**VOTO RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCIA RAMIREZ EN LA SENTENCIA SOBRE EL *CASO FERMIN RAMIREZ VS. GUATEMALA*, DEL 18 DE JUNIO DE 2005**

## A) *El debido proceso y la función penal*

1. En esta primera parte de mi *Voto razonado* formularé algunas consideraciones sobre la posición de la Corte Interamericana acerca del debido proceso en general, una noción que ha orientado las decisiones del Tribunal en los casos contenciosos que atañen a los temas del enjuiciamiento. En párrafos separados, *infra,* me referiré a las características que la cuestión del debido proceso asume en el caso *sub judice*. Este ofrece, ciertamente, rasgos particulares, en buena medida diferentes de los que han tenido otros litigios que han llegado al conocimiento de esta Corte sobre puntos del debido proceso penal.

2. Como punto de aclaración previa, es pertinente señalar que el concepto de debido proceso que ahora examinaré es el que atiende a cuestiones procesales, denominado "adjetivo" (que cuenta con una referencia paradigmática en la clásica reflexión de Lord Coke sobre la impertinencia de que alguien sea juez de su propia causa). Esta versión del debido proceso se refiere al adecuado despacho a través de instancias jurisdiccionales y otras que tienen a su cargo la decisión de controversias disciplinada a ciertos principios y reglas formales. Otra cosa es el debido proceso en su sentido "sustantivo", desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina de los Estados Unidos de América y recibido en otros países (cuya referencia paradigmática fue reexaminada por el *justice* Samuel Miller, de la Suprema Corte de Estados Unidos, en *Davidson v. New Orleans* (1878): "quitar a A para dar a B"). Obviamente, la Convención Americana y la Corte Interamericana han tomado en cuenta --aunque bajo diferentes expresiones-- la materia que se aloja en la versión sustantiva del *due process*, concentrada en la congruencia de las normas y las decisiones con cierto conjunto de valores e intereses.

3. Esa noción sustantiva deberá analizarse a la luz de varios preceptos de la Convención y de diversa jurisprudencia de la Corte. Entre aquéllas se hallan las disposiciones acerca de la interpretación del Pacto de San José, particularmente las que prohiben interpretarlo en forma que pudiera "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno" (art. 29, c), así como "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza" (art. 29, d); las que se refieren a restricciones admisibles, que "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" (art. 30); y las que conciernen al límite de los derechos de cada uno: "los derechos de los demás, (…) la seguridad de todos y (…) las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática" (art. 32.2).

4. La jurisprudencia de la Corte incorpora datos importantes para el examen del debido proceso "sustantivo", aunque no haya empleado este giro. Sin la pretensión de entrar al detalle de estas cuestiones --tomando en cuenta que, como ya dije,

este *Voto* alude sólo al debido proceso "adjetivo", que es la versión explorada bajo el rubro de debido proceso--, la jurisprudencia interamericana se ha referido a las características que debe poseer la ley que establece limitaciones a los derechos: adoptada en el marco de instituciones y procedimientos propios de una sociedad democrática y atenta al bien común. La Corte ha reflexionado sobre las características que debe poseer una ley en el marco de la protección de los derechos humanos (*OC-6/86*, párrs. 32 y ss.). Y el propio Tribunal ha puntualizado que el concepto de bien común, en el contexto de la Convención, se refiere "a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos" (*OC-5/85*, párr. 66). Igualmente, la jurisprudencia interamericana examinó la conexión entre conceptos radicales del orden político-jurídico sustentado en las convicciones filosóficas que informan la Convención Americana: "El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros" (*OC-8/87*, párr. 26).

