidos en 1988, antes de que la misma entrara en vigor. Sin embargo, después de un largo proceso, el 20 de julio de 2003 la Sala Nacional de Terrorismo declaró nulo todo lo actuado, sin que ello variara la situación jurídica de la señora De la Cruz Flores.

⁸¹⁵ En el artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475, en lo conducente, se estableció que sería reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años, a quien de manera voluntaria obtuviera, recabara, reuniera o facilitara cualquier tipo de bienes o medios o realiza actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos de terrorismo, o la realización de los fines de un grupo terrorista. De lo anterior, se establece la vaguedad del precepto “actos de colaboración de cualquier modo”.

⁸¹⁶ La Corte IDH luego del análisis correspondiente, tuvo como probados hechos que permiten conocer cuál era el ambiente en el que se promulgó el referido Decreto Ley y su ámbito restrictivo de derechos esenciales. Lo anterior se puede comprobar en los párrafos 73.2 y 73.3 de la sentencia de la Corte. En esa líneas, se estableció lo siguiente: En el marco de la legislación antiterrorista emitida en el Perú, el 5 de mayo de 1992 se promulgó el Decreto Ley No. 25.475 titulado “Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio”, el cual tipificó, entre otros, los delitos de terrorismo y de colaboración con el terrorismo, y estableció reglas procesales para la investigación y juzgamiento de dichos delitos. Agrega, que los procesos seguidos por delitos de terrorismo, de conformidad con el Decreto Ley No. 25.475, promulgado el 5 de mayo de 1992, se caracterizaron, entre otras cosas, por: posibilidad de disponer la incomunicación absoluta de los detenidos hasta por un máximo legal, limitación de la participación del abogado defensor a partir del momento en que el detenido hubiese rendido su declaración, improcedencia de la libertad provisional del imputado durante la instrucción, prohibición de ofrecer como testigos a quienes intervinieron en razón de sus funciones en la elaboración del atestado policial, obligación para el Fiscal Superior de formular una acusación “bajo responsabilidad”, sustanciación del juicio en audiencias privadas, improcedencia de recusación alguna contra los magistrados y auxiliares judiciales intervinientes, participación de jueces y fiscales con identidad secreta, y aislamiento celular continuo durante el primer año de las penas privativas de libertad que se impusieran

Ahora bien, en el nuevo proceso instruido en contra de la señora María Teresa De La Cruz Flores se dictó una resolución el 9 de junio de 2004, en la cual se indicaba que los hechos que se le imputaban sucedieron entre los años 1989 y 1992, es decir, antes de la entrada en vigor del Decreto Ley No. 25.475. Adicional a ello, se modificaron los “autos apertorios” con el propósito de aplicar en el nuevo proceso las disposiciones jurídicas contenidas en los Códigos Penal de 1924 y 1991 a los hechos ocurridos con anterioridad al 5 de mayo de 1992, pretendiendo aplicar por primera vez dichas normas en claro perjuicio de la agraviada, quien desconocía previamente esta situación, por la que ahora se le juzgaría con otras leyes penales.

Como era de suponerse, la Corte IDH argumentó en su resolución lo concerniente a la irretroactividad de la ley desfavorable y lo indefectible que resultaba la existencia previa de la norma jurídica y su respectivo conocimiento anticipado.⁸¹⁷ En lo que concierne a la irretroactividad, la Corte expresó en el párrafo 105 de la resolución atinente, que de conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito y enfatizó en su argumentación que este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o perseguible cuando fue cometido.

⁸¹⁷ En el párrafo 104 de la sentencia citada, puede observarse parte de la lógica argumentativa utilizada por la Corte IDH en la solución del caso sometido a su conocimiento. Para el efecto, en el párrafo mencionado se expresó lo siguiente: “Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

Derivado de lo anterior, concluyó en que el Estado había violado el principio de no retroactividad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora María Teresa De La Cruz Flores.⁸¹⁸

2.4 Observancia del principio de retroactividad cuando se trate de una ley penal más favorable

El principio de retroactividad de la ley penal más favorable implica que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve o se desincrimina la conducta anteriormente considerada delictiva, el condenado o procesado en su caso, se beneficiarán por ese motivo. En otras palabras, se acepta la aplicabilidad retroactiva de la misma cuando ella sea propicia al procesado. Esto es lo que en doctrina, dentro del ámbito de temporalidad de la ley penal se denomina ultraactividad, que se produce cuando para el caso concreto no se aplica la nueva ley, sino la que se encontraba vigente al momento del acaecimiento del hecho delictivo –ya derogada–, por ser la misma favorable para el imputado o condenado.

PIQUÉ expone en ese sentido, que el fundamento de esta excepción es diferente al mandato de la ley previa, pues se trata más bien de un principio de política criminal, por el que es inadmisibles imponer o mantener una sanción cuando el hecho ya no se considera delito. O bien, una pena que ha devenido desproporcionada en relación con la menor gravedad que la sociedad atribuye a

⁸¹⁸ Para ello dispuso que el Estado debía observar el principio de legalidad y de irretroactividad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana –inclusive la adecuación estricta de la conducta al tipo penal– y las exigencias del debido proceso legal en el nuevo proceso que se le sigue a la señora María Teresa De La Cruz Flores –con plenas garantías de audiencia y defensa para la inculpada–.

ese hecho, lo que presupone un cambio de valoración social respecto de la reprochabilidad del hecho.⁸¹⁹

Un ejemplo de este principio, se puede observar en el *Caso Canese Vs. Paraguay*,⁸²⁰ donde los tribunales paraguayos condenaron al señor Canese por calumnias y lo sentenciaron a prisión en cumplimiento de las leyes penales pertinentes. No obstante, un año después entró en vigor un nuevo Código Penal. Este código “disminuyó las penas mínimas y máximas para el delito de difamación y estableció la multa como sanción alternativa a la pena de prisión”.

De acuerdo con la Corte, los tribunales “debían comparar los aspectos más favorables de la misma aplicables al caso concreto y determinar si se debía reducir las penas impuestas al señor Canese o si se debía aplicar solamente la pena de multa”. El Estado no dio respuesta a las peticiones del señor Canese al respecto y, por lo tanto, incurrió en una violación del artículo 9. La irretroactividad de la ley en materia penal no es absoluta. Si la retroactividad de la ley penal afecta al imputado o condenado es inaplicable, pero si la retroactividad es favorable a ellos, entonces se aplica esta última.

2.5 La retroactividad desfavorable en la jurisprudencia

Generalmente el tema de la irretroactividad es estudiado casi con exclusividad en lo referente a la ley. No obstante, con el avance interpretativo producido en materia jurisprudencial, podría darse la posibilidad que mediante la misma se creara un tipo penal respecto de hechos acaecidos con anterioridad, o bien, que mediante nueva interpretación judicial se aplique la ley penal en forma desfavorable a como se aplicaba con anterioridad

⁸¹⁹ PIQUÉ, María Luisa, *op. cit.*, p. 168

⁸²⁰ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Cabe indicar, que el cuestionamiento anterior podría fundamentarse en el hecho que la irretroactividad se utiliza en forma general con relación a la ley, pero no sucede lo mismo con respecto a las sentencias judiciales, lo que genera un nuevo escenario que necesita una explicación.

En primer lugar, la aplicación retroactiva desfavorable (retroactividad *in malam partem*), como se ha explicado, no es permitida en materia de Derecho Penal, pues la ley tiene efectos hacia el futuro y se persigue que mediante la misma, se establezca que una conducta será considerada delictiva únicamente cuando a partir de la vigencia de la referida normativa, se tipifiquen conductas delictivas. Se limita la facultad del legislador para aumentar la punibilidad con fines políticos.⁸²¹ Y como se mencionó también, la retroactividad beneficiosa, (retroactividad *in bonum partem*), sí es observable únicamente cuando beneficie al reo.

En segundo lugar, respecto de la retroactividad desfavorable en materia jurisprudencial, que es la que interesa en este apartado, no presenta una uniformidad en cuanto a los criterios doctrinales en ese aspecto. ROXIN,⁸²² uno de los más conocidos autores del Derecho Penal en la actualidad, considera que respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Agrega que si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, el mismo tiene que soportarlo, pues conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía

⁸²¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, la estructura del delito, op. cit.*, p. 161, lo explica de la siguiente manera: “La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político jurídica por el hecho que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar *a posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes *ad hoc*, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho.”

⁸²² *Ibidem*, p. 165.

desde siempre pero que solo ahora ha sido correctamente reconocida.⁸²³ De igual manera se pronuncia BACIGALUPO para quien no cabe suponer que la modificación de una interpretación jurisprudencial afecta la objetividad del Derecho penal, ni al principio de confianza.⁸²⁴

El criterio sustentado por ROXIN, se fundamenta en la experiencia producida en la jurisprudencia alemana. Así, se encuentra que un problema respecto de la irretroactividad jurisprudencial, surgió por primera vez en la República Federal de Alemania en 1966, como resultado de la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 9 de diciembre de ese año.⁸²⁵ Se modificó el criterio de los tribunales de justicia en el sentido desfavorable para el imputado, respecto del contenido de alcohol en la sangre que debía estimarse como suficiente para considerar el límite de la incapacidad absoluta para conducir y poner de esa forma, en peligro la seguridad del tránsito.⁸²⁶

En el caso anterior, se produjo la retroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables. Desde luego, esta posición no es aceptada por otro sector de la doctrina, que fundamenta su posición contraria en el hecho que

⁸²³ *Ibidem*, pp.165-166.

⁸²⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, op. cit., p. 54.

⁸²⁵ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. No. XXIV, 2003. Para este ejemplo seguiré en primer lugar lo expuesto por este autor. El caso era el siguiente: “El parágrafo 316 del Código penal alemán sanciona a “quien conduzca un vehículo a pesar de que, como consecuencia de la consumición de bebidas alcohólicas o de otros productos estimulantes, no esté en condiciones de hacerlo con seguridad”. Durante mucho tiempo la jurisprudencia germana entendía, unánimemente, que el límite de la incapacidad absoluta para conducir, excluyente de toda prueba en contrario, se encontraba a partir de 1,5 0/00 de alcohol en la sangre. En aquella sentencia se resolvió que bastaba un contenido de alcohol en sangre de 1,3 0/00 para estimar que se estaba frente a una absoluta incapacidad para conducir, aceptando las críticas que hasta entonces se formulaban desde la medicina y, especialmente, a raíz de un informe de la Oficina Federal para la Salud (Bundesgesundheitsamt). Más tarde, volvió a discutirse el problema, con ocasión de una nueva rebaja en el contenido de alcohol en sangre, suficiente para configurar un delito de embriaguez en el tráfico viario, desde el 1,3 0/00 al 1,1 0/00, efectuada por el Bundesgerichtshof en una sentencia de 1990. En ambas ocasiones se analizó la posibilidad de extender a los cambios jurisprudenciales desfavorables al reo la prohibición de retroactividad de la ley penal, esgrimiéndose una serie de argumentos, tanto a favor, como en contra.”

⁸²⁶ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. “El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y jurisprudencia”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. No. 7, 1989, p. 163.

con este cambio jurisprudencial se afectaría la seguridad jurídica. En este sentido, RUIZ ANTÓN, es de la opinión que un cambio jurisprudencial agravatorio y posterior a la comisión del hecho y que implica una alteración radical del criterio anteriormente mantenido de forma reiterada y constante no es diferente, desde una valoración material, a la aplicación de una ley sancionadora desfavorable o restrictiva de derechos individuales.⁸²⁷

Sin embargo, si se observa con atención la posición relacionada, no se está creando una nueva figura delictiva que perjudique la situación jurídica del procesado o condenado. De esa forma lo consideró el Tribunal Supremo de España,⁸²⁸ en la STS 29 de octubre de 2009, FJ. 5, al establecer que:

“[I]a jurisprudencia no crea normas legales de las que quepa afirmar su irretroactividad en caso de no ser más favorables. Se limita a establecer la interpretación correcta de la ley ya vigente en el momento en que los hechos punibles han tenido lugar, y por lo tanto debe ser tenida en cuenta en el momento en el que la ley se aplica.”

En efecto, tan solo se está aplicando una nueva interpretación de la ley penal vigente al momento en que acaecieron los hechos, por lo que no se puede limitar la facultad de los tribunales de justicia de modificar su interpretación anterior, porque la jurisprudencia no es estática y lo único que en realidad ha variado ha sido la interpretación judicial, no así la ley.⁸²⁹ Como se deriva de lo anterior, la aplicación retroactiva desfavorable no se origina de una modificación legal que contenga el tipo penal y la punibilidad correspondiente. Aunque estos

⁸²⁷ *Ibidem*, p. 165.

⁸²⁸ El TS en sentencia 883/1994, de 11 de mayo, expresó lo siguiente: “se debe recordar que el principio de legalidad (art. 25.1 CE) no garantiza la irretroactividad de la jurisprudencia, sino la de las Leyes. [...] La aplicación de la Ley vigente en el momento del hecho [...] es lo garantizado por la prohibición de retroactividad de las Leyes. Por lo demás, los cambios jurisprudenciales no vulneran el art. 24 CE cuando son razonados y fundamentados...”

⁸²⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 54. Expresa que “[I]a jurisprudencia no vincula de la misma manera que la legislación, pues al contrario, los tribunales tendrían prácticamente el poder de legislar. En realidad, los cambios jurisprudenciales sólo importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa ya existente al momento del hecho.”

criterios podrían variar en el futuro, como ha acaecido con relación a la retroactividad desfavorable en normas de ejecución.⁸³⁰ En todo caso, no debe dejar de analizarse la interpretación y la argumentación que respecto del caso efectúe el tribunal, pues la aplicación jurisprudencial desfavorable que se pretenda aplicar sería para casos específicos en los que no se haya dictado cosa juzgada y que por ende se encuentren en trámite.

Es por ello que lo que sí no sería aceptable, es que mediante la interpretación de la ley se creara un tipo penal distinto o a uno existente se le pretenda aplicar una mayor punibilidad, respecto de hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la ley penal. El Tribunal Supremo de España,⁸³¹ consideró que: “[l]a jurisprudencia no crea normas legales de las que quepa afirmar su irretroactividad en caso de no ser más favorables. Se limita a establecer la interpretación correcta de la ley ya vigente en el momento en que los hechos punibles han tenido lugar, y por lo tanto debe ser tenida en cuenta en el momento en el que la ley se aplica.”

Por consiguiente, el desarrollo jurisprudencial no podría producir debido a un cambio interpretativo, que una conducta que no sea considerada delictiva por la ley respectiva, se convierta en delito o se le aplique una mayor punibilidad a la establecida previamente, sin que tal actividad violente el principio de irretroactividad.

⁸³⁰ La retroactividad desfavorable en normas de ejecución sufrió un impacto considerable con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de España, de donde surgió la denominada “Doctrina Parot”, contenida en STS 197/2006, de 28 de febrero y posteriormente con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Del Río Prada contra España, de 10 de julio de 2012. El Tribunal Europeo interpretación jurisprudencial referida a la forma de computar determinadas instituciones sobre el quantum de condena. Para profundizar más en el tema, VID. RODRIGUEZ MONTAÑÉZ, Teresa. “Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Del Río Prada c. España”. *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, No. 6, marzo - agosto 2014; HAVA GARCÍA, Esther. “Antes y después de la doctrina Parot: la refundición de condenas y sus consecuencias”. *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, No. 6, marzo - agosto 2014; DÍAZ GÓMEZ, Andrés. “Doctrina Parot y prohibición de retroactividad desfavorable. Trabajo presentado el 11 de noviembre de 2016 en los XVIII Encuentros de los Servicios de Orientación y Asistencia Jurídica Penitenciaria de los Colegios de Abogados de España en Las Palmas de Gran Canaria.

⁸³¹ STS 29 de octubre de 2009, FJ. 5.

3. PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

3.1 IMPORTANCIA

El principio *ne bis in idem* significa: “no dos veces sobre lo mismo.”⁸³² Este principio también se constituye como uno de los principios informadores del Derecho Penal que limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Por el mismo se establece que toda persona tiene el derecho a no ser procesada ni sancionada dos o más veces por los mismos hechos. Como estriba de lo considerado por OSSA:

“[I]a estructura jurídica de la prohibición del bis in idem tiene doble enfoque y un solo fin. [...] De una parte, impide que una persona sea penada dos veces por un mismo hecho y de la otra, precave que un mismo hecho pueda ser objeto de dos procesos distintos.”⁸³³

Como puede atisbarse, por medio de este principio se persigue proteger a las personas al erigirse una prohibición taxativa con el propósito que no puedan ser doblemente juzgadas por los mismos hechos,⁸³⁴ o condenadas dos o más veces por los mismos aspectos fácticos. Al decir de este autor, el principio se concreta a prohibir la duplicidad del juzgamiento y por ende, la doble sanción por un mismo hecho.⁸³⁵ Agrega enfáticamente, que: “Esa es la dualidad prohibitiva. Ese es el

⁸³² CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. 4ª Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1992, p. 175.

⁸³³ OSSA ARBELÁEZ, Jaime. *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*. 2ª Edición. Bogotá: Editorial Legis, 2009, p. 285.

⁸³⁴ Desde un punto de vista procesal, MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. T. 1. 2da. Edición. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 1996, pp. 368 y ss. expone: “No obstante las diversas palabras utilizadas para definirlo, lo que pretende es proteger a cualquier imputado (concebido como aquel indicado, con o sin fundamento, como autor de un delito o partícipe de él, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento) del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida.”

⁸³⁵ *Ibidem*, p. 283.

duplo indebido.”⁸³⁶ Teleológicamente, se pretende evitar la imposición a una misma persona de dos o más sanciones por un mismo hecho o su doble enjuiciamiento, puesto que ello significaría una desproporción injustificable que provocaría una subsiguiente arbitrariedad, debido a la inadecuada relación originada entre el hecho ilícito tipificado en la norma penal y la doble persecución penal o doble sanción impuesta por ese mismo hecho.

Se le otorga preponderancia a la seguridad jurídica, puesto que una persona no puede vivir con la amenaza constante de que en cualquier momento el Estado reabra el juicio fenecido, e inicie uno nuevo por los mismos hechos, lo cual violentaría la seguridad jurídica, como se ha expresado. No solo se permitiría que el Estado conociera los argumentos y medios probatorios presentados por el sindicado en el primer juicio, lo que coloca a este último en una posición claramente desventajosa. Además de esta situación desigual, podría ser utilizado como un mecanismo para perseguir a enemigos políticos del régimen de turno, o como medio de intimidación o de acoso contra los ciudadanos.

El *ne bis in idem*, o prohibición de doble persecución (no dos veces por lo mismo) en español, *double jeopardy* (doble riesgo) en inglés o *autrefois acquité* (ya perdonado) en francés, constituye un principio informador de especial significación.

3.2 ANTECEDENTES

En cuanto a su origen, su antecedente más remoto reconocido se encuentra en Grecia. Efectivamente, en el año 355 antes de Cristo, Demóstenes en su primer discurso político pronunciado en persona, conocido como “Discurso contra Leptines”, afirma: “[l]as leyes no permiten que haya dos veces proceso judicial

⁸³⁶ *Ibidem*, p. 283.

contra las mismas personas por los mismos hechos, ya se trate de un juicio civil, de un proceso por un asunto en litigio ni cualquier otro pleito por el estilo.”⁸³⁷

También se considera el contenido de este principio en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (Libro IX, Título II, número 9), donde se expresa: “El que por un crimen público fue ya objeto de una acusación no puede ser acusado del mismo crimen.” Además, en el Derecho Canónico, se encuentra como un principio de derecho natural, derivado de un comentario realizado por San Jerónimo con relación al profeta Nahúm (Nahúm 1:9), donde expresa: *non iudicabit Deus bis in id ipsum*, es decir, “Porque Dios no juzga dos veces por el mismo pecado.”⁸³⁸

Un antecedente trascendental de esta prohibición, está representado por el constitucionalismo estadounidense, pues en los Estados Unidos como consecuencia de la V Enmienda (1791), se formaliza la figura del *double jeopardy*,⁸³⁹ o doble exposición, por la cual se establece: “[t]ampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito...”⁸⁴⁰

El *double jeopardy* es uno de los principios fundamentales contemplados en la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que protege los derechos

⁸³⁷ DEMÓSTENES. *Discursos Políticos. Discurso contra Leptines*. Traducido por: López Eire Madrid: Editorial Gredos, 1985, p. 147.

⁸³⁸ Ver para el efecto, VAN BOCKEL, Bastiaan. *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*. Universiteit Leiden, The Netherlands, 2009, p. 1. “*The principle of ne bis in idem is an important fundamental principle of law which restricts the possibility of a defendant being prosecuted repeatedly on the basis of the same offence, act or facts.*1 *The principle has a long history; the earliest known reference to the ne bis in idem principle originates from approximately 355 BC, when Demosthenes reasoned that ‘the laws forbid the same man to be tried twice on the same issue’.*2 *The principle appeared again in Justinian’s Corpus Juris Civilis.*3 *The ecclesiastical ne bis in idem principle (as a principle of natural law) is based on St Jerome’s comment on the prophet Nahum: ‘for God judges not twice for the same offence’.*4 *It is believed that the protection against double jeopardy, its equivalent in common law, is as old as the common law itself.*

⁸³⁹ El vocablo *double jeopardy* proviene del francés del siglo XVI: *jeu parti*, que significa juego dividido. Prácticamente hace una referencia al peligro en que se encuentra una persona imputada de la comisión de un hecho delictivo.

⁸⁴⁰ “[n]or shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb...”

de las personas a quienes se les ha imputado o condenado por la comisión de uno o más delitos. Los otros tres principios fundamentales son: el derecho a la no autoincriminación forzada (*self-incrimination*); el derecho a un gran jurado (*Gran Jury*) y el debido proceso (*due process*).

El establecimiento del *double jeopardy* denota, una de las primeras visiones políticas expresadas del “*ne bis in idem*”, pues en el contexto del *common law* se la formula como un límite al poder punitivo del Estado establecido en favor de los ciudadanos.⁸⁴¹

3.3 DOBLE VERTIENTE: SUSTANTIVA Y PROCESAL

El principio *ne bis in idem* posee una doble connotación: sustantiva o material y procesal. En ese sentido, contempla tanto la prohibición de que la persona pueda ser sancionada dos o más veces por el mismo delito (vertiente material), como la prohibición de que se le someta nuevamente a juicio por el mismo injusto penal (vertiente procesal). En cuanto a la connotación material, que es la que interesa para este estudio, se garantiza la imposibilidad de que pueda recaer una doble sanción penal sobre la misma persona por el mismo hecho delictivo, porque de lo contrario, esa actuación constituiría indefectiblemente un exceso del ejercicio punitivo del Estado.

Para que proceda este principio deben coincidir tres identidades: a) identidad de la persona autora del hecho o procesada (*eadem persona*), b) identidad del objeto de persecución (*eadem res*), y c) identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*). El Tribunal Constitucional de España⁸⁴², sostuvo que:

⁸⁴¹ ANSELMINI, Valeria. “*Ne bis in idem*.” La prohibición contra la doble persecución penal. *Anales: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L.P.* 2013, no. 43, pp. 103-104.

⁸⁴² TC. Sentencia STC 2/2003 de 16 de enero de 2003, Fj 3.

“La garantía material de no ser sometido a “bis in idem” sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.”

De esto se desprende, que la vertiente material del *bis in idem* se encuentra muy relacionada con los principios de tipicidad y legalidad. Es por ese motivo que se considera que el citado principio constituye un derecho subjetivo público y fundamental. Este derecho a no ser sancionado en forma múltiple por los mismos hechos, restringe el *ius puniendi* y garantiza al individuo la prohibición de la doble o múltiple persecución y sanción penal.⁸⁴³

3.4 SU INCLUSIÓN EN LA CONSTITUCIÓN Y EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El principio de *ne bis in idem* no se encuentra expresamente regulado, ni en la Constitución Española, ni en la Constitución Política de Guatemala. En el caso de España, al no encontrarse enunciado específicamente este principio, el Tribunal Constitucional, vía interpretativa con un argumento en contrario, temprano desde su segunda sentencia, lo ha derivado inicialmente del principio de

⁸⁴³ NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Traducido por Guillermo Rafael Navarro. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980, p. 443. Explica que si una pena es el máximo mal que puede infligirse para prevenir situaciones que envuelven cierto grado de daño o peligro, no se justifica una penalidad mayor si el grado del daño o peligro generado no se ve alterado por la pluralidad de figuras aplicables o por la pluralidad de acciones. Lo contrario implicaría penar al individuo más de lo que es necesario y admisible para prevenir la situación disvaliosa que ha generado; supondría multiplicar la pena no obstante no haberse dado una situación más grave que la que la pena única tiende a prevenir. Esta es la idea que subyace a la máxima *non bis in idem*.

legalidad.⁸⁴⁴ La interpretación dada por el Tribunal Constitucional es de mucha importancia, porque desde el principio buscó reconocerle rango constitucional a este principio, para equipararlo a otros principios informadores del Derecho Penal, que sí se encuentran enunciados expresamente en el texto fundamental.

Además de vincularlo al principio de legalidad y el tipicidad, en doctrina algunos autores consideran que se deriva también del principio de proporcionalidad, como por ejemplo ALCÓCER POVIS, para quien el principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, pues estima que la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico. Tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.⁸⁴⁵

En Guatemala, al igual como sucede en España como se ha indicado, el principio *ne bis in idem* no se encuentra regulado expresamente en el texto constitucional, pero además en el caso de Guatemala tampoco en el Código Penal, aunque sí en el artículo 17 el Código Procesal Penal. Esto significa que de las dos connotaciones que se originan del referido principio: material y procesal, en Guatemala, a excepción de la vertiente procesal, el aspecto material del principio relacionado no se encuentra regulado expresamente en la ley penal

⁸⁴⁴ Así, en STC 2/1981, de 30 de enero de 1981, f. j. 4, el Tribunal Constitucional declaró. “[s]i bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53, número 2, de la Constitución y 41 de la LOTC), no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9º del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución. Por otro lado es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia.”

⁸⁴⁵ ALCÓCER POVIS, Eduardo: *La prohibición de incurrir en bis in idem. Aproximación conceptual*. publicación del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Perú, 2006, p. 5.

sustantiva.⁸⁴⁶ A pesar de este inconveniente, en Guatemala también es aplicable jurisprudencialmente este principio.

El *ne bis in idem* se encuentra regulado en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. La aplicabilidad del principio *ne bis in idem* en materia de protección de derechos humanos se refiere exclusivamente al ámbito penal.⁸⁴⁷ En ese aspecto, el principio del *ne bis in idem* se encuentra regulado tanto por el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, así como por el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese orden de ideas, el artículo 14.7 del Pacto, prescribe lo siguiente:

“7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado **por un delito** por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.” (Lo resaltado no pertenece al texto original).

Por su parte, el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁸⁴⁸ también conocida como Pacto de San José, contempla:

⁸⁴⁶ En sentencia de 6 de noviembre de 2013, expediente 3082-2013, la Corte de Constitucionalidad consideró: “El principio non bis in idem, contenido en el artículo 17 del Código Procesal Penal, establece que nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho y que será admisible nueva persecución cuando se den los supuestos contenidos en esa norma, en otras palabras, prohíbe iniciar una nueva persecución penal contra una misma persona, que tenga como antecedente directo el mismo hecho que originó con anterioridad una persecución de idéntica índole, salvo como quedó asentado, cuando se den los supuestos establecidos en ese precepto legal.”

⁸⁴⁷ De esta forma lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la Observación General No. 32 (2007): “El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia” (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), de 23 de agosto de 2007, CCPR/C/GC/32, párrafo 57, al señalar: “Esta garantía concierne a los delitos penales solamente, y no a las medidas disciplinarias que no equivalen a una sanción por un delito penal en el sentido del artículo 14 del Pacto...” En igual sentido se había pronunciado el Comité de Derechos Humanos, en el *Caso Jacobus Gerardus Strik vs. Países Bajos*, Comunicación No. 1001/2001 (2002), CCPR/C/76/D/1001/2001, párr. 7.3.

⁸⁴⁸ IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. “Garantías Judiciales”. En: STEINER Cristian y URIBE Patricia (editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 247, comenta que: [e]l artículo 8.4 se refiere al denominado principio del *ne bis in idem*, sustentado en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que

“8. Garantías judiciales [...] 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio **por los mismos hechos.**” (Lo resaltado no pertenece al texto original).

A primera vista, ambos artículos pareciera que son similares en cuanto al ámbito de protección que persiguen, sin embargo, una lectura más detallada permite establecer que el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas establece que nadie podrá ser juzgado ni sancionado “**por un delito**”, mientras el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio “**por los mismos hechos**”.

Es decir, que la referida Convención no limita la observancia del principio *ne bis in idem* exclusivamente al mismo delito, como sí lo realiza el Pacto citado, contrario a ello, la Convención Americana utiliza un término de mayor amplitud al Pacto, al incluir “los mismos hechos”, lo cual deviene en una mayor protección del procesado, al no limitarlo únicamente a “delitos”, pues en este caso, implica una calificación jurídica previa otorgada a los hechos.

Así, en la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Mohamed Vs. Argentina*, la Corte estableció expresamente en el párrafo 121, que:⁸⁴⁹

“Dicho principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos

han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada, sobre la base de al menos dos justificaciones. En primer lugar, desde una perspectiva de derechos humanos, ‘para proteger a las personas frente al uso indiscriminado del poder punitivo del Estado’. En segundo lugar, desde una posición más pragmática, ‘para evitar dobles procesamientos que lleven al uso inefectivo de los recursos de administración de justicia, e incluso a sentencias contradictorias”.

⁸⁴⁹ Corte IDH. *Caso Mohamed Vs. Argentina*, sentencia de 23 noviembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 121.

Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio del inculpado o procesado.”

Como se desprende de la lectura anterior, la Corte Interamericana es enfática en cuanto a reconocer la amplitud contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso concreto, la Corte Interamericana estimó que el señor Oscar Alberto Mohamed no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos y que el Estado de Argentina, no conculcó lo dispuesto por el artículo 8.4 de la Convención en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed. Efectivamente, en los fundamentos jurídicos 125 y 126 de la sentencia analizada, concluyó lo siguiente:

“125. La Corte reitera que el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 8.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada. La Corte considera que el señor Mohamed no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos.

126. Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado no violó el artículo 8.4 de la Convención en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed.”

Si bien, el principio *ne bis in idem*, se encuentra regulado por ambos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, debe aplicarse la que regula una mayor protección de los derechos humanos. En este caso, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que cumple con dicho presupuesto, y por ende, la que debe ser aplicada, dada su mayor amplitud de protección de los derechos de los procesados y conforme a una interpretación *pro persona*.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos ya había sostenido un criterio similar en el *Caso Loayza Tamayo vs Perú*,⁸⁵⁰ al considerar que:

“Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima.”

Aunado a lo anterior, la Corte IDH ha establecido que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.⁸⁵¹

Para concluir, este principio constituye un principio limitador del ejercicio punitivo del Estado, quien no puede ejercitar ese referido poder dos o más veces en contra de una persona, a quien se le haya dictado una sentencia condenatoria que se encuentre firme. Al contrario, por este principio el Estado se encuentra imposibilitado para ejercerla de nuevo, puesto que este principio se configura como un derecho fundamental de las personas frente al derecho punitivo estatal, por lo que se encuentra limitado a perseguirlo y a condenarlo por unos hechos que en su oportunidad fueron sancionados penalmente.

⁸⁵⁰ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997 (fondo), párr. 66.

