

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

**LA CONCILIACIÓN VÍCTIMA – DELINCUENTE COMO UNA ALTERNATIVA DE
DESJUDICIALIZACIÓN**

ROXANA PATRICIA PÉREZ ARCHILA

GUATEMALA, JUNIO 2014

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

**LA CONCILIACIÓN VÍCTIMA – DELINCUENTE COMO UNA ALTERNATIVA DE
DESJUDICIALIZACIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ROXANA PATRICIA PÉREZ ARCHILA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio 2014

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE

Presidente:	Lic. Héctor David España Pinetta
Vocal:	Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Secretario:	Lic. Marco Tulio Escobar Herrera

SEGUNDA FASE

Presidente:	Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos
Vocal:	Lic. Héctor David España Pinetta
Secretario:	Lic. Gamaliel Sentés Luna

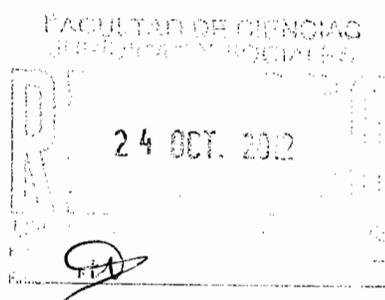
RAZÓN. “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)”.



LIC. JORGE CAAL HERRARTE
9ª. CALLE 5-78, ZONA 1, Escuintla.
Colegiado: 8,603
Cel. 56638361

Guatemala, octubre 22 de 2012.

Licenciado
Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Cumpliendo con la resolución dictada de esa Unidad de Asesoría de Tesis, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la estudiante: **Roxana Patricia Pérez Archila**. Y en cumplimiento de lo ordenado, intitulado: **"LA CONCILIACIÓN VÍCTIMA – DELINCUENTE COMO UNA ALTERNATIVA DE DESJUDICIALIZACIÓN "**, propuesto por la estudiante: en tal virtud me permito emitir el siguiente;

DICTAMEN:

Al momento de brindar la asesoría le recomendé a la estudiante hacer cambios en la parte del desarrollo de la misma, específicamente en los capítulos, tomando en cuenta que debe tener la investigación un orden cronológico y lógico, en tal circunstancia se le sugirió hacer los cambios ya descritos, y enfocar mas el tema en cuanto a la víctima para no considerarla solo como víctima en sí, sino también que sea parte del proceso penal como un tercero, que en su momento puede ser hasta testigo de cargo contra el delincuente, si en su momento este no quiere conciliar con la víctima, de la misma se le sugirió hacer correcciones de tipo gramatical y de redacción que son necesarias y que fueron detectadas en su momento, esto para mejor comprensión del tema propuesto y desarrollado.



LIC. JORGE CAAL HERRARTE
9ª. CALLE 5-78, ZONA 1, Escuintla.
Colegiado: 8,603
Cel. 56638361

En cuanto al contenido científico y técnico de la tesis, esta contiene las etapas del conocimiento científico, en el sentido que la justificación de esta investigación hace evidente la necesidad de investigar el tema propuesto y que se interrelaciona con el planteamiento del problema jurídico-social de actualidad que está referida a la conciliación víctima delincuyente, que tanta falta hace en nuestro sistema, para considerar una restauración a la víctima de sus derechos que le fueron lesionados por medio de un delito, a través del resarcimiento, de la misma manera la recolección de información realizada por la Bachiller fue de apoyo en su investigación ya que el material es actualizado y aporta importante información.

La tesis contiene una estructura formal y fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, tomando en cuenta que se redescubren otras maneras de resarcir un daño causado, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliografía que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía adecuada. Las conclusiones y recomendaciones en forma clara y sencilla para establecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado.

En consecuencia la investigación del Bachiller reúne los requisitos necesarios; por consiguiente se emite **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto que la Bachiller **ROXANA PATRICIA PÉREZ ARCHILA** pueda continuar con la siguiente fase. Tomando en cuenta que el presente trabajo de tesis reúne los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público.

Sin otro particular, me suscribo del señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.

Deferentemente,


Jorge Luis Caal Herrarte
ABOGADO Y NOTARIO



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

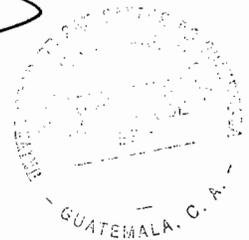


UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 23 de noviembre de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO REGINALDO PEÑA CORNEJO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante ROXANA PATRICIA PÉREZ ARCHILA, intitulado: "LA CONCILIACIÓN VÍCTIMA-DELINCUENTE COMO UNA ALTERNATIVA DE DESJUDICIALIZACIÓN".

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



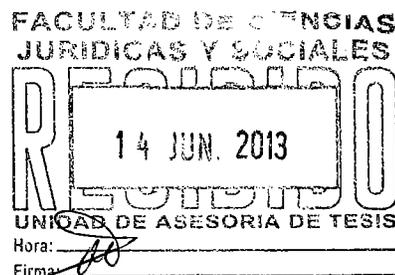
cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyf.



Lic. Reginaldo Peña Cornejo
Abogado y Notario

Guatemala, junio 12 de 2013.

Licenciado
BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



De conformidad con el nombramiento emanado de su despacho, en el que se me nombra como revisor de tesis de la estudiante: **ROXANA PATRICIA PÉREZ ARCHILA**. Y en cumplimiento de lo ordenado, procedí a REVISAR el trabajo de tesis, intitulado: "**LA CONCILIACIÓN VÍCTIMA - DELINCUENTE COMO UNA ALTERNATIVA DE DESJUDICIALIZACIÓN**", propuesto por la estudiante: en consecuencia me permito emitir el siguiente;

DICTAMEN:

Al haber revisado la tesis de la estudiante en la investigación que propone para su aprobación y previa revisión de la misma he sugerido hacer algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, así como ampliación de los capítulos en el número de páginas que consideré en su momento eran necesarias, para mejor comprensión del tema propuesto y desarrollado.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, que se relaciona con el tema de investigación que corresponde al área penal en consecuencia el planteamiento del problema jurídico-social de actualidad es importante ya que trate de la posible conciliación entre la víctima y el delincuente, la recolección de información realizada por la estudiante fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es actualizado y aporta importante información para obtener las conclusiones y recomendaciones.

9ª. Calle 5-54, zona 1, Escuintla.
Oficina 7889-2362

E-mail: lic.regispena@hotmail.com



Lic. Reginaldo Peña Cornejo
Abogado y Notario

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma conforme se desarrollan los capítulos investigados, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliografía que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía adecuada. Las conclusiones y recomendaciones como ya se mencionaran también fueron descritas en forma clara y sencilla para establecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado.

En consecuencia la investigación de la ponente reúne los requisitos necesarios; por consiguiente se emite **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto que la Bachiller **ROXANA PATRICIA PÉREZ ARCHILA** pueda continuar con la siguiente fase. Tomando en cuenta que el presente trabajo de tesis reúne los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público.

Me suscribo con muestras de alta estima y consideración.

Lic. Reginaldo Peña Cornejo
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de mayo de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ROXANA PATRICIA PÉREZ ARCHILA, titulado LA CONCILIACIÓN VÍCTIMA-DELINCUENTE COMO UNA ALTERNATIVA DE DESJUDICIALIZACIÓN. 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/srrs.

Rosario





DEDICATORIA

**AL PADRE ETERNO, VIRGEN
SANTISIMA, HERMANOS GUIAS**

Por haberme dado la vida, salud, inteligencia, fuerza de voluntad y la familia que tengo. Por guiarme hacia el buen camino, permitir alcanzar una meta muy importante en mi vida y por haber logrado adquirir los conocimientos que poseo.

A MIS PADRES

Por haberme engendrado, criado y educado de la forma en que lo hicieron pues solamente así he logrado llegar a trazarme metas y cumplirlas y por todo su amor, consejos y enseñanzas que permanecerán en mí eternamente.

A MI HIJO

Por su comprensión, amor y ser mi inspiración para seguir adelante.

**MIS ABUELOS, TÍOS, HERMANOS,
PRIMOS, CUÑADAS Y SOBRINO**

Por sus sabios consejos, apoyo, paciencia y momentos de alegría que me han brindado a lo largo de mi vida.

A MI FAMILIA EN GENERAL

Por su presencia y apoyo en los momentos más difíciles.

A MIS AMIGOS Y AMIGAS

Con quienes nos hemos formado en el camino de la vida y hemos compartido momentos difíciles y maravillosos que recordaremos siempre.

**A LA UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA**

A mi Alma Mater y cuna de conocimientos. En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, y a la Administración del Lic. Avidán Ortiz Orellana, al Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana y el Lic. Jerry Gonzáles Sarceño.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Estado.....	1
1.1. Tipos de Estado.....	2
1.2. Fin o finalidad del Estado.....	4
1.3. Elementos del Estado.....	6
1.4. Población.....	9
1.5. El Territorio.....	10
1.6. El Orden público.....	11
1.7. Derechos humanos.....	13
1.8. Derecho penal y derechos humanos.....	17

CAPÍTULO II

2. Ministerio Público.....	23
2.1. Antecedentes.....	27
2.2. Definiciones de ministerio público y sus características.....	28
2.3. Definición de la averiguación previa.....	30
2.4. Historia del Ministerio Público.....	33
2.5. El Ministerio Público en la investigación.....	35
2.6. Principios.....	37
2.7. Funciones en el proceso penal guatemalteco del Ministerio Público.....	38
2.8. Política criminal.....	40



CAPÍTULO III

Pág.

3. Sujetos del proceso penal.....	51
3.1. El imputado.....	52
3.1.1. Derechos del imputado.....	53
3.1.2. Declaraciones del imputado.....	53
3.2. El defensor.....	55
3.3. La víctima.....	55
3.3.1. Victimización.....	56
3.3.2. Consecuencias del delito.....	58
3.3.3. Relación autor-víctima.....	61
3.3.4. Víctimas vulnerables.....	63
3.3.5. Víctima y administración de justicia.....	66
3.3.6. Asistencia victimologica.....	69
3.3.7. Programas preventivos victimológicos.....	74
3.4. El Juez contralor de la acción penal.....	76
3.5. El acusador.....	76

CAPÍTULO IV

4. El conflicto.....	79
4.1. Trazando un mapa del conflicto.....	80
4.1.1. Reconocemos que existe una incompatibilidad real cuando están presentes tres elementos básicos.....	81
4.2. Las relaciones de poder entre las partes.....	82
4.3. Segunda fase del conflicto. El proceso de organización de las partes	83
4.4. La dinámica del conflicto.....	83
4.5. Tercera fase de un conflicto.....	84
4.6. ¿Qué modalidades de resolución conocemos?.....	85
4.7. El manejo de las negociaciones y del diálogo entre las partes.....	85



	Pág.
4.8. ¿Cuándo se produce una negociación?.....	87
4.9. Los diferentes métodos de negociación.....	87
4.10. La mejor alternativa para negociar un acuerdo.....	89
4.11. Los diferentes métodos de negociación.....	90
4.12. Mediación.....	91
4.12.1. Ventajas que ofrece.....	92
4.12.2. Conflictos que pueden resolverse a través de la mediación.....	93
4.12.3. Mediación penal.....	94
4.12.4. Perfil del mediador.....	94
4.12.5. Cualidades del mediador.....	95
4.12.6. Objetivos de la escucha activa.....	97
4.12.7. ¿Cómo escuchar activamente?.....	97
4.12.8. Aplicación de técnicas al procedimiento de mediación.....	98
4.12.9. La comunicación errónea y la generación de conflictos.....	100
4.13. La resolución del conflicto en el derecho penal.....	101

