

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

1

### *PROCESO LEGAL PRE ESTABLECIDO*

Para el estudiante de Derecho, de las distintas facultades que imparten la cátedra de Derecho Procesal Penal, en todas las universidades, cuando se habla de Proceso legal pre establecido, debe abrigar la idea que no existe solo un proceso pre establecido en el sistema de administración de justicia guatemalteca. El de mayor dominio es aquel que se encuentra desarrollado en el Derecho 51-92, Código Procesal Penal. Pero no es el único empleado por la sociedad. Que no se tome como necesidad de mi parte, el que repita lo que he dicho con tanta insistencia, en documentos publicados por esta vía. Es necesario que se identifique dentro del comportamiento social guatemalteco, los diferentes procesos que se aplican. Todos son diferentes en cada grupo Étnica, entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya, que habitan el país. Deduzco lo afirmado de la observación a las comunidades étnicas. Cada Nación indígena se encuentra integrada por personas con las mismas características, costumbres, hábitos, lenguaje, dialecto o idioma, con valores y formas de administración pública diferentes entre ellas, pero similares en sus costumbres. Cada Nación tiene sus propias peculiaridades e igualmente sus diferencias, que las hace distinguibles entre las demás. Hay dentro de cada nación grupos sociales que califica, reconoce y tilda de legal el procedimiento procesal empleado en la resolución de conflictos entre miembros de la comunidad. Su sistema procesal en la resolución de controversias es diferente al que emplea la sociedad de habla hispana con orientación ladina. Y cuando de la comunidad indígena es llevado el caso al sistema de administración de justicia a la sociedad con cultura de orientación occidental, los operadores de justicia no entienden el problema. En una oportunidad en el municipio de Ixtahuacan del Departamento de Huehuetenango, una familia étnica del lugar, acompañó al joven que recién se había unido con una señorita de la comunidad. Llegaba ante el juez de paz de la localidad para pedirle apoyo en la resolución de la controversia surgida con la familia de la novia. El joven pretendía devolver a la novia, porque no le gustaba la vida marital con ella, habían surgido muchos problemas en el poco tiempo que convivieron juntos. Consideraba que no se podía superar la incompatibilidad de caracteres, vivían solo peleando y no habían transcurrido dos meses desde que se inicio la vida en común. El problema no era si podía devolver a la novia o no después de haber convivido con ella y dejar pasar un buen tiempo, ya que la cultura indígena si lo permite y es muy normal que exista un período de prueba en el matrimonio, la controversia era el monto de la indemnización que el novio tenia que pagarle a la familia de la novia. Este había pagado la indemnización con un numero determinado de bestias, pero los padres de

# **Lic. Héctor E Berducido M**

## **Abogado y Notario**

2

la señorita exigían un poco mas, no calificaban de justo lo que habían recibido.

La juez de paz no entendía lo que estaba pasando, ya que en el sistema procesal con orientación occidental, no se acepta la existencia del periodo de prueba en el matrimonio, el cual consiste en que si no hay compatibilidad de caracteres en la pareja, se puede llegar a tomar la decisión de disolver la unión de hecho, devolviendo la novia e indemnizando a la familia de esta. En la cultura de habla hispana, el matrimonio es para toda la vida, y solo con la muerte se disuelve, según la cristiandad. Por la legislación civil se sabe que no se puede disolver el matrimonio antes de concluido un año. Pero se podría dar una modificación con la separación de cuerpos, siempre que se reconozca la responsabilidad paterna por el posible embarazo surgido durante el tiempo de vida marital. En el sistema codificado el estado tiende a proteger a la familia y a la persona desde la concepción. En la costumbre étnica las cosas cambian.

El posible embarazo de la niña no se califica de problemático que llegue a impedir que se reciba la niña, siempre que haya un indemnización satisfactoria ella podra ser devuelta. Suponiendo el caso que haya otro hombre dispuesto a hacerse responsable de la niña y ella esta de acuerdo, lo único que tienen que hacer los padres, es entregarle al futuro yerno parte de la compensación recibida anteriormente, ya que ella se encuentra embarazada, y tendrá que hacerse responsable de alimentar, no solo a la mujer, sino a un niño que esta por nacer. La paternidad no es problema ya que el menor es de la comunidad, no importa quien haya dado la semilla para que se formara. No se da el recelo que se observa en la sociedad occidental por la herencia genética heredada a los hijos. Lo que importa es que el niño nazca sano y se desarrolle en un hogar integrado donde haya armonía entre los padres, ya vendrán mas adelante los hijos del padre, ya que es padre quien cría y no quien engendra.

Para la etnia es factible el arreglo del problema en forma económica, la resolución del conflicto es lógica, ya que se evitan mayores problemas a futuro por violencia intrafamiliar, alimentos para el menor no cancelados, infidelidad, etc. El guatemalteco de habla hispana aplica y entiende lo codificado y dispuesto en el Procesal Penal, procesal civil y Mercantil, Código Civil y Ley de familia. La justicia étnica no se entiende, no se encuentra codificado, no son jueces de derecho los que aplican justicia y responsables de resolver conflictos, sino el consejo de ancianos de la comunidad. La etnia aplica su costumbre ancestral, transmitida de generación en generación en forma oral y sus decisiones son lógicas en la resolución de los conflictos.-

# **Lic. Héctor E Berducido M**

## **Abogado y Notario**

3

La sociedad de cultura occidental señala al proceso legal de la Étnia como no valido. Se afirma que son procesos clandestinos y no merecedores de estudio. Para el ladino, todas las formas procesales en la administración de justicia, ajenas a la codificada y dispuesta en el Decreto 51-92 del Congreso de la Republica no son aceptables, por lo que deben ser rechazados y las autoridades de gobierno prohibirlas. Califica que la única forma procesal que debe estudiarse es precisamente la que ellos conocen y las otras, experimentadas por los núcleos sociales étnicos deben desaparecer, porque son solo sus costumbres. Aquí se esta hablando de una transculturalización. El hombre ladino se ha preguntado por mucho tiempo: ¿por qué el Indígena no se integra a la cultura occidental? ¿Por que no deja sus costumbres ancestrales que lo único que ha conseguido es mantenerlos en el atraso social? Hay quienes identifican así la transculturalización, hay otros que la tildan como un Etnocidio en el que se pretende consumarlo con la desaparición de las costumbres indígenas. La sociedad dominante impone sus ideas, costumbres y formas de vida a la sociedad dominada, la etnia. Impone además la administración de justicia, su sistema de gobierno y conocimientos. Y no respeta lo que ha encontrado en los grupos étnicos, que han sido marginados por siglos. Su cultura se ha desarrollado en la oscuridad y clandestinidad, pero ha persistido hasta nuestros días.-

Es constante señalar la cultura étnica como conducta inconstitucional. Y pretender reconocerla es buscar dividir el país, en dos clases sociales, la del ladino y la del indígena. Es la razon mas fuerte para que no se reconozca la existencia de procedimientos diferentes en la resolución de conflictos. No se ha tomado en cuenta que es Derecho constitucional reconocer que la Sociedad guatemalteca se encuentra conformada por diversos grupos étnicos entres los que figuran aquellas sociedades de ascendencia maya. Los mismos han empleado un Proceso muy propio en la resolución de sus conflictos. Los cuales son totalmente legales y aceptados por los miembros de la comunidad y contienen base constitucional. Estos grupos indígenas de ascendencia maya, que el Estado reconoce y se ha comprometido a respetar y promover su forma de vida, son las Naciones indígenas que existían en el territorio, mucho antes de que llegaran los Españoles al continente Americano. Ellos tienen mayor derecho a su cultura, tradiciones, costumbres, formas de vida, idioma, traje, formas propias de administración de justicia, lo cual es totalmente diferente al del ciudadano de habla hispana.