5. Vuelvo ahora al debido proceso adjetivo. Esta cuestión ha ocupado a la Corte Interamericana desde que inició su desempeño consultivo. Se ha ocupado de ella, extensamente, en el conocimiento de casos contenciosos y medidas provisionales. Es una materia abundantemente transitada, quizás la que más entre las muchas que este Tribunal ha considerado en su ejercicio judicial durante un cuarto de siglo. Con la designación de debido proceso abarco ahora, pues, tanto los temas que analiza el artículo 8 de la Convención, como los que prevé el artículo 25 y, en alguna medida, los que figuran en los artículos 5 y 7 a propósito del trato a las personas detenidas, la duración de la detención y las condiciones en las que ésta se desarrolla. Eventualmente, los temas del debido proceso se proyectan sobre otras disposiciones de la Convención, que aluden a diversos derechos, o recogen temas abarcados por ellas: así ha ocurrido, en ciertos extremos, a propósito del artículo 4. .

6. Parece natural que abunden los asuntos en torno al debido proceso en el panorama de las transgresiones a los derechos humanos. En el despacho de la justicia penal --o de la injusticia penal-- existe un amplio contingente de violencias sólo comparables, acaso, con las consumadas por los delincuentes: existe un curso paralelo entre la historia del crimen y la de las reacciones ideadas para combatirlo, generalemnte bajo el nombre de justicia penal. Es en aquel espacio, que siempre se ha querido legitimar y a menudo no se ha acertado siquiera a legalizar, que se desarrolla el más dramático encuentro --como he recordado en diversas ocasiones-- entre el Estado investido con todo el poder y el individuo desvalido de méritos y defensas, salvo las que pueda proveerle la benevolencia del poderoso, primero, y el desarrollo del Derecho, más tarde.

7. El desbordamiento de la represión ocurre con mayor facilidad aquí que en otros espacios del quehacer público, porque aquélla se vuelca sobre quien ha sido titulado como "enemigo social": el delincuente que lesiona bienes individuales y colectivos muy apreciados --de ahí la condición precisamente delictuosa, y no simplemente ilícita, de la conducta que realiza-- y con ello pone en riesgo la existencia de la sociedad. Es, pues, un adversario social mayor; un enemigo inclusive. Difícilmente habría destinatario más natural y vulnerable de la acción estatal. Esto explica el

desempeño de las persecuciones y los castigos, su fenomenología, sus características, sus consecuencias, y la lenta aparición de los medios de tutela del individuo que se enfrenta al Estado a título de inculpado, y que puede ser culpable, en efecto, pero también puede ser inocente de los cargos que se le hacen, y en todo caso es un ser humano.

8. En el ejercicio de la civilización se ha llegado a conciliar la necesidad imperiosa de que el Estado provea seguridad a la sociedad –provisión que constituye una de las razones de ser del Estado, entre las más radicales y necesarias-- y la exigencia ética y hoy jurídica de que lo haga sin lesionar la dignidad humana ni prejuzgar sobre la responsabilidad que está sujeta a juicio. De esta complicada conciliación --ámbito natural para la construcción y preservación del Estado de Derecho--, que garantiza la libertad de todos, no sólo la seguridad del inculpado, surge el debido proceso legal en sus diversas vertientes, la penal a la cabeza, y con ella se disipa lo que de otra suerte pudiera plantearse como dilema: seguridad o justicia, paz o derecho. En la era del garantismo, el debido proceso que conduce al esclarecimiento de los hechos y a la sentencia justa --debido proceso que sirve, pues, al acceso formal y material a la justicia-- es prenda de aquella conciliación y del frágil equilibrio en el que se instala.

9. Cuando crece la criminalidad, impulsada por numerosos factores que rara vez considera el político --salvo que se trate de un político acostumbrado a mirar a través de las apariencias y a actuar más allá de los síntomas--, la persecución se extrema. Es explicable que así ocurra. Ante la desesperación social, pronto convertida en exasperación, vuelve a la escena el conflicto entre *due process* y *crime control*, una dialéctica que hoy se agita a lo largo y ancho del proceso penal, como ha observado Mireille Delmas-Marty por lo que toca a Europa, y que ciertamente encuentra múltiples manifestaciones en otros países asediados por la criminalidad tradicional y la delincuencia evolucionada, que los esfuerzos públicos no alcanzan a prevenir, enfrentar y reducir con éxito.

