

EXPEDIENTES ACUMULADOS 3546-2021 Y 4972-2021

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, INTEGRADA CON LOS MAGISTRADOS DINA JOSEFINA OCHOA ESCRIBÁ, QUIEN LA PRESIDE, HÉCTOR HUGO PÉREZ AGUILERA, NESTER MAURICIO VÁSQUEZ PIMENTEL, LEYLA SUSANA LEMUS ARRIAGA, ROBERTO MOLINA BARRETO, LUIS ALFONSO ROSALES MARROQUÍN Y WALTER PAULINO JIMÉNEZ TEXAJ: Guatemala, dieciséis de marzo de dos mil veintitrés.

Para dictar sentencia, se tienen a la vista dos acciones de inconstitucionalidad general parcial promovidas contra el artículo 65 del Código Penal. La primera fue interpuesta por Olga Lidia Zacarías Urzúa de Peralta, quien denuncia el apartado del referido artículo en las frases que dicen “... *la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima...*”. La segunda acción fue promovida por José Manuel Gómez Magariño y denuncia la inconstitucionalidad de la frase “... *la mayor o menor peligrosidad del culpable...*”, del citado artículo. La primera postulante, actuó con el auxilio profesional de los abogados Nubia Pamela Rivero González, María José López Mota y Roberto Arturo Navarro Morales. El segundo accionante actuó con el auxilio profesional de los abogados Plinio Dardón Rodríguez, Andrea Isabel García Hernández y Concepción Argentina Nájera Alfaro. Es ponente en el presente caso el Magistrado Vocal I, Héctor Hugo Pérez Aguilera, quien expresa el parecer de este Tribunal.

ANTECEDENTES**I. CONTENIDO DE LA REGULACIÓN DENUNCIADA**

Ambos accionantes denuncian la inconstitucionalidad de algunos segmentos del artículo 65 del Código Penal, señalando frases específicas para el efecto, por



lo que a continuación se transcribe el contenido del artículo denunciado, subrayando las referidas frases: “*Artículo 65. El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta **la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de este y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena.***”. La primera accionante denuncia de inconstitucional las frases que aparecen resaltadas en el párrafo recién transcrito. El segundo accionante, por su parte, denuncia de inconstitucional únicamente la frase que dice “...*la mayor o menor peligrosidad del culpable...*”.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS DENUNCIAS

A) Lo expuesto por la primera accionante se resume: la norma impugnada en las frases: “...*la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima...*”: **a)** transgrede el artículo 2o de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues es deber del Estado garantizar la justicia, lo cual no sucede con las frases señaladas porque no garantizan la fijación de una pena justa, ya que se toma en cuenta la menor o mayor peligrosidad del culpable, lo que es un hecho incierto y por ello se fija la pena atendiendo al derecho de autor y no al derecho de acto, debido a que la pena se establece con base en lo que el culpable es; **b)** viola el artículo 4o constitucional, pues tomar en cuenta las frases objetadas como elementos para la fijación de la pena menoscaba la dignidad del culpable y de la víctima, por lo que el artículo 65 del Código Penal, se basa en



la teoría de la peligrosidad la cual niega que la pena tenga o pueda tener proporcionalidad directa con el delito, haciendo depender la magnitud de la pena del estado peligroso, independientemente del tipo y la gravedad del delito; además, se fija la pena atendiendo a las características personales del culpable negando el derecho de acto, aspecto que vulnera el principio de igualdad, respecto del cual la Corte de Constitucionalidad ha indicado que *“Lo que puntualiza la igualdad es que las leyes deben tratar de igual manera a los iguales en iguales circunstancias”*. De conformidad con el segmento cuestionado, la pena a imponer depende del criterio subjetivo del juez; **c)** vulnera el artículo 5o de la Constitución Política de la República de Guatemala *“que atenta también contra los artículos 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en función de lo que establece el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala”*, porque como lo asentó la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia del caso C-365/12, expediente D-8798, *“El Derecho penal de acto, por el cual ‘solo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente (...). El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión, por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer”*. Ello porque la palabra *“peligrosidad”* introduce al sistema penal una presunción a futuro que puede valorar el juez de forma subjetiva, lo cual se ha demostrado en la práctica, ya que los jueces aumentan las penas por el solo hecho de que el Ministerio Público presenta antecedentes penales del culpable o porque la defensa no lo hace, de ahí que ese análisis subjetivo que realiza el Juez de



Sentencia, relativo a la posibilidad de que una persona pueda cometer hechos delictivos en el futuro, viola el sistema garantista del derecho penal guatemalteco y el orden constitucional desarrollado en función del artículo 4o constitucional; **d)** transgrede el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala y los artículos 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en función de lo que establece el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que el debido proceso exige que el sindicado tenga la certeza de la acusación que se discutirá en el tribunal de sentencia y sobre la cual versará la prueba. Por tal razón, en la acusación deben versar los hechos que describe el artículo 65 del Código Penal, en lo relativo a la frase: *“la mayor o menor peligrosidad del culpable y los antecedentes penales de éste y de la víctima”*, para poder proporcionar una adecuada oportunidad al sindicado de ejercer su derecho de defensa. En la práctica es evidente que al momento de graduar la pena no se toma en cuenta la acusación o el requerimiento fiscal, ya que esto se deja a discreción del Juez Sentenciador quien fija la pena basado en una apreciación subjetiva y analógica. En ese sentido, afirma, es necesario que la acusación penal determine las circunstancias que demuestren la peligrosidad del culpable, tal y como lo consideró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *“Fermín Ramírez vs Guatemala”*. Asimismo, añadió que, la peligrosidad a la que hace referencia la frase impugnada, no se puede prever, porque no se puede determinar si una persona es de mayor o menor peligrosidad sin caer en subjetividad, con lo cual se están condenando hechos futuros no perpetrados; **e)** viola los artículos 17 constitucional y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en función de lo que establece el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque no describe en forma clara y precisa cuáles podrían ser las