Deben ser respetados por sus orígenes, quienes lograron sobrevivir a la persecución y al exterminio a que fueron expuestos. Han logrado evitar la destrucción, el sometimiento y la transculturalización. Persisten sus orígenes desde el ingreso del

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

castellano a estas tierras a nuestros días.

La Sociedad étnica no ha cambiado casi nada desde muchos años atrás y su estudio ha sido tema de trabajo profesional por universidades de muchos países del mundo. Se afirma que la sociedad colectiva grupal es la que ha despertado mayor interés, ya que el hombre en comunidad ha logrado encontrarse en armonía con la naturaleza y tienen una vida muy pacífica y socialmente armoniosa con sus semejantes. Califico que el interés es del extranjero, no del nacional, ya que el universitario guatemalteco discrimina al indígena. La etnia hoy se encuentra fortalecido, le ha sucedido todo lo contrario a lo que se observa con la cultura ladina, ésta ha experimentado constantes cambios sociales y culturales, no tiene identidad propia y es influenciada por sociedades extranjeras.

### **Como ejemplo de lo que ha significado la sociedad étnica para aquella predominante de habla hispana en Guatemala:**

Se pueden escuchar los comentarios de lo Folklórico de su cultura. <sup>1</sup>El término “folklorización” es utilizado para criticar el comportamiento de apreciar el contenido de una cultura como un asunto únicamente de museo, decorativo, y no propio de la dinámica social, política o económica. Suele señalar el afán por la explotación de los elementos de una cultura. En el caso del Gobierno, que incluye en sus actos elementos de las culturas mayas, es aún muy temprano para evaluar si incurre en “folklorización”, opina Álvaro Pop, del Organismo Naleb. “Es importante que haya símbolos que demuestren la multiculturalidad del país, “, refiere Pop, quien considera que si podrá haber una consideración más certera sobre si se trata de una canalización de la cultura maya, al final de los primeros cien días de gestión gubernamental.

**Simbolismos del Gobierno: Elementos de la cultura maya en los actos oficiales: La melodía: El Rey Quiché suena cuando el presidente Colom entra o sale del salón. El logotipo del Gobierno incluye cuatro manos, que representan a los pueblos del país, pero también los puntos cardinales y otros aspectos de la cosmovisión maya. Carteles con leyendas en idiomas mayas son comunes en las ceremonias del Gobierno. La bandera de los Cuatro Pueblos (indígena, ladino, xinca y garífuna) está presente en actos oficiales. Miembros del Consejo de Ancianos Mayas fueron invitados a la toma de posesión.**

**EJECUTIVO Quedan cortos los ofrecimientos oficiales de inclusión.**

---

<sup>1</sup> Publicación en Prensa Libre: Página 10. Actualidad. Por César León. 3 de Marzo 2008.

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

### **“Rostro maya” aún no se hace realidad:**

El presidente Álvaro Colom dijo que su gobierno tendría “rostro maya”, pero la integración de su Gabinete fue objeto de críticas, por la poca inclusión de ese sector. Luego dijo que habría “balance” en los viceministerios, pero ese ofrecimiento también se ha quedado corto.

Un vistazo al origen de ministros y viceministros da cuenta de que, de 51 funcionarios, solo tres (un 6%) son indígenas. Ese porcentaje disminuye, si se toma en cuenta que entre quienes dirigen las secretarías del Ejecutivo ninguno es indígena. Entre los gobernadores hay más representación, pues de los 22 designados, cinco son indígenas (un 23%) “Otro indicador que demuestra incumplimiento de promesas es que, en el nombramiento del cuerpo diplomático, se retrocedió, porque no hay ningún embajador indígena”, refiere el politólogo Álvaro Pop. “En el Gabinete no hay representación indígena”, afirma el sociólogo Fernando Solís, “pues ningún funcionario está ligado a colectivos ni representa intereses o demandas de sectores indígenas”.

No solo es el número: Frente a las críticas, Colom ha dicho que no es tan importante la cantidad de indígenas en su gabinete, porque se ha propuesto que su gestión sea cercana a los pueblos mayas, y que entre sus colaboradores “no hay racistas”. No obstante, Pop dice que la vocación que pueda tener el Gobierno se debe medir “en términos de participación, no solo de receptores, sino de actores de política nacional. El discurso será coherente, si incluye a actores indígenas que puedan generar cambios en las políticas públicas”. Solís dice que una muestra de voluntad podrían ser “avances para resolver la conflictividad de tierra, y respetar territorios mayas y sus formas de organización, como las consultas de vecinos en proyectos de minería”. Agregó, además, que será fundamental el apoyo a la Comisión Presidencial contra la Discriminación y el Racismo (Codisra). Romeo Tiu, coordinador de Codisra, considera valioso que este Gobierno dé continuidad al trabajo de la Comisión, pero destaca que, por ahora, ésta no ha participado en las reuniones de Gabinete, como en el pasado. “Sería importante participar, para opinar y analizar temas de lucha contra la discriminación, y para integrar a los ministros en las acciones de la Política para la Convivencia y la Eliminación del Racismo”. En el corto plazo, según el Plan de cien Días, el Gobierno se propone tres acciones concretas: promover los derechos de los pueblos indígenas, crear la secretaria de Interculturalidad y convocar al Consejo de ancianos Mayas. También pretende, dentro del sistema nacional de diálogo, entablar consultas con los pueblos indígenas, sobre temas que los afectan. Aún así, en las primeras semanas el Gobierno no da señales contundentes de un

# **Lic. Héctor E Berducido M**

## **Abogado y Notario**

6

verdadero “rostro maya”.-

Retornando al tema que me ocupa, puedo afirmar que el sistema procesal que aplica la etnia para la resolución de sus conflictos, solo se encuentra en la mente de los mas ancianos de la comunidad indígena, a quienes poco a poco se les ha ido reconociendo su valor histórico cultural. Al reflexionar sobre el contenido del presente documento, debe tenerse presente que la sociedad de habla hispana, con ascendencia criolla, mestiza o ladina, es totalmente distinta a la conformada por los diversos grupos étnicos entre los que figuran las indígenas de ascendencia maya. Constitucionalmente se reconoce el derecho de los pueblos Mayas, a la vida comunitaria, a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lenguaje o idioma ancestral y el respeto a sus costumbres.

El gobierno de turno en el país está obligado a la búsqueda de la preservación y promoción de la cultura étnica y de todas sus manifestaciones. Debe encontrarse a cargo de un órgano específico del propio Estado, el cual debe contar con su propio presupuesto, que se debe fortalecer constantemente con cada gobierno para que desarrolle de la mejor forma su labor, por mandato constitucional.