CAPÍTULO V

5. La conciliación Víctima-Delincuente.....	105
5.1. El estudio jurídico de la conciliación en casos concretos.....	107
5.2. Reparación del daño causado a la víctima.....	108
5.3. ¿Por qué surge la conciliación víctima delincuente?.....	110
5.4. Principales puntos que favorecen la conciliación víctima delincuente.....	111
5.5. ¿Qué es la conciliación víctima delincuente y qué pretende?.....	112
5.6. ¿Ante quién se realiza la conciliación?.....	118
CONCLUSIONES.....	127
RECOMENDACIONES.....	129
BIBLIOGRAFÍA.....	131



INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos de este tema penal que me motiva a investigarlo es esa relación tan extraña de la víctima-delincuente. Es por ello que quiero conocer lo que pueda suceder de esta relación, en el derecho penal existe muy poco escrito al respecto de este tema y lo poco que hay escrito está orientado hacia el fortalecimiento y el redescubrimiento de las víctimas y su papel en el derecho penal el cual puede ser abordado, y lo será sin duda en estos días desde diferentes ángulos. Desde el análisis de la desprotección de las víctimas en nuestro país, a la llamada victimodogmática, o al análisis del importante papel que las víctimas desarrollan en la denuncia y conocimiento de los delitos, que son temas de vital importancia. Pero lo serían también, y sólo por citar algunos, el rol de la víctima como fuente alternativa del conocimiento de la criminalidad a través de las encuestas de victimización, o su importancia en el terreno de la prevención y la política entorno a la seguridad ciudadana.

Es por estos motivos que considero que los objetivos generales fueron alcanzados en la búsqueda de analizar la posibilidad de que el infractor se rectifique mediante una acción concreta que importe en los hechos una acción valiosa para la víctima y de esta manera determinar si existe la sensación de justicia en el sentido Ulpiano de dar a cada uno lo suyo, determinando si en el marco el diálogo se escuchan las partes en la búsqueda de una solución del conflicto a través del perdón.

Considero que el problema que se investiga fue despejado a través de la hipótesis que planteo interrogantes como las siguientes: ¿Es posible el delito con crimen social? Si, ¿Todos los delitos tipificados en el Código Penal llevan consigo un daño social?. Si. ¿Es posible el delito sin crimen social? No. Todos los delitos llevan implícito un crimen. ¿Es posible el crimen social sin delito? Si, un suicidio. ¿Puede haber crimen social sin víctima? No, si hay crimen social tiene que haber víctima siempre. Y desde esta perspectiva se comprobó cada una de las hipótesis y se



determino la importancia de la conciliación víctima – delincuente y sus posibles soluciones alternas al conflicto.

Las técnicas empleadas en la presente investigación fueron el método analítico útil en el proceso de consulta de bibliografía; luego se aplicó la síntesis para documentar el marco teórico más formal, mismo que sirvió de base a la hipótesis.

Los resultados finales, la comprobación de la hipótesis, permitieron inferir que el fenómeno que explica la realidad que se viven al momento de realizar la conciliación víctima-delincuente. Finalmente se empleó la técnica de fichas para la recopilación y registro del material bibliográfico, a través de fichas de síntesis, resumen, paráfrasis, comentarios y críticas.

La presente investigación consta de cinco capítulos el primero que se refiere al Estado, los tipos de Estado durante la historia, y principalmente derecho penal y derechos humanos. El capítulo segundo se refiere al Ministerio Público como ente investigador y se hace un análisis de la política criminal que rige a esta institución. El capítulo tres es un análisis de los sujetos procesales, principalmente lo referente a la víctima y programas preventivos victimo lógicos. El capítulo cuatro hace referencia al conflicto y la forma de resolverlos. El capítulo cinco hace un análisis de la conciliación víctima – delincuente.

Por encontrarse en los albores de un juicio penal y depende de esta conciliación la continuación de una acción penal por parte de la víctima o del Estado a través del Ministerio Público por lo que vale la pena su investigación es por consiguiente interesante hacer notar que puede destacarse la relación existente entre esta extraña pareja "víctima-delincuente" aunque ello sea abordado de forma totalmente opuesta según entendamos las diferentes posturas.



CAPÍTULO I

1. Estado

Las raíces del Estado se encuentran en la antigua Grecia, específicamente en la polis, que era la organización política básica de la ciudad griega.

La idea del Estado fue tomada por los romanos en sus continuas invasiones a Grecia, resultando en la traslación del concepto a la cultura occidental que impera actualmente.

Diversas son las definiciones que se le ha dado al Estado, dentro de las más destacadas puedo mencionar la del ilustre Emmanuel Kant, citado por Gerardo Prado: “El estado es una reunión de hombres que viven bajo leyes jurídicas”¹. En el mismo sentido Hans Kelsen citado por Prado, también da una definición: “Es la totalidad de un orden jurídico en cuanto constituye un sistema que descansa en una norma hipotética fundamental”². Y de esta manera puedo continuar citando importantes autores que ilustran el contenido de lo que es Estado, ejemplo de ello puedo citar a Cabanellas: “La sociedad jurídicamente organizada, capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y afirmar su autoridad y responsabilidad ante similares extranjeros”³. Por último el autor Posada, que es citado por Osorio, considera que Estado es: “Una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer

¹ Prado, Gerardo. **Teoría del Estado**. Guatemala. Pág. 22.

² *Ibíd.* Pág. 22.

³ *Ibíd.* Págs. 78-82



dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio, poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asume fuerza política”⁴

En resumen se puede decir que el Estado es aquel territorio en el que habitan hombres libres que constituyen un orden jurídico que descansa en una normativa jurídica denominada Constitución.

1.1. Tipos de Estado

“Además se debe mencionar que existen diversos tipos de Estado, los cuales según Prado, pueden ser: simples o compuestos. Los Estados simples son aquellos en los que la soberanía se ejercita de manera directa sobre un solo pueblo que está habitando un mismo territorio y que, además posee un solo centro de impulsión política y administrativa, dando lugar a que se hable de:

- a. Centralización administrativa: dada cuando el órgano superior mantiene sin limitación ni disminución la competencia de dirección, comando y control sobre todos los órganos que integran la Administración; y
- b. Centralización Política: referida a la forma unitaria de organización del Estado en virtud de la cual la actividad pública corresponde a órganos cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional.

⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta. 1980. Págs. 379 y 380.

Sin embargo en el Estado unitario puede existir la descentralización, la cual implica que las funciones del Estado son cumplidas por organismos con competencia limitada. En el caso de los Estados compuestos o también conocidos como colectivos, son aquellos en los que aparecen unidos de una u otra manera dos o más Estados, sea por vínculos de política nacional o internacional. Esto da lugar al estudio de varias modalidades, entre las cuales aparecen el Estado Federal, la Confederación de Estados, La Unión Real, la Unión Personal y los Estados Sui Generis”⁵.

Es interesante mencionar que la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 140. Establece: Estado de Guatemala. “Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo”. Es por estos motivo que debe ser considerado como un Estado Unitario, pues existen en él la centralización política y administrativa, salvo algunas funciones que se consideran delegables y por lo tanto descentralizadas. Y para hacer referencia al Estado Unitario Ossorio establece lo siguiente: “El regido por un gobierno central con poderes iguales y plenos sobre todo el territorio nacional, con unidad legislativa y subordinación provincial y municipal”⁶

⁵ Ibíd. Pág. 78-82.

⁶ ibíd. Cit. Pág. 382.

1.2. Fin o finalidad del Estado

Según Ollanta Humala: “La finalidad del Estado es darle todas las oportunidades a todos los ciudadanos. En el marco de la XXI Cumbre Iberoamericana celebrada en Paraguay, el Presidente de la República, Ollanta Humala, realizó su exposición sobre el papel del Estado en el Perú.

En alguna oportunidad Humala afirmó que: El Estado actual es débil, arrinconado y privatizado, en comparación a lo que era antes, una institución empresarial y emprendedora. En cuanto al crecimiento económico del país, comentó que:

Mucho hemos escuchado hacia afuera y poco hacia adentro. Hoy nos damos cuenta que la problemática que tenemos es que nuestro crecimiento económicos es muy frágil ya que se basa en venta de materias primas y que si nuestros compradores cambian sus políticas, nos dejan descolocados. Pero aunque tomemos medidas con prudencia, igual nos esto pone en una posición seria de dependencia.

El mercado crea patrones de consumo, pero no civilización. Esa es tarea del Estado: crear civilización y ordenar la sociedad. Los estados latinoamericanos están preparados para servir al 30% de su población. Cuando le toca atender a todos, no tiene la capacidad de hacerlo.

El mandatario también anunció la creación del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social para darle una misma dirección a los programas sociales y lograr que estos sean

menos asistencialistas y más productivos. Agregó que la inclusión social implica una serie de cosas. Llevar al Estado a la punta del cerro y a los lugares más recónditos del país, con políticas de Estado en educación, salud, nutrición, con políticas para formalizar economías informales.

También sugirió la creación de una política regional del agua, ya que entre países de Latinoamérica, se comparten importantes cuencas, como las del Lago Titicaca, el Amazonas y el Atlántico y aprovechar esta iniciativa para tener mejores relaciones regionales.

Humala finalizó su exposición afirmando que se debe democratizar la democracia argumentando que en el siglo XXI, se sigue tolerando la idea de ciudadanos de primera y segunda categoría y que la finalidad del Estado es darles todas las oportunidades a todos los ciudadanos, regular el mercado y planificar el desarrollo”⁷.

Considero que la finalidad del Estado están relacionados con la libertad civil que son: “trabajar y ejercer toda industria lícita; navegar y comerciar; peticionar a las autoridades; entrar, permanecer, transitar...publicar ideas por la prensa sin censura previa; asociarse con fines útiles, profesar culto; enseñar y aprender, casarse conforme a las leyes. También aparecen incluidos derechos patrimoniales; usar y disponer de la propiedad; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; testar conforme a las

⁷ <http://redaccion.lamula.pe/2011/10/29/ollanta-humala-la-finalidad-del-estado-es-darle-todas-las-oportunidades-a-todos-los-ciudadanos/clauidiapollo>. 7 de octubre de 2012.

leyes.”⁸. Así lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 2. Deberes del Estado. “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”.

1.3. Elementos del Estado

Al continuar hablando de Estado considero que “podemos emplear la palabra nación si ofrecen continuidad histórica, si ha existido como un todo orgánico fácil de distinguir de los demás; si poseen modalidades o particularidades que le son inherentes y si, a través del tiempo, se pueden seguir las vicisitudes de su existencia. Pueden estos grupos sociales tener diversidad de razas, de religiones y de idiomas, pero si se hallan unidos por el pasado, solidarizados en el presente y proyectados al futuro en una acción común, constituyen naciones, es decir, tienen una personalidad o nacionalidad propia”⁹.

Es en este sentido que se debe considerar que uno de sus elementos importantes son los sujetos que intervienen en el mismo, ya que el Estado como persona jurídica requiere la existencia personas físicas que manifiesten su voluntad, y esas personas físicas se relacionan directamente con los órganos administrativos, constituyéndose en titulares de ellos y asumiendo el ejercicio de las facultades que se encuentran dentro de la esfera de competencia de cada uno de los órganos. Este elemento contingente y

⁸ SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. **Manual de Derecho Constitucional**. Editorial Kapelusz, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1944. Pág. 129, 130.