⁸⁵¹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 154.

Pero, el principio *ne bis in idem* en la tradicional concepción como limitante del *ius puniendi*, no es absoluto, porque en situaciones específicas relativas a la protección de derechos humanos ante graves violaciones, generaría impunidad al proteger una sentencia únicamente formal que en su esencia inobservó derechos fundamentales cruciales. Como la Corte IDH ha reconocido, no es absoluto, porque admite excepciones en la medida en que no debe impedir la investigación de graves violaciones de derechos humanos.⁸⁵²

¿Qué sucede si el derecho interno de un Estado ha protegido al autor de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional, mediante la substanciación únicamente formal de un procedimiento destinado a protegerle de posterior persecución?

La respuesta de la Corte IDH a la relativización del *ne bis in idem*, ha sido la implementación de la cosa juzgada fraudulenta o aparente como una influencia del neoconstitucionalismo y postpositivismo, puesto que la apariencia formal de una sentencia dictada por los órganos jurisdiccionales de un Estado Parte, tendente a brindar protección a una persona en los supuestos señalados, no puede ser utilizada como mecanismo de defensa en el marco del sistema de protección interamericano de los derechos humanos.

3.5 LA COSA JUZGADA FRAUDULENTO O APARENTE

3.5.1 Procedencia

La Corte IDH ha sostenido que constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por

⁸⁵² *Inter alia*, Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 319; *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 327 y *Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 267.

tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos⁸⁵³. De esa manera, la forma ordinaria en que finaliza un proceso es mediante una sentencia, luego de haberse observado en el desarrollo del procedimiento el debido proceso, puesto que el mismo debe analizarse de acuerdo con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es la eficaz protección de la persona humana.⁸⁵⁴

Cuando una vez han finalizado los actos procesales correspondientes y de haberse dictado la sentencia correspondiente, la misma se encuentra firme, no cabe la posibilidad procesal de impugnarla, porque de lo contrario se afectaría la “seguridad jurídica”. Pero, ¿qué sucede cuando la sustanciación del proceso ha sido solo formal? ¿Si la sentencia cubierta de apariencia de legalidad obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal? ¿Si es utilizada como mecanismo de protección generadora de impunidad?

Lo precedente muestra una vez más el antiguo conflicto entre seguridad jurídica y justicia, donde la seguridad jurídica reclama que el derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto,⁸⁵⁵ donde lo injusto se reparte justamente.⁸⁵⁶ No obstante, en materia de graves violaciones a los derechos humanos, con el propósito de que no se vuelvan a cometer esos mismos delitos en el futuro y de evitar la impunidad, se limita la aplicabilidad del principio *ne bis in idem* y se ordena que se dicte una nueva resolución o que se reconduzca el procedimiento viciado. Esta disposición conlleva implícitamente incluido el mensaje, respecto a que en caso de graves violaciones de derechos humanos, podrá revisarse de nuevo el caso por un Tribunal Internacional de Derechos Humanos.

⁸⁵³ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 2009 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 129.

⁸⁵⁴ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 200.

⁸⁵⁵ RADBRUCH, Gustav, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁵⁶ *Ibidem*, p.44.

La relativización del principio de *ne bis in idem* y su reformulación desde el legado liberal se presentan actualmente sobre todo en el sistema interamericano de derechos humanos, con la figura de la cosa juzgada fraudulenta o aparente. En efecto, en el *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, la Corte IDH manifestó que en lo que toca al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y por tanto no resulta aplicable cuando⁸⁵⁷:

- 1) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal;
- 2) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o
- 3) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.

En el citado caso, los tribunales no cumplieron con las garantías de competencia, independencia e imparcialidad, y la aplicación de una norma tuvo la finalidad de sustraer a los responsables de la justicia y dejar el crimen en la impunidad. Por tal motivo, la Corte consideró que la cosa juzgada fraudulenta que se produjo no podría ser alegada por el Estado para auxiliarse en el principio de *ne bis in idem* y así no cumplir con lo ordenado por la Corte.⁸⁵⁸

⁸⁵⁷ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 154; De la misma forma Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 27 de agosto de 2010, párr. 14.

⁸⁵⁸ “Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.” Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 154.

El sistema interamericano de derechos humanos tiene la característica de ser subsidiario, por lo que es al Estado Parte a quien corresponde la observancia del debido proceso y la tutela de los derechos humanos en el ámbito interno. Es por eso que cuando este incumple con tales propósitos, al validar un procedimiento formal en el que se ha emitido sentencia y la misma se encuentra firme pero que adolece de alguno de los presupuestos señalados, se generan implicaciones para el Estado.

En coherencia con lo anterior, la substanciación de juicios que menoscaben las prerrogativas de imparcialidad judicial o la adecuada motivación de las sentencias –entre otras variables– provocan implicaciones para el Estado, debido a que a la postre su inobservancia lesiona la credibilidad de las instituciones y somete a grandes injusticias a la persona que espera un dictado de la justicia y se afecta con este mal proceder.⁸⁵⁹

La cosa juzgada fraudulenta o aparente se produce en dos supuestos específicos:

- a) como resultado de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o
- b) cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad.

Es en el *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*⁸⁶⁰, donde la Corte se refirió por primera vez a la cosa juzgada fraudulenta, la cual fue tomada de la jurisprudencia de tribunales penales internacionales⁸⁶¹.

⁸⁵⁹ CHACÓN MATA, “La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el Estado de Derecho Contemporáneo”. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, enero-junio 2015, vol. XVIII, núm. 35, pp. 170-171.

⁸⁶⁰ Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre de 2004 (Fondo, reparaciones y costas).

⁸⁶¹ Para el efecto, señaló en la nota 37 de esa sentencia, los siguientes instrumentos internacionales: “137 *Cfr.*, *inter alia*, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9 (1998), art. 20; Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, UN Doc. S/Res/955 (1994), art. 9; y Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, UN Doc. S/Res/827 (1993), art. 10.”

La Corte IDH advirtió que las sentencias emitidas por los tribunales nacionales, a pesar de seguir un aparente debido proceso, estuvieron contaminadas por graves vicios y por lo tanto, no podrían ser invocadas como eximente de su obligación de investigar y sancionar.

3.5.2 Aplicabilidad exclusiva en materia de graves violaciones a los derechos humanos

La cosa juzgada fraudulenta o aparente no posee características de generalidad que abarquen su aplicación para los hechos punibles por los cuales se han condenado a los autores de los mismos y que como consecuencia han adquirido la fuerza de cosa juzgada. Cabe recordar, que la observancia del principio del *ne bis in idem* es esencial para evitar la doble persecución penal y los tribunales de cada Estado Parte de la CADH son responsables de su plena observancia. No obstante, la cosa juzgada fraudulenta o aparente sí podrá ser aplicable por la Corte IDH en casos en los que se transgreda seriamente los derechos fundamentales.

La gravedad de la violación de los derechos humanos resulta ser el criterio diferenciador *per se* para la observancia de la cosa juzgada fraudulenta o aparente. Como asevera RADBRUCH, los delitos contra lo humano son concebidos como delitos contra la humanidad en su conjunto, de lo cual surge sobre todo un derecho de sustentación de estos delitos por medio de tribunales internacionales.⁸⁶²

Prima facie, la figura de la cosa juzgada referida no procede cuando se trate de hechos punibles generales en los cuales no se visualice jurisdiccionalmente una gravedad a los derechos fundamentales. Además, que la falta de resultados en una determinada investigación no se relacionen con actuaciones u omisiones

⁸⁶² RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.*, p. 155.

procesales dirigidas con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad.⁸⁶³ O sea, que si como desenlace de una investigación criminal no se obtienen resultados satisfactorios, los mismos no sean resultado de un falaz procedimiento que procura impunidad para los responsables en casos de graves violaciones a los derechos humanos, mediante la emisión de una sentencia que resuelva el caso concreto y que adquiriera un estado de firmeza que devenga en cosa juzgada.

3.5.3 Cosa juzgada fraudulenta o aparente como limitación al *ne bis in idem*

La jurisprudencia de la Corte IDH en materia de cosa juzgada fraudulenta o aparente sigue desarrollándose. Así, la Corte en el *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*⁸⁶⁴ se refiere al fenómeno de cosa juzgada “aparente”, la cual se produce cuando del análisis fáctico es evidente que la investigación, el procedimiento y las decisiones judiciales no pretendían realmente esclarecer los hechos sino obtener la absolución de los imputados y también que los funcionarios judiciales carecían de los requisitos de independencia e imparcialidad.⁸⁶⁵ La Corte enfatiza además, que en casos de graves violaciones a los derechos humanos, una sentencia absolutoria que constituya cosa juzgada aparente no puede constituir un obstáculo para la reapertura de la investigación o del proceso.⁸⁶⁶

⁸⁶³ Así, la Corte en el *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, resolución de 18 de noviembre de 2010 (Supervisión de cumplimiento de sentencia), párr. 43, estimó que: “En relación con hechos punibles en general, donde no se involucran graves violaciones a los derechos humanos, en determinados casos, es posible que no procedan ciertas restricciones al principio de cosa juzgada porque los hechos respectivos no incluyen conductas de especial gravedad y la falta de resultados en una determinada investigación no se relaciona con actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad.” *VID. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 27 de agosto de 2010, párr. 13.

⁸⁶⁴ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, reparaciones y costas)

⁸⁶⁵ *Ibidem*, párr.196.

⁸⁶⁶ *Ibidem*, párr. 248.

La Corte prioriza la protección de la persona ante graves violaciones de derechos humanos cuando el propio Estado, que en principio debe conocer y resolver el conflicto, por medio de los tribunales competentes incumple en definitiva con su obligación. Lo que resulta es la observancia de una artificial legitimidad, porque solo de manera formal ha pretendido observar el debido proceso, pero que en la realidad encubre un formalismo que procura soslayar la aplicación de justicia y que en cambio, depara impunidad.

Sea la misma porque se “[h]a permitido el examen de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad.”⁸⁶⁷ Que son los dos supuestos, como se ha manifestado, por los cuales procede en la actualidad para la Corte IDH, la cosa juzgada fraudulenta o aparente.

Por eso, es que la Corte permite la reapertura de la investigación o del proceso, pues la misma considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones. Incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.⁸⁶⁸

El principio de *ne bis in idem* como limitador del poder punitivo en la tradicional concepción liberal, se ha relativizado en materia de graves violaciones a derechos humanos, como ha sucedido con otros principios informadores, lo cual resulta contrario a la posición *sed lex* sustentada por los positivistas, porque en concordancia con lo sostenido por la Corte IDH, es posible establecer limitaciones

⁸⁶⁷ Corte IDH, *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre de 2004 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 131.

⁸⁶⁸ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 154

al derecho al *ne bis in idem* a fin de desarrollar otros valores y derechos que, en un caso concreto, lleguen a ser de mayor trascendencia.⁸⁶⁹

Todo lo anterior, como resultado de la máxima protección a la persona. Y esta configuración culminante es para más señas, aplicada por la Corte IDH luego de un juicio de ponderación efectuado entre el principio de *ne bis in idem* y los derechos de las víctimas, en relación con el cumplimiento de la obligación de investigar.⁸⁷⁰

Los principios de legalidad, irretroactividad y *ne bis in idem* conforman los principios que procuran el mantenimiento de la estructura de protección de la ley penal. Como se expuso, en materia de graves violaciones a los derechos humanos conforme al tradicional enfoque liberal no son absolutos. Se han relativizado en su aplicación en clara protección a los derechos humanos.

Aunados a los principios mencionados, surgen otros que procuran una regulación equilibrada de las penas y sus consecuencias, siendo estos los principios de humanidad de las penas, la resocialización y proporcionalidad de las penas. En su conjunto están enfocados esencialmente al cumplimiento de las penas y persiguen que las mismas sean más humanas, de acuerdo con el principio de dignidad humana. De evitar los malos tratos, las torturas y otros tratamientos humillantes que transgreden directamente la propia dignidad del ser humano.

⁸⁶⁹ Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, resolución de 18 de noviembre de 2010 (Supervisión de cumplimiento de sentencia), párr. 42. Expresamente estableció lo siguiente: “42. En este punto, uno de los desarrollos del principio de seguridad jurídica lo constituyen instituciones como la cosa juzgada, la cual permite que los procesos judiciales puedan contribuir con la solución de conflictos al generar la finalización de controversias. En el derecho penal es aún más fuerte el valor de la cosa juzgada con el fin de evitar un ejercicio desproporcionado del poder punitivo del Estado, dirigido a procesar una y otra vez a un mismo imputado por los mismos hechos por los que ya ha sido juzgado. Sin embargo, es posible establecer limitaciones al derecho al *ne bis in idem* a fin de desarrollar otros valores y derechos que, en un caso concreto, lleguen a ser de mayor trascendencia.”

⁸⁷⁰ *Ibidem*, párrs. 41-51.

La resocialización de los reos, procura por su parte, que los mismos puedan incorporarse a la sociedad. Aunque este propósito en la práctica puede resultar muy difícil como se verá en el siguiente capítulo. Por último, el principio de proporcionalidad de las penas busca un efectivo equilibrio entre la pena impuesta y la conducta delictiva cometida por la persona. Que no se le sancione más ni menos del comportamiento disvalioso realizado.

CAPÍTULO VI

PRINCIPIOS DE REGULACIÓN EQUILIBRADA DE LAS PENAS Y SUS CONSECUENCIAS: PRINCIPIOS DE HUMANIDAD DE LAS PENAS, RESOCIALIZACIÓN Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

1. ASPECTOS GENERALES

Someter a una persona al cumplimiento de una pena privativa de libertad, demuestra el poder sancionador del Estado en un alto grado de expresión. Este sometimiento de la persona puede generar ante esa situación de indefensión, el sometimiento de venganza o de humillación que repercutan indefectiblemente en la transgresión a su dignidad humana.

No debe olvidarse que no puede menoscabarse la dignidad humana. La humanidad como la concibió KANT, es un fin en sí mismo y no solamente un medio. De tal manera que:⁸⁷¹

“El imperativo práctico será, pues, como sigue: obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio.”

⁸⁷¹ KANT, Emmanuel. *Fundamentación metafísica de las costumbres*. Traducido por Manuel García Morente. San Juan Puerto Rico: Ediciones Pedro M. Rosario Barbosa, 2007, p.42.

Garantizarle el cumplimiento de su condena de manera humanitaria a una persona, significa un paso trascendental en la plena observancia del Derecho Penal. El carácter exclusivamente retributivo que se le otorgaba al mismo en el pasado ha sido superado en forma completa. Ahora, debe velarse porque el condenado pueda reincorporarse de nuevo a la sociedad y que la pena que se le haya impuesto, se encuentre distributivamente aplicada a la conducta realizada. Para tal fin, se analizará en particular cada uno de los referidos principios informadores.

Ciertamente, el ámbito del Derecho Penal será propicio para determinar en forma definitiva, si se va a buscar una regulación equilibrada de las penas y sus consecuencias, basadas en la dignidad humana. Esto podrá conseguirse, en cierta medida, con los principios que se analizarán a continuación.

2. HUMANIDAD DE LAS PENAS

2.1 DIGNIDAD HUMANA

La identificación más fundamental que se puede hacer de una Constitución, afirma VIGO,⁸⁷² es por los valores que auspicia. De ahí que los derechos humanos se expresan y se entienden desde los valores a los que adscribe la Constitución, porque desde ahí se creará y aplicará a todo el Derecho y en especial precisará el contenido de los derechos humanos a la hora de ser concretados en precisas circunstancias históricas. Pero el análisis axiológico según este autor, quedaría incompleto y debilitado, si no se alude a la dignidad humana, pues en ella reside el fundamento de todo derecho y, más aún, de todo orden social.⁸⁷³

⁸⁷² VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, op. cit. pp. 163-164.

⁸⁷³ *Ibidem*, p.164. Agrega VIGO, que la dignidad humana, más que un valor es lo que explica y da contenido a los valores y por ende funda a los derechos humanos. Decía Cicerón que el principio del derecho es la naturaleza humana. Por otra parte, HÄBERLE, Peter, op. cit., p. 154, considera que: "El fundamento del Estado constitucional es doble: la soberanía del pueblo y la

En Guatemala, desde el preámbulo de la Constitución Política, se reafirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, lo cual ciertamente no significa una interpretación restrictiva que genere un individualismo,⁸⁷⁴ sino que se realza su preponderancia como sujeto y fin del orden social en relación a su bidimensionalidad: tanto individual como social.

KANT como se plasmó, consideró a la persona como un fin en sí mismo,⁸⁷⁵ por lo que no puede ser utilizada únicamente como beneficio de otras y en ese sentido, sus ideas han sido adoptadas en el campo constitucional y de los derechos humanos para reconocerle a la persona, a su dignidad humana, el máximo valor. Afirma VIGO que la persona no es el resultado del derecho ni se constituye cuando se le atribuyen los derechos humanos, sino en la noción del derecho se encuentra implícita la dignidad, por ello asegura, puede referirse WELZEL, que “sólo cuando la ordenación del poder obliga y reconoce al hombre como persona son derechos sus mandamientos.”⁸⁷⁶

dignidad humana” y aún más, en p. 38 expresa: “Hoy incluso hay que preguntarse si la “soberanía del pueblo” ha sido superada en el ámbito estatal interno, ya que la dignidad humana de los ciudadanos es una premisa antropológica-cultural de la democracia”.

⁸⁷⁴ La CC en sus primeras sentencias, precisamente en sentencia de 17 de septiembre de 1986, expediente 12-86, manifiesta que si bien el preámbulo de la Constitución Política pone énfasis en la primacía de la persona humana, esto no significa que esté inspirada en los principios del individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, en lo que considere que protege a la comunidad social y desarrolle los principios de seguridad y justicia a que se refiere el mismo preámbulo.

⁸⁷⁵ KANT, Emmanuel. *Fundamentación metafísica de las costumbres*, op. cit., p.42. En ese aspecto expone: “Así, pues, el valor de todos los objetos que podemos *obtener* por medio de nuestras acciones es siempre condicionado. Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, empero, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman *cosas*; en cambio, los seres racionales llámense *personas* porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es un objeto del respeto). Éstos no son, pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor *para nosotros*, sino que son *fines objetivos*, esto es, cosas cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal, que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir de medios, porque sin esto no hubiera posibilidad de hallar en parte alguna nada *con valor absoluto*; mas si todo valor fuera condicionado y, por tanto, contingente, no podría encontrarse para la razón ningún principio práctico supremo.”

⁸⁷⁶ VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, op. cit. p. 165.

En ese mismo sentido, refiere NOGUEIRA ALCALÁ, que la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos,⁸⁷⁷ la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin y que tal dignidad se constituye en la fuente de todos los derechos humanos.⁸⁷⁸

Ahora bien, el principio de la dignidad humana, o principio de la persona humana, conforme a la denominación dada por NINO, se encuentra en la base de la participación democrática en el gobierno y este principio permite un tipo de justificación de la pena, de la cual se infiere que no puede haber penas sino por acciones voluntarias previstas en leyes anteriores.⁸⁷⁹ La dignidad humana, inherente a la persona, sustenta el principio de humanidad de las penas y aboga

⁸⁷⁷ RECÁNSENS SICHES, Luis, en ese sentido, considera lo siguiente: “Pero cuando unas reglas desconocen la dignidad de la persona humana, entonces, esas reglas no son propiamente normas jurídicas; porque la norma supone esencialmente un destinatario humano. Y si una regla desconoce la calidad humana de su destinatario –lo cual sucede cuando niega la dignidad de la persona individual–, entonces no es una regla dirigida a hombres, sino a seres degradados a la condición de simples animales. Y, entonces, no sólo ni tanto se podría hablar de Derecho injusto, sino que más bien se debe afirmar que no se trata ni siquiera de Derecho, que no se trata de una norma auténticamente jurídica, porque le falta un destinatario adecuado, es decir: un ser humano, reconocido en tanto que humano.” *VID. Introducción al Estudio del Derecho*. Decimasegunda edición. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1997.

⁸⁷⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 405. Agrega, que: “La dignidad de la persona y sus derechos fundamentales establecen los valores esenciales en que se cimenta el consenso de la sociedad y legitiman el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República Democrática y del Estado de Derecho.”; por otra parte, NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, *op. cit.*, p. 417, expone que: “Los “derechos individuales” son los derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombres. Siendo la propiedad de ser un individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en diferentes grados).”; Por su parte VIGO, Luis Rodolfo, *De la Ley al Derecho*, *op. cit.*, p.164, expone que dentro de los valores que estarían apoyando y canalizando todo el diversificado y vasto campo de los derechos humanos que por vía de los tratados respectivos se incorporan a la Constitución son: la justicia, la libertad, la igualdad y la democracia, pero que este análisis axiológico quedaría incompleto y debilitado sin no se alude a la dignidad humana, pues en ella reside el fundamento de todo el derecho y, más aún, de todo el orden social.

⁸⁷⁹ *Ibidem*, p. 421.

por una aplicación de las penas que no atente contra la dignidad de los beneficiarios de la misma.

2.2 IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS

Dada la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos, debe rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado contra ella. Agrega NOGUEIRA ALCALÁ que, la dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales.⁸⁸⁰ Derivado de ello, el principio de humanidad de las penas marca una progresiva tendencia a la humanización de las sanciones penales haciéndolas menos duras en duración y en contenido aflictivo hasta donde sea compatible con los mínimos satisfactorios de eficacia preventiva de las mismas.⁸⁸¹

La pena, a la cual acude el Estado como fin último, *ultima ratio*, para el mantenimiento de la convivencia social y permitir que las normas para tal efecto subsistan, no puede ser aplicada antojadizamente. Contrario a ello, además de encontrarse regladas previamente en el texto penal (principio de legalidad), las normas deben ser aplicadas únicamente cuando la pena sea imprescindible, conforme la naturaleza de un Estado Social y Democrático de Derecho. Un Estado, en que bajo esa naturaleza, la potestad punitiva debe ajustarse simultáneamente al humanitarismo.⁸⁸²

Ciertamente, en el decurso histórico la crueldad en la aplicación de las penas ha resultado estremecedora al ser injustificada y desproporcional a la conducta realizada. Refiere FERRAJOLI, que la historia de los procesos y de las

⁸⁸⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, *op cit.*, p. 405.

⁸⁸¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.* p. 89.

⁸⁸² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 101.

penas –pensar en lo que han sido la inquisición, los suplicios, las picotas, las torturas judiciales– ha sido mucho más cruel e infamante para la humanidad que toda la historia de los delitos.⁸⁸³

La humanidad de las penas es esencial para medir el grado de observación de los derechos fundamentales por parte de un Estado, puesto que entre más se respeten los mismos, mientras se actúe de una forma respetuosa de la dignidad humana de los detenidos y presos, mayor será el grado de observancia de los derechos de los condenados y evitarán un castigo innecesario y degradante en cuanto a su condición humana. Es en ese sentido que se entiende por principio de humanidad, el que se opone a penas u otras intervenciones penales en sentido amplio que, por su excesiva dureza o por la forma en que se producen, resulten incompatibles con el mínimo respeto que merece toda persona por el hecho de serlo.⁸⁸⁴

Las consecuencias de este principio deben reflejarse en el proceso penal, en la abolición de determinados tipos de pena y en la ejecución de las penas privativas de libertad.⁸⁸⁵ Lo anterior, debido a que la pena no debe aplicarse a los condenados por pura retribución al daño causado, sino que requiere en forma inexcusable que la aplicación de las mismas sea realizada desde una óptica eminentemente humanitaria; que sea una pena que no afecte la dignidad de la persona y la humille, máxime si se considera el fracaso que representan las cárceles como medio resocializador.⁸⁸⁶

⁸⁸³ FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Dolor". *Isonomía*, Octubre 2007, no. 27, p. 197. Por eso es que este autor italiano sostiene que el derecho penal se justifica si y solo si previene y minimiza, por medio de sus normas primarias o sustanciales, las ofensas y los sufrimientos infringidos por los delitos y, a través de sus normas secundarias o procesales, las ofensas y sufrimientos infringidos por las reacciones punitivas a los delitos. Pero considera que no se ha sostenido, de hecho, que realice estas finalidades de prevención y de minimización del dolor que lo justifican.

⁸⁸⁴ MIR PUIG, Santiago, Bases Constitucionales del Derecho Penal, *op. cit.* p. 136.

⁸⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho Penal, *op. cit.* p. 132.

⁸⁸⁶ "En los últimos años ha surgido la tendencia a trazarnos objetivos más modestos, a no pedirles a las instituciones penitenciarias lo que ya sabemos que no nos pueden dar. Conociendo que los establecimientos penitenciarios no son el lugar ideal para lograr la resocialización de los

El respeto a la dignidad humana representa un fundamento sólido en contra de las penas inhumanas. Es decir, el individuo debe ser tratado como persona de tal modo que no debe ser objeto de torturas, ni de tratos inhumanos o degradantes, entre otros, sino que debe respetarse los derechos fundamentales de las personas que se encuentren detenidas o presas. El principio de humanidad de las penas comprende la observancia de la dignidad humana. En otras palabras, se concretiza en el respeto que debe tener toda persona por el solo hecho de ser humano. Esta inherencia al ser humano, en el caso de la imposición de las penas comprende un respeto de su condición humana, que no implique una imposición que degrade su condición; que lo humille y le infrinja un dolor innecesario.

Se busca la prevalencia de un Estado Democrático fuerte que no haga distinción alguna en cuanto al trato humano, entre personas libres y aquellas cuya libertad se encuentra restringida. Y en cuanto a este último tópico, debe privilegiarse la erradicación de la dureza de las penas. La observancia del principio de humanidad es imprescindible. El Estado debe tratar humanitariamente y en condiciones de igualdad a todas las personas, máxime si se encuentran privados de su libertad y evitar el uso por parte de sus fuerzas de seguridad o de terceros amparados en la impunidad, de mecanismos que atenten o violenten la humanidad de los reclusos.

2.3 Comprensión de la dignidad humana en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH en diversas sentencias ha invocado la obligatoria observancia de la dignidad humana o los derechos que emanados de la misma han sido violentados.⁸⁸⁷ Así, en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*,⁸⁸⁸ hace

reclusos, estamos en el deber de luchar por un sistema penitenciario más humano, que ofrezca a los sancionados algo más que la pura retribución al daño causado.” MEDINA CUENCA, Arnel, *op. cit.* pp. 104 y 105.

⁸⁸⁷ A manera de ejemplo, en el *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C

mención por lo menos cuatro veces a la dignidad humana, referentes a la actividad del Estado, a los detenidos ilegalmente, a la práctica de desapariciones forzadas, y al ejercicio de la función pública.

En efecto, la corte IDH determinó que ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.⁸⁸⁹ Además, en esta sentencia en el párrafo 156, estimó que la desaparición forzada es violatoria del derecho a la integridad personal el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano,⁸⁹⁰ las que son lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido, al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Esto considera, constituye una violación a las disposiciones del artículo 5 de la CADH que se refiere al derecho a la integridad personal.

También indica en esa sentencia (párrafo 158), que la práctica de las desapariciones forzadas implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el

No. 91, párr. 220, la corte IDH expuso que el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana. Asimismo, también indicó, que los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para estos. En igual sentido lo había considerado en el *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 81. Por su parte, en el *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 164, manifestó que los niños que habían sido introducidos al baúl o maletero del vehículo, “[a]ún cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” Sirva las anteriores sentencias únicamente con el fin ilustrativo.

⁸⁸⁸ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 154.

⁸⁸⁹ Específicamente consideró lo siguiente: “Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”

⁸⁹⁰ Igual sostuvo en el *Caso Miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 158.

sistema interamericano y la misma Convención. Aunado a ello, en el párrafo 165 vincula la dignidad humana con la función pública, al manifestar que el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y en consecuencia, superiores al poder del Estado.⁸⁹¹ En este sentido, la Corte se adhiere a la concepción iusnaturalista tradicional de los derechos humanos.

En el *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*, la Corte fue enfática en expresar que el artículo 5 de la CADH hace referencia a que nadie debe ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y a que toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2.4 SU INCORPORACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

En cuanto a España, el principio de humanidad tiene su fundamento legal en lo dispuesto por el artículo 10.1 de la Constitución, que se basa en el reconocimiento de la dignidad humana. Además, el artículo 15 de dicha Constitución establece específicamente la prohibición de las torturas y de las penas o tratos inhumanos degradantes. El reconocimiento del principio de humanidad y su incorporación al texto constitucional resulta importante, porque reviste coherencia con el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, así como con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

⁸⁹¹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 165. Agrega, al respecto, lo siguiente: “Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión, ‘la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, 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 los que sólo puede penetrar limitadamente’”

En Guatemala, el principio de dignidad humana se encuentra regulado en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.⁸⁹² Ahora bien, el principio de humanidad de las penas, encuentra su asidero en el texto constitucional, en el artículo 19 literal a de la Constitución citada, el cual establece lo siguiente:

“El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas: a. Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos...”

La lectura del artículo precedente, confirma la inclusión expresa del principio de humanidad en el texto constitucional e impone al Estado la obligación de garantizar el cumplimiento del mismo. De esta forma lo ha reconocido la Corte de Constitucionalidad, quien expresó que el Estado tiene el deber de velar por la integridad y seguridad de los reclusos dentro de los propios centros penitenciarios; y además velar por la seguridad penitenciaria a efecto que las personas condenadas cumplan efectivamente dichas condenas, lo cual conlleva la adopción de medidas de seguridad que eviten las fugas u otro tipo de situaciones fácticas que alteren el cumplimiento de la condena.⁸⁹³

⁸⁹² El artículo 4 citado prescribe: “Artículo 4.- Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.” El principio de dignidad humana se desprende del artículo anterior, pero como sucede con otros principios, no se encuentra regulado expresamente como tal, en el texto constitucional.

⁸⁹³ Corte de Constitucionalidad, sentencia de 28 de agosto de 2013; expedientes acumulados 635-2013 y 636-2013.

El trato de los reclusos como seres humanos debe ser certero e implica que toda conducta que atente contra su dignidad quede prohibida y se le considere un ser residual. La protección del principio de humanidad dignifica al recluso y muestra el grado de democracia que ostenta el país.⁸⁹⁴ En el marco de la legislación ordinaria en Guatemala, el artículo 10 de la Ley del Régimen Penitenciario, Decreto 33-2006 del Congreso de la República, regula lo concerniente al principio de humanidad.⁸⁹⁵

2.5 FINES DE LA PENA

De todas las sanciones que el Estado puede aplicar al autor de un hecho delictivo, la más grave de ellas la constituye la pena. Pero qué es lo que justifica que el Estado pueda aplicarla. El problema de la justificación de la pena, expresa FERRAJOLI, es decir, del poder de una comunidad política cualquiera de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros, es quizá el problema más clásico de la filosofía del derecho.⁸⁹⁶

Efectivamente, justificar la violencia estatal como un instrumento para la conservación del contorno social ha sido objeto de estudio de la filosofía del derecho. ¿Por qué castigar? y ¿para qué castigar? deben ser las dos preguntas imprescindibles de ser contestadas para justificar la aplicación de la pena. Sin

⁸⁹⁴ En sentencia de 27 de abril de 2005; expediente 1912-2004, la Corte de Constitucionalidad indicó: “[a]tendiendo el carácter finalista del texto supremo, es inaceptable que a un recluso no se le considere como alguien susceptible de ejercer derechos y asumir obligaciones. Tampoco puede aceptarse, en un régimen democrático y en un estado constitucional de derecho, que a un recluso se le considere como un “ser residual”, que como tal únicamente puede ejercer aquellos derechos que el Estado –en una connotación estrictamente punitiva– considere que le asisten, o bien, que aquél (el Estado) a través de sus agentes, esté en condiciones de reconocerle.”