10. La Corte Interamericana, que se ha ocupado en muchas ocasiones del debido proceso, como dije, señaló que éste es el "conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (…) acto del Estado que pueda afectarlos" (*Opinión Consultiva OC-18*, párr. 123). Este concepto, según la jurisprudencia de la Corte, no se concentra en la materia penal; alcanza a otras especialidades del enjuiciamiento y, en general, del procedimiento, cuando se hallan en suerte los derechos de las personas: el "elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del (artículo 8) se aplica también a (otros) órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal" (*Caso del Tribunal Constitucional*, párr. 70).

11. Para que exista debido proceso, estableció la OC-16, "es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el cncepto de debido proceso legal" (párr. 117). En otras oportunidades, la Corte manifestó que la existencia de verdaderas garantías judiciales --en las que se afirma el debido proceso-- requiere que en éste se observen todos los requisitos que "sirv(a)n para proteger, asegurar o hacer valer la

titularidad o el ejercicio de un derecho" (*OC-8/87*, párr. 25), es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial" (OC-9/87, párr. 28)"

12. En mi *Voto concurrente* a la *Opinión Consultiva OC-16* señalé que "lo que conocemos como el 'debido proceso penal', columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de esta larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia --entre ella, la progresiva jurisprudencia norteamericana-- y la doctrina. Esto ha ocurrido en el plano nacional, pero también en el orden internacional. Los desarrollos de los primeros años se han visto superados por nuevos desenvolvimientos, y seguramente los años por venir traerán novedades en la permanente evolución del debido proceso dentro de la concepción democrática de la justicia penal".

13. Añadí entonces: "Los derechos y garantías que integran el debido proceso --jamás una realidad agotada, sino un sistema dinámico, en constante formación-- son piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista. No es posible sostener que hay debido proceso cuando el juicio no se desarrolla ante un tribunal competente, independiente e imparcial, o el inculpado desconoce los cargos que se le hacen, o no existe la posibilidad de presentar pruebas y formular alegatos, o está excluído el control por parte de un órgano superior.

14. "La ausencia o el desconocimiento de esos derechos destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanados con la pretensión de acreditar que a pesar de no existir garantías de enjuiciamiento debido ha sido justa la sentencia que dicta el tribunal al cabo de un procedimiento penal irregular. Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que 'el fin justifica los medios' y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: 'la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado'; en otros términos, sólo es posible arribar a una sentencia justa, que acredite la justicia de una sociedad democrática, cuando han sido lícitos los medios (procesales) utilizados para dictarla.

15. "Si para determinar la necesidad o pertinencia de un derecho en el curso del proceso --con el propósito de determinar si su ejercicio es indispensable o dispensable-- se acudiese al examen y a la demostración de sus efectos sobre la sentencia, caso por caso, se incurriría en una peligrosa relativización de los derechos y garantías, que haría retroceder el desarrollo de la justicia penal. Con este concepto sería posible --y además inevitable-- someter al mismo examen todos los derechos: habría que ponderar casuísticamente hasta qué punto influyen en una sentencia la falta de defensor, la ignorancia sobre los cargos, la detención irregular, la aplicación de torturas, el desconocimiento de los medios procesales de control, y así sucesivamente. La consecuencia sería la destrucción del concepto mismo de debido proceso, con todas las consecuencias que de ello derivarían.

16. Al emitir ese *Voto* --hace ya varios años-- examiné las consecuencias que pudiera acarrear el vicio grave del procedimiento sobre el proceso en su conjunto y

la sentencia que se dicta en éste. Al respecto, dije que la violación del proceso "trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones".