⁹ *Ibíd.* Pág. 61.

variable es una persona física que desempeña o inviste la calidad de agente del Estado, en virtud de un título jurídico, por el cual el individuo es admitido en el cargo u oficio estatal, originando una relación externa ente la persona jurídica estatal y el mismo individuo.

El título jurídico que confiere tal calidad y cuya virtud surge de quienes mandan. Los administradores o funcionarios públicos que son las diferentes personas físicas que se encuentran a cargo de los órganos administrativos, los que pueden ser por elección popular o bien por nombramiento, de acuerdo al sistema de Servicio Civil.

Las categorías de estos sujetos son dos o sea las personas que ocupan cargos o puestos públicos; funcionarios y empleados públicos o trabajadores. Existe una tesis que se denomina contractual privatista la cual considera que entre funcionarios y empleados y el Estado se entabla una relación contractual que puede ser o no un contrato de mandato o un contrato de locación o prestación de servicios personales, siendo entonces un contrato de derecho privado.

En la actualidad esta tesis este rechazado puesto que el Estado y sus trabajadores están sujetos al régimen de derecho público, y que el derecho administrativo es una rama del derecho público.

La tendencia contractual publicista pretende encontrar la relación entre el Estado y sus servidores en un contrato de derecho público, siendo dos las principales corrientes: la que sostiene que es un acto unilateral del Estado porque ni siquiera se requiere el



consentimiento del particular para fijar las condiciones en que se va a prestar el servicio, ya que las mismas son previamente establecidas por el Estado y, la que afirma que la relación nace de un contrato administrativo porque existe un concurso de la voluntad del Estado que nombra y la del nombrado que acepta sin que importe que haya una perfecta igualdad entre la partes.

Además puedo mencionar que existe una orientación estatutaria, y según esta al incorporarse el funcionario o el empleado al servicio del Estado, entra en una situación de derecho objetivo preexistente, o sea, se somete a un régimen jurídico que establece sus atribuciones, sus derechos y obligaciones; se sitúan en una situación en la que quedan sometidos a un estatuto creado unilateralmente por el Estado, ya que en virtud de una ley o mediante disposiciones reglamentarias que en la entidad estatal puede modificar para adaptarlo a sus necesidades. Se dice que no solo los seres humanos son sujeto derecho, sino también ciertas asociaciones o instituciones que tienen fines propios que cumplir, unos y otros son personas en el mundo del derecho, personas físicas las primeras y personas colectivas las segundas. Las distintas administraciones a las cuales se les reconocen calidad de sujetos de derecho, por su propia naturaleza típicamente personas colectivas.

El derecho reconoce a la entidad colectiva como sujeto de derecho; es decir como persona jurídica cuando su fundamento radica en una cierta realidad social existente que constituye el fundamento de la persona jurídica, constituida por los siguientes elementos: un conjunto de personas y bienes, cierta organización de unos y otros y un fin a cumplir. El estado tiene una personalidad única, con capacidad para ser sujeto de

derechos públicos o privados. Además en el Estado, existe un número variable de personas públicas de muy distinta clase, municipios, departamentos, entes autónomos, descentralizados, centralizados.

La juridicidad es un tema que debe ser analizado en este capítulo ya que es necesaria porque elimina el empleo de la discrecionalidad y de la fuerza. Plantea la utilización del derecho como método e instrumento de las actividades y decisiones administrativas. Contrario a la juridicidad esta la anti juridicidad y objetivamente equivale al Estado de hecho o Estado de facto. Esta clase de Estado por su origen y naturaleza no está obligado a someterse al derecho ni obligado a respetarlo.

1.4. Población

Como preámbulo a este elemento ya se tocó el tema de los funcionarios públicos, que son el elemento de la población que interesan en esta investigación. Al respecto se dice que la población: "Acción o efecto de poblar. Número de hombres y mujeres que componen la humanidad, un Estado, provincia, municipio o pueblo. Ciudad, villa, pueblo o lugar habitado"¹⁰. Se entiende así, de pueblo, en los preámbulos y textos constitucionales modernos. Se conceptualiza al pueblo como el conjunto de individuos que, investidos de autoridad originaria, ejercen el poder constituyente en ese sentido, el concepto, se subordina lógicamente al concepto Estado.

¹⁰ CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de Derecho Usual**. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1,976. Pág. 312

“El estado no puede afirmar su específica realidad de ser social, su existencialidad permanente, sino mediante la integración unitaria de los diversos grupos e individuos que lo forman. Sin esa unidad que expresa en la voluntad política no se concibe ningún grupo social perdurable en el tiempo; parecería formado por elementos que ofrecen vivencias en sentidos muy varios, vivencias que al resolverse en continuas acciones y reacciones con finalidades dispares, lo llevarían a la disolución, surge así la idea de organización como supuesto necesario a la existencia del grupo político, aun cuando se le piense a este en un estadio primitivo en que la cohesión se logra por simples medios de dominación física”¹¹.

1.5. El territorio

El Artículo 142 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece sobre el territorio. De la soberanía y el territorio. El Estado ejerce plena soberanía, sobre:

- a. El territorio nacional integrado por su suelo, subsuelo, aguas interiores, el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que se extiende sobre los mismos;
- b. La zona contigua del mar adyacente al mar territorial, para el ejercicio de determinadas actividades reconocidas por el derecho internacional; y

¹¹ KESTLER PARNÉS, Maximiliano. **Introducción a la Teoría Constitucional guatemalteco**. Centro Editorial “José Pineda Ibarra”, Ministerio de Educación Pública, Guatemala, 1,964. Pág. 17.

c. Los recursos naturales y vivos del lecho y subsuelo marinos y los existentes en las aguas adyacentes a las costas fuera del mar territorial, que constituyen la zona económica exclusiva, en la extensión que fija la ley, conforme la práctica internacional.

Territorio se deriva “De la palabra latina terra, tierra, y según otros del verbo latin terrere, desterrar. Parte de la superficie terrestre sometida a la jurisdicción de un Estado, provincia región o municipio. En cuanto a Territorio Nacional: es la base geográfica de una nación, comprendida dentro de sus fronteras, el espacio sometido a su imperio y el sujeto a su jurisdicción”¹².

El territorio es el espacio geográfico sobre el cual se ejerce el poder político y que sirve de asiento a la población. El territorio este comprendido por el suelo, el subsuelo, el espacio aéreo, los espacios de agua adyacentes a la superficie del suelo, los buques y aeronaves que porten bandera nacional, que se encuentren fuera de los límites geográficos.

1.6. El orden público

Al hablar de orden público, se debe entonces analizar el poder, ya que por medio de este el Estado ejerce su imperium, que no es más que la capacidad jurídica que tienen todos los órganos del Estado de ejercer coerciblemente, utilizando procedimientos tales como producir normas jurídicas que son atribuidas a las funciones que realizan.

¹² *Ibíd.* Pág. 204

Es preciso analizar que el orden jurídico es aquel conjunto de normas que integran el Derecho positivo vigente. De esa cuenta es que Cabanellas nos dice: "Más fácil es sentirlo que definirlo y en la doctrina las definiciones dadas han sido las unas contrarias a las otras, sin poder determinar cuáles son sus límites, cuáles las fronteras, cuales las líneas divisorias. El profesor Posada lo definía diciendo que es aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos.

El orden público es sinónimo de un deber, que se supone general de los súbditos, de no perturbar el buen orden de la cosa pública. Capitant lo caracteriza como el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares; y de los cuales no pueden apartarse estos, en principio en sus convenciones. Hauriou define el orden público en el sentido de la policía, el orden material y exterior considerado cual estado de hecho opuesto al desorden, el estado de paz opuesto al estado de perturbación.

Concepto político de interés es el expuesto por la Academia, situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta. Es decir la normalidad jurídica, el imperio de la ley, el reconocimiento de los derechos y garantías individuales en un régimen de sinceridad constitucional."¹³

¹³ CABANELLAS, Guillermo. Op. Cit. Pág. 131

“Se llama Estado de derecho a toda organización política de la sociedad que reposa sobre normas fundamentales cuyo imperio se impone y se sobre pone a toda voluntad arbitraria y personal. Durante el siglo XIV se mantuvo triunfante el principio de que el Estado solo tenía por función la de vigilar y de proteger a los individuos, cuyas órbitas de acción o de libertad no tenían otro limite que la libertad igual de los demás”¹⁴.

1.7. Derechos humanos

Al hablar de derechos humanos, primero hay que referirse a Derechos y Garantías: “En Derecho Constitucional, el conjunto de declaraciones solemnes por lo general, aunque atenuadas por su entrega a leyes especiales donde a veces se desnaturalizan, que en el código fundamental tienden a asegurar los beneficios de la libertad, a garantizar la seguridad y a fomentar la tranquilidad ciudadana frente a la acción arbitraria de la autoridad. Integran a la acción de esta y defensa para los súbditos o particulares”¹⁵.

Los derechos humanos son aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna, sin distinción alguna de étnia, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Para autores iusnaturalistas los derechos humanos son independientes o no

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 62.

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 663.



dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente, por lo que son considerados fuente del Derecho.

Sin embargo desde el positivismo jurídico la realidad es que solamente los países que suscriben los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus Protocolos Carta Internacional de Derechos Humanos están obligados jurídicamente a su cumplimiento. Así, por ejemplo, en relación con la pena de muerte, contraria a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte no ha sido firmado por países como la República Popular China, Irán, Estados Unidos, Vietnam, Japón, India o Guatemala. Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas jurídicas, identificándose consigo mismos y con los otros.

Habitualmente, se definen como inherentes a la persona, irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables. Por definición, el concepto de derechos humanos es universal (para todos los seres humanos) e igualitario, así como incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social determinados. Según la concepción iusnaturalista tradicional, son además atemporales e independientes de los contextos sociales e históricos.

La doctrina ha realizado un importante esfuerzo por clasificar y sistematizar los derechos humanos. Normalmente se dividen en dos categorías: derechos positivos y

derechos negativos. Los derechos negativos, como el derecho a la intimidad o a no sufrir tortura, se definen exclusivamente en términos de obligaciones ajenas de no injerencia; los derechos positivos, por el contrario, imponen a otros agentes, tradicionalmente aunque ya no de manera exclusiva el Estado, la realización de determinadas actividades positivas. Otra clasificación muy extendida es la que ordena los derechos humanos en tres o más generaciones, atendiendo por lo general al momento histórico en que se produjo o produce su reivindicación

Los derechos humanos, herederos de la noción de derechos naturales, son una idea de gran fuerza moral y con un respaldo creciente. Legalmente, se reconocen en el Derecho interno de numerosos Estados y en tratados internacionales. Para muchos, además, la doctrina de los derechos humanos se extiende más allá del derecho y conforma una base ética y moral que debe fundamentar la regulación del orden geopolítico contemporáneo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha convertido en una referencia clave en el debate ético-político actual, y el lenguaje de los derechos se ha incorporado a la conciencia colectiva de muchas sociedades. Sin embargo, existe un permanente debate en el ámbito de la filosofía y las ciencias políticas sobre la naturaleza, fundamentación, contenido e incluso la existencia de los derechos humanos; y también claros problemas en cuanto a su eficacia, dado que existe una gran desproporción entre lo violado y lo garantizado estatalmente.