circunstancias del hecho, las circunstancias de ocasión, la manera en que deba realizarse y cuáles son los móviles determinantes que deben observar los jueces penales para el encuadramiento fáctico a la norma. Asimismo, no se establece cuáles deben ser los antecedentes personales del culpable y de la víctima, dejando la norma a la imaginación e interpretación de los jueces penales, quienes además de utilizar la analogía, no cuentan con un criterio unificado, aspectos que conllevan que la norma objetada se encuentre redactada en forma ambigua, lo cual viola los principios de legalidad y taxatividad, pues no se determina si las frases cuestionadas constituyen una agravante específica o simplemente una característica más de descripción del tipo penal. Citó los fallos emitidos por la Corte Interamericana en los casos Lori Berenson, De la Cruz Flores y Ricardo Canese, concluyendo en que *“la frase atacada del artículo 65 del Código Penal, viola no solo la Constitución, sino el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*, y **f)** viola el artículo 7 del Código Penal, que indica que los jueces no podrán crear figuras delictivas por analogía, ya que no describe qué acciones u omisiones revelan una mayor o menor peligrosidad del culpable y no indica cuáles son los antecedentes personales del culpable y de la víctima. **B) Lo expuesto por el segundo accionante se resume:** el artículo 65 del Código Penal, en la parte que regula: *“la mayor o menor peligrosidad del culpable”*: **a)** viola el artículo 5º constitucional, que establece que el sujeto únicamente puede ser sancionado por realizar una acción considerada por la ley como delito, ya que al fijar la pena teniendo en cuenta *“la mayor o menor peligrosidad del culpable”* el juez puede basarse en elementos subjetivos como la personalidad del sujeto, su estatus económico o su probable conducta futura indemostrable, aspectos que no implican contravención al ordenamiento jurídico guatemalteco. Asimismo, la



individualización judicial de la pena debe orientarse hacia la retribución de la culpabilidad del autor por la conducta realizada y no a la prevención de delitos que el sujeto aún no ha cometido, pero que el juez o tribunal sancionador considera que cometerá en el futuro, provocando de esa forma que se imponga una pena de manera arbitraria, ilegítima e injusta; **b)** transgrede el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que regula los principios de legalidad y culpabilidad, ya que si el juez valora como elemento de la fijación de la pena la mayor o menor peligrosidad del imputado, tomará en cuenta conductas futuras indemostrables, esto porque la peligrosidad constituye una característica subjetiva cuya naturaleza no permite precisar el bien jurídico tutelado que se lesionará, lo cual no podría ser objeto de sanción penal. Los principios en referencia sirven de límite a la facultad sancionadora del Estado, porque no puede imponerse una pena a un sujeto si no es consecuencia de la comisión de un delito debidamente comprobado en un proceso penal; **c)** viola los artículos 46 y 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que la regulación de las frases objetadas implicaría el incumplimiento de compromisos internacionales en materia de derechos humanos asumidos por el Estado de Guatemala, contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; **d)** transgrede el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contiene el principio de legalidad, ya que al incorporar como elemento para la fijación de la pena “*la mayor o menor peligrosidad del culpable*”, otorga una discrecionalidad arbitraria a quien debe aplicar la Ley; inobserva la seguridad jurídica que toda norma penal debe brindar y afecta la severidad y alcance de la pena que particularmente en un Estado de Derecho y democrático debe estar presidida por el principio de legalidad, y **e)** viola el numeral



1) del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque las normas penales deben estar dotadas exclusivamente de disposiciones claras y concretas, incluyendo aquellas que se refieren a la responsabilidad penal y la pena. Así, la existencia de una norma penal que permita al juzgador un amplio margen de discrecionalidad, bajo supuestos no susceptibles de ser previstos ni razonablemente considerados, conlleva su consiguiente aplicación arbitraria, vulnerando el principio de legalidad. Citó las sentencias emitidas por esta Corte en los expedientes 1097-2015, 3292-2015 y 5986-2016, así como la proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Coronado vs Guatemala*” que, según indica, se refieren a la “*peligrosidad*” del imputado.

III. TRÁMITE DE LAS INCONSTITUCIONALIDADES

A) No se decretó la suspensión provisional de las frases del artículo 65 del Código Penal, señaladas de inconstitucionales. **B)** Se ordenó la acumulación de las acciones constitucionales contenidas en los expedientes 3546-2021 y 4972-2021.

C) Se tuvo como intervinientes en la primera acción a: **C.i)** Congreso de la República de Guatemala; **C.ii)** Corte Suprema de Justicia; **C.iii)** Procurador de los Derechos Humanos, y **C.iv)** Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal, y en la segunda acción a: **i)** Congreso de la República de Guatemala, y **ii)** Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal. Oportunamente se señaló día y hora para la vista.

IV. RESUMEN DE LAS ALEGACIONES

A) El Congreso de la República refirió: **a)** la frase “*la mayor o menor peligrosidad del culpable*” no transgrede las normas que se señalan como violadas, porque su tenor faculta al tribunal para que, al dictar sentencia, pueda determinar la aplicación



de la pena dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley. Por lo tanto, la fijación de la pena se efectúa de acuerdo con el principio de legalidad establecido en el normativo penal guatemalteco. No puede interpretarse que el artículo objetado permita a los juzgadores imponer penas distintas de las dispuestas por el legislador;

b) en el caso bajo estudio no se efectuó el análisis confrontativo requerido para este tipo de acciones, separado en apartados y un capítulo especial, lo que hace que su examen sea inviable, a tenor de lo establecido en el artículo 12 inciso f) del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad y 135 de la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad, complementado con lo considerado por esta Corte entre, otros, en los expedientes 2803-2010, 2038-2014, 3193-2017 y 3666-2017, y **c)** si no existe certeza sobre la concurrencia del vicio denunciado, debe respetarse la voluntad del órgano investido de potestad normativa, en aplicación del principio de conservación de la ley y la regla de *in dubio pro legislatoris*. Solicitó se declaren sin lugar las acciones instadas. **B) El Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal**, expuso: **a)** en ambos planteamientos no se llevó a cabo la parificación o motivación que permita establecer por qué las frases impugnadas transgreden las normas constitucionales que se señalan, a pesar de que la Corte de Constitucionalidad, en reiterados fallos, entre los que se citan los emitidos en los expedientes 1305-2008, 1235-2003, 1497-2009, 1134-2012, 1758-2005 y 632-2016, ha manifestado que es obligación del accionante puntualizar la confrontación entre la norma impugnada y la constitucional supuestamente denunciada; **b)** en cuanto a la transgresión que se señala de los artículos 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cabe resaltar que esta Corte ha manifestado que los tratados y convenios internacionales no pueden ser utilizados como



parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o de una norma. Citó las sentencias emitidas por esta Corte en los expedientes 1378-2011, acumulados 1555-2002 y 1808-2002, así como en el 615-2009, y **c)** el tribunal fija la pena conforme a las circunstancias particulares del caso concreto y lo desarrollado en el decurso del proceso penal, lo cual no conlleva confrontación alguna a los artículos que se señalan como infringidos. Citó la sentencia emitida por esta Corte en el expediente 4611-2016, en la que se abordó el tema de la reincidencia. Solicitó se declaren sin lugar las inconstitucionalidades promovidas. **C) La Corte Suprema de Justicia** indicó que el accionante se centró en esbozar conceptos teóricos y no un razonamiento jurídico orientado al análisis formal, confrontativo y de contraposición con la Constitución Política de la República de Guatemala para determinar el vicio de inconstitucionalidad denunciado, a pesar de que de conformidad con lo regulado en los artículos 135 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y 12 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad, en este tipo de acciones se debe expresar en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la impugnación. Solicitó que se declare sin lugar la inconstitucionalidad promovida, se condene en costas procesales y se imponga la multa máxima a los abogados auxiliares. **D) El Procurador de los Derechos Humanos** citó lo considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Fermín Ramírez vs Guatemala*". Solicitó que se emita la resolución que en Derecho corresponda.

V. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA

A) Olga Lidia Zacarías Urzúa de Peralta -accionante- reiteró lo expuesto en su escrito inicial. Pidió que se declare con lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial que promovió. **B) José Manuel Gómez Magariño** -accionante-



ratificó la totalidad del contenido de su escrito inicial, agregando que: **a)** el Congreso de la República, al evacuar la audiencia que se le confirió, argumentó que la presente acción no debe prosperar, porque la sanción que imponen los jueces se encuentra siempre dentro del parámetro mayor o menor que fija la ley para los ilícitos penales. Al respecto es importante resaltar que en el caso bajo análisis no se está cuestionando esa facultad de imponer la sanción dentro de un mínimo y un máximo, sino la forma en que una norma permite al juzgador imponer una sanción vulnerando el principio de legalidad al no basarse en una conducta anterior, cierta y determinable; basándose en criterios de acciones futuras e impredecibles, situación que podría afectar en la determinación de ese marco de apreciación entre el mínimo y el máximo de sanción permitido por la Ley; **b)** el Organismo Legislativo, la Corte Suprema de Justicia y el Ministerio Público refirieron que en el caso bajo análisis se incumplió con presentar un razonamiento jurídico suficiente para este tipo de acciones, lo cual es incorrecto, ya que obra en autos que en su escrito de interposición desarrolló un apartado en el que expuso el *“fundamento jurídico invocado como base de la inconstitucionalidad expresando en forma separada, razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la presente acción”*; **c)** el Ministerio Público citó sentencias emitidas por esta Corte, para argumentar que los tratados y convenios internacionales no son parámetro de constitucionalidad; sin embargo, dicha línea jurisprudencial se encuentra desactualizada, pues esta fue variada en la sentencia emitida por esta Corte en el expediente 1822-2011. Asimismo, refirió que al fijarse la pena el juzgador lo hace conforme a las circunstancias particulares del caso y a lo desarrollado en el proceso penal, lo cual es falso ya que con el hecho de que el Estado mantenga vigente el elemento de peligrosidad en el Código Penal, está violando derechos humanos fundamentales,



y **d)** la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte de Constitucionalidad -en los expedientes 5378-2017, 5986-2016 y 1097-2015-, y la doctrina, han considerado que el término “*peligrosidad*” es un viejo resabio de modelos penales positivistas, insostenible hoy en día a la luz de los derechos humanos. Solicitó se declare con lugar la acción promovida. **C) El Congreso de la República de Guatemala** reiteró los argumentos expuestos al evacuar la audiencia por quince días conferida por esta Corte. Pidió que se declaren sin lugar los planteamientos de inconstitucionalidad promovidos. **D) El Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal**, reiteró los argumentos expuestos en su escrito de evacuación de audiencia por quince días conferida por esta Corte. Solicitó que se declaren sin lugar los planteamientos de inconstitucionalidad promovidos. **E) La Corte Suprema de Justicia** reiteró los argumentos expuestos al evacuar la primera audiencia e indicó que no emitiría pronunciamiento respecto al expediente 4972-2021, en virtud de no haberse acompañado el escrito inicial que contenía el planteamiento. Solicitó que se declare sin lugar la inconstitucionalidad promovida en el expediente 3546-2021.

CONSIDERANDO

- I -

La Corte de Constitucionalidad ha sido instituida por el artículo 268 de la Constitución Política de la República de Guatemala, como tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Para ello, actúa como un tribunal colegiado, independiente de los demás organismos del Estado, y ejerce funciones específicas que le asigna dicho cuerpo normativo, así como la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

En ese sentido, corresponde a esta Corte, como función esencial, mantener la



preeminencia de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico, conociendo de las acciones contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que sean objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad.

En la tarea de defensa del orden constitucional, la Corte de Constitucionalidad debe realizar el análisis que requieren las acciones de inconstitucionalidad planteadas; esto, con la finalidad de verificar si el órgano competente, en el ejercicio de la función legislativa, ha actuado de conformidad con las normas contenidas en el Texto Constitucional. De estimarse la existencia de confrontación entre el cuerpo normativo supremo y la norma infra constitucional, corresponde la declaratoria de inconstitucionalidad de esta última y el consiguiente efecto expulsivo del sistema jurídico.

- II -

Como cuestión preliminar, esta Corte estima pertinente pronunciarse sobre dos asuntos puntuales. El primero, con relación al argumento esbozado por el Ministerio Público, en el sentido de que este Tribunal ha manifestado que los tratados y convenios internacionales no pueden ser utilizados como parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o de una norma, para lo cual citó algunas sentencias emitidas por esta Corte.