17. En la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se debe valorar no solamente la elaboración del concepto de debido proceso, sino además su extensión a temas distintos y hasta distantes de la materia penal, tomando como referencia, sin embargo, en todo lo que resulte racionalmente aplicable, las características que aquél tiene en asuntos penales --que son las más ampliamente exploradas y detalladas-- para instalar una tutela amplia y cierta.

18. En esa jurisprudencia se puede apreciar también el carácter dinámico, expansivo, del debido proceso --al que me referí en mi citado *Voto concurrente* a la *OC-16*--, al que llegan nuevos datos que contribuyen a la más completa tutela de los derechos --y bienes jurídicos depositados en ellos-- protegidos a través de esa noción. Ha sido plausible la incorporación como pieza del debido proceso del derecho a conocer la posibilidad de recibir asistencia consular, que favorece al detenido extranjero y cuya inobservancia, negativa o menoscabo vicia el procedimiento y priva de validez a la sentencia construida sobre esa base endeble. Esta afirmación, originalmente formulada por la Corte Interamericana en la *OC-16*, fue luego acogida en la solución de casos ante la Corte Internacional de Justicia: *LaGrand*, de *Alemania vs. Estados Unidos*, y *Avena y otros nacionales mexicanos*, de *México vs. Estados Unidos*.

**B) *Debido proceso y combate a la delincuencia***

19. Al entrar en el examen del *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala* y emitir la sentencia correspondiente, la Corte ha establecido de nueva cuenta el sentido y el límite de su función: a) conoce la necesidad de que el Estado combata con firmeza la delincuencia, tarea que constituye un perentorio deber de aquél, y b) al mismo tiempo asegura que esa batalla indispensable se realice en el cauce del Derecho y conforme a los principios y las reglas que éste acoge. Al resolver, la Corte Interamericana actúa conforme a su competencia estricta: dispone en función de la compatibilidad o incompatibilidad de cierto acto del Estado, sujeto a controversia, con los términos de la Convención Americana que la propia Corte aplica. No puede hacer otra cosa. Es un tribunal de derechos humanos, no un tribunal penal. La investigación de hechos delictuosos y la imposición de penas compete a los órganos nacionales. La Corte no cuestiona esta función, no la invade, no la impide. No ha intentado hacerlo en ningún caso. La respeta.

20. La Corte Interamericana nunca ha asumido la defensa --y tampoco la acusación-- de probables responsables de una conducta ilícita. Se ha limitado con rigor, y lo seguirá haciendo, a resolver acerca de la interpretación y la aplicación del ordenamiento que puede invocar: la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las instancias nacionales deben aplicar con pulcritud y eficiencia, respetando las disposiciones de esa Convención, las normas que les competen: los códigos penales y otros ordenamientos llamados a sancionar las conductas delictuosas. Quien haya leído, así sea someramente, las resoluciones de la Corte Interamericana, habrá advertido que ésta ha sido su posición invariable. No podría

ser otra.

21. En la sentencia correspondiente al *Caso Castillo Petruzzi*, de 30 de mayo de 1999, la Corte sostuvo que "no está facultada para pronunciarse sobre la naturaleza y gravedad de los delitos atribuidos a las presuntas víctimas", y manifestó que no examinaría "la presunta responsabilidad penal de las supuestas víctimas, materia que corresponde a la jurisdicción nacional" (párrs. 89-90). Finalmente, el Tribunal declaró la existencia de ciertas violaciones en el proceso de los inculpados que había motivado el conocimiento de ese caso y dispuso "que se les garanti(zara) un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal" (punto resolutivo 13).