Existe un importante debate sobre el origen cultural de los derechos humanos. Generalmente se considera que tienen su raíz en la cultura occidental moderna, pero existen al menos dos posturas principales más. Algunos afirman que todas las culturas

poseen visiones de dignidad que se plasman en forma de derechos humanos, y hacen referencia a proclamaciones como la Carta de Mandén, de 1222, declaración fundacional del Imperio de Malí. No obstante, ni en japonés ni en sánscrito clásico, por ejemplo, existió el término derecho hasta que se produjeron contactos con la cultura occidental, ya que estas culturas han puesto tradicionalmente el acento en los deberes. Existen también quienes consideran que Occidente no ha creado la idea ni el concepto de derechos humanos, aunque sí una manera concreta de sistematizarlos, una discusión progresiva y el proyecto de una filosofía de los derechos humanos.

Las teorías que defienden la universalidad de los derechos humanos se suelen contraponer al relativismo cultural, que afirma la validez de todos los sistemas culturales y la imposibilidad de cualquier valoración absoluta desde un marco externo, que en este caso serían los derechos humanos universales. Entre estas dos posturas extremas se sitúa una gama de posiciones intermedias. Muchas declaraciones de derechos humanos emitidas por organizaciones internacionales regionales ponen un acento mayor o menor en el aspecto cultural y dan más importancia a determinados derechos de acuerdo con su trayectoria histórica. La Organización para la Unidad Africana proclamó en 1981 la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que recogía principios de la Declaración Universal de 1948 y añadía otros que tradicionalmente se habían negado en África, como el derecho de libre determinación o el deber de los Estados de eliminar todas las formas de explotación económica extranjera. Más tarde, los Estados africanos que acordaron la Declaración de Túnez, el 6 de noviembre de 1993, afirmaron que no puede prescribirse un modelo determinado a nivel universal, ya que no pueden desatenderse las realidades históricas y culturales de

cada nación y las tradiciones, normas y valores de cada pueblo. En una línea similar se pronuncian la Declaración de Bangkok, emitida por países asiáticos el 22 de abril de 1993, y la declaración de El Cairo, firmada por la Organización de la Conferencia Islámica el 5 de agosto de 1990. También la visión occidental-capitalista de los derechos humanos, centrada en los derechos civiles y políticos se opuso a menudo durante la Guerra Fría, destacablemente en el seno de Naciones Unidas, a la del bloque socialista, que privilegiaba los derechos económicos, sociales y culturales y la satisfacción de las necesidades humanas básicas.”¹⁶

1.8. Derecho penal y derechos humanos

Al iniciar este tema se debe establecer que son los Derechos Humanos “el maestro Antonio Truyol y Serra nos indica: Decir que hay Derechos Humanos o Derechos del Hombre en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que él posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados”¹⁷. Con la declaración de los derechos humanos lo que se persigue es la protección a todos los ciudadanos de un estado considerados como seres humanos, inclusive contra los abusos que se den por parte de los representantes del Estado que los violan. La declaración Universal de Derechos humanos fue aprobada por consenso en la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de

¹⁶ http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_humanos. 7 de octubre de 2012.

¹⁷ SAGASTUME GEMMELL. Marco Antonio. **Introducción a los Derechos Humanos**. Editorial Universitaria. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 2008.

1948: “Como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios puestos bajo su jurisdicción¹⁸”

Lo que se pretende en este capítulo es abordar el tema de los Derechos Humanos, y Derecho Penal. Penal de pena, humanos de hombre, de seres humanos. Una pena por un lado y los seres humanos por el otro. Es importante destacar que “la Declaración Universal está constituida por treinta artículos y así encontramos que de los artículos 3 al 21 estipulan los derechos civiles y políticos de todos los seres humanos y el más importante para esta investigación en la literal e) El derecho a tener igual protección de la ley, el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales, la libertad a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado; el derecho a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial; el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad...”¹⁹

Lo que se trata de determinar esencialmente es lo relativo a lo penal que no es más que el derecho que aplica penas a los seres humanos. “Al definir el derecho penal nos referimos al derecho penal que tiene por fin el mantenimiento del orden jurídico y la protección social contra el delito, al derecho penal genuino y verdadero, al derecho

¹⁸ Ibid. Pág. 35,36.

¹⁹ Declaración Universal De Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1,948. Organización de Naciones Unidas.



penal criminal...El derecho penal verdadero y propio regula hechos que afectan directamente e íntimamente a la comunidad, hechos que lesionan gravemente intereses colectivos e individuales y que, en su mayoría, poseen un marcado tono de inmoralidad, verbigracia el asesinato, el robo, la falsificación de documentos...La ciencia del derecho penal es fundamentalmente una ciencia jurídica, pero al estudiar el delito no debe considerarlo meramente como una entidad jurídica, sino también como un fenómeno social y como una manifestación de la personalidad del delincuente; en el estudio de la pena no debe concebirla tan solo como una sanción encaminada a la restauración del orden jurídico perturbado, sino también como una medida de defensa social contra las actividades delictuosas²⁰. Como se ha visto el derecho penal lo que busca es restaurar el orden jurídico perturbado y en si los derechos humanos son los derechos que tienen los seres humanos, ante todo, a no sufrir penas, pero que pasa cuando existen suficientes elementos por parte del Estado para acusar a una persona, en un estado de derecho, hablamos también de aquellos derechos humanos que consagra la Constitución Política. Como la libertad e igualdad, libertad de acción, detención legal, notificación de la causa de la detención, derechos del detenido, derecho de defensa, presunción de inocencia. De estos postulados constitucionales nos referiremos al Artículo 6o. Detención legal. "Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad". Importante es destacar entonces, la causa de la detención, que puede ser por delito,

²⁰ CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho Penal**. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1,948. Págs. 11, 12.

falta, o por orden librada por jueza competente, y en todos estos casos, la flagrancia del delito o falta. Es por esta razón que referirse a las penas previstas por el derecho penal como a violaciones de los derechos humanos no es posible, si ha seguido un juicio justo y de acuerdo y observancia de los postulados constitucionales. El derecho penal está legitimado, dadas determinadas condiciones jurídicas, políticas e institucionales, para establecer penas.

Así como lo estuvo hasta determinado momento para establecer como pena los suplicios más espantosos, a los que ahora no vacilaríamos en calificar de violaciones de los derechos humanos. La protesta contra los suplicios se expresa comme un cri du coeur ou de la nature indignée: en el peor de los asesinos, una cosa, por lo menos, hay que respetar: su humanidad.

La humanidad se erige entonces como límite al castigo. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Qué sucedía antes de la reacción contra los suplicios? Acaso los supliciados no tenían una humanidad que había que respetar? Evidentemente lo que cambió no fueron las características físicas o psíquicas de los supliciados. El cambio fue un cambio en la concepción del hombre y en la sensibilidad frente a él como tal, es decir, despojado de todos sus atributos sociales, culturales, económicos, etc. Y sobre todo, divinos. El término humanos no se contrapone a animales sino a divinos. La secularización del poder fue acompañada por la desacralización del destinatario de la pena y víctima del poder, que pierde su dimensión divina y se fragiliza. La reacción ante los suplicios obedece a una nueva visión de la víctima del suplicio, a la que antes se le atribuía la resistencia de los dioses y semidioses. Su cuerpo ya no se desdobra



para recibir la pena, expresión de un poder absoluto. Se atenúa entonces la violencia que acompaña a lo sagrado.



(

(



CAPÍTULO II

2. El Ministerio Público

Como se viene analizando lo relacionado con los Derechos Humanos y el Derecho Penal, que tiene por objeto este último de un hecho constitutivo de delito o falta, mediante la actuación de un órgano jurisdiccional y un ente acusador, que no es más que el Ministerio Público. En Guatemala es una institución autónoma que tiene independencia de los demás órganos del poder público. El ejercicio de la acción penal y la función acusadora le corresponde. Es el que se encarga de averiguar los delitos mediante indicios racionales a los que se denomina pruebas, razón por la que se considera con derecho para acusar al detenido.

El Ministerio Público debe velar por los postulados constitucionales ya descritas en este primer capítulo que se refieren a la libertad individual según el Artículo 6 de la Constitución Política, nadie podrá ser detenido si no por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla si no en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige. Es importante destacar que todos los artículos que conforman la Carta Magna están dirigidos a proteger los derechos de los guatemaltecos y a la clara y expedita impartición de justicia. Es el ente encargado de promover la persecución de todos los delitos, y por lo mismo, a él corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión en audiencia unilaterales con Juez de Primera Instancia Penal competente contra los sindicatos, recabar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de estos, hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para



que la administración de justicia sea pronta y expedita, pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

La averiguación previa, como etapa del procedimiento penal ha sido expuesta por distinguidos investigadores en diversas obras que se utilizan en las escuelas y facultades de Derecho, en los cursos de Derecho Procesal Penal, ocupándose de esa etapa procedimental dentro del amplio campo que abarca la citada materia, pero poco es lo que se ha dedicado al estudio específico de la averiguación previa. La idea de que era necesario estudiar la actividad investigadora del Ministerio Público en particular y tratar de exponer este tema en forma sistemática, coherente y unitaria para fines de consulta de estudiantes y profesionales del Derecho. Es decir que la averiguación previa es aquella actividad intelectual del ente investigador que busca obtener todos los elementos necesarios para determinar la posible participación del sindicado en un hecho señalado como delito.

Si no se dan estos presupuestos se estaría atentando contra el principio de inocencia, y tal como lo establece el Artículo 14 del Código Procesal Penal en el segundo párrafo: “Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades será interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades”.



Queda perfectamente claro que el ente investigador en ningún momento puede presumir la comisión de un delito, salvo indicios racionales que le sean aportados, en forma, testimonial, científica o por denuncia de parte, sino se dan estos presupuestos el procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento. Por suerte el Derecho Penal cuenta con ciencias auxiliares que son “aquellas que cooperan a la regular aplicación y ejecución de los preceptos penales. Estas son la medicina legal, la policía científica y la denominada criminalística.

La medicina legal es la aplicación de los conocimientos médicos a la administración de la justicia civil y penal. Investiga las cuestiones relativas a la ejecución de ciertos delitos, como el homicidio, las lesiones, infanticidio, aborto, los delitos sexuales, a la identificación de los criminales y de la víctima del delito, al examen de las huellas, a los envenenamientos, etc. Su estudio es de tanta importancia para el penalista que en algunos países (como Alemania, Italia, etc.) figura en el cuadro de estudios de las facultades de derecho.

La psiquiatría forense o psiquiatría médico legal se ocupa de los delincuentes alienados y anormales mentales estudiando el problema de su responsabilidad y de su tratamiento penal. Tiene considerable importancia no solamente para la elaboración de normas penales referentes a estas cuestiones, sino también para la ejecución sobre base científica, de las penas de privación de libertad.



La criminalística. Es un conjunto de heterogéneos conocimientos encaminados al descubrimiento de los delincuentes y de los delitos, al conocimiento del modus operandi de aquellos, al descubrimiento de las pruebas y procedimiento para utilizarlas, etc. Un aspecto de la criminalística es la policía científica. La cultura criminalística es de extraordinaria importancia para todos los llamados a intervenir en la administración de justicia penal”²¹.

En Guatemala la institución auxiliar del Ministerio Público, es “El Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF) de Guatemala, es una institución auxiliar de la administración de justicia, con autonomía funcional, personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene competencia a nivel nacional y la responsabilidad en materia de peritajes técnicos científicos de conformidad con la Ley Orgánica del INACIF, Decreto 32-2006 del Congreso de la República de Guatemala.