⁸⁹⁵ “**Artículo 10. Principio de humanidad.** Toda persona reclusa será tratada con el respeto que merece la dignidad inherente a todo ser humano. Queda terminantemente prohibido infligirles a las personas reclusas torturas físicas, psíquicas o morales, coacciones o trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad o hacerle víctima de exacciones, así como también someterlo a experimentos científicos.”

⁸⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, op. cit. p. 247.

embargo, en contraposición a las corrientes justificativas de la pena se encuentra la posición abolicionista, que critica la legitimidad del Estado para su imposición. Brevemente se analizará cada una de ellas.

2.6 CORRIENTES JUSTIFICATIVAS

Dentro de las teorías relativas de la pena sobresalen dos, que fundamentan la finalidad de las penas en la prevención. La primera de ellas, denominada prevención general, persigue evitar la comisión de hechos delictivos en el futuro mediante la intimidación, mientras la segunda teoría, llamada prevención especial, busca suprimir el deseo de cometer delitos en el infractor de la norma penal, mediante la motivación.

2.6.1 Prevención general

La prevención general considera que el fin de las penas se encuentra en la intimidación que debe producirse en la generalidad de las personas, con el propósito de evitar la comisión de hechos delictivos. Se origina como resultado de la filosofía política de la ilustración, esencialmente por BECCARIA, y contempla la justificación y el efecto de la pena únicamente en sus consecuencias útiles para la persona. La pena está al servicio de la finalidad humana.⁸⁹⁷ De forma, que la renuncia a la retribución en favor de la prevención se transforma en su principal línea de desarrollo en el Derecho Penal (como también en el derecho de la pena y en el derecho de las contravenciones).⁸⁹⁸

⁸⁹⁷ NAUCKE, Wolfgang. "Prevención general y derechos fundamentales de la persona" en *Principales problemas de la prevención general*. Traducido por Gustavo Eduardo Aboso y Telma Löw Buenos Aires: Editorial IB de F, 2004, p. 19.

⁸⁹⁸ *Ibidem*, p. 20.

En ese sentido, BECCARIA propugnaba, no por una finalidad retributiva de la pena como la concebían KANT y HEGEL, sino por una preventiva.⁸⁹⁹ En su libro “De los Delitos y las Penas” lo dejó bien claro, al manifestar:⁹⁰⁰

“[e]l fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. [...] El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.”

El principal exponente de esta teoría fue FEUERBACH, quien consideraba a la pena como una “coacción psicológica”, la cual se producía en las personas, con el objetivo de evitar que cometieran delitos. La prevención general como fin justificativo de la pena no ha cumplido con sus propios objetivos, puesto que no se ha podido comprobar fehacientemente la posibilidad de reevaluar su aplicación, lo que origina una ausencia de verificación práctica.

En la prevención general, la función motivadora de las penas se dirige hacia todas las personas. Por ello es que NAUCKE cometa que “El derecho penal de la prevención es el moderno derecho penal racional” y que semejante frase cuenta con una amplia aceptación en la legislación, la aplicación de la ley y la ciencia de muchos países europeos.⁹⁰¹ Agrega que con la palabra “prevención” quiere designarse la prevención general (la posible influencia sobre el autor) y la

⁸⁹⁹ BECCARIA dentro de la vertiente clásica, expuso una prevención intimidatoria, siguiendo criterios utilitarios: “¿Cuál es el fin político de las penas? El terror de los otros hombres.”, *op. cit.*, p. 88.

⁹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 79 y 80.

⁹⁰¹ NAUCKE, Wolfgang. “Prevención general y derechos fundamentales de la persona” *op. cit.*, p. 15.

prevención especial (la corrección y el aseguramiento de los eventuales autores).⁹⁰²

En síntesis, siguiendo a HASSEMER, puede afirmarse que la prevención general expresada como teoría de la pena y su imposición significan que cada intervención a costa del individuo desviado normativamente habrá de conducir, al mismo tiempo, al bienestar general –en el Derecho Penal del Estado como instrumento de la política social en el sentido más amplio y dentro de la praxis penal de la vida cotidiana, como estabilizador de las normas de los grupos a los que se hace referencia–.⁹⁰³

Es la forma en que se desarrolla el proceso de motivación, lo que permite distinguir inequívocamente las dos variables en que se escinde tradicionalmente la prevención general: la prevención general negativa y la prevención general positiva. Contrario a sus propósitos dirigidos a evitar futuros delitos de la colectividad, por medio de la intimidación (prevención general negativa) sus acciones han sido orientadas al restablecimiento del orden jurídico y a la realización del valor justicia, (prevención general positiva) mediante la utilización de acciones represivas.

2.6.1.1 Prevención general negativa

Mediante este tipo de prevención general, se busca el establecimiento de mecanismos de intimidación a la sociedad con el propósito de que no se cometan hechos delictivos. Es decir, esta corriente considera que la pena cumple una función intimidatoria que motiva a las personas a no cometer delitos. Persigue que se produzca una abstención en

⁹⁰² *Ibidem*, p. 19.

⁹⁰³ HASSEMER, Winfried. “Prevención general y aplicación de la pena” en *Principales problemas de la prevención general*. Traducido por Gustavo Eduardo Aboso y Telma Löw Buenos Aires: Editorial IB de F, 2004, p. 52.

la comisión delictiva por parte de la colectividad. Este proceso de intimidación puede realizarse en dos momentos distintos: en la norma penal y en la ejecución.

La prevención general negativa mediante la intimidación en la norma penal, fue formulada primigeniamente por FEURBACH, impulsor de la denominada “Teoría de coacción psicológica”, quien propugnaba la existencia de una vinculación psicológica entre la colectividad y la norma penal, que como resultado provocaba la inhibición psicológica del individuo frente a la pena. En otras palabras, se pretende que la amenaza que contiene la ley penal de “castigar” a quien la viole debe ser la apropiada para lograr que cualquier sujeto se intimide o no la infrinja.⁹⁰⁴ Esta prevención sin embargo, no va dirigida al individuo en concreto sino a la comunidad, pues con el establecimiento de las penas en la norma penal, se pretende lograr una disuasión del conglomerado social en la comisión delictiva.

En cuanto al proceso de intimidación en la ejecución penal, esta concepción fue promulgada por el filósofo inglés BENTHAM, quien consideraba que el efecto disuasorio de la pena debía estar en su ejecución. El efecto intimidatorio se lograba cuando la colectividad podía comprobar el fin que les esperaba a las personas que delinquirían y transgredían la paz colectiva, al ser reclusos en las cárceles destinadas para el efecto. El condenado era instrumentalizado para servir de ejemplo a la comunidad.

La prevención general negativa no cumple con sus propósitos intimidatorios y de disuasión, porque entre otros motivos, existen ciertos entre los cuales se pueden incluir los pasionales, en los que no puede demostrarse que el carácter intimidatorio de la pena, sea disuasorio para evitar su comisión. Además, en términos generales, se le critica el hecho de que en su afán de servir como elemento disuasorio, no le importe instrumentalizar al condenado con tal de lograr sus fines.

⁹⁰⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio A. *Teoría del delito: sistemas causalista, finalista y funcionalista*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, vigésimo segunda edición, 2015, p. 173.

2.6.1.2 Prevención general positiva

También se le ha denominado prevención–integración y ha sido influenciada por los estudios elaborados en el ámbito del psicoanálisis. En términos generales, la prevención general positiva busca justificar la pena, no en la intimidación del probable delincuente sino en la reafirmación de los individuos por medio de la pena, de la confirmación de la vigencia de la norma penal. Esto lograría reafirmar a la sociedad, puesto que a pesar que las normas sean violentadas, las mismas conservan inalterable su vigencia. Se trata de confirmar la confianza en la norma jurídica.⁹⁰⁵

JAKOBS, principal exponente de esta teoría funcionalista en su versión más radical, le atribuye a la pena una función de prevención general positiva, y la desarrolla en términos de psicología social. Utiliza la concepción sustentada por LUHMANN (teoría sistemática),⁹⁰⁶ del Derecho como un instrumento que sirve de estabilización del sistema social, así como de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas. Para él, la única meta que tiene el Derecho Penal, es la de garantizar la función orientadora de las normas jurídicas.

Contrario a la posición de JAKOBS, ROXIN con una posición funcionalista moderada, realiza una defensa de la prevención general positiva, pero como elemento limitador de la intervención penal, al considerar que la intimidación implica un peligro en la elevación excesiva de la pena. ROXIN considera que la

⁹⁰⁵ MIR PUIG expone que esta concepción pretende superar las antinomias entre las exigencias de prevención y retribución, convirtiendo estas últimas en necesarias para la propia prevención. De esa manera, la confirmación de la vigencia de la norma requiere, siguiendo la doctrina de la prevención general, que se imponga una pena proporcionada cuando se infrinjan las normas jurídicas fundamentales. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 131.

⁹⁰⁶ HASSEMER, manifiesta: “Jakobs construye –influido por la teoría sistémica de Luhman– su variante de una teoría de la prevención general positiva sobre la experiencia de expectativas frustradas en contactos sociales y en la necesidad de orientación y estabilidad y utiliza para ello la locura de la complejidad social y de la incertidumbre personal, las cuales caracterizan a una «sociedad de riesgo».” “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”. *Pena y Estado: Función Simbólica de la Pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, p. 33.

pena adecuada a la culpabilidad, es la correspondiente a la prevención general positiva, y que la misma es inferior a la que permitiría la prevención general negativa.

Este autor denomina a la prevención general positiva “prevención general compensadora” o “integradora socialmente”, mientras que a la prevención general negativa la llama “prevención general intimidatoria”.⁹⁰⁷ La teoría de la prevención general positiva ha sido considerada como una teoría de la función simbólica del Derecho Penal. Así, BARATTA:⁹⁰⁸

“[e]s de este criterio, al afirmar que “La teoría de la prevención general positiva es, entonces, una teoría de la función simbólica del Derecho penal, en el sentido de que las funciones indicadas tienen que ver directamente con la expresión de los valores asumidos por el ordenamiento y la confirmación de la validez de las normas, confirmación simbólica y no empírica, por ser independiente de la cantidad de infracciones y de su reducción.”

A la prevención general positiva se le critica de sustentarse únicamente con aspectos teóricos, pero que carece de elementos de verificación práctica de los efectos del Derecho Penal, y que como teoría legitimadora de la intervención punitiva del Estado resulta limitada.

⁹⁰⁷ MIR PUIG, Santiago: “Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva” en *Prevención y Teoría de la Pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, p. 55.

⁹⁰⁸ *Op. cit.* p. 84. Agrega este autor que: “La defensa de los bienes jurídicos no puede ser considerada como una función principal de las normas penales, según la teoría de la prevención-integración. Desde este punto de vista, el Derecho penal no es tanto un instrumento de imposición de la “moral dominante”, sino más bien un medio eficaz de representación (simbólica) de ésta.”

2.6.2 Prevención especial

A la teoría de la prevención especial, también se le denomina “prevención individual”. La misma se fundamenta en que la misión, la función de la pena es para evitar que el autor de un delito en lo futuro no cometa otros,⁹⁰⁹ por lo que se realiza en la ejecución de la pena, en pretender “corregir al corregible, intimidar al intimidable, y sustraer de la sociedad a quien resulte incorregible e intimidable”.⁹¹⁰

Se orienta en prevenir que los individuos que ya han infringido la norma penal cometan nuevos hechos delictivos. Este propósito persigue conseguirlo de dos maneras opuestas entre sí, la primera, denominada prevención especial negativa, que busca evitar que el condenado cometa nuevos delitos en un futuro. Se basa en la coacción al autor del hecho delictivo, para que no vuelva a delinquir, ya no se dirige a la colectividad. Esto lo pretende lograr mediante su inocuización, es decir, volver inofensivo al autor para que no vuelva a cometer un delito; o bien, por medio de la prevención especial positiva, que procura la resocialización del delincuente.

La segunda, nombrada prevención especial positiva, utilizada a pesar de la creciente justificación para determinados delitos, como violaciones, seguridad del Estado, terrorismo, etc., es contraria a los propios fines de un Estado Democrático de Derecho, y lesiona gravemente la humanidad de las penas, al inobservar el principio de culpabilidad y privilegiar el derecho de autor.

A pesar de sus imperfecciones, la resocialización⁹¹¹ resulta indispensable en cuanto a que busca reducir las consecuencias desocializadoras que puede

⁹⁰⁹ ORELLANA WIARCO, Octavio A. *Teoría del delito: sistemas causalista, finalista y funcionalista, op cit.*, p. 174.

⁹¹⁰ *Ibidem*, p.174.

⁹¹¹ Octavio ORELLANA WIARCO, expresa que la pena, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, avanza sobre la idea que su función es resocializadora, por lo que en los delitos no graves debe optarse por sanciones que no impliquen la prisión, y para los graves, el delincuente debe ser enviado a establecimientos socialterapéuticos para que con ayuda psiquiátrica, psicológica, pedagógica, labora, se le pueda reinsertar a la comunidad. *Ibidem*, p. 175. Enrique BACIGALUPO, por su parte, comenta que los movimientos de reforma modernos al Derecho

provocar en el reo su conducta delictiva, y mantiene viva la posibilidad para que pueda reintegrarse a la sociedad, aunque en la práctica no logre alcanzarse. Es bien sabido que nunca en el devenir histórico, se ha logrado cumplir con los fines rehabilitadores mediante el castigo. No obstante, la prevención especial negativa que procura la resocialización del condenado, debe ser defendida por el Estado Democrático, a falta de una mejor propuesta, debido a que representa una visión más humana de la pena.

2.7 CORRIENTE ABOLICIONISTA

Esta corriente plantea prácticamente una crítica a la totalidad del sistema de justicia penal. Es producto del discurso criminológico crítico, ya sea que derive del enfoque marxista, estructuralista, fenomenológico o fenomenológico–historicista.⁹¹² En todo caso, propugna por desconocer la legitimidad del Estado⁹¹³ para la imposición de las penas, debido a que considera que la misma resulta ineficaz para lograr el cumplimiento de sus fines.⁹¹⁴

Penal inician a partir de la década del '60, y su punto de partida es la crítica de la política criminal del positivismo, muchas de las cuales se juzgaron contrarias a la dignidad humana. Agrega, que el acento de la reforma se puso en el fin resocializador de la pena. *VID. Derecho Penal. Parte General, op. cit., pp. 86-87.*

⁹¹² PALACIOS PÁMANES, Gerardo Saúl. *El problema de la antinomia de los fines de la prisión provisional como obstáculo para la reinserción social*. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2009, p. 15.

⁹¹³ FERRAJOLI, Luigi, considera abolicionistas únicamente aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el Derecho Penal, ya sea porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, o bien, porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, op. cit., p. 248.*

⁹¹⁴ “Tanto la criminología crítica cuanto el abolicionismo, se encuadran en un movimiento general de penalismo crítico cuya base es la llamada deslegitimación del sistema penal. No es uniforme el criterio de intelección de éste ya que en distintos autores aparece como una necesidad reduccionista, en otros fundado sobre la incongruencia del discurso penal ante la imposibilidad de conseguir las finalidades que el mismo proclama, en unos terceros como ausencia de toda justificación ética, etcétera.” CREUS, Carlos, *op. cit., p. 46.*

El abolicionismo es sumamente crítico del Derecho Penal y no se conforma con una simple reforma del mismo, sino que propugna en su forma más radical, por una total desaparición del sistema penal. Considera la imposibilidad de justificar satisfactoriamente su conservación, puesto que conforma un problema social en sí mismo. Está corriente denominada abolicionismo penal radical tiene a Louk HULSMAN entre sus principales exponentes. En un sentido más restringido, se busca la abolición de un aspecto concreto dentro del sistema penal. Un ejemplo sería una posición abolicionista ante la pena de muerte. Esta corriente es también denominada abolicionismo institucional, y se encuentra entre sus exponentes a Thomas MANTHIENSEN.

En cierta medida, se considera que el Derecho Penal mínimo, también constituye una forma de abolicionismo, en cuanto a que reconoce lo inútil que resulta el sistema de represión estatal. Pretende la aplicación de un Derecho en el cual prevalezcan las características de ser fragmentario, de *ultima ratio*, accesorio y de mínima intervención, en el cual prevalezcan además, los principios de proporcionalidad, humanidad y el de resocialización. En síntesis, el Derecho Penal mínimo, persigue la minimización de la violencia en la sociedad y el respeto de los derechos fundamentales de los individuos.

2.8 PROHIBICIÓN DE LA PENA DE MUERTE

“Esta inútil prodigalidad de suplicios, que nunca ha conseguido hacer mejores los hombres, me ha obligado a examinar si es la muerte verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado. ¿Qué derechos pueden atribuirse éstos para despedazar a sus semejantes?”⁹¹⁵ De este modo iniciaba BECCARIA su argumentación respecto de la pena de muerte, donde procuraba demostrar lo

⁹¹⁵ BONESANA, César, Marqués de BECCARIA, *op. cit.*, p. 118.

inútil e innecesario de la misma, en favor de la humanidad.⁹¹⁶ En similar sentido, FERRAJOLI,⁹¹⁷ expone que:

“La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno.”

Efectivamente, como se ha manifestado en el párrafo precedente, para el profesor italiano la pena de muerte resulta aberrante. Aunque tanto en la teoría como en la práctica resulte sumamente criticado el fin resocializador de las penas, contrario a lo utópico que resulta el abolicionismo radical en sus diversas vertientes, la mayoría de las legislaciones modernas contemplan dentro de su normativa penal con relación a las penas, un fin resocializador.⁹¹⁸

El logro de esta finalidad puede alcanzarse en cierta medida como resultado de considerar la observancia de un Derecho Penal mínimo, que garantice la defensa de los derechos humanos de las personas que se vean sometidas al

⁹¹⁶ *Ibidem*, p. 119, expresa en concreto: “No es, pues, la pena de muerte derecho, cuando tengo demostrado que no puede serlo: es sólo una guerra de la Nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser. Pero si demostrase que la pena de muerte no es útil ni es necesaria, habré vencido la causa en favor de la humanidad.”

⁹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Op. cit.* p. 386.

⁹¹⁸ Para BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Op. cit.* p. 68, “[n]inguna intervención del Estado puede significar una afectación a la persona como tal. En ese sentido significa que el Estado no puede incidir en la esencia de un derecho o impedir absolutamente su ejercicio. Sobre este fundamento se ha excluido la pena de muerte y el presidio perpetuo en las legislaciones penales más avanzadas. El art. 15 CE señala, concretando este principio, que nadie puede ser sometido a «torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». También el art. 25.2 va en esta línea cuando establece que la pena privativa de libertad orientada a la reeducación y reinserción social no podrá consistir en trabajos forzados; que el condenado gozará de los derechos fundamentales; que tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios sociales, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

ejercicio del *ius puniendi* estatal. A la vez de limitarlo, al garantizar plenamente la existencia de un Derecho Penal fragmentario, de *ultima ratio* y de mínima intervención.

BOBBIO indica que la tesis del Derecho Penal mínimo abre su frente principal contra las teorías del Derecho Penal máximo (que culminan en la defensa de la pena de muerte), pero no puede pasar por alto las doctrinas abolicionistas o substitutivistas, conforme a las cuales la pena por el contrario, estaría destinada a desaparecer.⁹¹⁹ Junto a la resocialización como principio del Derecho Penal, se encuentra íntimamente ligado el principio de humanidad de las penas, mediante el cual se pretende que las mismas sean aplicadas con respeto de la dignidad humana. Se busca que no se apliquen penas degradantes.

Dentro de las “penas” que siguiendo una concepción de prevención especial negativa, persiguen neutralizar a la persona que ha cometido un delito grave, por estimarse que ya no pueden convivir en sociedad y que por lo tanto se evita la comisión de futuros delitos lo constituye la pena de muerte. Esta es una sanción penal gravísima que atenta contra la dignidad humana y que contra la corriente doctrinaria y legislativa general, se mantiene en diversos países.⁹²⁰

La pena de muerte se considera, si no absolutamente inhumana, demasiado *cruel* y desde luego *poco humana*.⁹²¹ Además, en muchas ocasiones la pena de

⁹¹⁹ BOBBIO, Norberto, Prólogo al libro: *Derecho y Razón*. *Ibidem*, p. 15.

⁹²⁰ MIR PUIG, efectúa un análisis sobre la manera en que el neoliberalismo ha conducido a una política criminal expansiva, la cual endurece las penas y vuelve a aplicar la pena de muerte. “Durante las tres últimas décadas se ha impuesto, principalmente en los EE.UU. pero también en otros países que han seguido su ejemplo en mayor o menor medida, un neoliberalismo neoconservador que ha modificado la concepción de las funciones del Estado y ha tenido graves consecuencias para la Política criminal y el Derecho penal. Lo curioso de ello es que este neoliberalismo ha abandonado la tradicional relación entre liberalismo y Política criminal restrictiva, de tal modo que, por el contrario, el neoliberalismo ha conducido a una Política criminal declaradamente expansiva, que vuelve a la pena de muerte y prolonga y endurece las condenas privativas de libertad, a la vez que disminuye sus posibilidades de sustitución por otras medidas. Junto a la exigencia de un Estado mínimo en la intervención económica, se ha reclamado una intervención cada vez más intensa en la lucha del Estado contra el delito. Esta asimetría parte de la asunción expresa de una distinta consideración por parte del Estado de los ciudadanos honrados y de los delincuentes.” *Bases Constitucionales*. *Op. cit.* p. 21.

⁹²¹ *Ibidem*, p. 138.

muerte se ha aplicado no solamente para infracciones graves, sino también para infracciones leves, lo que justifica aún más su abolición.⁹²² Lo injusto de su empleo se evidencia al observarse una posición estatal discriminatoria en su aplicación a personas pobres y en muchas ocasiones carentes de educación elemental. Así como a enemigos políticos.

El artículo 15 de la Constitución Española prescribe que:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

En ese sentido, para MIR PUIG, el artículo 15 de la Constitución parte del principio de humanidad al prohibir penas inhumanas con carácter absoluto y al abolir la pena de muerte por su crueldad. Añade que de dicho principio de humanidad hay que extraer un criterio constitucional que obligue a limitar la dureza de toda pena o medida de seguridad de tal modo que no resulte inhumana o demasiado cruel, y también que conduzca a una progresiva humanización del sistema penal en su conjunto.⁹²³

A pesar que la Constitución Española abolió expresamente la pena de muerte, aún la dejaba vigente para los casos que puedan disponer las leyes penales militares. Sin embargo, no fue hasta 1995 que mediante la Ley Orgánica 11/19895, de 27 de noviembre de ese año, que se abolió definitivamente la pena

⁹²² Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*. *Op. cit.* p. 386, dice en ese sentido que: “Parece que la fantasía humana no ha tenido límites ni frenos en inventar las formas más feroces de la pena de muerte y en aplicarlas incluso a las infracciones más leves: como el hurto, el adulterio, la estafa, el falso testimonio, la falsificación de monedas, además de las innumerables formas de herejía, felonía, lesa majestad, traición y similares Pero la ferocidad de las penas no pertenece, desgraciadamente, sólo al pasado. La pena de muerte está todavía presente en casi todo el mundo...”.

⁹²³ MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales*, *op. cit.* p. 138.

de muerte en tiempo de guerra.⁹²⁴ Es preciso manifestar además, que el 16 de diciembre de 2009, España ratificó el Protocolo 13 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que se refiere a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, sin excepción.

En el caso de Guatemala, se cuenta con toda una tradición de incorporación de la pena de muerte en su ordenamiento constitucional. Así tenemos, que con la vigencia de la Constitución de la República de Centroamérica, dada por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de noviembre de 1824, se incluyó por primera vez en el texto constitucional la pena de muerte.⁹²⁵ Luego se incluyó en la Constitución de Guatemala de 1825, con el mismo texto, en el artículo 182; en el artículo 157 de las Reformas a la Constitución Federal de Centroamérica, decretadas en 1835; en la *sui generis* Ley Reglamentaria adicional a la de 5 de diciembre de 1839, de 10 de enero de 1852.⁹²⁶

Es oportuno anotar, que en la Constitución Política de la República de Centroamérica decretada el 9 de septiembre de 1921, en su artículo 32 se abolía

⁹²⁴ En la exposición de motivos de la citada ley se establece lo siguiente: “El artículo 15 de la Constitución española proclama que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral y dispone la abolición de la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra. Tal excepción para determinados delitos cometidos en tiempo de guerra ha sido materializada por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar. No obstante, como tal excepción constitucional, no resulta obligada e imperativa sino que el legislador dispone de plena libertad para abolirla. Conforme a ello, a la propia pauta de las legislaciones de los Estados modernos en los últimos años y al espíritu y propósito del segundo Protocolo facultativo al Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos, de la Resolución 1044 y de la Recomendación 1246 adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el 4 de octubre de 1994, la presente Ley declara abolida la pena de muerte en el Código Penal Militar, único texto legal que la contempla como pena alternativa a determinados delitos cometidos en tiempo de guerra, y suprime todas las referencias legales a la misma, haciéndola desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico.”

⁹²⁵ El artículo 152 citado, regulaba lo siguiente: “Artículo 152. No podrá imponerse pena de muerte sino en los delitos que atenten directamente contra el orden público, y en el asesinato, homicidio premeditado ó seguro.”

⁹²⁶ “Artículo 24. No podrá imponerse la pena de muerte sino por los crímenes que atenten contra el orden público, por el de asesinato, homicidio alevoso o premeditado y seguro, y por los delitos puramente militares que tengan penal capital por la Ordenanza del Ejército.” Lo curioso de está “Ley Reglamentaria”, es que fue decretada por una Asamblea Nacional Constituyente y por ende con carácter constitucional.

la pena de muerte. El citado artículo prescribía lo siguiente: “La Constitución garantiza a los habitantes de la República, la vida, la honra, la seguridad individual, la libertad, la propiedad, la igualdad ante la ley y el derecho de defensa. Queda, en consecuencia abolida la pena de muerte.” Debe aclararse que a pesar que esta Constitución Política abolía la pena de muerte, constituía un texto constitucional moderno, que pretendía restablecer la Federación Centroamericana. Sin embargo, a pesar de haber sido firmada por los delegados de cuatro países centroamericanos: Guatemala, El Salvador, Honduras y Costa Rica, nunca cobró vigencia, quedando únicamente como un antecedente constitucional.

Después, al haber triunfado la revolución contra la dictadura del general Jorge Ubico, la Asamblea Constituyente decretó la Constitución de la República de Guatemala, el 11 de marzo de 1945, la cual en el artículo 52 reconocía la aplicación de la pena de muerte, pero que a diferencia de los anteriores textos constitucionales, incluía importantes avances, en cuanto a incluir la observancia del debido proceso para su aplicación; únicamente se permitía su imposición a varones mayores de edad; se establecía que la sentencia no se fundara en presunciones y se aseguraba la admisibilidad de los recursos pertinentes. A pesar de no abolirla, incluía la observancia de derechos constitucionales y de requisitos determinados para su imposición.⁹²⁷

Posteriormente, la Constitución, decretada por la Asamblea Constituyente el 2 de febrero de 1956, establecía en su artículo 69 que los Tribunales de Justicia impondrían la pena de muerte por los delitos que determinara la ley. Agregaba que no podría imponerse con fundamento en presunciones, ni podría aplicarse ni a las mujeres ni a los menores de edad. Por su parte, la Constitución decretada por la Asamblea Constituyente el 15 de septiembre de 1965, regulaba la pena de muerte

⁹²⁷ “Artículo 52. A nadie debe condenarse sin haber sido citado, oído y vencido en juicio. La pena de muerte sólo se aplicará previa sentencia dictada en juicio por los tribunales de la República, y por los delitos que determina la ley, cometidos por varones mayores de edad. Contra tales sentencias -que nunca podrán fundarse en prueba de presunciones cabrán siempre todos los recursos legales existentes, inclusive los de casación y gracia, exceptuándose los casos de invasión del territorio, plaza o ciudad sitiadas y movilización con motivo de guerra.”

en su artículo 54⁹²⁸ otorgándole un carácter extraordinario. Esta Constitución incorporaba nuevamente la mayoría de los aspectos, que en relación a la pena de muerte regulaba la Constitución de 1945.

La vigente Constitución Política de la República de Guatemala⁹²⁹ prescribe expresamente en su artículo 18, que la pena de muerte no podrá imponerse en 5 casos:

- 1) Con fundamento en presunciones;
- 2) A las mujeres;
- 3) A los mayores de sesenta años;⁹³⁰
- 4) A los reos de delitos políticos y comunes conexos con los políticos;⁹³¹ y,
- 5) A reos cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.

Establece además, que contra la sentencia que imponga la pena de muerte, serán admisibles todos los recursos legales pertinentes, inclusive el de casación; este siempre será admitido para su trámite. El referido artículo agrega *in fine*, que

⁹²⁸ “Artículo 54. La pena de muerte tendrá carácter extraordinario. No podrá imponerse con fundamento en presunciones, ni se aplicará a mujeres o menores de edad, a mayores de setenta años, a reos de delitos políticos, ni a reos cuya extradición haya concedida bajo esa condición. Contra las sentencias que impongan la pena de muerte serán admisibles todos los recursos legales pertinentes, inclusive los de casación y de gracia. Estos dos recursos no serán admitidos en los casos de invasión del territorio, plaza o ciudad sitiadas o movilización con motivo de guerra. La pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos.”

⁹²⁹ Fue decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985, e inicio su vigencia el 14 de enero de 1986.

⁹³⁰ La Constitución anterior (1965) establecía en el artículo 54, que la pena de muerte no se aplicaría a mayores de setenta años, por lo que la Constitución vigente, redujo en diez años el límite máximo de su aplicación.

⁹³¹ La Constitución Política de 1965, en su artículo 54, únicamente dejaba fuera de la aplicación de la pena de muerte a los reos de delitos políticos. La actual, lo amplió a los delitos comunes conexos con los políticos. Es de hacer notar, que cuando Guatemala aprobó y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hizo una reserva en cuanto a que en el país se podía aplicar la pena de muerte a los reos por delitos comunes conexos con los políticos. No obstante, con la promulgación de la actual Constitución Política, como se ha indicado, la excepción de la aplicación de la pena de muerte se extendió a esa clase de delitos, por lo que la mencionada reserva fue retirada posteriormente.

la pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos y que el Congreso de la República podrá abolir la pena de muerte.

La Corte de Constitucionalidad, en Opinión Consultiva de 22 de septiembre de 1993, expediente 323-93,⁹³² expresó, referente a la potestad que posee el Congreso de la República de abolir la pena de muerte, lo siguiente:

“Nuestra Constitución sigue una orientación restrictiva y abolicionista de la pena de muerte, toda vez que el artículo 18 citado contempla la posibilidad de abolirla del ordenamiento jurídico y faculta para ello al Congreso de la República, sin que tal decisión implique reforma constitucional, por lo que no requiere del rigorismo que debe cumplirse para reformar parcialmente las demás normas de la Constitución.”

La finalidad perseguida por el Constituyente es la de abolir la pena de muerte, por eso es que dejó plasmado en el texto constitucional la manera de abolirla, sin que se requiera necesariamente una reforma constitucional para el efecto, como reconocido la Corte de Constitucionalidad en el fallo citado. Si bien es cierto, que la Constitución Política de la República de Guatemala sigue una orientación restrictiva y abolicionista de la pena de muerte, a la fecha el Congreso de la República no ha demostrado una determinante voluntad de querer abolirla.