22. En el caso al que se refiere la sentencia que acompaño con este *Voto razonado*, no se demandó al Estado por una violación brutal de las garantías inherentes al debido proceso. En diversas ocasiones se ha traido a la consideración de la Corte transgresiones notorias que entrañan el maltrato al inculpado para arrancar una confesión, investigaciones irregulares y prejuiciadas, actuación de tribunales que carecen de independencia o imparcialidad, privación absoluta del derecho de defensa, obstrucción de la justicia, supresión del acceso a pruebas, ausencia de medios de impugnación idóneos y otras violaciones del mismo carácter. Ahora se trata de una vulneración de otro género: incongruencia entre la acusación y la condena, que acarrea --a pesar de que no ofrece una apariencia dramática ni ofende inmediatamente la conciencia social-- una restricción en el derecho de defensa, que es el más preciado para quien se ve sujeto a juicio y repercute en la decisión final del tribunal que condena. Cualquier persona que supone la posibilidad de verse llevado a un juicio penal --¿y quién se halla absolutamente a cubierto de esta posibilidad?--, sabe que la ley le reconoce el derecho a la defensa y confía en que contará con él.

23. Es probable que quienes observen este punto consideren que se trata de un mero tecnicismo procesal. La separación entre los llamados "tecnicismos" y las violaciones graves es un tema frecuentemente examinado por los tratadistas del enjuiciamiento y no es extraño al debate en diversos círculos de opinión. Ahora bien, es preciso advertir que tras los denominados "tecnicismos", a los que algunos observadores restan importancia e incluso atribuyen resultados adversos a la seguridad y a la justicia, se hallan verdaderos derechos humanos que deben ser respetados. Finalmente, la fortaleza moral y política de la sociedad democrática se mide también por su capacidad de atender puntualmente los derechos de los individuos y al mismo tiempo servir a los objetivos de seguridad y justicia que demanda la sociedad y que constituyen razón de ser del orden jurídico.

**C) *Principio de congruencia entre la acusación y la sentencia***

24. En el *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, la Corte Interamericana examinó algunos temas del debido proceso que no había conocido previamente. Hoy no se ha ocupado, como en tantos otros casos, del juez natural, la independencia e imparcialidad del juzgador, la posibilidad de designar defensor y recibir su asistencia, la estructura de la prueba, el recurso contra decisiones condenatorias, la confiabilidad de la confesión y otros más que han estado constantemente a la vista. En este caso, se ha puesto en juego un dato del proceso penal en una sociedad democrática: la congruencia entre la acusación y la sentencia, que no sólo entraña una conexión lógica entre dos actos procesales de extrema importancia, sino atañe a

la defensa del inculpado --porque la afecta profundamente--, y por lo tanto se proyecta sobre el conjunto del proceso y gravita en la validez de la sentencia misma.

25. Más todavía, la congruencia a la que me refiero --que impide resoluciones judiciales al margen de la acusación formulada por un órgano ajeno al juzgador e independiente de éste-- constituye una expresión regular de la división de poderes y caracteriza al sistema procesal penal acusatorio. En efecto, pone en evidencia la separación entre el órgano que acusa y el órgano que sentencia, y reconoce que la función persecutoria incumbe a aquél, no a éste. Si no fuera así, es decir, si el juzgador pudiera rebasar los términos de la acusación, desatenderlos o sustituirlos a discreción, estaríamos en presencia de un desempeño judicial inquisitivo: el órgano de la jurisdicción llevaría por sí mismo a la sentencia hechos y cargos que no ha esgrimido el órgano de la persecución, y se convertiría, en buena medida, en un acusador.

26. En el proceso penal democrático, el inculpado, sujeto del proceso, dotado con derechos adjetivos que permiten sostener y asegurar sus derechos materiales, enfrenta ciertos cargos sobre los que aguarda la decisión judicial. En función de ellos, que son el "tema del enjuiciamiento", desarrolla el conjunto de los actos de defensa. De ahí la importancia de que conozca, desde el principio mismo del proceso --y más todavía, desde que comienza el procedimiento en su contra y se le priva de libertad en un momento anterior a su presentación ante el juzgador--, los hechos que se le atribuyen, para que pueda construir su defensa. No se trata de enterarlo de cuestiones técnicas en torno a los cargos que pesan sobre él, sino de que sepa con certeza --y también, por supuesto, de que sepa su defensor-- qué hechos se le atribuyen, cómo se dice que los cometió, en qué forma lo hizo, etcétera, para que cuente con los elementos indispensables para contradecir la acusación y obtener al cabo una sentencia justa.