Anualmente tiene una partida en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado y, sus recursos los administrará de manera autónoma en función a sus propios requerimientos.

El Instituto Nacional de Ciencias Forenses tiene como finalidad principal la prestación del servicio de investigación científica de forma independiente, emitiendo dictámenes técnicos científicos.

²¹ Ibíd. Págs. 37, 38,39.

La ubicación de las oficinas centrales del Instituto Nacional de Ciencias Forenses se encuentra en la Ciudad de Guatemala pero tiene oficinas regionales y departamentales en todo el país, actualmente se divide en 5 regiones”²².

2.1. Antecedentes

Los estudiosos del tema han coincidido en que el Ministerio Público tuvo sus orígenes en la organización jurídica de Grecia y Roma. El antecedente más remoto del Ministerio Público quizá se encuentra en Grecia en la figura del arconte, magistrado que intervenía en los juicios en representación del ofendido y sus familiares por la incapacidad o la negligencia de éstos. “Las noticias que poseemos sobre el derecho penal de Grecia son escasas y nada precisas, además, se tropieza con la falta de unidad del derecho griego, pues como algún autor sostiene no puede hablarse propiamente de un derecho griego, sino del derecho de Creta del derecho de Esparta, del derecho de Atenas.”²³ Se ha insistido, sin embargo, que entre los atenienses la persecución de los delitos era una facultad otorgada a la víctima y a sus familiares.

“En los orígenes del derecho penal romano aparecen, como en las legislaciones de otros pueblos, huellas de la venganza, del talión, de la composición, de la pena sacra y religiosa, hasta llegar a la pena pública, impuesta con la predominante finalidad de

²² http://es.wikipedia.org/wiki/Instituto_Nacional_de_Ciencias_Forenses_de_Guatemala. 17 de abril de 2014.

²³ *Ibíd.* Pág. 64.

conservar la tranquilidad pública... Del primer monumento del derecho penal romano conocido son las Doce Tablas pertenecientes al siglo V antes de la Era Cristiana”²⁴.

En Roma los funcionarios denominados “judices questiones tenían una actividad semejante a la del Ministerio Público por cuanto estaban facultados para comprobar los hechos delictivos, pero sus atribuciones características eran puramente jurisdiccionales. El Procurador del César, del que habla el Digesto en el libro primero, título diecinueve, ha sido considerado también como un antecedente de la institución debido a que, en representación del César, tenía facultades para intervenir en las causas fiscales y cuidar el orden en las provincias del Imperio”²⁵.

2.2. Definiciones de Ministerio Público y sus características

“En principio, lo mismo que Ministerio Fiscal. Sin embargo por indiscutible influjo francés, predomina aquel tecnicismo en los países americanos, como la Argentina y México. 1. Caracterización. El procesalista Alsina declara que: al lado del poder judicial existe una magistratura particular, que, si bien no forma parte del mismo, colabora con él en la tarea de administrar justicia, y cuya principal función consiste en velar por el cumplimiento de las disposiciones que afecten el interés general: el Ministerio Público. Los funcionarios que lo integran no tienen, dentro del proceso civil, ninguna facultad de instrucción y menos, por consiguiente, de decisión; pues ellas corresponden de manera

²⁴ *Ibíd.* Pág. 65,66.

²⁵ <http://ensayosgratis.com/Informes-De-Libros/ANTECEDENTE-HISTORICO/78441.html>. 17 de abril de 2014.

exclusiva al juez, o sea al tribunal propiamente dicho. Su intervención responde, en efecto, a principios que atribuyen a aquella caracteres específicos, lo cual explica que en algunos casos actúen como representantes en el proceso mientras que en otros desempeñan simplemente función de vigilancia. 2. Antecedentes. Garsonnet sostiene que el origen del Ministerio Público no es ni romano ni germánico, sino puramente francés y cita la Ordenanza del 25 de marzo de 1302 como la primera en que se menciona al Ministerio Público, al disponer que los procuradores del rey prestarían el mismo juramento que los magistrados, sin poder representar a las partes privadas. Sin embargo, un siglo antes, en la part. IV, tit. XVIII, ley 12, se habla del Patrono fisco, que en romano quiere decir hombre que es puesto para razonar y defender en juicio todas las cosas y derechos que pertenecen a la cámara del rey. Las leyes de Indias mencionan a los fiscales que para cuidar de la jurisdicción y defender el patrimonio real existían en las Audiencias de México, Lima, Buenos Aires. 3. Cometido. Al Ministerio Público, en la Ley orgánica de tribunales de la Argentina, se le asignan, como atribuciones, representar y defender la causa pública en todos los casos y asuntos que su interés lo requiera; promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales; requerir el cumplimiento de las penas impuestas o de las leyes relativas a presos y sentenciados; velar por el cumplimiento de las leyes, decretos, reglamentos y demás disposiciones que deben aplicar los tribunales, pidiendo el remedio de los abusos que notaren, defender la jurisdicción de los tribunales e intervenir en todos los negocios concernientes al orden público. 4...5. Funciones. A los agentes fiscales corresponde principalmente, en lo criminal y correccional: 1º. Promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos. 2º. Promover las acciones que correspondan contra la publicación y circulación de escritos, grabados o estampas contrarios a la moral pública;

3º. Asistir al examen de testigos y verificación de otras pruebas en los procesos; y ejercitar todas las acciones y recursos previstos en las leyes penales y de procedimientos; 4. Requerir de los jueces el activo despacho de los procesos; 5. Concurrir a visitas de cárceles y dar datos e informes a los jueces sobre las causas que estuviesen a su despacho...”²⁶

2.3. Definición de la averiguación previa

Esta etapa de la investigación merece atención total, tomando en cuenta que es la columna vertebral de la etapa procedimental durante la que el órgano investigador tendrá que realizar todas las diligencias necesarias para comprobar su teoría fiscal, en su caso los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad o participación en el delito por parte del sindicado y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal, sabemos perfectamente que el Ministerio Público, puede acusar o abstenerse de ejercer la acción penal, conforme lo establece el Artículo 272 del Código Procesal Penal, en este caso sino concurren los presupuestos para dictar auto de prisión preventiva, el tribunal declara la falta de merito y no aplicara ninguna medida de coerción. Es por esta razona que las funciones del Ministerio Público son de investigación de hechos probablemente delictuosos.

Es así que de esta manera se considera que la principal función del Ministerio Público es la investigación y persecución de los delitos y, como consecuencia, su actuación

²⁶ CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1979. Pág. 424.



como parte acusadora en el proceso penal. Importante es entonces establecer el significado de "Averiguación o Averiguamiento: Indagación, busca de la verdad. (Pesquisa, Prueba, Sumario)...Averiguar: Inquirir la verdad cuidadosamente. Informarse. Tratar de descubrir la comisión de un delito y quienes sean sus responsables..."²⁷

En este punto en el que se cruzan los caminos y existen varias rutas que tomar, esperaríamos escoger uno de ellos, y preguntarnos ¿Tiene el Ministerio Público un protocolo de investigación? Si en caso lo tiene ¿Cómo estaría dividido el protocolo? Por delitos de impacto, de género, etc.

Este protocolo puede en su momento constituir como la herramienta del fiscal, que sea un método práctico y científico, que brinde a los fiscales del Ministerio Público, las bases técnicas y jurídicas en materia penal, proporcionando los métodos necesarios en la investigación de los delitos. A continuación cito el protocolo de investigación en la legislación comparada mexicana y que en uno de sus párrafos establece: "Según el protocolo único para la investigación en el delito de homicidio, el Ministerio Público tendrá que tener en cuenta diversas cuestiones referidas a los aspectos generales de la investigación ministerial debe centrarse en las causas de la misma e identificar los cuerpos con celeridad; analizar el reproche al imputado mediante los posibles motivos en el accionar de la persona; tomar en consideración las medidas de prueba como la necropsia, exhumación, análisis de restos óseos, entre otros peritajes, con el propósito de revelar signos de agresión o de tortura y llevar a cabo el interrogatorio de testigos

²⁷ *Ibíd.* Pág. 432

bajo el principio de libertad de declaración con el objeto de recabar información necesaria para la investigación.”²⁸

Con el funcionamiento de este protocolo considero que se consolidarían los instrumentos de investigación con los que cuenta el Ministerio Público, como lo es el Manual del Fiscal, si bien es cierto que el ente investigador cuenta con el auxilio del INACIF, también es cierto que los fiscales deben ser preparados en estos campos científicos para entender estos procesos, y que sea adoptado este procedimiento como política institucional. Como ejemplo de lo que se habla en este tema debemos considerar lineamientos como aquel en el “que se investigue la presunta comisión de un homicidio cometido por servidores públicos encargados de la investigación, y no pueda descartarse “ab initio”²⁹ la responsabilidad de los mismos, deber disponerse su apartamiento de la investigación y. en su lugar, designar a otros servidores públicos investigadores, con el propósito de asegurar el éxito de la investigación.”³⁰

Uno de los temas olvidados por el Estado ha sido aquel en el que se deben contemplar la investigación por muertes causadas por empresas a sus trabajadores y lograr la imputación de la persona jurídica. Si bien es cierto no existe dolo por parte del patrono para causar una muerte o varias muertes de sus trabajadores en la relación laboral

²⁸.http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/DGAT_Protocolo_de_investigacion_de_homicidio_y_homicidio_multiple.pdf. 18 de abril de 2014.

²⁹Proposición latina que forma diversas locuciones jurídicas...yuxtapuesta como prefijo, a veces refuerza el significado, como en absolver, que es un desatar deudas morales o apartar acusaciones y codenas...que equivale desde el principio o desde el comienzo. CABANELLAS, Guillermo. *Ibíd.* Pág. 11, 12.

³⁰.http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/DGAT_Protocolo_de_investigacion_de_homicidio_y_homicidio_multiple.pdf. 18 de abril de 2014.

dentro de la empresa, también lo es que este debe adoptar todas las medidas de prevención para que no sucedan accidentes laborales, evitar las horas extenuantes de trabajo. Es necesario entonces crear la fiscalía especial laboral.

Es por estas razones que considero que el protocolo que se propone es un instrumento que de las bases para lograr estandarizar el marco de legalidad y los derechos humanos.

2.4. Historia del Ministerio Público

“Como el antecesor más remoto del Ministerio Público se considera al funcionario que defendía la jurisdicción y los intereses de la hacienda real en los Tribunales del Consejo de Indias, cuya función fue establecida en 1542 al instalarse la Real Audiencia de Lima y después la del Cuzco. La asimilación de los miembros del Ministerio Público al aparato judicial se mantuvo durante la época republicana. Desde la instalación de la Alta Cámara de Justicia y la creación de la Corte Suprema (1825) el Ministerio Público siempre estuvo al lado de los jueces. Los Reglamentos de Organización de los Tribunales no lo mencionaban como un organismo. En la evolución legislativa del Estado Peruano, constitucionalmente no fue regulada la actividad del Ministerio Público en forma clara y nítida hasta la Constitución de 1979, según un estudio del doctor Alejandro Espino Méndez, Fiscal Provincial Penal de Lima³¹.”

³¹ <http://www.monografias.com/trabajos25/ministerio-publico/ministerio-publico.shtml>. 7 de octubre de 2012.