Es más, se percibe en la población que en lugar de presionar por su abolición, cuando suceden casos de impacto presiona por su inmediata aplicación y por una inflación de las sanciones penales. De implementarse, no constituiría una solución al problema delincriminal, como se ha demostrado en otros países.

⁹³² En esa misma Opinión Consultiva, la Corte de Constitucionalidad, efectúa un estudio comparativo entre la Constitución de 1985, actualmente vigente, con respecto a las 3 Constituciones anteriores (de 1945, 1956 y 1965) e interpreta que dichas Constituciones solamente hacen referencia a la pena de muerte, no para establecerla, sino para fijar los casos en que no podrá imponerse la misma y reforzar las garantías procesales de que dispone el condenado a esa pena. Agrega, que establecen excepciones, pero que la referencia común es que la ley determina los delitos en que procede imponerla. Sin embargo, la Constitución Política de la República, actualmente vigente, reconoce explícitamente la pena de muerte, aunque limita su aplicación.

Al contrario, significaría un alejamiento de los principios democráticos y de los principios informadores del Derecho Penal moderno, propios de un Estado Democrático de Derecho.

Actualmente en Guatemala, a pesar que el último fusilamiento ocurrió el 13 de septiembre de 1996, y las últimas muertes por la aplicación de inyección letal acaecieron en el año 2000, continúa vigente lo concerniente a la pena de muerte. El Código Penal regula 6 figuras delictivas que la incluyen⁹³³. Estas son las siguientes:

- 1) parricidio, artículo 131;
- 2) ejecución extrajudicial, artículo 132 bis;
- 3) plagio o secuestro, artículo 201;
- 4) desaparición forzosa, artículo 201 ter;
- 5) En caso de muerte del Presidente de la República o del Vicepresidente, (magnicidio), si las circunstancias del hecho, los medios empleados para realizarlo y los móviles determinantes, se revelare mayor y particular peligrosidad del responsable, artículo 383.

⁹³³ Los últimos delitos en ser excluidos de la imposición de la pena de muerte en Guatemala, es la violación calificada, contenida en el artículo 175 del Código Penal, que regulaba: “Si con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la ofendida, se impondrá prisión de 30 a 50 años. Se le impondrá pena de muerte, si la víctima no hubiere cumplido 10 años de edad.” No obstante, en el Decreto 9-2009 del Congreso de la República que contiene la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, en el artículo 69 referente a las derogatorias, se estableció la derogatoria, entre otros, del artículo 175 del Código Penal. El otro es el asesinato, contenido en el artículo 132 del Código penal, que en cuanto a la pena de muerte fue declarado inconstitucional por la Corte de Constitucionalidad en sentencia de 11 de febrero de 2016, expediente 1097-2015. La frase del artículo 132 del Código Penal, era: “[s]in embargo se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente. A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa”. Se estimó que el término de peligrosidad contenido en el artículo 132 del Código Penal, como elemento decisivo para la imposición de la pena, resultaba lesivo al principio de legalidad.

6) Delitos calificados por el resultado. Artículo 52 de la Ley Contra la Narcoactividad.

Resulta interesante exponer que Guatemala como Estado Parte de la CADH fue condenada por la Corte IDH en dos casos en los cuales el Estado de Guatemala había a su vez condenado a la pena de muerte a dos personas. Estos son los casos *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*⁹³⁴ y *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*.⁹³⁵ Como consecuencia de lo anterior, se estableció la obligación al Estado, de efectuar las modificaciones necesarias en los artículos 132 (asesinato) y 201 (plagio o secuestro) del Código Penal.

En ese sentido, deriva que Guatemala no puede establecer la pena de muerte para aquellos delitos que no la contemplaban antes de que Guatemala reconociera la competencia de la Corte IDH,⁹³⁶ como tampoco aplicarla en aquellos casos donde se fundamente en la peligrosidad del sujeto. Es así como en el primer supuesto, quedarían inmersos los delitos de plagio o secuestro, desaparición forzada y de delitos calificados por el resultado (en narcoactividad), por haber sido implementados con posterioridad al reconocimiento de la competencia mencionada. En el segundo caso, quedarían excluidos los delitos de parricidio, ejecución extrajudicial y el caso de muerte del Presidente de la República o del Vicepresidente (magnicidio). Por consiguiente, la aplicación de la pena de muerte vendría a ser inconsistente e inaplicable.

Por otra parte, la disminución de la violencia y el combate a la impunidad,⁹³⁷ deben realizarse con los mecanismos legales, dentro de un Estado Democrático

⁹³⁴ Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

⁹³⁵ Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

⁹³⁶ El 9 de marzo de 1987 Guatemala presentó en la Secretaría General de la OEA el Acuerdo Gubernativo No. 123-87 de 20 de febrero de 1987, por el que reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹³⁷ BARATTA propone un control alternativo de la violencia y la defensa de los derechos humanos, para lo cual sostiene que: "El control debe basarse en los principios de la igualdad y de la legalidad, es decir, debe evitar estratégicamente la criminalización de los más débiles y la

de Derecho y abolirse lo concerniente a la pena de muerte. La lucha para lograr tales objetivos continúa y en ese camino, debe existir una mayor promoción de los derechos humanos de las personas e iniciar una verdadera campaña de concientización de los mismos, para erradicar la concepción prevaleciente entre la generalidad de la población, como resultado del conflicto armado interno, que piensa que los derechos humanos protegen con exclusividad a los delincuentes.

También debe procurarse la abolición de la pena de muerte, porque no cumple con los fines resocializadores del Derecho Penal basado en la protección de los derechos humanos y evidencia la incapacidad del Estado en lograr dicho objetivo, pues tampoco evita la comisión de nuevos delitos como elemento disociador. La pena de muerte es aberrante y demuestra la falta de cumplimiento del principio de humanidad de las penas.

2.9 PROHIBICIÓN DE PENAS CORPORALES

Además de la pena de muerte, que constituye una pena corporal, existen otras sanciones penales aberrantes que causan un daño físico a la persona en su propio cuerpo, que provocan una violación evidente a la humanidad que deben tenerlas penas y afectan la dignidad de las personas. Así se tienen, azotes, suplicios, trabajos perpetuos, amputación, entre otras, que se aplicaban en la antigüedad y aún en forma aislada en época moderna. No fue hasta que los estudios efectuados por los penalistas del iluminismo, que basados en el contractualismo, influyeron notablemente a mediados del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX, en lograr superar la aplicación de las penas corporales y sustituirlas por penas privativa de libertad. Con esta humanización del Derecho Penal, la privación de la libertad se convirtió en la parte principal del sistema de

impunidad de los más fuertes y funcionar según reglas generales como garantía de las personas que pueden volverse objeto de él para evitar arbitrariedades y la formación de posiciones de poder conectadas con una excesiva discrecionalidad de la intervención. También en la defensa de los derechos humanos se deben respetar los derechos humanos hasta donde sea posible.” *Criminología y Sistema Penal, op. cit.* p. 351.

penas, pues hasta ese momento, la pena de privación de libertad no se aplicaba como pena, sino únicamente con carácter de prevención.⁹³⁸

Pareciera que en pleno siglo XXI la incorporación legal de las penas corporales resultara inimaginable. Sin embargo, lamentablemente todavía se presentan posiciones antigarantistas, que como resabios de tiempos pretéritos, pretenden que se aprueben leyes penales que incorporan penas corporales como la castración química en el caso de violadores.

Guatemala no es ajena a este tipo de discusiones que persiguen aplicar penas corporales. En el año 2012, el diputado Hugo Fernando GARCÍA GUDIEL, del Partido Patriota, presentó al Congreso de la República la iniciativa de ley 4459, denominada “Castración Química para Violadores y Pederastas y Quirúrgica para Reincidentes”, con el propósito que se aplicara una castración química en contra de los autores del delito de violación, especialmente cuando el mismo se efectuara de manera continuada o cuando se tratara de menores de edad.⁹³⁹

En la exposición de motivos de la referida iniciativa de ley, el diputado GARCÍA GUDIEL, pretendía reformar el artículo 173 del Código Penal (violación), al abarcar:

“[a]quellos aspectos que son esenciales para lograr el comportamiento propicio de aquellas personas que han sido condenadas por el delito de violación; este extremo conlleva a arribar

⁹³⁸ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*, op. cit. p. 286.

⁹³⁹ En la página oficial del Congreso de la República de Guatemala, puede leerse la declaración del diputado Fernando García Gudiel para justificar su posición: “La idea principal es que los violadores de los menores de edad, reciban una condena mayor a la que ya existe, por ello se está proponiendo que los responsables de las violaciones sean castrados químicamente mediante la aplicación de progesterona sintética, la propuesta también establece la castración quirúrgica a los reincidentes”, explicó el diputado García, en conferencia de prensa. “Vamos a realizar los cabildeos que se requieran ante las diferentes bancadas con representación en el Parlamento, para que podamos encontrar los consensos que nos permitan impulsar la aprobación inmediata de la Ley, porque las estadísticas que hemos recopilado nos muestran que al día en el país, se comenten entre 120 y 150 violaciones, lo cual es de suma preocupación”, añadió, el legislador de la bancada del Partido Patriota.” [Consulta: 11-11-2016] Disponible en: <http://www.congreso.gob.gt/noticias.php?id=2508>.

a la conclusión que para lograr este fin es evidente lo necesario que es la implementación de penas drásticas y efectivas como consecuencia de la comisión del delito; por lo mismo, incuestionable es la necesidad de la aplicación de la castración química como pena accesoria y complementaria a la carcelaria. El estricto cumplimiento de lo que en adelante se detalla es un componente importante para la búsqueda de aquellos cambios que deben de considerarse obligatorios respecto al comportamiento de las personas que cometen este hecho delictivo. La castración química consiste en la aplicación de un progestágeno llamado acetato de medroxiprogesterona que tiene como fin inhibir la libido y la actividad sexual de aquella persona que haya sido condenada por el delito de violación.⁹⁴⁰

Como puede observarse, se pretendía justificar la implementación de una pena drástica y efectiva como consecuencia de la comisión del delito, para dar respuesta a la necesidad de la aplicación de la castración química como pena

⁹⁴⁰ Iniciativa de Ley con número de registro 4459, p. 3. El artículo que se pretendía reformar era el 173 del Código Penal de Guatemala, que regula el delito de Violación. La modificación del mismo, se buscaba que quedara de la siguiente manera: "Artículo 173. Violación. Quien, con violencia física o psicológica), tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vía señaladas, u obligue a otra persona a introducirselos a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años. Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aun cuando no medie violencia física o psicológica. Para estos casos el responsable de la comisión del hecho será sancionado con pena de prisión de doce a veinticinco años y será obligatorio que se someta a el [sic] tratamiento de castración química. En el caso que el responsable reincida deberá ser aplicada la castración quirúrgica. Cuando la víctima sea persona mayor de catorce años y el responsable no posea antecedentes con respecto a este delito, podrá ser sometido a el [sic] tratamiento de acetato de medroxiprogesterona con carácter previo al momento de la recuperación de la libertad. Si la persona fuera reincidente la aplicación de éste tratamiento será de carácter obligatorio para que el condenado pueda recuperar su libertad. Si la persona fuera condenada por tercera vez por este mismo delito será obligatorio que se someta a la castración quirúrgica. El condenado deberá iniciar el tratamiento de castración química seis meses antes de la recuperación de libertad y deberá continuar con el tratamiento junto con ayuda psicológica hasta demostrar fehacientemente que la aplicación del mismo ya no es necesario. Obligatorio es informar a la persona sobre el efecto de la aplicación de este tratamiento y de cualquier consecuencia que se pudiera derivar del mismo. Toda persona que sea condenada al tratamiento relacionado deberá comprobar la recepción de la información que en este párrafo se menciona. La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos

accesoria y complementaria a la carcelaria de los autores de violación. Afortunadamente, la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República de Guatemala emitió dictamen desfavorable, al considerar que la referida iniciativa de ley podría ser inconstitucional, al afectar los derechos humanos de los agresores.

El 12 de agosto de 2016, el diputado José Alberto Hernández Salguero presentó un nuevo proyecto que pretendía la aplicación de la castración química. La iniciativa de ley 5136, denominada: “Reformas al Código Penal. Delito de violación. Aplicación del tratamiento terapéutico de orquiectomía”, la cual en lo atinente, dejaba abierta la posibilidad para que los violadores pudiera elegir entre cumplir la condena en prisión por el delito cometido, o bien, decidir si le era extirpados los testículos, en cuyo caso serían beneficiados con arresto domiciliario. No obstante, en caso de reincidencia, se aplicaría en forma automática la castración quirúrgica y además, los años de prisión que determine el juez. Actualmente dicha iniciativa se encuentra en la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República de Guatemala, para su estudio y dictamen correspondiente.

En otros países también se ha presentado la tendencia de querer aplicar la castración química. En España, en el año 2009 en Cataluña, debido las polémicas suscitadas por diversos casos como el del “segundo violador del Ensanche”, Alejandro Martínez Singul, quien fue detenido poco después de salir de prisión, tras cumplir una condena por 17 años, por una gran cantidad de violaciones. El gobierno catalán impulsó la creación de un comité de expertos que propuso, entre otras medidas, la aplicación de la libertad vigilada, la creación de un banco de ADN codificado de violadores condenados o la implantación de un programa de tratamiento con inhibidores hormonales para aquellos delincuentes sexuales –

violadores reincidentes o pedófilos– que lo solicitaran.⁹⁴¹ No obstante, el programa no ha tenido éxito.

En Francia, Nicolás Sarkozy, ex presidente de ese país, propuso la utilización de la castración química en los caso de pederastas.⁹⁴² En 1996, el Estado de California, fue el primer Estado de los Estados Unidos de América, en aprobar la castración química como condición ineludible para que algunos presos pederastas pudieran acogerse a la libertad condicional.⁹⁴³

En la actualidad, son nueve los Estados de los Estados Unidos de América que aplican la castración en casos de abusos sexuales graves a menores. Estos son: California, Florida, Georgia, Iowa, Luisiana, Montana, Oregón, Texas y Wisconsin. Polonia fue el primer país en Europa en aprobar la aplicación de esta medida. La realizó el 25 de septiembre de 2009. Luego le siguieron Rusia, el 4 de octubre de 2011; Moldavia, el 6 de marzo de 2012; Estonia en junio de 2012. En Asia, Corea del Sur la aprobó el 2 de enero de 2013. En estos países la castración química es obligatoria en los supuestos que regula. Existen otros países donde la castración química es voluntaria, como sucede en el Reino Unido, España, Australia y Francia.⁹⁴⁴

Pretender aplicar la castración para ciertos delitos sexuales no es novedoso. Desde tiempos remotos, se aplicó para ciertas conductas reprochables, la extirpación de los testículos o emasculación.⁹⁴⁵ No obstante, sus consecuencias fueron desastrosas, puesto que la brutalidad que se empleaba para lograr tal

⁹⁴¹ DIARIO ABC del 2 de abril de 2012. [Consulta: 15:03-2015]. Disponible en: <http://www.abc.es/20120209/local-cataluna/abci-castracion-201202091435.html>

⁹⁴² DIARIO EL PAÍS. España, del 20 de agosto de 2007. [Consulta: 15-03-2015]. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2007/08/20/actualidad/1187560811_850215.html

⁹⁴³ DIARIO EL PAÍS. España, del 19 de septiembre de 1996. [Consulta: 15-03-2015]. Disponible en: http://elpais.com/diario/1996/09/19/sociedad/843084003_850215.html

⁹⁴⁴ BBC MUNDO. Inglaterra, del 12 de octubre de 2016. [Consulta 4-03-2017]. Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-37634458>

⁹⁴⁵ COBOS CAMPOS, Amparo Patricia. “Castración química ¿Vulneración de derechos humanos o penas? *Iter Criminis* No. 7. Sexta Época, octubre – diciembre 2014, p. 48.

cometido, así como la ausencia de asepsia, provocaban en muchas ocasiones la muerte de la persona castrada. Actualmente con los avances científicos, ha surgido la castración química como un procedimiento alternativo a la castración tradicional, pero no por ello seguro en cuanto al objetivo para la que se pretende aplicar.

La castración química en sus orígenes surgió como un tratamiento para los hombres que padecían de cáncer avanzado de próstata. Consiste en un tratamiento indoloro que pretende reducir la libido de los violadores y pedófilos con el objeto de impedir que vuelvan a reincidir. Normalmente se utilizan dos opciones. La primera consistente en inyectar a los pacientes una vez al mes, con una hormona que actúa sobre los neurotransmisores que controlan la producción de esperma y de testosterona y la segunda, mediante la toma de una pastilla diaria de acetato de ciproterona, que es una sustancia que inhibe la libido.

Sin embargo, se cuestiona éticamente su aplicación. Además, se pone en duda su efectividad completa y por último se considera que violenta el principio de humanidad de las penas y la CADH y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. En ese sentido, el artículo 5.1 y 5.2 de la CADH prescriben lo siguiente:

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

Por su parte, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, regula que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”⁹⁴⁶ La utilización de la

⁹⁴⁶ También puede citarse el artículo 10.1 del mismo Instrumento Internacional, que regula que toda persona privada de libertad deberá ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

castración química atenta contra la integridad física del delincuente y constituye una pena corporal que definitivamente afecta la dignidad de las personas y violenta el principio de humanidad de las penas.

En su obra *De Cive*, Tomas HOBBS popularizó la conocida frase de PLAUTO: “*homo homini lupus*”⁹⁴⁷ y expuso claramente el egoísmo de la naturaleza humana que facilita que el propio ser humano cometa acciones contra otros seres humanos, y que dentro de la concepción contractualista un Estado fuerte y con suficiente autoridad proteja a la colectividad social. Lo anterior, no significa que el Estado actúe con un absolutismo tal, que su actividad supere los derechos humanos de las personas. La tentación en que incurren muchos Estados en querer incrementar severamente las penas, sin importar la utilización de penas corporales degradantes para el reo; o pretender efectuar una escisión injustificada entre “ciudadanos” y “no ciudadanos”, no tiene cabida en un Estado Democrático de Derecho inclusivo.

Únicamente, con la observancia de los principios informadores del Derecho Penal, que no pretenden tan solo limitar el *ius puniendi*, sino que además se garantice la plena observancia de los derechos fundamentales de las personas, mediante la aplicación de un Derecho Penal mínimo, que aunque con muchas imperfecciones, representa hasta la fecha el sistema más completo para lograr la convivencia social resquebrajada por la actividad delictiva. No debe olvidarse que no es mediante el garantismo que el Estado logrará la eficacia en su lucha contra la impunidad, pues no es esa su función, sino al contrario este busca que la actuación del Estado se encuentre legitimada dentro de los parámetros constitucionales y de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

⁹⁴⁷ HOBBS, Thomas. *De Cive*. Traducido por Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Editorial, 2000, pp. 33-34, al respecto, expresa lo siguiente: “Para hablar imparcialmente estos dos dichos son muy verdaderos: que el hombre es un especie de Dios para el hombre y que el hombre es un auténtico lobo para el hombre. Lo primero es verdad si comparamos unos ciudadanos con otros; y lo segundo si comparamos ciudades. En el primer caso hay una cierta analogía de semejanza con la Deidad, a saber: justicia y caridad, que son hermanas gemelas de la paz. Pero en el otro, hombres buenos han de defenderse adoptando como santuario las dos hijas de la guerra: el engaño y la violencia, o, dicho en términos más claros, una brutal rapacidad.”

Para efectuar tal lucha, el Estado debe basar su política criminal en un Derecho Penal mínimo, de *ultima ratio*, proporcional, humano, etc., que permita combatir la impunidad, dentro de los mecanismo legales, con plena observancia de los derechos fundamentales, este debe ser el camino. Pues, como la Corte IDH⁹⁴⁸ lo ha estimado, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita.

3. PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

3.1 IMPORTANCIA

En conexión con el principio de humanidad se encuentra insoslayablemente unido el principio de resocialización del recluso. Con el devenir histórico ha variado la concepción de la pena. BARATTA afirma que el pensamiento penal después de la segunda guerra mundial se orienta preferencialmente hacia una ideología utilitarista–humanística de la pena, en cuyo ámbito está ubicada en primer plano la función de resocialización.⁹⁴⁹ No obstante, esta transformación del pensamiento penal, que otrora había efectuado una clasificación de los delincuentes que habían guiado la definición de los fines preventivo-individuales de la pena, hacia la aplicación de conocimientos pedagógicos-sociales más evolucionados, surgió a partir de los años ´60.⁹⁵⁰

Estos cambios provocaron, en primer lugar, que el fin de la pena se definiera de una manera uniforme mediante el concepto de “resocialización”. En segundo

⁹⁴⁸ Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*, sentencia de 18 de noviembre de 2004 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 81.

⁹⁴⁹ BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal*, op. cit. p. 14.

⁹⁵⁰ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit. p. 36.

lugar, se procuró dar cabida a las consideraciones que ponen de manifiesto la *corresponsabilidad* de la sociedad en el delito, abandonando el causalismo antropológico y biológico anterior, cuyo déficit de verificación empírica lo hacía científicamente insostenible. Y, en tercer lugar, se subrayó la importancia de la ejecución penal basada en la *idea de tratamiento*.⁹⁵¹

En el Derecho Penal moderno no puede considerarse como finalidad de las penas, la retribución de la culpabilidad. Al contrario, persigue prevalecer la resocialización como un principio limitador de la potestad punitiva estatal y como un derecho de la persona, en cuanto se le protegerá adecuadamente aún y cuando se le haya condenado por la comisión de un hecho delictivo y se utilizarán los mecanismos apropiados para lograr su reinserción a la sociedad. No se pretende la abolición de las penas, sino su relativización mediante la búsqueda de una resocialización del condenado.

Aunque, en realidad, tal pretensión en muchas ocasiones pareciera ser más teórica que práctica. Sobre todo si se observa la manera en que se encuentran sobrepobladas las prisiones y la carencia de políticas tendentes a lograr la reinserción a la sociedad de los condenados, por lo que en la práctica se cumple una función retributiva.

3.2 SU INCLUSIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

El principio de resocialización se encuentra regulado en el artículo 25.2 de la Constitución de España, que establece: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.” De la lectura del artículo precedente se colige que el referido artículo contempla la exigencia referente a que la orientación que debe otorgársele a las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad es la búsqueda de la reeducación y la reinserción social.

⁹⁵¹ *Ibidem*, p. 36.

MAPELLI CAFERANA indica que la expresión resocialización se ha ido incorporando de forma generalizada en los ordenamientos jurídicos penitenciarios, pero con muy variados términos. Así, por ejemplo, agrega, que en España se utilizan los de “reinserción social” y “reeducación” y que contrasta, por lo demás, la falta de contenido de dichas expresiones en el propio ordenamiento jurídico y esto es algo común a la mayoría de las legislaciones penitenciarias.⁹⁵²

Efectivamente, se ha criticado la dificultad interpretativa que representan los términos de “reinserción social” y “reeducación” en el texto constitucional, sobre todo por su vaguedad.⁹⁵³ Sin embargo, no todo ha sido crítica negativa, pues la

⁹⁵² MAPELLI CAFERANA, Borja. “Criminología y Ejecución Penal”. *Prevención y Teoría de la Pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, pp. 179-180.

⁹⁵³ Para tener una mejor idea en cuanto a lo que hacen referencia estas críticas, ZAPICO BARBEITO, Mónica, explica lo siguiente: “Sin embargo, debido a las dificultades de interpretación que suscita el artículo 25.2 de la CE, ha sido objeto de numerosas críticas tanto doctrinal como jurisprudencialmente. El primer problema que plantea es que se refiere a la “reeducación y la reinserción social” pero no ofrece ninguna definición de ambos conceptos. Se trata de conceptos indeterminados que exigen una interpretación y delimitación para tratar de conocer exactamente a qué se refería el legislador constituyente al decir que las penas se orientaran hacia la reeducación y la reinserción social. A nadie se le escapa que esta es una cuestión importante, pues sabiendo el alcance de estos conceptos podremos entender, por una parte, cuando no estamos ante una verdadera política de reorientación de las penas hacia la reinserción y, por otra parte, de qué modo han de ser los tratamientos en prisión para lograr este objetivo. El segundo problema que plantea es que únicamente se refiere a la reinserción y reeducación social como mandato orientador de las “penas privativas de libertad”, olvidándose del resto de penas previstas en el Código Penal (CP). Parece más acertada la opinión de RODRIGUEZ DEVESA quien considera que la reinserción y reeducación debería extenderse al resto de las penas, tanto las pecuniarias como las privativas de derechos. De todos modos, algunos autores han entendido que la Constitución limita acertadamente la reinserción y la reeducación social a las penas privativas de libertad, al entender que el resto de las penas, por ser cumplidas en régimen de libertad, no comprometerían los vínculos sociales de la persona y por tanto no afectarían a su reinserción. Un tercer problema que presenta el artículo 25.2 CE es la ambigüedad que supone la referencia a que las penas “estarán orientadas” a la reeducación y la reinserción. Surge así el debate sobre si el legislador constituyente quería caracterizar o no la reinserción y la resocialización como fin exclusivo y excluyente de la pena privativa de libertad, o bien esta expresión permite al mismo tiempo dar entrada a otros fines de la pena –los preventivos generales o especiales– ya que, como veremos, las consecuencias de una u otra interpretación son muy diferentes y en nada intrascendentes. El cuarto problema, y que constituye el núcleo de este trabajo, es si nos encontramos o no ante un derecho fundamental a la reinserción social. Su trascendencia radica en que las consecuencias en cuanto a la protección que recibe un derecho fundamental son sustancialmente diferentes a las que se derivan de un mero mandato orientador de la política penal, penitenciaria, la actuación del poder judicial o ante un principio constitucional. En quinto y último lugar, aunque no menos importante, una vez analizada cual puede ser la naturaleza de la reinserción, en qué consiste y cuáles son los problemas que plantea la interpretación del artículo 25.2 CE, interesa analizar la situación de la resocialización en la actualidad. Pues, al margen de las discusiones sobre su auténtica naturaleza, no resulta una novedad decir aquí que nos encontramos en un momento de crisis

constitucionalización en el artículo 25.2 de la Constitución de estos dos temas (el fin de la reeducación y la reinserción social de las penas privativas de libertad y el reconocimiento de los derechos fundamentales a favor del colectivo social de los reclusos), hace que estemos en presencia de un precepto original e innovador, ya que carece de parangón en los textos constitucionales históricos, así como en los de los países más significativos del entorno cultural español.⁹⁵⁴

El Tribunal Constitucional Español ha considerado⁹⁵⁵ que el principio de resocialización no constituye un derecho fundamental, sino que se trata de un mandato del constituyente dirigido al legislador, con el propósito de orientar la política penal y penitenciaria, del que no se derivará ningún derecho subjetivo.

En Guatemala por su parte, el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en lo conducente, establece que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos. En Opinión Consultiva de 28 de enero de 1987; expediente 170-86, la Corte de Constitucionalidad declaró que:

“El espíritu del artículo 19 Constitucional se refiere expresamente a "readaptación social", esto es, a un eficaz tratamiento del recluso orientado a su readaptación social y reeducación. Para la readaptación han existido distintos sistemas, entre ellos, el progresivo, a través de un seguimiento de la conducta y el de individualización científica; pero ambos casos se refieren a sistemas a practicar en los establecimientos penitenciarios.”

de, no solo la reinserción como un derecho fundamental, sino del ideal resocializador”. “¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE”. *Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional: Anuario da Faculta de Dereito da Universidad e da Coruña –AFDUDC-*, 2009, no. 13. p. 921.

⁹⁵⁴ DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. “El artículo 25.2 CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Enero 2004, número Extraordinario, p. 341.

⁹⁵⁵ Entre otras, en sentencias SSTC 91/2000, de 30 de marzo (FJ 9º) y 8/2001, de 15 de enero (FJ 1º)

La Corte de Constitucionalidad, delimita claramente los efectos de la readaptación social a ser practicados “en los establecimientos penitenciarios. Es decir, no acepta el intérprete máximo constitucional, que pueda ser factible legalmente, de acuerdo con el texto constitucional, resocializar a una persona que se encuentre privada de su libertad.

3.3 NECESIDAD DE LA REINserCIÓN

Autores como BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZABAL MALARÉE⁹⁵⁶ consideran que:

“[e]l postulado resocializador y reeducador del art. 25.2 CE debe entenderse en la dirección de búsqueda de alternativas a la prisión, ya que una resocialización mediante la cárcel es una contradicción de principios, pues no se puede educar para la libertad, precisamente privando de libertad. También, como se ha destacado, la resocialización de por sí resulta cuestionable, ya que no se puede determinar a qué tipo de sociedad, ni tampoco hasta qué punto puede intervenir el Estado en la conciencia del sujeto, ni cuáles son los valores cuestionados, cuáles los de reemplazo y por qué...”

Ciertamente, de manera general se cuestiona muchas veces, como hacen estos autores, que se pueda resocializar a una persona que se encuentre privada de su libertad, debido a lo inasequible que resulta dar cumplimiento a los procedimientos pedagógicos para lograr tal finalidad. Contrario a ello, la prisión se convierte en un centro de educación para el aprendizaje de nuevas modalidades delictivas⁹⁵⁷ o para lograr el perfeccionamiento de las ya adquiridas, lo que

⁹⁵⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, *op. cit.*, p. 177.

⁹⁵⁷ Ver para el efecto el artículo escrito por el profesor CID MOLINÉ, JOSÉ, de la Universidad Autónoma de Barcelona, titulado: “¿ES LA PRISIÓN CRIMINÓGENA? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2007, 2ª. Época, No. 19, p. 435. En la nota a pie de página No. 10, específicamente, se indica lo siguiente: “10 Dejong analiza una muestra de hombres (n. 4.505)

redunda lamentablemente en que se incremente para los delincuentes primerizos, la probabilidad de reincidencia, lo que confirma el carácter criminógeno de la prisión.

Aunado a lo anterior, existen diversas corrientes ideológicas en el ámbito penal, que han criticado la posibilidad de lograr una efectiva resocialización del condenado.⁹⁵⁸ MEDINA CUENCA, asevera que estas y otras realidades han reforzado el criterio de que la cárcel sea considerada como un mal necesario y de imposible desaparición, con muy escasas posibilidades de transformar la conducta de los internos, lo que sitúa en un retorno al afianzamiento de los fines retributivos de la pena privativa de libertad, que de hecho convertiría a las prisiones en un simple lugar de castigo.⁹⁵⁹

condenados a diferentes penas (prisión y pena alternativa) y se hace un seguimiento de 3 años. Se utiliza un método cuasi-experimental con grupo de control no equivalente. Las variables analizadas son: edad, historial delictivo, estado civil y ocupación (empleado-desempleado). Los resultados muestran que respecto de los/as delincuentes primerizos, la prisión, en comparación a la pena alternativa, incrementa la probabilidad de reincidencia, concluyendo la autora que, respecto de esta clase de delincuentes, se confirma el carácter criminógeno de la prisión. Este efecto criminógeno de la pena de prisión también se produce con las personas con menos vínculos sociales. En cambio, para las personas con antecedentes y para las personas con más vínculos sociales, el tipo de pena no opera como variable relevante de la reincidencia.”

