

Lic. Héctor E. Berducido
Abogado y Notario

LA IRRETROACTIVIDAD
DE LA LEY
PROCESAL PENAL

La irretroactividad¹ es un principio legislativo y jurídico, según el cual las leyes no tienen efecto en cuando a los hechos anteriores a su promulgación, salvo expresa disposición en contrario. En el Derecho Penal, la irretroactividad a favor del reo constituye el principio, a no determinarse lo contrario. El Código Civil Español establece la irretroactividad de las leyes, con la reserva de que dispongan ellas mismas lo contrario². En Argentino³, la legislación se muestra más absoluta en esa tendencia: “Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos” “Las leyes que tengan por objeto aclarar o interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto a los casos ya juzgados”. La irretroactividad, como reverso de la retroactividad, ofrece estos grados: a) la absoluta, que no regula ninguna de las relaciones establecidas durante la legislación anterior, ni en las modalidades y efectos posteriores a la innovación legal; b) la irretroactividad media, que respeta las situaciones y vínculos creados, pero regula las modificaciones y efectos producidos después, pero a consecuencia de disposiciones anteriores a la promulgación de la ley nueva; c) irretroactividad mínima, reducida a regir los cambios y efectos relacionados con negocios jurídicos anteriores a la norma más reciente, pero correspondientes a ésta por el tiempo.

La administración de justicia, en general y el proceso penal, en particular, es siempre algo más que un conjunto de leyes. Sin embargo, ni uno ni el otro puede existir sin el soporte de las leyes que los estructuran, aunque antiguas y nuevas concepciones hayan pretendido desconocer este hecho fundamental. En efecto, el hecho de que sean algo más que la ley no significa que puedan prescindir de la ley procesal penal.-

Por lo tanto, el tema de la estructura, la función y las finalidades de la ley procesal es un genuino tema científico, de singular importancia. El problema de la ultra actividad, retroactividad o irretroactividad de la ley procesal penal no es más que una manifestación de la función garantizadora del proceso penal. Para efectos de lo anterior veamos nuevamente la Constitución Política de la República de Guatemala, la que dice en el Art. 12 que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables. 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 Tribunales Especiales o secretos, ni por

¹ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo II. Pág. 435 Tema irretroactividad.

² Artículo 3 del Código Civil Español.

³ Artículo 3 y 4 del Código Civil de la República de Argentina.

Lic. Héctor E. Berducido *Abogado y Notario*

procedimientos que no estén preestablecidos legalmente. Ya he dicho con anterioridad cuál es el significado del proceso legal preestablecido, y cómo este concepto debe ser entendido en un sentido sustancial, y no en el sentido formal de una mera operación lógica que permite arribar a una conclusión de condena. Igualmente el Código Procesal Penal⁴, habla de Juicio previo. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado.

La inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio.

Cuando la constitución dice que nadie puede ser juzgado por "procedimientos que no estén preestablecidos legalmente" se pretende hacer ver que la organización de todo el proceso penal debe estar siempre fundado en ley promulgada anteriormente a la fecha en que fue cometido el hecho que se juzga.

Dentro de este concepto de legalidad del proceso penal, siendo el "preestablecido", debe tenerse, además de la legalidad formal del proceso, una legalidad sustancial, que será la única que nos permitirá hablar de proceso legal en los términos en que históricamente ha sido concebido, y no aludir con esa palabra a cualquier tipo de trámite burocrático empleado por el Estado en contra de una persona. Desde esta perspectiva, las palabras de la Constitución⁵ adquieren un sentido especial. Se puede inferir que la organización legal del proceso debe ser, también, anterior al hecho que motiva ese proceso. Tan anterior como la tipificación de los delitos por los cuales ese proceso se inicia. Existe una relación paralela entre la previa legalidad de la tipificación de los delitos y la previa estructuración legal del proceso. "Ninguna persona puede ser detenida sino por causa de delito..." Este paralelismo no surge de la sola idea de la función motivadora de la norma, que también funda el principio de la legalidad penal, sino del hecho político común de que la irretroactividad de la ley penal es en sentido amplio, es decir, la ley penal propiamente dicha y la ley procesal penal, se relacionan con el control a la arbitrariedad del juzgador.

Observemos que de nada servirá que el Estado diga que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la Constitución o por las leyes dictadas conforme a ella, si luego de la promulgación de la ley procesal penal ésta es modificada a antojo del legislador, dándosele efecto inmediato a una nueva modalidad de juicio y de proceso de la cual resultará, eventualmente, una condena o bien se acomoda a la política criminal que el Estado pretende implantar.

La irretroactividad de la ley procesal es una manifestación más de la garantía constitucional, la cual es calificada de muy importante doctrinariamente, mediante la

⁴ Artículo 4 del Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República.

⁵ Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Lic. Héctor E. Berducido *Abogado y Notario*

cual se otorga una seguridad amplia al imputado, y una protección especial ante el intento común de un gobierno de turno de ponerle freno a la arbitrariedad de un Estado en toda aquella actividad coercitiva desplegadas para combatir el crimen. Se pretende evitar con dicho freno, que las personas no sean encarceladas por motivos distintos de la comisión de un hecho punible o de un acto humano que sea calificado de ilícito por ley anterior debidamente promulgado por el Estado, antes del instante en que se aduce que lo ha cometido. Dicho freno a la conducta del funcionario del Estado en su ejercicio del poder coercitivo es efectivo si se da la manipulación. Podría estar en la aplicación de la ley penal como en la actividad procesal. En otras palabras, se pretende frenar la libertad de actuar del juzgador, que se traduce en la manipulación arbitraria de la aplicación del tipo como de la forma como se llegue a desarrollar el proceso.

Existe un ejemplo al respecto de éste tema: Dentro del Proceso Penal⁶ una modificación al código en el cual en uno de sus párrafos relacionado al otorgamiento del sustituto a la prisión preventiva se establece que no podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas, (a la prisión preventiva), en (aquellos) procesos (penales) instruidos contra (las personas que se encuentren siendo sindicadas por las autoridades Policiacas ó del Ministerio Público, o bien por cualquier particular que tenga interés en la causa, y que se siga contra sindicado) (a quien se le imputa un hecho ilícito, y es considerado como) reincidentes o delincuentes habituales, o (está siendo procesado y guarda prisión preventiva) por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación De menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado.

Pues bien, con dicha reforma procesal, el Estado de Derecho se pone en entredicho en Guatemala. Por un lado afirma en su parte general que garantiza la justicia, la seguridad, la libertad, y por otro la restringe, con el soopretexto de darle protección a toda la sociedad. Supuestamente está protegiendo los intereses generales. Pero desde que la persona es sindicada y llevada a los reparos de un centro de detención preventiva por parte de las autoridades, automáticamente está cumpliendo una posible condenada, pero en forma anticipada a la sentencia, pues no se le permite que le sea otorgada la libertad provisional, y como muestra está el hecho que se le juzga a priori negativamente solo por su pasado oscuro, pues el simple hecho de tener antecedentes penales es motivo bastante para sospechar que es responsable del hecho que se inicia a investigar y por tanto no se le califica de apto para obtener la libertad mediante sustituto a la prisión. Pongamos un ejemplo: Si hoy por equivocación las autoridades lo detienen a usted y lo sindicán de haberle dado muerte a una persona y es llevado ante los reparos del centro de detención preventiva. Aunque tenga los medios económicos para poder salir de la cárcel bajo fianza, por ley, usted debe permanecer detenida, pues ante el mandato procesal que afirma que es prohibido su

⁶ Artículo 264 del Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República.

Lic. Héctor E. Berducido *Abogado y Notario*

otorgamiento en éste su caso, el juez debe ordenar su prisión preventiva. Y si ha cometido el homicidio en legítima defensa de su persona o familiares, no le interesará al Estado. Usted deberá esperar a que dentro de los 3 meses, que es el que dura la investigación, el Agente Fiscal determine que usted no tiene responsabilidad de los hechos sucedidos. Por tanto es hasta ese momento cuando obtiene su libertad. Ahora bien, el tiempo que usted permaneció detenido, automáticamente cumplió una pena anticipada, podría decirse que abonó tiempo de reclusión a la condena, si por casualidad hubiera sido condenado en sentencia, automáticamente ya le dio el enganche a la misma, sin estar condenado por tribunal de sentencia competente. Me pregunto ¿Quién le paga el tiempo de condena anticipada realizada por usted injustamente si sale absuelto en sentencia? Le aseguro que el Estado no se lo pagará, pues aún no había sido condenado, pues su proceso se encontraba en trámite y su prisión era preventiva.-

Pues bien, el principio garantista fundamental lo encontramos descrito en la norma constitucional, la ley procesal lo desarrolló y supuestamente lo respetaba en toda su magnitud al momento de promulgarse el Código Procesal Penal, y luego con las reformas al Código Procesal Penal, se retrocede y se legisla en contra del espíritu de la administración de justicia democrática y representativa de un Estado de Derecho y principalmente en contra de los principios constitucionales que otorgan las garantías al ser humano, y se tiene sabido que existe la aceptación, casi generalizada de la existencia de la irretroactividad de la ley procesal penal.

Ahora bien, dicha afirmación requiere de algunas aclaraciones, puesto que el simple enunciado del principio puede dar lugar a algunas confusiones. En primer lugar, creo que existe una distorsión de este principio garantizador de la ley procesal, el que proviene de la idea de "fraccionar" el proceso. Algunos autores sostienen que la ley procesal siempre rige "para el futuro", como toda ley, porque rige los actos que comienzan a ser realizados a partir de su vigencia. Lo que se daría entonces, es una suerte de "ultra actividad" de la ley anterior, puesto que los actos realizados conforme a la ley procesal anterior no pierden su vigencia, sino que deben ser valorados conforme a la legalidad que proviene de la ley vigente en aquel momento. Esta definición parte del concepto de "fraccionar" el proceso en unidades de sentido, que serían los propios actos del proceso considerados en forma independiente, la declaración indagatoria, el dictado de ciertas resoluciones, la realización de determinados actos procesales calificados de anticipos de prueba, etc. Estas serían las "unidades procesales" regidas por la ley. La idea de que el proceso es, en sí mismo, una unidad, no fraccionable en actos particulares, dotada de un cierto sentido de política criminal.

Pues bien, el proceso es regido por la ley procesal como un todo, puesto que consiste en un conjunto de actos encadenados que confluyen hacia el juicio y giran alrededor de él. Por lo tanto, la idea sustancial del proceso legal pre establecido, que hemos

Universidad Mesoamericana
Cátedra de Derecho Procesal Penal I

Lic. Héctor E. Berducido *Abogado y Notario*

analizado le otorga al conjunto de actos anteriores y posteriores al juicio, que son los que conforman la totalidad del proceso penal, una unidad de sentido político criminal, que no puede ser alterada por la ley procesal nueva. Por lo tanto, si tuviéramos que sentar el principio de irretroactividad de la ley procesal penal, diríamos lo siguiente: "La ley procesal penal es irretroactiva cuando altera el sentido político-criminal del proceso penal democrático y garantista del Estado de Derecho".

¿Cuándo produce la nueva ley una alteración de este tipo? Cuando distorsiona por completo el concepto sustancial del proceso legal y garantista del preestablecido ante juez o tribunal de sentencia, y se pierde por completo el sentido democrático de la ley procesal promulgada inicialmente. Por ejemplo: Una ley procesal penal que le quitara a las etapas preparatorias del juicio, tal como ha sido previsto dicho carácter "preparatorio", no se podría aplicar retroactivamente porque distorsiona el sentido político criminal del proceso garantista y democrático. Del mismo modo, una ley que limitara las posibilidades de recurso de la alzada de la sentencia obtenida en el juicio, debe ser también irretroactiva, puesto que distorsiona el control del juicio previsto en la Constitución y el derecho a la misma por la convención americana sobre derechos humanos. Y así también cabe en éstos ejemplos las reformas dadas al Art. 264 a que me he referido con anterioridad. Distorsiona por completo el espíritu y los objetivos del proceso democrático, cuya prohibición al otorgamiento del sustituto a la prisión preventiva en ciertos delitos, que a partir de su indicación en la norma, hoy se habla de la existencia de delitos in excarcelables, y se confirma que existirá por siempre en el territorio nacional la calificación en los detenidos de "reos sin condena".-

En consecuencia, la idea fundamental que nutre el principio de irretroactividad de la ley procesal y hace que su régimen sea similar al de la ley penal propiamente dicha, es la de la unidad de sentido político-criminal del proceso.-

Ahora bien, el principio de irretroactividad de la ley penal cuando afecta el sentido político - criminal garantizador del proceso penal tiene excepciones. La primera de ellas radica en aquellos actos que no tienen relación con la orientación político criminal del proceso. Pueden existir cierto ordenamiento, cierta secuencia de los actos procesales, ampliaciones o limitaciones de plazos, o requisitos para la realización de ciertos actos procesales que, según se puede entender razonablemente, no guardan relación con el sentido político-criminal del proceso democrático. En esos casos, no habría dificultad en que los procesos en curso al momento de sancionarse una nueva ley o se dictara la reforma a la ya existente comenzaran a regirse según los nuevos criterios. En consecuencia, un proceso en curso puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal siempre que por ello no resulte alterada su orientación político-criminal. La otra excepción paralela, también, a la excepción que rige en el campo del Derecho Penal sustantiva, es la que impone la retroactividad de la ley procesal más favorable al reo. Aquí se debe entender como "ley más favorable" aquella que fortalece el sentido político criminal del proceso tal como ha sido previsto en la Constitución. Si en la Constitución Nacional el proceso penal está presentado,

Universidad Mesoamericana
Cátedra de Derecho Procesal Penal I

Lic. Héctor E. Berducido *Abogado y Notario*

fundamentalmente, como un régimen de garantías y de restricciones garantizadoras sobre el poder coercitivo penal del Estado, toda ley que fortalezca esta inherencia (de derechos) del ser humano, tendría efectos retroactivos que, inclusive, pueden llevar a la renovación del acto que ha sido realizado de un modo menos garantizador. Apreciemos que la constitución⁷ afirma que la ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo, la cual no pretende referirse con exclusividad a la ley sustantiva sino que se incluye por igual a la adjetiva. Actualmente tenemos la vivencia de que todos los actos procesales realizados antes del primero de julio de 1994 se efectuaban sin contemplar la garantía constitucional del derecho de defensa, y hoy en día con el nuevo proceso penal, existe la obligación de que todo acto realizado al margen de dicha garantía Constitucional dejan de tener valor legal en todo lo actuado. Entonces tenemos que, una nueva ley ha entrado en vigencia y existen procesos en curso donde no se respetó dicho derecho del sindicado (ser asistido por un Abogado colegiado activo) por lo que las actuaciones que la obviaron no tienen ningún valor. La nueva norma procesal obliga al juzgador a ordenar que exista la presencia del defensor en la primera declaración del imputado y en caso no lo solicita éste, el jugador está obligado a proporcionárselo en forma gratuita, quien deberá presenciar la actividad procesal por mandato constitucional, tanto en dicha declaración como en toda diligencia efectuada dentro del proceso, por lo que, el imputado tiene el derecho a la renovación del acto ya realizado, para completarlo según las nuevas formas, más garantistas, y sería la segunda declaración y no la primera a la que se le debe dar valor legal.

Veamos ahora lo relativo a las medidas coercitivas, en especial la personal que restringe la libertad, con la cual se declara la prisión preventiva. Si una persona está en libertad conforme a la legislación vigente antes del primero de julio del 94 esa libertad no puede ser afectada por la nueva ley aún cuando esta sea más restrictiva. Es claro entonces que no puede ser afectada la persona que enfrenta proceso porque alteraría la unidad de sentido político-criminal que debe tener el proceso. Es decir, sería un caso de irretroactividad de la aplicación de la ley procesal porque modificaría el status garantista del proceso en curso. Como se ve, el hablar de la irretroactividad de la ley procesal penal sólo tiene sentido si partimos de una concepción del Proceso como una unidad. Unidad "ideal" claro está, porque ciertamente en la vida real el proceso se manifiesta como una sucesión de actos. Pero este mecanismo, de otorgar unidad a lo que en realidad es perfectamente fraccionable, resulta admisible puesto que se trata de una unidad de sentido, una unidad valorativa, y no de una unidad "ontológica" del proceso, que no resistiría la confrontación con la realidad. Se observa que no existe mayor diferencia entre la irretroactividad de la ley penal sustancial y el régimen de la irretroactividad de la ley procesal penal. Una y otra constituyen mecanismos para evitar que la imposición de la pena se realice de un modo arbitrario. Ambas concluyen en la idea de que tanto lo que constituye un delito

⁷ Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Lic. Héctor E. Berducido *Abogado y Notario*

como el modo en que el estado emplea su tiempo para buscar la destrucción del Estado de inocencia del Imputado y la comprobación de la existencia del estado de culpabilidad y la existencia real de responsabilidad de la persona por el delito acreditado a su persona y la petición de la aplicación de la pena en su contra, tienen que haber sido previsto con anterioridad al hecho que motiva la sanción para que el ciudadano tenga claro no sólo lo que debe y no debe hacer, sino también cuál va a ser el camino por el que se andará procesalmente para buscar que se le sancione, cuales serán los derechos y obligaciones de ambas partes durante el proceso, cuales serán las limitaciones del juez o Tribunal de Sentencia, cuales serán sus máximas garantías.

Espero dejar claro el punto anterior y la falta de tino, de las autoridades judiciales con la sentencia del caso “Noriega”, nombre con el que fue identificado por la prensa escrita. Resulta que a la persona a quien se sindicó de las agresiones cometidas contra comunidades de Quiché, Departamento de occidente de la República, fue inicialmente absuelto de todo cargo en el primer juicio oral realizado en su contra. En el mismo no se valoró el derecho de los pueblos indígenas de ascendencia Maya al respecto a sus costumbres, tradiciones, formas de vida, idioma, apreciación muy propia de su entorno, el cual se encuentra descrito en el Convenio 169 de la OIT. Dichos pueblos son las comunidades sobrevivientes a las masacres, persecuciones y constante acoso persecutorio que se desató en su contra por el gobierno de turno, empleando las fuerzas armadas del ejército en su contra, en la región de occidente de la República de Guatemala, en el Departamento de Quiché. Luego por razón de la acción recursiva se logró la ordenanza de anulación del juicio primario y se ordenó la realización del nuevo juicio en calidad de reenvío. Ya en la segunda oportunidad nuevamente se le absuelve. Y de igual forma que la anterior, por razón de la alzada, se ordena que se anule el segundo juicio y se ordena que de nuevo se realice todo el juicio en reenvío por nuevos jueces, distintos a los que han realizado los dos anteriores. Con el tercer juicio, se logra la sentencia condenatoria contra el imputado. Tengo entendido que la persona fue declarada responsable y por tanto se le condena a purgar sentencia de cientos de años de prisión. La defensa plantea un recurso de apelación el que la Sala Jurisdiccional lo rechaza.-

Pues bien, solo doy ese antecedente como marco de referencia, pero no es lo que me interesa analizar, sino el procedimiento empleado. Los hechos que fueron objeto del juicio sucedieron en la década de los setenta e inicio de los ochenta. Cuando éstos se ejecutaron aún no se había implantado el procedimiento procesal contradictorio, que hoy rige en toda la República. Por igual, no habían sido creadas las figuras tipo, tales como ejecución extrajudicial, el delito de tortura, el delito de desaparición forzada, el de Genocidio y otras más. Sin embargo, se le juzga conforme el nuevo procedimiento, que entra en vigencia el 1 de julio del 94, se le condena a prisión por tipos penales creados en la legislación del 1996 y años siguientes, haciendo valer lo

Universidad Mesoamericana
Cátedra de Derecho Procesal Penal I

Lic. Héctor E. Berducido
Abogado y Notario

imprescriptible del tipo penal de genocidio. Pareciera que el caso fue litigado en la prensa y no en los tribunales. Y los juzgadores se sintieron muy presionados por los medios de comunicación y se vieron obligados a condenar a ciento y pico de años a Noriega. No tengo muchos pormenores del caso, pero solo con el simple hecho de saber que las acciones criminales que se le imputaron sucedieron en décadas pasadas, y tener presente que el código procesal penal dio inicio en la década pasada, al igual, que las conductas merecedoras de reproche imputadas fueron creadas en la década de los noventa, automáticamente parecería que en la realidad no se hizo justicia, lo cual no es así. Se afirmó que se ha efectuado un linchamiento de Estado en su contra, lo cual es erróneo. Y de igual forma se afirmó que el Estado se ha prestado para que se legalizara la venganza política de los particulares. Pero hay que tener presente que, hay una justicia Universal que obliga a los Estado a juzgar hechos calificados de imprescriptibles y que persiguen al ser humano por sus actos realizados en su existencia, que debe prevalecer la justicia y el derecho de las victimas a que se juzguen los hechos criminales de gran trascendencia y de impacto social e internacional. No es excusable el que se pretenda buscar el esclarecimiento de lo sucedido, por el derecho que tienen las victimas al juzgamiento de los responsables. A pesar de que el Congreso de la República haya dictado una admistía contra todas aquellas personas involucrados en hechos de sangre durante el conflicto armado.-