Previo a las reformas constitucionales que regularon su funcionamiento se encontraba integrado a la Procuraduría General de la Nación, donde antes del año 1994, conformaba la Dirección de Fiscalía, conjuntamente a las Direcciones de Procuraduría, Consultoría, y la Procuraduría de Menores.

Con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, se consideró conveniente la separación de las funciones de la Procuraduría General de la Nación y del Ministerio Público.

El Decreto No.40-94 Ley orgánica del Ministerio Público define al Ministerio Público como una institución que promueve la persecución penal, dirige la investigación de los delitos de acción pública y que vela por el estricto cumplimiento de las leyes del país.

Dentro de la estructura funcional de Organización del Ministerio Público, están las siguientes Áreas: Área de Investigación, de Administración y el Área de Fiscalía, siendo ésta una de las primordiales porque es a través de ella, donde se realiza la persecución penal que es la actividad sustantiva de la función institucional, la cual está integrada por Agentes Fiscales, Auxiliares Fiscales, y Oficiales, quienes se encargan de Investigar delitos de acción pública, ejercer la acción civil en los casos previsto por la ley, dirigir a la Policía y demás cuerpos de seguridad del Estado, en la investigación de hechos delictivos, y preservar el Estado de Derecho y el respeto de los Derechos Humanos.



2.5. El Ministerio Público en la investigación

En Guatemala el Ministerio Público, es una institución autónoma e independiente de los órganos del poder público. Tiene el ejercicio de la acción penal y la función acusadora, o al contrario, el converger en la fiscalía las funciones de promoción e la acción penal, acusación y las de procuración.

El Ministerio Público, como ente acusador del Estado, cuenta con atribuciones que le permiten investigar delitos, debe contar para ello con conocimientos de criminalística y permite la práctica de todas las actuaciones pertinentes y útiles para así determinar la existencia de un hecho delictivo con las circunstancias de importancia sobre el mismo y los elementos de imputación objetiva contra personas individualizadas penalmente. Aparte se debe determinar el daño causado por el delito.

La investigación que lleva a cabo el Ministerio Público en los casos a investigar tiene que establecer previamente si constituyen delitos con las circunstancias modo, tiempo y lugar de comisión del hecho delictivo y los elementos de imputación objetiva contra persona determinada.

El Ministerio Público (MP) es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país, lo cual está descrito en la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 251.

La Ley Orgánica del Ministerio Público, establece la siguiente definición en Artículo 1 sobre dicha institución: “El Ministerio Público es una institución con funciones autónomas, promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública; además velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. En el ejercicio de esa función, el Ministerio Público perseguirá la realización de la justicia, y actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad, en los términos que la ley establece”.

El Artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, establece las siguientes funciones del Ministerio Público, sin contradecir las que les son atribuidas en la Constitución Política de la República de Guatemala y otras leyes:

- 1) Investigar los delitos de acción pública y promover la persecución penal ante los tribunales, según las facultades que le confieren la Constitución, las Leyes de la República de Guatemala, y los Tratados y Convenios Internacionales;
- 2) Ejercer la acción civil en los casos previstos por la ley y asesorar a quien pretenda querellarse por delitos de acción privada de conformidad con lo que establece el Código Procesal Penal;
- 3) Dirigir a la policía y además cuerpos de seguridad del Estado en la investigación de hechos delictivos;
- 4) Preservar el Estado de Derecho y el respeto a los Derechos Humanos, efectuando las diligencias necesarias ante los tribunales de justicia.



2.6. Principios

- a) El de unidad, desde luego que es una institución u órgano administrativo, integrado por diversos funcionarios que realizan cometidos institucionales; la institución es única e indivisible para todo el Estado, se organiza jerárquicamente y en la actuación de cada uno de sus funcionarios está representada íntegramente;
- b) El de autonomía funcional, que implica que en el ejercicio de sus funciones no está subordinado a autoridad alguna; actuar independientemente, por propio impulso y en cumplimiento de las funciones que le atribuyen las leyes, sin subordinación a ninguna otra autoridad u organismo del Estado;
- c) El de legalidad, puesto que su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica, según lo dice el mismo Artículo 251 de la Constitución;
- d) El de jerarquía, ya que su Jefe es el Fiscal General de la República, única autoridad competente para dirigir la institución. la institución es única e indivisible para todo el Estado, se organiza jerárquicamente y en la actuación de cada uno de sus funcionarios está representada íntegramente;
- e) El de Vinculación: todos los funcionarios y autoridades administrativas del Estado deben colaborar sin demora, así como proporcionar los documentos e informes que les sean requeridos, para el cumplimiento de las funciones asignadas al Ministerio Público;
- f) Tratamiento como inocente: obliga en materia de información pública del proceso penal a no vulnerar el principio de inocencia, el derecho de intimidad y la dignidad de las personas;



g) Respeto a la víctima: la institución ejecuta las funciones tomando en cuenta los intereses de la víctima, a quien debe proporcionársele asistencia, consideración y respeto.

2.7. Funciones en el proceso penal guatemalteco del Ministerio Público

Se sabe que la función investigadora es exclusiva del Ministerio Público, en aquellos casos para el cumplimiento de pesquisas o tareas de investigación en el proceso penal, los funcionarios y agentes de la policía nacional civil, actuarán bajo la dirección del Ministerio Público y ejecutarán las actividades de investigación que les requieran, sin perjuicio de la autoridad administrativa a la cual están sometidos.

El Artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, asigna a la institución las siguientes funciones, sin perjuicio de las que le atribuyan otras leyes:

Investigar los delitos de acción pública y promover la persecución penal ante los tribunales, según las facultades que le confieren la Constitución, las leyes de la República, y los Tratados y Convenios Internacionales.

Ejercer la acción civil en los casos previstos por la ley y asesorar a quien pretenda querellarse por delitos de acción privada, de conformidad con lo que establece el Código Procesal Penal.



Dirigir a la policía y demás cuerpos de seguridad del Estado en la investigación de hechos delictivos.

Preservar el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, efectuando las diligencias necesarias ante los tribunales de justicia.

El Ministerio Público supervisará el correcto cumplimiento de la función auxiliar de la policía en los procesos penales y podrá impartir instrucciones generales al respecto, cuidando respetar su organización administrativa. Dichos organismos coordinarán actividades para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público así lo establece el Artículo 113 del Código Procesal Penal.

El Ministerio Público debe tener estrategias y tácticas de persecución a la criminalidad. En estos casos el Juez que controla la investigación como el Ministerio Público tienen la facultad de ir en busca de medidas apropiadas, en estos casos surge la consideración del juzgador de determinar si el sindicado es capaz de enmendar su conducta y la sociedad sea resarcida, se podrán aplicar medidas desjudicializadoras. Es importante destacar que una de las funciones del Ministerio Público es la investigación de la persona que se considera que ha cometido un hecho delictivo y se inicia la etapa de investigación a partir de la primera audiencia en la que se decide la necesidad de ligar o no a proceso penal al imputado. Y luego de haber investigado el hecho delictivo procede a formular la acusación y pedir apertura a juicio, sobreseimiento o clausura provisional, esto dependerá mucho de la investigación y la participación de los sujetos procesales.

Para determinar las funciones del Ministerio Público se deben enumerar:

- a. La investigación
- b. La persecución penal
- c. Formulación de acusación
- d. Petición de la apertura a juicio
- e. Probar los hechos ante el tribunal de sentencia
- f. Pedir la condena del acusado

2.8. Política criminal

Según refiere Cabanellas citando a Von Liszt: "Política Criminal: que la nomina Derecho Penal dinámico, es: El contenido sistemático de principios, garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena según los cuales el Estado dirige la lucha contra el crimen por medio de las penas y de sus medidas afines. Estas últimas se llaman medidas de seguridad. Para Jiménez de Asúa, el conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen valiéndose tanto de medios penales (pena) como de los de carácter asegurativo (medida de seguridad). Para Lizst, la Política Criminal debe prescindir del estudio jurídico del delito o Derecho Penal. (v) Estricto y también de la supresión o aminoración de los factores sociales que

lo determinan o facilitan, o sea de la Política Social, para concretarse a luchar contra el delito a través de la acción individual contra el delincuente.”³²

“La investigación criminal, como actividad del Estado, no puede ni debe ser analizada de manera aislada, sino desde una óptica integral que valore la política del Estado contra el crimen en su conjunto.

Muchas de las deficiencias que suelen observarse en el plano meramente operativo de la investigación criminal tienen una explicación racional si se analiza en su conjunto la política criminal del Estado, que evita la proposición de soluciones operativas y únicamente aportan remiendos al deficiente sistema de investigación criminal, priorizando las soluciones de carácter político, que en última instancia serán las que pueden transformarlo. Así, el problema del esclarecimiento de los crímenes o delitos cometidos en una comunidad no es exclusivamente responsabilidad policial, lo es, en gran medida, responsabilidad de las autoridades que formulan la política criminal del Estado.

La visión político-criminal permite un análisis más integral de la problemática, permite relacionar las deficiencias que, generalmente, se achacan al plano operativo, con las grandes orientaciones que desde los planos legales y político aplicado define el Estado.

Mientras se continúen realizando reformas en el plano operativo sin reformar las grandes decisiones político-criminales, no variará en mucho la situación deficiente que

³² CABANELLAS, Guillermo. Op. Cit. Pág. 299.

actualmente caracteriza la actividad de la investigación criminal en nuestro país. De ello deriva la importancia de realizar un análisis político-criminal sobre el tema que nos atañe: la investigación criminal.

Uno de los obstáculos iniciales con el que nos encontramos al abordar el análisis de la política criminal, es el de la diversidad de opiniones sobre lo que es y lo que comprende esta política.

Desde un punto de vista del conocimiento cotidiano, suele confundirse la política criminal muy repetidamente con la criminología, con la política de seguridad (con menor frecuencia), y en algunas oportunidades hasta con el propio derecho penal. Dicha confusión se observa tanto en los discursos como en los documentos de trabajo que, a manera de planes de política criminal, se difunden por parte de diversos funcionarios del Estado, lo cual evidencia el descuido en el que se ha mantenido el tema.

Partiendo del plano general, encontramos dos grandes enfoques sobre lo que es político. En el primer enfoque encontramos quienes indican que es política únicamente la actividad integradora de las decisiones de un país, dirigida por las autoridades que ejercen el poder.

En el segundo enfoque encontramos quienes, desde un sentido amplio, consideran que la política es no sólo la actividad ejercida por las autoridades, sino también la actividad desarrollada por la sociedad con miras a materializar su voluntad en la toma de decisiones.

que adopten las autoridades. Este componente comprende también a quienes ejercen, desde la sociedad, acciones dirigidas a la conquista del poder.

Para poder realizar un análisis efectivo de la investigación criminal dentro de la política criminal del Estado, es necesario reconocer lo que los teóricos han denominado dos grandes momentos en que se define la política criminal.

a. La formulación político-criminal de la investigación criminal. El primer momento del proceso de definición de la política criminal es la formulación. Este momento inicial es el que comprende la adopción general de las grandes decisiones, que orientarán el uso del poder coercitivo del Estado para dar respuestas al fenómeno criminal.