⁹⁵⁸ FALCÓN Y TELLA es del criterio que se debe resocializar a la sociedad y no al delincuente. Para el efecto, estima: “Si se considera que es la propia sociedad la que genera el conflicto, cabe preguntarse ¿qué sentido tiene entonces hablar de resocialización del delincuente para adaptarlo a una sociedad no ideal, sino conflictiva en sí? Hablar de resocialización del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad a la que se quiere convertir al infractor es una sociedad justa, con un orden social y jurídico justo. Cuando no es así, ¿para qué sirve la resocialización? ¿No habría primero que empezar por resocializar a la sociedad? ¿Para qué se va a socializar a un joven si cuando salga de prisión regresará a un hogar destrozado, en un barrio marginal de la ciudad, sin un puesto de trabajo y rodeado de amigos y compinches delincuentes? Se propone, frente a la resocialización del delincuente, la resocialización de la Sociedad, haciéndola menos injusta, con menos desigualdades sociales y con unas estructuras que induzcan cada vez menos al crimen. Y en cualquier caso, a modo negativo, hay que evitar la desocialización del delincuente por la propia sociedad. El éxito del tratamiento no dependerá ni exclusivamente ni prioritariamente del éxito en la aplicación de la pena privativa de libertad y de las demás sanciones penales, sino, en gran medida, del modelo de sociedad, o sea, de un factor de carácter extrapenitenciario. Aunque el comportamiento intrapenitenciario sea ejemplar, se trata de un comportamiento asistido. Pero, ¿qué pasará cuando desaparezca la asistencia penitenciaria y el sujeto salga de nuevo al mundo exterior y no limite sus movimientos al recinto cerrado de la prisión? En este sentido, se ha dicho que “es muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad”. VID. “Límites al Derecho de Sancionar”. *Anuario de Derechos Humanos*. 2005, Nueva Época, vol. 6, pp. 235-237.

⁹⁵⁹ MEDINA CUENCA, Ariel, *op. cit.* p. 104.

La prevención especial en cuanto a la resocialización genera posturas antagónicas irreconciliables en cuanto a sus procedimientos, a sus efectos y en general, a la forma de enfrentar el tema sancionatorio penal. En efecto, por una parte se observan posturas radicales que propugnan por la corresponsabilidad social incluida en el fenómeno delincencial y que por tanto niegan categóricamente que la sociedad se encuentre legitimada para resocializar al autor de un delito.

Lo anterior, ya sea que utilicen mecanismos coercitivos para imponer su voluntad respecto del condenado. Como voluntariamente sucedería en el supuesto que se le pidiera su opinión al mismo, respecto de su reinserción a la sociedad. Consideran que quien debe resocializarse no es directamente el autor, sino la sociedad, quien en definitiva ha sido la responsable de la conducta del autor que lo ha llevado a delinquir, al permitir el establecimiento de un sistema socioeconómico injusto.⁹⁶⁰ Así:⁹⁶¹

“La primera objeción que se formula hoy contra la idea de resocialización se refiere al objeto mismo de dicha idea [...] es lógico que se pregunte hasta qué punto tiene sentido hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma la delincuencia. No el delincuente, sino la sociedad, es la que debería ser objeto de una resocialización. Hablar de resocialización

⁹⁶⁰ “A los procesados, tras los barrotos, se les niega el derecho a la libertad por requerir de “tratamiento penitenciario” que supuestamente los ha de llevar a su “resocialización”; pero, paradójicamente, ni lo uno ni lo otro existe. Nuestros funcionarios no están en condiciones de hacer el escrutinio de personalidad que ordena el frío texto de la ley. ¡Estamos condenados a la sinrazón! Nuestros jueces condenan a lo imposible: creyendo enviar un hombre a la reeducación, a la resocialización, a la rehabilitación, lo condenan a formarse en la universidad del crimen, en la holgazanería, a la desnutrición, al horror; y de paso, se hace gala de una filosofía peligrosista, que juzga a los hombres no por lo que hacen sino por lo que son; estamos frente a un derecho penal de autor, que no logró erradicar nuestro legislador pese a que consagró tajantemente el principio de culpabilidad (arts. 5° y 61), y, por ende, un derecho penal de acto.” ESCOBAR MEJÍA, J. Guillermo y LONDOÑO BERRÍO, Hernando. “El tratamiento penitenciario (art. 68 del C. P.) desde la perspectiva criminológica y político criminal”. *Nuevo Foro Penal*, enero, febrero, marzo, 1985, año VII, no. 27, p. 81.

⁹⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. “La resocialización del Delincuente, análisis y crítica de un mito”. *Cuadernos de Política Criminal*, 1979, no. 7, p 93.

del delincuente solo tiene sentido cuando la sociedad en la que va a integrarse tiene un orden social y económico que se estima justo.”

Pero ante esta posición, resurge con bríos la tradicional postura conservadora que propugna por un regreso irremediable a las teorías absolutas de la pena, con un discurso más individualista y que pretende justificarse en una superior igualdad y justicia en la determinación de la pena. De esta forma, se encuentran autores como ERNST-AMADEUS y KOHLER, junto a sus discípulos, quienes fueron los iniciadores de esta tendencia. Aunque acorde con lo que asevera DURÁN MIGLIARDI, sin lugar a dudas es el profesor JAKOBS quien, con su cambio radical de LUHMANN a HEGEL, dio partida de nacimiento al neo-retribucionismo.⁹⁶²

Estas posiciones antagónicas y extremistas, pueden ser perfectamente matizadas por el principio de reinserción. No se puede alejar de la realidad y tratar de ocultar subrepticamente lo inalcanzable que ha resultado lograr la reinserción social. Es cierto, la cárcel no es la solución, dada sus consecuencias criminógenas, pero tampoco resulta certero seguir una corriente abolicionista que resulta muy teórica y alejada de la realidad. Aunque, ante el aparente fracaso resocializador queda seguir luchando, porque:⁹⁶³

“La meta no debe por tanto variar. La meta a alcanzar mientras exista la cárcel, que parece ser estará con nosotros durante mucho tiempo, debe seguir siendo la resocialización. Ciertamente es una empresa difícil pero no por ello, estamos de acuerdo con Roxin (1981) hay que dejar de intentarlo. Porque la resocialización es, en todo caso, y repitiendo, la única esperanza que nos queda para alcanzar ese Derecho penal menor del que habla Radbruch. Es la inexcusable vía

⁹⁶² DURÁN MIGLIARDI, Mario. “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neoproporcionalismo en el Derecho penal actual”. *Revista de Filosofía*, 2011, vol. 67, p. 124.

⁹⁶³ SANZ MULAS, Nieves. “Sistema de Sanciones en España y Colombia. Alternativas a la prisión”, *Revista Justicia*. 2011, no. 20, p. 140.

hacia ese anhelado Derecho penal mínimo; un camino que necesariamente nos obliga afrontar el asunto de las alternativas a la cárcel.”

Realmente, no debe olvidarse la orientación garantista que persigue un Derecho Penal mínimo en el cual se respeten los derechos de las personas y el mismo se aplique únicamente en aquellos supuestos estrictamente necesarios, teniendo a la persona y su dignidad como aspectos intrínsecos de su concepción. COTE-BARCO explica que cuando la prevención especial se orienta con la idea de resocialización, la misma resulta acorde con los postulados del Estado Social de Derecho, debido a que el criterio para la imposición de la sanción es la no comisión futura de más delitos, lo que parece ser coherente con la idea utilitaria del Estado Social. Con mayor razón si tenemos en cuenta que esta teoría pone su acento en el efecto que la reacción estatal debe tener sobre la persona que ha delinquido.⁹⁶⁴

La configuración del Estado como un Estado Democrático de Derecho implica necesariamente una limitación indispensable al Derecho Penal. A recomponer sus alcances y delimitar específicamente su ámbito de aplicabilidad a su mínima expresión. Es decir, aboga por una concepción de Derecho Penal mínimo donde prevalezcan una serie de principios informadores constitucionalizados, que regulen de forma coherente los límites que debe tener el Estado en el ejercicio de la potestad punitiva.

En definitiva, en los casos en los cuales luego de un procedimiento ajustado a derecho se condena a una persona, precisa que durante su reclusión se consiga reincorporar al recluso a su vida de libertad anterior, a resocializarlo con la finalidad de evitar un mal mayor que agrave los efectos desocializadores. Para finalizar, en lo concerniente a la resocialización:

⁹⁶⁴ COTE-BARCO, Gustavo Emilio, *op. cit.* p. 142

“Cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad, disminuyendo en su caso los factores de marginación previa que afectan a la mayor parte de los reclusos. Así debe entenderse el principio de resocialización en un Estado democrático, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal.”⁹⁶⁵

De todos los principios informadores del Derecho Penal, el único que no se ha cumplido a cabalidad y muestra un sesgo muy grande en cuanto su propósito es precisamente el principio de resocialización. Solo basta con observar cómo se encuentra el sistema penitenciario para comprender lo nulo que ha resuelto en la práctica conseguir que se cumpla con este principio básico penal.

Las críticas a la inoperatividad de la resocialización han venido de las distintas corrientes del derecho penal. Así, se encuentran las críticas producidas por conservadores, liberales progresistas, marxistas, neo retribucionistas e incluso de la misma corriente garantista. La reinserción a la sociedad de los reclusos se ha transformado en un objetivo inalcanzable. Las condiciones de vida en la prisión son aberrantes. Aunado a ello, la propia sociedad es criminógena y la reinserción deviene en dificultosa, pues una vida en prisión difícilmente puede conducir a la resocialización del recluso.

No obstante, la imposibilidad práctica que ha representado la resocialización de los reclusos, la resocialización como tal debe ser observada en la medida de lo posible por constituir un principio informador del Derecho Penal y encontrarse regulado en las distintas Constituciones que pretender que el reo se

⁹⁶⁵ MIR PUIG, Santiago, *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, op. cit. pp. 143-144.

incorpore a la sociedad. La inocuización y la segregación social en boga en algunos países que alaban su eficacia, pretender apartar a los individuos debido a su peligrosidad, lo cual representa un retroceso en el ámbito penal. Con todo y sus imperfecciones, debe continuar la difícil lucha para mantener el ideal resocializador en un mundo cada vez más reaccionario, que se desplaza hacia la inobservancia de los derechos fundamentales y subrepticamente se dirige a una sociedad autoritaria.

4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

4.1 PLANTEAMIENTO JUSTIFICATIVO

Otro de los principios informadores básicos del Derecho Penal, lo constituye el principio de proporcionalidad, también denominado prohibición de exceso,⁹⁶⁶ Este principio limita la potestad punitiva del Estado, al propugnar por una adecuada estabilización entre la conducta reprochable y la reacción estatal para reprimirla. Constituye un juicio eminentemente valorativo e interno sobre la coherencia o equilibrio que debe existir entre los elementos de los preceptos jurídico-penales (o entre el hecho delictivo y la pena concreta, desde la perspectiva del juez) y se trata de un juicio impreciso, en parte condicionado por la heterogeneidad de las magnitudes comparadas (delito y pena).⁹⁶⁷

Sin embargo, este principio a pesar de ser uno de los principios informadores del Derecho Penal, resulta ser uno de los más violentados en la *praxis*. Efectivamente, puede observarse a menudo como en la individualización

⁹⁶⁶ Al principio de proporcionalidad, también conocido como prohibición de exceso, se le ha denominado de otras formas. Así, ROJAS, Ivonne Yenissey, menciona otros nombres, entre estos se encuentran, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia. VID. "La proporcionalidad en las penas", en *Iter Criminis: Revista de Ciencias Penales*, mayo – junio 2008, no.3, Cuarta Época, p. 85.

⁹⁶⁷ NAVARRO FRÍAS, Irene: "El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance general de costes y beneficios?", en *indret: Revista para el análisis del Derecho*. 2010, no. 2, p. 18.

de la pena, se irrespeta cotidianamente la igualdad que debe existir de forma indefectible, entre los sujetos pasivos que fueron condenados en sentencia dictada por los jueces penales competentes. Pero también, al analizar las leyes penales, se determina la excesiva penalización efectuada por el legislador en algunos delitos.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, fue el primer instrumento que incluyó dentro de su texto, el principio de proporcionalidad de las penas. En el artículo VII, estableció que: “La ley no debe de establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.” Con respecto a la proporcionalidad de las penas, BECCARIA expresaba que:⁹⁶⁸

“No sólo es interés común que no se cometan delitos, pero aún lo es que sean menos frecuentes, a proporción del daño que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos, a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerles. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas.”

De esa manera, dentro de la concepción contractualista, propugnaba por la aplicabilidad del principio de proporcionalidad estableciendo como parámetro para su determinación el daño social que provocaran los delitos cometidos. La reacción estatal debía ser proporcional al daño ocasionado.

⁹⁶⁸ BONESANA, César, Marqués de BECCARIA, *op. cit.*, p. 68; MIR PUIG: *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, Segunda Edición, 2003, p. 142, comenta lo expuesto por BECCARIA, de la siguiente manera: “Viceversa, si el daño social causado por un delito es leve, la necesidad social de su prevención no será tan imperiosa como para justificar el recurso a graves penas. Por último, si la proporcionalidad fuese dejada de lado y se previesen penas igualmente graves para los delitos poco dañosos y los muy perniciosos, al delincuente le sería indiferente, en caso de duda, elegir la comisión de unos o de otros. Piénsese, pongo por caso, en lo que podría suceder si el hurto y el robo con homicidio tuviesen señalada idéntica penalidad: sin duda, aumentaría la frecuencia de comisión del robo con homicidio.”

Este principio fluye de la idea de Estado de Derecho⁹⁶⁹ y se fundamenta en el valor justicia, en el sentido de establecerse que la pena debe encontrarse relacionada distributivamente con el delito. En otras palabras, mediante la observancia de este principio se procura evitar la aplicación de una pena demasiado severa o bien, discordante con el hecho delictivo cometido, de conformidad con la prevención del delito que se pretende.⁹⁷⁰

Significa que la gravedad de la pena o de las medidas de seguridad debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente. Esto se ejemplifica al referirse que no es lícito castigar con una larga pena de privación de libertad un hurto insignificante, ni puede ser sometido a una importante medida privativa de libertad quien demuestra solamente peligro de cometer algún hecho de escasa trascendencia.⁹⁷¹

En efecto, este principio se sustenta en el Estado de Derecho y se pretende mediante su observación, que al establecerse en la ley penal, o al ser aplicada la ley al caso concreto, exista una correlación entre la gravedad del delito y la pena con que el mismo se sancione. Ello deviene en la necesidad que se produzca la proporcionalidad entre los mismos. MIR PUIG, en ese sentido, expresa que la necesidad de proporcionalidad constituye también una exigencia del Estado democrático: un Derecho Penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se

⁹⁶⁹ Para ROXIN, el principio de proporcionalidad fluye de la idea del Estado de Derecho, y por lo tanto tiene rango jurídico constitucional y concreta el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso: los daños y peligros que parten del autor deben soportarse, a pesar del interés preventivo en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que conllevaría la medida para el implicado. *VID. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, la estructura del delito, op. cit.*, p. 106. Por su parte ROJAS, Ivonne Yenissey, expone que el principio de proporcionalidad tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la “proporcionalidad” de las leyes, ligándolo con el principio de “Estado de Derecho” y por ende, con el valor justicia. Agrega que este principio caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho. *Op. cit.*, pp. 85-86.

⁹⁷⁰ Para ROXIN, el principio de proporcionalidad significa solamente una prohibición del exceso en el marco de la duración de una sanción determinada sólo preventivamente, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, la estructura del delito, op. cit.*, p. 103.

⁹⁷¹ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal, op. cit.*, p. 141.

asignan. Exigir proporción entre delitos y penas no es, en efecto, más que pedir que la dureza de la pena no exceda de la gravedad que para la sociedad posee el hecho castigado.⁹⁷²

El principio de proporcionalidad cobra especial trascendencia,⁹⁷³ al constituir un límite a la potestad punitiva estatal, pues la exigencia de que se observe una proporcionalidad en la aplicación de las penas por los delitos cometidos conlleva la protección de los derechos fundamentales. Ya desde tiempos del iluminismo, BECCARIA⁹⁷⁴ pensaba visionariamente, que:

“Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último.”

Que el legislador logre un equilibrio entre los delitos y las penas, para que no se produzca una desproporcionalidad en las mismas y por ende, una violación a los derechos fundamentales del condenado, es esencial en un Estado Democrático de Derecho. Lo anterior, porque el momento judicial adquiere especial importancia la solución *justa* de los casos juzgados, lo que implica que cada sujeto sea castigado en proporción al daño causado y la peligrosidad del

⁹⁷² *Ibidem*, p. 142.

⁹⁷³ De acuerdo con BACIGALUPO, Enrique: “El principio de proporcionalidad tiene también trascendencia en la medida en la que el derecho penal constituye una limitación de derechos fundamentales: entre las condiciones bajo las cuales es legítima la limitación de un derecho fundamental se encuentra también la proporcionalidad que debe existir entre la limitación y la importancia del derecho afectado. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad obliga al legislador a no amenazar la imposición de penas de excesiva gravedad, en relación al bien jurídico protegido. De esta forma, el legislador está doblemente limitado con respecto a la gravedad de las penas: por un lado no puede imponer penas inhumanas o degradantes, por imperio de la inviolabilidad de la dignidad de la persona, y por otro, debe establecer penas proporcionadas a la gravedad de los ilícitos que se sancionan.” Principios Constitucionales de Derecho Penal, *op. cit.* p. 252.

⁹⁷⁴ BONESANA, César, Marqués de BECCARIA, *op. cit.* p. 69.

ataque representados por su delito. Este es el camino de realización del postulado democrático de *igualdad* ante la ley.⁹⁷⁵

Además, se requiere que el juzgador dicte la sentencia correspondiente debidamente motivada y que contemple realmente dentro de los parámetros del *maximum* y *mínimum* de la pena las circunstancias en cada caso en particular. Entre otros, la idoneidad del tipo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo y los elementos accidentales del delito, que son circunstancias que modifican la responsabilidad penal.

4.2 IMPORTANCIA

El principio de proporcionalidad es fundamental en el ámbito de la individualización de la pena contemplada en la ley –lo que se conoce como proporcionalidad abstracta– y además, en la aplicación judicial de la pena –lo que se denomina proporcionalidad concreta–. Tanto es así, que:⁹⁷⁶

“Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal.”

⁹⁷⁵ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal, op., cit.*, p. 147.

⁹⁷⁶ FUENTES CUBILLOS, Hernán. “El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concreción en el ámbito de individualización de la pena”. *Revista Ius Et Praxis*, 2008, año 14, no. 2, p. 19.

En efecto, la gravedad de la pena debe aplicarse coherentemente con la gravedad del hecho delictivo.⁹⁷⁷ De ahí, que no deben sancionarse gravemente aquellos hechos de una ordinaria relevancia, sino que deben ser sancionados en forma proporcional al daño provocado por el mismo. En ese mismo sentido, MUÑOZ CONDE manifiesta que este principio quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que estos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito.⁹⁷⁸

LUZÓN PEÑA referente a la gravedad del hecho, reflexiona en dos clases de gravedad que pueden ocasionarse. Por un lado, la “gravedad intrínseca del hecho”, producida por el grado de desvalor del resultado y de la acción, que toma en cuenta como parámetro la importancia y número de bienes jurídicos afectados, entidad del daño, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención. Por otro lado, la “gravedad extrínseca del hecho”, provocada debido al peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, la cual considera que también cabe incluir en el desvalor objetivo de la acción.⁹⁷⁹

Es innegable que cuando el hecho delictuoso provoca un daño debe efectuarse una valoración proporcional respecto del mismo. Para que así la pena a ser aplicada, no genere el empleo de una pena desproporcionada e ilimitada del ejercicio de la represión estatal. Este principio no sirve de fundamento para legitimar el poder punitivo estatal de manera retributiva, sino que al contrario,

⁹⁷⁷ Para VON HIRSCH, Andrew. *Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena. En Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 136: “En el marco de la medición de la pena, el principio de proporcionalidad con el hecho debe acentuarse igualmente cuando se parte de la perspectiva orientada al reproche. La severidad de la pena refleja el grado de reproche, una pena proporcionalmente elevada expresa una mayor censura, al igual que una pena leve representa un reproche menor. Como consecuencia de esta estrecha relación conceptual entre gravedad de la pena y reproche, y no como consecuencia de los efectos sobre la fidelidad normativa de los ciudadanos, las penas deben corresponderse con la gravedad del hecho.”

⁹⁷⁸ MUÑOZ CONDE. Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit. p. 134.

⁹⁷⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, op. cit. p. 85.

constituye otro límite al ejercicio del *ius puniendi* al restringir la utilización de penas descomedidas al hecho delictivo cometido.

Además, de manera amplia, este principio propugna porque exista una correlación entre la afectación de derechos frente a la magnitud de la lesividad provocada. Como asevera ZAFFARONI: “La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto.”⁹⁸⁰

El principio de proporcionalidad pues, persigue tanto que la individualización de la pena se realice en forma coherente con el hecho delictivo cometido, es decir, pretende una correlación distributiva entre la conducta reprochable y la represión estatal, así como sancionar únicamente aquellas conductas que lesionen los bienes jurídicos más relevantes, donde se relaciona con los principios de mínima intervención y de subsidiariedad.

En ese aspecto, se evidencia su trascendencia como principio limitador del *ius puniendi*, porque derivado del mismo, deben castigarse solamente los hechos que requieran necesariamente ser sancionados penalmente, debido a que no pudieron ser solucionados por la normativa de otras disciplinas jurídicas distintas.⁹⁸¹

⁹⁸⁰ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 130. Agrega ZAFFARONI que: “[d]ado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado, no pudiendo tolerar, por ejemplo, que las lesiones a la propiedad tengan mayor pena que las lesiones a la vida...”

⁹⁸¹ En cuanto a este aspecto, MIR PUIG, Santiago. “El Principio de Proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal”. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2009, p. 1360, dice que la carga aflictiva de las penas no deberá representar un coste superior al beneficio que con ellas se obtiene en términos de protección. Añade que tampoco deberá

En ese mismo orden de ideas, predomina la importancia que representa la constitucionalización del Derecho Penal al asegurar que el principio de proporcionalidad implica que en el Derecho Penal de un Estado constitucionalizado, no puede haber normas que consagren delitos sin fundamento alguno, ni tampoco penas excesivas.⁹⁸² Pero, el principio de proporcionalidad no solo debe observarse por el legislador en el desempeño de sus actividades cuando tipifica una conducta como delictiva, sino también es importante su observancia por los órganos jurisdiccionales en la imposición de las penas. Esto con el propósito de evitar que se apliquen de forma desproporcionada como muchas veces ocurre en la realidad.

Resulta más difícil el control de la actividad legislativa en la creación de nuevas figuras delictivas que contengan sanciones drásticas para nuevos hechos, debido a las facultades inherentes que posee el legislador, dentro de la división de poderes del Estado. Además de la dificultad de procedencia de una acción de inconstitucionalidad en ese sentido en sede constitucional, que la del juez en la imposición de la pena. Porque esta puede ser cuestionada mediante los medios de impugnación correspondientes en sede ordinaria, con el propósito de establecer si se observó la proporcionalidad en la imposición de la pena en concreto.

Debe recordarse que la desproporción en el establecimiento de las penas, se produce generalmente por la inexistencia de parámetros técnicos (jurídicos, socio-económicos, etc.) para la creación de las mismas, lo que origina una

castigar si no es necesario para la protección de los ciudadanos, ni deberá hacerlo sin tomar en cuenta los derechos de todos, incluidos los que delinquen.

⁹⁸² COTE-BARCO, Gustavo Emilio, *op. cit.*, 2008, p. 133. Agrega este autor que, dado que el Estado debe recurrir al derecho penal en tanto mecanismo último para la protección de derechos fundamentales al tiempo que con este recurso también los limita, el principio de proporcionalidad se erige como criterio que fundamenta la prohibición de exceso a través de la intervención del derecho penal en los derechos de las personas incluso para algunos también como una prohibición de protección penal deficiente de esos mismos derechos. Considera que de esta forma la proporcionalidad se convierte en el elemento discursivo con el cual se pretende darle al derecho penal el alcance indispensable para que pueda cumplir con su finalidad, causando el menor daño posible.

vulnerabilidad en su protección, en cuanto a la posibilidad de incrementar inconsistentemente el máximo de las penas, ante presiones de la población debido a la existencia de un caso en particular o por intereses eminentemente políticos o económicos.

Por su parte, el juzgador se encuentra obligado a fundamentar su resolución, con la clara finalidad de explicar las razones fácticas y jurídicas que le motivaron a tomar esa decisión. Aunado a ello, fuera del aspecto argumentativo señalado, en relación a la actividad jurisdiccional normalmente la propia ley penal establece la indeterminación de la pena al establecer un margen limitado al juez, e impedirle que traspase los extremos punitivos establecidos específicamente por el legislador.⁹⁸³ Estos para el caso de Guatemala se circunscriben esencialmente a lo establecido en los artículos 65 al 68 del Código Penal.⁹⁸⁴

⁹⁸³ En cuanto a este aspecto, HURTADO AGUILAR, Hernán. *Derecho Penal Compendiado. Comentarios a la Parte General del Código Penal*, Guatemala: Editorial Landívar, Segunda Edición, p. 130. Para el caso de Guatemala, respecto del artículo 65 del Código Penal, comenta que el juez tendrá que explicar las razones por las cuales fija la pena a imponer. Agrega, que podrá lógicamente usar el extremo mínimo cuando las circunstancias sean del todo favorables al reo, es decir, que no hayan circunstancias agravantes. Que concurren circunstancias atenuantes, que no sea socialmente peligroso, que el delito lo haya cometido en situación más o menos explicable (¿?), si previó o no exactamente los resultados de su acción y las incidencias de la misma. Su conducta dentro de su medio o comunidad, si se ha comportado como buen padre de familia, la forma en que ha atendido sus obligaciones personales, etc. Para el extremo máximo, estima que debe determinarse si las condiciones fueren desfavorables para el reo.

⁹⁸⁴ “**Artículo 65.- Fijación de la pena.** El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena. **Artículo 66.- Aumento y disminución de límites.** Cuando la ley disponga que se aumente o disminuya una pena en una cuota o fracción determinada, se aumentará el máximo y el mínimo en la proporción correspondiente, o se disminuirá en su caso, quedando así fijada la nueva pena, dentro de cuyos límites se graduará su aplicación conforme a lo dispuesto en el artículo que antecede. **Artículo 67.- Enfermedad mental del detenido.** Si el delincuente enfermase mentalmente después de pronunciada sentencia, se suspenderá su ejecución, en cuanto a la pena personal. Al recobrar el penado su salud mental, cumplirá su pena. En igual forma se procederá cuando la enfermedad mental sobreviniere hallándose el penado cumpliendo condena. **Artículo 68.- Cómputo de la pena.** La condena se computará desde la fecha en que el reo hubiere sido detenido, salvo que haya sido excarcelado.”

No obstante, dentro de ese margen el juzgador tiene la potestad de imponer la sanción penal, pero la actividad desarrollada en la determinación de la pena, no constituye una decisión arbitraria dejada a la sensatez del juez, pues este debe observar con esmero los aspectos indicados. Es así que, precisa observar los preceptos normativos concernientes, en concordancia con los principios informadores del Derecho Penal atinentes, específicamente el de proporcionalidad de la pena, que requiere ser aplicado conforme al bien jurídico tutelado y a la culpabilidad del autor.

Estos márgenes de indeterminación de la pena permiten que el juzgador pueda aplicar la misma con fundamento en las peculiaridades de cada caso en particular. Contrario a ello, cuando la ley no establezca una pena indeterminada que permita al juez graduar la pena para el asunto concreto, y fije una sola para el tipo delictivo, se cometería una transgresión a este principio.

En Guatemala se puede ilustrar como el legislador ha eliminado la posibilidad de que el juez evalúe la culpabilidad del condenado en la imposición de la pena, con relación a la conducta delictiva que ha realizado. Así, se encuentra el tipo penal de “Hechos sacrílegos”, regulado en el artículo 255 *Bis* del Código Penal.⁹⁸⁵ Este delito contempla penas fijas para cada una de las conductas que realice el autor que se encuadren en ese tipo penal. El hurto y robo de objetos destinados al culto, sea cosa sagrada o no se sancionan, en el caso de hurto en la

⁹⁸⁵ “**ARTICULO 255 BIS.** Cuando los hechos a que se refieren los artículos anteriores relativos al Hurto y Robo, el objeto materia del delito sea destinado al culto, sea cosa sagrada o no, tales como Santísimo Sacramento, Santos Oleos, Santas Imágenes, en bulto o en pintura, vasos sagrados, cálices, copones, patenas, custodias, corporales, purificadores, ornamentos, vestiduras sagradas, pilas bautismales, confesionarios, púlpitos, coronas, resplandores, anillos, cadenas, pulseras, crucifijos, floreros, candeleros, Cruz Alta, ciriales, incensarios, alcancías, biblias o cualquier otro objeto similar de alto contenido religioso, profano o histórico, independientemente de que se cometan o no en el lugar destinado al culto, la pena a imponer será para el caso de hurto la de doce años (12) de prisión correccional inconvertibles, y para el de robo la de veinte años (20) de prisión correccional inconvertibles. En ambos casos se impondrá una multa de no menos del doble del valor de dichos objetos. A las personas que a sabiendas adquieran, enajenen, exporten, trafiquen o alteren en cualquier forma dichos objetos o similares, la pena a imponer será de diez años (10) de prisión correccional inconvertibles, y multa del doble del valor de los objetos materia del delito. Se exceptúan sus legítimos propietarios y tenedores, y las personas legalmente autorizadas. Será obligación del Estado velar por el inmediato aseguramiento de tales objetos, así como la pronta entrega a sus propietarios y/o legítimos tenedores.”

pena de 12 años de prisión inconvertibles. Si es de robo la pena será de 20 años de prisión inconvertibles y por último, a las personas que a sabiendas adquieran, enajenen, exporten, trafiquen o alteren en cualquier forma dichos objetos o similares, la pena a imponer será de 10 años de prisión inconvertibles. Además, como preceptúa este artículo, en ambos casos se impondrá una multa de no menos del doble del valor de dichos objetos. Se sanciona doblemente, con pena de prisión y con multa.

Qué desproporcionales resultan las penas que impone el legislador por el delito de hechos sacrílegos en comparación con el delito básico del hurto⁹⁸⁶, al cual el Código Penal sanciona con una pena entre 1 a 6 años, mientras que el hurto por hechos sacrílegos ya trae preestablecida la pena de 12 años. Y la figura básica de robo⁹⁸⁷ el Código Penal de Guatemala lo sanciona con una pena indeterminada entre 3 a 12 años de prisión inconvertible. En ambos casos el juzgador no puede aplicar en forma proporcional la pena con relación a la conducta delictuosa cometida por el autor, debido a que la misma se encuentra determinada de forma desequilibrada.

Con la ejemplificación del siguiente caso se ilustrará de mejor manera la violación al principio de proporcionalidad. Según la investigación practicada por el Ministerio Público (MP), el 1 de marzo del año en curso, Benjamín Alcón Mejía entró a la Parroquia Señora de los Ángeles, en la zona 1 del municipio de Cantel, departamento de Quetzaltenango, al occidente del país y sustrajo una alcancía que contenía la cantidad de Q318.00 (aproximadamente 38.63 euros) de ofrenda. El 9 de noviembre de 2016 se publica en Guatemala⁹⁸⁸ la noticia que el señor Benjamín Alcón Mejía fue condenado a 12 años de prisión (en primera instancia) por haber hurtado la

⁹⁸⁶ “**ARTICULO 246.** Quien tomare, sin la debida autorización cosa, mueble, total o parcialmente ajena, será sancionado con prisión de 1 a 6 años.”