27. Lo anterior no sólo funda la exigencia de información precisa, completa y oportuna sobre las imputaciones --que es un derecho elemental del encausado, un dato crucial del debido proceso, sin el cual declina la condición del inculpado como sujeto del enjuiciamiento, para reinstalarlo como objeto de la investigación--, sino también la indispensable relación que debe existir entre la acusación que propone el tema del proceso y la sentencia que dispone sobre ese tema, no sobre otro u otros que pudieran ser aledaños a él, pero en todo caso no fueron materia de la prueba, del debate, de las defensas, y por lo tanto sólo podrían ser, si acaso, cuestiones para un proceso diferente en el que se observen las correspondientes garantías de información y defensa.

28. La convicción de que el inculpado debe conocer, desde el momento mismo de su detención, los cargos que se le hacen --no apenas las denominaciones técnicas de éstos, que dicen poco o no dicen nada al individuo común, sino los hechos cuya comisión se le atribuyen--, se ha instalado en el procedimiento moderno de orientación democrática. Se halla, por ejemplo, en la exigencia de que quienes capturan al supuesto infractor le informen sobre esos cargos y acerca de la posibilidad que tiene de declarar sobre ellos, guardar silencio y designar quien lo defienda. Otro tanto debe ocurrir cuando el inculpado comparece ante el juez de su causa. La misma norma ha de observarse --ya lo mencioné-- cuando el sujeto es extranjero y se le notifica que puede recurrir a la asistencia del cónsul de su nacionalidad.

29. Nada habría que oponer, en mi concepto, a lo que la ley del Estado denomina recalificación de los hechos, es decir, a la observación de éstos desde otra perspectiva técnica, bajo una clasificación o designación diversas de las que inicialmente fueron aplicadas, pero conservando invariable la identidad de aquéllos, como materia o tema del proceso. En este supuesto queda en pie la defensa que hicieron y sigan haciendo el inculpado y su asistente legal, porque ésta se ha referido y se refiere a unos hechos que no han sido alterados, modificados, incrementados, sino apenas denominados con otros términos. Dicho de manera diferente: los hechos quedan inalterados; sólo cambia el *nomen juris* con el que se los designa, y esta variación no tiene más trascendencia que la depuración técnica en el empleo de los conceptos, pero no toca la defensa. Hasta ahí las cosas, si hablamos de recalificación de hechos. Y si las cosas permanecen en ese punto, no hay violación del derecho a la defensa.

30. No es esto lo que sucede si se modifica lo que la sentencia de la Corte Interamericana ha designado como "base fáctica" del proceso penal. Si esto ocurre, el fiscal que hace una nueva acusación debe promover los actos conducentes a reencauzar el proceso, y si no lo propone, debe acordarlo espontáneamente el propio tribunal, que en último análisis responde por la buena marcha del enjuiciamiento, esto es, por el debido desarrollo del proceso, atendiendo las exigencias de la ley y los requerimientos de la justicia. No fue esto lo que aconteció en el caso que ahora nos ocupa. Es verdad que coinciden ciertos datos de la acusación original y de la sentencia con la que se cerró el proceso, pero también lo es que otros, de gran importancia, no coinciden en absoluto.