Al respecto, es necesario resaltar que el reconocimiento del bloque de constitucionalidad, definido en la sentencia de diecisiete de julio de dos mil doce, dictada por esta Corte en el expediente 1822-2011, posibilita que en la tarea de control de constitucionalidad de las leyes se verifique si en el ejercicio de la función legislativa existe conformidad no sólo con normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos que conlleven compromisos estatales.



El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución Política de la República de Guatemala, han sido integrados por otras vías a la Norma Suprema y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. Constituye un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, 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 los artículos 44 y 46 constitucionales, y se incorpora como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que, aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona.

El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal y determina que los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos que componen aquel son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. El artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos. En la sentencia dictada el seis de agosto de dos mil trece, dentro del expediente 143-2013, esta



Corte explicó que la sentencia 1822-2011 varió el criterio anterior de que los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos no eran parámetro de constitucionalidad y, por ende, sí es factible formular planteamientos de inconstitucionalidad que se apoyen en el señalamiento de que una disposición legal, reglamentaria o de carácter general confronta lo dispuesto en los instrumentos que conforman el bloque de constitucionalidad. En el fallo de veintidós de noviembre de dos mil trece, emitido en el expediente 1094-2013, este Tribunal Constitucional afirmó que, por vía del bloque de constitucionalidad, es dable esgrimir lo preceptuado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos como parámetro para establecer la legitimidad constitucional de una disposición infraconstitucional.

El segundo asunto que debe ser abordado en forma preliminar es que, al tenor de lo regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente en los artículos 44, último párrafo, que establece que “*Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza*”; 175, primer párrafo, que indica que: “*Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure*” y 204, que regula que “*Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado*”, y de lo anteriormente considerado, no es viable conocer de acciones que se promuevan en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general en las que se denuncie que una norma ordinaria transgrede lo establecido en otra norma ordinaria, en tanto que ambas son de igual jerarquía. En ese sentido, al promoverse



un proceso como este, los accionantes deben sustentar su inconstitucionalidad en la violación a normas constitucionales o de las que forman parte del bloque de constitucionalidad.

- III -

En el caso bajo análisis se impugna de inconstitucionalidad el artículo 65 del Código Penal, en las frases que aparecen resaltadas a continuación: “... *Artículo 65. El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta **la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de este y de la víctima**, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena...*”. [El subrayado y la negrilla son propias de este fallo].

Olga Lidia Zacarías Urzúa de Peralta indica que ambas frases violan los artículos 2º, 4º, 5º, 12 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el 7 del Código Penal, por las razones que quedaron reseñadas en el apartado correspondiente.

Por su parte, José Manuel Gómez Magariño afirma que la frase “**la mayor o menor peligrosidad del culpable**” inmersa en el artículo recién transcrito, viola los artículos 5º, 17, 46, 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15, numeral 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalamiento que funda en los



argumentos que quedaron consignados en el apartado de antecedentes de este fallo.

Como cuestión inicial se hace la salvedad que en cuanto a la violación que señala la primera de los accionantes de las frases cuestionadas por conculcar el artículo 7 del Código Penal, el análisis que se pretende con relación a esta acción es improcedente, en tanto que, como se refirió en el Considerando II de esta sentencia, no es factible denunciar la inconstitucionalidad de una norma ordinaria por transgredir otra norma de igual jerarquía, lo que torna imposible para este Tribunal pronunciarse al respecto.

– IV –

Análisis de la constitucionalidad del artículo 65 del Código Penal, en la frase que refiere: “... *la mayor o menor peligrosidad del culpable...*”

Por razón de método se analizarán los motivos de inconstitucionalidad presentados por los accionantes relativos a que la frase “... *la mayor o menor peligrosidad del culpable...*” establecida en el artículo 65 del Código Penal, transgrede el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en su primer párrafo, que regula: “... *Artículo 17. No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración...*” y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone que: “... *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...*”.



En ese sentido, como fundamento de la impugnación argumenta la primera accionante que la frase cuestionada no describe en forma clara y precisa cuáles podrían ser las circunstancias del hecho y de ocasión, la manera en que deba realizarse y cuáles son los móviles determinantes que deben observar los jueces penales para el encuadramiento fáctico a la norma, lo cual viola los principios de legalidad y taxatividad, pues no se determina si la frase cuestionada constituye una agravante específica o simplemente una característica más de descripción del tipo penal. Citó los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Lori Berenson, De la Cruz Flores y Ricardo Canese y *“Fermín vs Guatemala”*, concluyendo en que *“la frase atacada del artículo 65 del Código Penal, viola no solo la Constitución, sino el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*.

El segundo accionante adujo que el artículo 65 del Código Penal, en la parte que establece: *“... la mayor o menor peligrosidad del culpable...”* transgrede el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que regula los principios de legalidad y culpabilidad, ya que si el juez valora como elemento de la fijación de la pena la mayor o menor peligrosidad del imputado, tomará en cuenta conductas futuras indemostrables, esto porque la peligrosidad constituye una característica subjetiva cuya naturaleza no permite precisar el bien jurídico tutelado que se lesionará, lo cual no podría ser objeto de sanción penal. Los principios en referencia sirven de límite a la facultad sancionadora del Estado, porque no puede imponerse una pena a un sujeto si no es consecuencia de la comisión de un delito debidamente comprobado en un proceso penal.

Como punto previo, se estima pertinente recordar lo expuesto por esta Corte en la sentencia de once de febrero de dos mil dieciséis, emitida en el



expediente 1097-2015, en la cual consideró que el concepto de la peligrosidad surge de las teorías positivistas propugnadas por los juristas Ferri, Garófalo y Lombroso sobre el término de la “*temibilidad*”, el que fue posteriormente sustituido por la “*inadaptación social*” y que refiere a las características personales del infractor de la Ley que justificaban la aplicación de la pena para contener el riesgo de conductas reprochables a futuro, es decir, la sanción vista como un medio de defensa social. En ese sentido, la peligrosidad fue definida como una circunstancia personal del delincuente, cuya perversidad constante y activa lo hace socialmente temible por la cantidad del mal previsto que hay que esperar de él. La escuela positivista consideró a la peligrosidad como una característica determinada biológicamente y, por consiguiente, insuperable; es así como se sustenta la teoría del derecho penal de autor en contraposición a la escuela clásica del derecho penal de acto.