Tómese nota que poco a poco se ha aceptado esta realidad y la existencia de una población considerada como la mayoría en toda la República. La ley procesal de la cultura occidental ha tenido el apoyo del Congreso de la República, se aplica en forma impuesta a la etnia de ascendencia maya, aunque esta no entienda lo que esta pasando. Únicamente la sociedad de habla hispana, de origen ladino, que es la sociedad dominante, llega a comprender el sistema de administración de justicia occidental. Por tanto, cuando se habla de un sistema procesal penal, se debe entender que uno es el que aplica la sociedad dominante y otro la que aplica la sociedad dominada, compuesta por grupos étnicos entre los que figuran aquellos llamados indígenas de ascendencia maya. Por lo que en Guatemala hay varios sistemas procesales aplicables en forma simultánea y paralela al sistema divulgado por las Universidad del País. Aquí es donde se habla del pluralismo jurídico existente en Guatemala, ya que hay sistemas paralelos en la administración de justicia.-

De momento estaré hablando del sistema procesal penal que se conoce y divulga en la facultad de ciencias jurídicas y sociales de las distintas universidades del país. Ya que solo un proceso penal es el que se divulga en la cátedra universitaria. Y los demás, que emplean los diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

7

ascendencia maya, quedan en la calificación de clandestinos o inexistentes, adjudicados a los naturales. Mas adelante ingresare a desarrollar dicho tema.

### *EL PROCESO LEGAL PRE ESTABLECIDO EN LA SOCIEDAD DOMINANTE DE HABLA HISPANA*

La Constitución Política de la República de Guatemala, expresa que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunal especial o secreto, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.-

Inicia la norma constitucional con la afirmación que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables. La indicación de procedimiento preestablecido legalmente dentro del derecho constitucional le otorga características y fundamento serio a la garantía del juicio previo. Pero hoy hablaremos de su contenido y función.-

No debe considerarse que se esta refiriendo a la exigencia de una sentencia previa. Se habla de que el proceso se encuentre codificado antes del hecho. Pero la doctrina lo ha titulado como Juicio Previo. Cuando se afirma que el proceso debe existir legalmente en el sistema antes del hecho, se esta garantizando el conocimiento del procedimiento a aplicar. De lo contrario cada juez, en su territorio haría su propio procedimiento de acuerdo a las necesidades del lugar y la época a juzgar.-

Recuérdese que la Constitución dice que nadie puede ser juzgado, sino mediante el proceso legal preestablecido. Ante juez o tribunal competente y preestablecido. Y Se argumenta que sólo un juicio en el que se respeta dicha afirmación es calificado de legal. La sentencia se estará fundando en una ley previa al hecho. Cuando la doctrina afirma de la necesidad de un "Juicio" previo, se refiere a la ley que ha de emplearse para juzgar el caso. Es una operación del entendimiento, que consiste en comparar dos ideas para conocer y determinar sus relaciones. Y "proceso legal" significa: El conjunto de actuaciones de los sujetos procesales que buscan averiguar la forma como fue perpetrado el delito, la participación de los delincuentes, su responsabilidad e imponerles la penalidad señalada. Además comprende el Juicio Oral. En nuestro caso se tratará de la operación de subsunción de los hechos al Derecho, que hace el juez al dictar sentencia.-

Y al respecto, la Convención Americana sobre derechos humanos indica en el artículo 8 que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Pues bien, lo dicho con anterioridad es una interpretación formal, que no toma en cuenta el carácter histórico del proceso legal pre establecido. Ni su sentido político Institucional. Si remontamos el origen de esta garantía hasta la Edad Media, ya sea a través de su vertiente anglosajona (Carta Magna) o a través de la vertiente hispánica (plasmada en los antiguos fueros), podremos apreciar con mayor claridad su contenido específico. No debemos olvidar tampoco que el Derecho Procesal Penal es, fundamentalmente, el desarrollo de las garantías constitucionales y que ese desarrollo debe preservar en todo momento el sentido primogénito de las garantías. Para ello debemos tener en cuenta que la sociedad medieval concibe a la sociedad política como un haz de relaciones Jurídicas, es decir, como un conjunto de derechos y obligaciones entre los señores y los súbditos. La sociedad feudal no pensaba ni admitía el poder absoluto; antes bien, se fundaba en el contrato de vasallaje, donde el señor feudal tenía poder sólo en la medida en que protegía y concedía derecho a sus vasallos. En este marco, saturado de legalismo y de fe religiosa, se desarrolló la lucha política real, la puja por la hegemonía y el poder entre los señores feudales, entre ellos y el rey, entre ambos y la naciente burguesía, que reclamaba día a día mayor libertad para comerciar. El resultado de estas luchas desembocó en la constitución de los Estados nacionales, que implicó la destrucción de la sociedad feudal, el triunfo de la burguesía y la construcción de una nueva sociedad política en Europa. Los Estados nacionales, por una parte, abren el camino al poder absoluto pero, por la otra, abren también el camino al individualismo, que finalmente genera las grandes revoluciones en el continente europeo en los siglos XVII y XVIII. No obstante en esta evolución política, existió una institución que se mantuvo constante, aunque se modificó paulatinamente su fundamento. Esta institución fue el necesario juicio previo o proceso legal pre establecido y esa persistencia nos habla precisamente de su importancia política institucional. La idea de un poder limitado también nace en la Edad Media dentro de la sociedad europea. Y se entrecruza con el proceso que hemos señalado. Ya sea como una imposición de los barones al rey, ya sea como un privilegio de la burguesía o como un derecho inalienable del hombre que surge de su propia naturaleza, lo cierto es que la idea misma del poder limitado estuvo siempre intrínsecamente ligada al principio de que ninguna persona podía ser castigada sin juicio previo o sin el proceso legal preestablecido. Al mismo tiempo, la intervención directa de los reyes en los asuntos judiciales siempre se consideró como una de las manifestaciones más claras del poder absoluto de la monarquía, del que a la fecha la

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

sociedad ladina en Guatemala ha heredado el derecho al indulto, recién discutido y aprobado nuevamente para su reinstauración por el Congreso de la república, e ingresa nuevamente al sistema de justicia penal en Guatemala, ya que había sido abolido de la legislación nacional por el gobierno de Alfonso Portillo. Al momento de estar escribiendo este documento, se encuentra pendiente el veto o publicación del ejecutivo, pero son muchas las presiones que buscan que no sea llevado a categoría de ley ya que con ello se estaría nuevamente reinstaurando la pena de muerte. Por su puesto que en ese entonces, como sucede ahora, las garantías procesales o legales funcionaban de un modo u otro según el poder o el prestigio que tuviera quien pretendía valerse de ellas. Esta realidad no nos dice nada acerca de la importancia o el contenido de la garantía en sí misma; sólo nos habla de la existencia de injustas relaciones sociales, de la desigualdad imperante en la sociedad humana. Sin embargo, sólo debemos tener en cuenta que en la conciencia jurídica de esa época - y mucho más aún en la conciencia del hombre moderno - se instaló, ya de un modo insoslayable, la idea de que el ejercicio del poder penal debía ser limitado por la existencia de un juicio previo. Esta idea se ha mantenido constante en todo el proceso al que se le denomina el desarrollo histórico de las garantías constitucionales de la libertad.-

La perspectiva histórica del continente europeo que se ha resaltado nos sirve para comprender el carácter eminentemente político de la garantía del juicio previo, lo cual ha servido de base para que la sociedad con orientación occidental en Guatemala adoptara esas ideas, al momento de formular su proceso penal. Se puede decir que ella se vincula con dos dimensiones básicas: por un lado, nos señala que la imposición de un castigo, el ejercicio del poder penal del Estado, está limitado por una forma. Esta forma, en nuestra constitución Nacional, tiene un contenido preciso, que no se satisface con la existencia de cualquier "forma" del proceso legal. Reacuérdesse que significa concretamente de un juicio oral, público y preestablecido ante juez o tribunal. Y así como el juicio tiene un contenido preciso, también debe existir un proceso que conduzca al juicio. Cuando la garantía constitucional hace referencia a un "proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido" hace referencia a una "ley anterior al hecho del proceso", no sólo nos está dando pautas concretas acerca de que ley se debe utilizar para juzgar el caso, sino que nos indica que debe existir necesariamente "un proceso" y que ese proceso se rige por la ley anterior al hecho que es su objeto. Así también, como el juicio termina necesariamente en la sentencia, el proceso debe preceder, también necesariamente al juicio.-

