

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

LA REFORMA AL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE
GUATEMALA DECRETO 51-92, EL DERECHO A LA REPARACIÓN DIGNA Y SU
APLICACIÓN JURÍDICA Y SOCIAL EN GUATEMALA

LUIS ENRIQUE LUNA SERRANO

GUATEMALA, MAYO 2013

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LA REFORMA AL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE
GUATEMALA DECRETO 51-92, EL DERECHO A LA REPARACIÓN DIGNA Y SU
APLICACIÓN JURÍDICA Y SOCIAL EN GUATEMALA**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUIS ENRIQUE LUNA SERRANO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente: Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Vocal: Licda. Eloísa Mazariegos Herrera
Secretario: Lic. Juan Carlos López Pacheco

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Armando Dagoberto Palacios Urizar
Vocal: Licda. Gloria Melgar de Aguilar
Secretaria: Lic. Eduardo Leonel Esquivel Portillo

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



LICENCIADA SHEILA ELIZABETH GARCIA MORALES.
7ma. Avenida 10-35 zona 1
DEFENSA PÚBLICA PENAL
Teléfono: 55892234

Guatemala, 02 de octubre de 2012

Doctor Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



De mi consideración:

Atendiendo al nombramiento recaído en mi persona, como asesor de la Tesis de trabajo del Bachiller LUIS ENRIQUE LUNA SERRANO, titulado "LA REFORMA AL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE GUATEMALA DECRETO 51-92, EL DERECHO A LA REPARACIÓN DIGNA Y SU APLICACIÓN JURÍDICA Y SOCIAL DE GUATEMALA", habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

Al recibir el nombramiento, se establece comunicación con el Bachiller Luis Enrique Luna Serrano, con quien procedí a efectuar la revisión y asesoría de la tesis, la cual se encontraba congruente con el tema a investigar y en consenso con el ponente del tema se decidió sobre la manera de elaborarlo.

Durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis, el Bachiller, tuvo la disciplina y atención cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis, el cual tiene un amplio contenido científico, utilizando un lenguaje altamente técnico acorde al tema desarrollado, empleando bibliografía abundante y actualizada, asimismo, el ponente, hace uso en forma precisa del contenido científico sobre la metodología y técnicas de investigación utilizadas, lo que se refleja en las conclusiones y recomendaciones que se mencionan en el trabajo, las cuales son congruentes con el tema y con cada uno de los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



El trabajo de tesis que presenta el ponente, constituye un buen aporte para la comprensión de la necesidad de regular a través de una norma jurídica todo lo relativo a la reparación y resarcimiento del daño en el ramo penal según lo que establece la reforma 7-2011 y las bases de las obligaciones contractuales reguladas en la legislación en materia de que deviene de éstas, de conformidad con las leyes nacionales y a su vez, pretende coadyuvar a una eficaz aplicación del derecho.

Esta asesoría considera determinante por razones de semántica lingüística que el título del trabajo de investigación sea renombrado de:

LA REFORMA AL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE GUATEMALA DECRETO 51-92, EL DERECHO A LA REPARACIÓN DIGNA Y SU APLICACIÓN JURÍDICA Y SOCIAL DE GUATEMALA.

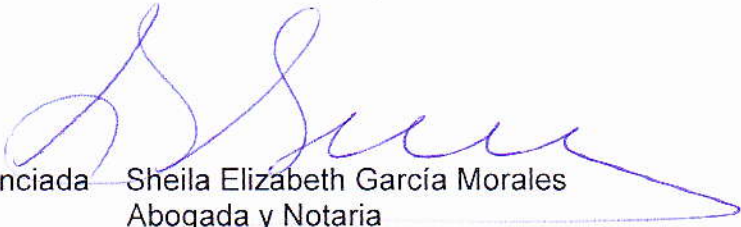
A:

LA REFORMA AL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE GUATEMALA DECRETO 51-92, EL DERECHO A LA REPARACIÓN DIGNA Y SU APLICACIÓN JURÍDICA Y SOCIAL EN GUATEMALA.

Siendo esta la única sugerencia que esta asesoría interpone al investigador en su trabajo de grado.

Y en consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y de Examen General Público, para que pueda continuar con el trámite respectivo.

Atentamente,


Licenciada Sheila Elizabeth García Morales
Abogada y Notaria
Colegiada No. 9466

Licda. Sheila Elizabeth García Morales
Abogada y Notaria



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES


Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA. C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 29 de octubre de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO JORGE EDUARDO GONZALEZ CONTRERAS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante LUIS ENRIQUE LUNA SERRANO, intitulado: "LA REFORMA AL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE GUATEMALA DECRETO 51-92, EL DERECHO A LA REPARACIÓN DIGNA Y SU APLICACIÓN JURÍDICA Y SOCIAL EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
BAMO/sllh.



LIC. Jorge Eduardo González Contreras

6ª calle 4-17 zona 1, Edif. Tikal,

Torre Norte, oficina 209, 2o Nivel

Teléfono: 22533227

Guatemala, 31 de octubre de 2012

DOCTOR

Bonerge Amílcar Mejía Orellana

JEFE DE LA UNIDAD DE TESIS

FACTULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

CIUDAD



Doctor Mejía:

De manera atenta y respetuosa me permito comunicarle que atendiendo a la providencia emanada por la unidad a su cargo, he cumplido con la función de Revisor de Tesis del estudiante: **LUIS ENRIQUE LUNA SERRANO**, cuyo trabajo se titula **"LA REFORMA AL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE GUATEMALA DECRETO 51-92, EL DERECHO A LA REPARACIÓN DIGNA Y SU APLICACIÓN JURÍDICA Y SOCIAL EN GUATEMALA"**, para lo cual, me permito emitir el siguiente dictamen:

- I) He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí cambios de fondo y forma, algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, mismas que considere oportunas y habiéndose realizado las modificaciones sugeridas al ponente, considero que el contenido del presente trabajo de tesis, contiene conocimientos en gran manera científicos y técnicos, ajustándose a la normativa respectiva para los trabajos de investigación.
- II) Es procedente mencionar que durante la investigación, así como en el progreso del trabajo de tesis, el ponente puso en evidencia su capacidad de investigación, utilizando la entrevista, como técnica para recolectar información que le servirá como parte de su análisis en el tema propuesto, utilizando a la vez el método inductivo, deductivo y analítico para relacionar los temas y subtemas del trabajo planteado y llegar a conclusiones concordantes con el plan de investigación, con base al cual se desarrollo el presente trabajo de tesis. Además la técnica de investigación utilizada fue de carácter documental-bibliográfico, así como consultas de derecho comparado.



- III) Además, la redacción del presente trabajo de tesis me parece bastante clara, adecuada, con un léxico jurídico correcto y práctico en vista que en su mayoría el ponente utiliza palabras de uso común para la fácil comprensión y entendimiento del lector.
- IV) Asimismo, el presente estudio jurídico y doctrinario servirá como fuente informativa y de referencia para profesionales, estudiantes de las Ciencias Jurídicas y Sociales y público en general,
- V) Las conclusiones y recomendaciones a que arriba el estudiante, son congruentes con el contenido de la investigación de mérito, para lograr los objetivos que se ha planteado en su plan de trabajo, determinando la veracidad de la hipótesis formulada.
- VI) En relación a la bibliografía utilizada, considero que es un material bien seleccionado, en vista de que se ajusta muy bien a los temas investigados, en este trabajo de investigación.

Por lo cual, estimo conveniente que habiéndose cumplido con los requisitos señalados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, resulta procedente aprobar el trabajo asesorado, razón por la cual doy mi **DICTAMEN EN SENTIDO FAVORABLE**, debiéndose en consecuencia emitir la orden de impresión correspondiente.

Sin otro particular me suscribo muy atentamente

Lic. Jorge Eduardo González Contreras
Abogado y Notario
Colegiado No. 6,044

Lic. Jorge Eduardo Gonzalez Contreras
Abogado y Notario

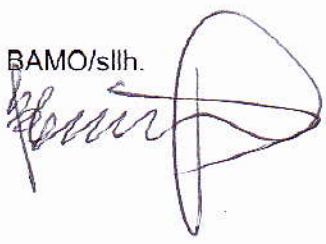


FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



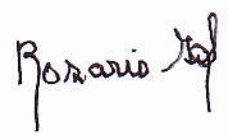
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 15 de abril de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante LUIS ENRIQUE LUNA SERRANO, titulado LA REFORMA AL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE GUATEMALA DECRETO 51-92, EL DERECHO A LA REPARACIÓN DIGNA Y SU APLICACIÓN JURÍDICA Y SOCIAL EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario 



DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la determinación y el deseo constante de trazarme cada día metas nuevas y permitirme alcanzarlas con el apoyo de las personas que me aman.

A MI MADRE:

Miriam Elizabeth Serrano Paiz, el amor de mi vida, por enseñarme valores y virtudes y enseñarme desde niño a ser una persona que lucha por sus ideales, siempre con humildad y el deseo de ayudar a las personas que más lo necesiten. Gracias por tu amor y esfuerzo hoy estoy aquí alcanzando una meta que nos pertenece a los dos, porque sin tu apoyo hubiese sido imposible. Te amo.

A MI HERMANA:

Norma Elisa Luna Serrano, por estar en todas las etapas de mi vida y ser mi mejor amiga, estando en las buenas y en las malas, gracias por tu apoyo incondicional.

A MI NOVIA:

Magda Elizabeth López Osorio, que sin tu ayuda, paciencia y apoyo nada de lo recorrido en este largo camino hubiese sido fácil, gracias por estar siempre cuando te necesité. Te amo.



A MI FAMILIA:

Luna Serrano y en especial a mi abuela Carlota González, por su amor y alegría, así como la motivación constante para seguir adelante.

A MIS AMIGOS:

Que durante toda la etapa de mi carrera han abierto las puertas de su casa y su corazón; y se han convertido en mi familia, a quienes admiro, respeto y confío. Por estar en los momentos más importantes de mi vida y darme la mano para levantarme, a los que no menciono, pero cada uno sabe el papel importante que tiene en mi corazón. Los quiero muchísimo que Dios los bendiga.

A MIS CATEDRÁTICOS:

Por el conocimiento y sabiduría impartidos con dedicación y esfuerzo y especialmente al Licenciado Edgar Armindo Castillo Ayala y al Licenciado Estuardo Castellanos.

A:

La Tricentennial University of San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, casa de estudios de la que me siento orgulloso de ser egresado como profesional del derecho a la que le agradeceré por siempre.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El derecho penal y el resarcimiento.....	1
1.1. Resarcimiento material e indemnización.....	6
1.2. Reparación psicosocial y rehabilitación.....	15
1.3. Resarcimiento social y cultural.....	16
1.3.1. Mecanismos específicos.....	17
1.3.2 Mecanismos y tipos de atención.....	18
1.4 Dignificación a las víctimas: mecanismos de implementación.....	19

CAPÍTULO II

2. La víctima y el proceso penal.....	27
2.1. Antecedentes.....	27
2.2. El consentimiento de la víctima.....	29
2.3. Cambios.....	30
2.4. Catálogo de derechos.....	31
2.5. Participación procesal.....	32
2.6. Centro de asistencia a la víctima.....	32
2.7. La importancia del fiscal en el juicio penal.....	33
2.8. ¿Víctima del delito o víctima del proceso?.....	36



CAPÍTULO III

3. Los daños	43
3.1. Definición de daños	43
3.2. Los daños en Guatemala	44
3.2.1. Elementos del daño:	45
3.2.1.2. Material	45
3.2.1.3. Interno	46
3.3. Características	46
3.3.1. En la ley	47
3.3.2. En la doctrina	48
3.4. Clases de daños	49
3.4.1. Según la materia que los regula	49
3.4.2. Daño moral	55
3.5. Según las consecuencias o efectos que producen:	56
3.5.1. Como pérdida del patrimonio:	56
3.5.2. Como lesión al bien jurídico tutelado	57

CAPÍTULO IV

4. La reforma al Código Procesal Penal y el derecho a la reparación digna en Guatemala.	59
4.1. La responsabilidad civil derivada del delito	59
4.2. La responsabilidad civil proveniente de daños morales	61
4.3. Extensión de la responsabilidad civil derivada de delito	62
4.4. Responsables civiles principales y subsidiarios	63
4.5. La reparación del delito como pena alternativa	64



Pág.

4.6. La responsabilidad penal y la responsabilidad civil.....	74
4.7. La reparación del delito como una posible pena o como forma de atenuar las penas tradicionales:	75
4.8. La reparación como tercera vía del derecho penal	77
4.9. Funciones preventivas de la reparación.....	78
4.10 Propuesta de reforma al Código Procesal Penal, y su análisis jurídico en Guatemala.	85
CONCLUSIONES	101
RECOMENDACIONES.....	103
BIBLIOGRAFÍA.....	105



INTRODUCCIÓN

En Guatemala las reformas en materia de derecho penal han sido progresivas desde los años noventa y en especial el Código Procesal Penal ha tenido las reformas mas controversiales que ha generado el derecho penal en Guatemala, tal es el caso del Artículo que se expone en esta investigación, el Artículo 124 del Código Procesal Penal y la reforma al mismo en el Decreto 7-2011, el cual estipula una intervención de reparación de daños en la cual se establece que el daño se reparara de una manera accesoria y en cualquier parte del proceso penal aun haya sentencia condenatoria.

Sin embargo en la presente investigación se cuestiona, si el sujeto de derecho esta plenamente capaz y con condiciones socioeconómicas para la reparación y resarcimiento del daño, y los efectos que pueda producir de manera social y jurídica su aplicación.

De allí nace la presente investigación, que establece parámetros para la reparación y/o resarcimiento del daño que se desarrollan del hecho punible, en el cual nos enfrentamos a la problemática de la individualización de los actores y la delimitación de la responsabilidad, la causa y el nivel de daño expuesto o reclamado de una forma escueta sin fundamento y con poco o casi nada de reintegración del daño causado, atendiendo los principios de equidad e igualdad para perseguir el bien común en la sustitución de la pena.

Tal caso se ve expuesto en la administración de justicia en Guatemala la cual por la ambigüedad y poca determinación del Artículo en cuestión se ven violentados no solo derechos constitucionales sino también los principios doctrinarios del derecho sin establecer la celeridad procesal.

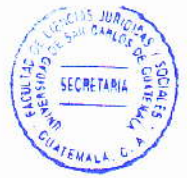
El enfoque de la investigación será de tipo jurídico social se enfocará en el periodo comprendido del mes de mayo a diciembre del año 2011 a el mes de mayo del año 2012 en la ciudad de Guatemala a las audiencias y resoluciones que se han decretado



conforme a la reforma del Artículo 124 del Código Procesal Penal de la república de Guatemala, y las actuaciones de los administradores de justicia y órganos jurisdiccionales. Para determinar el efecto y la incidencia social que puede depender de la aplicación de la audiencia de resarcimiento, estipulada en las reformas penales guatemaltecas.

En la realización del trabajo se utilizó el método analítico, deductivo e inductivo, para la comprobación de la hipótesis y para que en el futuro se tenga conocimiento del procedimiento específico para el juzgamiento de delitos de acción privada, tomando en cuenta aspectos doctrinarios y principalmente legislativos.

La hipótesis se basa en la necesidad de reformar el Código Procesal Penal en cuanto al derecho a la reparación digna y su aplicación por parte de los órganos administradores de justicia, para determinar los parámetros sociales y jurídicos y el procedimiento de la audiencia correspondiente con el fin de lograr una optima aplicación de justicia y así se repare el daño causado de una manera congruente. Proponiendo una reforma legal, que dé pleno cumplimiento a las recomendaciones planteadas, todo ello conforme el objetivo general de la investigación que se refiere a demostrar que la implementación de la reforma del Código Procesal Penal es de carácter fundamental para la correcta reparación y restitución a las víctimas y su aplicación por los órganos administradores de justicia ya que es totalmente indispensable para una correcta aplicación de justicia, basada en la necesidad de dejar en manos de los legisladores, la retribución de una figura más clara en la que sea resarcido el daño, con el pago o resarcido la cosa objeto del ilícito penal.



CAPÍTULO I

1. El derecho penal y el resarcimiento

Aunque actualmente se considera que es necesario resarcir el daño moral derivado de la responsabilidad extracontractual, ha existido a lo largo de la historia una gran dificultad para admitir la necesidad de resarcir estos daños. Tomaremos como punto de referencia tres momentos históricos claves para el desarrollo y regulación de esta materia.

En el derecho romano los intereses no patrimoniales se llegaban a resarcir de manera pecuniaria. Así la "*actio iniuriarum*"¹. Daba a la víctima de los delitos contra la integridad física o moral una amplia protección de esos bienes jurídicos no patrimoniales. Debido a la imposibilidad para estimar el valor pecuniario de la persona libre y de sus bienes no patrimoniales, se consideraba que en la mayoría de los casos era la propia víctima la que debía fijar la cuantía de la lesión de esos bienes. Sin embargo, en el derecho romano también había ciertos casos en los que la cuantía del resarcimiento estaba fijado por el Edicto de los Ediles como la muerte producida por animales salvajes fijada en doscientos sueldos.

Durante la Baja Edad Media con la legislación alfonsina destacamos el texto de Las Partidas en el cual se trata el tema del daño moral de forma muy casuística. Queda suficientemente claro en el texto citado el reconocimiento que a este daño se hace con la definición que del daño se da en la Partida VII, tít. XVI, l. I: "*empeoramiento o*

¹ Cicerón, Marco Antonio. **Derecho Civitas**. Pág. 89.



menoscabo o “destruimiento que ome rescibe en si mesmo”², o “en sus cosas por culpa de otro”³. Esta definición comprende tanto el daño patrimonial como el moral cuando se refiere al daño que el hombre recibe en sí mismo. La solución que Las Partidas dan a este problema es regular las lesiones a bienes extrapatrimoniales incluso mediante indemnizaciones pecuniarias.

Mientras que el derecho romano incluía dentro de las lesiones extrapatrimoniales los daños a la integridad moral (injurias y calumnias) el derecho de Las Partidas se ciñe casi de manera exclusiva en los daños a la integridad física.

Tan importante fue esta regulación romana recogida por Alfonso X en Las Partidas que García Goyena al redactar el proyecto del Código Civil de 1851 transcribe literalmente algunas leyes de Las Partidas. Así ocurre en la propia definición que da sobre el daño atendiendo principalmente, al igual que ocurre en el texto alfonsino, a las consecuencias patrimoniales derivadas de una lesión corporal más que al daño moral que pueda producir. En definitiva muchos Artículos de dicho proyecto se remiten a las regulaciones hechas anteriormente tanto por el Digesto como por Las Partidas.

En el Código Penal de Guatemala actual se ve claramente la protección a la integridad física y la salud, esta interpretación se puede llevar a cabo puesto que nuestro Código Civil deriva de la tradición jurídica española antes expuesta en la cual se acepta claramente el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales.

Se puede concluir diciendo que, históricamente, se ha considerado un número restringido de bienes jurídicos extrapatrimoniales a proteger: vida, integridad física,

² *Ibíd.*

³ Alfonsina III, **Compendio Leyes Españolas, Obligaciones**. Pág. 23.

honor y fama; aunque en el presente siglo se amplía el elenco de bienes extrapatrimoniales protegidos gracias a la jurisprudencia.

- **El resarcimiento en la Doctrina**

Por lo general, se habla indistintamente de **reparación**, **resarcimiento** o **indemnización** del daño moral para querer significar la misma idea de la entrega de una cantidad de dinero al perjudicado por un daño moral.

Pero ni siquiera la doctrina coincide en este punto, y así, algunos autores utilizan los tres términos por igual; otros, como Ortíz Ricol, hablan sólo de **reparación**; y otros, como Lafaille, sólo de **resarcimiento**.

Si se fundamenta, habrá que decir, en primer lugar, que **resarcimiento** significa etimológicamente **reconstrucción**. Según esto, se trataría de intentar colmar con la máxima precisión el vacío material que ha sufrido el dañado. Pero, para ello, habría que conocer exactamente el precio de mercado de aquel bien, es decir, en cuánto exactamente ha disminuido el patrimonio, y volverlo de nuevo a su situación inicial.

Por esto, el daño moral escapa, estrictamente, a esta categoría de **resarcimiento**, resultando mejor hablar de **reparación**. La diferencia es que, con la reparación, lo que se intenta es compensar al perjudicado mediante un aumento de su patrimonio que, hasta ese momento, había permanecido intacto.

En cuanto al resarcimiento, Messineo distingue dos subtipos: "resarcimiento específico y resarcimiento pecuniario"⁴. En el primero, el causante del daño proporciona al dañado

⁴ Messineo, **Teoría del Daño**, Pág. 56.

algo que reconstruye la situación anterior de forma exacta. Se trata de una "restitutio in integrum". Todo queda como antes. Sin embargo, el resarcimiento pecuniario consiste en la entrega de una suma de dinero equivalente al valor económico del bien dañado.

Si se aplica esto a los daños morales, no se habla de reconstitución del patrimonio, sino simplemente de una función satisfactoria (no resarcimiento, sino reparación).

Diferente terminología utiliza Carnelutti, que engloba dentro del término **restitución** tres conceptos:

- **Restitución directa**, que significaría la vuelta a la situación originaria anterior al daño;
- **Resarcimiento**, como la situación de equivalencia entre el interés dañado y el interés ofrecido por el causante;
- **Reparación**, en la que se produce una relación, ahora de compensación y no de equivalencia, entre el bien dañado y lo ofrecido por el causante del daño, generalmente una suma de dinero. No se pretende reconstruir con ello la situación originaria, sino compensarla en lo posible por otras fuentes.

Dejando a un lado toda esta controversia terminológica entre autores, es decir, en general, y como conclusión, que los términos reparación, resarcimiento e indemnización responden básicamente a un mismo contenido. En un mismo supuesto, unos autores hablarán de resarcimiento y otros de reparación, y ambos casos serán aceptados.

El conflicto surgió al aparecer el daño moral, porque, hasta entonces, todas las situaciones se resolvían acudiendo a la función de equivalencia del dinero. Se producía, por lo tanto, un resarcimiento pecuniario sin más.

Al entrar en juego el daño moral, algunos le aplicaron la institución de la reparación

para distinguirlo de los daños patrimoniales. Pero otros, lo que hicieron fue extender el término resarcimiento hasta entonces utilizado, también a los daños morales.

- **Medidas de resarcimiento**

Las medidas de resarcimiento buscan apoyar de manera integral formas de reparación comunitaria, familiar e individual como consecuencia del daño ocasionado por la violación a los derechos fundamentales de las víctimas.

Es de particular importancia darle a los potenciales beneficiarios el contenido, la dimensión y la percepción de que las medidas de resarcimiento buscan compensar el daño, recomponer el tejido social, asistir las afecciones físicas y emocionales experimentadas por víctimas sometidas a formas patológicas de violencia.

Las condiciones sociopolíticas de las víctimas en la actualidad siguen determinadas por conflictos sin solución y sin un adecuado sentido de atención a las diferencias existentes entre víctimas y victimarios. Esas condiciones representan desafíos de fondo para la implementación, por eso el modelo de implementación de las medidas de resarcimiento deben estar basadas en la generación de una metodología de aplicación intensa y duradera de las acciones de reparación colectiva y simbólica que contribuyan a la generación de confianza y restablecimiento del tejido social roto o afectado por la violencia.

Esa metodología de abordaje a la víctima debe ser integral porque las medidas de



resarcimiento colectivo y simbólico, no exime de las formas de resarcimiento individual. Como principio las formas de resarcimiento individual están precedidas por las medidas de resarcimiento, dignificación y reparación psicosocial.

1.1. Resarcimiento material e indemnización

Las medidas de restitución material son aquellas medidas que pretenden restablecer, poner en su lugar o compensar las pérdidas o la situación material existente de las personas antes de la violación.

- **Resarcimiento pecuniario**

Si no es posible restaurar el bien objeto del daño, se acude al resarcimiento pecuniario. Lo que se intenta, se consiga en mayor o menor medida, es sustituir el bien dañado por su valor monetario.

a) Daños patrimoniales

En este caso, como los bienes se pueden valorar económicamente, la función del dinero será la de equivalencia.

La diferencia con la reparación “in natura” es que, en el resarcimiento pecuniario no se repara el mismo bien, sino que se intenta equilibrar el patrimonio del perjudicado. Lo que se produce es una subrogación real.

Aunque el planteamiento parece sencillo tratándose de daños patrimoniales, se encuentran a veces ante supuestos problemáticos, como el caso de un cuadro, que, además del reconocido valor económico, tiene también un valor intelectual o cultural.

b) Daños morales

Si ya algunos supuestos de daños patrimoniales planteaban problemas, aún es más controvertida la situación al tratarse de daños morales. Así existen:

- **Posturas que niegan una posible resarcibilidad pecuniaria del daño moral**

Estas posturas parten de la idea del resarcimiento como reparación del daño mediante una suma de dinero equivalente al valor del bien lesionado.

Los autores que mantienen esta teoría, cuyo máximo exponente es Gabba, parten de la idea de que resarcimiento significa que existe una relación de equivalencia entre el bien lesionado y la cantidad de dinero recibida por tal lesión, por lo que excluyen de esta categoría al daño moral.

La relación de equivalencia sólo puede ser entendida, según ellos desde el punto de vista patrimonial. Se basan, sobre todo, en los siguientes argumentos:

Creen que resulta inmoral traducir en dinero bienes inestimables como el honor o el dolor. Así, la simple pretensión de atribuir una cantidad pecuniaria a valores subjetivos les resulta escandaloso, como dice Baudry-Lacantinerie. Otro autor, llamado Bibiloni se manifiesta indignado ante un posible resarcimiento pecuniario del daño moral, y dice

que eso va contra la conciencia.

Todos ellos intentan crear en nosotros una sensación de repulsa, con expresiones pretendidamente impactantes como: ¿Qué representa un cheque ante la pérdida de un ser querido?, o ¿Qué precio tiene un padre?, ¿Cuánto vale un hermano?.

La refutación de esta pretendida inmoralidad de la indemnización de los daños morales viene por parte del argumento de que el sujeto pasivo del daño moral, al reclamar una indemnización en metálico, no está poniendo precio a sus sentimientos, sino que sólo quiere que se le atenúe en cierto modo el dolor. Supone, pues, un intento de compensación, y no una compraventa de valores afectivos, como pretendían los autores anteriores.

Cabe destacar, en este punto, a Llambías por la peculiaridad de su pensamiento, y por introducir en éste principios ético-religiosos.

Afirma que no es posible aplicar el principio de subrogación real a algo tan sublime como es el sufrimiento humano. Concibe el dolor como un medio que el hombre puede usar para conseguir su felicidad, como el camino para alcanzar la perfección moral.

Mediante el resarcimiento, se está produciendo una degradación de este sentimiento que sirve a tan noble causa, y se está cayendo en el materialismo. Considera repugnante para la moral que el dolor se pueda sustituir por placeres adquiridos con el dinero. Esto va incluso, contra el orden sobrenatural. Se está llevando a cabo una especie de prostitución del dolor.

Pero no se pueden llevar las cosas a tales extremos, porque la finalidad del resarcimiento es loable y estrictamente justa, y no cabe tacharla de materialista. Además, el valor del dolor como medio de purificación no pertenece al ámbito del

Derecho, sino al de la Ética.

Una definición tradicional de justicia hablaba de “dar a cada cual lo suyo”⁵. Según esto, el lesionado por otro, en general, debe ser resarcido, e, igualmente, el causante no debe quedar impune.

Por otra parte tampoco se puede obligar a nadie a que acepte el dolor injustamente causado de forma pasiva. No podemos llamar *materialista* al que defiende su derecho a una justa indemnización. Además, con ello no se está degradando el sentimiento del dolor, porque, precisamente, la degradación ha sido causada por el acto ilícito que se intenta reparar. Si poseer un goce no es inmoral, tampoco lo es intentar recuperarlo si injustamente se ha perdido. El resarcimiento demuestra, precisamente, la gran estimación por el derecho a los bienes personales, y no su abandono o degradación. Afirman que el resarcimiento supondría un enriquecimiento sin causa.

Este principio supone que nadie debe beneficiarse o enriquecerse injustamente a costa de otro. Pero hay que relacionar este principio con el del resarcimiento del daño causado, así que el perjuicio sufrido en el patrimonio del causante está justificado por el daño jurídico que ha cometido, e, igualmente, el aumento del patrimonio del dañado queda justificado por la misma razón. Hoy, carece de sentido hablar de enriquecimiento sin causa, porque se le atribuye al dinero la función satisfactoria, suponiendo la base de la responsabilidad civil.

⁵ Ulpiano, *Teoría de la Justicia*. Pág. 89.

- **La duración como obstáculo para el resarcimiento**

Los daños a los bienes morales, por la naturaleza inmaterial de los mismos, resultan transitorios, y no permanentes. Así, Gabba afirma que las ofensas al decoro, a la libertad personal, o a los padecimientos del ánimo son más o menos pasajeros, y sus efectos no son duraderos, por lo que no se pueden resarcir.

Pero la permanencia del daño como requisito para su resarcimiento no se exige por ninguna norma. La doctrina sí que exige como notas esenciales la certeza y la actualidad del daño, y estas se dan en las lesiones morales. Además, la duración del daño moral es muy variable según los casos, incluso alguna vez, el daño es permanente. Pero, de todos modos, la duración del daño sólo debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la indemnización, pero nunca como factor determinante de la existencia o no del daño.

- **La arbitrariedad de la indemnización pecuniaria.**

Se parte de la base de que los daños morales son invaluable económicamente. Siendo esto así, cualquier cantidad de dinero concedida en calidad de indemnización será arbitraria. Además, la jurisprudencia ha mantenido la facultad de los jueces de precisar la cantidad económica.

Todo ello hace que, en la práctica, para casos semejantes se establezcan cantidades muy desiguales.

Pero hay que tener en cuenta que se parte de la base de que el dinero no intenta hacer

desaparecer el dolor con una cantidad equivalente a éste, sino que la función del dinero será la de proporcionar otros goces. El problema será entonces determinar la cantidad. La indemnización no es exacta, pero no por ello debe excluirse. El juez, a la hora de fijarla, no tiene una unidad de medida determinada (excepto para los casos de accidentes de tráfico en los que incurre imprudencia). Tendrá bastante libertad de juicio, pero debe tener en cuenta la conciencia social, esto es, la forma en que los individuos aprecian esos bienes.

- **Posturas que afirman la reparación pecuniaria de los daños morales.**

Una vez refutados en mayor o menor medida los planteamientos de estas teorías, se tiene que aceptar que no se puede aplicar el resarcimiento a los daños morales de igual forma que a los patrimoniales, ya que los bienes morales pertenecen a la esfera personal del sujeto y no se puede establecer una función de equivalencia económica.

Por eso, no se habla ahora de esta función del dinero antes mencionada, sino de su función satisfactoria que casi la totalidad de la doctrina y la jurisprudencia aceptan.

El dinero tiene dos funciones económicas principales: la función de cambio (porque sirve para adquirir otros bienes) y la función valorativa (en cuanto sirve como medida del valor de los demás bienes).

Pero no sólo proporciona bienes materiales, ya que éstos están muy relacionados con



los bienes inmateriales sino que el dinero también facilita la adquisición de bienes morales como la tranquilidad por no tener preocupaciones económicas, o la cultura.

Además, suele ser el mejor medio de resarcimiento, preferido por los jueces, por su flexibilidad y porque el perjudicado puede emplearlo como quiera. Así, la función satisfactoria se le atribuye al dinero, no por su posesión en sí, sino por las posibilidades que otorga a la víctima de procurarse otras satisfacciones. Esto es porque gracias al dinero se pueden comprar casi todos los bienes materiales y se puede atenuar el dolor o el sufrimiento, así como costear los medios para mejorar una lesión o enfermedad.

Se ha dicho que la reparación pecuniaria en el daño moral es patrimonial en el medio, y no en el fin. Esto es porque el dinero actúa en este caso como medio para conseguir satisfacciones morales, y no como fin, es decir, no para equilibrar el patrimonio. Es muy importante puntualizar que no es necesario que el uso que se dé al dinero haga cesar o atenúe ese preciso daño moral producido. Esta neutralización no se establece como requisito de la función satisfactoria del dinero.

Muchas veces, esto no se puede conseguir, y el vacío producido por el daño moral no será llenado nunca por ejemplo, la pérdida de un familiar. De lo que se trata es de una compensación, de la adquisición de nuevos bienes morales que sirvan como contrapeso a aquél que ha sido dañado, equilibrando el patrimonio moral de la víctima.



- **Función mixta del dinero en el resarcimiento de los daños morales.**

Esta función es la mantenida por parte de la doctrina alemana cuyo principal exponente es Larenz, critican la función simplemente compensatoria del resarcimiento, basándose en los distintos niveles de vida que puede presentar el perjudicado, de forma que una persona acostumbrada a satisfacer necesidades caras, demandará una indemnización mucho mayor que una persona de nivel medio.

Por ello, además de la función satisfactoria, atribuyen al dinero la función punitiva. Según esto, la indemnización pecuniaria atendería, no sólo al daño producido, sino también, y sobre todo, a la culpabilidad del causante.

A esta función mixta se le critica la unión de las dos funciones en todos los casos, anula la función satisfactoria, porque, al introducir el factor culpa, se modifican las cuantías, muy posiblemente de modo injusto para el perjudicado o para el agresor, al tiempo que supone una verdadera pena privada. Aunque es cierto que en el aspecto subjetivo del ser humano reside el sentimiento de la venganza, esto no puede ser motivo para otorgar un derecho al perjudicado. Los tribunales alemanes se han decantado por atender primero a la compensación, y en su defecto, atribuir al dinero carácter punitivo.

Como conclusión, la indemnización pecuniaria por un daño moral cumple, sobre todo, la función satisfactoria, aunque, de paso, pueda producir un efecto intimidatorio, pero no es esto lo buscado principalmente.

- **Indemnización**

La indemnización debe calcularse sobre lo que habrían recibido las víctimas a lo largo de sus vidas laborales si no hubiera ocurrido el hecho ilícito. La suma del daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, es el total de la indemnización correspondiente.

- **Teoría de la indemnización de la pena**

Esta teoría se basa en dos puntos:

- Realidad de la existencia de una condena pecuniaria a favor del perjudicado por un daño moral.
- Idea de que el resarcimiento o reparación del daño moral no puede conseguirse en su totalidad, porque sólo los bienes patrimoniales son tasables en dinero.

Algunos autores, como Ripert, creyeron que la indemnización pecuniaria no busca realmente la satisfacción del perjudicado, sino el castigo del autor, asignándole así una función de pena privada. Esta pena privada tiene un fin intimidatorio o conminatorio, parecido al de la pena pública.

Las principales críticas que se le hacen a esta teoría son:

Supone una regresión en la evolución jurídica. Esta idea parece volver al estadio



evolutivo en que se confundían la pena y la reparación, fundamentada ésta en la venganza. Después se pasó a la idea de la compensación pecuniaria, porque se pensó que era más provechoso para la víctima.

Hoy, se distingue entre la responsabilidad civil y la penal, y la primera se fundamenta en la idea de la reparación del daño.

Pena no es lo mismo que indemnización. Mientras que la pena mira al autor (tiene carácter sancionador), la reparación atiende al perjudicado. Además, la pena se establece según la gravedad del daño, y la reparación según su magnitud.

Por último, la pena es personal e intransferible, mientras que la reparación es, en principio, transmisible. Puede realizarse por una tercera persona no causante del daño (caso de las compañías de seguros).

Además, la teoría de la pena privada es incompatible con el sistema de responsabilidad civil. Atiende, por tanto, al perjudicado, y excluye toda idea de pena privada.

1.2. Reparación psicosocial y rehabilitación

La medida de reparación psicosocial consiste en reparar el daño concreto del trauma individual y/o colectivo, crear nuevas formas de convivencia social que devuelvan la esperanza y posibiliten condiciones humanas y sociales que garanticen que no se cometerán los hechos delictivos nuevamente.

La medida de reparación psicosocial y rehabilitación tiene como objetivo contribuir a la reparación del tejido social en lo individual, familiar y comunitario. Las líneas de trabajo establecidas son:

- Rehabilitación con base comunitaria
- Fortalecimiento del tejido social
- Recuperar y fortalecer los sistemas de reparación psicosocial en el enfoque cultural en la medida de reparación psicosocial consiste en tomar los conocimientos y prácticas propios de la cultura de los beneficiarios que participarán en los procesos de reparación psicosocial.

Esto se basa en la premisa de que todas las culturas poseen mecanismos de afrontamiento de los traumas y situaciones conflictivas psicosociales, lo cual conduce a la afirmación de la existencia de varios mecanismos de afrontamiento.

1.3. Resarcimiento social y cultural

“La cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”⁶.

⁶ Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, **Recopilación de Instrumentos y Documentos Internacionales sobre los Derechos de los Pueblos indígenas**, Proyecto de la OACDH Guatemala 2004, página 94.

La medida de resarcimiento social y cultural contribuirá a este proceso intergeneracional de transformación. Estas medidas serán colectivas y transversales y se aplicarán con enfoque multicultural y de género. Serán colectivas en la calificación de los beneficiarios como en la implementación de las medidas debido a la naturaleza de construcción u desarrollo colectivo de la cultura. Difícilmente podrán implementarse acciones de resarcimiento social y cultural en forma individual.

Serán transversales porque las medidas de indemnización económica, reparación psicosocial, restitución material y dignificación basarán sus acciones en la cultura de los beneficiarios. Un programa de resarcimiento no puede reproducir patrones y acciones que sean violatorios de los derechos humanos, los cuales pretende resarcir. Particularmente deberá evitarse que algún componente se convierta en una continuidad de procesos de discriminación y destrucción cultural y social.

1.3.1. Mecanismos específicos

El documento de política del Programa Nacional de Resarcimiento en sus apartados Fundamentos Culturales “se reconoce la necesidad de reconvertir la cultura de violencia, en una cultura de respeto mutuo y tolerancia”⁷.

A nivel externo del programa, el Sub-programa promoverá y apoyará actividades de sensibilización en el conocimiento y valoración de las culturas, la interacción al nivel

⁷ Política Pública del Programa Nacional de Resarcimiento, pág. 17.

comunitario, regional y nacional. Estas actividades incluirán diálogos y uso de medios de comunicación masiva.

- Se establecerán alianzas con organizaciones de la sociedad civil y del gobierno, para la implementación de acciones específicas relacionadas con el resarcimiento cultural.
- Se buscará que las medidas del resarcimiento cultural sean sostenibles en el tiempo. Para lograrlo, se dejarán reactivadas o formados sistemas de organización que den seguimiento a las medidas aplicadas. El apoyo incluirá el fortalecimiento de tal organización.

1.3.2 Mecanismos y tipos de atención

- Atención Individual: La dimensión individual del trauma depende de los factores, tanto de internos como externos del individuo, cada persona reacciona de manera particular a las experiencias de trauma social, por ello se hace necesario considerar un espacio individual, para aquellos individuos que por la naturaleza del trauma vivido o por las secuelas derivadas del mismo, no le permitan superar el daño, necesitando de una opción individual para elaborar tales experiencias (traumatización severa, discapacidad mental y otros).
- Atención Familiar: La dimensión familiar es una categoría que como unidad social, sufrió los efectos del enfrentamiento armado interno, como estructura de desarrollo

afectivo y relacional sufrió pérdidas de sus miembros, cambios en los roles, sobrecarga de roles, separación, desplazamiento, ruptura de proyectos de vida, pérdida de las redes sociales de apoyo, crisis económica, etc. En tal sentido el abordaje de la psicología social familiar, es aplicable en los casos en que las familias necesitan un espacio específico para reconstruir y elaborar estos efectos a lo interno de las familias mejorando la comunicación, los vínculos emocionales y las interacciones entre los miembros.

- Grupos de Autoayuda: permiten a las personas que hayan vivido experiencias traumáticas similares (torturas, violación sexual, etc.) abrir un espacio protegido para generalizar sus experiencias, reconocer sus sentimientos, aliviar el dolor interno, sostenerse mutuamente, comprender del otro, solidaridad, llevar adelante soluciones que contribuya a enfrentar de manera sana los efectos psicosociales que hayan sido provocados por diversas experiencias traumáticas. Es importante tomar en cuenta que las personas que formen parte de este grupo, no deben ser estigmatizados dentro de una determinada problemática articulada a los procesos de la comunidad.

1.4 Dignificación a las víctimas: mecanismos de implementación

Las medidas de dignificación, cumplen con el compromiso del Estado de resarcir los daños ocasionados por los victimarios, compensan pérdidas y reparan moral y simbólicamente las víctimas.

Las medidas de dignificación en sí mismas, consisten en dar a conocer los hechos, en

reivindicar el buen nombre de las víctimas; consisten en mantener viva la historia, en darles fin a procesos de búsqueda, a los duelos inconclusos; en contribuir a que las víctimas recuperen su propia estimación y aprecio.

La base de la dignificación es devolver a las víctimas y a la sociedad la misma parte de su esencialidad humana.

- **La cláusula penal como mecanismo de implementación**

La cláusula penal es la estipulación puesta en la relación obligacional, a través de la cual las partes fijan la reparación (sanción) para el caso de incumplimiento. O sea que su propósito es resarcir los daños anteladamente valorizados.

La cláusula penal, llamada también cláusula convencional, es pues una promesa accesoria añadida a la relación obligacional (contrato) por lo cual el deudor se allana a pagar una multa o a efectuar otra prestación para el caso de incumplimiento o retardo injustificado de la obligación que nace del contrato. Obviamente su finalidad es resarcir al acreedor de los daños y perjuicios. Puesto que la cláusula penal es convencional, la pena es independiente de la efectividad y de la prueba del daño; descarga al acreedor de la prueba de los daños, haciéndole más fácil las cosas.

La cláusula penal opera tanto en los casos de incumplimiento total o de cumplimiento parcial o irregular (defectuoso). Si bien no es necesaria la prueba del daño, se requiere que la inejecución total, parcial o irregular de la obligación obedezca a causas



imputables al deudor sea por dolo o por culpa, a menos que se haya pactado lo contrario.

Según Felipe Osterling Parodi “La cláusula penal se concibe como una relación obligacional destinada a que las partes fijen la reparación para el caso de incumplimiento”⁶. Además puede operar en los casos de incumplimiento total o de incumplimiento parcial o irregular de la obligación. Como modalidades específicas del cumplimiento parcial o defectuoso, el Código Civil consigna normas tanto sobre su estipulación en resguardo de un pacto determinado como para el caso de mora.

Aunque no es necesaria la prueba del daño, la exigibilidad de la cláusula penal requiere, que la inexecución total, parcial o irregular de la obligación, obedezca a causas imputables al deudor sea por el dolo o por culpa, salvo pacto en contrario.

La cláusula penal puede estar constituida por cualquier obligación de dar, hacer o no hacer, sin exigirse que ella consista en la obligación de pagar una suma de dinero.

El resarcimiento al acreedor, por otra parte, se entrega tanto sólo por la penalidad estipulada, salvo que se hubiere convenido la indemnización del daño ulterior, como su monto, deberán probarse.

Según Luis Romero Zavala, señala que al respecto existe una profunda investigación doctrinaria y consigna algunos autores:

Castañeda explica que “la cláusula penal es un pacto accesorio, en el que se estipulan

⁶ Osterling Parodi, Felipe. **El daño en Materia Penal Sustantiva**. Pág. 45.



penas o multas contra el deudor que dejare de cumplir o retarde el cumplimiento de aquello a que se obligó⁹. Y precisa que la obligación cómo cláusula penal no es una sola; son dos obligaciones; una principal y otra sola aplicable en caso de mora o inejecución del principal.

Debe destacarse el requisito del pacto, porque esta referencia está orientada, sin duda alguna a los contratos. Precisamente, es en los contratos donde se la encuentra con mayor reiteración y específicamente en los de compra venta, cuando se difiere la entrega del bien, consignándose la cláusula penal para el supuesto de retardo. Se asegura de esta manera el cumplimiento oportuno por el obligado.

León Barandiarán, transcribe de Endermann que “la pena convencional es una prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor, para el caso de incumplimiento de su obligación o para el caso de cumplimiento no regular”¹⁰. Su fin consiste tanto en ofrecer al acreedor un medio conminativo y severo contra el deudor, especialmente para disuadirle de adoptar un proceder contrario a lo prometido, cuando también consiste en descargar al acreedor de la estimación de su petición por razón de los perjuicios. La prestación prometida es pena, en cuanto de antemano importa un interés ya estimado.

En la cláusula penal, entonces, luego de celebrada queda sola la obligación para el deudor. Es promesa unilateral hecha al acreedor, concediéndole de antemano el descargo de acreditar la existencia de daños y perjuicios y también de la estimación de

⁹ **ibíd.**

¹⁰ León Barandiarán, **Derecho Civil, Obligaciones**. Pág. 77.



tales perjuicios, convirtiéndose así en elemento disuasorio para la adopción de un comportamiento contrario al que debe realizar para el cumplimiento de la prestación principal. La prestación prometida en la cláusula penal es pena civil, vale decir sanción económica.

- **Funciones que cumple la cláusula penal**

Por lo general la función que siempre cumple la cláusula penal es la función de garantía, es decir, de protección o aseguramiento del crédito, sin embargo, ya en la práctica, la pena convencional puede desarrollar distintas funciones en virtud de la configuración otorgada por las partes y permitidas por la ley.

- a) **Función indemnizatoria**

Se encuentra actualmente en debate la idea de considerar a esta como una función principal o una exclusiva. Esta función esta destinada a limitar la reparación de los perjuicios que pudieran originarse como consecuencia del incumplimiento de la obligación. Se trata de un pacto que opera a manera de tope convencional, acordado por anticipado y que liquida a la cuantía de los daños.

La función indemnizatoria debe ser apreciada como el evalúo anticipado por las partes de los daños y perjuicios que el incumplimiento pudiera causar. Dicho en otros términos es la penalidad convenida y no los daños y perjuicios realmente causados la que deberá considerarse como monto indemnizatorio a pagar.



b) Función compulsiva

La compulsividad será mayor cuando mayor sea el monto de la pena y más aún si ésta es intangible por el juez. Sin embargo la inmutabilidad de la pena es cuestionable, sobre todo en las relaciones de mercado, que es donde las relaciones obligacionales operan.

c) Función resolutoria

Esta función permite darle efectos resolutorios a la cláusula penal, en la medida en que la ejecución de la pena tendrá efectos resolutorios del contrato. Esta función tiene como finalidad, sustituir la prestación principal incumplida. Ello determina que si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada, ya no podría subsistir la obligación principal: es decir, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal por encontrarse extinguida.

Tal temperamento configura un caso semejante a la resolución contractual, puesto que la finalidad de la pena obligacional sería dejar sin efecto un contrato por la existencia de un vicio sobreviviente al tiempo de su celebración.

d) Función liberatoria

Capacidad liberatoria, como también se le llama, podría cumplir el papel de una especie de pena de arrepentimiento, por cuanto el deudor podría, a su libre arbitrio, librarse de la obligación principal pagando la pena convenida, es decir que el deudor tendría el



derecho de elegir entre cumplir la prestación principal o pagar el dinero de arrepentimiento.

Esta función podría tener alguna virtualidad en las obligaciones con prestaciones "intuito personae", por cuanto ante la negativa del deudor de ejecutar la prestación principal, el acreedor tendrá que conformarse con el cobro de la pena. No obstante, tal consecuencia debe desestimarse en otro tipo de obligaciones en las que el acreedor, dentro de los medios que le otorga la ley, pueda procurarse la ejecución de la prestación por un tercero a costa del deudor, en cuyo caso la prestación sería cumplida aún contra la voluntad del deudor.

En todo caso, la llamada pena convencional liberatoria constituye en realidad un supuesto de obligaciones facultativas donde el deudor se libera con la realización de una prestación diversa.





CAPÍTULO II

2. La víctima y el proceso penal

La víctima y el derecho penal siempre han estado ligadas íntimamente sin embargo los mecanismos de ejecución y desarrollo han evolucionado a través del tiempo dando así una dinámica al derecho penal como ciencia en desarrollo.

2.1. Antecedentes

Si observamos el estado actual del sistema penal, advertimos la existencia de una verdadera transición en el tratamiento de la víctima, dado que desde hace bastante tiempo su situación esta siendo repensada y reelaborada.

Para poder cuantificar la magnitud de estos cambios debemos repasar, lo ocurrido con ella a lo largo de la historia.

Se advierte un primer momento en el cual el Estado encomendó exclusivamente al ofendido la persecución penal estableciendo, en consecuencia, que las acciones procesales emergentes de los delitos eran solo privadas.

Considerando que muchas veces por desidia, otras por miedo, a veces por falta de capacidad, etc., la víctima permanencia inactiva, se realizó un cambio fundamental con aquellos ilícitos que se entendían causaban alarma social.



Para estos supuestos el Estado se hizo cargo de la acción, por lo que está pasó a ser de ejercicio público. Ello originó un órgano específico encargado de su promoción y desarrollo: el Ministerio Público Fiscal.

Fueron muy variadas las posibilidades de actuación de esta oficina, existiendo sistemas como el imperante básicamente hoy en nuestro país donde se la encorsetó legalmente, a tal punto que siempre que se encontrase en presencia de un aparente delito de acción pública debía necesariamente accionar (salvo contadas excepciones expresamente previstas) y una vez puesta en marcha la acción no podía disponer de ella de manera alguna.

Esta modalidad, ocasionó en los hechos una verdadera confiscación por parte del Estado del conflicto de la víctima, cuyas decisiones sobre las consecuencias penales del hecho que sufrieran eran absolutamente irrelevantes (por ejemplo ninguna importancia tiene que el ofendido quiera retirar la denuncia).

Por el contrario, en otras latitudes el sistema se estructuró distinto, dándole mayor importancia al consentimiento de la víctima y mayores facultades a la fiscalía, la que podía utilizar para el ejercicio de sus funciones criterios de oportunidad.

Ubicándonos en nuestra realidad observamos que la combinación de los delitos mayoritariamente de acción pública perseguible de oficio, con una fiscalía acotada por el marco impuesto por el sistema de la legalidad, generó una situación que, en muchos casos, es extremadamente gravosa para la víctima.

Ello se evidencia tanto cuando el ofendido está muy interesado en la persecución penal

como cuando, en otro extremo, entiende que lo perjudica, produciéndose una re victimización. (Primero víctima del delito y después víctima de la relación del Estado frente al delito).

2.2. El consentimiento de la víctima

Evidentemente en el complejo mundo de las relaciones interpersonales podemos sostener que toda la comunidad sufre las consecuencias de los delitos.

Pero también es cierto que –dentro de esa comunidad- quienes son puntualmente víctimas de esos delitos sufren mucho más que el resto.

A los intereses colectivos comprendidos en esta cuestión los defiende el Ministerio Público Fiscal.

¿Y quien defiende los intereses de las víctimas?

Se ha contestado que ello también es tarea de la fiscalía, pero en un sistema como el nuestro, donde impera la legalidad (en lugar de la oportunidad) y donde la designación del fiscal se produce sin ninguna participación del ofendido, se hace difícil sostener esa posición.

Basta imaginar una serie de hipótesis para advertir que desprotegidos, cuando no literalmente abandonados, están los ofendidos.

Suponer que la víctima, a quien el orden jurídico le prohíbe la justicia por mano propia, quiere, justa y legítimamente, la condena de su agresor.



Imaginar también que la fiscalía interviene en la causa no despliega una actuación procesal que satisfaga las expectativas del agraviado.

Pensar además que los pedidos que éste le formula (sobre pruebas, estrategias procesales, argumentos, etc.) son rechazados o ignorados.

Paralelamente a ello, a esa víctima cuyo consentimiento a favor o en contra de la persecución penal le es tan indiferente al Estado, se le exige gravosas cargas públicas: testimoniar, enfrentarse a careos y reconocimientos, etc., sin dejar de lado las demoras y cuando no malos tratos, eventualmente ocasionados cada vez que deben participar en actos procesales.

Enfrentar varias veces al doloroso recuerdo de lo vivido, dejar de trabajar, asumir situaciones de riesgo, etc. son aportes que se le exigen a la víctima mas allá de su voluntad, invocándose que ello es necesario para administrar justicia.

Pero a esas víctimas no se le atiende en sus deseos y pedidos, por más razonables y justificados que sean. Es mas, ni se le informa del desarrollo de la causa porque no es parte (si es que no asumió papel procesal concreto).

2.3. Cambios

Si entendemos que la finalidad del sistema penal es en definitiva una sociedad pacífica, y que la pena debe lograr re personalización positivas de quienes transitan por ella, es imprescindible en muchos casos revalorizar las situaciones interpersonales de los



interesados y posteriores al delito.

La víctima debe ser atendida en la doble acepción de la palabra, esto es darle atención como servicio y prestarle atención en cuanto no prescindir de sus decisiones.

Todo ello en un marco adecuado, donde sea tratada con la delicadeza que su crítica situación merece.

Por lo siguiente se define el catálogo de derechos que a continuación se describe:

2.4. Catálogo de derechos

Los modernos códigos incorporan en su articulado verdaderos catálogos de derechos de aquellos que han sufrido en carne propia los efectos del delito, reconociendo el derecho a ser subsidiado en los gastos de traslado por su participación en la causa, ser protegido física y moralmente, a ser informado de sus derechos y del estado del proceso, etc.

En este sentido podemos traer a colación los Artículos. 79, 80, 81 del nuevo Código Procesal Penal de la nación.

Es interesante destacar que el primero de los derechos que consagra para la víctima ese cuerpo normativo es que se le dé **un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes.**

Si reflexionamos sobre ello, advertiremos que parece sobreabundante que un Código Procesal lo disponga, tanto porque toda persona merece ese trato (sea víctima o no)



como porque esto excede la reglamentación del trámite (materia de los Códigos de rito).

En esta circunstancia, a la manera de “lapsus”, exterioriza una realidad profunda y subyacente: las víctimas no son tratadas habitualmente en forma digna y respetuosa por las autoridades.

En consecuencia son realmente positivos este tipo de enunciados, mas allá del tecnicismo legal, porque en estos temas delicados lo que abunda no daña.

2.5. Participación procesal

Para aquellas víctimas que quieran tomar parte en el proceso los sistemas procedimentales tienden a darles legitimación adecuada, ya sea como actores civiles, si solo pretenden la reparación o indemnización del daño, o como querellantes conjuntos, si desean en relación a la pretensión punitiva.

Respecto a esto último hay que buscar, como punto de equilibrio, aquel que pasa por respetar todos los intereses en juego: los de la comunidad a través del fiscal, quien es el actor penal por excelencia en aquellos delitos que trascienden las cuestiones privadas y los de la víctima, que si lo desea debe poder actuar como coadyuvante.

2.6. Centro de asistencia a la víctima

La experiencia ha enseñado que muchas veces, por más loable que sea un

reconocimiento nomológico de derechos, no basta para cambiar la realidad.

Por ello, la organización de centros específicos que tengan por función asistir, asesorar y representar a las víctimas, es imprescindible en toda política criminal que quiera enrolarse en la reivindicación de los ofendidos por los delitos.

2.7. La importancia del fiscal en el juicio penal

Hace un tiempo se realizó una compulsa entre alumnos de derecho procesal penal de la Facultad Estatal local respecto a quien consideraban el sujeto más relevante en un juicio penal y de tres opciones posibles: Juez, Imputado, Fiscal, recibieron el voto solo dos de los primeros, quedando el último - por lógica consecuencia- como el menos trascendente.

Evidentemente la pregunta no apuntaba a su importancia técnica, dado que son todos necesarios y esenciales, sino a analizar la cuestión desde una lectura de la realidad y los papeles que concretamente desempeñan.

Es posible que ese resultado encuentre su causa en el sistema procesal penal que nos rige, donde la jurisdicción (los jueces) se introduce (dada la referida mecánica legal) en terrenos que por lógica no le corresponde, quitando espacio a la actuación del fiscal.

Así se advierte como son los jueces instructores lo que recogen las pruebas que luego tendrá que utilizar el fiscal para desempeñar su papel, acusando precisamente ante los jueces.



Este fenómeno tiene su raíz en la inquisición, donde se confunde juez y parte (en este caso parte actora penal), y en esa confusión el juez subsume la función acusadora.

En los sistemas acusatorios (como entendemos surge de nuestra constitución) debe profundizarse la división juez y parte, garantizando en esa división el lógico equilibrio que requiere todo proceso.

Al hacerlo así el fiscal retoma su autonomía y entonces su función no es oscurecida por otros sujetos.

El primer síntoma de esa independencia radica en que el fiscal debe ser quien investigue y recoja pruebas para luego acusar, produciéndose el múltiple efecto de dejar en manos del interesado esa recopilación probatoria y evitar contaminar la independencia de los jueces a las partes.

Es indudable que no suena muy garantizador de imparcialidad que un juez recopile pruebas, en base a esas pruebas procesa y luego le remite todo ese material al fiscal para que acuse al procesado.

Después ese mismo juez, dictará sentencia: eso sí, afirmando que es imparcial y que no tiene vinculación funcional con ninguna de las partes.

Ello ocurre en nuestro actual juicio penal de competencia correccional y en la justicia federal.

Se desdibuja así tanto al fiscal (a quien se lo margina de su función) como juez, que de hecho parece que trabaja para una de las partes (el fiscal), recopilando pruebas que este ha de usar en un juicio, justamente ante su mismo juzgado.



El actual proyecto de reforma para la justicia penal nacional prevé un profundo cambio en la estructura y funcionamiento de la fiscalía penal, y básicamente tiende a establecer la llamada citación directa, mediante la cual es el fiscal el que investiga y recoge pruebas para acusar ante un tribunal imparcial a quien afirma autor de un hecho punible.

Pero la reforma perseguida no solo es esa, sino que también tiende a estructurar a las fiscalías en forma moderna y operativa, de manera que un juicio penal – fundamentalmente de los delitos conocidos como de cuello blanco a los poderosos estudios jurídicos de las defensas se enfrentan fiscalías también poderosas, evitando la otra desigualdad que a veces ocurre en la vida judicial cotidiana.

En el actual régimen –salvo muy contadas excepciones donde la fiscalía asumió una estructura distinta a la ordinaria- si en el proceso penal existe alta complejidad, (como por ejemplo en el enjuiciamiento referido a un delito de subversión económica o a una monumental estatal) numerosos abogados respaldados por técnicos de las mas diversas materias suelen asistir al imputado, y frente a ello el Estado coloca para la acusación a un solo fiscal, de primera instancia, con deficiencias en la infraestructura de la agencia que ocupa (empleados, computadoras, etc.) que por lo conocidas no vale la pena comentar.

El actualmente divulgado dicho que solo se condena a ladrones de gallinas y no a delincuentes vinculados a importantes hechos económicos, reflejan un sentir popular ante una dura realidad que las estadísticas suelen encargarse de ratificar.

Este fenómeno, estimo, encuentran en este punto de análisis una de sus principales

causas (aunque no la única); la reestructuración del Ministerio Público Fiscal dará en este sentido un proceso más garantizado y más eficaz.

No se debe olvidar que es el fiscal quien representa a la comunidad en la persecución jurídica de los presuntos delincuentes y es él, en definitiva, el abogado de la víctima y de todos los que junto a ella se sienten también víctima de la conducta poco valiosa y delictiva que motiva el juicio.

2.8. ¿Víctima del delito o víctima del proceso?

Se suele decir que cuando se comete un delito toda la comunidad sufre sus consecuencias, y eso es cierto.

Pero también es cierto que, dentro de esa comunidad, quien fue víctima de ese delito sufre mucho más que el resto.

Entonces es lógico, coherente y justo que el Estado y la ley, al reaccionar ante la comisión de un ilícito, otorguen un trato diferenciado a aquel que sufre en forma diferencial sus defectos.

Lamentablemente ello no suele ocurrir, y la víctima no recibe esa respuesta sino que, por el contrario, el procedimiento que se desencadena le causa nuevos, serios y evitables agravios.

Este fenómeno se conoce como la re victimización, pues el que sufre por el delito vuelve a sufrir con el trámite legal que se pone en marcha para investigarlo y juzgarlo.



Invocándose la carga pública que significa atestiguar, y siendo víctima, que normalmente conoce detalles del hecho investigado, un sujeto de prueba muy valioso, se le exige que preste su relato una y otra vez ante la policía o ante el tribunal, que reconozca personas u objetos, que participe en careos, todo en aras de descubrir la verdad y poder sancionar al culpable.

Ello, motivado en reconocidos y elogiados objetivos, muchas veces hace olvidar que la víctima vuelve a sufrir mucho por esa circunstancia, dado que su actuación implica revivir la angustiada experiencia padecida.

Se suma la pérdida de tiempo que exige esa colocación con la justicia, tiempo que muchas veces excede el realmente necesario, pues las demoras cuyas causas no es el momento analizar- vuelven a perjudicar a aquel que ya se vio dañado por el hecho que se esta investigando.

A veces no se trata solo del doloroso recuerdo y de la pérdida de tiempo, sino que también aparece el tema de la seguridad.

Cuantas veces los testigos son amenazados, y entonces prestar su testimonio se convierte no solo en el cumplimiento de un deber legal, sino en un acto heroico.

Ahora bien, a esa misma persona, a la que tanto se le pide como aporte al interés colectivo de administrar justicia, es a la que muchas veces se le niega información sobre el estado de la causa invocando que ella no es parte y a quien numerosas legislaciones procedimentales, como la santafecina, le impiden constituirse en parte querellante, limitándose su eventual actuación a pretender una reparación del daño.

Es mas, la víctima suele sentir y con razón que el Estado la abandona, pues frecuentemente, por la situación en la que coloca el delito sufrido, necesita de un apoyo y atención especial y no encuentra ningún organismo oficial predispuesto para acogerla, comprenderla y ayudarla.

Se suma a ello que el sistema penal coloca el acento en el imputado y en la pena, y posterga, casi insensiblemente, la búsqueda oficiosa de la reparación del daño, objetivo que hay que priorizar respetando las garantías constitucionales.

Esta realidad determina que una reforma integral del sistema debe dedicarle un capítulo muy importante a esta cuestión.

Los cambios que se proporcionan sobre el particular incluso exceden el marco de lo procedimental y se refieren al derecho de fondo.

Desde ese punto de vista, insisto en que el derecho penal debe darle una importancia fundamental a obtener que el responsable repare el daño causado como forma de valorizar la angustiante situación de la víctima.

En tal sentido, la conducta del acusado debe ser uno de los extremos a analizar para conocer el beneficio de la suspensión del juicio y su sometimiento a prueba cuando esta posibilidad se incorpore a la legislación nacional.

Y sin llegar a ese extremo discriminante, debe reconocérsele gran importancia a este aspecto para graduar la pena, a tal punto que si para conseguir la reparación es necesario pagar el costo de una pena menor, deben en principio asumirse esa posibilidad como conveniente.



Pueden haber resistencias a esta postura, pues se esgrime que esa forma es fácil delinquir bastando la reparación para quedar impuesto o al menos limitar la sanción.

No obstante que ello no es así, creo que es mucho mas preocupante verificar innumerables casos en los cuales por no presentarse estímulos a la reparación, ésta no acontece y en la hipótesis de una condena la sociedad observará entre rejas –en el mejor de los casos- al delincuente, pero la víctima seguirá dañada y nada se ha hecho oficiosamente para resarcirla.

Estos planteos reparadores apuntan a obtener una conducta voluntaria, aunque no espontánea, del imputado, quedando siempre la posibilidad de la promoción de acciones civiles si ello no se logra, consciente de que estas a veces no son lo suficientemente eficaces para obtener resultados concretos.

- **Desde el punto de vista procesal e institucional, las propuestas de cambio apuntan fundamentalmente a tres grandes pilares:**

a) Este tema conocido técnicamente como del querellante conjunto, ha generado muchas discusiones entre los especialistas y legisladores, pero es innegable que si se impide al ciudadano realizar justicia por mano propia –pues el Estado monopoliza para sí esa función- no puede menos que permitirse al ofendido por el delito que participe activamente en el juicio. Esta actuación en el procedimiento debe ser subordinada al accionar del fiscal, verdadero representante de la sociedad y en el juicio originado en el delito.



b) En primer término debe reconocérsele a la víctima la posibilidad de participar en el procedimiento como parte actora, no solo si pretende una reparación del daño, sino también si busca que se condene al culpable a una justa pena.

c) Para el supuesto que el interesado no quiera una participación como la referida, es ineludible permitirle estar enterado al detalle de las actuaciones que se han desencadenado a raíz del hecho sufrido y debe ser notificado expresamente de la sentencia que se dicte como acto respetable y responsable del Estado frente a él.

d) Por otra parte, debe existir un organismo público predispuesto que le permita a la víctima recibir, de inmediato, una asistencia integral en lo jurídico, en lo psicológico, e incluso en lo material, aporte que excede la reparación puntual del daño por parte del causante y que colabora a que esta se obtenga.

En este aspecto pensamos por ejemplo en un jubilado a quien mensualmente se deposita una renta percibida, o en la mujer violada, o en el padre de familia que pierde su única vivienda por una estafa y se percibirá cuan necesario e imprescindible es ese tipo de sentencia.

Esta institución oficial es donde debe acudir quien es víctima de un delito para recibir asesoramiento y apoyo y luego, con ese respaldo institucional, acceder a la justicia.

Desarrollar estas ideas básicas excede la finalidad de estas líneas, cuyo objetivo es exhibir un aspecto del sistema penal y procesal penal que se tiene, postulando posibles soluciones a los problemas.



Estas reflexiones y propuestas no son nuevas ni originales, ya en algunos casos se ha avanzado en ese aspecto.

Imaginar un nuevo sistema penal y de enjuiciamiento penal, olvidándose de la víctima, es marginar una vez mas a aquel con quien la sociedad esta en deuda, pues así como se sostiene que el delito afecta a todos, colaborar con quien sufrió particularmente sus consecuencias es también responsabilidad de todos.





CAPÍTULO III

3. Los daños

En los sistemas jurídicos de tradición continental el daño que es causado por culpa o dolo debe ser reparado, conforme al principio general de la responsabilidad civil. Esta reparación, actualmente, se extiende tanto al daño material como al moral, pues los ordenamientos por regla general no la restringen a alguno en particular.

3.1. Definición de daños

Ossorio lo define como “el detrimento perjudicioso, menoscabo, dolor, maltrato de una cosa”¹¹.

Puig Peña, dice “que es el mal producido en las personas o en las cosas, a consecuencia de una acción que recae sobre ellas”¹².

Benjarano Sánchez, dice que “el daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos, patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición”¹³.

¹¹ Ossorio. **Ob.Cit.**; pág. 742

¹² Puig Peña, Federico, **Tratado de derecho civil español** pág. 23.

¹³ Benjarano Sánchez, Manuel, **Obligaciones civiles**, pág. 1984.



Según Cabanellas, el daño "es toda suerte del mal material o moral, el detrimento, perjuicio o menoscabo, que por acción de otro recibe en la persona o en los bienes" ¹⁴.

Zannoni, define el daño, "como el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio"¹⁵.

3.2. Los daños en Guatemala

Nuestra legislación penal sustantiva, en el Artículo 278 del Decreto 17-73 Código Penal del Congreso de la República de Guatemala establece: daño: quien de propósito, destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo deteriorare, parcial o totalmente un bien de ajena pertenencia, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales.

El daño penal, es una variedad del daño civil, tienen por consiguiente daño penal y daño civil grandes semejanzas, diferenciándose el daño penal sin embargo por dos características:

- Que el hecho ha de encajar en alguna de las figuras del delito.
- Conforme a la jurisprudencia establecida, que en el hecho concurra el ánimo específico de dañar.

¹⁴ Cabanellas. **Ob.Cit.**; pág. 265.

¹⁵ Zannoni, Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil.** pág. 55.

Según nuestra legislación, se requiere de un propósito específico de menoscabar el valor del bien ajeno.

González de la Vega, expresa, que “la línea divisoria que permite distinguir el daño de otros delitos patrimoniales a los que hemos llamado delitos de enriquecimiento indebido, es la ausencia de lucro directo, el dañador ni para sí ni para otro se hace de lo ajeno, su acción alcanza el simple atentado en la cosa”¹⁶.

3.2.1. Elementos del daño:

En los sistemas jurídicos de tradición continental el daño que es causado por culpa o dolo debe ser reparado, conforme al principio general de la *responsabilidad civil*. Esta reparación, actualmente, se extiende tanto al daño material como al moral, pues los ordenamientos por regla general no la restringen a alguno en particular.

3.2.1.2. Material

“El hecho de destruir, inutilizar, desaparecer o determinar un bien ajeno, en cualquier forma”¹⁷.

¹⁶ González De La Vega, Francisco, Derecho penal mexicano. pág. 532

¹⁷ Diccionario de La Real Academia Española. Vigésima Edición.

3.2.1.3. Interno

El querer realizar el propósito directo. El Artículo 11 del Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal, establece: Delito Doloso: el delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto, o cuando sin perseguir ese resultado, el autor se le presenta como posible y ejecuta el hecho.

Se encuentra dentro de la norma citada dos clases de dolo, el dolo directo, que según De León Velasco y De Mata Vela, “también se le conoce como dolo intencional o dolo determinado. El dolo eventual, siendo este tipo de dolo, cuando el sujeto se presenta y el resultado como probable producción, es una categoría entre el dolo y la imprudencia”¹⁸.

3.3. Características

- **Cierto:** El daño debe haberse materializado, no se puede hablar de un daño futuro o eventual, más bien debe haberse dado, ser real o efectivo, debe constituir una afección al patrimonio de bienes y derechos de los agraviados.
- **Individualizable:** Singular respecto a un sujeto o grupo de sujetos determinados, esto es en general, por todos los particulares y que vaya en contra del principio de igualdad ante las cargas públicas.

¹⁸ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, **Derecho Penal Guatemalteco**. pág. 172

- **Integralidad:** Ese daño puede ser moral, el daño en el patrimonio del particular no necesariamente debe ser sobre algo material, lo que realmente importa es que sea evaluable económicamente, por ello se habla de integralidad.

3.3.1. En la ley

El Artículo 278 del Código Penal, regula el daño y nos da las características del mismo, siendo las siguientes:

Deterioro: a lo que según Ossorio, denomina "averías o desperfectos"¹⁹.

Entiendo que se refiere a ese desperfecto que puede sufrir una cosa o bien, de propia o ajena pertenencia.

Menoscabo o destrucción: Ossorio, nos dice que es "ruina o aniquilamiento"²⁰.

Deja pues nuestra legislación en total ausencia de regulación la forma culposa en este delito, pues como se desprende de la norma legal, se necesita un dolo directo para la configuración del mismo. Lo cual no significa que el mismo equivale a la detención ilegal con violación a las garantías constitucionales previamente establecidas, ya que si bien es cierto, el dolo se da de manera directa, no menos cierto es que existe el proceso legal para que se de la aprehensión correspondiente.

¹⁹ Ossorio. **Ob.Cit.**; pág. 210

²⁰ *Ibíd.*

3.3.2. En la doctrina

La doctrina establece que el daño es el acto ilícito ejecutado a sabiendas, de causar perjuicios a otra persona o a sus derechos. Consiste, dice la doctrina, en la destrucción, inutilización, desaparición o cualquier otro daño de una cosa mueble, inmueble o semoviente, total o parcialmente ajena, cuando el derecho no constituye delito más grave, el daño ajusta su gravedad al objeto sobre el que recaiga. La ilicitud en el daño no es de carácter general o indiferenciado, sino que contiene el concepto de ilicitud con vista preferentemente a una de sus consecuencias eventuales, como la punibilidad en lo penal y el resarcimiento en lo civil. En virtud de lo anterior, considero que las principales características de los daños en la doctrina son:

Ilicitud: que es de carácter particular, esto es, que se circunscribe la tipificación del delito al hecho concreto, al hecho en sí.

Que la sanción que deviene de la comisión, retrata la hipótesis normativa, en el entendido que si la hipótesis se cumple, la consecuencia sólo será por el hecho cometido, sin inmiscuir otra conducta que se asemeja o encaje dentro de los daños, porque de lo contrario sólo se penaría el delito más grave, no así los daños.

3.4. Clases de daños

Los daños como los delitos en materia penal poseen un catalogo de ejemplificación y patrones tanto jurídicos como sociales los cuales delimitan su tipo y especie.

3.4.1. Según la materia que los regula

- **Daños en el derecho civil:** En el derecho civil el daño es el primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil y de la consecuente obligación de repararlo. El daño se puede definir como toda desventaja en los bienes jurídicos de una persona y, para ser tenido en cuenta debe ser cierto (al menos con una certeza relativa), no eventual. El daño se puede clasificar en daño emergente y lucro cesante. El primero hace referencia a la disminución patrimonial directa derivada de la actuación dañosa, mientras que el segundo se refiere a la ganancia dejada de obtener por ella, la pérdida de algo que habría llegado a formar parte del patrimonio si el evento dañoso no se produce.

También se reconocen los llamados daños morales, que son los que lesionan los derechos derivados de la personalidad y entre los que destacan aquellos que afectan a la salud, la libertad, al derecho, al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.

El daño puede ser consecuencia de una acción negligente, de alguien con quien la víctima no estaba unida por ningún tipo de relación contractual anterior, dando lugar a



la responsabilidad civil extracontractual o ser producto en concreto de un incumplimiento de contrato, en cuyo caso se está ante la responsabilidad civil contractual.

La indemnización, es una suma de dinero que se paga a una persona que ha sufrido un daño o perjuicio, para que con ella quede indemne o, al menos, compensada de la pérdida producida. Si se trata de un daño material, el derecho intenta siempre la reparación en forma específica, así, el daño producido en el automóvil como consecuencia de un accidente de tránsito será resarcido. Sin embargo, hay casos que no admiten la reparación en especie, como son los daños físicos personales o los daños morales, en estos supuestos, el dinero no cumple en realidad una función reparadora, pues no es posible entender ni aceptar que la pérdida de un brazo, una invalidez permanente o la muerte de un ser querido valen o se traducen en una determinada cantidad de dinero. Sin embargo, el dinero puede servir como fórmula de compensación, incluso cuando se trata de un procedimiento muy tosco.

En el derecho civil, la indemnización puede responder a un doble origen, según se encuentren la víctima y el causante del daño vinculados con antelación por un contrato o no estén relacionados por ningún acuerdo. En el primer supuesto, la indemnización es la respuesta a la responsabilidad civil contractual (como la que debe asumir el constructor de un edificio frente al cliente que lo encargó, por los vicios o defectos de la construcción o el mecánico que lleva a cabo defectuosas reparaciones en el vehículo y provoca que se incendie). En el segundo caso, se trata de responsabilidad civil extracontractual, las partes no se encontraban vinculadas por una relación contractual



previa (atropello de automóvil, accidente de caza, pedrada que un niño propina a otro en un parque, por ejemplo). Para que pueda haber indemnización, debe existir relación de causalidad entre la acción o la omisión dañosa y el daño producido.

El Artículo 1434 del Código Civil, Decreto Ley 106, establece: los daños que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencias inmediatas y directas de la contravención, ya sea que se hayan causando o que necesariamente deban causarse.

El Artículo 1645 del mismo cuerpo legal precitado establece: toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Como puede determinarse al tenor de las normas legales citadas, dentro del derecho civil, los daños se traducen en la pérdida y perjuicio que sufre la persona que ha causado el daño en la obligación de repararlo, pero debemos tomar en cuenta, que no se traduce en pena, si no más bien es un reclamo patrimonial del sujeto particular.

- **Daños en el derecho penal:** Se contempla este delito cuando alguien los causa en propiedad ajena si su actuación no está penalizada por otro motivo. Asimismo, el delito de daño se entiende agravado si se realiza para impedir el libre ejercicio de la autoridad o como venganza de sus determinaciones, cuando se causa por cualquier medio de infección o contagio de ganado, empleando sustancias venenosas o

corrosivas, si afecta a bienes de dominio o uso público o comunal o cuando se arruina al perjudicado o se le coloca en grave situación económica. También adquiere especial gravedad este delito si se destruyen, dañan de modo grave o se inutilizan para el servicio, aunque sea de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las fuerzas armadas o de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

En la actualidad en muchos países también se condena, como autor de un delito de daños, a quien por cualquier medio destruye, altera, inutiliza o empleando otros procedimientos daña los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos.

El Artículo 278 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, establece: Daño. Quien de propósito, destruyera, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo deteriorase parcial o totalmente, una bien de ajena pertenencia.

Como puede determinarse, de la definición de la norma legal citada, los elementos del daño se traducen en un elemento material que consiste en el hecho de destruir, inutilizar, desaparecer o deteriorar un bien ajeno, en cualquier forma y un segundo elemento interno que está representado por el querer realizarlo, el propósito directo.

En consecuencia, dentro del derecho penal, el daño se traduce en el mal que se causa de forma dolosa, es decir, que la persona lo ha previsto o cuando sin perseguir ese



resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el hecho.

Además, el daño penal es una variedad del daño civil, tienen por consiguiente daño penal y daño civil grandes semejanzas.

Éste si embargo, el daño penal, puede distinguirse por dos características: Que el hecho ha de encajar en alguna de las figuras del delito. Conforme a la jurisprudencia establecida, que en el hecho concorra ánimo específico de dañar.

Según nuestra ley, se requiere un propósito específico de menoscabar el valor del bien ajeno, precisamente la línea divisoria que permite distinguir el daño de otros delitos patrimoniales a los que se llaman delitos de enriquecimiento indebido, es la ausencia del lucro directo. El dañador ni para si ni para otro se hace de lo ajeno; su acción alcanza al simple atentado en la cosa.

- **Daños en el derecho laboral:** El Artículo 78 del Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República, preceptúa que la terminación del contrato de trabajo conforme a una o varias de las causas señaladas dentro del Artículo 77 del mismo cuerpo legal, surte efecto desde que el patrono lo comunique por escrito el trabajador, indicándole la causa del despido y éste cese efectivamente en sus labores, pero el trabajador goza del derecho de emplazar al patrono ante los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, antes de que transcurra el término de la prescripción; con el objeto de que pruebe la justa causa en que se fundó el despido.



Si el patrono no prueba dicha causa, debe pagar al trabajador a título de daños y perjuicios, los salarios que el trabajador ha dejado de percibir desde el momento del despido hasta el pago de su indemnización, hasta un máximo de doce meses de salarios y las costa judiciales.

Dentro del mismo cuerpo legal en sus Artículos 386 y 406 encontramos otra regulación de los daños y perjuicios, que puede reclamar la parte que ha suscrito un convenio proveniente de un conflicto de carácter económico social y lo relacionado con la sentencia arbitral, en contra de la parte que no ha cumplido con sus obligaciones.

Puede determinarse al tenor de las normas legales citadas, que dentro del derecho laboral y civil, los daños y perjuicios se traducen en la garantía lícita que se ha dejado de percibir y la cual debe ser pagada por la parte que ha incurrido en el mal causado, no obstante que puede tener consecuencias penales.

- **Daños en el derecho administrativo:** Dada la íntima relación que existe entre el derecho administrativo con el derecho constitucional, se puede citar al respecto el Artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece: Responsabilidad por infracción a la ley. Cuando un dignatario, funcionario trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirve, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causen.

Lo anterior no deja en claro que la responsabilidad de los funcionarios públicos fuera de otro tipo de responsabilidad, son susceptibles de incurrir en menoscabo, deterioro o

avería de la cosa pública o bien directamente a los administrados, lo que los deja en la obligación de reparar los males causados.

3.4.2. Daño moral

El daño moral es un daño no aparente, no afecta al patrimonio material de la víctima en cuantía determinada o determinable, tiende en cambio a menoscabar y destruir la reputación de que goza la persona dentro del círculo social en que se desenvuelve y que afecta la creencia, sentimiento, dignidad, fama, honor, prestigio profesional, renombre dependiente de clientela con motivo de la esfera de actividades en que se desenvuelve, atribuyéndole una falta o ausencia de probidad o moralidad por medio de acciones con aptitudes e idoneidad suficiente para atacar el prestigio y reputación de la persona, cuyos efectos pueden ser más nocivos que el causado al patrimonio mismo, situación que produce en el afectado un sufrimiento, un dolor psíquico, una depresión o una reacción de indignación, que obviamente provoca un deseo de venganza, al ver perturbado su prestigio y estimación de que goza en la sociedad.

- **Daños en el derecho alemán:** Manifiesta al respecto Alberto Shersi “que desde el fin del siglo XIX, se habla de análisis económico del derecho, como herramienta de conocimiento en el estudio de temas como contratos y responsabilidad civil”²¹.

²¹ Gersi, Carlos Alberto, **Cuantificación económica del daño**. Pág. 1998

3.5. Según las consecuencias o efectos que producen:

El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad de entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan solo indemnización, y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia.

3.5.1. Como pérdida del patrimonio:

Una vez determinado cual es el daño que se puede reclamar, dice Núñez "la manera que se puede reparar, es que tiende a suprimir el daño y obliga al autor a reponer en el patrimonio del damnificado, los elementos que sufrieron menoscabo, reparación que se puede hacer mediante la restitución o la reparación que se puede hacer en sentido estricto o indemnización"²².

El daño emergente, es efectivamente del perjuicio sufrido que comporta un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales. También el lucro cesante, que se convierte en la ganancia de que fue privado el damnificado.

Entiendo que el daño desde este punto de vista es un resarcimiento de carácter civil, propiamente dicho, aunque como bien establece el Artículo 1646 del Código Civil que el responsable de un delito doloso o culposo está obligado a reparar a la víctima los daños y perjuicios causados.

²² Núñez. **Ob. Cit.** pág. 98.

3.5.2. Como lesión al bien jurídico tutelado

Al respecto Palacios Mota, dice que “es el interés que el Estado pretende proteger a través de los distintos tipos penales, interés que es lesionado o puesto en peligro por la acción del sujeto activo, cuando del sujeto activo, cuando esta conducta se ajusta a la descripción penal”²³.

El delito de daños regulado en el Artículo 278 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, se encuentra regulado dentro del Título VI, de los delitos contra el patrimonio; presentando importancia para la ley, en este caso el patrimonio que es el bien jurídico que se encuentra amparado dentro del derecho. En este sentido puede presentarse el daño como una modalidad del bien jurídico tutelado, debido a la tutelaridad del patrimonio presentado en la ley y tipificado por la misma como delito.

²³ Palacios Mota, Jorge Alfonso, **Apuntes de derecho penal**, pág. 72





CAPÍTULO IV

4. La reforma al Código Procesal Penal y el derecho a la reparación digna en Guatemala

En Guatemala, anteriormente, se regulaba en el Código Procesal Penal, que la acción reparadora podía ser ejercitada mientras estuviera pendiente la persecución penal, en la sentencia se resolvía la cuestión civil; la acción civil comprendía únicamente la reparación de los daños y perjuicios causados. La acción podía ser entablada en los tribunales civiles si se desistía o abandonaba el proceso penal, podía ser ejercitada únicamente por la persona legitimada en la ley para reclamar los daños y perjuicios y por los herederos de éste. El momento procesal oportuno para entablar la acción civil, era antes de la apertura a juicio o del sobreseimiento, procedía en contra del imputado.

4.1. La responsabilidad civil derivada del delito

La comisión de un hecho delictivo no solo genera responsabilidad penal, sino que también otro tipo de responsabilidad, esta es la llamada responsabilidad civil, la que esta derivada de los daños causados por el delito. La responsabilidad penal hasta ahora estudiada como se han visto, entraña la imposición de una pena proporcional al ilícito penal y destinada como retribución y/o prevención con fines colectivos y estatales; con relación a esto se debe mencionar, que el penalmente responsable afronta su culpabilidad frente a la colectividad y al Estado, mientras que el civilmente responsable,



de alguna manera pretende compensar o reparar aquellos daños y perjuicios que ha causado a la víctima de la comisión de un delito y de esta manera lo determina nuestro Código Penal en su Artículo 112 que establece: Toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente.

La responsabilidad civil conlleva una serie de obligaciones civiles tal y como su nombre lo dice, estas obligaciones tienen poco o nada que ver con la responsabilidad penal, ya que la misma tiene como principio el de la personalidad propia de la pena, es decir que la pena únicamente la puede cumplir el responsable, mientras que la responsabilidad civil puede transmitirse hacia los herederos del responsable en caso de muerte, no así la muerte del penalmente responsable, pues con esta se extingue su culpa.

La pena se establece proporcionalmente a la gravedad del delito, la responsabilidad civil no, puesto que la misma es fijada de acuerdo a los daños y perjuicios causados, en este orden resulta que algunos delitos no muy graves puedan ocasionar cuantiosas cantidades en concepto de responsabilidades civiles, tal es el caso del homicidio culposo o la estafa. Otra diferencia entre ambas responsabilidades es, que la responsabilidad penal no se extingue con el perdón del ofendido, (salvo los casos contemplados en la ley) la responsabilidad civil es plenamente renunciable.

Entonces si la responsabilidad civil es transmisible a terceras personas que nada tienen que ver con el delito ni en proporción a éste, podemos afirmar que la responsabilidad civil derivada de delito es de naturaleza netamente civil.

Se dice que existe una reciprocidad entre la responsabilidad penal y la civil, lo cual es solo, en algunos casos de manera aparente, por ejemplo: existen delitos en los que



únicamente existe responsabilidad penal pero no la hay civil; esto se da en delitos que no son consumados o que no llegan a causar perjuicio o en delitos de peligro que tampoco producen daño a algún bien jurídico tutelado.

También se dan casos en los que no existe responsabilidad penal, pero se exige el cumplimiento de la responsabilidad civil y por último existen delitos en los que se da la responsabilidad civil subsidiaria, en los que habiendo una persona penalmente responsable, la responsabilidad civil recae sobre una tercera persona distinta.

Finalmente debemos definir en que consiste la responsabilidad civil derivada de la comisión de un hecho delictivo, para lo cual hay que tener presente la naturaleza de dicha responsabilidad en cuanto a la finalidad, su origen y a quien la debe solventar, en este orden la podemos definir como: "La obligación que compete al delinciente o a determinadas personas relacionadas con él mismo, de indemnizar a la víctima del delito de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del hecho punible"²⁴.

4.2. La responsabilidad civil proveniente de daños morales

Para calcular la reparación de los daños causados cuando éstos son materiales, resulta no ser muy problemático, puesto que los mismos pueden valorarse objetivamente para su posterior restitución o reparación. El problema surge cuando los daños son producidos al aspecto moral de la persona y que en el futuro van a causar grave perturbación en el patrimonio de la persona agraviada u ofendida.

²⁴ De Mata Vela J.F. y De León Velasco, H.A. **Ob. Cit.** Pág. 297.



El Código Penal determina en su Artículo 119 que la extensión de la responsabilidad civil comprende, la reparación de los daños materiales y morales, asimismo determina el Artículo 121 que, la reparación se hará valorando la entidad del daño material, atendiendo el precio de la cosa y el de afección del agraviado si constare o se pudiere apreciar. Lo anterior significa que la valoración de los daños morales se podrán fijar cuando se pueda constatar el grado de afección o el malestar causado a la persona agraviada.

4.3. Extensión de la responsabilidad civil derivada de delito

La responsabilidad civil como se expuso, se entiende en el sentido de la reparación de los daños y perjuicios causados por la comisión de un delito, sin embargo con arreglo a al Código Penal la responsabilidad civil se extiende: a) La restitución; b) La reparación de los daños materiales y morales y c) La indemnización de perjuicios. La restitución es la manera más clara de asegurar la responsabilidad civil, consistente ésta en la devolución del objeto material del delito, toda vez que esta sea posible y con abono de los deterioros o daños sufridos al mismo; la reparación de daños materiales y morales consiste en la obligación que puede imponer el juez al culpable de carácter civil y pueden consistir en imponer una obligación de dar o de hacer atendiendo a las posibilidades del obligado y según sea la magnitud o extensión de los daños causados.

La indemnización de perjuicios consiste en aquellos dividendos o ganancias que la



persona no percibe a causa de la pérdida o deterioro de las cosas destruidas, ésta incluye los daños materiales y morales. Debe entenderse por perjuicios el lucro cesante que causa daño por dejar de percibir ingresos, entonces los perjuicios tienen una categoría general de acogedora de los efectos perjudiciales producidos por el delito.

4.4. Responsables civiles principales y subsidiarios

El Código Penal tiene contemplados algunos supuestos en los cuales la responsabilidad civil es subsidiaria, es decir que, recae en otras personas que resultan no ser las personas penalmente responsables, esto quiere decir que, si la persona que es responsable penalmente no hace efectiva la responsabilidad civil, esta recaerá sobre una persona con responsabilidad subsidiaria.

El Artículo 116 del Código Penal determina que, en caso de que los daños fueren ocasionados por personas inimputables, (menores de edad o mayores con trastorno mental) si éstos fueren insolventes, responderán subsidiariamente quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal. También el Artículo 113 establece que, en caso de que fueren dos o mas las personas penal y civilmente responsables, responderán subsidiariamente por el pago de los daños de los que resultaren insolventes; el Artículo 115 tiene contemplada la transmisión de la responsabilidad civil a los herederos de la persona penalmente responsable.



4.5. La reparación del delito como pena alternativa

Uno de los temas que ha despertado el interés de algunos tratadistas en la actualidad es la reparación del delito; si bien ya analizado que toda acción criminal conlleva también a la responsabilidad civil o lo que se conoce como resarcimiento de daños y perjuicios o la llamada reparación del delito. Sin embargo se estudia a dicha reparación abordada ésta por el positivismo criminológico en un intento de superar al derecho penal clásico y como ejemplo de su aplicación están aquellos sujetos que no necesitan de rehabilitación ni de reinserción a la sociedad.

El derecho penal como es sostenido por autores de renombre debe ser invocado como de "ultima ratio", (se debe aplicar en última instancia) haciendo un análisis minucioso, lo anterior aconseja que en algunos delitos se pueden sustituir las penas tradicionales por una pena menos agresiva la cual es la reparación a la víctima.

Lo anteriormente expuesto también está concatenado como parte de tal propuesta, en retornar la mirada hacia la víctima y que ésta sea parte de estudio y objeto de atención del derecho penal; asimismo la reparación del delito hacia la víctima puede ser un preventivo especial para los autores de determinados delitos y al efectuarse ésta de una manera compensatoria y satisfactoria desvanece el deseo de venganza que contempla la víctima o los agraviados, de la misma forma se crea un ámbito de conciliación entre autor y agraviado.



- **Importancia**

En realidad, la diferencia ha quedado reducida al fundamento de una y otra consecuencia: a la culpabilidad en la pena y la peligrosidad en la medida de seguridad.

Precisamente por este motivo, no tiene ninguna justificación trasladar los límites temporales que operan en las penas a las medidas de seguridad, e incluso la indeterminación de éstas en los casos de enfermos mentales cuyo internamiento está basado exclusivamente en su alta peligrosidad, puede resultar absolutamente inevitable, por más que entonces entrañen cierta inseguridad, aunque los necesarios controles judiciales periódicos en tales supuestos deben ser suficiente garantía para evitar posibles excesos. Podría discutirse, en contra, que estos casos deberían quedar fuera del derecho penal y que la adopción de una medida de internamiento debería tener lugar en el proceso civil. Pero desde un punto de vista garantista se cree que es mejor solución la de mantener la competencia en el ámbito penal, pues éste, como es sabido, ofrece mayores propuestas, tanto en su dimensión procesal como en la sustantiva.

En la actualidad se habla de una crisis del sistema dual a raíz de la difícil distinción que prestan ambas instituciones de la pena y medidas de seguridad, puesto que resulta muy compleja la aceptación de una diferenciación lógica, al inicio propuesta, a raíz de los argumentos siguientes: a) por la introducción del sistema vicarial en la mayoría de legislaciones modernas la medida funciona como pena, y esta como medida; b) ambos institutos se fundamentan en la evitación del crimen a través de la prevención general y especial, c) ambos privan bienes jurídicos como la libertad y se basan en criterios de



proporcionalidad y de legalidad.

Con esta difícil separación entre penas y medidas de seguridad han surgido ideas para determinar la vuelta al sistema monista, por considerar que no existe una clara fundamentación de distinción entre penas y medidas de seguridad. Se maneja una fuerte crítica de fraude de etiquetas, por el establecimiento de un mismo efecto por parte de estas dos instituciones.

En la actualidad se discute la posibilidad de incluir dentro de las consecuencias jurídicas del delito la reparación, que puede funcionar como consecuencia jurídica del delito. La mayoría de tratadistas abogan por la segunda posibilidad. La reparación puede funcionar de manera coactiva o voluntaria, se da la primera, cuando se impone como sanción penal y la segunda para evitar o atenuar la pena. A raíz de lo anterior ha surgido el sistema de la triple vía, que lo componen las penas, medidas de seguridad y la reparación.

“El sistema de la tercera vía, vislumbra exclusivamente a la reparación como el medio o vehículo más sustancioso de resolver el conflicto social cimentado por el delito, con el objeto de restaurar la paz jurídica, tomando en consideración y dándole una verdadera importancia a la víctima. Lo que se persigue es evitar el anonimato que la víctima siempre ha padecido desde la moderna evolución jurídico-penal que ha convertido al derecho penal en una disciplina del derecho público que se ocupa de la relación del Estado con el delincuente, de modo que la víctima aparece en el proceso penal, como



testigo; por lo contrario, las relaciones entre delincuente y víctima se someten al derecho civil, único al que incumben las pretensiones indemnizatorias. Lo que se persigue es que la víctima en el moderno derecho penal juegue un rol muy importante en la toma de decisiones político-criminales que lleven consigo su plena satisfacción”²⁵.

La reparación o tercera vía, tiene como eje diamantino y principal destinatario a la víctima del delito, o en su caso a la propia sociedad, cuando la reparación se establece a través de los trabajos comunitarios, detallando en primera línea el resarcimiento a la víctima del delito por el hecho acaecido.

Aparte de la ventaja que tiene esta figura de lograr un restablecimiento del orden jurídico quebrantando con un menor costo social, la reparación permite un rápido arreglo del conflicto que supone el delito, pues al existir una conciliación entre la víctima y el autor del daño, ello puede permitir que se alcance aquella solución sin necesidad de que se celebre el juicio oral. Es decir, tan pronto se produzca la avenencia, el proceso penal concluye.

Evidentemente, la reparación tiene su ámbito de aplicación más característico en los delitos menos graves, sin la concurrencia de violencia, y muy particularmente en los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio, exigiendo siempre, por la propia naturaleza de la institución, la libre aceptación de la víctima del autor, así como, en el ámbito procesal, cierta concesión al criterio de oportunidad respecto a los delitos para

²⁵ Roig Torres, Manuel. **La reparación del daño causado por el delito**, pág. 46.



los que se prevea la reparación, aunque para evitar posibles presiones sobre personas inocentes debería exigirse siempre un reconocimiento libre de la culpabilidad por parte del acusado, así como la concurrencia de pruebas con indicios suficientes como para iniciar una persecución penal.

En términos generales se puede indicar que reparar el daño ocasionado como consecuencia del delito, comprendería tanto una sanción penal y una responsabilidad civil; la primera constituiría una reparación simbólica a la víctima y a la sociedad, y la segunda se dirigiría directamente a la indemnización de los daños y perjuicios causados efectivamente a la víctima, como efecto jurídicamente obligado derivado del delito.

El movimiento actual que lleva consigo la aplicación de la tercera vía, viene antecedida por la grave crisis que padece la prisión y no simplemente por lograr alcanzar un altruismo que desde ya hace tiempo, algunos, se empalagan haciendo creer al expresar la exclusividad que tiene la víctima del delito en el derecho penal. A raíz de ello, se señala que el verdadero preludio de la reparación del daño de la víctima del delito es la crisis de la pena de prisión. La pena privativa de libertad continúa siendo la columna vertebral de los sistemas penales más avanzados, a pesar de lo que la doctrina especializada reiteradamente pone de manifiesto que esta sanción, lejos de cumplir los objetivos asignados a la pena, produce un efecto desocializador intolerable y otras muchas consecuencias nocivas.

Es necesario resaltar la existencia de una doble crisis, ya que, tanto la pena privativa de la libertad, como su finalidad resocializadora, sufren un profundo cuestionamiento.



Ambas representan las dos fases de un mismo problema: la crisis de la prisión.

En la actualidad existen ciertos argumentos que determinan y aconsejan la reducción de la prisión, en virtud de que a la cárcel la consideran innecesaria para obtener el fin de la prevención general y contraindicatoria respecto de los fines de prevención especial que genera y que es contraindicatoria respecto de los fines de prevención especial y de legalización, porque es altamente traumática y estigmatizante, además niega y frustra todos aquellos atributos que un individuo debe y necesita desarrollar para convertirse en un buen ciudadano.

Es importante señalar que en el transcurso de la ejecución de la pena, el condenado asuma situaciones y modos de comportamiento que implican normas y valores propios de la vida en prisión. El sistema de valores que se genera en la diaria y permanente interacción entre internos y personal penitenciario lleva en sí, como característica esencial, la radical contraposición con los fines de la ejecución de la pena. Si el objeto de la búsqueda de ésta es la de reconstruirle al condenado en el sistema de valores de su anterior sistema social que él ha violado, pues entonces la acumulación carcelaria provocará, un sentido inverso, no sólo el mantenimiento de esa contradicción de normas y valores sino el nacimiento consecuente de la posibilidad de una recaída en el delito en caso de su libertad.

La asimilación más o menos lenta a la cultura de los internos en una institución penal es el objeto de un proceso de adaptación en el curso de quien cumple una condena ya que



atraviesa por diversos estados. Desde el temor inicial que razonablemente debe sentirse al ingreso en un medio ambiente donde todo es impuesto autoritariamente, pasando por etapas de conformidad y de rebeldía al orden, a las reglas, a las normas y rutinas establecidos; las emociones, el miedo al futuro y la gran confusión realizan una tarea de deformación permanente de la responsabilidad.

Las alternativas de un proceso de tal tipo y las consecuencias que él trae aparejadas han despertado la observación cinética desde no hace mucho tiempo. La transformación de los métodos de ejecución penal con la aplicación de sistemas de terapia que tengan por fin corregir tanto los efectos del carácter, como los de una socialización que no ha sido completa durante la vida en libertad, revelaron no sólo los efectos perniciosos de las penas cortas privativas de la libertad.

El cumplimiento de ellas en ambientes donde las imposiciones, las contradicciones de distintas personalidades e incluso el ejercicio de la violencia son las características salientes que dan como resultado el fortalecimiento de los lazos subculturales en la permanente división entre los privados de libertad y la sociedad en general.

Por lo anterior se pudo observar la crisis que padece la prisión, que siempre ha sido objeto de infinidad de estudios; fruto de ello se ha concluido la necesidad de limitar su utilización, para darle paso a la aplicación de otras medidas que no produzcan los efectos carcelarios y, que, sobre todo, se logre obtener y cumplir el mandato constitucional que es la resocialización.

Es indudable el valor trascendente que posee la libertad de un ser humano como derecho natural y fundamental, por ello se afirma que la limitación de esta libertad, debe de ser, únicamente como “extrema ratio”, que sólo se justificaría frente a los delitos que comporten una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante, por ello en la actualidad se aprecia en los ordenamientos más recientes una inclusión cada vez más abundante y variada de métodos alternos para resolver conflictos de derecho penal, los cuales se proponen desde una óptica exclusivamente humanitaria, para mitigar o evitar la dureza del castigo.

La ciencia del derecho penal concluye que la pena privativa de libertad no tiene éxito y se hace necesario su gradual supresión lo que por el momento es imposible, resultando una vía de mejora, que es la sustitución por otras medidas que cumplan con su función del mismo modo pero que no resulten igual de traumáticas que la cárcel.

La pena privativa de libertad nace como una solución y supresión a los tratos crueles, inhumanos y degradantes de la época, ya que se convirtió en un sustitutivo del tormento, de los castigos corporales y de la pena de muerte, pero en la actualidad dejó de serlo para convertirse justo en aquello que suprimió, o sea, en un tormento que sostiene la actual sociedad moderna; parece mentira que hoy se mantenga una institución que de cierta forma registra parte de la inhumanidad que con ella se pretendió erradicar; no sólo comparte consecuencias perniciosas, sino que el sufrimiento que se vive en la misma resulta en ocasiones, crueles y desoladoras para los que la sufren.

A lo anterior debe añadirse que con la pena de prisión no se resocializa, como es la



pretensión de la pena, sino que más bien destruye poco a poco y paso a paso a un ser humano, quien es miembro de la misma sociedad, sólo que está por no aceptar ni personar su error lo conduce a un lugar para destrozarlo de forma lenta, segura y legal. La cárcel actual, tal y como está configurada, no permite reintegrar a la sociedad a una persona que castiga diariamente, humilla y, sobre todo, lo estigmatiza para siempre; ya que por medio de la cárcel este sujeto no recibe un trato humanitario, social, cultural y educativo, sino que obtiene lecciones de rencor y venganza.

Por tanto, y debido a lo traumático y negativo que ha resultado exponer a delincuentes primarios y cuya conducta delictiva acarrea penas de corta duración, a la vida de los establecimientos carcelarios aceptados ya sin discusión como degradantes establecimientos de la condición humana, al igual que comprobadas las grandes posibilidades de rehabilitación de la persona que delinque por primera vez, han surgido diversas instituciones cuya finalidad ha sido evitar que los delincuentes antes mencionados se vean expuestos a la corrupción y estigmatización por tener que cumplir penas.

Tampoco para la sociedad resulta útil la cárcel, ya que le es costosa, además los condenados se mantienen ociosos y tienden a multiplicar sus vicios. Con la cárcel, se obtienen efectos más perjudiciales que beneficiosos, siendo la propia sociedad la que no acepta que un sujeto que cumplió su condena se haya rehabilitado y resocializado; y como consecuencia la comunidad se encontrará en una situación de incertidumbre, duda y temor sobre su futuro, e intranquila y con cierta prevención porque cree que el sujeto va a volver a delinquir pero no sabe de que forma y contra quien. Todo esto



lamentablemente tiene su fundamento porque la cárcel cambia al delincuente, pero generalmente tiene su fundamento porque la cárcel cambia al delincuente, pero generalmente lo hace para empeorarlo, ya que al bueno lo convierten en malo y al malo en más malo, todo esto se da porque con la cárcel, lo único, que realmente, se logra es apartar por un tiempo al delincuente pero nunca a darle un tratamiento de resocialización efectivo para que cuando regrese a la sociedad sea una persona útil y de bien para su comunidad.

El delincuente primario, durante su estancia en la prisión, es víctima del contagio de los habituales. Cumplida su condena, el menosprecio social, la marca infamante de haber estado en la cárcel, le hace difícil ganarse la vida y le empuja con sus antiguos compañeros de prisión a la criminalidad, convirtiéndole de ocasional en habitual. En la forma que hoy se aplican las penas ni corrigen, ni intimidan, pero en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen.

Además de lo anterior es necesario señalar que el sujeto se encuentra sometido a parte de las obligaciones penitenciarias a las normas del recluso, el que contiene reglas fundamentales de la sociedad carcelaria. Se establecen ciertas normas de acatamiento obligatorio, ya que la desobediencia implica la imposición de algún procedimiento coercitivo entre los internos. Se refleja el rechazo y antagonismo de la sociedad exterior que viene siendo representada por el penitenciario.

Otro aspecto que se convierte en efecto criminógeno, es la situación de los familiares

del condenado, ya que los hijos de éste, por no tener a su padre, carecen de los medios necesarios para su alimentación, educación y como consecuencia tienden a cometer algunos hechos delictivos para su subsistencia que al inicio pueden ser leves pero después se convierten en delitos graves; y todo esto significa un mal social peor que el que se pretendía combatir con la cárcel.

La única alternativa para que no sucedan estos hechos, es la supresión de las penas privativas de libertad, pero hasta el momento se resiste la realidad de estos ideales, por ello, es importante, desde ya, la aplicación de métodos alternos como los sustitutivos y la reparación.

4.6. La responsabilidad penal y la responsabilidad civil

Ante la revolucionaria idea de querer innovar al derecho penal con la participación de la reparación del delito como una pena principal o alternativa podría generarse una gran confusión entre la responsabilidad penal y civil, aunque dicha doctrina es defendida por tratadistas reconocidos a nivel mundial resultando los mas citados los europeos; se dice que el derecho penal esta orientado por fines de carácter preventivo, re habilitador y social, asimismo las teorías sobre las penas como la retributiva y la preventiva nada tienen que ver con una finalidad compensatoria de los males ocasionados a la víctima.

También hay que destacar que la responsabilidad penal es frente al Estado y que el mismo derecho penal no es una forma de resolver conflictos entre sujetos privados, entonces, es necesario saber que ambas responsabilidades están orientadas a



propósitos distintos y que son diferentes.

“El argumento más importante a favor de la separación de los ámbitos de la responsabilidad penal y civil radica en los distintos criterios que rigen en su ponderación y que antes se han aludido: mientras la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, la responsabilidad civil debe ser equivalente al daño o el perjuicio ocasionado por el mismo, que puede ser inferior o superior a la gravedad del delito”²⁶.

4.7. La reparación del delito como una posible pena o como forma de atenuar las penas tradicionales

En la actualidad son varios ya los tratadistas del derecho penal que exponen, estudian y discuten sobre la posibilidad de implementar a la reparación del delito como una sanción novedosa que pueda suplantar a las penas tradicionales e incluso a las medidas de seguridad. Algunos de éstos tratadistas en su mayoría son europeos especialmente alemanes y es precisamente Alemania quien a la fecha ya tiene proyectos de ley para introducir dentro de su legislación a la reparación del delito como una pena retributiva ante la comisión de un hecho delictivo o crimen.

La idea de que la reparación del delito pueda constituir una pena que sustituya a las penas tradicionales, suena para algunos como descabellada y desnaturalizada ya que argumentan que ésta es de naturaleza civil y que la misma no cumple con los fines de

²⁶ Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. **De las penas y el Proceso**. Pág. 630.



la pena. Sin embargo existen motivos suficientes que impulsan a la inclusión de la reparación del delito en el derecho penal como una pena; pues con dicha reparación se le presta la atención debida a las víctimas que con la pena privativa de libertad que en la mayoría de los casos frustran la reparación del daño por parte del autor.

“Ya el Derecho vigente contiene planteamientos para una integración de la reparación del daño en el Derecho penal; sin embargo en la praxis todavía se utiliza poco”²⁷.

La reparación del delito resulta beneficiosa en aquellos delitos de mediana o pequeña criminalidad, incluso opiniones e investigaciones de carácter empírico han reflejado que, en delitos menores y con poco impacto social, el castigo de la pena prisión o de otra pena principal, tienen un valor escaso o hasta nulo. Totalmente distinta y novedosa sería, algún tipo de composición entre el autor y la víctima en los casos ya mencionados, es decir en delitos de mediana o pequeña criminalidad.

Entonces el punto de vista sustentado en este trabajo en el de sugerir la implementación de la reparación del daño, en aquellos delitos de poco impacto social y en aquellos penados con multa o arresto. Tal sería el caso del homicidio culposo o el hurto en los cuales resulta más beneficioso, la reparación del daño causado que la pena de prisión; este debería ser el resultado o la finalidad del derecho penal ya que la pena debe sanar una herida y no causar otra innecesaria.

²⁷ Claux, Roxin. **Ob. Cit.** Pág. 108.



Por otra parte en aquellos delitos de gran impacto social como el plagio o secuestro, o el asesinato entre otros, la reparación del daño causado puede originar una remisión hacia una pena condicional o la atenuación obligatoria de la misma en un grado determinante al daño reparado. “La reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídico civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima”²⁸.

4.8. La reparación como tercera vía del derecho penal

Como ya se dijo la reparación del delito puede constituir un efecto resocializador; asimismo el autor y la víctima pueden experimentar mas allá de la pena, como algo que es necesario y justo ante la comisión de un delito o falta, también puede fomentar la prevención de manera especial y un reconocimiento de las normas jurídico penales. Cuando se habla de una tercera vía del derecho penal, quiere decir que en la actualidad, con relación a la pena, existen dos vías: la primera consiste en la aplicación de las penas tradicionales ya expuestas anteriormente y la segunda, consiste en la aplicación de medidas sustitutivas o de seguridad las cuales, sustituyen o completan la pena.

La tercera vía de que se habla es, la aplicación de la reparación del daño ocasionado ex delito como una forma de sustituir la pena o de obligadamente atenuarla,

²⁸ **Ibíd.** Pág. 109.

dependiendo del tipo de delito y su gravedad; de esta manera se aplicaría un derecho penal mas justo y cumpliendo los fines de la pena.

“Así como la medida sustituye o completa la pena como segunda vía donde ésta, a causa del principio de culpabilidad, no puede, o solo de forma limitada satisfacer las necesidades preventivo especiales, del mismo modo la reparación del daño sustituiría como tercera vía a la pena, o la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada”²⁹.

Lo anteriormente expuesto es hasta la fecha, en la mayoría de legislaciones a nivel mundial más teoría y proyectos que una realidad objetiva que pueda experimentar beneficios en el campo del derecho penal. Entonces para poder hablar de un derecho penal compuesto de tres vías, los legisladores deberán tener en cuenta a la reparación del delito como tercera vía, estudiar de una manera distinta a la actual a dicha reparación y así modificar la ley penal en cuanto a introducir a la misma al sistema jurídico penal de sanciones.

4.9. Funciones preventivas de la reparación

Se hace necesario examinar de que forma cumple la función de pena la reparación, y para eso, se considera conveniente señalar la teoría unificadora dialéctica, que actualmente goza de aceptación en la doctrina moderna, sin pretender abarcar un estudio profundo del tema para no basar la finalidad del presente trabajo sólo como

²⁹ *Ibíd.* Pág. 34.



objeto de referencia para establecer lo que aquí interesa.

Esta teoría se basa en tres etapas: la conminación legal, la medición judicial de la pena y la ejecución de la pena, que también es susceptible de dividirse en las fases que atraviesa la pena en relación a la actividad del Estado, ya sea como función del legislativo, judicial o ejecutivo.

- **Conminación legal**

En esta etapa interviene exclusivamente el legislador, que tiene como finalidad la prevención general, pues a los individuos de una comunidad les dirige una amenaza condicional consistente en que si violan las expectativas del Código Penal, serán sancionados con una pena que tiene como objetivo la protección de los bienes jurídicos de la sociedad y el cumplimiento de prestaciones públicas fundamentales.

Concretamente es a través de esta fase donde se establece la motivación dirigida a los ciudadanos para que se abstengan de cometer hechos delictivos y lograr objetivamente que sus conductas se adecuen al comportamiento deseado por la sociedad o prevención general negativa; pero si, a pesar de esa enunciación no evitan la comisión de actos contrarios a la buena y deseada convivencia social se les castiga con una sanción.

Las conminaciones penales únicamente se justifican si se tienen en cuenta la doble restricción que encierra el principio de protección subsidiaria de prestaciones y bienes



jurídicos. El interés de la prevención general se tiene que informar sobre el ámbito de lo prohibido a quien no necesita la intimación. Así pues, la conminación legal sólo se justifica por la necesidad de protección, preventiva y subsidiaria, de bienes jurídicos y prestaciones.

Lo que se persigue en esta fase es evitar que los miembros de la sociedad cometan delitos ya que al estar anunciada una sanción es precisamente para lograr la disuasión por parte de los sujetos.

"En relación a la sanción que se tiene como forma de disuadir a las personas para que se abstengan de cometer delitos, pueden ser de privación de libertad, de otros derechos o de multa"³⁰.

Con respecto a la reparación se puede afirmar, que esta institución difícilmente completa una función preventivo general negativa, ya que al parecer no intimida; por el contrario puede generar efectos disfuncionales a la vista de que no todos pueden ser objeto de la disuasión con el efecto de la reparación. Se ha considerado que la reparación constituye una tercera vía, pero esta tercera vía, consiste en una prevención general positiva o de integración, siendo una forma de aquella, en vista al efecto de satisfacción que se alcanza cuando la comunidad percibe que se ha eliminado la perturbación social ocasionada por el delito.

Considera que este aspecto, como la restauración de la paz jurídica, le corresponde a la reparación una tarea que ni la pena y la medida de seguridad pueden cumplir de

³⁰ Tomart Sumalla, Julio. **La reparación a la víctima en el proceso penal**, pág. 8.



igual forma. Ello es así porque con el castigo del delincuente la perturbación social que ha ocasionado no desaparece, en modo alguno, mientras persista el perjuicio de la víctima.

El autor en mención, agrega que sólo cuando la víctima haya tenido respuesta en sus derechos dentro de lo posible, dirán ella misma y la comunidad que el conflicto social ha sido resuelto correctamente y que el delito puede considerarse como eliminado.

- **Medición judicial de la pena**

En esta fase interviene la administración judicial. Que tiende a perseguir no solo la prevención general sino también la prevención especial de la pena; y se da cuando los jueces en el momento de emitir la sentencia imponen una sanción al sujeto por violar las prescripciones del Código Penal, teniendo en cuenta que la sanción no deberá sobrepasar la culpabilidad del autor y que además tendrá que llevar la finalidad de reinserción social.

Como consecuencia se puede indicar que se lleva a cabo la prevención general, cuando se le impone la pena al sujeto ya que de esa manera la sociedad observa que la amenaza se hizo efectiva, confirmando así la seriedad de la conminación o prevención general positiva; y, por otro lado, se afecta la prevención especial en virtud que se intimida al condenado ante la comisión de un nuevo delito y se le aplica una sanción que lleva consigo el objetivo resocializador.



En esta fase los Jueces entran a valorar los criterios preventivos propios de cada una de las sanciones que le pueden imponer. La reparación cumple perfectamente con los fines general y positivo y especial preventivo.

En la mayoría de los casos de imposición de una pena, se está presente un elemento de prevención especial, ya que intimidará al delincuente frente a una posible reincidencia y mantendrá a la sociedad segura de este al menos durante el cumplimiento de la condena. Así también en la misma prevención especial, se encuentra un fin último de prevención general, el cual lo establece así: los esfuerzos de resocialización a favor del sujeto sólo pueden comenzar con la ejecución de la pena, lo primero que la condena en sí misma hace efectiva es la dura restricción de la libertad del delincuente, una restricción que se hace no en interés suyo, sino en el de la comunidad, y que por lo tanto sirve a otros, no a él.

Por lo anteriormente expuesto se puede afirmar que la reparación realiza esas prevenciones de la siguiente manera:

Da cumplimiento a la prevención general positiva cuando el juzgador impone la pena que corresponde al hecho delictivo, connotado a la reparación del daño ocasionado, dando lugar a que la sociedad observa que dicha conducta no quedó impune pues se impuso una sanción, aunque menos drástica que la pena señalada para el delito, pero que a la larga resulta siendo una pena que limita ciertos derechos o bienes al condenado. Como consecuencia se puede asegurar que esta sanción que impone el juzgador lleva consigo las mismas finalidades que la pena, sólo que de una manera



menos traumática y perniciosa para el condenado, y por eso se hace necesario afirmar que con esta acción de reparación, por parte del procesado, la sociedad puede confirmar que las advertencias de la ley se cumplen y se hacen efectivas.

Se considera que la reparación tiene la función preventivo general positiva o integradora y la especial, a la vez, como criterio de resocializar a través de la responsabilidad por el hecho, y con la primera, señala que la reparación puede expresar, ciertamente, en determinados casos, el reconocimiento y consiguiente estabilización de la norma vulnerada para producir el efecto de confianza de la colectividad en el funcionamiento del ordenamiento jurídico.

A raíz de lo anterior se puede indicar que los criterios de prevención general con el instituto de la reparación tienen por finalidad no sólo satisfacer a la víctima actual sino también a la potencial, en vista que aquello es funcional para el sistema social en que se desarrolla la actual sociedad moderna, que quiere cada vez más seguridad y confianza en los instrumentos de control social, en este caso el derecho penal.

En cuanto a la prevención especial, aparte de lo anterior, es obvio que con la ejecución de la reparación del daño a la víctima se evita la desocialización del actor del delito y tiene muchas mas probabilidades de lograr su resocialización, por evitar la prisión que es la finalidad principal de la siguiente y última fase de las funciones de la pena.

- **La ejecución de la pena**

Su objeto exclusivo es lograr la resocialización del delincuente conforme a la prevención especial, sin admitir tratamientos coactivos que interfieran en la personalidad del penado ya que lesionan la dignidad del hombre, cuya imagen como ser autónomo y libre de respetarse en la ejecución de la pena. Debe subrayarse que en cierta forma tampoco se descuida la prevención generada ya que se está cumpliendo la pena la sociedad comprueba que la amenaza si se ejecuta.

“La pena únicamente sirve para los fines racionales y por ello debe de posibilitar la vida humana en común y sin peligros, la ejecución de la pena sólo se puede justificar si se persigue esta meta, es decir se tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la sociedad”³¹.

Los efectos que genera la reparación se dirigen a la satisfacción de la víctima concreta, constatándose en sí en una reparación como satisfacción luego de haber sido objeto de un delito; en todo caso se dirige a paliar los efectos negativos del hecho delictivo; en ese mismo sentido, se dirige a resocializar al delincuente, sensibilizándolo para la concretización de la reparación, que en algunos casos no necesariamente tiene que ser actos concretos de reparación sino sólo con las simples dispensas al ofendido, bastará en algunos supuestos para la satisfacción de la víctima. Considera que la prevención especial juega un rol importante ya no entendida bajo la teoría del tratamiento sino en el

³¹ *Ibid.*, pág. 14.



acercamiento entre delincuente y víctima, puesto que, si se utiliza la reparación para un compromiso delincuente-víctima, se motiva al delincuente a enfrentarse con el delito y sus consecuencias sociales. Si sobre la base de un eficaz compromiso entre delincuente y víctima, se le exime de las consecuencias socialmente discriminatorias de la privación de la libertad y se le da la impresión de volver a ser aceptado por la comunidad, con ello se hace probablemente más por su resocialización que con una costosa ejecución del tratamiento. La exención de la ejecución de la pena privativa de la libertad sólo puede ser considerada en los delitos de pequeña o de mediana gravedad, pero la inmensa mayoría de las penas privativas de libertad se imponen en este ámbito.

4.10 Propuesta de reforma al Código Procesal Penal, y su análisis jurídico en Guatemala.

Partiendo de la idea de que en el presente trabajo se trata de establecer que en el actual Código Procesal Penal no se establecen los parámetros suficientes para que el juez pueda tomar una decisión objetiva con respecto a la audiencia de reparación digna, ya que se puede señalar que: a) no se determina el procedimiento para la realización de la audiencia de reparación digna en el Código Procesal Penal. b) No existen características que determinen las reglas probatorias dentro del proceso penal guatemalteco y en específico dentro de la reparación del daño expuesto en un sujeto de forma general. c) ¿Bajo que términos se toma la decisión de dar por reparado el daño según el criterio del administrador de justicia? d) ¿Bajo que términos finales y fundantes se protege al condenado al respecto de la reparación digna, a, si es equitativo y

humanamente posible según el enunciado de la reforma, velando el principio de igualdad, equidad y transparencia establecido en la constitución?

El Código Procesal Penal establece: **Artículo 124. Derecho a la reparación digna.** La reparación a que tiene derecho la víctima comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias como sujeto de derechos contra quien recayó la acción delictiva, hasta las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito; para el ejercicio de este derecho deben observarse las siguientes reglas:

1. La acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria. El juez o tribunal que dicte la sentencia de condena, cuando exista víctima determinada, en el relato de la sentencia se convocará a los sujetos procesales y a la víctima o agraviado a la audiencia de reparación, la que se llevará a cabo al tercer día.
2. En la audiencia de reparación se deberá acreditar el monto de la indemnización, la restitución y, en su caso, los daños y perjuicios conforme a las reglas probatorias y, pronunciarse la decisión inmediatamente en la propia audiencia.
3. Con la decisión de reparación, y la previamente relatada responsabilidad penal y



pena, se integra la sentencia escrita.

4. No obstante lo anterior, en cualquier momento del proceso penal, la víctima o agraviado podrán solicitar al juez o tribunal competente, la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar los bienes suficientes para cubrir el monto de la reparación.

5. La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme. Si la acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil.

Como propuesta de reforma al Artículo 124 del Código Procesal Penal, el autor considera que debería reformarse de la siguiente manera:

Artículo 124. Derecho a la reparación digna. La reparación a que tiene derecho la víctima comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias como sujeto de derechos contra quien recayó la acción delictiva, hasta las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito; para el ejercicio de este derecho deben observarse las siguientes reglas:

1. La acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria. El juez o tribunal que dicte la sentencia de condena, cuando exista víctima determinada, en el relato de la sentencia se convocará a los sujetos procesales y a la víctima o agraviado a la audiencia de reparación, la que se llevará a cabo al tercer día.

2. En la audiencia de reparación se verificará la presencia del Ministerio Público, del acusado, su defensor y de la víctima o agraviado, acreditando estos su identidad y condición como tal. El juez le otorgará la palabra a la parte acusadora y a la víctima o agraviado para que se pronuncien con respecto al monto de la indemnización, la restitución, y en su caso, los daños y perjuicios, acreditando fehacientemente la propiedad y valor en el caso de daños patrimoniales, así como acreditar las costas en que ha incurrido la víctima o agraviado por los daños no patrimoniales conforme a las reglas probatorias. El juez le otorgará la palabra al sindicado y a su abogado defensor para que se pronuncien al respecto de lo solicitado por la víctima o agraviado y el ente acusador. El juez analizará las peticiones y pronunciará su decisión y en el caso de que dicha reparación correspondiere indicará el monto a que asciende la misma, inmediatamente en la propia audiencia.

3. Con la decisión de reparación, y la previamente relatada responsabilidad penal y pena, se integra la sentencia escrita.

4. No obstante lo anterior, en cualquier momento del proceso penal, la víctima o agraviado podrán solicitar al juez o tribunal competente, la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar los bienes suficientes para cubrir el monto de la reparación.

5. La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme. Si la acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil.

- **Regulación de la reparación en la legislación penal vigente:**

La regulación de la reparación del daño establecida en el Código Penal vigente no hace eco de la tendencia a promover la reparación a la víctima, tal como se hace valer, como una considerable fuerza en países germánicos y anglosajones y también, por supuesto, en los Códigos de Costa Rica, el Salvador, España, Francia y Portugal.

A raíz de ello, merece especial crítica la legislación penal sustantiva actual, puesto que no existe una dotación completa de resortes adecuados (mecanismos indirectos) para que el juez pueda prescindir de la pena, si la reparación o indemnización se ha llevado a cabo en forma satisfactoria es claro y patente que reparar el daño e indemnizado el perjuicio la razón del castigo pierde fuerza.

El Código Penal vigente aparte de los mecanismos directos, lamentablemente carece de mecanismos indirectos que tienen la reparación del daño a la víctima por parte del



victimario, para que a éste se le pueda promover circunstancias que le beneficien, tales como los sustitutivos penales. Las únicas vías indirectas existentes son: las circunstancias atenuantes, según el Artículo 26 inciso 5 del Código Penal guatemalteco y el sustitutivo penal de la libertad condicional, Artículo 78 del Código Penal guatemalteco.

En la nueva regulación del Código Procesal Penal guatemalteco de 1994, donde ya se contienen algunos instrumentos específicos indirectos de protección de las víctimas, que se canalizan por medio de la reparación del daño causado. Estos se dan a través de determinadas circunstancias por las que se les ofrecen posibles ventajas al reo si repara el daño, tales como el criterio de oportunidad, la suspensión condicional de la persecución penal, de este modo se pretende estimular al responsable a que repare el daño.

Es en el Artículo 112 del Código Penal guatemalteco, donde subyace esa conexión íntima entre responsabilidad penal y responsabilidad civil; si bien las fronteras entre lo penal y lo civil son difusas en el Código Penal y Procesal Penal, de igual forma por dos motivos principales, uno de ellos, que la responsabilidad civil derivada del delito recibe un tratamiento legal dentro del mismo Código Penal y en otro, que la acción civil puede acumularse en proceso penal. Es también un elemento a tener en cuenta en que la determinación de la pena se basa no sólo en la culpabilidad del autor, sino también lo complementa el daño objetivamente considerado.

En consecuencia, la reparación del daño en el vigente Código Penal guatemalteco, es



sólo un atenuante para la determinación de la pena y no un requisito ineludible para la suspensión de las penas y, ni siquiera una circunstancia a tener en cuenta para la aplicación de cualquier otro paliativo.

Como ya se indicó diferente propuesta nos presenta en algunos casos, el nuevo Código Procesal Penal, donde se establece como requisito inexcusable la reparación del daño a la víctima para el otorgamiento de medidas desjudicializadoras que este mismo Código contiene. En ciertos casos, permite la mediación, la que facilita la interlocución de víctima y victimario para la solución pacífica y privada de las partes involucradas en un conflicto social, de características eminentemente penales.

La regulación vigente se refiere por separado a la reparación y a la indemnización, como categorías aparentemente diferenciadas; ambos son términos sustancialmente equivalentes, pues la reparación del daño causado puede realizarse a través de la indemnización, produciéndose un solapamiento entre ambas figuras, reparación e indemnización.

- **La responsabilidad en la legislación penal sustantiva:**

En el Código Procesal Penal guatemalteco, especialmente el Artículo 121, se establece la habilitación para lograr la reparación del daño de la víctima, por medio de la responsabilidad civil como mecanismo directo del administrador de justicia. Entendiéndose como la vía que tiene el agraviado de solicitar en forma perpendicular el daño que se produjo como consecuencia del delito que ocasionó el sujeto activo. Como

ya ha quedado indicado en los párrafos anteriores, la acción civil o acción reparatora del daño, se puede ejercitar conjuntamente con la acción penal, con el objeto de que no sólo sea imputada una pena al sujeto, sino que también, se le obligue a reparar el daño ocasionado como consecuencia del delito cometido, siendo éste el fundamento de toda responsabilidad civil.

Con esta vía directa, desde nuestro punto de vista se logra obtener no sólo la anhelada economía procesal, sino que se ahorra en gastos y molestias al perjudicado, en cuanto que ya no tendrá necesidad de iniciar un nuevo proceso, una vez finalizado el proceso penal, para conseguir el resarcimiento de los perjuicios producidos por el delito, a raíz de lo anterior, es necesario hacer un pequeño matiz relacionado con los delitos que permiten hacer valer la reparación del daño, el contenido de éstas y las personas civilmente responsables.

- **Delitos que motivan la reparación del daño:**

En principios, en todo daño derivado de un delito procede la responsabilidad civil ex delito. Por ello, todo delito que ha generado un daño da lugar a que se haga valer su reparación. Por tanto, si se determina la existencia de un delito, pero no así un daño es por lógica que no se puede hacer valer una reparación. Para establecer el parámetro e importancia del delito que produce daños, necesarios de ser compensados, la tesis italiana es la que se utiliza para determinar y distinguir el delito sin daño civil, delito con daño civil inherente y el delito con daño civil consecuencial y exterior al hecho criminal,

con este modelo se puede simplificar el mecanismo intelectual al momento de determinar que no todos los delitos o hechos delincuenciales ostentan forzosamente un daño compensatorio.

Como ejemplo de orientadores para la aplicación de la teoría Italiana, pueden mencionarse los siguientes: a) delito sin daño civil: el aborto con consentimiento, portación ilegal de arma de fuego; b) delitos con daño civil inherente: el hurto, daños y estafa; c) delitos con daño civil consecuenciales: lesiones, secuestro, violaciones y homicidios.

Un sector de la doctrina manifiesta que en los delitos en grado de tentativa y los de peligro es muy difícil apreciar los daños o perjuicios ocasionados, puesto que de no consumarse el delito es muy probable la negativa de una reparación inexistente.

- **Análisis de la reparación del daño a la víctima del delito en la sociedad guatemalteca**

En los orígenes del proceso penal la reacción ante el delito involucraba necesariamente la existencia de un conflicto entre victimario y víctima, no existiendo ningún sujeto tercero e imparcial que mediara en el conflicto, de tal forma que no es de extrañar que la primera forma por la cual se encausa históricamente este conflicto se deba a la venganza privada, ésta asumía los mayores niveles de crueldad y desproporcionalidad en relación al daño sufrido, de tal forma que esa venganza involucraba no

necesariamente al responsable directo del daño sino que también podía comprometer a otros sujetos cercanos al ofensor tales como los parientes y los miembros de su grupo o clan.

“La venganza privada no puede ser conceptualizada como una institución social, si debemos tener presente que fue la primera reacción ante el delito, en la cual el ofendido se tomaba la justicia por propia mano, convirtiéndose en muchos casos en una verdadera guerra de eliminación de grupos, familias o clanes”³².

Por ello desde esta perspectiva, no resulta incorrecto considerar que instituciones como la Ley del Talión, que imponía límites a esa arbitraria venganza privada implicaba un mayor raciocinio de la respuesta ante el delito, imponiéndole límites a los excesos en que suelen incurrir el ofendido cuando se trata de cobrar la sangre derramada. El ojo por ojo o diente por diente que parece excesivamente cruel era un gran avance en la percepción acerca de la solución del conflicto, de tal forma que empieza a aparecer como limitante de la venganza privada en aquellas sociedades que han logrado un notable desarrollo de sus instituciones sociales.

Más tarde, conforme se opera un mayor progreso social, empiezan a aparecer formas históricas de compensación con las cuales se buscaba una mayor limitación a la crueldad de la Ley del Talión, en este sentido la compensación va apareciendo primero a la par de la ley taliónica al presentarse como una forma facultativa y luego como una solución obligatoria, siendo que mientras reinaba la composición como sanción principal.

³² *Ibíd.*, pág. 15.

Sin embargo el fin de ésta etapa de esplendor se encuentra por la creciente intervención de poderes centralizados que se erigen como definidores de la contienda entre partes y que empiezan precisamente por apropiarse de parte de la compensación económica, la cual en la mayoría de los casos debía ser compartida con la comunidad o con el rey, dándose nacimiento a la sanción de la multa.

Conforme ese poder centralizador fue afirmándose y se dio el nacimiento de los Estados, el conflicto penal dejó de ser un conflicto entre las partes, para constituirse en un problema entre el ofensor y el Estado. La ofensa penal era una ofensa hacia el poder central y por ende éste se va apropiando de la sanción, la hace suya, logrando de ésta forma que la víctima vaya desapareciendo del escenario.

La doctrina es pacífica en establecer que en el tanto en que la persecución penal fue asumida por el Estado, el rol de la víctima dentro del proceso fue desapareciendo, el sistema procesal inquisitivo con las facultades ilimitadas del juez, convirtió al conflicto penal en una lucha entre el representante estatal que debía resguardar los valores de la sociedad y el transgresor de esos valores, de tal forma que los intereses de la víctima quedaron totalmente al margen de la contienda penal.

Esta situación que se inicia en plena edad media y que se prolonga durante varios siglos va a generar el que la preocupación del derecho procesal y el derecho penal se centre en el ofensor, de tal forma que la reparación viene a configurarse como un componente ya no de la sanción penal sino del orden civil.

La consolidación del proceso inquisitivo genera la total neutralización de la víctima



dentro del proceso penal, pues no será más un sujeto del proceso, lo roles protagónicos los llevará adelante el juez y el imputado.

En este sentido la criminología ha sido clara en establecer que el conflicto le es expropiado por el Estado al ofendido, en donde su interés a nivel sustantivo se ve remplazado por el abstracto bien jurídico tutelado y su derecho a la acusación se ve suprimido en aras de la persecución estatal promovida por la vigencia del principio de oficialidad de la acción penal.

Como consecuencia de lo anterior, a la víctima solamente se le consideró como el material probatorio que podía ser utilizado por el Estado, y su pretensión de resarcimiento se concibió como algo meramente privado entre víctima y ofensor sin mayor importancia para el proceso penal.

Con la instauración de la reforma liberal, se avanzó en la construcción del proceso penal, al llevarse a cabo una mezcla entre el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio. En lo relacionado con la satisfacción de los intereses de la víctima no se avanzó, ya que la preocupación de la legislación y de la doctrina se encaminó hacia la protección de los derechos del imputado dentro del procedimiento penal.

La legislación derivativa de la reforma liberal solamente encuentra vagante la intención de la víctima en dos aspectos, el primero de ellos relacionado con el derecho penal sustancial, consistente en que el comportamiento de la víctima era tomado en consideración para el establecimiento de atenuantes y de eximentes de la pena, sin que ello llevase a la creación de un derecho penal sustantivo desde o a partir de la víctima.



La posibilidad de reparación del daño dentro del proceso penal quedo encerrado dentro de los estrechos límites del ejercicio de la acción civil resarcitoria en sede penal, siendo que dentro de éstos límites resulta que efectivamente se da una adecuada satisfacción a los legítimos intereses resarcitorios de las víctimas.

“El abandono de la víctima como objeto de estudio de las ciencias penales se vio impulsado durante el siglo XIX y parte del siglo XX por el desarrollo del paradigma de la criminología tradicional, la cual asumía al delincuente como su objeto fundamental de estudio, centrándose su atención en la elaboración de modelos explicativos del delito”³³. A nivel investigativo, la victimología ha desarrollado el estudio del proceso victimizador en tres aspectos fundamentales: la victimización primaria que viene a ser el proceso dañoso que sufre el ofendido a consecuencia directa del hecho criminal con la consecuencia de estigmatización social; la victimización secundaria consistente en la actuación de las instancias de control social que al intervenir en el caso multiplican o agravan el impacto del delito, y finalmente, la llamada victimización terciaria que involucra el efecto victimizador que el propio sistema penal produce en el infractor de la norma, convirtiéndolo a su vez en una especie de víctima.

Uno de los logros del legislador guatemalteco ha sido el poder insertar a la víctima en el proceso penal, dándole una amplia participación como sujeto procesal, como participante activo y como contralor de la labor de fiscales y jueces.

³³ *Ibíd.*, pág. 19.

Las buenas intenciones del legislador de darle una amplia participación a la víctima quedan de manifiesto con la renuncia al monopolio de la acción penal en manos del Ministerio Público, permitiéndose por medio de figuras como la querrela, la conversión de la acción penal, la conciliación o la reparación integral del daño, que la víctima no solo sea un protagonista dentro del proceso penal, sino que su voluntad se determine eventualmente en el proceso penal para que finalice con una solución consensuada al establecer medidas alternativas del proceso penal.

En lo relativo a la posibilidad de resarcimiento por parte de la víctima del daño sufrido, el Código Procesal Penal establece toda una normativa correspondiente al ejercicio de la acción penal, manteniendo aún más la posibilidad de la delegación de la acción civil en el Ministerio Público por parte de la víctima que no tenga los recursos económicos para ejercer la acción por sí misma.

Muchos son los delitos que se cometen día a día, y mínimo es el porcentaje de los hechos delictivos que se denuncian debido al temor a represalias y a la falta de confianza en el sistema de justicia, porque del porcentaje de hechos denunciados, son pocos los que logran prosperar y alcanzar una sentencia condenatoria, y de estas relativamente son pocas las que ordenan la reparación de la víctima.

- **Formas de reparación del daño en nuestra legislación penal:**

Los Artículos 119 al 121 del Código Penal le indican al juez o tribunal cual es la extensión de la responsabilidad civil y el parámetro a seguir a la hora de determinar la

reparación del daño, el cual consiste en valorar la entidad del daño material, atendiendo el precio de la cosa y la afección del agraviado.

Las formas o el contenido de la responsabilidad civil, de conformidad a nuestra legislación penal, comprenden la restitución, la reparación de los daños materiales inmorales y la indemnización y perjuicios. La primera, hace referencia a la posibilidad de entregar el bien o la cosa al legítimo poseedor o propietario, con abono de los deterioros y menoscabo que se determinen, la segunda y tercera se refieren básicamente al resarcimiento del daño ocasionado y a los efectos dejados de percibir.

Si entendemos que la reparación del daño debe ser en su integridad, mas honesta con la condición patrimonial del reo, debe tener al menos en la fase de declaración del daño como debe ser reparado, descartándose una interpretación lógica, de manera de cumplir con la obligación.

Es posible considerar que la indemnización debe determinarse atendiendo no sólo al daño emergente, sino también al lucro cesante y al daño moral. El lucro cesante supone la producción de un perjuicio material indirecto, derivado de la pérdida de algo (trabajo, capacidad), a consecuencia de la infracción penal que insidió prima facie en el cuerpo de la víctima o en una cosa, nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente sentido restrictivo en la estimación de la misma, donde ha de probarse rigurosamente que se dejará de obtener las ganancias.

La fijación del quantum indemnizatorio es en algunos casos una cuestión reservada al



libre arbitrio de los tribunales, por lo que ha sido considerado como inaccesible a la casación, a diferencia de lo que ocurre con los datos de hecho que sirven de base para la indemnización sólo cuando exista error en la determinación de la base, bien por incorporar conceptos improcedentes, bien por incorporar cuantías equivocadas, podrá accederse al recurso de casación, así las cosas, lo primero que hay que tener en cuenta es que en esta materia rige el principio de justicia rogada, conforme a la cual la restitución, la reparación o la indemnización hay que pedir las, teniendo en cuenta además, el principio dispositivo y el principio de congruencia, la petición o solicitud más alta que se formule actúa como límite máximo que no podrá traspasar el órgano sentenciador. En cuanto a los daños morales, establecer unos parámetros operativos para la valoración de los daños morales debe desenvolverse en el siempre resbaladizo terreno de lo abstracto.

CONCLUSIONES

1. El derecho penal es una rama del derecho público y persigue algunos fines tales como el de ser sancionador, preventivo y rehabilitador ante aquellas conductas cometidas por personas que infringen la ley penal, sin embargo el resarcimiento del daño como producto del delito puede ser indemnizado de una manera pecuniaria y de forma equitativa según el criterio del administrador de justicia.
2. Desde los inicios de la historia del derecho penal se ha tratado de separar a la víctima en la intervención de la imposición de las penas para así evitar la aplicación de venganza de los ofendidos por medio del principio de neutralización a la víctima.
3. La indemnización de daños y perjuicios provenientes de la comisión de un hecho delictivo, está contemplada en nuestro Código Penal como responsabilidad civil y no como la reparación e indemnización del delito, es decir que no se tienen formas sociales coercitivas de resarcir el daño a través de una manera social-humanitaria, y delimitando los patrones de conducta de la reincidencia en el hecho.
4. En el ordenamiento jurídico penal guatemalteco no se establecen los parámetros suficientes para que el juez pueda tomar una decisión objetiva con respecto a la audiencia de reparación digna, ya que se puede señalar que: no se determina el procedimiento para la realización de la misma en el Código Procesal Penal, que no existen características que determinen las reglas probatorias dentro del proceso penal



guatemalteco y en específico dentro de la reparación del daño expuesto en un sujeto de forma general, dejando abierta la posibilidad al juez para tomar la su decisión en base a subjetivismos o especulaciones por la ambigüedad del Artículo en cuestión.



RECOMENDACIONES

1. Es necesario que los catedráticos y estudiantes de las facultades de ciencias jurídicas y sociales de las diferentes universidades profundicen en el tema de la reparación del delito como una posible pena o forma de atenuar las mismas, ya que es de alta importancia no solo en el proceso penal guatemalteco, sino que a nivel social promete ser una medida eficaz si se lleva de una manera regulatoria continua.
2. Es necesario que el Ministerio Público, como ente investigador, establezca los parámetros sociales y culturales en los cuales se podría optar al resarcimiento del daño de una manera pecuniaria, siendo ellos los que solicitando la aplicación de la norma, dignifiquen a la víctima dentro del proceso penal de una forma cuantitativa y cualitativa.
3. Es necesario proponer una iniciativa de ley, por parte de la Universidad de San Carlos de Guatemala, dentro de la cual se definan los beneficios, fines o alcances que pueda llegar a tener la reparación del delito y la profesionalización por los administradores de justicia que en principio básico regulan y aplican la norma en el campo de aplicación social.
4. Es necesario que el Organismo Legislativo reforme el Código Procesal Penal en su Artículo 124 estableciendo los parámetros necesarios y el procedimiento correspondiente en la audiencia de reparación digna para la correcta aplicación de justicia.



5. Es necesario que el Organismo Legislativo tome en consideración la reparación del delito para que en el futuro esta pueda ser una forma de pena principal o accesoria o sirva para atenuar las actuales penas, pero velando por los principios del derecho penal y ofreciendo una opción socialmente aceptable a la sociedad guatemalteca.



BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, Álamo. **Las circunstancias del delito**, Estudio General, Valladolid, España:

(s.e.), 1981.

ASUA BATARRITA. **El trabajo en servicio de la comunidad como alternativa a otras**

penas, Estudios de Deusto XXXII/2, (s.e.), 1984.

BEJARANO, SÁNCHEZ, Manuel. **Obligaciones civiles**. Colección de textos

universitarios. Antonio caso, 3 a. ed.; México. D. F: Ed. Universitaria, 1984. pág.

145.

BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. (s.e.). 1970.

BOIX, Reig. **Reglas de determinación de la pena, en comentarios a la legislación**

penal, V.1, Madrid, España: (s.e), 1983.

BUSTOS RAMÍREZ. **Pena privativa de libertad y política criminal: Los**

establecimientos de máxima seguridad, en control social y sistema penal,

Barcelona, (s.e.), 1987.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Tomos II y

III. 14^a. ed.; (s.l.i.): Editorial Heliasta, 1979.



CAFERRATA NORES, José. **Conveniencia de la participación del querellante conjunto en cuadernos de derecho procesal penal**. 12a. Ed.; Santa Fe, Argentina Ed. Lerner, 1983. 145, págs.

CAFERRATA NORES, José. **El imputado**. 11a. ed.; Córdoba, Argentina: Ed. Lerner, 1981 págs. 28, 27,

CAPITAN, Henri. **Vocabulario jurídico**, Buenos Aires, Argentina: Ed. De Palma, 1986.

CHACÓN CORADO, Mauro. **Los conceptos de acción pretensión y excepción** (s.e.).

CLAUS, Roxin. **La reparación en el sistema de los fines de la pena**. Wtedergutmachung und Strafrecht, al cuidado de Hainz Schoch, Ed. W Fink, Munchen, Alemania: 1987.

CORDOBA, Roda. **Las eximentes incompletas en el código penal**, Oviedo, España: (s.e.), 1966.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José francisco. **Derecho penal guatemalteco parte general y parte especial**. 8a. ed.; revisada, corregida, aumentada y actualizada por los autores; Guatemala: Ed. Llerena y Cía. Ltda., 1996. 500, 126, 114. págs.



DEVIS ECHANDIA, Hernándo. **Nociones generales de derecho procesal civil.** 10a.

ed.; Madrid, España: Ed. Aguilar S. A., 1982. págs. 40, 328.

DIAZ, Gallego. **El sistema español de determinación legal de la pena,** Madrid, España: (s.e.), 1985.

FAJARDO GARRIDO, Julio Antonio. **La inseguridad jurídica del cheque como documento de pago ante la acción penal.** Guatemala: Ed. D'jois impresos y más. 2006. págs. 58,63.

GERSI, Carlos Alberto. **Cuantificación económica del daño.** 4 a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astres. ,1998. pág. 1.

GIL, Estelles. **La responsabilidad civil derivada de la pena en la doctrina y en la legislación,** Valencia, España: (s.e.), 1989.

GIUFFRE, Grevi. **Libertad personal del imputato.** Ampliada de la voz Libertá personale dell'imputato, enciclopedia del diritto, Giuffré, Milán, 14 vol. Italia: Ed. Milan. 1974. págs. 35, 65, 78,

GONZÁLES DE LA VEGA. Francisco. **Derecho penal mexicano,** 6a. ed.; México: Ed. Porrúa. , 1981.pág. 522.



GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco.** (s.e.).

HIRSCH. **La posición del ofendido en el derecho penal y en Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación.** (s.l.i.), (s.e.), 1990.

MASCAREÑAS, Carlos E. **Nueva enciclopedia jurídica.** Barcelona, España: Ed. Francisco Seix, S.A., 1985.

MORAS MOM, Jorge Gustavo. **Procedimientos penales por delitos de acción privada.** 5a. ed.; ampliada y actualizada, por el autor; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot., 1981. págs.14, 41,77.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. **Derecho penal parte General.** 2ª. Ed. Valencia, España: Ed. Tirant lo blanch, 1996.

NILS, Christie. **La Industria del control de delito.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Del Puerto, S.R.L., 1993.

NÚÑEZ, Ricardo. **La acción civil en el proceso penal...** 2a. ed.; Córdoba, Argentina: Ed. Marcos Tener., 1982. pág. 96.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1981.



PALACIOS MOTA, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal primera parte,**

Guatemala: Ed. serviprensa centroamericana Guatemala. C.A., 1980. pág. 72.

PAVARINI, Meliane. **Introduzione a la criminologia,** 10a. ed.; Italia, Florencia: Ed.

Moliner. 1980, pág. 148.

PUIG, PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español.** 4a. ed.; Madrid. España:

Ed. Barcelona., 1957. pág. 25.

RAMÍREZ VÁSQUEZ, Otto Aroldo. **Las costas procesales en la legislación penal guatemalteca.** (s.e.).

REYES, Monterreal. **Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas.**

Madrid, España: (s.e.), 1955.

RUIZ CASTILLO DE JUÁREZ, Crista. **Teoría del proceso.** (s.e.) página 73 Ed. Mayte

Guatemala. 1995

ZANNONI, Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil.** (s.e.) Ed. Ástres. Buenos

Aires. 1987. pág. 55.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente 1986.



Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala

Código Penal, Decreto Número 17-73, del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92, del Congreso de la República de Guatemala.

Reforma 7-2011 al código Procesal Penal Decreto 51-92, Congreso de la Republica de Guatemala.

Código Civil. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106.

Código de Trabajo. Congreso de La República de Guatemala, Decreto número 1441.

Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil. Congreso de la Republica de Guatemala.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la Republica de Guatemala, número 2-89, 1989.