De acuerdo con la primera corriente, la persona debe ser castigada por lo que es, declaración que puede realizarse, incluso, *ex ante*, es decir, cuando aún el delito no ha sido cometido; en tanto que la segunda vertiente sostiene que la persona debe ser penada únicamente por lo que hace. La visión del delito como un problema estrictamente social fue tratado entonces como una patología que generó diversas explicaciones científicas del delito y políticas para su control, algunas extravagantes y atentatorias de los derechos más elementales. De esa cuenta, las penas de muerte y de reclusión perpetua se constituyeron como las soluciones legales idóneas para contener la peligrosidad como elemento inherente del delincuente. Producto de la escuela positivista surgieron nuevas propuestas sobre el tema, entre las que trascendió el modelo binario de consecuencias penales atribuido al tratadista Carl Stoos quien introdujo por primera vez, sistemáticamente,



las medidas de seguridad en el Anteproyecto del Código Penal suizo de 1893. Stoos sostenía que estas debían instituirse como un método de tratamiento totalmente distinto de las penas en cuanto a su fundamento y orientación. Si bien su propuesta estaba destinada a los *“delincuentes jóvenes, los delincuentes alcoholizados, los vagos, los criminales habituales y los anormales mentales, por considerar que estaban determinados espiritual o corporalmente a delinquir”*; en ella plasmó que la pena no era adecuada para el tratamiento de estas personas, pues esta no estaba determinada con arreglo al estado del agente sino con arreglo al acto por el ejecutado, siendo por ende, necesarias otras medidas que consiguieran lo que la pena no obtenía. Posteriormente, como resultado de la dinámica evolutiva del derecho penal, resurgió el concepto de culpabilidad, instituyéndose este como el elemento subjetivo del delito y, por ende, el fundamento y límite de la pena a imponer. Así, la conducta antijurídica se consideró como la pieza rectora de la culpabilidad, por lo que únicamente podía reprocharse la conducta que encuadrara en el tipo previsto con anterioridad en la ley, eliminándose así los resabios de la corriente positivista; en ese orden de ideas, las circunstancias personales del delincuente y las razones endógenas dejaron de ser objeto de punición y trascendieron de la disciplina estrictamente penal.

En el mismo sentido, esta Corte estima pertinente citar el extracto de la sentencia de veinte de junio de dos mil cinco, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *“Fermín Ramírez vs Guatemala”* en la que consideró: *“... 90. El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que ‘nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable’, el artículo 9 de la*



Convención obliga a los Estados a definir esas 'acciones u omisiones' delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible. Al respecto, la Corte ha establecido: [...] Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, [...] la elaboración de los 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. 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 de su poder punitivo. 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. En este sentido, corresponde al juez penal, 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 penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico' (...) 94. 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. 95. La valoración de la peligrosidad del agente implica



la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo –con pena de muerte inclusive– no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado. 96. En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención. 97. El artículo 2 de la Convención señala el deber que tienen los Estados Parte en la Convención de adecuar su legislación interna a las obligaciones derivadas de la Convención. En este sentido, la Corte ha señalado que: “[s]i los Estados tiene, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, con mayor razón están en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances. De lo anterior, incurre en violación del artículo 2 de la Convención. 98. Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado ha violado el artículo 9 de la Convención, en relación con el artículo 2 de la misma, por haber mantenido vigente en la parte del artículo 132 del Código Penal que se refiere a la peligrosidad del agente, una vez ratificada la Convención por parte de Guatemala...”. (El subrayado



es propio de este fallo). Asimismo, lo considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema de la peligrosidad, se citó en el caso Raxcacó Reyes contra Guatemala.

Asimismo, esta Corte, en la sentencia de veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete, emitida en el expediente 5986-2016, declaró la inconstitucionalidad de determinadas normas y, como consecuencia, expulsó del ordenamiento jurídico - entre otras- la frase “*peligrosidad*” contenida en algunos artículos del Código Penal, al considerar: “... *como cuestión inicial esta Corte se pronunciará respecto a la peligrosidad (...). En ese mismo sentido, vale mencionar que tal supuesto (peligrosidad) ya ha sido objeto del análisis por parte de esta Corte y en lo pertinente, en sentencia de once de febrero de dos mil dieciséis, dictada en el expediente 1097-2015, este Tribunal se pronunció refiriendo que: (...). En este planteamiento se cuestionaba la inconstitucionalidad del artículo (...) determinado esta Corte en lo que interesa al actual planteamiento, la vulneración del artículo 17 constitucional, por cuanto que el término peligrosidad contenido en las frases impugnadas como elemento decisivo para la imposición de una pena, resultaba lesivo al principio de legalidad, debido a que esta constituye: ‘... una característica endógena cuya naturaleza eventual inherente impide determinar con precisión cuál es el bien jurídico tutelado que podría ser lesionado, la sanción que se imponga estaría vinculada a una conducta hipotética, la que de acuerdo al postulado constitucional citado, no sería punible...’. A lo anteriormente aludido por este Tribunal en la sentencia (...) dictada en el expediente 1097-2015, cabe agregar que conforme lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Fermín Ramírez versus Guatemala*, sentencia de veinte de junio de dos mil cinco, en los párrafos 97 y 98, en los que se señala (...). Se trae a colación lo anterior,*



porque la presente acción de inconstitucionalidad precisamente se sustenta en que los artículos (...) todos del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, tienen como aspecto en común (...) la peligrosidad, la cual como se indicara, es un concepto que resulta absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos, al ser incompatible con el principio de legalidad y, por ende, contrario a lo establecido en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que su mero mantenimiento constituye una violación al artículo 2 de dicha Convención...”.