⁹⁸⁷ **ARTICULO 251.** Quien sin la debida autorización y con violencia anterior, simultánea o posterior a la aprehensión, tomare cosa, mueble total o parcialmente ajena será sancionado con prisión de 3 a 12 años.”

⁹⁸⁸ <http://www.prensalibre.com/guatemala/quetzaltenango/condenado-a-12-aos-por-robar-ofrendas-de-parroquia>. Consultado el 10 de junio de 2017; <http://www.guatevision.com/departamental/se-robo-q318-ofrenda-lo-condenan-12-anos-carcel/>

cantidad indicada y el tribunal le impuso también como multa, el pago del doble de lo hurtado.

Por un monto aproximado de EUR 39.00 pasará doce años en prisión, sin posibilidad que se le conmute la pena, debido a que excede el plazo máximo de 5 años que establece la ley penal para que el juez pueda conceder la conmuta de la pena. La reacción punitiva es completamente desproporcionada a la gravedad de la acción.

4.3 INCONSTITUCIONALIDAD POR DESPROPORCIÓN DE LA PENA

Uno de los aspectos interesantes que ocurren como consecuencia de la inobservancia del principio de proporcionalidad en el ámbito de la individualización de la pena contemplada en la ley, lo constituye la posibilidad de plantear una acción de inconstitucionalidad. Durante el reproche de la norma considerada inconstitucional, deben necesariamente señalarse los preceptos constitucionales que se estimen vulnerados, fundamentando debidamente la desproporción de la pena. Pues, de acuerdo con lo que ha indicado el Tribunal Constitucional de España, el:⁹⁸⁹

“[p]rincipio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. [...] Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad.”⁹⁹⁰

⁹⁸⁹ STC, 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3.

⁹⁹⁰ En igual sentido, se encuentra la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22.

Con relación al juicio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional de España,⁹⁹¹ lo define en sentido estricto, de la siguiente forma: se trata de valorar recíprocamente el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados por la norma penal, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro. Y ello en el bien entendido de que no cualquier desproporción o falta de equilibrio habrá de ser, desde la perspectiva que nos ocupa, constitucionalmente relevante, sino que sólo lo será aquélla en la que el exceso resulte verdaderamente manifiesto o evidente. Sólo en tal caso producirá la norma un “patente derroche inútil de coacción”.

La desproporción de la pena debe ser notoria para que pueda declararse con lugar la inconstitucionalidad. Caso contrario, se correría el riesgo que existiera una intromisión en la política penal del legislador. Cabe recordar la prevalencia en materia constitucional del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Por otra parte, también debe resaltarse que el legislador se encuentra sujeto a la Constitución, por lo que al fijársela cuantía de las penas, debe indefectiblemente observar entre otros, los principios de proporcionalidad y razonabilidad que debe existir entre delito y pena.

En la STC 136/1999 el Tribunal Constitucional Español por primera vez declaró la inconstitucionalidad de una norma penal por imponer una pena desproporcionada. Se expresa en esta sentencia que sin entrar en las críticas que suscitó la argumentación de la misma, el Tribunal no ha vuelto a declarar una inconstitucionalidad por desproporción de la pena y cuando algún juez ha planteado, vía cuestión de inconstitucionalidad una conclusión de este tipo, el Tribunal no ha encontrado buenas razones para neutralizar o interferir en la política penal del legislador (SSTC 49/200938, 60/201039).⁹⁹²

⁹⁹¹ STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23.

⁹⁹² ROCA TRÍAS, Encarnación y AHUMADA RUIZ, María Ángeles. “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, ponencia presentada en la

En Guatemala existen diversas sentencias que tratan respecto del principio de proporcionalidad en materia constitucional, como criterio interpretativo,⁹⁹³ el cual se encuentra orientado a resolver conflictos entre derechos, principios o valores en concurrencia a la colusión surgida entre dos o más de ellos. Pero ninguna relacionada con el principio de proporcionalidad en materia penal, que se refiera a la proporcionalidad de las penas y que sea cuestionada vía la inconstitucionalidad.

Aunque existen normas penales como la establecido en el artículo 255 Bis referentes a los hechos sacrílegos que se ha comentado *ut supra*, puesto que en caso se interpusiera una inconstitucionalidad de carácter general debidamente fundamentada y confrontada con el texto constitucional, tendría altas posibilidades de ser expulsada del ordenamiento jurídicos guatemalteco, al violentar el principio de proporcionalidad de las penas, aplicable en Guatemala por medio del artículo 46 del texto constitucional y la jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto al tema.

Por otra parte, en países como México puede ejemplificarse en sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 31/2006,⁹⁹⁴ donde declaró procedente la acción de inconstitucionalidad promovida por la Procuraduría General de la Nación. La promovió por regularse en la Ley General de Salud, multas fijas, al establecer como sanciones por las conductas antijurídicas que prevé, además de las privativas de libertad, multa equivalente a cien mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate; y multa equivalente a cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate, en sus respectivos casos.

Conferencia "Trilateral" Italia/Portugal/España, en la Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, celebrada en Roma, Italia, del 24 a 27 de octubre de 2013, p. 17.

⁹⁹³ VID. por ejemplo, CC sentencias de 7 de septiembre de 2012, expedientes acumulados 3-2011, 4-2011 y 52-2011; 14 de agosto de 2012, expediente 2729-2011.

⁹⁹⁴ En la citada sentencia, se menciona como apoyo jurisprudencial, otras sentencias parecidas, en las cuales se ha declarado que el establecimiento de multas fijas es contrario a los artículos 22 y 31, fracción IV, de la Constitución. Entre las mismas se mencionan: P/J. 10/95; y P/J. 17/2000.

El Tribunal consideró que el artículo 464 Ter, fracciones I, II y III, de la Ley General de Salud prevé multas penales excesivas y, por tanto, contrarias a los artículos 16 y 22 constitucionales, al establecer como sanción -por diversas conductas relacionadas con la alteración y venta de medicamentos- multas fijas y estimó que:

“Ello es así, por un lado, porque mediante el sistema de imposición de penas pecuniarias en porcentajes fijos no es posible la individualización judicial de la pena, toda vez que cualquiera que sea la conducta omitida o realizada, el porcentaje de la sanción será siempre, para todos los casos, invariable, con lo cual se cierra la posibilidad de justificar adecuadamente la determinación de la pena, en relación con la culpabilidad del sujeto y las circunstancias en que se produjo la conducta antijurídica; y por otro, porque la inflexibilidad que suponen las cantidades fijas genera que no pueda existir proporción y razonabilidad suficiente entre su cuantía y la gravedad del delito cometido.”

Como corolario, el principio de proporcionalidad constituye un principio limitador del *ius puniendi*, que exige un equilibrio entre la imposición de las penas con relación a los hechos delictivos regulados por la ley penal⁹⁹⁵ y que tiene su base en la justicia, dentro de un Estado Democrático de Derecho, con fines preventivos.

El principio de proporcionalidad ha cobrado mucha relevancia, no solamente en el Derecho Penal, sino sobre todo en el Derecho Constitucional en la colisión de principios jurídicos. Este principio resulta útil como un mecanismo

⁹⁹⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 35, manifiesta que: “[l]a eficacia misma de la finalidad de prevención general exige que se mantenga una determinada proporcionalidad entre la gravedad de la ofensa y la de la pena. Si el legislador atribuye mayor importancia a determinados bienes jurídicos, lógicamente tendrá un mayor interés en que no se cometan las acciones que los ofenden, y mirará con menor preocupación la comisión de ofensas a otros bienes que considera menos valiosos. Como lógica consecuencia, reservará las amenazas más graves para las ofensas a los bienes jurídicos más importantes, y las de menor gravedad, para las transgresiones menos significativas.”

mediante el cual se logra la despenalización de determinadas figuras delictivas, en las cuales exista una desproporcionalidad en una norma penal, respecto de la sanción penal. Los principios informadores del Derecho Penal han sido constitucionalizados, lo que demuestra la importancia que el constituyente y el Tribunal Constitucional les ha reconocido dentro de la ley suprema y vía interpretativa. Como se ha ejemplificado, el principio de proporcionalidad constituye uno de los principios informadores que se han hecho valer en la *praxis* forense.

Un problema reiterativo consiste en que generalmente el legislador omite aplicar, adrede por motivos políticos o por un mal asesoramiento legal, el principio de proporcionalidad, al momento de creación de la ley penal. LASCURAÍN SÁNCHEZ,⁹⁹⁶ considera que debe computarse como coste de la norma penal, no solo el que supone la pena, sino también los constituidos por la prohibición y la administración policial, judicial y penitenciaria de la norma, lo cual no elimina el postulado garantista de que la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho.

Es lamentable y resulta sumamente injusto la excesiva sanción de ciertas conductas, que si bien es cierto provocan un daño social, su punibilidad resulta incongruente con la aplicada levemente a funcionarios o empleados públicos, quienes con un notorio abuso en el ejercicio de su cargo, faltaron a la confianza del pueblo en el manejo de los fondos públicos, obteniendo beneficios personales.

Derivado de lo anterior, debe recordarse que el principio de proporcionalidad sostiene que la pena debe ser equilibrada a la gravedad del hecho, pero como se ha manifestado, se evidencia en la práctica que se crean leyes penales desproporcionadas, que si bien es cierto, pueden ser analizadas mediante un juicio de inconstitucionalidad de las mismas, sin perjuicio de tener en cuenta la restricción de su procedencia, en el fondo no deberían ser promulgadas

⁹⁹⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “¿Restrictivo o Diferente? El control de la Ley Penal por parte del Tribunal Constitucional”. *INDRET*, 2012, no. 3, p. 8.

si efectivamente se observara *ab initio* el principio de proporcionalidad, porque al no respetarse el referido principio, las normas consecuentemente en este supuesto contendrían una prohibición de exceso.

No obstante, como principio básico, la proporcionalidad garantiza que la pena sea equilibrada a la gravedad del hecho y pueda ser utilizado tanto de manera abstracta como concreta, cuando exista una desproporción en el establecimiento o imposición de las penas consecuentes al delito cometido.

4.4 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El principio de proporcionalidad de las penas es aplicado generalmente para lograr el equilibrio entre la pena a ser aplicada y la conducta realizada por el actor en la realización delictiva. BACIGALUPO sostiene que son inhumanas las penas que no guardan proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido y con la responsabilidad del autor.⁹⁹⁷ De ahí su importancia como principio que se aplica en la protección de los derechos fundamentales. En el sistema interamericano de derechos humanos se le dota de una mayor amplitud, al abarcar no únicamente lo concerniente a las penas, sino incluso a la limitación de la prisión preventiva. Además, en la protección de los derechos humanos en casos graves de violaciones a los mismos, se pretende una aplicación de la pena proporcional a la gravedad cometida.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se encuentra de forma explícita el principio de proporcionalidad de las penas. Y como ha sucedido con otros principios jurídicos informadores del Derecho Penal, en una labor intelectual derivada de sus facultades interpretativas y en congruencia con la

⁹⁹⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal, op. cit.*, p.30.

protección de la persona humana, la Corte IDH ha derivado este principio, esencialmente de lo dispuesto en los artículos 8 y 25 de la citada Convención.

En ese contexto, se hace mención de ese principio en el voto razonado disidente de la jueza Cecilia MEDINA QUIROGA, en el *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*,⁹⁹⁸ donde expresó que las restricciones deben ser proporcionales y por lo tanto, también deben serlo las penas. Debe existir proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita.⁹⁹⁹

4.4.1 Clases de proporcionalidad aplicadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH, reconoce la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en materia penal. Ahora bien, al conocido principio de proporcionalidad de las penas, observa un principio de proporcionalidad aplicable en materia penal, distinta al relativo a las penas. Así, aplica el principio de proporcionalidad en relación a la limitación de la prisión preventiva, en armonía con lo que consideró en el *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*,¹⁰⁰⁰ en el cual aprecia que la prisión preventiva se halla limitada por el principio de proporcionalidad en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada.

⁹⁹⁸ Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

⁹⁹⁹ En lo concerniente, en el párr. 16, consideró que: “[m]erece reproche el hecho de que, siendo la pena de presidio una restricción del derecho a la libertad personal, la ley no tenga en plena consideración el hecho de que las restricciones deben ser proporcionales y por lo tanto, también deben serlo las penas. Debe existir proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita, es decir, a menor entidad del injusto corresponde menor pena y a menor gravedad de la participación del inculpado en el delito también corresponde menor pena.”

¹⁰⁰⁰ Corte IDH. *Caso Barrero Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 122.

Además, estima que el principio de proporcionalidad implica, en la misma sentencia, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido. De tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.¹⁰⁰¹

Entonces, puede diferenciarse entre un principio de proporcionalidad aplicable en materia de las penas y otro en materia de restricción del derecho a la libertad. Este último abarca el arraigo, la detención y la prisión preventiva primordialmente. Ahora bien, respecto de la proporcionalidad de las penas, el cual es objeto de este trabajo, se exalta la función primordial que el juzgador desempeña en la valoración de las circunstancias particulares del caso. Así como a las específicas del delito, cuando conoce y resuelve un caso particular, independientemente de la tipificación y la determinación de la pena que realiza el juzgador, puesto que en relación a esta última, como se ha manifestado, es el juez quien debe establecer los parámetros valorativos indicados.

4.4.2 Observancia del principio de proporcionalidad de las penas

La Corte IDH ante la ausencia de una regulación expresa del principio de proporcionalidad de las penas en la CADH, ha reconocido su observancia vía jurisprudencial como se ha indicado. De manera general, parte que el Estado debe observar el debido proceso y garantizar entre otros, el principio mencionado, al expresar en el *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, lo siguiente.¹⁰⁰²

“En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser

¹⁰⁰¹ *Ibidem*, párr. 122.

¹⁰⁰² Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 193. *Fondo, Reparaciones y Costas*

proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente.”

En este aspecto, no debe dejarse de tomar en cuenta que para la imposición de una pena, el juzgador no tiene la potestad de actuar en forma discrecional sin ninguna limitación, puesto que el legislador previamente ha establecido límites para la imposición de la pena. Por eso, su actuación queda sujeta entre otros principios, al de proporcionalidad de las penas, que procura un equilibrio, que de conformidad con lo que refiere la Corte IDH, se produce entre la conducta ilícita del autor de la transgresión, con relación al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor.

La Corte IDH en el *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*,¹⁰⁰³ conoció de un asunto sumamente grave, en el cual las autoridades judiciales de Trinidad y Tobago juzgaron y condenaron, de conformidad con la Ley de Delitos contra la Persona” por homicidio intencional a 32 personas, de las cuales 30 de ellas se encontraban prisioneras en Trinidad y Tobago a la espera de ser ejecutadas mediante la horca, mientras que las dos personas restantes, una de ellas ya había sido ejecutada y a la otra se le conmutó la pena. El problema que representaba la ley en cuestión, es que la misma prescribe la pena de muerte como la única condena a ser aplicada para los que cometan el delito de homicidio intencional. La Corte IDH consideró, en lo conducente, lo siguiente:

“La Corte constata que la *Ley de Delitos contra la Persona* de Trinidad y Tobago de 1925, ordena la aplicación de la pena de

¹⁰⁰³ Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 103.

muerte de manera automática y genérica para el delito de homicidio intencional y desconoce que éste puede presentar diversos órdenes de gravedad. De ese modo, la referida Ley impide al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena, pues se limita a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí, lo que, a la luz del artículo 4 de la Convención Americana, es sumamente grave cuando se encuentra en riesgo el bien jurídico mayor, que es la vida humana, y constituye una arbitrariedad en los términos del artículo 4.1 de la Convención.¹⁰⁰⁴

Ciertamente, la evaluación del grado de culpabilidad y la individualización de la pena le corresponde al juez quien lo examinará en cada caso concreto. De tal manera que si se efectúa un análisis previo, se constata que si bien el legislador es el encargado de conformidad con la potestad punitiva estatal de calificar las conductas que estime conveniente como delictivas –de manera abstracta–, tomando en cuenta los principios informadores del Derecho Penal que se han analizado, específicamente la intervención mínima, el bien jurídico tutelado y la culpabilidad.

Es por ello que no pueden limitarse *a priori* las facultades decisorias del juzgador y que le son inherentes para la solución del caso concreto, mediante la promulgación de una ley que imponga de manera generalizada una única sanción penal y que le impida poder individualizar la pena. Pues además, no se trata de cualquier sanción, sino la más grave en el ámbito penal: la pena de muerte.

Es el juez quien debe examinar las circunstancias particulares del caso, así como a las específicas del delito. Dentro de una investigación principialista, como la que se ha desarrollado en esta investigación, corresponde al juzgador aplicar el

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*, párr. 103.

principio de proporcionalidad de las penas, pues de acuerdo con el mismo, debe existir una equivalencia entre la pena que se va a imponer, frente a la gravedad del delito que se pretende sancionar penalmente.

La Corte estimó que la referida ley impedía al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena, pues se limitaba a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí. Utilizó como fundamento jurídico lo prescrito en el artículo 4.1 de la CADH¹⁰⁰⁵, esencialmente al aspecto contemplado *in fine*, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Al respecto, caben las siguientes interrogantes: ¿puede el legislador establecer de modo generalizado una misma pena para un tipo de delito? ¿Se encuentra facultado el legislador por el *ius puniendi* para realizar tal actividad? ¿Debe obedecer el juzgador la literalidad de la ley nacional en la solución del caso? ¿Puede aplicar el principio de proporcionalidad de las penas? ¿Cómo puede ser arbitrario si se encuentra en la ley?

Las respuestas a estas interrogantes pueden ser entendidas de mejor manera, desde una perspectiva principialista que propugna por la mayor protección de los derechos humanos. La Corte no deslegitima al legislador de Trinidad y Tobago por la emisión de la Ley de Delitos contra la Persona, puesto que es una potestad del poder legislativo la tipificación de conductas delictivas y su sanción.

De hecho, lo que le proporciona la calidad de arbitrariedad no es el aspecto formal de la ley, pues el legislador de Trinidad y Tobago actuó en el ejercicio del *ius puniendi*, sino que hace desaparecer las facultades interpretativas del juez. Sobre todo, aunque no lo mencione la sentencia en la parte considerativa de manera expresa, se advierte la inobservancia el principio de proporcionalidad de

¹⁰⁰⁵ El cual establece que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

las penas. Esto, al no encontrarse coincidencia entre la gravedad de la pena y el hecho delictivo acaecido, pues la ley no le permite al juez realizar ese juicio ponderativo.

Resulta significativo el voto concurrente emitido por el juez CANÇADO TRINDADE, quien enfatiza que es la primera ocasión en que un tribunal internacional determina que la pena de muerte “obligatoria” es violatoria de la CADH.¹⁰⁰⁶ En cuanto a la observancia de la literalidad de la ley, queda *ex profeso* para el caso las palabras de CANÇADO TRINDADE:¹⁰⁰⁷

“[u]n orden legal que manda matar, acudiendo a los mismos métodos de la eliminación total que condena en los actos de los homicidas, carece de credibilidad. El hecho de que tales métodos, cuando utilizados por el poder público, están convalidados por el derecho positivo, a mi juicio en nada los justifica; el positivismo ha sido siempre el siervo subserviente¹⁰⁰⁸ del poder establecido, independientemente de la orientación de este último. No hay que perder de vista que, subyacente a las normas legales, encuéntrase todo un sistema de valores, que ningún verdadero jurista puede ignorar.”

¹⁰⁰⁶ Voto Concurrente del juez A.A. CANÇADO TRINDADE, párr. 1, en el *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo, reparaciones y costas), sostuvo lo siguiente: “Es esta la primera vez que un tribunal internacional determina que la pena de muerte “obligatoria” es violatoria de un tratado de derechos humanos como la Convención Americana, que el derecho a la vida es violado por la aplicación de la pena de muerte de modo genérico y automático, sin individualización y sin las garantías del debido proceso legal, y que, entre las medidas de reparación, debe el Estado demandado modificar su legislación penal para armonizarla con la normativa de protección internacional de los derechos humanos y abstenerse, en cualquier caso, de ejecutar los condenados.”

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, párr. 5 *in fine*.

¹⁰⁰⁸ Vocablo portugués que puede ser traducido por subordinado o supeditado.

Para finalizar, el principio de proporcionalidad de las penas resulta ser parte esencial de la dosimetría penal,¹⁰⁰⁹ porque tanto el legislador al calificar en la ley una conducta como delictiva, como el juzgador al efectuar un juicio ponderativo entre el bien jurídico afectado y la culpabilidad con la que actuó el autor, basado en la función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos, desempeñan una actividad trascendental. Si bien el legislador es el encargado de establecer el tipo penal que comprenda la conducta desvaliosa como delictiva, es el juez quien tiene la responsabilidad, como garante de la Constitución y de ejercer un control de convencionalidad de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH, de velar por la observancia de los mismos y en este caso, del principio de proporcionalidad de las penas. Puesto que, a criterio de RECANSÉNS SICHES:¹⁰¹⁰

“En lugar de la simple igualdad aritmética, entra en juego la igualdad proporcional: para un crimen igual, igual castigo según la medida de la desigualdad interior que se da por debajo de la igualdad externa, o según la medida de la igualdad interna que se da por debajo de la desigualdad exterior.”

Porque al final de cuentas, la imposición de las penas no implica una simple operación aritmética desprovista del juicio ponderativo y razonable. Contrario a ello, requiere de criterios subjetivos que desencadenen en su indispensable individualización, apoyada para el efecto, en estos principios que justifiquen la diversidad de la imposición de la pena al caso concreto, en aras de la igualdad proporcional.

¹⁰⁰⁹ Refiere FUENTES CUBILLOS, Hernán. “El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concreción en el ámbito de individualización de la pena”, *op. cit.* que: “Cuando hablamos de dosimetría penal, nos referimos a la aplicación del principio de proporcionalidad a las penas, tanto por parte del legislador al imponer una sanción determinada a una conducta tipificada como delito, como por parte de los jueces y tribunales al decidir casos en específico. La imposición de pena y su magnitud dependerá, tanto en lo legislativo, como en lo judicial, de la intensidad con que se hubiere vulnerado o puesto en peligro el bien jurídico penal tutelado por el tipo penal.”

¹⁰¹⁰ Citado por CANÇADO TRINDADE, *op. cit.*, párr. 8.

Los principios informadores del Derecho Penal pues, siguen cumpliendo su función original de limitar el ejercicio del poder, puesto que el Estado no debe actuar de una manera absoluta, sin limitaciones, en violación de los derechos inherentes de las personas a quienes se debe. Sin embargo, su función limitadora no es la única, porque tampoco pueden utilizarse solamente de manera formal para dotar los procedimientos penales de una simulada legalidad, cuando lo que en realidad generan es impunidad.

El carácter meramente restrictivo de los principios no puede seguir sosteniéndose en casos de graves violaciones a los derechos humanos, cuando mediante procesos con apariencia de legalidad se persigue proteger a los implicados en los mismos, procurando darle un matiz de legitimidad.

No hay que olvidar que el Derecho Penal busca principalmente el mantenimiento de la convivencia en sociedad. Que únicamente se aplique en los casos de violación a los bienes jurídicos tutelados, debido a su importancia. Si bien no debe olvidarse de resguardar los derechos del detenido o preso, tampoco debe olvidarse los de la víctima. En síntesis, no olvidarse del imputado, procesado o condenado en el proceso penal, pero tampoco del agraviado –víctima–, para que no se convierta en un mecanismo generador de impunidad.

Los principios informadores del Derecho Penal persiguen en el presente, teleológicamente ambos objetivos. Limitar el ejercicio del poder punitivo para que el Derecho penal se emplee como *ultima ratio*, tan solo cuando se afecten los bienes jurídicos protegidos, etc., pero también el de utilizarse de manera relativa, cuando se trate de graves violaciones a los derechos humanos. De evitar que los que ejercer el poder político procuren la impunidad y falten a su deber de protección y garantía.

CONCLUSIONES

I

El esquema utilizado en este trabajo partió de la estrecha vinculación existente entre el Derecho Penal con la Constitución y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esa manera se analizó la importancia de la Constitución Política, desde sus orígenes como limitante al ejercicio del poder, mediante su formulación escrita en la que se incluyó la separación de poderes del Estado para cumplir aquel propósito. Es así que su funcionalidad restringida a esos motivos, derivó a la Constitución actual, eminentemente protectora del ser humano, que está omnipresente e irradia las distintas disciplinas jurídicas. Por eso se hizo necesario comprender la forma de interpretar el texto constitucional y entender cómo funciona ahora la actividad interpretativa jurisdiccional, emanada en esencia desde la Constitución.

Por consiguiente, este desarrollo constitucional ha dotado de una relevancia especial a los principios jurídicos, los cuales han sido revalorizados y dejaron de ser considerados en su concepción clásica como principios generales del Derecho regulados expresamente en la ley y utilizados con exclusividad como formas de integración. De ahí la necesidad de estudiar su naturaleza, importancia, fundamentación y función. Para luego examinar la diferencia interpretativa existente entre reglas y principios y la ponderación como método utilizado para solucionar las colisiones que surgen entre los principios. Estos aspectos en general, fueron analizados a manera de contextualizar el trabajo investigativo.

Posteriormente, se trató el tema de los principios informadores del Derecho Penal y la influencia decisiva que sobre los mismos ha tenido el Derecho Constitucional en su aplicación. Su origen como limitadores del *ius puniendi* y la

relativización que en su aplicación ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con el desarrollo de este trabajo de tesis se persigue sustentar las bases argumentativas que muestren la importancia teórico-práctica que se produce al incorporar los principios informadores del Derecho Penal al texto constitucional, de modo explícito e implícito, vía jurisprudencial este último. Así como de los efectos producidos por su constitucionalización y a su consecuente e indefectible aplicación en la solución de casos concretos. Su desarrollo ha sido principalmente jurisprudencial y este es en efecto el aspecto al que se pretendió darle relevancia, porque es el que se presenta en la práctica cotidiana del ejercicio del Derecho.

II

La primera concepción que se tuvo como resultado de la transformación liberal, era la de considerar a la Constitución únicamente como un límite al poder político. Esto porque se establecía tanto una forma de organización estatal, como por incluir de manera expresa en su texto la separación de poderes y la protección de los derechos de los ciudadanos como elementos principales en su contenido. De esa forma se patentiza en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Sin embargo, con el paso del constitucionalismo de Estado (basado en el la observancia exclusiva de la ley) al Constitucionalismo humanista, (fundamentado en la Constitución), la norma suprema ya no se considera exclusivamente como una limitación al poder estatal, sino más bien, dentro de una concepción ontológica humanista de carácter personalista, como protectora de la persona.

Con este avance, la Constitución deja de ser considerada como un instrumento jurídico constreñido a regular la organización estatal y de ser considerado únicamente como limitativo del poder público. Como efecto de lo anterior, la serie de derechos considerados programáticos que contenía *ergo*, sin eficacia directa, se produjo una renovación inexorable hacia un verdadero

instrumento jurídico de protección intrínseca de los derechos de las personas. Además, del reconocimiento de su eficacia directa en cuanto a su aplicación en casos concretos, sin importar cualquiera que sea la disciplina jurídica que se aborde para el efecto.

III

Tradicionalmente se ha circunscrito la función jurisdiccional a una interpretación y aplicación exclusiva de la ley. De ahí que se ha producido un desarrollo del derecho interno, provocado principalmente por el Tribunal Constitucional –Corte de Constitucionalidad en el caso de Guatemala– y externamente por Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, como sucede en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, ese crecimiento exponencial se fundamenta esencialmente en la jurisprudencia. Es por ello que surge la constante crítica de algunos sectores sobre todo teóricos, que desconfían del juzgador y pretenden revitalizar la figura del juzgador al minimizar el valor de la jurisprudencia.

Pero con la constitucionalización del Derecho y el empuje del neoconstitucionalismo, tanto el juez como el magistrado ya no solamente ejercitan la función jurisdiccional ordinaria conforme a la ley, pues actualmente se ha producido un redimensionamiento de la actividad judicial dada la doble vinculación del juzgador. En efecto, los mismos se encuentran vinculados no solo a la ley, sino primordialmente a la Constitución, puesto que el carácter normativo supremo de esta le ha permitido efectuar una interpretación conforme a la misma. Tanto es así que con el desarrollo del Constitucionalismo contemporáneo, se ha revalorizado la función del juez. Ahora se le reconoce su función como garante de la Constitución y de los derechos humanos de los sujetos procesales. Su ámbito de interpretación ha cambiado, pues ahora la realiza desde la óptica constitucional con sus principios y valores incorporados.

IV

En la actualidad los principios jurídicos, tanto en la filosofía del derecho, como en la aplicación cotidiana –*praxis*– del derecho interno e internacional, gozan de especial trascendencia. Basta con consultar las distintas sentencias emitidas por Tribunales Constitucionales y por Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, como el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para constatar el cambio paradigmático sobrevenido en la aplicación constante de principios jurídicos en el texto de sus resoluciones.

Resulta cotidiano observar, además de las distintas sentencias emitidas por los Tribunales Constitucionales, las proferidas en una buena medida por juzgados ordinarios que aplican reglas normativas y principios jurídicos en la solución de casos concretos de manera habitual. En ese aspecto, se ha transitado de un sistema exclusivamente legicentrista representado por el empleo de un lenguaje a partir de reglas, a uno constitucional caracterizado esencialmente por el uso de principios y valores. Debe tenerse en cuenta que el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Penal son preeminentemente principialistas .

V

La principal función que se le reconocía a los principios jurídicos era la integradora. Esta se aplicaba con peculiaridad en los supuestos en que se originaba una laguna de derecho. Ello provocaba que a los mismos no se les reconociera obligatoriedad en su función interpretativa, sino que se les consideraba subsidiarios de la ley, viables tan solo en la función integradora del texto legal ante la ausencia de norma expresa y por consiguiente, optativa para el juzgador. Pero esta situación se ha transformado en la actualidad, debido a que los principios han dejado de concebirse exclusivamente como herramientas

secundarias en materia interpretativa. Actualmente han adquirido una verdadera importancia en el sistema jurídico, a partir sobre todo de los estudios elaborados por DWORKIN en mundo anglosajón y ALEXY en el germano. Aunado a ello, a su aplicación habitual en las resoluciones judiciales que se han indicado.

VI

El Derecho Penal cuenta con principios propios surgidos esencialmente como resultado del liberalismo y de la ilustración, que pretenden limitar el poder punitivo estatal o *ius puniendi*, a efecto de evitar que en el ejercicio de ese poder se cometan excesos o arbitrariedades que conculquen los derechos de las personas. No obstante, ha sido principalmente el Derecho Constitucional contemporáneo el que ha venido a darle un nuevo impulso a los principios del Derecho Penal, al sustraerlos del marco ordinario y tradicional establecido en el texto penal y constitucionalizarlos, para luego dotarlos de un dinamismo práctico impensable con anterioridad.

El carácter invasivo de la Constitución ha irradiado un campo fértil, el Derecho Penal, que ha provocado de manera indefectible una reinterpretación de la tradicional visión interpretativa excesivamente formalista y restringida dirigida exclusivamente desde texto legal. Como consecuencia, los principios informadores penales han dejado de ser considerados únicamente como limitativos del ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Ahora en cambio, en materia de Derecho Internacional de Derechos Humanos esencialmente en América, se ha relativizado su función debido a la activa labor desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que utiliza como parámetro valorativo *iusfilosófico*, el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Por consiguiente, ante graves violaciones a los derechos humanos consentidos por los Estados Partes que faltando a su deber han procurado perpetuar la impunidad de quienes lo cometieron, la Corte Interamericana de

Derechos Humanos justifica la restricción de la aplicabilidad de ciertos principios informadores (por ejemplo el *ne bis in idem*). Esto ha generado la crítica de sectores conservadores, que defienden el carácter limitativo exclusivo de los principios informadores, pero obvian deliberadamente su utilización formal para ocultar la impunidad acaecida.

VII

Para efectos de sistematización del presente trabajo, ante la ausencia de una clasificación que comprendiera los principios informadores sustentados en este trabajo de investigación, realicé mi propia clasificación de la siguiente manera: 1) Principios de legitimación estatal relativos a la punición. Son principios indispensables que otorgan legitimidad al Estado constitucional Democrático en el ejercicio del *ius puniendi*. Estos son los de intervención mínima, exclusiva protección de bienes jurídicos y culpabilidad; 2) Principios derivados de la estructura protectora de la ley penal. Estos principios hacen referencia a la función tutelar que realiza la ley penal. Estos son los principios de legalidad, irretroactividad y *ne bis in idem* y 3) Principios de regulación equilibrada de las penas y sus consecuencias. Se aplican en materia de sanción penal en procura de garantizar su equilibrio en la punición estatal y en sus consecuencias. Aquí se incluyen los principios de humanidad de las penas, resocialización y el de proporcionalidad de las penas.

VIII

La principal función del Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho consiste en la protección de los bienes jurídicos de carácter fundamental para la vida en sociedad. De esta manera, el Derecho Penal debe intervenir exclusivamente como *ultima ratio* frente a los ataques más perturbadores a la convivencia social. Si efectivamente se observa esta función desarrollada

conforme lo establecido en la Constitución, entonces sí se podrá asegurar la efectividad de un Estado Democrático de Derecho, en el cual se respeten los derechos fundamentales de las personas.

Aunado a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias ha enfatizado la observancia del principio de mínima intervención, indicando que el uso de la vía penal debe responder a este principio en razón de la naturaleza del Derecho Penal como *ultima ratio*. No debe olvidarse, que este Derecho constituye un mecanismo de control social del cual el Estado puede hacer uso para resolver los conflictos más graves que se originen en la sociedad, y que no puedan ser resueltos por otras vías menos gravosas. Esto porque el Derecho Penal es severo en cuanto a sus efectos y por consiguiente, requiere ser circunscrito a proteger los bienes jurídicos más importantes y a intervenir únicamente en los casos más sustanciales.

IX

El bien jurídico tutelado limita el poder punitivo estatal al restringirle su expansión únicamente a aquellos valores más importantes que requieran ser protegidos. Lo expuesto, en consonancia con el derecho penal mínimo, puesto que no debe expandirse innecesariamente el campo de aplicabilidad del Derecho Penal en la búsqueda de tutelar penalmente ciertos valores, que pueden perfectamente ser tutelados por otras normativas jurídicas que producen efectos menos nocivos.

El carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal debe prevalecer para que se privilegie de esa forma la protección de los bienes jurídicos más relevantes, y no se sancione penalmente todas las conductas que lesionen los mismos. De lo contrario la hiperinflación penal que se produciría sería imposible de sobrellevar en el sistema de justicia penal, lo que provocaría más impunidad y

una mayor intervención estatal en los casos selectivos que le interesen, en clara conculcación de los derechos fundamentales.

X

El principio de culpabilidad constituye un principio de especial relevancia que requiere ser observado en un Estado Democrático de Derecho, puesto que la pena no puede traspasar, ni en su gravedad ni en su duración, el grado de culpabilidad. En este aspecto antes de imputar a una persona un daño o un peligro contra un bien jurídico tutelado, debe comprobarse la vinculación del autor con el mismo.

Es por eso que la prueba de culpabilidad resulta ser vital en el ejercicio de la potestad punitiva, porque se garantiza a los particulares que se presumirá su inocencia y que exclusivamente luego de un procedimiento penal, cuando se logre demostrar su culpabilidad, se les podrá imponer una pena.

XI

La Corte Interamericana de Derecho Humanos realiza una diferenciación en la utilización del principio de culpabilidad. Así, diferencia la comisión de un delito en el Derecho Penal interno respecto de una violación grave de derechos humanos no perseguida penalmente, ni sancionada dada su trascendencia. De esa forma lo estableció en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, donde sostuvo que para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el Derecho Penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad. Tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios.

En ese supuesto, estimó que es suficiente que exista una obligación del

Estado que haya sido incumplida por este para conocer subsidiariamente de la misma, previo cumplimiento de los requisitos respectivos. En consecuencia, queda manifiesta la diferenciación producida en cuanto a sus efectos, del Derecho Penal respecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

XII

El principio de legalidad es muy importante para el mantenimiento de la libertad y la sustentación del sistema democrático, debido a que persigue amoldar el ejercicio del poder público a lo prescrito específicamente en la ley. Estos aspectos se materializan en la seguridad que tiene el ciudadano de que únicamente cuando haya cometido un delito establecido en la ley correspondiente, se iniciará un proceso penal en su contra.

La importancia de este principio en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos es de tal magnitud, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó en una opinión consultiva de 1987, que el referido principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables. Además, este principio es protegido por el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con el propósito que el mismo no sea restringido en casos excepcionales de suspensión de garantías dictadas por el Estado Parte. Este principio es parte estructural de la existencia de un Estado Democrático de Derecho.

XIII

Como regla general, las leyes tienen efecto hacia el futuro, *ex post*, y no poseen efectos hacia el pasado, *ex ante*. Es decir, surtirán efectos para hechos que sucedieron con posterioridad al inicio de su vigencia. De tal manera que, normalmente rige la regla *tempus regit actum* mediante la cual se establece que

los hechos deben necesariamente sujetarse a la ley que se encontraba vigente al momento de la comisión del hecho delictuoso. Por ese motivo, se ha expresado que de los principios de legalidad y seguridad jurídica emana el principio de irretroactividad de la ley. Ahora bien, en materia penal solamente se admite la retroactividad cuando se trate de una ley más benigna para el reo.

XIV

En la tradicional concepción como limitante del *ius puniendi*, el principio *ne bis in idem* no es absoluto. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el mismo admite excepciones, en la medida en que no debe ser utilizado formalmente para impedir la investigación de graves violaciones de derechos humanos.

En el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que en lo concerniente a este principio, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y por tanto, no resulta aplicable cuando: 1) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; 2) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o 3) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Con esto trata de evitarse la protección de la impunidad, basada en un cumplimiento formal de la ley.

XV

La respuesta de la Corte Interamericana de Derecho Humanos a la utilización del *ne bis in idem* para generar impunidad y darle apariencia únicamente de

legalidad a una sentencia, ha sido la implementación de la cosa juzgada fraudulenta o aparente. Esta figura como una influencia del neoconstitucionalismo y postpositivismo, han surgido ante la necesidad de evitar la emisión tan solo formal de una sentencia que ha adquirido firmeza y que ha sido dictada por los órganos jurisdiccionales de un Estado Parte. Esto, porque la sentencia fue emitida específicamente para brindar protección a las personas que cometieron graves violaciones a los derechos humanos y con ello se pretende la obtención de impunidad de sus actos. Ciertamente, lo pueden conseguir con la protección formal que les pueda brindar el Estado, que en lugar de juzgarlos de manera imparcial conforme a su normativa interna, procura la protección de los mismos.

Como consecuencia, la referida Corte ha establecido con la figura de la cosa juzgada fraudulenta o aparente, que puedan ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana, a juicio de esa Corte, desplaza la protección del *ne bis in idem*. Esto ha sido un avance en materia de derechos humanos, porque se ha establecido jurisprudencialmente un mecanismo en la lucha contra la impunidad. La utilización formal de la ley no puede ser argumentada para la búsqueda de impunidad.

XVI

El respeto a la dignidad humana representa un fundamento sólido en contra de las detenciones o penas arbitrarias. Es decir, al individuo se le debe respetar su dignidad, de tal forma que no debe ser objeto de torturas, ni de tratos inhumanos o degradantes, entre otros, sino que deben ser observados sus derechos fundamentales cuando se encuentren detenidas o presas. El principio de humanidad de las penas se relaciona intrínsecamente con el respeto de la dignidad humana. En otras palabras, ese principio se concretiza en el respeto que debe tener toda persona por el solo hecho de ser humano. Esta inherencia al ser

humano en el caso de la imposición de las penas, comprende un respeto de su condición humana, que no implique una imposición que degrade su condición; que lo humille y le infrinja un dolor innecesario.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos en diversas sentencias ha invocado la obligatoria observancia de la dignidad humana o los derechos que emanados de la misma han sido violentados. Así, en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, hace mención por lo menos cuatro veces a la dignidad humana, que ha sido violentada por la actividad del Estado, en cuanto a los detenidos ilegalmente, a la práctica de desapariciones forzadas y al ejercicio de la función pública.

XVII

De todos los principios informadores del Derecho Penal, el que muestra un sesgo muy grande en cuanto su cumplimiento es precisamente el principio de resocialización. Solo basta con observar cómo se encuentra el sistema penitenciario para comprender lo nulo que ha resuelto en la práctica conseguir que se cumpla con este principio básico penal.

En el Derecho Penal moderno no puede considerarse la aplicación de las penas como retribución de la culpabilidad, porque la prisión se ha convertido en un centro de educación criminógena, donde el reo aprende nuevas modalidades delictivas o logra el perfeccionamiento de las ya adquiridas. Esto redundante lamentablemente en que se incrementa para los delincuentes primerizos la probabilidad de reincidencia, lo que confirma el carácter criminógeno de la prisión.

Contrario a procurar su desaparición, aun y con sus imperfecciones a espera de una mejor propuesta, debe prevalecer la resocialización como un principio limitador de la potestad punitiva estatal y como una protección de la persona. Porque se le protegerá adecuadamente a pesar que se le haya condenado por la comisión de un hecho delictivo. En todo caso, se utilizarán los

mecanismos apropiados para lograr su reinserción a la sociedad de la mejor manera.

XVIII

El principio de proporcionalidad de las penas resulta ser parte esencial de la dosimetría penal, porque tanto el legislador como el juzgador desempeñan una actividad trascendental. Efectivamente, el primero al calificar en la ley una conducta como delictiva y el segundo al efectuar un juicio ponderativo entre el bien jurídico afectado y la culpabilidad con la que actuó el autor, basado en la función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. Si bien el legislador es el encargado de establecer el tipo penal y de observar de manera abstracta el principio de proporcionalidad, es el juez quien tiene la responsabilidad, en el caso concreto, de velar por la observancia del principio de proporcionalidad de las penas.

En ese aspecto, el principio de proporcionalidad resulta ser parte esencial de la dosimetría penal, porque tanto el legislador al calificar en la ley una conducta como delictiva, como el juzgador al efectuar un juicio ponderativo entre el bien jurídico afectado y la culpabilidad con la que actuó el autor, se basan en la función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos, buscando un equilibrio entre los mismos. Este principio no se encuentra regulado de modo expreso en la legislación penal guatemalteca y su aplicación se realiza jurisprudencialmente.

XIX

El sistema continental europeo o sistema románico germano se fundamenta en un sistema de normas donde el estudio del Derecho se centraliza en la ley, a la cual se considera como su fuente principal. De esto resulta que la formación del abogado y del jurista se cimienta en la ley y se desvaloriza el estudio de la

jurisprudencia a la que se ve con recelo y casi no se estudia en las aulas universitarias, puesto que el examen jurídico se enfoca directamente en el análisis de esos cuerpos normativos ordenados y sistematizados denominados “Códigos”.

Pero dentro del estudio normativo se perciben normas concentradas que carecen de supuesto normativo y consecuencia jurídica, denominados “principios jurídicos” que en diversas ocasiones no se encuentran contenidos en el texto normativo y que revolucionan el aspecto interpretativo en la solución de casos concretos sometidos a la decisión judicial. La coexistencia de normas –reglas– y principios en el ordenamiento jurídico resulta innegable en la *praxis* jurídica, lo que se evidencia en las distintas sentencias judiciales que se emiten, tanto en materia constitucional como ordinaria. Ya no basta solo con el estudio legal, sino que se requiere el estudio jurisprudencial para comprender como se desarrolla el Derecho en la realidad.

El Derecho Penal no es ajeno a esta discusión, porque en el mismo con cotidianeidad se aplican principios informadores, tanto los que constituyen un legado de la ilustración y del liberalismo, como otros recientes que son comprensivos de su propia naturaleza. No obstante, su pujante desarrollo es resultado de la influencia decisiva que ha ejercido el Derecho Constitucional. En efecto, los principios propios de Derecho Penal se han constitucionalizado y aplicado interpretativa esencialmente por los Tribunales Constitucionales. De ello resulta que ambos Derechos, se consideren eminentemente principialistas.

La misma relación producida entre ambas disciplinas jurídicas, también se ha realizado con relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es así que en este trabajo investigativo se amplió de manera coherente, desde el ámbito de estudio de los principios informadores en el Derecho Penal al campo constitucional y posteriormente se examinaron a la luz de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En lo particular, siempre me ha interesado el tema de los principios jurídicos, tanto en mi formación jurídica, donde he realizado mi tesis de pregrado

como de maestrías con relación a ese tema. Aunado a ello, mi experiencia como Fiscal y Jefe de la Fiscalía de Amparos, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, como Magistrado de la Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas y de Conflictos de Jurisdicción, como Letrado de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia o ahora como Letrado de la Corte de Constitucionalidad, todos los cargos en Guatemala, me han permitido tanto observar su aplicación en las resoluciones judiciales como aplicarlos directamente en la solución de casos concretos. Aunque no se encuentren expresamente establecidos en la ley son más protectores, tanto de la persona como de la naturaleza poco formalista que debe contener el ejercicio del derecho procesal.

El tema de los principios informadores del Derecho Penal resultó propicio para explicar los aspectos relativos a los mismos, como su naturaleza, los problemas interpretativos y su aplicación. Esto permite considerar que siguen cumpliendo su función original de limitar el ejercicio del poder punitivo. Lo expresado, debido a que no se debe permitir al Estado actuar de una manera arbitraria, sin limitaciones. Sin embargo, estos principios no son absolutos, como se ha enfatizado en este trabajo. Al ser el Derecho cambiante, esta transformación del mismo también se percibe en los principios informadores, aunque no sin ciertas oposiciones conservadoras. Ciertamente, estos principios no son inmutables ni estáticos, sino que son progresivos.

El Derecho Penal resulta ser preminentemente principialista y si bien procura el respeto de los derechos de los imputados, procesados o condenados por la comisión de hechos delictivos, su misión principal es la ser un mecanismo de defensa de la convivencia social. De ahí que el Estado tiene la obligación de juzgar a los autores de los delitos, no tan solo los cometidos dentro del entorno interno, sino además a los autores de graves violaciones a los derechos humanos, consideradas estas como crímenes internacionales.

Derivado de lo anterior, el carácter meramente restrictivo de los principios no puede seguir sosteniéndose en casos de graves violaciones a los derechos

humanos, cuando mediante procesos fraudulentos se persigue proteger a los implicados en los mismos, procurando darle un matiz de legitimidad pero que resulta incongruente en materia del Derecho Internacional de Derechos Humanos o del Derecho Penal Internacional, al procurar en definitiva la impunidad de los autores de esas graves violaciones. En procurar superar la antiquísima lucha entre legalidad y justicia, en aras de proteger la dignidad humana, prevaleciente en un Estado Democrático de Derecho, el cual observa también plenamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos”, *Revista Penal*, 2006, no. 18.

ALCÓCER POVIS, Eduardo. *La prohibición de incurrir en bis in idem. Aproximación conceptual*. Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal. 2008.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. *Los principios generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica 2002.

ALDRETE VARGAS, Alfredo. *La división de Poderes y el neoconstitucionalismo*, Disponible en: <http://www.comaid.org.mx/ensayos.html>

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. “Las transformaciones del estado Contemporáneo: Legitimidad del modelo de Estado Neoconstitucional”. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, enero 2012, no. 15.

AGUILÓ REGLA, Josep. “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”. *Doxa*, 2001, no. 24.

-- “Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. *Doxa*, 2007, no. 30.

AGUIRRE ARANGO, José Pedro. “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista de Derechos Humanos*, julio – diciembre 2007, año 5, vol. 8.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducido por Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

-- *El Concepto y la Validez del Derecho*. Traducido por José M. Seña. Barcelona: Gedisa, Segunda Edición, 2004.

-- "Ponderación, control de constitucionalidad y representación". En: CARBONELL Miguel, OROZCO HENRÍQUEZ J. Jesús y VÁZQUEZ Rodolfo (coords.). *Jueces y ponderación argumentativa*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Serie Estado de Derecho y Poder Judicial. 2006.

-- "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2009, no. 32.

-- "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero – junio 2009, no. 11.

-- *Derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2ª edición, 2010.

-- "El no-positivismo incluyente". *Doxa*, 2013, no. 36

-- *Derecho y Razón Práctica*. Ciudad de México: Editorial Fontarama, Sexta Edición, 2014.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "Bien Jurídico Penal. Más allá del Constitucionalismo de los Derechos", *Revista Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, vol. XXIX, 2009.

AMBOS, Kai. "Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular su aplicación extraterritorial". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, mayo – agosto 2007, vol. XL, no. 119.

- AMBOS Kai, MALARINO Ezequiel y STEINER Christian (editores) *Terrorismo y Derecho Penal*. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Legalidad, jurisdicción y democracia”. En: CARBONELL Miguel, OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús y VÁZQUEZ Rodolfo (coords). *Jueces y ponderación argumentativa*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Serie Estado de Derecho y Poder Judicial. 2006.
- ANDREU GUZMÁN, Federico. *Retroactividad penal de crímenes internacionales*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2012.
- ANSELMINI, Valeria. “*Ne bis in idem*.” La prohibición contra la doble persecución penal. *Anales: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L.P.* 2013, no. 43.
- ANTKOWIAK, Thomas. “Principio de Legalidad y de Retroactividad”. En: STEINER Cristian y URIBE Patricia (editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- ARMIJO, Gilbert. “Las Bases Constitucionales del Principio de Legalidad en Materia Penal”. En *Temas Claves de la Constitución Política*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, 1999.
- ANSOÁTEGUI ROIG, F., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho, un enfoque filosófico jurídico*, Madrid: Dykinson, 2013.
- ARAGÓN DE LOS REYES, Manuel. “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad autónoma de Madrid*, 1997.

- ARAMBURU RESTREPO, José Luis. “El papel del juez. Una aproximación teórica”. Bogotá: *Revista Pensamiento Jurídico*, enero – abril, 2010, no. 27.
- ARMIJO, Gilbert. “Las Bases Constitucionales del Principio de Legalidad en Materia Penal”, en *Temas Claves de la Constitución Política*, San José: Investigaciones Jurídicas, S. A. 1999.
- ARRUDA de AZEVEDO, Paula Regina. *Garantías Jurisdiccionales de Protección de Derechos*. (Análisis comparado de los Derechos de España y Brasil). Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público General.
- ASENSI, SABATER, José. “Liberalismo y constitucionalidad en el constitucionalismo español”, *Cuadernos Constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Cedrol*. Valencia: Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia, 2007, no. 58/59.
- ATIENZA, Manuel. “Constitución y Argumentación”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2007, no. 24.
- “Entrevista a Robert Alexy”. *Doxa*, 2001, no. 24.
- “Entrevista a Riccardo Guastini” *Doxa*, 2004, no. 27.
- “A vueltas con la ponderación”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, no. 44.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Sobre principios y reglas”. *Doxa*, 1991, no. 10.
- “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, no. 27, Octubre de 2007.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A., 1996.

-- Sobre la vinculación del juez penal a la ley. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1997, año 2. nos. 1 y 2.

-- *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 1999.

-- *Derecho Penal. Parte General*. 2ª Edición, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

-- “Filosofía e Ideología de la Teoría de las Penas”, *Derecho y Humanidades*, 2010, no. 16, vol. 1.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. “Juez y Constitución”, *Revista de Derecho Político*, 2000, no. 47.

BALDOMINO DÍAZ, Raúl A. “(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco” *Revista de Política Criminal*, julio de 2009, vol. 4, no. 7.

BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo. “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: BANDEIRA GALINDO George Rodrigo, URUEÑA René y TORRES PÉREZ Aida (coords.). *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*. Barcelona: Publicación de la Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

BARDELLI LARTIRIGOYEN, Juan Bautista. “El Juez Constitucional.” *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ciudad de México: Fundación Konrad Adenauer, 2008.

BARRIENTOS PELLECCER, César. *Los Poderes Judiciales. Talón de Aquiles de la Democracia*. Ciudad de Guatemala: Magna Terra Editores, 1996.

BAUMAN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma: 1973.

BAZÁN, Víctor. “En torno al Estado de Derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina”. Madrid: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2010, número 14.

-- “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas, e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2011, no. 18, 2º semestre.

-- “La relación derecho internacional de los derechos humanos-derecho interno, desde un prisma iuscomparado y algunos retos que afronta el sistema interamericano.” *Revista Provincia*. 2006, Número Especial.

BBC Mundo. Inglaterra, del 12 de octubre de 2016. [Consulta 4-03-2017].
Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-37634458>

BECERRA RAMÍREZ, Manuel. “La jerarquía de los Tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”. En Sergio García Ramírez y Mireya Castañeda Hernández (Coordinadores) *Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión contenciosa de la Corte Interamericana*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica, no. 531, 2009, p. 293.

BERNAL PULIDO, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación", en *Doxa*, 2003, no. 26, p. 5.

-- *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

-- "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales". En: CÁCERES Enrique, FLORES, Imer B., SALDAÑA Javier y VILLANUEVA Enrique (coords.). *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Serie Doctrina Jurídica No. 244. 2005.

BIANCHI PÉREZ, Paula Beatriz. "Evolución del Concepto de Bien Jurídico en la Dogmática Penal", *DIKAIOSYNE: Revista semestral de filosofía práctica*, Universidad de los Andes, enero-junio 2009, no. 22.

BIDART CAMPOS, German. "Los derechos "no enumerados" en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional", *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002.

BLANCO VALDEZ, Roberto. *La Configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*. Barcelona: Working Paper. 1996, no. 117.

BOBBIO, Norberto, Prólogo al libro: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995.

BONESANA, César. Marqués de BECCARIA. *Tratado de los Delitos y las Penas*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, SRL, 1993.

BORJA, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

- BREWER-CARÍAS, Allan. "Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América", en *Cuadernos de la Cátedra Fundacional Dr. Charles Brewer Maucó "Historia del Derecho de Venezuela"*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, nº 2.
- BRUERA, Hugo Arnaldo y BRUERA, Matilde Marina, *Derecho Penal y Garantías Individuales*, Buenos Aires: Editorial Juris, 2000.
- BULYGIN, Eugenio. "¿Los jueces crean Derecho? *Isonomía*, No. 18, abril 2003.
- "Creación y aplicación del Derecho". *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. No. 19, 2001.
- BURNEO, José. "El aporte del derecho internacional de los derechos humanos a la constitucionalización del derecho post 1945", *Derecho PUCP*, 2013, no. 71.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, Madrid: Trotta, 1997.
- CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. 4ª Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1992.
- CANÇADO TRINDADE, A.A. Voto concurrente en el *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia y LETELIER WARTENBER, Raúl: "Principios jurídicos e interpretación democrática del Derecho", *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago de Chile: Abeledo Perrot–Thomson Reuters, 2011.
- CARBONELL, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. "¿Qué es la Constitucionalización en el Derecho?", *Revista Quid Iuris*, 2011, no. 15.

- CARNEVALI, Raúl. “El Derecho Penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 2010, XXXV, Segundo Semestre.
- CARPIO MARCOS, Edgar. En la presentación de la obra SOSA SACIO, Juan Manuel, “Guía teórico–práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional”, Lima: *Gaceta Constitucional*, 2011.
- CARPIZO, Jorge. “El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, mayo – agosto 1999, nueva serie, año XXXII, no. 95.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana. “El Principio de interpretación conforme a los Tratados de Derechos Humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la constitución”. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002.
- CASTELLANOS MADRAZO, José Francisco, “El ejercicio de ponderación entre derechos fundamentales y las prerrogativas políticas en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. *Justicia Electoral*, Vol. 1, número 4, Ciudad de México: Publicación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.
- CEA EGAÑA, José Luis. “Revisión de la Teoría de la Constitución”, *Revista de Derecho* (Valdivia), diciembre 1992, vol. III, No. 1-2.
- “Derecho y Constitucionalismo en el cambio de época”, *Revista de Derecho Público*, 2012, vol. 76,

- CID MOLINÉ, JOSÉ. “¿ES LA PRISIÓN CRIMINÓGENA? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2007, 2ª. Época, No. 19.
- COBOS CAMPOS, Amparo Patricia. “Castración química ¿Vulneración de derechos humanos o penas? *Iter Criminis* No. 7. Sexta Época, octubre – diciembre 2014.
- COMANDUCCI, Paolo. “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, en *Doxa*, 1998, no. 21, Vol. 2.
- “*Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico*”, *Isonomía*, abril 2002, número 16.
- CORONEL GAMBOA, Eduardo. “Ensayo sobre una condición de paradigmas: LA CT 293/2011”, *Una voz pro persona: Revista de Derechos Humanos*, octubre 2014- Marzo 2015, año 2, no. 4.
- CORRAL TARCIANI, Hernán: prólogo al libro de ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. *Los principios generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica 2002.
- COTE-BARCO, Gustavo Emilio. “Constitucionalización del Derecho Penal y proporcionalidad de la pena”. *Universitas*, julio-diciembre de 2008, no. 116.
- CREUS, Carlos. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 3ª Edición, 1982.
- CRUZ, Luis M. “La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo”, *DÍKAION*, 2009, vol. 23, no. 18.
- CRUZ CAMACHO, María Cruz. “El bien jurídico penal”, *Revista Alegatos*, septiembre-diciembre 1995, no. 31.

- DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. “Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional: una mirada (de soslayo) al constitucionalismo”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, julio – diciembre 2009, v. 4, n. 2.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. “El artículo 25.2 CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Enero 2004, número Extraordinario.
- DE LOS REYES ARAGÓN, Wilson. “Algunos Elementos para Construir una Definición de Derechos Humanos”. Bogotá: *Revista Estudio Socio-Jurídica*, Julio-diciembre de 2008.
- DELUCCHI, María Laura. “Algunas consideraciones en torno a los principios”. *Anales*, 2010, año 7, no. 40, nueva serie 2009/2010.
- DEMÓSTENES. *Discursos Políticos. Discurso contra Leptines*. Traducido por: López Eire. Madrid: Editorial Gredos, 1985.
- DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Del formalismo en el proceso civil. (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, traducción de Juan José Monroy Palacios. Lima: Editorial Palestra, 2007.
- “El derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”. *Revista de Derecho*, 2009, vol. XXII, no. 1.
- DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*, Madrid: Ariel, 1999.
- DIARIO ABC. España, del 2 de abril de 2012. [Consulta: 15:03-2015]. Disponible en: <http://www.abc.es/20120209/local-cataluna/abci-castracion-201202091435.html>

DIARIO EL PAÍS. España, del 19 de septiembre de 1996. [Consulta: 15-03-2015].

Disponible en:

http://elpais.com/diario/1996/09/19/sociedad/843084003_850215.html

--20 de agosto de 2007. [Consulta: 15-03-2015]. Disponible en:

http://internacional.elpais.com/internacional/2007/08/20/actualidad/1187560811_850215.html

DÍAZ GÓMEZ, Andrés. “Doctrina Parot y prohibición de retroactividad desfavorable. Trabajo presentado el 11 de noviembre de 2016 en los *XVIII Encuentros de los Servicios de Orientación y Asistencia Jurídica Penitenciaria* de los Colegios de Abogados de España en Las Palmas de Gran Canaria.

DÍAZ LÓPEZ, Rosa María. “La Interpretación del artículo 133 Constitucional de Jorge Carpizo”. En: CARBONELL, Miguel, FIX-FIERRO Héctor, GONZÁLEZ PÉREZ Luis Raúl y VALADÉS Diego (coords). *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*. Tomo IV, vol. I. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Serie Doctrina Jurídica, No. 175, 2015.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1982.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista”. *Revista Jueces para la Democracia*, España, 1997.

-- “El abuso del sistema penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, 09-010. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-01.pdf>

DONNINI, Massimo: “Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal; el uso judicial del Derecho Penal de los principios”. *Revista de Estudios de la Justicia*, 2004, no. 5.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Algunas consideraciones sobre jurisdicción nacional e internacional en caso de violación de los derechos humanos”. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. X, Córdoba, Argentina: Publicación de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, 2000.

DROMI CASAS, José Roberto. *Introducción al Derecho Administrativo*, Madrid: Grouz, 1986.

DU PASQUIER, C. *Introducción al Derecho*. Traducido del francés por Julio Ayasta Gonzales, 5ª Edición, Lima: Editorial Jurídica Portocarrero SRL., 1994.

DURÁN MIGLIARDI, Mario. “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neoproporcionalismo en el Derecho penal actual”. *Revista de Filosofía*, 2011, vol. 67.

-- “Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal”. *Política Criminal*, junio 2011, vol. 6, no. 11.

ECHEVERRI, Pablo. “Ius Cogens en sentido estricto y en sentido lato: Una propuesta para fortalecer la consecución de la paz mundial y la garantía del Corpus Iuris Internacional de protección al ser humano”. *Memorando de Derecho*, 2011, año 2, no. 2.

ESCOBAR MEJÍA, J. Guillermo y LONDOÑO BERRÍO, Hernando. “El tratamiento penitenciario (art. 68 del C. P.) desde la perspectiva criminológica y

político criminal”. *Nuevo Foro Penal*, enero, febrero, marzo, 1985, año VII, no. 27.

ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio. “La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, enero – junio 2011, vol. 141, No. 114.

ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, tercera edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. “Concepto, valor normativo y función interpretativa de las Exposiciones de Motivos y Preámbulos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 1988, no. 20.

-- “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, octubre 1994, No. 1.

-- “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”. Malem/Orozco/Vázquez (comp.). *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedisa. 2003.

-- *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

-- *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

-- *Argumentación e Interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el Derecho Peruano*. 2010.

- *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.
- *Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Potencialidad y límites del artículo primero de la Constitución Mexicana*. Inédito.

FAGGIANI, Valentina: "Hacia un Estado Penal Común: Soberanía versus Justicia Universal". *Anales de Derecho*, julio 2015, vol. 33, No. 1.

FALCÓN Y TELLA, Fernando. "Examen Crítico de los diferentes tipos de Estado y el Derecho a Castigar", en *Revista Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2005, Nueva época, núm. 2/2005.

- "Límites al Derecho de Sancionar". *Anuario de Derechos Humanos*. 2005, Nueva Época, vol. 6.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. "Los Derechos Fundamentales en 25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional", 1980-2005, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Número 33, Santiago de Chile: Publicación del Tribunal Constitucional, 2006.

FERNÁNDEZ SAGADO. Francisco. "El Tribunal Constitucional Español como Legislador Positivo", Pontificia Universidad Católica del Perú: *Revista Pensamiento Constitucional*, 2011, año XV, número 15.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995.

- "El Derecho Penal Mínimo", en *Prevención y Teoría de la Pena*, Director Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: Editorial Cono Sur, Limitada, 1995
- *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2000.

-- *Razones Jurídicas del Pacifismo*, Madrid: Trotta, 2004.

-- "Derecho y Dolor". *Isonomía*, Octubre 2007, no. 27.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo: "Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal", en *Revista IIDH*, enero – junio 2014, vol. 59.

-- Voto razonado concurrente en caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas).