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

### *EL PROCESO Y LA ACCION PROCESAL:*

El orden jurídico es uno; pero en su fase "legal" aparece desde un punto de vista abstracto y estático que no expresa toda su realidad. La realidad del Derecho, en efecto, no consiste en la realidad que corresponde a los preceptos jurídicos, sino en la realidad que estos adquieren gracias a la actualización y dinamización que reciben en las relaciones jurídicas y en el proceso. El Derecho procesal está constituido por aquellas normas que expresan directamente el cómo de la actualización de aquellos Preceptos que, a diferencia de los procesales, se llaman de "Derecho material". Este Derecho material tiene una parte que se refiere a los órganos estatales encargados de la jurisdicción y a las pretensiones de los individuos en orden a su protección jurídica; a este Derecho, que guarda íntimo contacto con el procesal, aunque no se confunde con él, llaman los alemanes "Derecho Justicial material".-

De las cuestiones que el proceso plantea, nos interesa destacar las que se refieren a su finalidad y su naturaleza jurídica. Una y otra, sin embargo, no podrán ser más que aludidas o superficialmente tratadas, y ello sólo desde el punto de vista de los conceptos jurídicos fundamentales, que no agota todo el caudal problemático de las categorías de esa rama de la ciencia del Derecho.-

Actualizar, dinamizar el ordenamiento jurídico, o sus normas generales, transmutándolas en normas jurídicas individuales (sentencia) que aplican en concreto las consecuencias propias de los actos del sujeto del derecho y, por tanto, reconocen – o crean, según algunas teorías - los derechos del mismo, concretizan sus deberes, etc., no es en realidad una "finalidad" del proceso, sobre todo si se considera que el fin es algo extrínseco a la institución que funciona como medio, sino que eso pertenece a la misma estructura inmanente del proceso. Si el Derecho es fundamentalmente vida social en forma, sería del todo inadecuado, al menos incompleto decir que el proceso es una institución dedicada de modo primario y fundamental a obtener la actuación de las normas jurídicas. Y podría afirmarse que es falso colocar el proceso en una plena dependencia del Derecho objetivo, "ya que en un orden positivo lo sustantivo es la coacción que hasta el Derecho procesal no se presenta. Lo que importa en el sistema positivo es el sistema de protección, del cual es un accidente la especificación modal de la protección misma. ¿El proceso es actuación de la ley? ¿No será, viceversa, la ley (al menos la ley eficaz) la norma extraída del actuar concreto del proceso mismo? Para aludir a la esencia del proceso penal se ha dicho precisamente que, a diferencia del Derecho privado, el Derecho

# **Lic. Héctor E Berducido M**

## **Abogado y Notario**

penal no tiene actuación ni realidad concreta fuera de su proceso correspondiente. El delito puede concebirse como un acto jurídico, pero su efecto peculiar, "la pena", necesita del proceso, no en el sentido de que sólo en el proceso puede declararse, sino en el de que solo en "el proceso" se produce y solo por "el proceso" nace el derecho del Estado de la sociedad dominante a castigar al individuo. El proceso supone siempre una interferencia, o sea, una incompatibilidad jurídica de que subsistan simultáneamente una pretensión y un estado de hecho protegido por la ley. "Estado de hecho" y "pretensión" son accidentes de la persona en sentido jurídico; situaciones en que esté y situaciones que aspira a crear, entre las cuales existe una incompatibilidad, porque la situación que se aspira a producir por un sujeto resulta implicar una limitación a la fundamental libertad jurídica del otro sujeto; y sólo en el proceso se sabrá si la pretensión está bien fundada y, por consiguiente, sí prevalece la libertad o se le limita; de suerte que, hasta en el proceso, impera sin restricciones lo que en otro lugar he llamado "norma de libertad", que expresa el hecho radical y primario de la libertad, en aquellos delitos en los que goza el principio de restringir lo menos posible la libre locomoción del individuo. Hay que recordar que hay tipos penales inexcusables, en los cuales aunque no se prohíba el otorgamiento del sustituto a la prisión, está limitado su otorgamiento por parte del juez por ley emanada del Congreso. El individuo debe pagar el estar involucrado en una conducta reprochable, antes de la condena. Ingresar al mundo de los reos sin condena.-

La concepción abstracta y lógica del Derecho ha sido, por eso, el primer presupuesto de una concepción que solo ha visto en el proceso el momento exterior y posterior del Derecho sustantivo, calificándolo con una nota dinámica de sanción y ejecución y que, por lo mismo, lo ha considerado como un "Derecho adjetivo". -

Durante mucho tiempo ha estado muy extendida la idea de que el proceso tiene como finalidad satisfacer la pretensión de protección jurídica que compete a todo individuo frente al Estado. Esta teoría reconoce un derecho público subjetivo del individuo, correlativo del deber del Estado de protegerle jurídicamente, garantizándole la seguridad de sus situaciones jurídicas y la eficacia de sus derechos subjetivos y, en general, de su libertad jurídica. En suma, el proceso aparece en esa concepción como un medio de garantía de los derechos del sujeto. Esta teoría se combate advirtiendo que el derecho público subjetivo que posee el individuo de reclamar protección jurídica, no es de índole procesal, sino que pertenece al Derecho material, lo cual significa que existe una norma jurídica (de Derecho público) por la

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

cual el Estado se obliga a realizar cierta acción (la protección jurídica) siempre que el titular del derecho subjetivo haga valer su pretensión. Como finalidad del proceso se ha señalado también el decidir sobre las controversias (a pesar de que hay procesos sin controversia, (como el juicio en rebeldía), dirimir los conflictos de los particulares, realizar la coacción jurídica (lo cual sólo se realiza en la ejecución de sentencia), etc. El fin del proceso es terminar un conflicto jurídico constituyendo la cosa juzgada, de suerte que la pretensión del actor valga en el futuro ante los tribunales como jurídicamente fundada o no fundada. La cosa juzgada tiene aquí sentido puramente procesal y se refiere a la fuerza vinculatoria de una sentencia con respecto al juez de otro juicio. Esta teoría procesal de la cosa juzgada surge en polémica con todas las otras doctrinas que afirman que la sentencia judicial es una norma jurídica o un negocio jurídico, esto es, constitutiva de Derecho material objetivo o subjetivo. Consecuentes con la doctrina anterior, vemos en toda sentencia una "norma jurídica particular", por consiguiente, el último escalón del Derecho objetivo, y en este sentido es constitutivo de Derecho material. Sin embargo, el juez o tribunal al sentenciar, no legisla; no deroga ni modifica el Derecho material, ni vincula al legislador, sino tan sólo a otros jueces: y no en el sentido que su sentencia vinculase a los otros jueces o a él mismo a resolver con arreglo a ella los casos futuros (lo cual sería convertirla en norma general), sino tan sólo a tenerla presente cuando exista la intención de repetir nuevamente el juicio con los mismos hechos juzgados y sentenciados.

Sin pretensiones definitivas, podríamos decir que el juicio es la última etapa del proceso de creación jurídica, en la que se termina un conflicto jurídico con la creación de una norma individual que obliga a todos los tribunales a reconocer como definitivamente válida para no repetir el juicio.

Sobre la naturaleza del proceso, considerado como una relación o como base de distintas relaciones procesales, ya a la circunstancia de que la relación procesal se establezca directamente entre las partes o entre las partes y el tribunal, ya a la naturaleza jurídica de dicha relación, ya por último a si la relación nace en el momento que la acción se interpone o cuando se dan todos los llamados "presupuestos procesales". El proceso no es una relación, sino una situación jurídica. Por situación jurídica entiende "el estado de los asuntos de una persona, desde el punto de vista de la sentencia judicial que cabe esperar con arreglo a la medida del Derecho" y, también, "la expectativa jurídicamente fundada de una sentencia judicial favorable o desfavorable y, en consecuencia la esperanza de la validez judicial de la pretensión válidamente presentada como jurídicamente fundada o

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

infundada". -

La idea de que el proceso es una situación jurídica permite someter a una consideración autónoma esta rama del Derecho y aplicarle una serie de categorías jurídicas propias. Así, por ejemplo los anexos jurídicos entre los individuos se convierten en expectativas de una sentencia favorable o desfavorable; la parte que se encuentra en situación de proporcionar mediante un acto una ventaja procesal y una sentencia favorable tiene una "posibilidad" u "ocasión" procesal, así como a la parte que tiene que ejecutar un acto para prevenir un perjuicio procesal y una sentencia desfavorable le incumbe una "carga" procesal; y así como las posibilidades procesales no son verdaderos derechos subjetivos sino situaciones que podrían expresarse con la palabra francesa "chances", tampoco las cargas procesales constituyen deberes jurídicos en sentido estricto.-

La Constitución Política de la República de Guatemala indica que el Ministerio Público es auxiliar de los tribunales y quien vela por el cumplimiento de la ley. Su jefe será el Fiscal General y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Por lo que la preparación del juicio, es decir, la investigación preliminar, el argumento para etapa intermedia, así como el control de la acusación, es su tarea primordial. La defensa se encargará que se mantenga el estricto apego legal a la actuación de los funcionarios del Estado dentro de la causa. Y el control de la sentencia, de los recursos, y de la investigación es tarea del juez. Y todo ello conforma, junto con el juicio, la totalidad del procedimiento, en sentido estricto. En un sentido más amplio, el proceso de ejecución de la sentencia también conforma el proceso penal. Y carecería de sentido establecer la garantía de proceso legal preestablecido si el juicio no cumpliera un efecto reflejo sobre el conjunto del proceso. Se puede decir, entonces, que los principios limitadores del proceso penal extiende sus efectos a la totalidad del proceso, justamente para preservar con mayor eficacia la pureza garantizadora de ese mismo juicio. Sintetizando, del artículo 12 de la constitución, surge la idea que el castigo a una persona por la comisión de un hecho delictivo sólo puede imponerla un juez o tribunal de sentencia mediante un proceso penal legal preestablecido, el cual terminará con una condena o absolución en sentencia, y que para llegar a dicho veredicto, antes ha sido el sindicado citado, oído y vencido dentro de ese proceso.-

Es notorio que la norma constitucional habla de juez o tribunal Competente. El proceso legal preestablecido a que se refiere la norma es el realizado por jueces o tribunales y no por otra Autoridad.

Esta idea surge del mismo desarrollo histórico y político. Según he indicado, la idea de un límite al poder penal del Estado se manifiesta también en la convicción de que

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

no podía ser el mismo rey el que juzgara las causas. Tampoco podía ser un delegado del rey que pudiera recibir sus órdenes, de tal modo que, no sólo se trataba de que existiera un juez, sino de que ese juez fuera un juez independiente del poder central y de todo otro poder.-

La misma Constitución nos indica y reafirma esta idea en el artículo 12 al decir, que nadie puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente, sino por juez o tribunal competente y preestablecido. Al decir la norma Constitucional "Competente" se refiere a la persona a quien compete, corresponde o incumbe una función jurisdiccional, quien es idóneo, y ante todo es capaz. Es en sí el juez contralor de la legalidad de la investigación, o el Tribunal de Sentencia a quien pertenece el conocimiento, trámite y resolución de un proceso. Por tal razón, es claro que está prohibido que cualquier autoridad que no sea la judicial pueda arrogarse el juzgamiento de las causas pendientes o el restablecimiento de las ya fenecidas. Queda claro entonces, que para la Constitución Política de la República de Guatemala, solo un juez o tribunal puede hacer un proceso legal ya preestablecido en la legislación, de tal modo que si no hay un juez competente no hay proceso legal, por más que el procedimiento conserve alguna de sus formas.-

Podemos decir, en síntesis, que la garantía constitucional de proceso legal ante juez o tribunal competente y que ambos estén preestablecidos es una fórmula sintética en la que está contenida una limitación objetiva al poder penal del Estado. Y una limitación subjetiva al ejercicio de ese poder, es el juez o Tribunal de la sociedad dominante, el únicos funcionarios habilitado para desarrollar el juicio. El proceso legal preestablecido es el punto de máxima concentración de la fuerza protectora de las garantías de defensa, inocencia, inviolabilidad del ámbito íntimo, intermediación, publicidad, concentración etc.

Pero ¿que sucede con los juicios celebrados por la población dominada y en franca desigualdad económica a la sociedad dominante? Dentro de esa masa poblacional étnica, que representa el 66% de la población en general, se realizan juicios en el núcleo comunitario, que son dirigidos por el consejo de ancianos que hacen las veces de jueces o tribunal, igual que lo hace la sociedad de habla hispana. Y son poblaciones étnicas de ascendencia Maya, que han habitado el territorio desde antes de la llegada del Castellano a tierras americanas. Considero que no hay problema al respecto, ya que la norma constitucional<sup>2</sup> establece que la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales que la ley establezca. Guatemala esta formada por diversos grupos étnicos

---

<sup>2</sup> Artículos 66 y 203 Constitución Política de la República de Guatemala.

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, entre las que se encuentra el uso jurídico del proceso oral y dirigido por los ancianos quienes son los que administran justicia en las controversias surgidas entre los pobladores comunitarios.-

Existen muchas formas de violar la garantía "Proceso legal preestablecido". Hay algunas formas burdas, propias de un período dictatorial, que se asemejan a puros ejercicios de poder, por más que frecuentemente se visten de ropajes de legalidad. Sin embargo, existen otras formas, mucho más sutiles, y por eso mucho más peligrosas, las que configuran violaciones directas al principio. En cuanto a la limitación objetiva (la forma del proceso), es violada cuando se pretenda que el mismo se desarrolle bajo una forma escrita. Esta práctica, que ha dejado de ser vigente en nuestro país, viola directamente el diseño constitucional. Pero no sólo eso: en realidad, el juicio escrito termina por no ser un verdadero proceso. En los procesos escritos, que son manifestaciones eminentemente del sistema inquisitivo, no existe un verdadero proceso porque no se da la intermediación y no existe una verdadera y profundo contradictorio. Al decir que no existe la intermediación procesal es porque el juez sólo lee el expediente, no conoce ni al sindicado, no escucha a los testigos y además, desde que lee todas las actuaciones hasta que dicta la sentencia existe una ruptura de continuidad, de modo que el juez se ocupa de otros asuntos, menos de hacer justicia para las partes. Los oficiales del tribunal lo convierten en un gran firmón, aunque no conozca nada de cada juicio. Se encierra en su despacho y pide que no se le moleste por nadie. En muchas ocasiones, ni siquiera lee el expediente, sino que revisa un "proyecto de sentencia" que le ha preparado el oficial de trámite o secretario. Por otra parte, no existe una verdadera controversia, ya que se trata de un procedimiento secuencial, en línea recta, que impide el verdadero diálogo, el que sí permite la contradicción. El proceso escrito es una falsificación de un verdadero proceso constitucional, crecida al amparo de la desconfianza y la rutina. Pero como he dicho con anterioridad, ya las cosas han cambiado, hoy impera un procedimiento acusatorio, eminentemente oral. Sin embargo, para que llegue a consolidarse este procedimiento, se necesita que transcurra un poco más de tiempo.

El Decreto 51-92 del Congreso de la república inició su vigencia y aplicación el 1 de julio de 1994, en momentos de mucha convulsión política de mucha seriedad. Los que se opusieron a la ley procesal, creo que aún no comprenden que las transformación es necesaria. Se esta dejando un proceso que se encuentra vigente desde la época

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

colonial en el país. Al respecto recuerdo las palabras de un Juez de Primera Instancia, que se resistía a la entrada en vigencia del nuevo sistema: "Quiero que me comprenda, es imposible que yo pueda estar en siete lugares al mismo tiempo. Deseo que acepte, que no este presente en la declaración del sindicado, pues estaré realizando otras actividades". Con dicha actitud se podrá comprender muy claramente que, para muchos no es aceptable aún, que su presencia es vital para cumplir con el requisito de la inmediación procesal y con el requisito de que deberán los jueces o tribunales cumplir con su labor y con el mandato constitucional de juzgar y ejecutar lo juzgado. Yo me pregunto, ¿cómo podrá creer el juez, que puede llegar a tomar una decisión en forma inmediata, después de la declaración del imputado, tal como lo manda la ley, en cuanto a su situación jurídica en que deberá quedar éste después de declarar, si no lo ha escuchado él, no ha estado presente en el momento en que ha prestado la misma en el recinto del tribunal?

Por último analicemos el punto de que la sentencia la dicta en el sistema acusatorio guatemalteco un juez o tribunal competente y preestablecido. Nadie puede ser juzgado por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente. Es violación constitucional al debido proceso, si falta la deliberación de los jueces. Recuérdese, que existe la deliberación en los tribunales colegiados, así que, en nuestro caso, siendo la integración del tribunal de sentencia por un presidente y dos vocales, sólo deliberan previo a sentenciar. Además encontramos tribunales colegiados en las respectivas salas de apelación, donde supuestamente se da la deliberación.

En la práctica de nuestros tribunales colegiados, se ha desnaturalizado la idea de la deliberación, con el pretexto de la sobrecarga del trabajo, y los miembros del tribunal de Sentencia lo han aceptado, ya no deliberan, se reparten el trabajo y cada uno decide individualmente por cada caso.

Hay que tener presente que existe la idiosincrasia de hacer responsables de nuestros actos a otras personas o circunstancias y nunca asumimos nuestra propia responsabilidad. Siempre hay culpables de nuestros errores, nunca los asumimos expresamente. Por ejemplo, en la audiencia de juicio, los tres jueces a su final, se retiran a deliberar en sesión secreta y dentro de ella proceden a analizar y discutir el caso en común algunas veces, en otras, los jueces toman el espacio de tiempo como oportunidad para retirarse a almorzar pues, tienden a citar a todos los sujetos procesales para horas de la tarde, a efecto de dar a conocer su fallo. Hay otros tribunales colegiados, como las Salas de la Corte de Apelaciones, tienden a delegar la responsabilidad de decidir a uno solo de los Magistrado, a quien califican de

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

Magistrado Ponente. Y es quien prepara la "ponencia" y los otros la aprueban o desechan o simplemente la firman sin discutir su contenido. Se ha cambiado la deliberación, que es eminentemente en un proceso democrático y constitucional en el que la decisión es construida en conjunta y se vota al respecto. El juzgador que esta en contra, tiene el derecho de razonar el voto. No son estos los únicos vicios que afectan la más básica de todas las garantías constitucionales. Las prácticas y las rutinas han variado de tal forma, que cada tribunal tiene sus propias formas de proceder en la audiencia de juicio o en los actos previos a la realización de la misma. Una de ellas es cuando se desintegra el tribunal, por traslado de uno de los jueces a otro tribunal, sucede que buscan el consenso entre los litigantes a efecto de que se acepte su tolerancia, en cuanto a que este presente en unas audiencias y no en otras, en las que estará el nuevo juez asignado a esta terna. Y si ya esta en camino el trabajo de audiencias, se pide la tolerancia en las partes para que se haga el cambio sin mayor contratiempo. Las partes lo aceptan porque es quien decide quien lo pide y no quiere confrontación o intolerancia con su actitud, ya que mas adelante podrán acercarse a pedir y hoy deben dar muestras de mucha complacencia. Pero indirectamente están cambiando las formas del procedimiento. El problema es que dicha anomalía no necesita de protesta previa para ser impugnada. A nadie se le podrá condenar sino mediante proceso legal preestablecido. Y si se encuentra escrito en el sistema la garantía constitucional del juez natural, el cual no podra ser cambiado sino en camino de actos de mala fe. Aun cuando el tribunal obtenga el consenso y la aceptación expresa de los sujetos procesales, estos podrán hacerse valer, por violar el derecho inherente a la persona humana, los cuales son derechos humanos, que aunque estén consentidos, no pueden ser valorados. Obliga a la anulación de todo lo actuado y a repetir el juicio por jueces distintos a los que ha conocido la causa.

### *EL CONTRALOR DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE JUICIO POR VIA DE LA APELACION ESPECIAL.-*

Éste tema ya se ha desarrollado con anterioridad. Considero que ya con la lectura de los documentos anteriores, este es mucho más fácil su comprensión. Yo he insistido en la necesidad de dominar la Apelación Especial, en virtud que es la base del dominio de todo el sistema de justicia penal en Guatemala, en casos vistos en los tribunales de habla hispana, con formación de la cultura occidental. Pues bien, se tratará el presente tema, el que puede llegar a resultar excesivamente táctico y, por consiguiente, para alguno interesante. Sin embargo, se trata de un tema nuevo, sobre

# **Lic. Héctor E Berducido M**

## **Abogado y Notario**

el cual, según lo que yo conozco, no ha hablado todavía nadie en Guatemala a excepción de la Licenciada Yolanda Pérez, quien ha sacado a publicidad un documento que tuvo a bien, la fundación Mirna Mack editárselo. Me agrada que ya los Abogados estudiosos del derecho se hayan dado a la tarea de iniciar la labor de escribir lo que entienden de los temas de mucho interés para el ejercicio profesional. Pues, como venía diciendo, nadie ha escrito sobre su contenido, por lo menos en el sentido de un comentario explicativo de nuestra legislación positiva sobre el juicio oral. Lo que voy a exponer son ideas que han nacido en el curso de mi experiencia sobre la materia, como Abogado litigante al respecto. El tema es delicado y de no fácil comprensión, y hasta sólo se puede llegar a través de una práctica conducida por el más fino tacto jurídico. Para decir verdad, ni siquiera en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Casación, que podría pensarse que es el Tribunal del país con mas experiencia en el tema. Hemos encontrado una jurisprudencia definitivamente orientadora sobre el asunto muy pobre.-

La cuestión concreta a considerar hoy es la siguiente:

**¿Cómo y en qué medida un tribunal que no ha asistido al debate oral, puede revisar y corregir las sentencias de los tribunales del juicio oral?**

En otras palabras: ¿Pueden, y hasta dónde en su caso, los jueces que no han actuado en esta Sala de juicios orales, que no han oído al imputado ni a los testigos, que no han visto desfilar ante sus ojos la prueba de la causa, pueden, repito, intervenir a posteriori y declarar que los jueces del juicio oral fallaron mal o bien en la causa presentada a ellos?

A primera vista parece que lo lógico es que los jueces que no hubieran tenido ninguna intervención en el juicio oral, debieron abstenerse de todo control de las sentencias dictadas por los jueces que vieron, oyeron, palparon y apreciaron de manera inmediata la causa y al acusado en la misma. Pero la realidad es otra: esos jueces que no han presenciado el juicio oral y que durante su desenvolvimiento están entregados a otras actividades o a un reparador descanso, tienen, en verdad, la posibilidad de intervenir a posteriori y revisar y casar las sentencias de los jueces del juicio. Pueden, digo, revisar y casar las sentencias dictadas por los jueces del juicio, vale decir, pueden examinarlas, tomarlas y anularlas o corregirlas si las encuentran Viciadas.

Claro está que esa intervención del tribunal de apelación Especial se realiza con arreglo a la situación en que frente al juicio oral se encuentran los jueces revisores. Estos (los Jueces de Sentencia) están con relación a la prueba de la causa en diferente situación que los jueces Magistrados de Sala que intervienen a analizar la alzada.

# **Lic. Héctor E Berducido M**

## **Abogado y Notario**

**En la apelación Especial, los Magistrados de Sala no tienen ante sus ojos el material probatorio en todos sus aspectos (el núcleo fáctico de la causa es elemento esencial y exclusivo de los jueces de Sentencia), pues al Tribunal de Sentencia fue al que si le fue accesible el sistema probatorio, tanto escrito como verbal. La situación de los Magistrados de Sala que conocen por la Alzada es totalmente distinta: a su conocimiento llegan, por regla general, en lo que a la prueba susceptible de Oralidad atañe, sólo las referencias que a ella hace el tribunal del juicio; y en cuanto al funcionamiento de todo el material probatorio, la sala permanece absolutamente ajena a los efectos de convicción de los distintos factores emergentes de la "inmediatez" de ese material probatorio recibido por el tribunal sentenciador.**

**Esa situación del tribunal de Alzada es la que, por necesidad, señala los límites fundamentales del recurso de Apelación Especial, no es un recurso sobre el mérito de la prueba de la causa, sino un recurso limitado a la revisión de la aplicación del derecho sustantivo y del derecho formal hecha por el Tribunal aquo de Sentencia. Tratar de explicar cómo y en qué medida el tribunal de Alzada realiza ese control, es el propósito de este trabajo.**

### **CONTRALOR DE LA APLICACION DE LA LEY SUSTANTIVA**

**Ley sustantiva es, a los efectos de la apelación Especial, es la ley con arreglo a la cual el tribunal de Sentencia resuelve el asunto del que conoce y juzga. Es la ley reguladora del fondo del asunto cuestionado, sea como objeto principal del proceso, sea como objeto particular de un artículo suyo. Restringiéndome a la ley y para no complicar más el tema, a la primera, advirtiéndome que en lo substancial valen los mismos principios para ambas. La ley relativa a la responsabilidad penal puede referirse: a las formas jurídicas de la delincuencia (principales y accesorias); a su justificación y culpabilidad; a las condiciones para su punibilidad en el más amplio sentido, y a las penas y medidas de seguridad, sus condiciones de existencia y extinción. Pero esa ley no está sólo en el código penal. Puede estar en él, o en leyes complementarias o especiales. La ubicación del precepto no constituye ni cambia su verdadera naturaleza intrínseca, así como, se ha dicho esa ubicación no modifica la naturaleza de un precepto.**

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

20

### ASPECTOS QUE SUPONE LA APLICACION DE LA LEY PENAL RESGUARDADORA AL CASO REGULADO Y LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ALZADA EN CADA UNO DE ELLOS.

La aplicación de la ley al caso presupone dos aspectos distintos. Uno, el primero, atañe a la inteligencia de la ley en sí misma. Es la tarea de comprensión o interpretación de la ley, en cuyo campo el tribunal de Alzada se mueve, llegado el caso, con absoluta autonomía y amplitud. La inteligencia de la ley exige la comprensión de sus conceptos particulares y la comprensión de sus institutos. El tribunal de Alzada se mueve en el ámbito de lo primero cuando, por ejemplo, averigua el sentido de los conceptos de: "cosa mueble", "matar", "abusos deshonestos", etc. Se mueve, por el contrario, en el campo de lo segundo, cuando investiga el concepto de la "quiebra fraudulenta", de la "prescripción" y "su interrupción" etc. Pero de la inteligencia de la ley penal no puede ocuparse el tribunal de Alzada si no cuando ante él se trae un caso judicial so pretexto de mala aplicación de la ley penal sustantiva por parte de un tribunal de Sentencia. Este aspecto, el de la aplicación de la ley penal en sentido estricto, representa el segundo aspecto del problema que genéricamente hemos denominado "aplicación de la ley penal reguladora al caso regulado". En este aspecto se desenvuelve la labor de contralor del tribunal de Alzada respecto de las sentencias de los tribunales de Sentencia en lo que atañe a la ley sustantiva. Ese contralor se limita al examen jurídico del caso. El tribunal de Alzada debe limitarse a revisar cómo el tribunal de Sentencia ha aplicado el derecho a los hechos de la causa. En esta tarea, la Sala debe atenerse a los hechos fijados por el tribunal del Juicio en la sentencia impugnada, y debe limitarse a decidir si esos hechos han sido correctos o incorrectamente tratados desde el punto de vista de la ley sustantiva, en los motivos expuestos por el agraviado e Interponente del recurso, y que da mérito al planteamiento del recurso de Apelación Especial.-

En este punto tienen su sede las ya célebres "cuestiones de hecho y de derecho". Las "cuestiones de hecho" están excluidas del contralor de la Alzada por la vía de la aplicación de la ley sustantiva. Por esta vía sólo se le pueden traer a la apelación Especial "cuestiones de derecho".

La distinción de lo que es hecho y lo que es derecho dentro de los poderes de la apelación Especial, es el problema fundamental que domina esta materia. Para decidir al respecto no es correcto proceder de una manera generalizada y absoluta, como sucede a menudo, incluso entre los mejores autores y jueces de tribunales.

# **Lic. Héctor E Berducido M**

## **Abogado y Notario**

No se puede decir, por ejemplo, que son cuestiones de hecho: la premeditación, la ebriedad completa y repugnante, la distinción entre los hechos de cooperación y los de auxilio, lo relativo al ardid o engaño, etc. No se puede proceder así, porque el Derecho no mira ninguna de esas cuestiones como puros hechos. La premeditación, la ebriedad, el ardid, etc., son conceptos jurídicos, no entidades puramente materiales. Una cosa es la materialidad que sustenta el concepto jurídico, y otra el concepto jurídico relativo a esa materialidad.

Respecto de todas esas entidades ya mencionadas recientemente, el Derecho tiene sus propios conceptos. La apelación Especial se mueve en el Ámbito del examen y corrección de esa conceptualización por parte de los tribunales del juicio.

**LO QUE SE DEBE ENTENDER POR HECHOS.** La respuesta no es tan difícil como se puede pensar a raíz de tantas polémicas sobre el asunto se ha dado. Tales son los acontecimientos de la vida que constituyen la materia justiciable, determinados por la sentencia que da mérito al recurso de Apelación Especial. Se refieren a los hechos de la causa las siguientes cuestiones:

Las referentes a los sujetos activo y pasivo del delito, sus condiciones, relaciones, circunstancias, etc.; a la materialidad física y psíquica de los hechos que la ley castiga como delitos; a las circunstancias y al lugar y al tiempo de los mismos, y a las demás materialidades sobre las que se apoyan los conceptos legales. En una palabra, son cuestiones de hecho todas las que se refieren a la estructuración subjetiva y objetiva, física y psíquica de lo sucedido. Por ejemplo, respecto de la premeditación, son cuestiones de hecho las referentes a la materialidad psíquica que la constituye y al tiempo; respecto de la ebriedad completa y repugnante, las relativas a la cantidad de alcohol ingerido, al tiempo y al modo de la ingestión, al efecto producido en el bebedor, a la manera de conducirse de éste y al efecto que produjo en el ánimo de los terceros; respecto del ardid estafatario, son cuestiones de hecho las relativas a la materialidad de los artificios realizados por el autor, a las condiciones mentales y culturales de la víctima y a los efectos de los artificios en el ánimo de ésta.-

### **LO QUE SE DEBE ENTENDER POR DERECHO:**

¿Cuál es el objeto de las llamadas cuestiones de derecho que el tribunal de apelación Especial puede examinar y declarar bien o mal resueltas por el tribunal que ha dictado la Sentencia?

# Lic. Héctor E Berducido M

## Abogado y Notario

Tales son las cuestiones relativas a la consideración jurídica de los hechos de la causa. Son las que se comprenden en lo que la doctrina denomina de calificación, definición o subsunción legal de los hechos de la causa. Tienen por objeto, en una palabra, el encuadramiento del caso en la ley en todos los aspectos que supone la responsabilidad o la irresponsabilidad penal. Las cuestiones de derecho pueden provenir: De una errónea inteligencia de la ley penal, como son una incorrecta idea sobre lo que debe entenderse por "cosa mueble", o por "alevosía", o por "concurso ideal". Las cuestiones de derecho pueden provenir, también, de una errónea consideración jurídica del caso, entendiéndose bien, por ejemplo, el concepto legal del hurto, el juez encuadra en él una materialidad que no llena las condiciones que ese concepto exige.

### *LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL DE APELACION ESPECIAL*

Al tribunal de Alzada le está absolutamente prohibido determinar los hechos de la causa. Estos llegan a él definitivamente fijados por el tribunal del juicio. Esto, que es una consecuencia de que el tribunal de alzada permanece ajeno al desenvolvimiento del proceso probatorio de la causa en el debate oral, exige lo que la jurisprudencia internacional, ha establecido como condición formal del recurso por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, vale decir, que las impugnaciones jurídicas a la sentencia de los tribunales del juicio se deben hacer respetando los hechos establecidos en ella.

Por el contrario, el examen de la inobservancia o erróneas aplicaciones que de la ley sustantiva hagan los tribunales de juicio, sea por su mala inteligencia, sea por mala consideración, jurídica del caso resuelto, entra en el ámbito de las facultades del tribunal de alzada. La inobservancia de la ley sustantiva significa omitir lo que la ley ordena en un caso determinado. Por ejemplo, debiendo hacerlo por las características del caso, el tribunal de Sentencia no procede como lo indican los artículos 2 (Extractividad), 23 (causas de inimputabilidad) 24 de (justificación) 25 (Causas de Inculpabilidad), 26 (Circunstancias atenuantes) del Código Penal, y así omite, respectivamente, la aplicación de la ley más benigna, la internación del inimputable, la imposición de la accesoria o la aplicación de las reglas del concurso de delitos.

La errónea aplicación de la ley sustantiva consiste en la inexacta valoración jurídica del caso. Por ejemplo: lo que no es hurto; lo que es concurso ideal se trata como delito continuado o concurso real; se aplica mala calificación de reincidencia o se

califica como homicidio simple, lo que es un caso de legítima defensa.

**LIMITES DEL PODER DE CONTRALOR POR APELACION ESPECIAL DE LA  
*APLICACION DE LA LEY SUSTANTIVA.***

El contralor de la incorrecta aplicación de la ley sustantiva por los tribunales de Sentencia cuando en juicio dictan el fallo, o bien, el Juez Contralor dicta sentencia en el procedimiento abreviado, corresponde al tribunal de Alzada, en tanto la aplicación de la ley no dependa de poderes discrecionales de aquél. La discrecionalidad en la aplicación de la ley penal depende de ella ya que éste se encuentra subordinado a la apreciación de situaciones de hecho que sólo lo puede realizar en el debate o bien, cuando es juez contralor, al momento de realizar la audiencia de la etapa intermedia. Esto sucede respecto de las condiciones personales del autor que sustentan la medida de la pena, por ejemplo, la educación, las costumbres, la peligrosidad, etc., del delincuente. Con relación a estas apreciaciones la ley no le proporciona al juez o tribunal una concepción jurídica constitutiva de una regla objetiva que señale cómo debe de conducirse en cada caso en particular, de manera que, aplicando las reglas de la, la Apelación Especial, es factible que pueda corregirse los errores en que se ha incurrido al momento de dictarse la sentencia, es decir, se podrá alegar que se declare la falta de aplicación de la ley sustantiva en forma exacta o de forma como la ley ordena que deberá de reflexionarse mucho antes de tomar la decisión de decidir sobre lo juzgado. Antes de decidir sobre que se ejecute la ordenanza legal pre establecida penalmente hablando.

No existe, por ejemplo, una regla determinada de cuál es en el caso concreto para señalar la existencia de una verdadera peligrosidad del autor del hecho criminal. Todo lo relativo a la medida de la pena con arreglo a los criterios de los Arts. 41, 42, 43, 44, 45, 46, del Código penal, se mueve en virtud de una serie de imponderables que el tribunal del juicio oral tiene en cuenta y respecto de los cuales la Apelación Especial no lo encuentra formulado en la ley. Y por consiguiente, no existe un criterio objetivo al que se deba atenerse el tribunal de alzada para realizar su control.

Lo dicho no significa que todo lo relativo a la pena está fuera del contralor de la apelación Especial. No, no es así. Bajo su contralor cae todo aquello en donde la apelación Especial encuentra una regla objetiva reguladora de la situación particular de que se trata, la aplicación de la cual basta para resolver la cuestión planteada. Por

# **Lic. Héctor E Berducido M**

## **Abogado y Notario**

**ejemplo, la Apelación Especial puede corregir una sentencia que en un caso de concurso material de delitos ha impuesto como pena la de treinta años de prisión, resultante de la suma total de las correspondientes a los particulares delitos concurrentes. Lo puede hacer, porque en el artículo 69 del Código Penal, encuentra una regla objetiva que le permite corregir directamente el vicio de aplicación en que ha incurrido el tribunal aquo, sin recurrir a determinaciones de hecho, como es la de la verdadera peligrosidad del autor. Lo mismo se puede decir si, en un caso de concurso ideal, el tribunal del juicio aplica la sanción que fija pena menor, pues en el artículo 70 se encuentra la regla directamente rectificadora de ese error; o si el tribunal del juicio disminuye la pena de la tentativa en contra de lo preceptuado por el artículo 26 del Código Penal.**

**Es aconsejable el estudio del caso, conjuntamente al análisis que se debe realizar con todo lo dispuesto para el caso, en la parte general del derecho penal, con lo cual se puede llegar a encontrar la mala aplicación o errónea de la ley sustantiva.**