Respecto al principio constitucional señalado como vulnerado, este Tribunal ha considerado que el: “...artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala expresa que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. Este principio, que a su vez constituye una garantía para un juzgamiento conforme al principio jurídico del debido proceso, constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática, e impone la obligación al legislador ordinario de definir en la forma más clara y precisa posible (*lex certa*) cuáles son esas acciones u omisiones que son consideradas punibles mediante la determinación de tipos penales que contemplen una clara definición de la conducta incriminada, concretizar sus elementos y permitir así deslindar conductas punibles de aquellas que no lo son. Esto cobra aún mayor relevancia en regímenes democráticos en los que tanto el legislador como el juzgador deben, en extremo, ser prudentes para que en el establecimiento e imposición de sanciones penales, no menoscaben derechos fundamentales de las personas, por sancionar la realización de conductas que de acuerdo con el espíritu del ordenamiento



constitucional no podrían ser punibles...”. Así las cosas, se ha afirmado que: “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. (...) 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...”. (Sentencias de uno de febrero de dos mil seis y diecinueve de agosto de dos mil dos, emitidas dentro de los expedientes 1122-2005 y 1553- 2001, respectivamente).

Doctrinariamente el principio de legalidad señala que sólo puede recibir pena el sujeto que haya realizado una conducta ilícita específicamente descrita como merecedora de esa particular especie de sanción, por medio de una ley que esté vigente en el momento de su realización; solo es delito, por ende, la conducta que como tal ha sido prevista por la ley penal al asignarle una pena. Modernamente, en virtud de las construcciones que ponen el acento en el tipo, el principio de legalidad puede expresarse doctrinariamente afirmando que “no hay delito” ni por consiguiente pena, “sin tipo penal legal”, aunque se lo suele mencionar haciendo referencia a su consecuencia (*nulla poena sine lege praevia*). Funcionalmente el principio de legalidad así formulado, al requerir la existencia de una ley anterior al hecho que se juzga, como determinante de una particular consecuencia penal (la pena) para una conducta que es ilícita por haber violado los mandatos del ordenamiento jurídico, quita la potestad penal represiva designación de los contenidos habilitantes del *ius puniendi* del poder ejecutivo y del poder judicial, para dejarla exclusivamente en manos del poder legislativo. Restringe, pues, las fuentes



de conocimiento del derecho penal a la Ley. Lo cual equivale a una garantía para el individuo, ya que le asegura que la actividad represiva de aplicación (poder judicial) y ejecución (poder ejecutivo) no va a recaer sobre las conductas suyas que no estén catalogadas como delitos por la Ley. (Creus, Carlos. Derecho Penal, parte general, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, páginas 52 y 53).

Con base en lo anteriormente reseñado, esta Corte establece que facultar al juez o tribunal a tomar en cuenta la mayor o menor peligrosidad del imputado para determinar la pena que le corresponde en la sentencia, resulta violatorio al principio de legalidad regulado en el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el que establece que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regula en su parte conducente que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable, ya que la peligrosidad constituye una característica endógena cuya naturaleza eventual inherente impide que, sean los juzgadores los que determinen en cada caso concreto dicha característica, sin que ello conlleve incurrir en un criterio subjetivo, de ahí que la sanción que se imponga estaría vinculada a una conducta hipotética, la que de acuerdo al postulado constitucional citado, no sería punible. En virtud de lo anterior la observancia de las sentencias emitidas por esa Corte, aunque en estas no figure el Estado de Guatemala como parte, ya que en ellas se establece la forma de interpretar el contenido de las normas de la referida Convención y su alcance, y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez contra Guatemala, antes citado, consideró que la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la



calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Con base a lo anteriormente considerado, procedente resulta declarar con lugar las acciones de inconstitucionalidad general parcial promovidas por Olga Lidia Zacarías Urzúa de Peralta y José Manuel Gómez Magariño, contra el artículo 65 del Código Penal, en la frase que dice: “... *la mayor o menor peligrosidad del culpable* ...”, debiéndose efectuar las declaraciones que en Derecho corresponden.

Por la forma en la que se resuelve, se considera innecesario pronunciarse respecto a la supuesta transgresión de la frase antes descrita a otras normas nacionales e internacionales.

- V -

Análisis de la constitucionalidad del artículo 65 del Código Penal, en la frase que señala: “... *los antecedentes personales de este y de la víctima* ...”

La locución recién citada fue impugnada de inconstitucional únicamente por Olga Lidia Zacarías Urzúa de Peralta, aduciendo que esta transgrede el artículo 2o de la Constitución Política de la República de Guatemala, que garantiza el derecho a la justicia, porque la pena se fija atendiendo al derecho de autor y no al derecho de acto; es decir, con base en lo que el culpable es; viola el artículo 4o constitucional, al menoscabar la dignidad del culpable y de la víctima y fijar la pena atendiendo a las características personales del culpable, negando el derecho de acto, pues la pena a imponer depende del criterio subjetivo del juez; vulnera los artículos 5o y 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que en la práctica es evidente que al momento de graduar la pena no se toma en cuenta la acusación o



el requerimiento fiscal, sino que esto se deja a discreción del Juez Sentenciador quien fija la pena basado en una apreciación subjetiva y analógica; viola los artículos 17 constitucional y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque no describe en forma clara y precisa cuáles podrían ser las circunstancias del hecho, las circunstancias de ocasión, la manera en que deba realizarse y los móviles determinantes que deben observar los jueces penales para el encuadramiento fáctico a la norma. Asimismo, no se establece cuáles deben ser los antecedentes personales del culpable y de la víctima, dejando la norma a la imaginación e interpretación de los jueces penales, quienes además de utilizar la analogía, no cuentan con un criterio unificado, aspectos que conllevan que la norma objetada se encuentre redactada en forma ambigua, lo cual viola los principios de legalidad y taxatividad.

Para dar respuesta a lo argumentado por la accionante, cabe recordar que esta Corte, en relación al principio de seguridad jurídica, ha manifestado que: *“... la seguridad en materia jurídica (...) consiste en la confianza que debe tener el ciudadano hacia el ordenamiento jurídico, incluido el de carácter tributario, dentro de un Estado de Derecho; es decir, que el conjunto de leyes, coherentes e inteligibles, garanticen seguridad y estabilidad, tanto en su redacción como en su interpretación...”* (Criterio sostenido en sentencias de diecinueve de agosto y veinticuatro de septiembre, ambas de dos mil quince; treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis y doce de enero de dos mil veintiuno, dentro de los expedientes 924-2015, 5102-2014, 1903-2016 y 5437-2019, respectivamente).