31. Para acreditar lo anterior basta con observar la descripción típica de la violación agravada, que se hace en el artículo 175, conectado con el 173, del Código Penal de Guatemala, y del homicidio calificado (llamado "asesinato" en el ordenamiento penal nacional), que se formula en el artículo 132, vinculado con el 123, del mismo ordenamiento. La violación es ayuntamiento carnal forzado que se perpetra contra una mujer --dice el artículo 173-- y cabe la posibilidad --señala el 175, que describe la figura complementada calificada-- de que "con motivo o a consecuencia de la violación" fallezca la víctima. En cambio, el asesinato es privación de la vida --conforme al artículo 123-- realizado en la forma, con los medios, bajo el impulso o con el propósito que describe el artículo 132. Así las cosas, cada conducta punible se integra con elementos propios, característicos, que deben ser propuestos en la acusación y que se hallan o deben hallarse sujetos al examen del inculpado y su defensa. Si la condena se emite por hechos diferentes de los que señaló la acusación, se habrá vulnerado el nexo de congruencia entre ésta y la sentencia. Sólo la integridad de ese nexo acredita que el inculpado ejerció adecuadamente el derecho a la defensa que el Estado le reconoce y está obligado a respetar y garantizar.

32. A la luz del artículo 8 de la Convención Americana, no se tiene en pie una sentencia adoptada de esa manera. Ahora bien, esto no significa, en lo absoluto, que la Corte Interamericana exonere de responsabilidad al inculpado, y tampoco que declare que la hay. Sólo trae consigo una conclusión: la violación del debido proceso priva de soporte jurídico a la sentencia y obliga al Estado, como lo ha mencionado la Corte, a llevar adelante, si así lo resuelve, un enjuiciamiento en el que se observen la exigencias del debido proceso para arribar a la conclusión que derive de los hechos aducidos por quien acusa, las pruebas presentadas por las partes o atraidas por el

tribunal y el debate en torno a aquéllos --no acerca de otros hechos-- con sustento en éstas. No hay, pues, riesgo de impunidad, sino exigencia de justicia conforme a las previsiones de la Convención Americana, que el Estado ha ratificado.

33. Es preciso observar, siempre a propósito de este punto, pero también del que en seguida examinaré, que la supuesta reforma en la calificación de los hechos, que en este caso ha sido, en rigor, una modificación de los hechos mismos --modificación que pudiera o no reflejar la realidad; eso no lo discute la Corte Interamericana, porque no tiene atribuciones para hacerlo-- arroja consecuencias de enorme importancia. En efecto, la punibilidad prevista para la violación calificada consiste en privación de libertad de entre 30 y 50 años, salvo en el caso de que la víctima sea menor de 10 años (artículo 132 bis del Código Penal), lo que no se plantea ahora. En cambio, la punibilidad correspondiente al asesinato es la muerte del reo cuando concurran circunstancias del hecho, la ocasión, los móviles o la comisión que revelen "una mayor particular peligrosidad del agente". Esta referencia suscitó el examen de la Corte y determinó las conclusiones que paso a comentar.

**D) *Peligrosidad del agente***

34. Se ha planteado en este caso, pues, el problema que trae consigo la antigua expresión introducida en el penúltimo párrafo del artículo 132: la "mayor particular peligrosidad del agente", concepto que fue revisado por las partes en el proceso ante la Corte Interamericana y a través de escritos de *amici curiae* que analizamos con atención. El concepto de peligrosidad ha sido desterrado por las más modernas corrientes del Derecho penal de orientación democrática --modernas, sin embargo, con casi un siglo de vigencia--, que han insistido en la necesidad de hacer de lado esta noción de raíz positivista para incorporar en su lugar, como datos rectores de la reacción penal, la entidad del delito y la culpabilidad del agente.

35. El positivismo que campeó en el último tercio del siglo XIX caló en múltiples ordenamientos penales, entre ellos las oleadas de códigos iberoamericanos con las que despuntó nuestro siglo XX. Las lecciones del positivismo, cuyo atractivo radica en la consideración de los factores causales del crimen, tanto en general como en la dinámica particular del agente, fueron ampliamente recibidas por profesionales y estudiantes, entre los que militamos durante mucho tiempo. El atractivo "científico" del positivismo y el rechazo al formalismo jurídico ocultaron los riesgos que aquél entrañaba para la libertad y la democracia y las ventajas que éste aportaba para los mismos fines. La peligrosidad se erigió en hipótesis de la intervención del Estado.