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLL, Carlos María. La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano". *Estudios Constitucionales*, 2012, año 10, número 2.

-- "Deberes de los Estados y derechos protegidos". En: STEINER Cristian y URIBE Patricia (editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

FIGUEROA-MEJÍA, Giovanni. "Duplicidad interpretativa: interpretación jurídica en general e interpretación jurídica en particular" *Díkaion*, junio 2010, año 24, vol. 19, núm. 1.

FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos" *Revista Latinoamericana de Derecho*, enero-junio 2004, Año I, número 1.

-- *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Serie B. Estudios Comparativos, b) estudios especiales no. 16, 1980.

FLORES JUÁREZ, Juan Francisco. "Constitución y Justicia Constitucional / Apuntamientos. Segunda Edición Ampliada. Ciudad de Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 2009.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano: "Historia y razón del paradigma Westsfaliano". *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), enero - marzo 2006, no. 131.

FUENTES CUBILLOS, Hernán. "El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concreción en el ámbito de individualización de la pena". *Revista Ius Et Praxis*. 2008, año 14, no. 2.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "Nazismo, derecho y filosofía del derecho" *Anuario de Filosofía del derecho*, 1991, VII.

-- "La interpretación constitucional", *Revista jurídica de Castilla y León*, 2004, nº 2.

-- "¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de ponderar". *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 2016, no. 13.

GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. La interpretación Constitucional como problema. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, octubre – diciembre 1996, no. 86.

-- "El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952), en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, no. 109, enero – abril de 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson-Civitas, 4ª edición, 2006.

-- “La Constitución Española como pacto social y como norma jurídica.”
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Ciudad de México:
Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008.

GARCÍA GUDIÉL, Fernando. Iniciativa de Ley 4459, “Castración Química para Violadores y Pederastas y Quirúrgica para Reincidentes”. Congreso de la República de Guatemala, 2012.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. *La defensa de la Constitución*. Ciudad de Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1983.

-- “Justicia Constitucional y Defensa de la Democracia. El Golpe de Estado en Guatemala en 1993, en *Cuestiones Constitucionales*. Número 2, enero – junio 2000.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. En la presentación del libro ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2ª edición, 2010.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*. Vol. 2, Quinta Edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014.

GARCÍA PLANAS, Gabriel. “El principio de intervención mínima en Derecho Penal: realidad o ficción”, en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares*, nº 11. 2010.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Derecho Penal*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1990.

-- *Voto razonado* con respecto a la sentencia de la Corte IDH en el Caso *Tristán Donoso Vs. Panamá* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 27 de enero de 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta. "Consideraciones sobre el Principio de Legalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, enero-junio 2011, no. 24.

GARCÍA SAYÁN, Diego. Prefacio del libro *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Cristian Steiner/Patricia Uribe Editores. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

GARRIDO, Mario, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Argumentación e interpretación judicial*. San Salvador: Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura, 2002.

GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos de Derecho Procesal*. Madrid: Civitas Ediciones SL, 1981.

GODILLO PÉREZ, Luis Ignacio. "Constitución, constitucionalización y constitucionalismo en la Unión Europea". *Estudios de Deusto*. Bilbao: Universidad de Deusto, julio – diciembre 2005, vol. 53/2.

GÓNZALEZ ANDRADE, Cedma. "La argumentación jurídica: del modelo positivista al llamado estado constitucional de derecho". Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la UV: *Letras Jurídicas*, enero-junio 2011, año 12, no. 23.

GRACIA MARTÍN, Luis. "La modernización del Derecho Penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y

democrático). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2010, 3ª época, no. 3.

GROS SPIELL, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991.

-- "El Control del Poder y la Democracia. Reflexiones Generales. El caso uruguayo". En: HÄBERLE, Peter y GARCÍA, Belaúnde (coords.): *El control del poder. Libro-Homenaje a Diego Valadés*. Lima: Maga Ediciones, Universidad Garcilaso de la Vega, 2012.

GUASTINI, Riccardo. "Problemas de Interpretación", traducido por Miguel Carbonell. *Isonomía*, No. 7, octubre 1997.

-- *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducido por Marina Gascón y Miguel Carbonell. Estudios sobre la interpretación jurídica. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1999.

-- *Estudios de Teoría Constitucional*, traducido por Miguel Carbonell. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001.

-- "Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales", *Palestra del Tribunal Constitucional: Revista mensual de jurisprudencia*, agosto de 2008, año 2, no. 08.

-- "Interpretación y construcción jurídica". *Isonomía*, no. 43, octubre 2015.

GUEVARA, José. "La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley". En FERRER-MACGREGOR POISOT, Eduardo, CABALLERO OCHOA José Luis y STEINER Christian (coords.). *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e*

Internacional. Tomo II. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, 2013.

GUTIÉRREZ DE COLMENARES, Carmen María. “Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito del Derecho Interno Guatemalteco”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2001. No. 5.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica Núm. 47, 2003.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, y JAY, John. *El Federalista*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1974.

HANSEN, Mogens Herman. “The mixed Constitution versus the Separation of Powers: Monarchical and Aristocratic aspects of modern Democracy”, en *History of Political Thought*. Vol. XXXI, No. 3. Autumn 2010.

HENDERSON, Humberto. “Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”. *Revista Interamericana de Derechos Humanos*. 2004, no. 39.

HASSEMER, WINFRIED. “Rasgos y Crisis del Derecho Penal Moderno”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, Tomo 45.

-- “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”. *Pena y Estado: Función Simbólica de la Pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.

-- *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

--“Prevención general y aplicación de la pena” en *Principales problemas de la prevención general*. Traducido por Gustavo Eduardo Aboso y Telma Löw. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2004

HASSEMER, WILFRIED y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Economía y al Derecho Penal*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1989.

HAVA GARCÍA, Esther. “Antes y después de la doctrina Parot: la refundición de condenas. *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, No. 6, marzo - agosto 2014.

HERNÁNDEZ SALGUERO, José Alberto. Iniciativa de Ley 5136, “Reformas al Código Penal. Delito de violación. Aplicación del tratamiento terapéutico de orquiectomía”. Congreso de la República de Guatemala, 2016.

HIGA, César y SACO, Víctor. “Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo”, *Revista Derecho PUPC*, 2013, no. 71.

HIRCH, Hans Joachim. “Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y procesal penal: sobre los límites de las funciones jurídico-penales”. En: MAIER, Julio B. J. (comp.). *De los Delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, SRL, 1992.

HOBBS, Thomas. *De Cive*. Traducido por Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

-- *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, traducción de Manuel Sánchez Sarto. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición. Quinta reimpresión, 2005.

HUERTA. Carla. “La fuerza normativa de la Constitución. Tensión entre aplicación y reforma constitucional”. En *Estado constitucional, Derecho Humanos, justicia y vida universitaria*. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo.

Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Estado Constitucional, Tomo IV, volumen 2, Serie Jurídica Núm. 711, 2015.

HURTADO AGUILAR, Hernán. *Derecho Penal Compendiado. Comentarios a la Parte General del Código Penal*, Guatemala: Editorial Landívar, Segunda Edición, 1984.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*, Lima: Eddili, Segunda Edición, 1987.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. “Garantías Judiciales”. En: STEINER Cristian y URIBE Patricia (editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

JAKOBS, Günter. “Sobre la teoría de la pena”. Traducido por Manuel Cancio Meliá. *Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 16*. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 1998.

-- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*. Traducido por Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

KANT, Emmanuel. “Contestación a la pregunta ¿Qué es la Ilustración? en *¿Qué es la ilustración?*”, Edición de R. R. Aramayo, Madrid: Alianza Editorial, 2004.

-- *Fundamentación metafísica de las costumbres*. Traducido por Manuel García Morente. San Juan Puerto Rico: Ediciones Pedro M. Rosario Barbosa, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 4ª Edición, 9ª reimpresión. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Eunomía: Revista en cultura de la legalidad*, septiembre 2011 – febrero 2012, no. 1.

LANDA ARROYO, César. “Interpretación y Aplicación de la Ley Penal”, en *Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.

-- “Los precedentes constitucionales”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2010, no. 14.

LASALLE. Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* traducción de Wenceslao Roces, Barcelona: Ariel, 1989.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “¿Restrictivo o Diferente? El control de la Ley Penal por parte del Tribunal Constitucional”. *INDRET*, 3/2012, p. 8.
Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/902a.pdf>.

LAURENT, François. *Principios del Derecho Civil Francés*, Tomo I, Ciudad de México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008.

LASCANO, Carlos Julio. “La insostenible ‘modernización del Derecho Penal’ basada en la ‘tolerancia cero’ desde la perspectiva de los países ‘emergentes’”. *Cahiers de defense sociale*, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1992.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo: *Teoría del delito y de la ley penal*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2010.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, 3a. reimp., Bogotá: Legis-Uniandes, Facultad de Derecho, 2002.

-- *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Colombia: Legis. 2004.

-- *Interpretación Constitucional*. 2ª Edición, Bogotá: Editorial de la Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2006.

-- “Los principios en el “viejo” y en el “nuevo” Derecho. Examen de contraste entre el “rigor formal” y la “flexibilidad basada en principios” en la teoría jurídica romanística.” *Revista de Derecho Privado*. No. 47, enero – junio de 2012.

LUCAS VERDÚ, Pablo. “Dimensión axiológica de la Constitución”, *Anales*: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997, no. 74.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General. Madrid: Editorial Universitas, S. A., 1996.

MACCORMICK, Neil. “Retórica y Estado de Derecho”. *Isegoría*, No. 21. 1999.

-- “Argumentación e interpretación en el Derecho”. *Doxa*, No. 33, 2010.

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*. *Fundamentos*. T. 1. 2da. Edición. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 1996.

MALDONADO AGUIRRE, Alejandro. “Guatemala: recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ciudad de México: Fundación Konrad Adenauer, 2001.

MALDONADO MALDONADO. Héctor Guillermo. Reglas de aplicación de las normas penales. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2010.

MAPELLI CAFERANA, Borja. “Criminología y Ejecución Penal”. *Prevención y Teoría de la Pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.

- MARTÍNEZ PICHARDO, José y MARTÍNEZ QUIJADA, Luis Octavio. *Introducción al Estudio del Derecho. Una nueva visión del Estado de Derecho*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2007.
- MATHEUS-RUGUELES, Andrea y MARTÍNEZ-VARGAS, Juan Ramón. “Derecho Penal y Terrorismo: ¿Crimen de Derecho Internacional?”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 40, no. 113, julio – diciembre 2010.
- MEDINA ARDILA, Felipe. “La responsabilidad internacional del Estado por actos particulares: análisis jurisprudencial interamericano”. *Debate Interamericano*. Bogotá: Publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, vol. 1, 2009.
- MEDINA CUENCA, Arnel. “Los Principios Limitativos del *Ius Puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad”, *Ius: Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2007.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia. Voto disidente en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.
- MENDOZA CALDERÓN, Silvia: “La aplicación de la Ley Penal en el espacio: la trascendencia del principio de justicia universal en España”. *Revista Penal: Publicación semestral realizada con la colaboración de las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha*. 2007 no. 20.
- MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosh Casa Editorial, S.A., Segunda Edición, 1982.

- *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.
- “Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva” en *Prevención y Teoría de la Pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.
- *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, Segunda Edición, 2003.
- *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011
- “El Principio de Proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal”. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2009.
- *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, Madrid: Iustel, 2011.

MONTALVO ABIOL, Juan Carlos. “Terrorismo, información y derechos humanos.” *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, no. 15, enero 2012.

MORA-DONATTO, Cecilia. “El valor de la Constitución normativa”, *Serie Ensayos Jurídicos*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002, no. 8.

MORALES GODO, Juan. “Función del juez en una sociedad democrática”, *Revista de Maestría en Derecho Procesal*, 2012, vol. 4, no. 4.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. “Reflexiones sobre el Derecho Penal del Futuro”. *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 2002, 04-06. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf

MUÑOZ CONDE, Francisco. “La resocialización del Delincuente, análisis y crítica de un mito”. *Cuadernos de Política Criminal*, 1979, no. 7.

-- *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Editorial Universitaria de Jerez, 1985.

-- *Introducción a la Economía y al Derecho Penal*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1989.

-- *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.

MURILLO CRUZ, David Andrés. “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos”. *Revista de Derecho Público*. No. 36, enero – junio 2016.

NASH, Claudio. “Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos” Ponencia presentada *Simposio Humbolt: Internacionalización del Derecho Constitucional – Constitucionalización del Derecho Internacional* Universidad de Buenos Aires Argentina, 4 – 6 de octubre de 2010.

-- “Los Derechos Fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Fundación Konrad Adenauer, México, 2006.

NAUCKE, Wolfgang. “Prevención general y derechos fundamentales de la persona” en *Principales problemas de la prevención general*. Traducido por Gustavo Eduardo Aboso y Telma Löw. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2004.

NAVARRO FRÍAS, Irene. "El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance general de costes y beneficios? *Indret: Revista para el análisis del Derecho*. 2010, no. 2.

NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Traducido por Guillermo Rafael Navarro. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.

--*Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica. (Con referencia particular a la Dogmática Penal)*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones UNAM, 1989.

-- *La Constitución de la democracia deliberativa*, traducido por Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997.

-- *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2ª Edición, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos". *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie G, Estudios Doctrinales, no. 193, 1998.

-- "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia". *Ius et Praxis*, 2003, vol. 9, núm. 1.

-- "Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales". *Revista de Derecho*. 2003, vol. 14.

-- "El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión". *Estudios Constitucionales*, 2011, año 9.

- O'DONNELL, Guillermo. "Democracia Delegativa". *Journal of Democracy* en español, julio 2009, vol. 1.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Los Derechos Humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo*. Folleto informativo no. 32, Ginebra, 2008.
- OLIVEIRA, Felipe. "Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy". *Lecciones y Ensayos*, 2010, no. 88.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo. "¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. No. XXIV, 2003.
- ORELLANA WIARCO, Octavio A. *Teoría del delito: sistemas causalista, finalista y funcionalista*. Vigésima segunda edición. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2015.
- OSSA ARBELÁEZ, Jaime. *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*. 2ª Edición. Bogotá: Editorial Legis, 2009.
- PACHECO, Máximo. *Teoría del Derecho*, Cuarta Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- PALACIOS PÁMANES, Gerardo Saúl. *El problema de la antinomia de los fines de la prisión provisional como obstáculo para la reinserción social*. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2009.
- PLAGIARI, Arturo Santiago, "Derecho internacional y derecho interno. El sistema constitucional argentino", *Ars buni et aequi*, 2011, año 7, no. 2.
- PALACIOS PÁMANES, Gerardo Saúl. *El problema de la antinomia de los fines de la prisión provisional como obstáculo para la reinserción social*. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2009.

PALOMINO MANCHEGO, José. F. "Constitución, supremacía, constitucional y teoría de las fuentes de Derecho: una visión desde el Perú". *Cuadernos Constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Cedrol*. Valencia: Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia, 2007, no. 58/59.

PÉREZ AYALA, Andoni. "Recensiones" a FERNÁNDEZ SARASOLA y J. VARELA SUANZES-CARPEGNA (Coords.): «Conceptos de Constitución en la Historia», en *Fundamentos*, nº 6 (cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional), Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2010, en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Octubre – Diciembre 2012, núm. 154.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: José María Bosh Editor, 1997.

PINTO ACEVEDO, Mynor. *La Jurisdicción Constitucional en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Serviprensa Centroamericana, 1995.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*. Madrid: CPC, 1989.

-- "La influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho Penal: La defensa del modelo ideológico Neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de bienes penales". En, ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARÍN, Adán (coords). *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

-- “El retorno del Derecho Penal al estado de la naturaleza”. *Revista Viento Sur*, noviembre 2005, no. 83.

-- “Bases teóricas del “nuevo” derecho penal schmittiano: el derecho penal y procesal penal del ‘enemigo’”, *Ius: Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2007, no. 19.

PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. “Sobre la distinción entre principios y reglas”, *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: *Gaceta Constitucional*, 2009.

-- “¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales.” *Vox Juris*, 2016, no. 31

POZZOLO, Sussana. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *DOXA*, 1998, no. 21-II.

-- “Apuntes sobre neoconstitucionalismo”. En: *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (editores). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, vol. I, Serie Doctrina Jurídica no. 712, 2015.

PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. *Anuario de la Facultad Autónoma de Derecho de Madrid*, AFDUAM, 2001, no. 5.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “La unificación de la Justicia Penal en Europa”. *Revista Penal*, 1999, no. 3.

-- *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Pamplona: Editorial Aranzandi, segunda edición, 2000.

-- "La derrota de la política criminal y del Derecho Penal de nuestro tiempo". *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2007, núm. 19.

QUISPE REMÓN, Florabel. "*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso", *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, no. 34, Barranquilla, 2010.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

RECÁNSENS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. Decimasegunda edición. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1997.

-- *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Decimonovena edición. Ciudad de México: Editorial Porrúa. 2008.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid: Espasa Calpe, Vigésima Segunda Edición, 2001.

-- *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Tercera Edición, España, 2014.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Proceso penal y Constitución. Reflexiones en torno a la trascendencia del principio de Estado de Derecho en el derecho procesal penal", *Nuevas Tendencias en el derecho constitucional y en el derecho procesal constitucional*. Directores: Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo. Nicaragua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2011.

ROCA TRÍAS, Encarnación y AHUMADA RUIZ, María Ángeles. "Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española", ponencia presentada en la *Conferencia "Trilateral" Italia/Portugal/España*, en la Reunión de Tribunales Constitucionales

de Italia, Portugal y España, celebrada en Roma, Italia, del 24 a 27 de octubre de 2013.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Miriam. "La legitimación democrática del poder supranacional", *Estudios de Deusto*, Julio – Diciembre 2012, vol. 60/2.

RODRÍGUEZ MESA, María José. *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Jerez de la Frontera: Universidad de Cádiz, 2006.

- "Las razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, 09-010. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>

RODRÍGUEZ O., Pablo. *Derechos Fundamentales*. San José: Editorial Juricentro, 2001.

RODRIGUEZ MONTAÑÉZ, Teresa. "Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Del Río Prada c. España". *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, No. 6, marzo - agosto 2014.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "El principio de legalidad y arbitrio judicial". *Anuario: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, no. 1.

ROJAS, Ivonne Yenissey. "La proporcionalidad en las penas". *Iter Criminis: Revista de Ciencias Penales*, mayo – junio 2008, no.3, Cuarta Época.

ROJO SANZ, José María: "En torno a los principios (Algunas reflexiones sobre Dworkin)". *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, no. 3.

ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Estudios sobre la argumentación jurídica principialista. Bases para la toma de decisiones judiciales*. Ciudad de

México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica, no. 720, 2015.

ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo. “Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno guatemalteco”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, México, 2001.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social*. Ciudad de México: Editores Mexicanos Unidos, S. A., 1992.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde, Madrid: Instituto Editorial Reus, S. A., 1981.

-- “Fines de la pena y reparación del daño”. En: MAIER, Julio B. J. (comp.). *De los Delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, SRL, 1992.

-- *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*, Madrid: Civitas, Tomo I, 1997.

-- “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, traducción de Manuel Cancio Meliá, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15.

RUANO GODOY, Edgar Orlando. “Ámbito de aplicabilidad procesal de los niveles de valoración del hecho punible”. *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*, 2002, no. 45.

-- *Importancia interpretativa de las cláusulas abiertas contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala*. Ciudad de Guatemala. Tesis de Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar, 2010.

- "Función primordial del juez en la observancia del derecho a la justicia". *Sapere Aude*, julio - diciembre 2013, no. 3.
- "Redimensionamiento de la función jurisdiccional: El juez, de aplicador de la ley a garante de la Constitución". *Tribuna Jurídica*: Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial de Guatemala, 2014.
- "Interpretación constitucional frente al formalismo exacerbante", *INFO CC*: Revista Mensual de la Corte de Constitucionalidad, marzo 2015, año 4, no. 11.
- "Del Constitucionalismo de Estado al Constitucionalismo Humanista". *El Boletín de la CC*: septiembre 2016, año 1, no. 6.

RUBIO LLORENTE, Francisco. "La jurisdicción Constitucional como forma de creación de derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988.

RUIZ MIGUEL, Carlos, *Constitucionalismo Clásico y Moderno. Desarrollo y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, del Tribunal Constitucional del Perú, 2013.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. "El *Ius Puniendi* en la competencia de la Corte". En: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL Olga (coords.). *Panorama Internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal. Serie Doctrina Jurídica No. 394*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007.

SABELLI, Héctor E. y SANTIAGO (H.), Alfonso. *Tiempo, Constitución y Ley Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

- SAGÜES, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1988.
- SALOM, Cecilia. "Tipo penal y mandato de determinación. La crisis de la legislación contemporánea." *Diario Penal*, 19 de agosto de 2016, no. 118.
- SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina. *"El Derecho al Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*. Lima: Instituto de Democracia y de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén Antonio. *Los Principios de interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- SANZ MULAS, Nieves. "Sistema de Sanciones en España y Colombia. Alternativas a la prisión" *Revista Justicia*, 2011, no. 20.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. "Prohibición de Retroactividad y Cambios de orientación en la Jurisprudencia". *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1993, no. 11.
- SIERRA GONZÁLEZ, José Arturo. *Derecho Constitucional Guatemalteco*. Ciudad de Guatemala: Centro Impresor Piedra Santa, 2000.
- SIERRA MADERO, Dora María. "El Estado de Derecho y el Estado y el Imperio del Derecho en México durante la transición a la Democracia". *Anuario de la Facultad de Derecho: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura*, 2006, vol. XXIV.
- SIEYÈS, Emmanuel: "Opinión sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional." En: MÁIZ, R. (ed.). *Escritos y Discursos de la Revolución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

- SÓFOCLES. *Antígona*. S/d. Pehuén Editores, 2001.
- SOLÍS FALLAS, Alex. *La Dimensión Política de la Justicia Constitucional*, San José: Asamblea Legislativa, 1999.
- SOSA SACIO, Juan Manuel. *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Constitucional, 2009.
- STAMMLER, Rudolf. *El juez*. Ciudad de México: Editora Nacional, 1980.
- STEINER, Cristian y URIBE, Patricia. “Introducción general”. En: STEINER Cristian y URIBE Patricia (editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- TIEDEMANN, Klaus. “Constitución y Derecho Penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, septiembre – diciembre 1991, año 11, no. 33.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- TORRES ÁVILA, Jheison. “La Vinculación del juez a la ley y al derecho”, *Criterios: Cuadernos de justicia y política internacional*, enero – junio 2011, vol.4, número 1.
- TUCÍDIDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso*. Madrid: Alianza, 1989.
- TUSSELL GÓMEZ, Javier. *Historia política y social moderna y contemporánea*, Madrid: UNED, 1997, 3ª edición, vol. 1.
- UNGER, Mark. “Setenta Años de la Ley Fundamental Alemana”. *Estudios Constitucionales*, 2009, año 7, número 2.
- UPRIMI YEPES, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia, 2ª ed. 2008.

- URIBE ARZATE, Enrique. “Actualidad y Perspectivas de la Interpretación Constitucional en México”. *Revista de Derecho*, 2005.
- UROSA SÁNCHEZ, RUIZ RODRÍGUEZ, Ignacio; SAN MIGUEL PÉREZ, Enrique; MARHUENDA GARCÍA, Francisco. *El libro de actas del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*. Madrid: Comunidad de Madrid. Consejería de Educación. *Colección documental*. Biblioteca Académica, 3. 1999.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*, Tomo I, Bogotá: Editorial Temis, 1989.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. “La definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, enero – junio 2007, vol. 37, no. 106.
- VAN BOCKEL, Bastiaan. *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*. Universiteit Leiden, The Netherlands, 2009.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge. “Política, delitos y delitos políticos”. En: MAIER Julio B. J. y BINDER Alberto M. (comps.). *El Derecho Penal de Hoy. Homenaje al profesor David Baigún*. Buenos Aires: Editores del Puerto SRL, 1995.
- VERNET I LLOBET, Jaume. “Sistema de Fuentes y la Constitución”, en *Temas de Derecho Constitucional* (1). Barcelona: Cedes Editorial, 1998.
- VERGARA BLANCO, Alejandro. “Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial”. *Temas de la agenda pública*, noviembre 2015, año 10, no. 83.
- VERVAELE, John A. E., “¿Graves violaciones de derecho humanos y delitos internacionales: Del *ius (non) puniendi* del Estado-Nación a un deber *puniendi* imperativo de *ius cogens*?”, en *Ciencias Penales del Sur*, Buenos Aires: Infojus, 2015.

VIDAURRI ARECHIGA, Manuel. "La interpretación de la ley penal", en *Liber ad honorem* Sergio García Ramírez Tomo I, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie E: Varios, número 94, 1988.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires: Abelardo-Perrot. 1993.

- "El razonamiento justificatorio judicial", *Doxa*, 1998, número 21, vol. II.
- "Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual". *Persona y Derecho*, 2001, vol. 44.
- *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Segunda Edición, 2004.
- "Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* de Santa Fe, 2009.
- *De la Ley al Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2012.
- "De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración". *Díkaion*, 2012, año 26, número 21, vol. 1.
- "Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias". En CARBONELL, Miguel, FIX-FIERRO Héctor, GONZÁLEZ PÉREZ Luis Raúl y VALADÉS Diego (coords). *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*. Tomo IV, vol. 2. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica No. 175, 2015.

- VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime. "Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *ius novus* ecuatoriano", *Iurisdictio*, 2010, año 10, vol. 13.
- VON IHERING, Rudolf. *La lucha por el derecho*. Ciudad de México: Editorial José M. Cajica. 16 Edición, 1957.
- VON HOECKE, Mark. "El uso de principios jurídicos no escritos por los tribunales". *Revista Doxa*, 1996, no. 1.
- VON HIRSCH, Andrew. *Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena*. En, ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARÍN, Adán (coords). *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad*. 2a. edición, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1964.
- WINTER ETCHEBERRY, Jaime. "Situaciones actuales en la frontera del principio de proporcionalidad". *Revista de Estudios de la Justicia*. 2012, no. 17.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el Derecho*. Lima: Grijley, 2013.
- YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Abaco, 2002.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar, S.A., 2000.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición, Buenos Aires: Editorial Ediar, S.A., 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

ZAPICO BARBEITO, Mónica. “¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE”. *Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional: Anuario da Faculta de Dereito da Universidad e da Coruña –AFDUDC-*, 2009, no. 13.

**RESOLUCIONES, SENTENCIAS Y
OPINIONES CONSULTIVAS CITADAS**

I) GUATEMALA

A) Autos

29 de enero de 2009, expediente 3350-2008.

B) Opiniones consultivas

18 de mayo de 1995, expediente 199-95.

22 de septiembre de 1993, expediente 323-93.

28 de enero de 1987, expediente 170-86.

C) Sentencias

11 de febrero de 2016, expediente 1097-2015.

12 de marzo de 2015, expediente 1627-2014.

8 de julio de 2014, expediente 839-2014.

27 de noviembre de 2013, expediente 808-2013.

6 de noviembre de 2013, expediente 3082-2013.

31 de octubre de 2013, expediente 936-2013.

28 de agosto de 2013, expedientes acumulados 635-2013 y 636-2013.

7 de mayo de 2013, expediente 1312-2012.

7 de septiembre de 2012, expedientes acumulados 3-2011, 4-2011 y 52-2011.

14 de agosto de 2012, expediente 2729-2011.

8 de noviembre de 2011, expediente 3397-2011.

18 de octubre de 2011, expediente 2080-2011.

27 de septiembre de 2011, expediente 2156-2011.

8 de febrero de 2011, expediente 1994-2009.

21 de enero de 2010, expediente 2331-2009.

9 de diciembre de 2009, expediente 3939-2009.

1 de septiembre de 2009, expediente 1897-2009.

9 de julio de 2009, expediente 3396-2008.

27 de mayo de 2008; expediente 926-2008.

26 de abril de 2007, expediente 2960-2006.

20 de diciembre de 2006, expediente 2855-2006.

2 de noviembre de 2006, expediente 1560-2006.

11 de octubre de 2006, expediente 1356-2006.

17 de octubre de 2005, expediente 1135-2005.

9 de diciembre de 2002, expediente 890-2001.

28 de junio de 2001, expediente 872-2000.

31 de octubre de 2000, expediente 30-2000.

13 de agosto de 2003, expedientes acumulados 825-2000, 135-2000 y 1342-2000.

11 de mayo de 1999; expediente 866-98.

6 de abril de 1999, expediente 49-99.

23 de febrero de 1999; expediente 907-98.

19 de enero de 1999, expediente 248-98.

25 de junio de 1998, expediente 90-98.

30 de abril de 1998, expediente 762-97.

31 de marzo de 1998, expediente 1011-97.

26 de septiembre de 1996, expediente 1012-95.

12 de marzo de 1997, expediente 131-95.

19 de mayo de 1992, expediente 113-92.

3 de diciembre de 1991, expediente 265-91.

26 de junio de 1991, expediente 364-90.

19 de octubre de 1990, expediente 280-90.

23 de marzo de 1988, expediente 276-87.

17 de septiembre de 1986, expediente 12-86.

II) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A) Opiniones consultivas

Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

B) Sentencias

Caso Miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328.

Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 91.

Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

Caso Liakat Ali Alibux Vs Suriname. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

Caso Mémoli Vs Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.

Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 263.

Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Serie C No. 255.

Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Caso Pacheco Teruel Vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241.

Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 2009. Serie C No. 193.

Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

Caso Ivon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.

Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Caso Comerciantes Vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

Mirna Mack Chang Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101.

Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Caso Ricardo Baena y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 104.

Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Caso Castillo Petruzzi y Otros Vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C. No. 52.

Caso Blake Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48.

Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.

Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 65.

Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 43.

Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6.

Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.

Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de 27 de agosto de 2010.

III) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS

Resolución 1/03, sobre Juzgamiento de Crímenes Internacionales.

IV) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU

Observación General No. 32 (2007), “El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia” (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), 23 de agosto de 2007, CCPR/C/GC/32.

Caso Jacobus Gerardus Strik vs. Países Bajos, Comunicación No. 1001/2001 (2002), CCPR/C/76/D/1001/2001.

V) ESPAÑA

A) Tribunal Constitucional

STC 2/2003, de 16 de enero.

STC 91/2000, de 30 de marzo.

STC 136/1999, de 20 de julio.

STC, 55/1996, de 28 de marzo.

STC 112/1989, de 19 de junio.

STC 627/1982, de 15 octubre.

STC 9/1981, de 31 de marzo.

B) Tribunal Supremo

20 de julio de 2009, Roj: STS 5421/2009

STS 197/2006, de 28 de febrero.

8/2001, de 15 de enero.

SSTS 1 de junio de 2000 (RJ 4150)

SSTS de 12 de mayo de 1999 (RJ 4666)

VI) PERÚ

Tribunal Constitucional

Sentencia de 8 de noviembre de 2005; EXPEDIENTE N.º 5854-2005-PA/TC.

Sentencia de 17 de octubre de 2005, EXPEDIENTE N.º 7451-2005-PHC/TC.

VII) COLOMBIA

Corte Constitucional

Sentencia No. T-406/92 de 5 de junio de 1992.

VIII) MÉXICO

Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 31/2006.

IX) ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Corte Suprema de Justicia

Carmell v. Texas, 529 U.S. 513 (2000)

Collins v. Youngblood, 497 U.S. 37 (1990)

Marbury v. Madison, 5 U. S. (1Cranch) 137 (1803).

X) CHILE

Tribunal Constitucional

Sentencia, rol N° 207, del 10 de febrero de 1995.