La obligación de garantizar seguridad y certeza jurídica, conlleva para el Estado el deber de adoptar los mecanismos que estime pertinentes para cumplir con ese fin, para el efecto, debe atender a la situación jurídica del país como a las



demandas sociales de la población y sus necesidades, teniendo presente la función social de la norma, que gira en torno a garantizar la armoniosa convivencia, en el marco de la observancia e irrestricto respeto de los derechos humanos; de tal cuenta que, en la medida que cumpla con su cometido, generará seguridad jurídica, la cual, se refleja esencialmente, **en la confianza que tiene el ciudadano hacia el ordenamiento jurídico y el sistema de justicia; por esta razón, es importante que dicho marco normativo, sea confiable, estable y predecible.**

En síntesis, este principio de seguridad y certeza jurídica, es la garantía para el ciudadano de la estabilidad y efectividad de la respuesta estatal, mediante su sistema de justicia, ante situaciones jurídicas que ameriten su intervención, para la protección de los derechos fundamentales, convirtiéndose así, en una herramienta imprescindible, para mantener la confianza de la ciudadanía en la institucionalidad democrática, su real y efectiva certeza de protección de los derechos y libertades fundamentales. (En igual sentido se manifestó esta Corte en la sentencia de diez de febrero de dos mil veintidós, emitida en el expediente 4881-2021).

De igual manera, es pertinente traer a colación el criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso del Pueblo Indígena Xucuru y sus Miembros vs Brasil, en sentencia de cinco de febrero de dos mil dieciocho, en cuanto a que *“...Muy estrechamente vinculado a lo anterior, se encuentra el principio de seguridad jurídica. Este principio garantiza, entre otras cosas, estabilidad en las situaciones jurídicas y es parte fundamental en la confianza de la ciudadanía en la institucionalidad democrática. Esta confianza, es uno de los pilares esenciales sobre los cuales descansa un Estado de Derecho, siempre que se funde en una real y efectiva certeza de los derechos y libertades fundamentales. Este Tribunal coincide con su par europeo en el sentido de que*



dicho principio se encuentra implícito en todos los artículos de la Convención. En contraposición, **la falta de seguridad jurídica puede originarse por aspectos legales, administrativos o por prácticas estatales que reduzcan la confianza pública en las instituciones** (judiciales, legislativas o ejecutivas) o en el goce de los derechos u obligaciones reconocidos a través de aquellas **e impliquen inestabilidad respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, y de situaciones jurídicas en general**. Así, para esta Corte, la seguridad jurídica se ve asegurada -entre otras concepciones- en tanto exista confianza que los derechos y libertades fundamentales serán respetados y garantizados a todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado parte de la Convención Americana. Ello, como se explicó, puede darse por diversos medios, dependiendo de la situación en concreto y el derecho humano que se trate...”. (La negrilla es propia de este fallo).

Teniendo en cuenta lo referente al principio de seguridad y certeza jurídica, a continuación, se procederá a analizar la norma cuestionada de inconstitucional, por lo que, para abordar este tema, se aprecia pertinente referirse a lo considerado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, quien expuso: “...nuestro orden jurídico se decanta por el paradigma conocido como ‘derecho penal del acto’ y rechaza a su opuesto, el ‘derecho penal del autor’. Entender las implicaciones de ello, requiere identificar sus rasgos caracterizadores y compararlos entre sí. El modelo del autor asume que las características personales del inculpado son un factor que se debe considerar para justificar la imposición de la pena. Al sujeto activo del delito (que en esta teoría suele ser llamado delincuente) puede adscribirse la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos. Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento o el



decremento de la pena; incluso permite castigar al sujeto por sus cualidades morales, su personalidad o su comportamiento precedente frente a la sociedad. Así, la pena suele concebirse como un tratamiento que pretende curar, rehabilitar, reeducar, sanar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto; también como un medio que pretende corregir al individuo ‘peligroso’ o ‘patológico’, bajo el argumento de que ello redundaría en su beneficio. Por ello, el quántum está en función del grado de disfuncionalidad que se percibe en el individuo. Ese modelo se basa en la falaz premisa de que existe una asociación lógico-necesaria entre el ‘delincuente’ y el delito, para asumir que quien ha delinquido probablemente lo hará en el futuro, como si la personalidad ‘peligrosa’ o ‘conflictiva’ fuera connatural a quien ha cometido un acto contrario a la ley. Además, el derecho penal de autor asume que el Estado -actuando a través de sus órganos- está legitimado para castigar la ausencia de determinadas cualidades o virtudes en la persona (o, por lo menos, utilizarla en su perjuicio). En cambio, el derecho penal del acto no justifica la imposición de la pena en una idea rehabilitadora, ni busca el arrepentimiento del infractor; lo asume como un sujeto de derechos y, en esa medida, presupone que puede y debe hacerse responsable por sus actos. Por ello, la forma en que el individuo lidia en términos personales con su responsabilidad penal, queda fuera del ámbito sancionador del Estado...”. (Registro dos millones cinco mil ochocientos ochenta y tres (2005883), instancia: Primera Sala Jurisprudencial, fuente: Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, libro cuatro, marzo de dos mil catorce, tomo I, página 374, documento disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005883>). Asimismo, se estima pertinente reiterar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de veinte de junio de dos mil cinco, emitida en el caso “Fermín Ramírez vs Guatemala”



consideró, entre otras cosas, 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. En este sentido, corresponde al juez penal, 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 inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico’...”*. (El subrayado y la negrilla son propios de este fallo).

Con sustento en lo antes reseñado se concluye, en primer término, que las normas deben ser claras; y en segundo, que el juez, al momento de fijar la pena dentro del rango mínimo y máximo establecido en la ley, no puede tomar parámetros que partan del comportamiento previo del sujeto activo del delito, puesto que al hacerlo implicaría reconocer que la imposición de la pena se respalda en la concepción del derecho penal del autor.

Continuando con el análisis de rigor, se advierte que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en su artículo 9, que: *“... 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...”*. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que: *“... El derecho penal conforme a todos los instrumentos de derechos humanos rechaza frontalmente el llamado ‘derecho penal de autor’, que considera a la conducta típica sólo como un signo o síntoma*



que permite detectar a una personalidad o carácter, ampliándose incluso a actos atípicos, siempre que se considere que cumplen la misma función de señalación subjetiva...”. (Sentencia de veinticinco de mayo de dos mil diecisiete, solicitud de interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, caso Pollo Rivera y otros vs Perú).

En el caso de Guatemala, los artículos 17 y 19 de la Constitución Política de la República establecen, en su parte conducente y respectivamente, que: “... No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración...”; “... Sistema penitenciario. El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos...”. Como puede apreciarse, los artículos citados, al establecer que el *ius puniendi* del Estado sanciona las “acciones u omisiones”, y que se cuenta con un sistema penitenciario cuyo propósito es la readaptación social y reeducación de los reos, garantizan un derecho penal de acto. *Contrario sensu*, el Estado no sanciona al reo por sus características personales o por las calidades morales que le estigmaticen. Como consecuencia, se reitera que, los jueces, para establecer la graduación del *quantum* de la pena, no tienen la potestad de utilizar criterios subjetivos y rezagos característicos del derecho penal de autor.

Así las cosas, al examinar los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, en los que se ha analizado la intelección de la frase que hoy se cuestiona: “...los antecedentes personales de este y de la víctima...” contenida en el artículo 65 del Código Penal, se establece que la citada autoridad ha referido que la locución en mención “...no observa ni se refiere a los antecedentes penales o policíacos de los procesados o de la víctima, ni se refiere



a los antecedentes personales de los agresores y la víctima en forma independiente, es decir, que a través de dicho parámetro es inviable el análisis relativo a las calidades personales (penales, laborales, sociales, etc.), que ostentaban tanto los agresores como la víctima en su vida individual anterior al delito, pues ello provocaría la valuación de conductas pasadas y de personas, y no actos que es a los que está destinada la aplicación de la ley penal, atentando además contra el principio del non bis in ídem, lo cual no es el objetivo de la dogmática penal moderna, pues esta se dedica a estudiar conductas y actos reflejados al mundo real, no autores ni calidades personales...". Verbigracia: sentencia de quince de febrero de dos mil veintiuno, emitida en el expediente de casación 1004-2019-320. (En similar sentido se dictaron las: sentencias de siete de agosto de dos mil diecinueve y once de mayo de dos mil veinte, emitidas en los expedientes de casación 1004-2018-1866 y 1004-2019-646, respectivamente).

En ese sentido, a pesar de la correcta interpretación que la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, ha dado a la frase "...los antecedentes personales de este y de la víctima..." contenida en el artículo 65 del Código Penal, no pasa desapercibido para esta Corte, como defensora del orden constitucional, que la frase citada no contiene una clara definición en cuanto a cómo debe interpretarse, por lo que algunos jueces han incurrido en un análisis particular en los que se valoran las características personales del imputado y de la víctima, graduando el *quántum* de la pena en función de la disfuncionalidad que perciben en los individuos; es decir, utilizando el derecho penal de autor que, como quedó reseñado en párrafos anteriores, es contrario al principio de legalidad establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, de ahí que si bien la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, ha efectuado una correcta intelección de la



norma en mención, lo cierto es que no todos los casos llegan ante esa institución, ya que el recurso de casación, por su naturaleza, se encuentra provisto de formalidades técnicas y normativas para su interposición, lo que conlleva que no todos esos procesos culminen en una sentencia que pudiera permitir a esta Corte realizar las interpretaciones pertinentes que servir de parámetro y sustento a los demás tribunales ordinarios.

De esa cuenta, es evidente que, conforme al principio de legalidad, el legislador ordinario debe definir en la forma más clara y precisa posible (*lex certa*) cuáles son esas “*acciones u omisiones*” que son consideradas punibles mediante la determinación de normas que contemplen una clara definición de la conducta antijurídica, a fin de no menoscabar los derechos fundamentales de las personas, por lo que concluye esta Corte que la frase “... *los antecedentes personales de este y de la víctima...*” contenida en el artículo 65 del Código Penal, resulta violatoria a los principios de seguridad y certeza jurídicas, establecidos en el artículo 2º constitucional, así como al principio de legalidad regulado en el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el que establece que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regula en su parte conducente que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable, en tanto que dicha normativa no es confiable, estable, predecible y permite en determinado momento la aplicación de un criterio subjetivo que va en detrimento de los derechos de las personas.

Con base a lo anteriormente considerado, procedente resulta declarar con lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por Olga Lidia



Zacarías Urzúa de Peralta, contra el artículo 65 del Código Penal, en la frase que dice: “... *los antecedentes personales de este y de la víctima...*” debiéndose efectuar las declaraciones que en Derecho corresponden.

Por la forma en la que se resuelve, en este caso tampoco se considera necesario pronunciarse respecto a la supuesta transgresión de la frase antes descrita a otras normas nacionales e internacionales.

LEYES APLICABLES

Artículos citados, 267, 272 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala; 133, 134, 135, 137, 139, 140, 142, 143, 144, 145, 146, 149, 150, 163 literal a), 183, 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 29 y 39 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I. Con lugar** las acciones de inconstitucionalidad general parcial promovidas por Olga Lidia Zacarías Urzúa de Peralta y José Manuel Gómez Magariño, contra el artículo 65 del Código Penal en la frase que dice: “... *la mayor o menor peligrosidad del culpable...*” y la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por Olga Lidia Zacarías Urzúa de Peralta, contra el artículo 65 del Código Penal en la frase que refiere: “... *los antecedentes personales de este y de la víctima...*”, las que se declaran inconstitucionales y pierden vigencia por razón de lo decidido en este fallo y, como consecuencia, las frases declaradas inconstitucionales dejarán de surtir efectos a partir del día siguiente de la publicación del presente fallo en el Diario de Centro América. **II.** Notifíquese y, oportunamente, publíquese esta sentencia en el Diario de Centro América.