36. Con sustento en la peligrosidad se podría sancionar al infractor --actual o futuro-- no ya por lo que ha realizado, su conducta, su comportamiento ilícito, dañoso y culpable, sino por lo que es, su personalidad, su tendencia, sus posibles decisiones y su conducta futura y probable, apreciada en la única forma en que podría serlo: a través de pronósticos. Esto genera, en fin de cuentas, un Derecho penal de autor --en el que se reacciona en función de la persona--, que se contrapone al Derecho

penal de acto, hecho o conducta --en el que se reacciona en función del comportamiento efectivamente desplegado por el agente, el daño o el riesgo realmente producidos, la culpabilidad acreditada.

37. Para los fines del juicio ante la Corte Interamericana, el punto puede ser considerado desde una doble perspectiva: sea como vulneración del derecho a la prueba y a la defensa, en la medida en que la acusación no recogió el cargo de peligrosidad y por lo tanto no se permitió al reo desvirtuarlo; sea como transgresión del principio de legalidad penal, que dispone atender sólo a una ley ajustada al hecho realizado. En la demanda de la Comisión prevaleció la primera perspectiva, de carácter procesal; en la decisión de la Corte, que no desecha ese enfoque, sino lo complementa, dominó la segunda, de carácter material.

38. La Corte consideró que la incorporación de la peligrosidad como elemento de la descripción típica o como factor para la selección de la pena, en sus respectivos casos, no se aviene con el principio de legalidad que dispone la punición de hechos o conductas ilícitos culpablemente realizados, pero no autoriza la sanción a partir de una combinación de la certeza sobre los hechos pasados y la especulación sobre conductas futuras. En fin de cuentas, no hubiera sido satisfactorio para la aplicación del Pacto de San José, considerado como un solo cuerpo normativo, asegurar al inculpado la posibilidad de defenderse del cargo de ser peligroso, es decir, del pronóstico sobre crímenes probables en algún momento del porvenir. Lo que se necesita es suprimir enteramente la referencia a la peligrosidad. De ahí la disposición de la Corte en el capítulo de reparaciones, cuando se alude a la posibilidad de un nuevo juicio subordinado al debido proceso, pero también se requiere, en aras de la observancia del artículo 2 de la Convención, reformar en este extremo el artículo 132 del Código Penal.

**E) *Indulto***

39. Finalmente, la Corte se ha ocupado en el tema del indulto, recurso al que debe tener acceso el reo condenado a muerte, en los términos del artículo 4 de la Convención Americana. Obviamente, tener acceso a la interposición de este remedio no significa, por fuerza, tener el derecho a una respuesta favorable. El indulto está saliendo gradualmente de la legislación penal. En él se aloja todavía la remota facultad de gracia del monarca absoluto, señor de vidas y haciendas, que precisamente por ello podía disponer de la vida del reo, sustrayéndolo a la muerte ordenada por el tribunal. La racionalidad penal, instalada en la racionalidad política y jurídica, sugiere prescindir de esta figura, sin que ello impida establecer, en cambio, sucedáneos pertinentes que permitan la conversión de la pena impuesta cuando existan causas que lo justifiquen.

40. La Corte aprecia que el Estado carece de un régimen cierto y adecuado acerca del indulto. Si éste subsiste, cosa que atañe a la decisión del Estado, no debe quedar exento de reglas precisas acerca de la autoridad llamada a concederlo, los fundamentos para otorgarlo y el procedimiento para resolverlo. De lo contrario sería una expresión de puro arbitrio, extraña al Estado de Derecho en una sociedad democrática. Incluso si de trata de una facultad de perdón, es necesario que ésta se ejerza con claridad y racionalidad.

Sergio García Ramírez
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario