

REVISTA

DE LA COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

“DISCERE MAGIS IURIS”
-Aprende más Derecho-





**REVISTA DE LA COMUNIDAD
JURÍDICA DE GUATEMALA**

“DISCERE MAGIS IURIS”
-Aprende más Derecho-

Coordinador general:

Erick Juárez Elías.

Coordinadores de la revista:

Bayron López Hernández

Luis Alberto Fernández Ramírez.

Notas aclaratorias:

Las opiniones expuestas en los artículos publicados son responsabilidad exclusiva de su autor y no expresan necesariamente la opinión de la Comunidad Jurídica de Occidente.

Se permite su uso, difusión y reproducción total o parcial para fines didácticos, siempre que se cite la fuente.

CONTENIDO

Presentación

Erick Juárez Elías.

Los desafíos de la justicia penal en la experiencia italiana actual

Renzo Orlandi.

Derecho de defensa y testigo sin identidad

Bayron López Hernández.

El uso inadecuado que en las judicaturas penales se hace de la figura del “hecho notorio”

Luis Alberto Fernández Ramírez.

¿Cómo se impugna en casación la discrecionalidad del tribunal al graduar la pena?

Un estudio sobre la naturaleza jurídica del artículo 65 del Código Penal

Willy Francisco Ochoa Corado.

Pág.

1

3

13

21

37

PRESENTACIÓN



La Comunidad Jurídica de Occidente ha aportado ideas para la mejora de la justicia en Guatemala y a la vez, a través de sus integrantes, ha realizado acciones para la obtención de ese fin. Ahora, con la publicación de su Revista, cuyo primer número es este, procura el debate particular y minucioso de temas relacionados al ámbito de la justicia penal, con la finalidad de consolidar una postura correcta de los mismos y una aplicación acertada en la práctica forense.

La mejora de la justicia debe ser una lucha constante y permanente, a efecto de mantener las buenas prácticas y a la vez evolucionar a un juicio más justo para los justiciables; a ese fin debe contribuir la Revista, para lo cual los artículos gravitarán en torno a ello.

La única y mejor forma de depurar las ideas y conformar las teorías, es a través del debate académico que evidencie la solidez y validez de las mismas; por tanto, este debe ser el aspecto orientador del contenido de la Revista, asumiendo como punto de partida los artículos para una discusión permanente.

El abordaje particular y minucioso de un tema, asegura acercarse al conocimiento de las causas últimas del mismo, proveyendo mayor rigor teórico; de tal cuenta, los artículos de la Revista observarán esta estipulación.

La consolidación de un criterio o postura se determina por la claridad, veracidad, suficiencia e inequívoca explicación que del tema se describa; en estos parámetros, debe enmarcarse el argumento que conforme los distintos apartados de los artículos de la Revista.

La aplicación acertada del derecho, en la práctica, se mejora con doctrina jurídica-penal, reconocida y dominante, que indique la forma correcta y adecuada de proceder en cada caso o supuesto; a ello debe aspirar la Revista, que en el foro jurídico sus artículos sean reconocidos y progresivamente se impongan en la función jurisdiccional.

Finalmente, es menester reafirmar, que la Revista se ocupará exclusivamente a temas de la justicia penal, que es el área que une e integra a la Comunidad Jurídica de Occidente.

En virtud de ello, me place presentar a la tribuna sumarial la Revista de la Comunidad Jurídica de Occidente.

Frick Juárez
Coordinador

Comunidad Jurídica de Occidente

LOS DESAFÍOS DE LA JUSTICIA PENAL EN LA EXPERIENCIA ITALIANA ACTUAL.

Renzo Orlandi.

Profesor Ordinario del Departamento de Ciencias Jurídicas.

Universidad de Bolonia, Italia.

TABLA DE CONTENIDO: 1. Premisa. - 2. Desafío “político”. - 3. Desafíos a la configuración represiva tradicional de la justicia penal (desafío jurídico-cultural). - 4. Desafío tecnológico

1) Premisa. - El desafío implica la conciencia de un obstáculo y la voluntad de superarlo. Al ser un desafío al sistema penal, la conciencia del obstáculo depende de muchas variantes, vinculadas a las formas de expresar la soberanía política, las costumbres culturales, la criminalidad para contrarrestar y reprimir, la actualización de las normas penales y de procedimiento, la prácticas correspondientes, organización y eficiencia o ineficiencia de la justicia penal y más.

Los desafíos de mi relación se reflejan principalmente en la realidad italiana actual. Sin embargo, es un tema extensible en gran medida a otras realidades europeas, y puede proporcionar ideas útiles tanto para los profesionales como para los académicos latinoamericanos.

Desde varias décadas, la justicia penal de los países occidentales vive - se puede decir - en un estado de crisis permanente. No es una excepción a Italia, cuya codificación ha sufrido numerosas y profundas modificaciones de distinto signo en los últimos sesenta años: garantizado o riguroso, según la urgencia del momento, de acuerdo con el estado de ánimo de la opinión pública y las fluctuantes crisis de confianza en el magistrado criminal. Esto es especialmente cierto en el derecho procesal, al que prestaré especial atención aquí.

El primer desafío para la Italia democrática, hace unos 70 años, después de la caída del fascismo, implicó la aplicación de la defensa durante todo el proceso penal, incluidas las fases policiales de investigación, la fiscalía y el juez de instrucción. En ese momento eran de gran importancia las intervenciones de la corte constitucional italiana, que pretendían corregir los aspectos autoritarios y antidemocráticos del derecho penal fascista.

Las primeras reformas de garantía fueron seguidas de años de rigor de emergencia, justificadas primero por episodios de terrorismo político (décadas de los setenta) y luego por la violencia de la mafia, que había estado tomando el modo terrorista, con el asesinato de políticos, magistrados y policías (décadas de los ochenta).

En 1988, se inició una reforma radical del juicio penal, con la intención de introducir un sistema adversarial vagamente inspirado en el modelo angloamericano. Fue abolido el juez instructor, símbolo de la inquisición. La investigación penal fue confiada al fiscal, una autoridad independiente del ejecutivo por la voluntad expresa de nuestro constituyente italiano. El juicio ante un tercer juez imparcial debía convertirse en el centro de la evaluación de la responsabilidad penal. Normalmente, los actos de investigación de la policía y del fiscal no podían ser utilizados para condenar al acusado.

De hecho, la reforma ha experimentado de inmediato dificultades de aplicación, también por la contrariedad manifestada abiertamente por muchos magistrados que no dudaron en levantar excepciones de constitucionalidad contra sus partes más favorable a la defensa del acusado. A principios de los años 90, algunos episodios serios de mafia terrorista y el descubrimiento de la corrupción política extensa (proceso de Manos limpias) crearon el clima conveniente para una involución inquisitiva del orden procesal italiano. Esto condujo a fuertes tensiones entre defensa y poder judicial y, luego, entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento: tensiones que llevaron a una importante revisión de la Constitución, que en 1999 estableció los principios de "procedimientos penales justos", Según la cual el acusado no podía ser condenado sino sobre la base de pruebas verificadas en el juicio, en la contradicción entre las partes¹.

¹ Para una ilustración más detallada del itinerario atormentado de la reforma procesal penal italiana de las últimas décadas por favor refiérase a R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 93, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana* a cura di D. NEGRI - M. PIFFERI, ed. Giuffrè, Milano 2011, 51-83. El guión fue traducido al portugués *Direitos individuais e processo penal na Itália republicana*, in *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*, a cura di J. DE MIRANDA COUTINHO, L. COSTA DE PAULA, M. A. NUNES DA SILVEIRA, *Empório do direito*, Florianópolis 2016, 15-55.

Con respecto a la situación actual y la perspectiva evolutiva del sistema penal (no sólo italiano), hay muchos temas de reflexión: Elijo tres de ellos, que corresponden a fenómenos notables que afectan la administración de la justicia penal en la Italia contemporánea.

Ellos se refieren a:

a) La diferente posición del Estado en el contexto europeo con repercusiones inevitables en las opciones de política penal, que se convierte en una expresión de soberanía no sólo estatal;

b) la necesidad de luchar eficazmente contra las formas de delincuencia organizada y terrorista incluso con herramientas distintas de la represión, es decir, a través de la prevención ante *delictum*;

c) la existencia de nuevas tecnologías - especialmente las del Information Technology (IT) - que, al crear las condiciones para el uso de nuevas técnicas de investigación, plantean el problema de afirmar y proteger nuevos, inéditos derechos individuales.

Cada uno de estos fenómenos corresponde a muchos desafíos para la justicia penal italiana y, más generalmente, para Europa. La diferente posición del Estado (en el contexto europeo) implica un "desafío político" que influye tanto en la elección de los intereses que merecen la protección penal como en los medios procesales para realizar las elecciones realizadas.

La necesidad de luchar eficazmente contra la delincuencia organizada y el terrorismo internacional plantea un desafío a los propósitos tradicionales de castigo, aparentemente inadecuados para hacer frente a fenómenos socialmente destructivos que deberían evitarse y no solamente reprimirlos.

El desafío que plantea el establecimiento de nuevas técnicas de investigación nos pone frente a derechos nuevos, porque las nuevas tecnologías (en particular, la informática) determinan de alguna manera su existencia.

Ciertamente hay otros problemas y corresponsales importantes desafíos con los que el erudito del derecho penal italiano tiene que enfrentarse hoy. Pienso, en particular, en la duración patológica de los procesos penales, motivo de múltiples condenas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y también una causa de desconfianza en el sistema de justicia penal. Y también pienso en la difícil relación entre los procedimientos penales y los medios de comunicación, una relación que ha sido complicada desde que la justicia penal se ha convertido en el escenario habitual de luchas políticas, comenzando con la experiencia de Tangentopoli (manos limpias).

Sin embargo, al no poder hablar de todo, ni tampoco siendo conveniente abordar demasiados problemas, parecía razonable limitar el tema de mi breve informe a los que me parecían los más recientes desafíos en la situación actual de la justicia penal italiana.

2) Desafío “político”. - El sistema penal es una expresión directa de la soberanía política, que hemos estado acostumbrados a ver incorporados al Estado, con su aparato legislativo, administrativo y judicial. Sin embargo, la soberanía del Estado italiano está sometida, durante algún tiempo, a las limitaciones que la Constitución (artículo 11) considera necesarias para garantizar la paz y la justicia entre las naciones. Una elección hecha hace setenta años, incluso desde otros países europeos como Francia y Alemania, desde el estallido de la Segunda Guerra Mundial, después de que las naciones europeas habían enfrentado una experiencia devastadora.

Esto ha dado lugar a dos resultados, ambos de gran importancia (también) para la evolución de los sistemas de justicia penal europeos:

- el lanzamiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) con la creación de un órgano judicial (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y un órgano político (el Consejo de Europa) llamados a cumplir las normas de los Estados que la han firmado;
- la construcción de una unidad política y económica entre algunos países europeos, iniciada en la década de los cincuenta y laboriosamente llevada a cabo a lo largo de las décadas hasta la adopción del Tratado de Lisboa (2009) que establece la Unión Europea (con 28 Estados miembros).

La pertenencia de Italia a estas dos realidades supranacionales también ha tenido un impacto creciente en las elecciones políticas criminales, así como en la toma de decisiones de los jueces.

Al firmar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, obliga a Italia a respetar las normas mínimas establecidas por la Convención para la protección de los derechos individuales tanto para los demandados como para las víctimas de delitos. Especialmente en las últimas dos décadas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (con sede en Estrasburgo) ha adquirido para el derecho interno de cada uno de los Estados que se adhieran a la Convención una importancia que no tenía antes. Sus juicios - no sólo cuando condenan a Italia- tienen consecuencias inmediatas en el derecho del estado, ya sea porque proporcionan al legislador argumentos para reformar partes del derecho penal o procesal penal frustrado con la Convención Europea y porque ayudan a guiar la jurisprudencia interna.

Con frecuencia, la Corte de Casación italiana, en sus mociones de decisión, toma las medidas de las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos para manifestar su acuerdo con la misma y así evitar la condena del Estado italiano por violación de las normas convencionales.

Por otro lado, el hecho de ser miembro de la Unión Europea obliga a Italia a aplicar en la legislación nacional los tratados y convenios celebrados entre los Estados miembros, además de los reglamentos y directivas del Parlamento Europeo: cualquier omisión será condenada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con sede en Luxemburgo), que vela por el cumplimiento de todas las normas que rigen la vida de la propia Unión. Se puede decir que la mayoría de las reformas penales y procesales italianas de los últimos veinte años han sido directamente inspiradas o fuertemente influenciadas por actos normativos de la Unión Europea: para mencionar las principales, recuerdo aquí la ley que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas²; la ley sobre una orden de detención europea destinada a facilitar la cooperación entre los magistrados penales de los países de la Unión³; la ley que castiga los delitos cibernéticos y establece algunas normas básicas para el uso de la informática en los procesos penales⁴; la ley que regula las investigaciones genéticas⁵; la ley que protege a las víctimas de delitos, con especial atención a las personas débiles (mujeres, menores, inválidos)⁶; la orden de investigación europea que tiene por objeto facilitar la realización de investigaciones conjuntas entre las fuerzas policiales de los países de la Unión⁷; solo por mencionar las más importante.

Añadamos que la abolición de las fronteras internas en el seno de la Unión Europea por el Tratado de Schengen ya en 1996 ha creado las premisas para una colaboración más intensa en el ámbito de las iniciativas judiciales o policiales y al mismo tiempo ha pedido la armonización tanto de las normas penales como de las normas procesales, a fin de permitir que tales colaboraciones sean posibles y legalmente toleradas sin discrepancias excesivas. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sus puntos de vista sobre la protección de los derechos fundamentales de la persona, contribuye a la creación de normas mínimas de validez en todos los países de la Unión Europea.

Las notas rápidas que acaban de hacerse dan una idea del "coste" impuesto por la adhesión de Italia al Consejo de Europa ya la Unión Europea: La justicia penal italiana ya no es la función exclusiva del Estado nacional; está ampliamente condicionada por las realidades supranacionales a las que el Estado ha entregado

2 Decreto legislativo 8 de Junio 2001, nr. 231.

3 Ley 22 abril 2005, nr. 69.

4 Ley 18 de marzo 2008, nr. 48.

5 Ley 30 de junio 2009, nr. 85.

6 Ley 15 de octubre 2013, nr. 119.

7 Decreto legislativo 21 de junio 2017, n. 108.

una parte de su soberanía. La consecuencia principal de esta situación (relativamente nueva) es la pérdida de la centralidad del parlamento nacional en las elecciones de la política criminal y el crecimiento simultáneo de la importancia de la actividad jurisprudencial.

Los jueces se enfrentan ahora con una multitud de fuentes normativas, directrices jurisprudenciales de los dos Tribunales Europeos, lo que implica un aumento incontrolado de las posibilidades combinatorias: por lo tanto, su actividad interpretativa a menudo se vuelve impredecible. Y todo esto en un ámbito de la experiencia jurídica, como el penal, en el que se manifiesta especialmente la necesidad de seguridad jurídica y previsibilidad de las decisiones. Uno entiende por qué una de las razones más desagradables para el abogado italiano es, hoy, el policentrismo normativo que resulta de la evolución política de Italia en el contexto europeo. La garantía inherente al principio de legalidad (en materia penal) parece haberse perdido. Existe una creciente incertidumbre y, con ella, la imprevisibilidad de las decisiones judiciales. Controlar y dominar el fenómeno del derecho jurisprudencial en materia penal es ciertamente el primer y más difícil desafío en la actual Italia.

Una forma de abordar el desafío es, por lo tanto, aprovechar el potencial del sistema judicial para aumentar la previsibilidad de las decisiones judiciales, por ejemplo, a través de la recuperación la función nomofiláctica de la corte de casación, a saber, la función de garantizar la interpretación uniforme del derecho⁸.

3) Desafíos a la configuración represiva tradicional de la justicia penal (desafío jurídico-cultural). - Otro desafío que merece ser recordado aquí es el derivado de la creciente afirmación de la lógica preventiva, en el contraste de fenómenos criminales considerados serios y alarmantes. Dado el efecto devastador que estos crímenes están destinados a tener sobre la convivencia y la estabilidad social, parece conveniente prevenirlos en vez de rechazarlos. Incluso algunas herramientas procesales, como las medidas cautelares y el secuestro, se han progresivamente desarrollado en un sentido marcadamente preventivo.

Además, durante mucho tiempo, la legislación italiana ha desarrollado una política de prevención penal, confiándola al poder judicial, así como a la policía. Ya la primera ley de prevención contra la mafia (1965) atribuía al fiscal la facultad de llevar a cabo investigaciones contra personas de presunta asistencia, de las que no había pruebas de pertenencia a la asociación mafiosa. Esto con el fin de obtener de los tribunales medidas de vigilancia obligatoria o permanecer alejados de su residencia habitual. Durante las siguientes décadas, las normas sobre el

⁸ R. ORLANDI, Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle corti di legittimità, en Cassazione penale, 2017, 2596.

proceso de prevención han sido enmendadas varias veces, siempre en el sentido de hacerlas más efectivas en la lucha contra la delincuencia mafiosa. En particular, en 1982 (mil novecientos ochenta y dos), partiendo de la premisa de que las organizaciones de la mafia pretenden esencialmente obtener grandes beneficios, se han mejorado las herramientas de encuesta de riqueza para identificar activos de origen ilícito. Se introdujo la confiscación preventiva, es decir sin necesidad de condena penal, de bienes o valores de origen aparentemente ilícito, cuando parezca desproporcionada con los ingresos oficiales de quienes los poseen. En la era reciente, desde 2001, el proceso de prevención contra la mafia se ha extendido a personas que son vagamente sospechosas de asistir a ambientes que olfatean el terrorismo internacional.

La última reforma del procedimiento de prevención ante delitos, que se remonta hace unas semanas, ha extendido la confiscación preventiva también a personas sospechosas de estar asociadas a cometer delitos de corrupción.

Esta expansión continua de sujetos vulnerables (similar al contenido de las medidas de seguridad, pero emitida -como ya se ha dicho- sin condenar) está haciendo algunas preocupaciones comprensibles entre aquellos que tienen garantías individuales. Se revela un escape de la política criminal hacia modelos de control social de matriz autoritaria. En el proceso de prevención, resurgen los tipos de autores (el mafioso, el terrorista, el inmigrante, el corrupto) bien conocidos a las prácticas criminales y policiales de los regímenes totalitarios.

La evolución de la legislación italiana parece guiada por la intención de eludir las defensas que el acusado tendría en un juicio penal. Seguir el camino del proceso de prevención (un procedimiento asistido en forma muy limitada por el derecho de defensa) le permite lograr con menos fatiga y mayores perspectivas éxitos similares a los que podrían estar asociados con una sentencia condenatoria.

Cabe destacar que el Congreso Nacional de Académicos de Derecho Penal (Milán, 2016⁹) y el Congreso Nacional de Académicos de Derecho procesal penal (Cagliari, 2015¹⁰) se han dedicado al tema de las medidas de prevención. Una explícita señal de atención y, al mismo tiempo, de preocupación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en consonancia con los principios de la Convención europea de derechos humanos las prácticas de prevención ante delitos adoptadas por la autoridad pública italiana, siempre justificando el rigor de estas formas anormales de control social con la necesidad de contrarrestar el "azote" de la mafia.

9 | Los trabajos de la conferencia se publican en Rivista italiana di diritto e procedura penale, nr. 4 del 2017.

10 | Los actos se publican en el volumen La giustizia penale preventiva, Milano, Giuffrè, 2016, por la Associazione fra gli studiosi del Processo penale.

Sin embargo, en una reciente decisión (Gran Chambre, Caso De Tomaso c. Italia, 23 de febrero de 2017), el Tribunal de Estrasburgo condenó a Italia por el excesivo grado de sospecha y por el déficit de precisión y previsibilidad de la supuesta conducta peligrosa, capaz de justificar medidas restrictivas de la libertad, como la vigilancia especial (consistente en la prohibición de asistir a determinados lugares, determinadas personas y la obligación de respetar los tiempos de entrada y salida del lugar de domicilio).

El desafío que plantea este derrape progresivo hacia la lógica preventiva afecta precisamente a la protección de los derechos individuales.

Sin lugar a dudas, es preferible prevenir ataques terroristas o infiltraciones mafiosas en la economía y la sociedad, en lugar de reprimir a los responsables después de que el daño haya ocurrido. Sin embargo, la prevención ante delitos no debe ser el instrumento conveniente para llegar a las mismas conclusiones amenazadas por la justicia represiva (por ejemplo, la confiscación de bienes que el poseedor no sabe justificar) como resultado de un procedimiento inquisitorial. Al hacerlo, se eluden las garantías previstas por el derecho procesal penal, con el resultado de denegar sustancialmente los derechos de la defensa. La prevención previa al delito (que es esencialmente actividad policial) no debe ser la táctica conveniente para alcanzar subrepticamente los objetivos represivos que se deben alcanzar con el proceso criminal.

4) Desafío tecnológico. - La revolución informática ha infectado todos los aspectos de la vida social, incluyendo las investigaciones penales.

Gracias a la tecnología informática, la policía ahora puede recolectar, almacenar, procesar datos personales sobre cada aspecto de nuestra vida íntima y de relación. Cuando nos movemos por la ciudad, haciendo compras, comunicándose por teléfono, viajando por una autopista, bebiendo una taza de café, navegando por la web, esparcimos por todas partes rastros de nuestra presencia y nuestras actividades. Nunca existió un tiempo como este, donde el individuo puede ser observado en cada minuto de su comportamiento a través de la información que él mismo provee con el moldeo continuo durante todo el día. Quien sea capaz de controlar la información personal, en esencia, adquiere una posición de poder que amenaza el libre desarrollo de la personalidad de sus conciudadanos. Como siempre, se puede decir que la información sobre la vida individual se considera confidencial y cuando tocan la esfera íntima, su uso plantea problemas con respecto a la dignidad humana. Sin embargo, desde cuando la adquisición de dicha información se basa en la tecnología informática, el problema de los posibles usos y abusos ha crecido hasta tal punto que exige un replanteamiento de las normas para proteger la confidencialidad.

En realidad, al menos en la realidad italiana, la conciencia de este valor mayor no está todavía muy extendida como cabría esperar.

Debe reconocerse a la jurisprudencia y doctrina alemana el mérito de abordar este difícil desafío en sus propios términos. Un par de decisiones del Tribunal Constitucional (Bundesverfassungsgericht), que datan de 1983 y 2008 respectivamente, confirmaron la existencia de nuevos derechos fundamentales derivados de la obligación de respetar y hacer respetar la dignidad humana y los derechos inviolables de la persona (Art 1 y Art. 2 Grundgesetz).

Con la sentencia de 15 de diciembre de 1983, fue cancelado un párrafo de la Ley del Censo de Población de 1981 que había autorizado la recopilación de información personal, permitiendo su uso también con el propósito de prevenir y reprimir los delitos. En décadas anteriores se aprobaron Leyes que contenían una disposición similar a la que el Bundesverfassungsgericht anuló con la sentencia aquí mencionada. Sin embargo, nadie ha venido a la mente para señalar esas disposiciones a la atención del Tribunal Constitucional. Simplemente, nadie había sentido la necesidad. Esto fue a principios de los ochenta del siglo pasado debido al rápido desarrollo y la rápida difusión de las computadoras personales. Gracias a ellas, todas las oficinas públicas, todas las comisarías de policía y todos los ministerios públicos podían controlar, con fines de investigación, una cantidad de datos personales que no se podían introducir pocos años antes.

Hay un aspecto de esta historia que es de particular interés para el jurista y especialmente para el erudito del juicio penal. Para llegar a la declaración de ilegalidad de la norma que autorizaba la gran recogida indiscriminada de datos personales, la corte constitucional alemana tuvo que afirmar la existencia de un derecho fundamental hasta entonces desconocido: el derecho a la autodeterminación de la información (en alemán, informationelles Selbstbestimmungsrecht), derivado del principio de la dignidad humana (artículo 1 Grundgesetz).

Del mismo modo, tras el impetuoso desarrollo del web y de internet el Bundesverfassungsgericht procedió a la sentencia de 27 de febrero de 2008 al declarar ilegal el Derecho policial del Land Nordrhein-Westfalen, que autorizó a la policía a realizar búsquedas en línea en dispositivos electrónicos, utilizando malware (caballos de Troya, trojan horses). Teniendo en cuenta que la práctica de la policía no se limitaba a comprimir la libertad y el secreto de las comunicaciones (ya protegida por el art. 10 Grundgesetz), el Tribunal Constitucional alemán llega a la conclusión de un nuevo derecho fundamental a proteger - incluso en la investigación y el juicio penal - el derecho al uso confidencial de las herramientas informáticas (Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

Las dos decisiones han tenido una repercusión inmediata en la legislación procesal penal en lo que respecta a la recopilación y el tratamiento de datos personales así como el uso de tecnologías informáticas (como caballos trojanos) por parte de la policía y del fiscal.

Debe tenerse en cuenta que en los regímenes demo-constitucionales, la calificación como derecho fundamental tiene un impacto inmediato en la ley y en las prácticas procesales. La comprensión del derecho debe tener lugar en los casos y en las formas previstas por la ley (reserva legal) y, por regla general, por acto motivado de la autoridad judicial (reserva de jurisdicción). Además, tiene que ser respetado el criterio de proporcionalidad, según el cual debe ser considerada la proporción de sacrificio que se impone al ciudadano, limitando el derecho y la gravedad del delito que debe ser detenido o reprimido. Por último, debe tenerse en cuenta que debe elegirse el derecho a limitar, el derecho a lograr el propósito de establecer conductas ilícitas o peligrosas y, en presencia de medios más idóneos, los menos afectados para el ciudadano.

Las dos sentencias en cuestión han puesto al legislador alemán ante la obligación de reglamentar, en el código procesal penal actividades investigadoras como, por ejemplo, la recogida y tratamiento de datos personales con fines represivos, el uso de GPS para la localización de personas, las búsquedas mediante el uso de caballos de Troya, que de otro modo habrían quedado en manos de iniciativas policiales informales e incontroladas.

Así que las cosas están ahora en Italia, donde el pensamiento del tribunal constitucional alemán todavía no ha penetrado. En este sentido, las nuevas tecnologías y su frecuente utilización en los procesos penales constituyen, una vez más para Italia (y tal vez no sólo para Italia), un nuevo desafío interesante e importante.

DERECHO DE DEFENSA Y TESTIGO SIN IDENTIDAD

Bayron López Hernández.

Miembro de la Comunidad Jurídica de Occidente, Ciudad de Quetzaltenango.

Abogado particular.

1. Derecho de defensa y el Testigo sin Identidad.

La defensa de la persona sindicada o acusada de un delito, es un derecho reconocido en la Constitución (artículo 12), los convenios internacionales (artículo 8 del Pacto de San José), y las normas ordinarias (artículo 20 del Código Procesal Penal), y tiene un contenido diverso, desde el derecho de ser debidamente citado o notificado de los hechos que se le acusan, derecho a presentar pruebas, de impugnar resoluciones que causen agravio, etc.

Como se señaló, el derecho de defensa tiene un contenido diverso o variado, según las etapas del proceso penal; para el presente tema de estudio, se analizan dos etapas del derecho de defensa: a) la preparación de la defensa; b) el ejercicio de la defensa.

La preparación de la defensa es un derecho reconocido en el artículo 8.2.c) del Pacto de San José que reza: “concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”. El contenido de la preparación tiene dos aspectos fundamentales: a) concesión de tiempo: para preparar la defensa es indispensable contar con tiempo suficiente, los códigos tienen señalados distintos plazos, que implícitamente garantizan ese derecho de preparar la defensa, máxime cuando se trata de la audiencia de debate oral y público; b) concesión de los medios adecuados: de nada serviría fijar un plazo para preparar la defensa, si el inculcado no pudiera de forma real y objetiva contar con las herramientas adecuadas e idóneas para su preparación.

Si el derecho a preparar la defensa ha sido debidamente garantizado, en la audiencia respectiva, dicho derecho podrá ser ejercido de forma adecuada y efectiva según los intereses del acusado. Esto denota que la defensa no inicia a partir de la audiencia -inicial, intermedia, de ofrecimiento de prueba, de debate, etc.- sino

por el contrario, comienza antes que se lleve a cabo. En ese sentido, si no se garantizan estos dos momentos –preparación y ejercicio– el derecho se ve restringido y la decisión asumida carece de validez y no puede ser el fundamento de restricción a cualquier derecho.

El derecho de defensa implica el conocimiento por el acusado de todas las actuaciones de investigación recabadas por el Ministerio Público, desde el primer momento que éste tiene conocimiento de ella; para el caso de los testigos, el conocimiento de la identificación de los mismos resulta indispensable para preparar la defensa, por las razones siguientes:

a) La declaración de testigos, según el artículo 378 del Código Procesal Penal, tiene tres contenidos: idoneidad, hechos y comparecencia; la primera de ellos, hace referencia a la credibilidad del testigo como persona, el segundo a la credibilidad de su testimonio, y el tercero a la posibilidad de tener un interés espurio en comparecer a declarar. Para cuestionar la idoneidad del testigo, es imprescindible saber quién es el testigo, toda vez que a partir del nombre se podrá verificar si tiene antecedentes penales o policíacos, si es la primera vez que declara en un juicio o por el contrario es un informante clave y frecuente del ente fiscal, si tiene enemistad con el acusado o interés con la víctima, etc. La preparación de la defensa solo podrá llevarse a cabo a partir del nombre del testigo, y como consecuencia ejercer ese derecho en la audiencia de debate. Respecto a la “comparecencia” del testigo, corre el argumento anterior, la defensa únicamente podrá constatar el posible interés espurio del testigo, a partir de su identidad, consecuentemente si no posee ese dato, no podrá desacreditar a la persona en juicio y su defensa se verá disminuida. Respecto a lo relativo a los “hechos”, la identidad del testigo juega un rol fundamental en la preparación de la defensa, toda vez que si se cuenta con la entrevista realizada en la sede fiscal, podrá corroborarse la veracidad de lo manifestado, empezando por corroborar la ubicación de la persona en el lugar de los hechos –si existen otras personas que puedan confirmar ese dato–, si el testigo señala que logró ver la forma en que se cometió el delito, porque justamente enfrente del lugar donde labora sucedieron los hechos, puede constatar si efectivamente trabaja donde dice, si ese día estaba trabajando o de descanso, si por el tipo de labor que ejerce estaba en la capacidad real y objetiva de ver lo que dice que vio, etc.

b) Como se demuestra, la identificación clara e inequívoca del testigo juega un rol fundamental en la preparación de la defensa, consecuentemente no es un mero requisito o formalidad para garantizar un juicio justo al acusado. En ese sentido el “medio adecuado” que debe garantizarse al acusado –según el Pacto de San José– para la preparación de la defensa es el nombre del testigo propuesto por el Ministerio Público; de nada servirá que se le permita al acusado y su

defensor ejercer el contra-examen en la audiencia de debate, si previamente no se le ha garantizado su derecho de preparación de defensa; en este sentido, debe recordarse que en todo juicio penal, nadie va a ver qué pregunta, sino porque ha preparado la defensa y sabe el dato que puede proporcionar el testigo es que hace las preguntas, según su teoría del caso.

2. Regulación del Testigo sin Identidad en el Código Procesal Penal.

El testigo sin identidad se encuentra regulado en el artículo 217 del Código Procesal Penal, en el último párrafo que reza: “El juez o el fiscal que conozca del caso podrá, a su criterio, conservar con carácter reservado o confidencial, sus datos personales así como lo expresado por el testigo respecto a los temores por su seguridad y todo lo referente a las amenazas e intimidaciones, a fin de que se aprecien en su oportunidad o en su defecto, ordenar que se inicie la persecución penal correspondiente.”

De la transcripción se pueden hacer las siguientes consideraciones:

a) La conservación con carácter reservado o confidencial, es una facultad del juez o el fiscal. Respecto a que sea una facultad del juez, parece no tener sentido, toda vez que es el Ministerio Público quien dirige la investigación y ejerce la persecución penal, consecuentemente no se comprende cómo el juez por decisión propia pueda resolver mantener con carácter reservado o confidencial los datos del testigo, esto lo convertiría en juez y parte, lo que es contrario con la democratización del proceso penal, donde cada sujeto tiene asignada una función (investigar, defender y juzgar).

b) La conservación con carácter reservado o confidencial, es una facultad discrecional; lo anterior se deduce de la expresión: “a su criterio”, sumado a ello, el Código no regula requisitos de admisibilidad ni de control judicial, consecuentemente no existe un parámetro real y objetivo para ejercer control, por la defensa, sobre la decisión asumida; en todo caso, cabe resaltar que discrecionalidad no significa arbitrariedad, por el contrario, a mayor discrecionalidad mayor responsabilidad en la decisión.

c) El contenido de la reserva o confidencialidad se da en tres aspectos: a) los datos personales del testigo, lo que incluiría su nombre, edad, documento personal de identificación, lugar de residencia, trabajo, etc.; b) la expresión por el testigo “respecto a los temores por su seguridad”: en no pocas ocasiones, por el tipo de delitos -narcotráfico, extorsiones, delincuencia organizada, secuestro, asesinatos, etc.- las personas tienen “temor” de ser objeto de represalias, contra la vida e integridad personal tanto de ellas como de su círculo personal, si son requeridas a colaborar con el sistema de justicia, razón por la cual manifiestan su deseo de

no testificar o permanecer en el anonimato; c) por último, el fiscal se reservará lo referente a las “amenazas e intimidaciones”: si un testigo está siendo amenazado o intimidado, debe presuponerse que ha sido identificado de alguna manera (por su rostro, lugar de trabajo, lugares que frecuenta, actividad que realiza, etc.), razón por la cual difícilmente reservarse su “identidad” conllevaría garantizar su vida e integridad, si ya se sabe de alguna manera quién podría ser o por lo menos averiguar su posible identidad.

d) Por último, la norma señala que la reserva de identidad deberá apreciarse en su oportunidad, -que debe entenderse cuando el testigo declare ante juez competente- o en su defecto, ordenar que se inicie la persecución penal -al haber omitido su deber (artículo 207) de colaborar con el sistema de justicia-.

Como se observa la norma procesal no señala requisitos de admisibilidad del testigo sin identidad, como tampoco la posibilidad del control judicial sobre la decisión fiscal; además, mediante sentencia del 29 de febrero de 1997, la Corte de Constitucionalidad declaró que el artículo 217 del Código Procesal Penal no era inconstitucional, declarando: “... en el segundo, porque constituye una facultad discrecional que la ley otorga tanto a jueces como a fiscales del Ministerio Público para protección de los testigos, pudiendo mantener en reserva únicamente datos personales, temores de su seguridad, amenazas o intimidaciones, pero no declaración alguna sobre hechos pertinentes del proceso para lo cual no existe reserva. Además, oportunamente el testigo deberá ser examinado, pues su testimonio necesariamente deberá ofrecerse como prueba en el debate, ya que únicamente lo que se produce en esta fase procesal será tenido como prueba en el momento de dictarse sentencia.”

La sentencia de la Corte de Constitucionalidad estuvo basada en un mal planteamiento acerca del derecho de defensa -preparación y ejercicio de defensa- y en la decisión este análisis es inexistente, tan es así que la Corte acepta que la facultad de reservarse la identidad puede corresponderle también a los jueces; sin embargo, debe tomarse en cuenta que el artículo 217 del Código Procesal Penal puede y debe analizarse a la luz del Pacto de San José y de las interpretaciones que de ella haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. El Testigo sin Identidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como interprete final del Pacto de San José, se ha pronunciado respecto al testigo sin identidad, con relación al “derecho de interrogar a los testigos” regulado en el artículo 8.2.f) de la referida convención; ha señalado respecto a este tipo de testigos que: “La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa

realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada.” (Párrafo 242 de Sentencia de Condena en el caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile. Sentencia del 29 de mayo de 2014)¹¹.

La Corte señala que el derecho restringido con este tipo de prueba es el de interrogar testigos; sin embargo, debe recordarse que el contra-examen de testigos constituye el ejercicio del derecho de defensa, pero para poder ejercer el mismo, indispensable es que se “conceda tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa”, consecuentemente el primer derecho restringido con la reserva de identidad del testigo es el derecho de preparar la defensa, que llevará como lógica consecuencia un mal ejercicio en el debate oral y público.

La Corte también ha señalado criterios de admisibilidad del testigo sin identidad, habiendo indicado: “... *las medidas de reserva de identidad de testigos se adoptaron sujetas a control judicial, fundándose en los principios de necesidad y proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida excepcional y verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo. ...*” “... *la Corte también tomará en cuenta si en los casos concretos el Estado aseguró que la afectación al derecho de defensa de los imputados que se derivó de la utilización de reserva de identidad de testigos estuvo suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso, tales como las siguientes: a) la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración, y b) debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; lo anterior con el objeto de que la defensa pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditarlo o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración.*” “*Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada...*” -párrafos 245, 246 y 247-

¹¹ En el presente análisis no se entra la discusión si es correcto el control de convencionalidad, mantenido por la Corte IDH al señalar que las interpretaciones que haga del Pacto de San José, deben ser tomadas en cuenta por los demás Estados aunque no hayan sido parte en el caso concreto; en todo caso, el control de convencionalidad ya ha sido reconocido por la Corte de Constitucionalidad.

Al ser la sentencia de la Corte IDH posterior a la dictada por la Corte de Constitucionalidad, y tener un mejor análisis respecto al derecho de defensa -interrogar testigos-, debe prevalecer para el caso que se pretenda ofrecer a testigos sin identidad.

De lo señalado por la Corte se establece que existen criterios de admisibilidad del testigo sin identidad, condiciones del ejercicio de defensa y de valor probatorio en un proceso penal concreto, todo esto sujeto siempre al control judicial.

Respecto a los criterios de admisibilidad, el control judicial debe estar basado en tres principios:

a) Excepcionalidad: implica que la reserva de identidad del testigo no puede ser la regla en el proceso penal, por el contrario, debe ser siempre el último recurso del ejercicio del poder punitivo del Estado, toda vez que la reserva implica una limitación al derecho de defensa, consecuentemente debe ser la última ratio.

b) Necesidad: este viene determinado por la existencia de un “riesgo para el testigo”, que debe ser real y objetivo, consecuentemente el Ministerio Público debe argumentar fáctica y probatoriamente el peligro para la persona, dejando por un lado las meras apreciaciones o criterios subjetivos.

c) Proporcionalidad: este principio implica que si existe una verdadera situación de riesgo o peligro para el testigo, debe tomarse la medida idónea y adecuada para protegerlo, según el tipo de riesgo, argumentado fáctica y probatoriamente. En este aspecto debe tomarse en cuenta que en la legislación guatemalteca existe la Ley Para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal (Decreto número 70-96 del Congreso), cuyo artículo 8 señala diferentes medios para proteger a testigos dentro de los distintos procesos penales, sin que sea necesario recurrir a la reserva de identidad del testigo.

Además, si se acepta que el Estado cuenta con un aparato institucional superior en todos los ámbitos al acusado, es difícil pensar que éste tenga una mayor capacidad que todo el poder punitivo institucionalizado; tan es así, que actualmente es criterio aceptado, que el peligro de obstaculización a la averiguación de la verdad como presupuesto para dictar prisión preventiva es contraria a los derechos del acusado, toda vez que es impensable que un individuo tenga mayor capacidad que todo el sistema de justicia penal.

En ese sentido, resulta verdaderamente difícil que el Ministerio Público pueda argumentar la necesidad de reservarse la identidad del testigo, por no existir medio idóneo y adecuado de protegerlo ante posibles riesgos.

La Corte también señala que el testigo sin identidad afecta el derecho de defensa, y debe estar contrarrestada por medidas de contrapeso: Las medidas señaladas por la Corte, son enunciativas y no excluyen otras que sean necesarias al caso concreto, lo anterior se deduce de la frase: “tales como las siguientes”.

a) Conocer la identidad del testigo y observar su comportamiento durante el interrogatorio por la autoridad judicial: respecto a la primera medida, en la práctica forense los datos -copia del documento personal de identificación- del testigo sin identidad están contenidos dentro de un sobre, juntamente con un acta fiscal donde se dispone reservar los datos reales del testigo, dicho sobre por lo general es firmado por el fiscal o juez de garantía en la etapa de ofrecimiento de prueba; lo anterior tiene por objeto que cuando el testigo declare en el debate el Juez o Tribunal de Sentencia corrobore -a través de la identidad- que la persona que compareció sea el mismo que fue ofrecido oportunamente y cuyos datos constan en el sobre que para el efecto deberá ser abierto; la falta de esta medida -sobre cerrado con los documentos antes indicados y con la firma del fiscal o juez de garantía- genera en algunos casos que la prueba no sea diligenciada, por no existir certeza que la persona que comparece sea la que efectivamente se ofreció como testigo. Si bien es cierto, la anterior medida resguarda que no se estén llevando testigos distintos a los propuestos, lo relevante es que dicha medida no garantiza el derecho de defensa, toda vez que lo importante no es que la autoridad judicial conozca la identidad del testigo, sino que sea el acusado para preparar su defensa en base a dicha información y ejercerla de forma adecuada en el juicio; en cuanto a la “observación del comportamiento” del testigo, tampoco asegura la defensa, ya que dicho comportamiento puede ser perfectamente controlado por la persona que se reserva su identidad, además, no necesariamente la persona que se pone nerviosa, olvida detalles o los expresa de forma desordenada y contradictoria, necesariamente miente o viceversa.

b) La segunda medida consiste en dar “amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo” sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; desde el principio hemos señalado que la base o presupuesto para ejercer una adecuada defensa lo constituye su preparación a través de “medios adecuados”, y que en el presente caso consiste en saber quién es el testigo, consecuentemente si este dato no se tiene, es difícil que la oportunidad “amplia” vaya a ser determinante para el acusado en el proceso que se sigue en su contra.

c) Por último, respecto al tema del peso probatorio del testigo sin identidad, la Corte señala que “la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada”, situación que debería ser verificada por el juez de sentencia.

4.- Reflexión final.

Si partimos que el derecho de defensa en juicio está integrado por dos momentos: la preparación de la defensa -concesión de tiempo y medios adecuados para preparar la defensa- y el ejercicio de la misma, se puede concluir que el testigo sin identidad violenta de manera directa el primer componente de la defensa en juicio, y que no obstante los criterios de admisibilidad y valoración señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el mismo sigue viéndose limitado, consecuentemente los jueces deben tomar las medidas necesarias para contrarrestar dicha limitación y que la misma se vea reflejada al momento de dictar sentencia.

Si es criterio aceptado que el peligro de obstaculización a la averiguación de la verdad (para el caso guatemalteco, uno de los supuesto los constituye influir en “testigos” para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente) no puede seguir siendo fundamento para decretar la prisión preventiva, porque el aparato estatal será siempre superior al acusado y con medios idóneos y adecuados para asegurar la averiguación de la verdad, es difícil pensar que se puede justificar la medida de reserva de identidad del testigo, que implica la violación del derecho de preparación de la defensa y como consecuencia de su ejercicio.

Lo anterior en ningún momento significa, que ante peligros o riesgos reales para las víctimas y testigos no deba proporcionársele las medidas idóneas para asegurar su vida, integridad y demás derechos fundamentales por parte del Estado; sin embargo, dichas medidas jamás deben significar una violación al derecho de defensa, toda vez que puede asegurarse ambos derechos (de defensa y de seguridad del testigo), sin que se tenga que elegir uno en detrimento del otro.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Código Procesal Penal.

Ley Para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal.

EL USO INADECUADO QUE EN LAS JUDICATURAS PENALES SE HACE DE LA FIGURA DEL “HECHO NOTORIO”

Luis Alberto Fernández Ramírez.

Miembro de la Comunidad Jurídica de Occidente, Ciudad de Quetzaltenango.

Juez de Sentencia.

I. INTRODUCCIÓN.

La inquietud e interés por comentar someramente el presente tema, surge como producto de las experiencias (algunas vividas directamente donde se me ha solicitado conocer un determinado caso aplicando un hecho notorio para tener por acreditada la totalidad de la acusación y la participación del acusado -a lo cual no he accedido- y otras contadas de forma referencial por otros jueces y abogados) que se vienen dando dentro de diversas sedes penales del país, especialmente en los tribunales de sentencia; donde ha sido frecuente y recurrente el uso de la figura del hecho notorio, mediante el cual fiscales, defensores y juzgadores han convenido utilizar dicha figura procesal como un modo de realizar juicios cortos y expeditos, creando una nueva vía procesal distinta a las contempladas normativamente y sustentando las sentencias que se emiten predominantemente en la propia declaración de la persona acusada.

Sumado a la riqueza de los aportes que tuvimos en una oportunidad, al momento de analizar y comentar dentro del seno de la Comunidad Jurídica de Occidente el presente tema; en búsqueda de interpretar adecuadamente tanto el texto normativo, como el tratamiento que la doctrina da a dicha figura procesal y las orientaciones que los criterios jurisprudenciales nos brindan; y cotejarlo con lo que se está dando en la práctica tribunalicia. De dicha comparación y al establecer la clara contraposición entre ambas (lo que debe ser versus lo que se da en la realidad) menester resulta criticar tales prácticas instando a su modificación, a partir del análisis académico que se realiza a través del presente trabajo y la difusión que del mismo pueda realizarse. (Aspiración del autor).

La intención del presente artículo, se centra en alcanzar los objetivos siguientes:

- Inicialmente describir en que consiste la figura del hecho notorio, -comprendido adecuadamente- así como los casos y circunstancias en los cuales es aplicable y el efecto que esto produce.

- Posterior a ello señalar cual es la forma en la que errónea o inadecuadamente se está utilizando, desnaturalizando por completo dicha figura procesal, puntualizando la incompatibilidad de dicho criterio con las instituciones procesales y garantías judiciales preestablecidas.

- Por último con la intención de dotar de fundamentación adecuada el presente artículo (trascendiendo de la simple opinión del autor), se describen y comentan algunas sentencias emitidas tanto por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, como por la Corte de Constitucionalidad, donde se manifiestan en torno al hecho notorio, explicando cómo debe ser entendido y criticando el mal uso que del mismo se está realizando, lo que en los casos sujetos a análisis y comentario ha traído como consecuencia que las sentencias respectivas sean anuladas y se ordene el reenvío correspondiente.

II. EL HECHO NOTORIO.

Esta figura procesal se encuentra regulada en el artículo 184 del Código Procesal Penal, que preceptúa:

“Cuando se postule un hecho como notorio, el tribunal, con el acuerdo todas las partes, pueden prescindir de la prueba ofrecida para demostrarlo, declarándolo comprobado. El tribunal puede, de oficio, provocar el acuerdo.”

Al analizar e interpretar el contenido de dicha norma jurídica, pueden realizarse las siguientes consideraciones.

A) En principio resulta importante clarificar que debe entenderse por un hecho notorio, para ese efecto al desglosar sus términos se establece que hecho es definido como *“Acción u obra. Suceso o acontecimiento”*¹²; en tanto que notorio es entendido como *“público o sabido de todos. Evidente, claro.”*¹³ Lo cual denota la idea primaria que un hecho notorio es un suceso que es conocido por todas las personas, algo que resulta evidente. Extremo este que es congruente con lo que la doctrina refiere al respecto. (Carrasco, 2008) explica: *“un hecho notorio es lo público y sabido de todos. Conocimiento que forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social. Los considerados ciertos e indiscutibles. Hechos comúnmente sabidos en un determinado lugar por los moradores que lo habitan.”*¹⁴

¹² | www.wordreference.com

¹³ | Ibid.

¹⁴ | Carrasco Irriarte, Hugo. Diccionario de Derecho Fiscal. Editorial Oxford. Año 2,008. Pág. 353)

Este aspecto es sumamente importante por cuanto genera como consecuencia que este tipo de hechos no requiere ser acreditados por ningún medio probatorio, habida cuenta de su notoriedad o conocimiento general, lo cual es coherente con lo que señala (Ossorio, 1982) “*Principio de derecho, ciertamente discutido, según el cual no se necesita probar aquellos hechos que son de pública notoriedad (notoria non agent probatione.)*”¹⁵ Sin embargo ya desde este inicio para efectos del tema que se analiza, vale la pena cuestionarse lo siguiente: ¿la existencia de un hecho acusado y la participación de una persona en dicho hecho, es realmente un hecho notorio o evidente, que no requiere probanza?, como se viene realizando en muchos lugares.

B) Definido lo anterior, podemos analizar con propiedad el texto normativo directamente, desglosándolo en partes, a efectos de una adecuada comprensión.

Primero, la norma señala que debe postularse un hecho como notorio, lo cual implica que de ordinario debe ser solicitado por alguno de los sujetos procesales intervinientes (aún y cuando la parte final del artículo citado da posibilidad a que el juez inste dicha postulación y acuerdo, es decir, lo promueva de oficio). Sin embargo es esencial comprender que la postulación del hecho que se pretende calificar como notorio debe ser algo que realmente sea evidente, público y conocido por todos, y que integre un pasaje de la acusación que se discute, pues de lo contrario devendría impertinente y no tendría razón de ser su postulación, pues no pueden darse por acreditados hechos distintos a los contenidos en la acusación, salvo cuando favorezca al acusado (Art. 388 Código Procesal Penal);

A guisa de ejemplo puede señalarse que se postule un hecho notorio sobre la preexistencia y ubicación del parque de la localidad, porque en dicho lugar se señala se cometió el hecho sujeto a juicio (art. 20 Código Penal). Se reitera la idea central del presente artículo, un hecho para ser notorio, debe realmente poseer esa característica y puede aplicarse a un pasaje de la acusación; más no es posible su aplicación para la totalidad de la misma (existencia del delito y participación del acusado), ya que esto a todas luces no es un hecho evidente o notorio, tan es así que se requiere de un juicio para discutirlo y probarlo.

Tal y como Borja Niño, citado por Meza Reyes¹⁶ explica:

En el marco del Derecho Penal, el Hecho Notorio no tiene cabida para acreditar la responsabilidad del procesado por un delito, ni para estructurar los aspectos atinentes al dolo, ni las formas de participación por el sujeto imputado, así como tampoco para la demostración de las infracciones, que deben estar acreditadas procesalmente, un Hecho Notorio no tiene aplicación en definitiva dentro del proceso penal para comprobar elementos de culpabilidad de algún sindicado o para establecer la autoría de la conducta punible.

15 | Ossorio y Florit, Manuel. Diccionario de Ciencias, Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Eliasta S.R.L. Año 1,982. Pág. 344

16 | Meza Reyes, Leonel Alfredo. Tesis de maestría. El hecho notorio como medio de prueba en el proceso penal guatemalteco. Universidad San Carlos de Guatemala. Año 2,015. Página 107.

Segundo, la norma analizada refiere que se requiere el acuerdo de todas las partes, ello implica que el declarar un hecho como notorio, no es una decisión jurisdiccional o fiscal, sino un consenso de todos los intervinientes que deben prestar su acuerdo o consentimiento en que así sea declarado, lo que a su vez implica que el uso inadecuado que de esa figura procesal se está realizando en la práctica es responsabilidad de todos los actores del sistema quienes promueven y permiten tales prácticas.

Tercero, el declarar un hecho como notorio produce dos efectos inmediatos, uno es el prescindir de la prueba ofrecida para demostrarlo -en el ejemplo que se colocó anteriormente, la prueba que se prescindiría sería el acta fiscal de inspección del parque de la localidad, el álbum fotográfico y croquis referencial que ilustran y grafican dicho parque-, el segundo efecto es el declarar comprobado dicho extremo (preexistencia y ubicación del parque; más no que en dicho lugar efectivamente sucedió el hecho delictivo y que el acusado fue quien cometió dicho ilícito, estos aspectos si requieren ser acreditados con medios probatorios). Como puede apreciarse los efectos que la normativa fija para el hecho notorio, son acordes a lo que el pensamiento doctrinario hace del tema, un hecho calificado como notorio o evidente no requiere de probanza, “notoria non agent probatione”, precisamente por su notoriedad o conocimiento público, aun y cuando más de alguna persona señale que el hecho notorio debe serlo para el juez, lo cual es adecuado, pues lógicamente es él quien debe formar criterio y convicción respecto al caso que juzga.

C) En conclusión, el contenido normativo que contiene el artículo analizado, se considera adecuado, pues busca principalmente dar celeridad a los juicios, al prescindir de prueba que pretenda acreditar un hecho que reúna las características de notorio, y por ende no necesita su acreditación, contando con el acuerdo de las partes para dicho efecto. Tal y como los autores Madrazo Mazariegos, citados por Oliva Galeano señalan: “Es evidente que no todo punto de la imputación o de cada uno de los hechos exige una prueba metódica y particularizada, y que no todo posible detalle debe ser verificado escrupulosamente. Como en la vida ordinaria, también en la demostración judicial muchas cosas deben suponerse existentes, verdaderas o conocidas. Es aquí en donde toma importancia el principio notoria non egent probatione (los hechos notorios no requieren prueba).”¹⁷ Empero, debe tenerse claridad que para aplicar adecuadamente dicha norma jurídica es necesario tomar en consideración dos condiciones o requisitos que hemos venido comentando; por un lado que el hecho postulado realmente sea evidente o de conocimiento público y por otro lado que el mismo sea parte de la acusación, pero como un pasaje de la misma, no la totalidad de ella.

17 | Oliva Galeano, Douglas Rolando. Tesis de maestría. La aplicación del hecho notorio en el proceso penal guatemalteco. Universidad Mariano Galvez. Año 2,015. Página 55.

En palabras simples, puede señalarse que el problema no es normativo, la regulación legal es adecuada y congruente con un modelo adversarial y acusatorio, donde se discute y se someta a probanza únicamente los hechos que son controvertidos, no así lo notorios o evidentes. El problema radica en las malas prácticas e interpretaciones erróneas que de la normativa se hace en el quehacer jurisdiccional, dándole alcances y efectos a dicha norma jurídica distintos a los que realmente contiene. Veamos a continuación en qué consisten esas prácticas recurrentes.

III. LO QUE SUCEDE EN LA PRACTICA.¹⁸

Tal y como se señaló en un inicio, la experiencia vivida en mi calidad de juez de sentencia, me ha permitido tener conocimiento de forma directa en algunos casos y referencialmente en otros, la forma en que se utiliza en la práctica la figura del hecho notorio, desnaturalizando por completo su real cometido. A grandes rasgos funciona de la siguiente manera.

Tanto el abogado fiscal como el abogado defensor (previo consenso entre ellos) hacen el planteamiento al juez o tribunal respectivo (la mayoría de las veces previo a iniciar la audiencia), exponiendo que desean postular un hecho notorio en el caso que se juzga, a través del cual se prescindiría de toda o la mayoría de la prueba admitida, el acusado declararía admitiendo la existencia del hecho por el cual se le acusa y su responsabilidad en el mismo; a cambio que la judicatura emita una sentencia de condena (en casi todos los casos) con algún tipo de beneficio para la persona del acusado, -generalmente cambiando el tipo penal por una figura más leve, imponiendo la pena mínima o concediendo beneficios procesales-. Ante este requerimiento muchos jueces prestan su anuencia, bajo el argumento que hay acuerdo de ambas partes y del propio acusado y en consecuencia emiten sentencia, amparándose en el erróneo fundamento que mediante la vía del hecho notorio el acusado admitió su responsabilidad en el hecho y por ende el mismo se tiene por probado.

Tal y como el licenciado Hans Noriega al analizar algunos casos en concreto de la ciudad capital, pone de manifiesto:

A manera de ejemplo se cita la sentencia de fecha 28 de Junio de 2011 dictada por el Tribunal Segundo de Sentencia que expone (sic) “Por lo que en el presente caso se postuló un hecho como notorio, el cual quedó totalmente y completamente acreditado, aceptando el acusado (XXX), todas y cada una de sus incidencias y particularidades, narrando el tribunal cómo sucedieron los hechos, confesando los mismos, en tal virtud y contando con el acuerdo de todas las partes se prescindió de la prueba ofrecida por los sujetos procesales para demostrar el hecho, el cual fue debidamente declarado comprobado, o sea, que el hecho ha quedado plenamente probado, sin lugar a ninguna duda, quedando acreditada la participación del acusado (XXX)”¹⁹

18 | Meza Reyes. Op. Cit. Puede consultarse como referencia el capítulo 7, apartado 7.1.4 Su aplicación en los tribunales de sentencia. Páginas 113 a 116.

19 | <https://hansnoriegadefensapublica.wordpress.com/2012/05/14/analisis-sobre-el-hecho-notorio/>

** Para otros ejemplos de casos concretos, puede analizarse el capítulo 8 de la tesis del abogado Meza Reyes, antes citada.**

Sin embargo, tomando como base inicial lo expuesto en el apartado anterior respecto a que debe entenderse por hecho notorio. Puede evidenciarse que la práctica que en la realidad se viene dando tergiversa por completo la figura del hecho notorio, desnaturalizando su contenido; además de ello dicha práctica vulnera varios principios y garantías de tipo constitucional y procesal, deviniendo por ende ilegal; haciendo muy probablemente incurrir al juez que accede a tal situación, en algún tipo de responsabilidad incluso de índole penal.²⁰

Las vulneraciones que ésta mala práctica conlleva, a grandes rasgos son las siguientes:

A) La declaración del acusado, en ningún momento es un medio de prueba, mucho menos aquel que se constituye en el único para dictar una condena en su contra. Baste considerar dos extremos puntuales.

Primero, el Código Procesal Penal regula lo relativo a los medios de prueba a partir del artículo 181, donde describe una serie institutos procesales que son considerados como prueba; sin embargo en ningún momento regula la declaración del acusado como tal. Por el contrario la declaración del acusado se halla regulada a partir del artículo 81 del mismo cuerpo legal considerándole como un acto de los sujetos y auxiliares procesales (título II del libro I del Código Procesal Penal). Lo que implica que dicha declaración no es en realidad medio probatorio.

Segundo, solamente en sistemas de tipo inquisitivo se ha considerado la confesión de la persona inculpada, la prueba reina por excelencia para sustentar una condena, pudiendo incluso recurrir a la tortura para conseguir tal confesión²¹; sin embargo en sistemas de corte acusatorio (como el nuestro) tales prácticas devienen inconcebibles, lo que da como resultado nuevamente que la declaración del acusado no sea considerada como un medio probatorio, mucho menos si este es el único elemento con el que se cuenta para fundar una condena. Proceder de modo contrario violenta flagrantemente el derecho de defensa, regulado en el artículo 12 de nuestra Constitución y 20 del Código Procesal Penal. En igual sentido vulnera el derecho de toda persona a no ser obligada a declarar

²⁰ “Artículo 423 Resoluciones violatorias a la constitución. El funcionario o empleado público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a disposiciones expresas de la constitución de la República... será sancionado con prisión de uno a dos años y multa de doscientos dos mil quetzales.”

“Artículo 462 Prevaricato. El juez que, a sabiendas, dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos, será sancionado con prisión de dos a seis años.”

²¹ Ver Malleus Maleficarum. El martillo de las brujas.

contra sí misma (no autoincriminación), regulado en el artículo 16 constitucional y 15 del Código Procesal Penal; de hecho la exposición de motivos del Código Procesal Penal, al referirse a dicho artículo señala:

El artículo 15 garantiza el derecho a la no autoincriminación. A pesar de la importancia de la confesión, o mejor dicho, debido a ella, se han fijado límites constitucionales que protegen a la imputado. Dada la inclinación a la búsqueda de la aceptación de los hechos atribuidos mediante métodos coactivos o violentos, lo que en un Estado de Derecho deben rechazarse como formas de averiguación de la verdad, la declaración del imputado es un medio de defensa, más que un medio de prueba.

B) El prescindir de toda o la mayoría de la prueba admitida, dando por acreditado el hecho acusado y la participación de la persona imputada bajo la figura del hecho notorio es contrario al derecho que tiene toda persona a presumirse su inocencia, derecho éste que se haya regulado en los artículos 14 tanto constitucional como del Código Procesal Penal.

Baste considerar lo siguiente, en ningún caso puede estimarse como un hecho notorio los hechos contenidos en la acusación, mucho menos que el acusado haya tenido participación en esos hechos. Por el contrario la presunción de inocencia implica una garantía que la judicatura debe observar y aplicar la cual consiste en tratar al acusado como inocente, es decir que el mismo no tiene ninguna responsabilidad o participación en determinado hecho -por lo que nunca podría ser calificada de notoria la participación del acusado en un hecho-, y solamente mediante la presentación de prueba suficiente y concluyente puede ser desvanecida y quebrantada dicha presunción, función esta que corresponde al Ministerio Público como ente acusador.

Tal y como lo ha señalado la Corte de Constitucionalidad, al referirse al tema:

“Una presunción iuris tantum dirigida a garantizar al sindicado que no podrá sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en prueba pertinente, valorada por un tribunal con eficacia suficiente para destruir la presunción y basar un fallo razonable de responsabilidad, porque, en caso contrario, el principio constitucional enunciado prevalecerá en su favor.”²²

“La presunción de inocencia protegerá al imputado siempre que no se presenten medios de convicción que demuestren lo contrario.” “es importante señalar que es obligación del Ministerio Público destruir la presunción de inocencia...”²³

²² | Gaceta jurisprudencial número 60. Expediente 288-00. Página 115.

²³ | Expedientes 3927-2009 de fecha 18-5-2011; 2653-2009 de fecha 1-10-2009; 4320-2008 de fecha 12-8-2009.

Nociones estas que son coherentes con las ideas expuestas por la Cámara Penal, de la Corte Suprema de Justicia cuando al referirse al tema señala:

Se ha desnaturalizado la facultad establecida en el artículo 184 del Código Procesal Penal, ya que se ha utilizado para otros fines, pues, los hechos notorios son eventos o circunstancias del conocimiento general, hechos de la vida diaria que todos tenemos como evidentes, por ejemplo: el nombre del Presidente de la Nación, el color del uniforme de los agentes de la policía, etcétera; es a este tipo de postulados a los que hace referencia la norma en mención, aunado a los principios de economía y celeridad procesal. Lo que se busca con el hecho notorio es agilizar el proceso e impedir que hechos que no necesitan ser acreditados entorpezcan la prontitud del proceso penal y del debate. La responsabilidad penal de una persona jamás puede ser considerada un hecho notorio, no es del conocimiento general, no es un hecho evidente (aunque en muchos casos se afirma lo contrario), el considerarlo implica negar la presunción de inocencia, presupone una contaminación del juez con respecto a que se encuentra antes del debate en conocimiento de los medios de prueba, niega la objetividad del fiscal y vulnera el derecho de defensa. Debe tomarse en cuenta además que la responsabilidad penal de una persona supone la comprobación de una serie de premisas como lo son la existencia del delito, las circunstancias en que éste se cometió (modo, tiempo y lugar de la comisión), la participación del sindicado y dentro de éstas las formas de participación así como las circunstancias que podrían modificar la responsabilidad penal. Todos estos extremos no son susceptibles de ser sustituida su comprobación por la declaración de un hecho notorio mucho menos cuando éste se desprende de la “confesión” del acusado.²⁴

C) El aplicar la figura del hecho notorio, como una forma de diligenciar juicios cortos o expeditos, ya que se prescinde del diligenciamiento del material probatorio y se fundamenta casi con exclusividad en la propia declaración del acusado, crea una nueva vía procesal inexistente y por ende realiza una mutación de las formas que la ley tiene preestablecidas para el desarrollo de la serie procedimental, vulnerando con ello la garantía del debido proceso, regulado en el artículo 12 constitucional y los artículos 3 y 4 del Código Procesal Penal, el cual se constituye en un principio rector de observancia obligatoria en todo juicio.

Las normas antes citadas regulan lo siguiente:

“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 procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.” (El resaltado es propio) Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

²⁴ | Expediente de casación 01004-2013-00892, sentencia de fecha 25 de marzo de 2014.

*“Los tribunales y los sujetos procesales **no podrán variar las formas del proceso, ni las de sus diligencias o incidencias.**” (El resaltado es propio) Artículo 3 del Código Procesal Penal.*

*“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 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 en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio.**” (El resaltado es propio) Artículo 4 del Código Procesal Penal.*

Del análisis de los artículos antes transcritos puede afirmarse en principio que la validez de un proceso y consecuentemente la decisión que en él se adopte, depende de forma directa de la observancia que se haya tenido de las normas que regulan su desarrollo. Estas normas de carácter procedimental dotan de certeza jurídica al proceso como tal, puesto que establecen de forma predeterminada las oportunidades, plazos y fases en que ha de desarrollarse la serie procedimental, es decir, el desenvolvimiento del procedimiento desde su inicio hasta su finalización; por lo que los sujetos procesales conocen de antemano “las reglas del juego” que son aplicables durante la sustanciación del caso concreto. Variar las mismas o peor aún crean procedimientos distintos a los establecidos vulnera lo que conocemos como debido proceso, garantía ésta resguardada por la norma ordinaria, la constitucional y por los tratados en materia de derechos humanos tanto del sistema interamericano (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) así como universal (Declaración Universal de los Derechos Humanos), razón por la cual dicha garantía no puede ser suprimida, menoscabada o tergiversada bajo ningún pretexto.

Aquí es importante traer a colación un pensamiento que recurrentemente expresa el ilustre profesor Erick Juárez²⁵ dentro de las sesiones de la Comunidad Jurídica de Occidente, parafraseándolo: “el Derecho (concepto objetivo) no se defiende a sí mismo; el Derecho protege los derechos (concepto subjetivo) y facultades de las personas”. Aspecto este sobre el cual se está totalmente de acuerdo, la norma jurídica no debe proteger simples ritos o formalismos, solo por el hecho que la ley los contenga, más allá de eso debe verificarse si se vulnera o no derecho sustancial alguno de cualesquiera de los sujetos procesales.

²⁵ | Coordinador general y fundador de la Comunidad Jurídica de Occidente.

Sin embargo, para el caso que nos ocupa tal y como se analizó anteriormente, la desnaturalización de la figura del hecho notorio y la creación de una vía procesal inexistente vulnera no solo el debido proceso, sino además el derecho de defensa, la presunción de inocencia, el derecho a la no autoincriminación, entre otros, por lo que cualquier decisión obtenida en detrimento de tales garantías judiciales no puede hacerse valer contra el imputado, tal y como claramente lo establece el artículo 4 del Código Procesal Penal.

En este punto es prudente hacerse el cuestionamiento siguiente ¿Por qué se realizan tales prácticas? Los actores del sistema (jueces, fiscales, defensores), son conocedores de derecho y es relativamente simple advertir la mala interpretación y aplicación que del hecho notorio está realizando. Por ello surge dicha duda ¿Cuáles son las intenciones o finalidades que se persiguen? Y se podría entrar a suponer desde las más inocentes (desconocimiento, supuesta celeridad, descongestión de casos), hasta las más perversas (impunidad, corrupción, tráfico de influencias), algo que quedará en la opinión de cada lector.

Sin embargo en el mejor de los casos se propugna porque la aplicación del hecho notorio de este modo es un medio para alcanzar juicios más cortos y más rápidos, tal y como el abogado Oliva Galeano manifiesta al exponer sus ventajas: -mismas que desde el inicio es menester indicar, no se comparten-

El objetivo principal de la incorporación del hecho notorio en el proceso penal, es precisamente lo que se acaba de explicar, diligenciar de manera rápida el trámite de un caso concreto, en el menor número de audiencias y dictar una sentencia apegada a derecho, esto en observancia a los principios constitucionales y procesales, que benefician no solo al acusado, sino a todos los sujetos procesales. De esa cuenta en el presente apartado del trabajo, se analizarán cuáles son las ventajas de los hechos notorios en el proceso penal para todos los sujetos procesales que intervienen en él, como se podrá ver a continuación.

Las ventajas para el acusado... puesto que el proceso al que se encuentra ligado por la supuesta participación en un hecho ilícito, será resuelto de una manera rápida y de ser posible en una sola audiencia... quedando resuelta su situación jurídica, en un plazo razonablemente reducido, en comparación del diligenciamiento de la prueba en las audiencias de debate.

Las ventajas que se pueden ver en cuanto a los tribunales de justicia es al momento de emitir una sentencia de conformidad con lo que regulan las leyes procesales, específicamente el Código Procesal Penal, dotando a los jueces de facultades y procedimientos especiales, entre estos los hechos notorios, para resolver los procesos penales en un plazo razonable sin demorar los actos necesarios que lleven a la finalización del proceso, lo que conlleva a la reducción de la carga de trabajo en los despachos judiciales y a cumplir con uno de los objetivos del Organismo Judicial en cuanto a que la población tenga acceso a una justicia pronta y cumplida.

La aplicación del hecho notorio representa una ventaja para el ente encargado de la persecución penal en virtud que, el Estado a través de éste, es el obligado a probar la participación y responsabilidad del acusado en el hecho imputado. Por lo que aplicando la figura del hecho notorio en el proceso penal, siempre se obtendrá una sentencia de carácter condenatorio, y ventajoso resulta además que sin necesidad de prueba que demuestre las circunstancias en las cuales se cometió el hecho delictivo según la acusación presentada, siendo suficiente la declaración del acusado en la cual reconozca que participó en los hechos imputados y si se considerare necesario se valorarán ciertos documentos con los cuales se soporta dicha sentencia, pese a que se haya realizado un trabajo exhaustivo de investigación o para suerte del Ministerio Público aunque el trabajo de investigación fuere deficiente, en aplicación del hecho notorio eso no cobraría importan-

Con el debido respeto para las opiniones de dicho profesional, las mismas no se comparten por considerar que enuncian un pensamiento erróneo y para justificar tal oposición, basten dos razonamientos para refutar las mismas.

Primero, en contraposición a lo dicho ya hace muchos años Nicolás Maquiavelo, el fin NO justifica los medios. Es verdad que deseamos que nuestra justicia sea eficiente, que los casos sometidos a conocimiento sean resueltos en base a los principios de celeridad, concentración y economía procesal. Pero para lograr tales fines no es permisivo inobservar y vulnerar otros tantos de igual o superior importancia. Tratar de conseguir sentencias rápidas, no puede prevalecer sobre el debido proceso al cambiar las formas, creando vías procesales inexistentes. No puede violentar la presunción de inocencia al considerar como notorio que seguramente fue el acusado quien cometió el hecho, no obstante la garantía impone la obligación al juzgador a considerar que él no lo hizo porque está revestido del manto de inocencia. No puede vulnerar el derecho a la no autoincriminación, al establecer que la prueba reina en éste supuesto procedimiento es la propia aceptación de hechos del acusado, pues con ello involucionamos hacia estadios ya superados. No se puede permear por completo el derecho de defensa al impedir el ejercicio del contradictorio en el escenario de debate; citando nuevamente al profesor Erick Juárez quien enseña “el derecho de defensa en esencia comprende: conocer los hechos, refutar la prueba y opinar el derecho”, extremo estos que no son factibles sobre todo el de refutación de la prueba cuando la misma es suprimida por completo; sin embargo la creencia de culpabilidad se mantiene aún sin pruebas que la fundamenten. Todo lo anterior implica que jurídicamente no es viable inobservar y conculcar dichos derechos fundamentales de naturaleza irrenunciable, solo por la buena aspiración de alcanzar juicios rápidos.

Segundo, es de advertir que el resultado que se persigue (celeridad) no puede ser alcanzarlo a través del medio que se propugna (mala aplicación del hecho notorio), esto se constituye en un argumento sofista. Lo anterior se afirma en virtud que las decisiones que se adoptan, muchas veces son objeto de impugnación y como se verá en el apartado siguiente, el efecto del análisis en segundo grado de dichas decisiones, ha sido de anular las mismas, precisamente por no tener un sustento legal y vulnerar las garantías de las que hemos venido comentando. ¿Qué implica esto? que todo lo actuado quede sin efecto y el caso se reenvíe para un nuevo desarrollo sin los vicios de los que adolece. Esto lejos de brindar la celeridad y economía que en teoría se busca y que justificaría –según el autor que se critica– las razones para su aplicación, realmente se convierten en procesos que son más largos en tiempo de resolución y más onerosos para los sujetos procesales y para el propio Estado, en virtud del esfuerzo y recursos que deben emplearse primero en su mal desarrollo, luego en las impugnaciones ordinarias, extraordinarias y constitucionales a las que sea sometido y por último el nuevo desarrollo de un segundo juicio. Vistas así las cosas puede concluirse fundadamente que los argumentos vertidos en pro del uso del hecho notorio como viene realizándose, realmente no tienen sustento y son simples falacias que buscan aparentar ideas que realmente no son acordes a la realidad como antes se indicó.

En concordancia con lo anterior y como corolario al presente apartado, importante resulta mencionar que es esperanzador y aliciente observar como el más alto tribunal en materia penal del país (Cámara Penal), así como la corte encargada de la defensa del orden constitucional (Corte de Constitucionalidad) al pronunciarse sobre este fenómeno lo rechaza rotundamente, haciendo una adecuada explicación de la forma en que realmente debe ser entendida la figura del hecho notorio en el ámbito penal, lo que se comenta a continuación.

IV. ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL HECHO NOTORIO REALIZADO POR LA CÁMARA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y POR LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD.

Con la intención de dotar de fundamento las afirmaciones vertidas en el presente artículo y establecer que las mismas no son producto de la mera ocurrencia, opinión o criterio del autor; sino por el contrario son resultado de un análisis e interpretación concienzudo que se encuentra respaldado por criterios debidamente sustentados por las altas cortes del país.

²⁶ | Oliva Galeano, Douglas Rolando. Op. Cit., Capítulo IV, apartado 4.1, Páginas 63 a 70.

Oportuno resulta citar dos sentencias de casación y una sentencia de amparo, a las cuales se tuvo acceso y que de forma directa tratan el tema objeto de estudio, con la finalidad de ilustrar lo que dichos órganos jurisdiccionales han considerado respecto a la figura procesal que se analiza y que tales consideraciones y razonamientos sirvan como criterio orientador a todo lector.

A) Expediente de casación 316-2015, sentencia de fecha 28 de agosto del año 2,015. Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló:

DOCTRINA. Es procedente anular de oficio la sentencia de la Sala y ordenar el reenvío, cuando del análisis de las actuaciones procesales se determina que se han cometido errores insalvables en la tramitación del proceso que conllevan violación a las normas procesales y constitucionales, los cuales afectan los presupuestos jurídicos necesarios para que la Cámara pueda emitir un pronunciamiento acorde con el debido proceso y los agravios denunciados bajo el motivo de casación invocado. Tal es el caso cuando el recurso de casación se admite por un motivo de fondo pero al hacerse el análisis respectivo se establece que el tribunal de sentencia prescindió de las pruebas ofrecidas y, a partir de la confesión del procesado, declaró indebidamente como “hecho notorio” los hechos de la acusación, omitiendo describir en su sentencia, de forma clara y precisa, cuáles son los hechos que tiene probados... se puede apreciar que, derivado de una mala interpretación y aplicación de los fines de la figura del hecho notorio y de la forma en que el juez procedió a partir de ello, su sentencia es imprecisa... Desde el punto de vista jurídico, hecho notorio es cualquier acontecimiento de dominio público que es conocido por la mayoría de las personas en un determinado círculo social y en un determinado momento, y respecto del cual no hay duda ni discusión al formar parte del conocimiento humano, por lo que son ciertos e indiscutibles, ya que pertenecen a la historia, a la ciencia o a la naturaleza, a las vicisitudes de la vida pública actual o circunstancias comúnmente conocidas en un lugar; de manera que al ser notorio y de conocimiento público la ley exime de su prueba. Sin embargo, los hechos descritos en la acusación no pueden ser nunca considerados como un hecho notorio, pues no es ni del conocimiento general ni un hecho socialmente evidente; prueba de ello es que se requiere del juicio para probarlo. Y aunque es posible que dentro de los hechos de la acusación se incluya algún aspecto que caiga en la calificación de notorio, no podría serlo la acusación completa; ni siquiera en el caso en que el procesado los admita mediante confesión, pues esta no es prueba absoluta por sí misma y requiere siempre ser contrastada con prueba adicional que permita evaluar su grado de veracidad... En consecuencia, a partir de las circunstancias anteriores, esta Cámara concluye lo siguiente: 1º) Que se aplicó equivocadamente el concepto de hecho notorio, el que no era procedente en el presente caso... **POR TANTO La Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal**, con base en lo considerado y leyes aplicadas, por unanimidad resuelve: **D) De oficio anula** la sentencia... (El subrayado es propio.)

B) Expediente de casación 892-2013, sentencia de fecha 13 de abril del año 2,015. Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló:

Examinadas la actuaciones, esta Cámara renueva el criterio asumido en el fallo que fue objeto de amparo, y que compartió la Corte de Constitucionalidad (en la sentencia supra identificada), respecto a que, los hechos notorios son aquellos que, por ser de conocimiento general, no merecen ser cuestionados sobre su veracidad; es decir, son hechos que no generan duda, por lo que para su apreciación no es necesario probarlos. De esa cuenta, si bien se puede prescindir de la prueba en cuanto a los hechos notorios, pues existe fundamento legal para ello, es ilegítimo cuando el Juez le atribuye dicha notoriedad a eventos que no califican como tal; como en el caso concreto, que el hecho ilícito y la participación del acusado, dado el acuerdo de los sujetos procesales, la Juzgadora lo tuvo como "hecho notorio". Ello no podía ser calificado como tal, toda vez que, no es algo indiscutible, es decir, no genera tal certeza que se proscriba su probanza. Tomando en consideración que en el proceso penal solo se pueden admitir como ocurridos los hechos acreditados mediante pruebas objetivas, y que en la presente causa, no se le puede atribuir el calificativo de notorios a aquellos hechos que se tuvieron por "acreditados", existe un grave vicio en el fallo del ad quem, ya que el fundamento de su decisión es el relacionado "hecho notorio", y de esa cuenta, determinó que la acción consumada del sujeto activo, encuadraba perfectamente en el verbo rector del tipo penal de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas. Sin embargo, es necesario recalcar que, para tener por acreditados los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, el juez debe enunciar las pruebas de que se sirve y expresar el valor que haga de ellas, es decir, la apreciación sobre si lo conducen realmente al supuesto hecho investigado. En tal virtud, el Tribunal de Casación no puede realizar la labor intelectual que requiere el motivo invocado, pues, el análisis que correspondería se circunscribe al estudio de los elementos de la norma denunciada como violada y contrastarlos con el hecho, pero, debidamente acreditado con los medios de prueba incorporados a la causa; sin embargo, en este caso en particular, no existen hechos que hayan sido probados de forma legítima, de esa cuenta, no revelan la responsabilidad del acusado y por imperativo legal, la sentencia debe basarse en la certeza, es decir, en la convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron de cierta manera. Por lo expuesto, Cámara Penal, en uso de la facultades establecidas en los artículos 283 y 442 del Código Procesal Penal, advierte de oficio vicio en el procedimiento, y ello exige la subsanación a efecto de que la decisión asumida en el caso se derive del trámite acorde con las exigencias del debido proceso, regulado en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala; lo anterior, dada la función de garantía que compete al Tribunal de Casación... **Por tanto La Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal,... II) De oficio anula la resolución emitida...** (El subrayado es propio.)

C) Expediente de amparo en única instancia 2762-2014, sentencia de fecha 5 de marzo del año 2,015. Corte de Constitucionalidad señaló:

Lo referido por la autoridad cuestionada, aunque no lo señala expresamente, repercute en forma directa en el derecho fundamental a la presunción de inocencia, el que exige la convicción del juzgador, más allá de toda duda razonable, respecto de la acreditación del hecho ilícito imputado y la participación del acusado en su comisión. Esa convicción debe basarse y deducirse exclusivamente de específicos medios de prueba introducidos legítima y legalmente a la causa (artículos 14 constitucional, 181, 182, 183, 186, 385, 388 y 389 del Código Procesal Penal). Por ende, el derecho a la presunción de inocencia impide que la convicción del juzgador (certeza judicial) sobre la comisión del ilícito y la responsabilidad del sindicado pueda ser suplida o sustituida por la declaración acerca de la existencia de un hecho notorio, como bien lo señala la Cámara Penal. En ese sentido, en nada incide ni afecta que la declaración sobre la existencia de un hecho, al que erradamente se le califica como “notorio”, se apoye en un acuerdo de las partes, instado por estas o, incluso, por el propio tribunal, pues esta figura procesal no es eficaz ni constitucionalmente válida para comprobar aquellos elementos, debiendo entenderla y aplicarla a cada caso concreto desde los parámetros de la denominada “Teoría General del Proceso” (según Eduardo Couture, hecho notorio es cualquier “acontecimiento de dominio público conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social en el momento en que va a pronunciarse la decisión judicial”, respecto del cual no hay duda ni discusión, ante lo cual la ley exime de su prueba; Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Montevideo, Editorial B de F, dos mil dos, páginas ciento catorce y ciento quince.) Entender de otra manera la figura del hecho notorio, además de vulnerar el derecho fundamental citado, desnaturaliza ese concepto, niega los fines de su regulación en la normativa procesal -como expresamente advierte la Cámara- y, a la postre, distorsiona los propios principios esenciales sobre los que se fundamenta el proceso penal, siendo uno de estos, precisamente, la consideración del estado de inocencia del acusado.

Como puede apreciarse el criterio es unánime y concordante entre ambas Cortes, respecto a lo que realmente debe entenderse por hecho notorio, así como las vulneraciones de las garantías constitucionales y procesales en que se incurrían al momento de desnaturalizar dicha figura procesal aplicándola a supuestos y dándole alcances que realmente no tienen.

Razonamientos estos que vienen a abonar en favor de las ideas expuestas en el presente artículo. Por lo que se está en posición de poder afirmar con total propiedad que la figura del hecho notorio está siendo mal utilizada en muchas judicaturas penales del país, especialmente en los tribunales de sentencia, fenómeno este que es imperativo modificar, debido a las múltiples vulneraciones que tales prácticas conllevan contra los derechos y garantías de los sujetos procesales.

V. CONCLUSIONES.

- El uso inadecuado que varias judicaturas realizan de la figura del hecho notorio, vulnera garantías constitucionales y de carácter procesal, tales como el debido proceso, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo y el principio de legalidad procesal. Toda vez que prescindieron de la prueba para acreditar un hecho señalado como delito y toman como base la propia confesión del inculpado aún y cuando dicho acto no constituye medio de prueba alguno, mucho menos el fundamento único para dictar una condena. Por lo que toda decisión tomada de esa forma deviene nula por violentar los principios y garantías antes enumerados.

- La desnaturalización que se ha realizado de la figura del hecho notorio, principalmente en los tribunales de sentencia, ha creado una vía procesal distinta a lo que la legislación regula cuando ello jurídicamente no es posible; vulnerando por ende el debido proceso así como las garantías procesales de imperatividad y juicio previo.

- Es sumamente plausible el razonamiento que la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad han hecho, respecto a la correcta interpretación y aplicación de la figura del hecho notorio en los casos penales; pretendiendo brindar claridad y orientación al resto de judicaturas del país, ante los fenómenos y malas praxis que se están desarrollando, donde los actores del sistema de justicia penal (fiscales, defensores y jueces) son partícipes y responsables de proponer y permitir las mismas.

¿CÓMO SE IMPUGNA EN CASACIÓN LA DISCRECIONALIDAD DEL TRIBUNAL AL GRADUAR LA PENA? UN ESTUDIO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO PENAL

Willy Francisco Ochoa Corado.

Miembro de la Comunidad Jurídica de Occidente, ciudad de Guatemala.

Asistente de magistratura. Corte Suprema de Justicia.

RESUMEN

La pregunta de partida es: ¿Se puede impugnar en casación la discrecionalidad en la graduación de la pena? ¿Cuál es la forma correcta para hacerlo? La ruta lógica de la respuesta afirmativa es que el artículo 65 del Código Penal es una norma sustantiva, por lo que el error que se comete es in iudicando, por lo tanto, el motivo a invocar es el de fondo, por violación, por errónea interpretación o por inobservancia de dicha norma. Sin embargo, esta respuesta tiene su filtro en su antagónica. La ruta lógica de la respuesta negativa es que el artículo 65 es una norma, al menos en parte, de carácter procesal, pues regula la actividad del juez para fijar la pena, por lo tanto su infracción constituye un error in procedendo, por lo que el motivo adecuado para impugnarla, al menos en el ejercicio de su parte procesal, es un motivo de forma, y particularmente por falta de fundamentación al no expresarse de forma clara y precisa el proceso valorador de las circunstancias que se han tomado en cuenta para graduar la pena.

INTRODUCCIÓN

La inconformidad con la fijación de la pena suele impugnarse en casación penal mediante un motivo de fondo, ya sea por violación de ley, por errónea interpretación o por indebida aplicación del artículo 65 del Código Penal. Sin embargo, el análisis de algunos casos recientes podrían dejar en evidencia de que en algunos casos el motivo correcto tendría que ser un motivo de forma, al menos en aquellos casos en que resulta evidente que el agravio está dirigido esencialmente a cuestionar el ejercicio de la facultad discrecional que la ley le concede al tribunal sentenciante, ya que en tales casos la inconformidad no es porque el tribunal aplique indebidamente el artículo 65, tampoco es porque lo tergiverse en su contenido o que cometa error al interpretarlo; la inconformidad del recurrente en muchas ocasiones está guiada por una inconformidad general contra el criterio graduador que aplica el tribunal para atribuirle al procesado una penalidad concreta. La queja es a veces porque no se comparte el equilibrio que, según el recurrente, debe haber entre agravantes y atenuantes, porque la falta de antecedentes penales o la falta de peligrosidad no se toman en cuenta para disminuir la pena, o incluso, porque se incluye como factores de aumento de la pena algún elemento que es propio del tipo penal imputado, violándose así la prohibición del artículo 29 del Código Penal. Otros alegan que el dolo que se imputa no es el adecuado, porque su intención, por ejemplo, era solo robar y no causar la muerte de la víctima, etc.

Intentaré demostrar en este artículo que debe diferenciarse cuando el agravio está dirigido contra la errónea valoración de los parámetros de graduación que contiene el artículo 65, de cuando el agravio expresado es contra la facultad discrecional que la ley le concede al juzgador, y que en este último caso la vía adecuada para impugnar el ejercicio de esa discrecionalidad reglada de graduación es la invocación de un motivo de forma y no uno de fondo.

1. ¿El artículo 65 del Código Penal es norma sustantiva o procesal?

Para responder a la interrogante sobre cómo impugnar la discrecionalidad en la graduación de la pena se debe aclarar primero si el artículo 65 del Código Penal es una norma sustantiva o procesal, pues a partir de ello se podrá establecer si su infracción alude a un error in iudicando o a un error in procedendo, lo que a su vez determinará si el motivo adecuado es uno de forma o uno de fondo.

La norma que se analiza dice textualmente lo siguiente:

ARTICULO 65. El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena.

Alguien podría pensar que es bastante claro que el motivo a invocar en casación es el de fondo por violación de ley, lo que estaría confirmado por la práctica cotidiana en la presentación, admisión y resolución de las casaciones que se resuelven en Cámara Penal, en donde el motivo invocado es precisamente el de fondo. Sin embargo, si bien la ruta procesal parece clara frente a la realidad de los recursos que se resuelven, la incomprensión de la razón de fondo de por qué es así hace que casi la totalidad de recursos yerren en plantear el agravio en términos correctos y concordantes con el motivo que invocan. La respuesta obvia que darán algunos es que el citado artículo 65 es una norma sustantiva, y por eso el motivo debe ser de fondo. Pero si preguntamos por qué dicho artículo es una norma sustantiva quizás la respuesta no surja ya tan clara ni fácil.

Vayamos a un texto reconocido por todos en nuestro medio y que es casi canónico en cuanto a la casación penal y sus misterios. El jurista argentino Fernando de la Rúa nos dice que el carácter material o formal de la norma no depende del organismo que la haya sancionado sino de la materia que rige: *“será sustantiva si es la regla conforme a la cual el juez debe resolver la cuestión propuesta por las partes para su juzgamiento; será formal si sólo regula la actividad del tribunal o de las partes para llegar a la resolución.”* Tampoco depende la naturaleza sustantiva o procesal de una norma por su ubicación, es decir, por la naturaleza del cuerpo normativo en que se encuentra inserta. Ese criterio ya ha sido superado en nuestra jurisprudencia y, siguiendo también en esto a De la Rúa, se ha dicho ya en innumerables ocasiones que lo que cuenta para decidir sobre la naturaleza de la norma violada no es su origen ni su inserción en determinado cuerpo legal. *“La naturaleza de la norma deriva de su finalidad y de su efecto. Si la norma tiene por fin (...) señalar el ámbito represivo de restricción de la libertad personal, su naturaleza es sustantiva. Cuando su fin es, en cambio, determinar el modo de conducta para hacer valer el derecho subjetivo desconocido o reprimir la violación a la prohibición penal, o sea, para pedir y otorgar el reconocimiento y eficacia jurisdiccional del derecho, su naturaleza es procesal”.* (De la Rúa, 34).

Por lo tanto, que el artículo 65 esté inserto en el Código Penal no define de forma necesaria su naturaleza sustantiva o procesal, pues ello radica solamente en su finalidad y efecto.

Sin embargo, el criterio de la finalidad y efecto de la norma tampoco es infalible para determinar si una norma es procesal o sustantiva. De la Rúa nos previene de este riesgo dogmático observando que hay casos en que los fines y los efectos se entrecruzan, lo cual sucede *“con ciertas normas consagradas en la legislación de fondo que establecen ciertas formas de proceder (efecto) pero tienen por objeto resguardar y asegurar la naturaleza sustancial de otra norma a la que complementan”* (De la Rúa, p. 34); lo que sucede, por ejemplo, con la norma del Código Civil argentino que establece que la indemnización del daño causado por el delito sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal. Haciendo analogía con la legislación de Guatemala, la norma equivalente la encontramos en el artículo 112 del Código Penal, que establece que toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente; la que se complementa con el artículo 124 del Código Procesal Penal (reformado por el Decreto 7-2011), que establece que la reparación a que tiene derecho la víctima comprende, entre otras cosas, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito, y que la acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria, quedando a salvo el derecho de la víctima de ejercerla en la vía civil. Esta norma, el artículo 124 del Código Procesal Penal, aunque por su ubicación y sus disposiciones relativas a la actividad procesal de los sujetos pueden calificarse de procesal, tiene también un carácter sustancial en cuanto que declara y define el contenido de lo que se conoce como el “derecho a la reparación digna”. Esto ilustra cómo los fines y efectos de las normas pueden entrecruzarse independientemente de la ubicación y origen de las normas.

Otro ejemplo que nos propone De la Rúa con relación a este entrecruzamiento, quizás más ilustrativo para nosotros, es el de la norma del Código Penal que limitan el ejercicio de la acción penal de oficio para aquellos casos que se requiere acusación o denuncia de la parte agraviada, es decir, de una acción privada (artículo 24 Quater del CP). En tales casos -nos dice De la Rúa- se ha discutido si esta regla consagra una condición de procedimiento (en cuyo caso por su efecto sería de naturaleza procesal) o bien una de punibilidad (con lo que sería sustancial). *“No hay duda de que la ley penal establece, en este caso, un obstáculo al ejercicio procesal de la acción penal, y que sus consecuencias y efectos son, por tanto, procesales, sin perjuicio de que tenga influencia sobre la posibilidad de hacer efectiva la sanción. Sin duda el legislador ha regulado el modo de proceder (el procedendo prohibiendo la formación de causa si no concurren ciertos presupuestos, para evitar que se desnaturalice o altere la limitación sustancial impuesta a la potestad represiva del Estado en estos casos particulares”*. (De la Rúa, p. 35)

A la luz de las anteriores observaciones debe preguntarse, ahora con más conocimiento de causa, si el artículo 65 es una norma procesal o una norma sustantiva. Si se lee el texto de dicho artículo se puede apreciar que no determina ni el delito ni la pena propiamente, sino los parámetros que el juez debe tomar en cuenta para individualizar la pena en el caso concreto. Siendo así las cosas, la norma aparenta más ser de tipo procesal, pues está dirigida a decirle al juez cómo debe proceder para graduar la pena. Pero por otra parte, cabe observar que estas prescripciones de cómo proceder no están dirigidas a una actividad en el avance del proceso o en sus ritualidades, sino se dirigen al cómo debe proceder el juez en el juicio de individualización de la pena. Esto muestra también por qué no es del todo satisfactoria la fórmula que algunos proponen, por ejemplo el ex comisionado de la CICIG, Francisco Dall'anese, para quien discernir sobre la naturaleza de una norma se resuelve preguntándonos quien es el sujeto a que está dirigida.²⁷

Aun estando la norma dirigida a la actividad del juez, ésta puede ser relativa a su actividad de dirección y ejecución del proceso, o bien a su actividad intelectual para juzgar sobre la aplicación de la ley, de una ley que puede ser tanto procesal como sustantiva. Por eso es capital la observación que hace De la Rúa sobre que *“no debe confundirse la interpretación de la ley con el ‘iudicando’ de la fórmula. Toda norma jurídica, por el solo hecho de serlo, necesita que se explique su significado, precisando el sentido de su mandato tanto para juzgar como para actuar, tanto para examinar cómo se ha juzgado como para examinar cómo se ha actuado (...) En un caso se interpreta para fallar el fondo del asunto (ley sustantiva), en el otro para ajustar la conducta procesal a la norma (ley procesal). En ambas situaciones, la ley se interpreta para aplicarla: la ley sustantiva para aplicarla in iudicando, al juzgar; la ley procesal para aplicarla in procedendo, sobre el proceder”*. (De la Rúa, p. 33).

Podemos decir entonces que el artículo 65, en la medida que le prescribe al juez qué debe tomar en cuenta para graduar la pena, le traza, en parte, el rumbo de su razonamiento para fijar la pena, le da las herramientas y los materiales con los que debe construir la pena; sin embargo, no le dice cómo hacerlo, eso queda a su discrecionalidad.

Obviamente, la ley no puede decirlo todo, pues como alguien podría observar, toda ley debe ser interpretada para poder ser aplicada; sin embargo, no todos estarán de acuerdo en que el artículo 65 deja el cómo graduar la pena a la discrecionalidad del juez. Quienes no lo consideran así es porque consideran que cuando la norma le traza el rumbo de su razonamiento al juez para fijarla, y le da

²⁷ El mencionado ex comisionado ha dicho que: “Si la respuesta señala a cualquier ciudadano en su vida cotidiana y -en todo caso- extraprocesal (preprocesal), indudablemente se trata de una ley sustantiva, por lo tanto es un error de fondo. Por el contrario, si la respuesta señala a uno de los sujetos del proceso (imputado, juez fiscal, defensor, secretario, testigo, perito, etc,...) o al desarrollo de la acción penal (por ejemplo las reglas sobre la prescripción de la acción), se está en presencia de una ley procesal y el defecto es de forma”.

las herramientas y los materiales con que debe construir la pena, le está indicando implícitamente cómo hacerlo. No parece por lo tanto que la norma lo deje a discrecionalidad del juez, cuando le fija tales parámetros. Quizás lo que hemos querido decir es que existe un margen de discrecionalidad en la valoración de los aspectos relativos a la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia)

2. La distinción entre motivos de forma y de fondo

Corresponde ahora aclarar cuál es la razón de que la casación divida los motivos de impugnación en motivos de forma y de fondo. Debe intentar responderse ahora si la violación del artículo 65 debe encuadrarse en un error in procedendo o en un error in iudicando. Para responder a esta interrogante debe resolverse antes si se trata de una norma procesal o sustantiva. Es claro que esto no lo determina en forma absoluta la naturaleza del cuerpo normativo en que la norma se encuentra. Aunque esté contenida en el Código Penal, que por excelencia contiene normas sustantivas, ello no impide que por su objeto y finalidad pueda ser considerada como una norma procesal.

De ahí la pregunta: ¿se trata de una norma procesal o de una norma sustantiva? Y esto es importante porque ello determina si su infracción constituirá un error in procedendo o un error in iudicando, lo que a su vez determinará si el motivo de casación adecuado es el de fondo, por violación de ley (de ley sustantiva se entiende), o bien el de forma, por infracción de disposiciones procesales en la individualización de la pena.

Fernando de la Rúa, al referirse a la violación de ley sustancial y a los vicios de procedimiento observa que si bien en ambos casos se configura una infracción jurídica, el ángulo bajo el cual es examinada la sentencia resulta totalmente diverso. *“En nuestro concepto -nos dice- en todos los casos existe una violación de la ley, como genérica desobediencia al mandato del legislador; pero esa violación se refiere en unos casos a la ley que regula el fondo del asunto (ley sustantiva) y en otros a la ley que regula la actividad del juez y de las partes en procura de la sentencia (ley procesal). (De la Rúa, 31). Pero dejando a un lado esta conclusión que deriva de la apreciación de la unicidad general del derecho, De la Rúa observa que hay unas normas que consagran los imperativos y otras que permiten realizarlos efectivamente cuando media infracción, haciendo así posible la aplicación de la sanción o la coacción que los resguarda. “Los imperativos -nos dice- regulan el fondo del asunto, y constituyen la ley sustantiva; las normas que establecen el modo de llegar a la aplicación de la sanción o de ejercer materialmente la coacción, son las leyes procesales”. (De la Rúa, p. 31)*

Unos párrafos más adelante nos precisa que hay ciertos errores que se traducen en procedimiento viciado, y otros de los que deriva una errónea regulación de los derechos subjetivos, y que por esa razón Alsina ha dicho que *“todos los vicios de procedimiento, aunque hayan sido determinados por errores de juicio en la elección o aplicación de la norma procesal, quedan comprendidos en el concepto de errores in procedendo, porque en tales casos se da prevalencia a la actividad del juez”*. (De la Rúa, 32)

3. Impugnación de la discrecionalidad

En muchos fallos en que se impugna la graduación de la pena (por violación del artículo 65 del Código Penal) las Salas de apelaciones desestiman la apelación especial porque *“la fijación de la pena es un poder discrecional del tribunal sentenciante, que no es posible controlar a través de la apelación especial”*²⁸. Esto sucedió, por ejemplo, en el recurso de casación penal 140-2011, en que la parte recurrente invocó como motivo de forma contra la Sala el incumplimiento del requisito formal de fundamentación, por violación del artículo 11bis del CPP. Sin embargo, la Cámara Penal no se pronunció de forma directa, ni en este ni en ningún otro caso del que tengamos noticia, sobre el tema crucial de si la discrecionalidad era o no controlable, ya sea en apelación especial o en casación. En este caso, el razonamiento de la Cámara para acoger el recurso de casación fue:

“el tribunal de segundo grado no cumplió con fundamentar su fallo, pues en ningún momento se pronuncia en cuanto a los argumentos del apelante, referentes a que, no obstante quedó consignado... que no se determinó la peligrosidad social del procesado, [que] no se acreditaron los antecedentes personales del acusado y de la víctima, que el daño causado y las agravantes respectivas son elementos del delito referido, se le impone la pena de treinta años, agravio decisivo que produjo un aumento de cinco años de prisión más de la pena mínima que correspondía para el delito de femicidio, siendo lo correcto veinticinco años de prisión incommutables conforme la debida interpretación del artículo 65 del Código Penal. Es decir que, la Sala debe analizar lo denunciado por vía de la apelación especial y verificar si el tribunal de primer grado al determinar la pena, además de cumplir con imponer la correspondiente dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para el delito imputado, reconoce si se establecieron o no los criterios de cuantificación judicial de la pena que permitieran elevarla del mínimo del rango típico, así también, si existe correlación entre lo considerado y la pena impuesta por el tribunal sentenciador. Con base en lo anterior, este tribunal de casación debe declarar procedente el presente recurso planteado por motivo de forma y ordenar el reenvío de las actuaciones para que el tribunal de origen efectúe la corrección debida.”

²⁸ Así lo declaró, por citar un ejemplo, la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones en su sentencia de fecha 15/03/2011.

No obstante lo anterior, no falta algún caso en que se declara expresamente que la facultad de graduar la pena no es una facultad discrecional. Así, por ejemplo, en la casación 816-2013, de fecha 06/01/2014, se declara que:

“La determinación de la pena es una facultad no discrecional, otorgada al juez por la ley, que le permite dentro de los rangos establecidos cuantificarla concretamente en cada caso determinado. Como tal, esta cuantificación no es discrecional, pues debe observar los límites descritos por la norma, específicamente en el artículo 65 del Código Penal, que establece los parámetros que, si han sido acreditados en el juicio, sirven para graduarla dentro de la escala establecida en el tipo aplicado”.

Sin embargo, esta interpretación del artículo 65 es muy rara y actualmente casi ninguna sentencia declara algo semejante.

Fernando De la Rúa observa, en primer término, que dentro de los poderes de valoración jurídica del hecho competen al juez ciertas facultades para cuyo ejercicio tiene una suerte de poder dispositivo sobre el contenido de la norma. Estas facultades *discrecionales* que le son otorgadas no se ejercen por medio de una declaración valorativa que pueda ser generalizada, sino individualizando concretamente una consecuencia particular derivada del encuadramiento jurídico del hecho comprobado. (De la Rúa, p. 63)

A criterio de De la Rúa, los poderes relativos a la determinación de la pena son poderes discrecionales cuyo ejercicio no puede ser controlado en casación (De la Rúa, p. 64). Y el fundamento de ello -nos dice- es muy claro, porque *“todo lo relativo a su medida... depende de una serie de elementos y apreciaciones de hecho, como la educación, costumbres, antecedentes, medios de vida, etc., del imputado, que sólo pueden ser evaluados por el juez de mérito en el debate”.*

Dicho más exactamente, los poderes discrecionales y su ejercicio son incontrolables por vía de casación, y el poder de graduación de la pena es un poder discrecional, pues cumplidas las condiciones habilitantes y reguladoras de su ejercicio, siempre queda un margen de discrecionalidad para determinar una mayor o menor penalización. Y la razón de ello es que su ejercicio depende de la apreciación de circunstancias de hecho que sólo el juez de mérito puede apreciar en el debate.

Contra los que pudieran tener el criterio de que el artículo 65 no admite la discrecionalidad en ningún grado, debe observarse como una prueba contra ello que dicho artículo, a diferencia de otras legislaciones, no fija una penalidad concreta a cada agravante concurrente. Cosa que sí hace, por ejemplo, el Código Penal español, que en su artículo 66 establece, entre otras cosas, que cuando concurra

sólo una o dos circunstancias agravantes se aplicará la pena fijada por la ley en la mitad superior, y que cuando concurren más de dos circunstancias agravantes sin ninguna atenuante, se aplicará la pena superior en grado, en su mitad inferior.

Esta circunstancia la observa muy bien el ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Augusto Eleazar López Rodríguez, quien en un artículo relativo a este tema resalta que nuestra normativa no exige una consideración individualizada de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, *“que permitan valorar por separado el efecto de cada una de ellas en la graduación de la pena. Por el contrario -nos dice-, se propugna una estimación conjunta de todas las presentes, lo que precisa la ley al afirmar que las atenuantes y agravantes concurrentes se valorarán teniendo en cuenta tanto su número como su entidad e importancia”*.

“Hubiera sido más conveniente -concluye López Rodríguez- para los fines de individualizar la pena, que se hubiera asignado legalmente un determinado efecto penal a la presencia de una o varias atenuantes o agravantes, así como a la concurrencia de circunstancias de ambas clases. Y todo ello con independencia de los efectos asignados a los otros elementos de determinación de la pena mencionados en el artículo 65. De este modo, las circunstancias modificativas hubieran dejado de ser un mero elemento de determinación judicial de la pena, pasando a incorporarse, con efectos más trascendentes, al ámbito de la determinación legal de la pena”. (López Rodríguez, p. 663).

De esta manera queda en evidencia que nuestra legislación admite en una medida importante la discrecionalidad en la graduación de la pena. Quizás algunas personas podrían argumentar, con fundamento en la primacía del respeto al principio de legalidad, que en la graduación de la pena no debe haber lugar para la discrecionalidad ni debe hablarse de ella al resolver las impugnaciones contra la fijación de la pena. Y en efecto, en el campo del “deber ser”, de la deontología del derecho procesal moderno, existe una tendencia a cerrar filas contra todo tipo de discrecionalidad, que tan fácilmente se convierte en arbitrariedad. Y por esa razón, legislaciones avanzadas, como la española que se citó arriba, refinan el tamiz por donde debe pasar el proceso de graduación de la pena fijando porcentajes o proporciones en función de la presencia o concurrencia de un número determinado de agravantes o atenuantes. Esto evidentemente reduce el campo de acción a la discrecionalidad; sin embargo, siempre persiste una porción de ella que no es desdeñable. Por ejemplo, si nos remitimos al caso de la legislación española, la determinación de la concurrencia de una o dos agravantes instala automáticamente la pena en la parte media superior de la misma, así, por ejemplo, si se tratara de un delito con pena de diez a treinta años, aún quedaría bajo el ámbito de la discrecionalidad un margen de diez años no regulado expresamente por la ley.

3.1. Definición conceptual de “discrecionalidad”

Para que nuestra argumentación avance sobre cauces más sólidos es necesario intentar definir con la mayor precisión posible qué es la discrecionalidad jurídica.

Según la concepción moderna del orden constitucional, se puede afirmar que poder público debe ser ejercido dentro de un marco estricto de principios y normas que derivan de la legislación vigente, por lo que dentro del marco de la administración de justicia puede decirse que no existe juez que actúe con plena libertad en el ejercicio de sus funciones, sino que deben apegarse a las reglas expresadas en las distintas leyes que rigen su actividad.

La discrecionalidad del juez que gradúa la pena no es una discrecionalidad absoluta, sino relativa, pues está delimitada dentro de ciertos parámetros normativos que le dicen al juez qué aspectos puntuales son válidos para razonar la pena.

4. Análisis de un caso de la jurisprudencia española

La jurisprudencia española, a la que por razones históricas y de afinidad solemos ponerle mucha atención, nos da un ejemplo muy interesante que sirve para ilustrar que la vía por la cual generalmente se impugna la graduación de la pena es la denuncia de la vulneración de preceptos constitucionales o leyes ordinarias relativas al deber de motivación. Por ejemplo, en la sentencia STS 3136/2014 (de 10/Jul), la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español nos dice:

“El cuarto motivo de recurso, por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en el artículo 5.4 de la LOPJ en relación con el artículo 852 de la LECrim, denuncia vulneración de los preceptos contenidos en los artículos 120.3 y 9.3 de la Constitución Española, en cuanto a la falta de motivación de la graduación de las penas impuestas en la sentencia objeto del recurso.”

En este caso, el recurrente apela al agravio muy común de afirmar la no concurrencia de alguna circunstancia graduadora de la pena, y a la falta de exposición de las razones que justifican la que se impone:

“Sostiene el recurrente que la sentencia cuestionada fija la pena en su grado máximo, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad y sin especificar las razones que determinan esa opción penológica. Según su criterio las penas deberán reducirse a su extensión media”.

Inmediatamente después, el Tribunal Supremo pasa a definir su concepción general sobre a quién corresponde la facultad de graduar la pena y los límites a que se ciñe su revisión:

“La facultad de individualizar la pena en cada caso concreto le incumbe al Tribunal de instancia, quien ha de ejercer esa potestad de manera razonada, y corresponde al de casación la supervisión de los razonamientos o argumentos utilizados por aquel. En definitiva, la facultad de corregir la individualización penológica se ciñe a aquellos casos en los que el Tribunal de instancia se haya apartado de las normas jurídicas que la establecen, o no se acomoda a las pautas individualizadoras cuando la ley impone un arbitrio normado, o cuando la pena impuesta es arbitraria o absolutamente desproporcionada (STS 366/2014, de 12 mayo).”

En un excelente artículo de Manuel Gallego Diez, profesor de Derecho Penal de la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, se nos dice que la doctrina jurisprudencial ha ido evolucionando en aras del máximo respeto a la Constitución, con la idea de que nunca pueda confundirse la discrecionalidad con la arbitrariedad. Y que en ese sentido la sentencia STS núm. 834/1998, de 12 de junio, establece que *«cuando aquella función discrecional cuasi absoluta, sobrepase los condicionamientos a que está sometida, procede la casación si en su valoración se pone de manifiesto, de forma incuestionable, la equivocación o el error valorativo sufrido en cuanto a los mismos, infringiéndose la legalidad con quebranto de las bases imprescindibles para la vigencia del precepto»*.

El mencionado profesor nos indica, citándonos otras varias sentencias que son decisivas para definir el estado actual del tema que estudiamos, que la individualización judicial de la pena consiste en:

Un ejercicio de discrecionalidad reglada, «que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación por vía de infracción de ley (artículo 849.1.º LECrim), particularmente en lo referente a la racionalidad de la motivación, pues no cabe confundir la discrecionalidad, aunque fuere máxima, con la arbitrariedad y con la no explicación en las resoluciones judiciales del porqué de la decisión, tal impone ... el artículo 120.3 de la Constitución» (...) «la individualización de la pena «nunca debe suponer arbitrariedad porque su límite se encuentra en la no infracción de la legalidad o en la no producción de error en la valoración o quebrantamiento de las bases imprescindibles para la vigencia del precepto». Los criterios impuestos en la ahora regla 6.ª del artículo 66.1 CP suponen auténticos juicios de valor sometidos al trámite casacional si se pone de manifiesto de manera clara la equivocación o el error valorativo sufrido en cuanto a ellos, infringiéndose la legalidad con quebranto de las bases imprescindibles para la vigencia del precepto. (Gallego Diez, ob. cit.)

5. Paradojas o resultados inconsistentes con la tesis que admite la impugnación de la discrecionalidad

Admitir el recurso de casación por motivo de fondo (por violación de ley) cuando el agravio está dirigido a cuestionar el arbitrio o discrecionalidad del juzgador, deriva en una inconsistencia con la naturaleza misma del juicio oral.

Si suponemos que en un caso determinado el tribunal sentenciante, o la Sala que confirma o que modifica la pena, no dan razones suficientemente convincentes para justificar su decisión de imponer una pena superior a la mínima, y que este agravio se admite bajo un motivo de casación de fondo, ello impone que, de prosperar el recurso, sea la Cámara Penal quien modifique la pena. Pero esto parece inadecuado pues es el tribunal sentenciante quien debe dar las razones de por qué gradúa la pena en las proporciones que lo hace, o, en su caso quien deba corregirla y aumentarla, pues por razón de la inmediación es solo él quien tiene los elementos para graduarla.

En un caso así la opción más adecuada es sin duda el reenvío, pero éste se haría imposible si el motivo planteado y admitido es el de fondo. Esto pone en evidencia que en casos semejantes, en donde lo que exactamente se impugna no es la interpretación errónea de la norma, sino la propia actividad graduadora de la pena, el motivo de casación que corresponde plantear es uno de forma por incumplimiento del deber de fundamentación, que en este caso tendría su base jurídica no sólo en el 11Bis CPP, sino también en el propio artículo 65 del CP, el cual manda que el tribunal debe consignar “expresamente” las circunstancias graduadoras que se consideran para fijar la pena.

Dicho de otra forma, cuando el agravio del casacionista tiene como motivación esencial la inconformidad con la forma en que se ejerce la facultad graduadora de la pena, combinado con una escueta justificación, y cuando la pretensión de fondo es que la Cámara entre a una supuesta corrección en la graduación de la pena, ello resulta inadmisibles porque el arbitrio judicial graduador no puede ejercerlo la Cámara por virtud de que no es ella quien ha tenido contacto directo con la recepción de la prueba (inmediación), sino el juez sentenciador. Por esa razón, el motivo idóneo para impugnar el criterio graduador aplicado es el de forma, en este caso particular por incumplimiento del requisito formal de fundamentación, el que derivaría en un reenvío para que el juez sentenciador amplíe y exponga claramente una motivación razonable de por qué impuso la pena que declaró. Por tal razón, no es procedente que el casacionista invoque un motivo de fondo, pues de prosperar obligaría a la Cámara a emitir una nueva sentencia graduando ella misma la pena. Es un error de los recurrentes invocar la indebida aplicación o errónea interpretación del artículo 65 del Código Penal cuando su

inconformidad está basada en una inconformidad con el criterio de graduación aplicado, es decir, con el ejercicio de la facultad discrecional. En tal caso no es que el tribunal haya inobservado o interpretado erróneamente dicho artículo, pues simplemente ha ejercido el arbitrio que la norma le otorga. Ese arbitrio sólo puede ser impugnado por su falta de fundamentación o porque sea manifiestamente absurdo, es decir, por razones que sólo encuentran su cauce adecuado en motivos de forma.

Pero por otra parte, también debe considerarse la posibilidad de caer en un callejón sin salida cuando circunstancialmente se dé el caso, y que no sería extraño, de que cuando la orden de reenvío haga llegar el expediente al tribunal sentenciante, éste ya no esté integrado por los jueces originales.

6. La trampa de cuestionar los hechos acreditados o su tipificación por vía de impugnar la graduación de la pena

Los sujetos procesales a veces pretenden equivocadamente, por medio de un motivo de fondo por violación del artículo 65, volver a poner en discusión los hechos que ya se han tenido por acreditados y que han servido para tipificar el delito. Así, por ejemplo, sucedió en la casación 1010-2014 (con sentencia de fecha 27/04/2015), en la que los procesados que recurrían argumentaron que el tribunal sentenciante y la Sala, en observancia del artículo 29 del Código Penal, no debieron tomar en cuenta las circunstancias de violencia física y psicológica para aumentar la pena, pues éstas son elementos incluidos en el tipo penal de violación, razón por la cual consideraban injusta la pena impuesta.

La Cámara, en el proyecto que nos tocó elaborar, hizo notar que los agravios expuestos por los procesados estaban dirigidos esencialmente a cuestionar la tipificación del delito, por ejemplo, cuando se ponía en discusión que en el móvil del delito fue el robo únicamente, y que la muerte de la víctima había sido un suceso secundario. Sin embargo -se concluyó en el proyecto-, *“este es un aspecto que ya ha sido fijado por el tribunal y que no puede ser impugnado por vía de cuestionar la graduación de la pena, que es un proceso intelectual de los juzgadores posterior a haber fijado el delito correspondiente, y para lo cual el argumento, los motivos y las normas denunciadas habrían tenido que ser de otra naturaleza. Lo mismo sucede cuando argumentan que la violencia física y psicológica no debió tomarse en cuenta para aumentar la pena por ser parte del tipo penal de violación, y a lo cual hay que agregar que tampoco es admisible porque el tribunal no se basó en ellos para graduarla, sino para hacer constar la presencia del dolo que es propio a cada uno de los delito imputados. (...) Por lo tanto, la violencia física y psicológica no están siendo consideradas como motivos para aumentar la pena, sino para definir la presencia y naturaleza del dolo propio de cada tipo imputado”*.

7. Diagnóstico de un ex magistrado

Las razones de por qué el tema de la individualización de la pena no es tratado con el debido rigor teórico son de sentido común y conocidas desde hace mucho tiempo. Hace ya catorce años escribía Augusto Eleazar López Rodríguez (ex magistrado de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia) que el artículo 65 establece la acertada exigencia de que las decisiones judiciales consignen expresamente los elementos de medición judicial que son tomados en cuenta al graduar la pena, lo que supone una clara obligatoriedad de motivar las resoluciones en que se determina la pena.

“Sin embargo -se queja el ex magistrado-, llama la atención la total ausencia en las decisiones judiciales, al menos según lo que se deduce del muestreo que este autor realizó en muy diferentes tribunales, de referencia a cuáles hayan sido los razonamientos que hayan llevado a aplicar unos elementos u otros del artículo 65. En los numerosos fallos consultados no se dedica atención a la determinación de la pena, limitándose a transcribir el contenido del artículo 65.” (Díez Ripollés, Gimenez-Salinas i Colomer, p. 664)

Lo que a nosotros nos llama la atención es que un magistrado de la Cámara Penal sea plenamente consciente de estas deficiencias y no haya logrado generar acciones concretas para revertirlas, o que si acaso las intentó, su iniciativa para mejorar la capacidad juzgadora de los tribunales en un tema tan concreto como este no haya tenido ningún resultado positivo.

“Quizás lo anterior obedezca -se aventura a conjeturar el ex magistrado- a que no se hace uso de la cesura del debate a que alude el artículo 353 del Código Procesal Penal, lo que impide hacer un análisis detenido de la cuestión. Tampoco hay que olvidar la escasa atención que en los tratados y manuales de derecho penal se presta al estudio de la pena y su determinación, en favor de los conceptos propios de la teoría jurídica del delito. Este tratamiento efímero y superficial de las cuestiones de penalidad que se lleva a cabo en la enseñanza universitaria termina repercutiendo en el comportamiento de los jueces, fiscales y demás profesionales del Derecho que se han formado en sus aulas.” (Díez Ripollés, Gimenez-Salinas i Colomer, p. 665)

En nuestra opinión, aunque los factores señalados por el ex magistrado no dejan de tener alguna incidencia, no supo acertar en el verdadero responsable. A la mayoría de universidades, en general, se les puede culpar, y con razón, de que tratan muchas cosas de forma “superficial y efímera”, pero lo cierto es que su función no es, aún, la de formar jueces penales. Esa función es principalmente de la propia Corte Suprema de Justicia, a través de la Escuela de Estudios Judiciales.

Allí está la verdadera debilidad formativa. Por otra parte, la propia Cámara Penal es la que, por medio de su jurisprudencia, está llamada a corregir las deficiencias de los tribunales al ocuparse de la individualización de la pena, pero evidentemente no tiene aún la fortaleza suficiente para superarse a sí misma, pues una gran parte de sus (nuestros) fallos sobre el tema, son igualmente “superficiales”.

CONCLUSIÓN

En nuestra opinión, el artículo 65 le concede al tribunal una facultad discrecional reglada. Este concepto describe el estado intermedio entre la pena fija y la pena abierta entre un límite mínimo y uno máximo. Se trata de una discrecionalidad que no está abierta al capricho y que no le da una libertad completa al juzgador, quien tiene que regirse por los parámetros precisos de medición que le prescribe la propia norma.

Sin embargo, en esencia se trata de una discrecionalidad. El juzgador siempre tiene un margen de libertad para decidir cuál sea la pena más apropiada al sujeto concreto que se condena. Cuando el agravio del recurso de casación no está dirigido contra la omisión de alguno de los parámetros graduadores establecidos por la ley, contra la falta de explicación de los motivos que llevan a la determinación de la pena, o bien contra el exceso al considerarse aspectos no contenidos en la norma, entonces cabe preguntarse si el motivo de casación correcto es o no uno de fondo, y más radicalmente aún, cabe preguntarse si tal inconformidad contra el arbitrio graduador es realmente objetable por vía de casación.

Concluyo en que el artículo 65 del cp es una norma de fondo porque la actividad del juez que regula es la actividad del iudicando, es decir, la actividad de juicio sobre un aspecto que atañe al fondo de la cuestión y no a los procedimientos. Y creemos que es sobre el fondo porque aunque la norma no define al tipo penal, ni los márgenes de la pena imponible, la determina de forma indirecta al definir cuáles son los elementos que el juez debe tomar en cuenta para individualizar esa pena en el caso concreto. Y puesto que se trata de una norma sustantiva, el motivo de casación adecuado para impugnar si no se ha tomado en cuenta todos los parámetros de graduación, o si se han tomado algunos en forma indebida, es el motivo de fondo por violación del artículo 65. Sin embargo, si la inconformidad está dirigida contra el arbitrio judicial, es decir, contra la facultad discrecional que la ley le otorga al juzgador una vez están establecidos objetivamente las circunstancias fácticas y jurídicas prescritas por la norma, la decisión del juzgador no puede ser objeto de control en casación, pues se trata de una facultad discrecional, la que sólo puede impugnarse cuando se ejerce “*fuera de los límites establecidos por la ley, o fuera de los casos admitidos por ella, o sin observar las condiciones exigidas por la norma jurídica*”. (De la Rúa, 66).

“Fuera de los límites” significa que la pena impuesta sea inferior al mínimo o mayor al límite máximo establecido por la ley; “fuera de los casos admitidos” significa en los casos en que la ley no le otorga expresamente al juzgador un poder dispositivo sobre el contenido de la norma, en este caso el de graduar la pena; y “sin observar las condiciones exigidas” se refiere precisamente a no tomar en cuenta todos los factores útiles para graduar la pena que la propia norma define, o bien, a tomar otros distintos a los que ella contiene, o por último, en el caso particular de nuestro artículo 65, a no cumplir con la obligación de “consignar expresamente” esos factores “que se ha considerado determinantes para regular la pena”. Ahora bien, esta última condición de consignar los factores considerados al graduar la pena abre la posibilidad a la impugnación, no de la facultad discrecional en sí, sino del incumplimiento de la obligación de expresar los motivos de la graduación, es decir, a un motivo de forma por incumplimiento del requisito formal de fundamentación de esa discrecionalidad, que es exigido no sólo por la propia norma del 65, sino por el 11bis del Código Procesal Penal, por el principio del debido proceso y por el derecho de defensa consagrado en el artículo 12 de la Constitución Política de la República.

Creemos que la doctrina elaborada en una sentencia cuyo proyecto elaboramos recientemente, resume de una forma bastante adecuada lo esencial que hasta aquí hemos querido decir:

*“Con relación a la graduación de la pena..., se trata de una facultad discrecional reglada, por lo que una vez establecidas objetivamente las circunstancias fácticas y jurídicas útiles para fijarla, el tribunal sentenciante está facultado para graduarla discrecionalmente dentro del mínimo y el máximo autorizados por la ley, pena que el juzgador puede variar según el número, la entidad y la importancia que les conceda a esas circunstancias analizadas en su conjunto. Ello no significa que su ejercicio esté librado al mero capricho del juzgador, pues la graduación debe hacerse siempre de forma razonada y estar fundada en los criterios que la ley establece y en los hechos que se han tenido por acreditados en el proceso. Por tal razón, salvo el incumplimiento de alguno de estos aspectos, o que la pena sea manifiestamente desproporcionada, el arbitrio graduador de los jueces sentenciantes no puede ser impugnado en casación, pues este tiene su fundamento en la inmediación procesal, es decir, en las apreciaciones que se forjan en el tribunal a partir de la experiencia de recibir de forma personal y directa la prueba, y especialmente las declaraciones de las partes y los testigos.”*²⁹

²⁹ Véase la casación 1011-2014, de fecha 27/04/2015.



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

**REVISTA DE LA COMUNIDAD
JURÍDICA DE GUATEMALA**

Edición Digital
Año 1 | Semestre 1
Edición: Enero-Junio 2018
Quetzaltenango, 2018



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

REVISTA
DE LA COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

Año 1 | Semestre 1

Edición: Enero-Junio 2018