En este plano nos referimos concretamente a las decisiones políticas que adopta el Estado con carácter general, y que por su naturaleza se recogen en instrumentos jurídicos como la Constitución Política, el Código Penal, el Código Procesal Penal, la Ley de Redención de Penas, y algunos otros instrumentos de menor envergadura, pero que igualmente recogen decisiones generales para determinado sector del sistema penal. Tal es el caso de las Instrucciones Generales del Fiscal General de la República, las circulares de la Corte Suprema de Justicia, o las Instrucciones Generales del Ministerio de Gobernación en tanto se refieren a la organización del aparato estatal policial para responder al fenómeno criminal.

Para el caso de la investigación criminal, podemos indicar que al plano de la formulación corresponde la adopción de decisiones generales que orienten el uso y

desarrollo de dicha actividad, como herramienta a disposición del Estado para responder al fenómeno criminal. Corresponde, entre otras decisiones, definir los fines de la investigación criminal, la extensión de la misma, forma de desarrollarla, la definición de los órganos que deben intervenir, los roles de los distintos órganos en dicho proceso, los plazos, los medios para llevarla a cabo, las facultades de los órganos que intervienen, los límites y la forma de controlar su desarrollo. Estas decisiones se recogen en cuerpos normativos de carácter legal Constitución Política, Código Procesal Penal, Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley de la Policía Nacional Civil y en instrumentos políticos de dirección institucional Manual del Fiscal, Instrucciones Generales del Fiscal General, Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Ministerio Público y el Ministerio de Gobernación para la eficacia de la investigación criminal, entre otros.

En el marco jurídico constitucional encontramos claramente una orientación político-criminal que determina al Ministerio Público como el órgano encargado del ejercicio de la acción penal pública. La acción penal, procesalmente hablando, puede concebirse desde un sentido estricto, o bien, en un sentido amplio.

Desde un sentido restringido, se comprende la acción penal únicamente como la facultad de solicitar al órgano judicial correspondiente la determinación de una situación jurídico-penal de una persona y su consecuencia jurídica.

Bajo este enfoque, el Ministerio Público sería únicamente un órgano meramente jurídico, que se encargaría de impulsar el funcionamiento del Órgano Judicial para

decidir la situación jurídica de una persona que fue sujeto de investigación criminal por un órgano distinto y fuera de su control y supervisión. Desde un sentido amplio, se comprende no sólo la facultad de solicitar al Órgano Judicial la determinación de una situación jurídico-penal de una persona y su consecuencia jurídica, sino también la de procurar todas las diligencias necesarias para adoptar una determinada postura jurídica ante el órgano jurisdiccional.

Bajo este enfoque, el Ministerio Público sería un ente facultado para procurar la obtención de los medios de prueba necesarios que le permitan decidir sobre la posición que adoptará ante el Órgano Judicial. Nuestro marco constitucional no refleja en qué sentido le otorga el ejercicio de la acción penal pública al Ministerio Público, es decir, no es taxativo en cuanto si éste tiene bajo su competencia funciones de investigación criminal y, en su caso, cuáles. No obstante, el Código Procesal Penal sigue desarrollando la formulación político criminal de la investigación criminal, al indicar claramente que el Ministerio Público tendrá a su cargo el procedimiento preparatorio y la dirección de la Policía Nacional Civil en su función investigativa dentro del proceso penal.

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad ha ratificado que dicha regulación no contradice, sino desarrolla, el marco constitucional que otorga al Ministerio Público el ejercicio de la persecución penal. La Corte indicó que la persecución penal no es sino una manifestación de la acción penal, ya que el procedimiento preparatorio es el conjunto de actos, particularmente de investigación, que llevan a determinar si hay razones suficientes para someter a una persona al juicio penal; por lo mismo, es lógico

que se atribuya al Ministerio Público esas funciones y la dirección de la policía en su aspecto de aparato investigador.

En tal sentido, podemos asegurar que, efectivamente, el Ministerio Público ha recibido la delegación del Estado para procurar una efectiva investigación criminal, que le permita determinar objetivamente si es procedente solicitar una condena, absolución, o cualquier otra posibilidad de solución a un acto delictivo sometido a su competencia. Esta situación, sin embargo, aún no aclara otro aspecto que por su importancia desarrollamos adelante. Nos referimos a la forma en la que se formuló cómo debería desarrollarse la investigación criminal y qué competería al Ministerio Público realizar dentro de ese marco político formulado.

Por su parte, la Ley de la Policía Nacional Civil continúa elaborando el marco político formulado por el Estado en cuanto al desarrollo de la investigación criminal, al indicar que La Policía Nacional Civil es la institución encargada de proteger la vida, la integridad física, la seguridad de las personas y sus bienes, el libre ejercicio de los derechos y libertades, así como prevenir, investigar y combatir el delito preservando el orden y la seguridad pública. Este marco político-criminal también se ve recogido en el Código Procesal Penal, el cual establece que La policía, por iniciativa propia, en virtud de una denuncia o por orden del Ministerio Público, deberá: 1) investigar los hechos punibles de oficio; 2)...; 3) individualizar a los sindicados; 4) reunir los elementos de investigación útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento.

En cuanto a los instrumentos internos que recogen las decisiones políticas formuladas para el desarrollo de la investigación criminal, se puede observar un vacío fundamental que incide en gran medida en la situación actual del desarrollo de dicha actividad estatal. Por parte de la Policía Nacional Civil se observa un vacío en cuanto a la regulación oficial del nuevo Servicio de Investigación Criminal (sic), el que de conformidad con la Ley Orgánica de la Policía y el Acuerdo de Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática (AFPC), constituye una verdadera sección de trabajo policial especializada. Su estructura actual mantiene la misma lógica de las estructuras de los órganos de investigación criminal de la Policía Nacional en años anteriores.

Por su parte, en el Ministerio Público se observa igualmente un vacío significativo de instrumentos que recojan las decisiones políticas internas, las que organicen el funcionamiento de dicho órgano en las tareas que se le han encomendado en el proceso de investigación criminal.

Las Instrucciones Generales del Jefe del Ministerio Público no son mecanismos hasta ahora utilizados para definir, desde el plano político, la actuación de los funcionarios fiscales en el desarrollo de la investigación criminal.

El instrumento más importante sobre la orientación política de los fiscales en su competencia del proceso de investigación, sigue siendo hasta hoy el Manual del Fiscal, sin embargo, dicho instrumento se considera más un insumo académico que político,



dado que no ha existido ningún acompañamiento político de la institución que garantice su aplicabilidad.

También debe señalarse el último instrumento denominado por el Fiscal General de la República como Plan de Política Criminal Democrático del Ministerio Público, en el que, según el propio documento, se plasman los objetivos, principios y cualidades que orientarán todas y cada una de las acciones del quehacer de de sus miembros, expresando la unidad de criterios frente al tema del delito, la persecución penal y el mantenimiento de la legalidad del país.

No obstante, al analizarse dicho instrumento se observa que el mismo carece, en todo sentido, de orientaciones de carácter político que guíen a los fiscales en cuanto al uso del poder de persecución penal con objetivos determinados, y menos aún, manifiesta una unidad de criterios de la institución frente al tema del delito. Más bien es un instrumento plagado de objetivos o metas de carácter administrativo que pretende orientar al Fiscal hacia una gestión efectiva en el fortalecimiento del Ministerio Público; una mezcla entre plan estratégico y plan de trabajo del Fiscal General. El segundo momento del proceso de definición de la política criminal es el denominado momento de la configuración, en el que se trasladan a la realidad los métodos y las decisiones políticas adoptadas de forma general por el Estado para dar respuesta al fenómeno criminal. Es decir, este segundo momento comprende el traslado de las decisiones formuladas con carácter general a la cotidianidad, en consecuencia, nos referimos a la aplicabilidad que hacen del poder coercitivo del Estado los funcionarios delegados por estén para responder al fenómeno criminal.

En el plano de la configuración encontramos que la aplicabilidad del poder coercitivo del Estado para responder al fenómeno criminal haciendo uso de las herramientas con las que se ha provisto, entre ellas la investigación criminal, se hace efectiva a partir de ciertos elementos que deben considerarse, tales como, la organización de los órganos que intervienen en ella, el despliegue de dichos órganos, los recursos con que se desarrollan tales funciones, la coordinación entre ellos, la priorización racional de los casos a investigarse, el cumplimiento o incumplimiento de los procedimientos establecidos, el cumplimiento o incumplimiento de plazos establecidos, entre muchos otros.

La importancia de reconocer estos dos grandes momentos en que se define la política criminal de Estado es fundamental ya que, como señala Binder, las características distintivas de la decisión original se irán definiendo a través de este proceso y no sólo en aquella formulación.

Concretizando en el tema de la investigación criminal, quienes deseen incursionar en el análisis de la misma para su correspondiente evaluación y generación de propuestas, deberán considerar las decisiones adoptadas tanto en el plano de la formulación como en el plano de la configuración.

En este contexto, es fundamental valorar si hay verdadera coherencia entre las decisiones formuladas con relación a la política criminal en Guatemala y la aplicación que en el plano operativo se hace de dichas orientaciones. Es decir que entre las decisiones generales que orientan el uso de la investigación criminal como un método a

disposición del Estado para la represión penal del delito, y la aplicación diaria de decisiones respecto al desarrollo de la investigación criminal, debe existir una coherencia clara y no un distanciamiento entre lo que se suele denominar, de forma errónea, teoría y práctica.

Las decisiones adoptadas en el plano de la formulación no constituyen teoría, como suele confundirse repetidamente por los funcionarios del sistema de justicia. Tales decisiones están respaldadas, en mayor o menor medida, por fundamentos teóricos, pero en sí mismas las decisiones formuladas en la ley son situaciones prácticas y no teoría. En tal sentido, la regulación legal de una actividad como la investigación criminal no se considera ni debe considerarse como teoría, sino como decisiones prácticas adoptadas por los funcionarios competentes. En ese sentido, es inexcusable cualquier incoherencia que se observe entre ambos momentos³³.

³³ <http://www.ideads.org/index.php?ID=559>. 24 de octubre de 2012.



CAPÍTULO III

3. Sujetos del proceso penal

Son todos aquellos que intervienen en el proceso penal de alguna u otra forma con excepción del imputado y la parte civil, los otros sujetos procesales pertenecen al ámbito del estado.

Los sujetos Procesales son: el juez, el fiscal, el imputado, el actor civil y el tercero civilmente demandado. Son sujetos procesales indispensables el juez, el fiscal y el imputado. Son sujetos procesales dispensables la parte civil y el tercero civilmente responsable.

“...Considerando como tales a quienes fundamentan su gestión en un deber o poder que han de ejercerse con apego legal, de modo que haya permisión o prohibición en las propuestas. En consecuencia, hay regulación de los actos, individuales o colectivos, para satisfacer el objeto del proceso en desarrollo normal y conseguir los fines que persigue. Siendo el proceso penal la sucesión de determinada serie de actividades a cargo de órganos oficiales, los particulares se ligan por Interés propio o en forma indirecta, lo que les da la calidad de elementos subjetivos esenciales, accesorios o complementarios. Sin embargo, al margen de las denominaciones y clasificaciones

surgidas en cuanto al carácter con que las personas intervienen, examinemos esos elementos subjetivos o sujetos procesales penales...”³⁴

3.1. El imputado

“Es la persona contra quien se dirige la pretensión punitiva del Estado y el objeto de la actuación procesal. Es la persona señalada como participe en la comisión de un delito, en procedimiento dirigido en su contra y más específicamente cuando por este motivo se encuentran privados por su libertad. El sentido amplio de imputado comprende desde el acto inicial del proceso hasta la resolución firme”³⁵.

El Imputado es la persona a quien se imputa ser el autor, cómplice o también se le puede denominar procesado. Es la persona, señalada de haber cometido un hecho punible, contra la que el Estado ejerce la persecución penal. El Código Procesal Penal, en su Artículo 70, enumera, sin precisar, las distintas denominaciones que usa para designarlo. Generalmente el Código reserva el término imputado o sindicado para el procedimiento preparatorio, procesado a la persona que se le ha dictado auto de procesamiento y acusado a la persona contra la que se ha planteado escrito de acusación. Finalmente, denomina condenado a aquel sobre quien haya recaído una sentencia condenatoria firme e impuesto una pena. Una persona se convierte en sindicado o imputado desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra, momento en el cual nace el derecho de defensa.

³⁴ VALENZUELA O., Wilfredo. **El nuevo proceso penal**. Pág.137.

³⁵ http://unslgderechoquinto.es.tripod.com/ProcesalPenal2/dpp2_7.htm. 20 de octubre de 2012.

3.1.1. Derechos del imputado

El imputado tiene derecho:

1. A la libre comunicación con su defensor en forma directa;
2. A recibir correspondencia y visitas de parientes y amigos;
3. A expresarse libremente sin coerción;
4. A ocupar ambientes sanos y convenientes;
5. A tratar de reunir todos los medios probatorios que demuestren su inocencia;
6. A la visita de su abogado defensor cuantas veces sea necesaria.

3.1.2. Declaraciones del Imputado

Para hablar de la declaración del imputado se debe analizar el tratamiento como inocente:

Según esta garantía por demás importante dentro del proceso penal el imputado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Las disposiciones de la ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades. Las únicas medidas de coerción posibles

contra el imputado son las que el Código Procesal Penal autoriza, tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes.

La duda favorece al imputado, siendo este último supuesto muy importante y constituye lo denominado como Favor rei, establecidos en los Artículos 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, 153 de la Ley del Organismo Judicial, 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José), 11, inciso 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 254 del Código Procesal Penal, 84 y 88 del Código Procesal Penal.

La declaración libre es indispensable como garantía de suma importancia que consiste en que el imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El Ministerio Público, el juez o el tribunal, le advertirá clara y precisamente, que puede responder o no con toda libertad a las preguntas, haciéndolo constar en las diligencias respectivas. Encuentra su respaldo en los Artículos 9 y 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 15, 71, 81 y 370 del Código Procesal Penal.

En este paradigma es necesario analizar que los tribunales y demás autoridades deberán de respetar dentro de los procesos los derechos humanos que establecen la Constitución y los tratados internacionales, garantía contenida dentro del Artículo 16 del Código Procesal Penal.

Además existe un principio en el Derecho Penal (Non bis in ídem): Nadie debe ser perseguido más de una vez por un mismo hecho, contenido en el Artículo 17 del Código Procesal Penal.

3.2. El defensor

Con respecto a la defensa del imputado la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 12 indica que "...nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin antes haber sido citado, oído, y vencido en proceso legal ante juez competente y preestablecido...". Lo anterior sirve de base para lo que expone nuestra legislación procesal en el ramo penal, que indica en el Artículo 92 del Código Procesal Penal que: "... El sindicado tiene derecho a elegir un abogado defensor de su confianza.

Si no lo hiciere, el tribunal le designará de oficio a más tardar antes de que se produzca su primera declaración sobre el hecho, según la reglamentación para la defensa oficial.

Si prefiere defenderse por sí mismo, el tribunal lo autorizará sólo cuando no perjudique la defensa técnica y, en caso contrario, lo designará de oficio. La intervención del defensor no menoscaba el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones...".

3.3. La Víctima

"Desde el trasfondo de la historia, abandonando el paraíso terrenal, aparece el crimen. Caín derrama por vez primera sangre, la de su hermano, Abel. Desde entonces el

crimen no ha cesado. En párrafos del Viejo Testamento, mitologías y leyendas, interpretaciones exegéticas, códigos, leyes, hallamos abrumadora reseña y también severísima represión del delito.”³⁶

Este es el primer antecedente la primera víctima del delito en el Derecho Penal, según refiere Cabanellas: “Víctima. Persona o animal destinados a un sacrificio religioso, en las cruentas ceremonias de otros tiempos. Quien sufre violencia injusta en su integridad física o un ataque a sus derechos. El sujeto pasivo del delito y de la persecución indebida... En un esbozo de concepto jurídico unificado, por víctima se entiende todo aquel que sufre un mal en su persona, bienes derechos, sin culpa suya o en mayor medida que la reacción normal frente al agresor, cual sucede con el exceso en la legítima defensa”³⁷.

3.3.1. Victimización

“Acción que realiza el victimario, sobre la víctima, podría ser sinónimo de victimizar; es hacer una víctima de sacrificio, masacrar como una víctima de sacrificio.

- Sujetar a una persona a un engaño o fraude.
- Destruir o dañar, asesinar o matar.

³⁶ REYES CALDERON, José Adolfo y LEON DELL, Rosario. **Victimología**. Guatemala. 2002. Pág. 11.

³⁷ CABANELLAS, Guillermo. Op. Cit. Pág. 692.

Es el fenómeno por el cual una persona o grupo se convierten en víctimas.³⁸

Toda victimización produce una disminución del sentimiento de seguridad individual y colectiva, porque el delito afecta profundamente a la víctima, a su familia y a su comunidad social y cultural. La trasgresión del sentimiento de inviolabilidad, porque la mayoría de las personas tienden a tenerse por inmunes a los ataques delictivos, crea una situación traumática que altera, en muchas ocasiones definitivamente, a la víctima y a su familia.

Se observa en la víctima del delito: La víctima sufre a causa de la acción delictiva. El delito implica daño en su persona o en sus pertenencias. El delincuente provoca con su violencia humillación social. La víctima experimenta temor por su vida y la de su familia.

La víctima se siente vulnerable y esto provoca sentimientos de angustia, desconfianza, inseguridad individual y social. El delito crea una verdadera situación de estrés porque significa un daño y un peligro en muchísimos casos un peligro de muerte que representa para la víctima y para la familia vivir con miedo, angustia y la posibilidad de ser victimizada nuevamente. La sensación de inseguridad se acentúa debido a que la víctima no recibe la atención, información y respuesta adecuadas a su grave situación individual, familiar y social. La inseguridad también está vinculada con dos aspectos: desprotección institucional en la población (sentida por la víctima en forma generalizada) e impunidad del delincuente (sentida por la víctima en el temor de que el delincuente regrese).

³⁸ *Ibíd.* Pág. 186.

3.3.2. Consecuencias del delito

Según el Código Penal en el Artículo 112 establece: Personas responsables: “Toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente”. Quiero decir esto que el hecho punible origina la obligación de reparar los perjuicios materiales y morales que de él provenga, el artículo 119 del mismo cuerpo legal establece: “Extensión de la responsabilidad civil. “ la responsabilidad civil comprende: 1º. La restitución. 2º. La reparación de los daños materiales y morales. 3º. La indemnización de perjuicios.

Un delito o culpa que ha ocasionado daño a otro, está obligado a la indemnización sin perjuicio de la sanción penal. Es claro que el daño que se encierra en el hecho punible genera una doble responsabilidad, esta aplicación es de manera penal y civil; se considera a su vez una conducta típica antijurídica y culpable, donde quedará expuesta a la sanción penal (prisión, arresto, multa). El Artículo 121 del Código Penal establece: “Reparación del daño material. “La reparación se hará valorando la entidad del daño material, atendiendo el precio de la cosa y el de afección del agraviado, constare o pudiere apreciarse.” El Código Penal establece también la remisión a las leyes civiles en el Artículo 122, es importante entonces determinar que no todo hecho que ocasiona perjuicio tiene la calidad de delito. La responsabilidad civil tiene distintas formas:

- a) **Contractual:** implica la obligación de asumir las consecuencias derivadas del hecho. Tal y como lo estipula el Artículo 1547 del Código Civil. “Toda persona puede contratar y obligarse: 1º. Por escritura pública; 2º. Por documento privado

o por acta levantada ante el alcalde del lugar; 3º. Por correspondencia; y 4º. Verbalmente.

- b) Extracontractual:** también llamada culpa equiliana, es aquella que implica la obligación de atender las consecuencias del hecho.

La responsabilidad extracontractual puede acometerse de dos maneras:

Directa: está regulada por el Artículo 1645 del Código Civil. “Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo...” y descansa sobre 3 exigencias básicas:

- a) El dolo o culpa, de que de manera personal y directa esta llamada a responder, según el Artículo 1646. “El responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que le haya causado.
- b) Un daño, es una lesión o perjuicio que sufre la víctima o perjudicado, quien pasaría ser un acreedor de la pretensión indemnizatoria.
- c) Una relación de causalidad entre el dolo o culpa y perjuicios, aspectos que son necesariamente y obligatoriamente sean plenamente aprobados dentro del proceso para el ejercicio de la acción penal donde se vincula su valoración, para que mediante la sentencia condene en concreto al pago de la indemnización que corresponda. La exención de responsabilidad penal no libera de la responsabilidad civil, a no ser que el juez así lo estimare atendiendo a las circunstancias especiales del caso. (Artículo 1647 del Código Civil).

Es importante abordar el tema sobre la reparación digna tal y como lo establece el Artículo 25 ter. Del Código Procesal Penal. ...”En el acta de conciliación se determinaran las obligaciones pactadas, entre las cuales se contemplara la reparación del daño y el pago de los perjuicios si hubiere lugar a ello”.

Las consecuencias varían según la gravedad del delito y la personalidad de la víctima, pero se han podido determinar:

- A) Consecuencias inmediatas y traumáticas;
- B) Consecuencias emocionales y sociales;
- C) Consecuencias familiares y sociales;
- D) Consecuencias inmediatas y traumáticas delictivas: comprenden estrés, conmoción y desorganización de la personalidad de la víctima. También incredulidad, paralización temporal y negación de lo sucedido, terror, aturdimiento, desorientación, sentimientos de soledad, depresión, vulnerabilidad, angustia, depresión;
- E) Consecuencias emocionales y sociales: son las secuelas que siguen al estrés y la conmoción por el delito sufrido, es decir, los nuevos síntomas que presenta la víctima, que pueden aparecer semanas o meses luego de sucedido el delito. Implican graves cambios en el comportamiento y la personalidad de la víctima. Se observan: sentimientos de tristeza, culpabilidad, sentimientos de pérdida de identidad, desconfianza, sentimientos de pérdida de dignidad, humillación, ira, rechazo familiar, rechazo hacia el medio social, pérdida de autonomía, ideas obsesivas relacionadas con el hecho traumático-delictivo, pesadillas permanentes, llanto incontrolado, angustia,

depresión, sentimientos de soledad y abandono, miedo a la repetición del hecho traumático.

F) Consecuencias familiares y sociales: las consecuencias involucran de un modo determinante a todo el grupo familiar al cual pertenece la víctima. El daño y las secuelas estirar relacionados con la gravedad del delito, pero también fundamentalmente con el papel y la función de la víctima en el grupo familiar. Ejemplos de distintos papeles son: la víctima es la madre de tres niños de corta edad; la víctima es un niño de 2 años; la víctima es el sostén afectivo y económico de sus padres ancianos.

3.3.3. Relación autor-víctima

“Desde la entronización de las democracias modernas, los sistemas de justicia penal no han dejado nunca de desempeñar una doble función. Hacen que los delincuentes sean responsables de sus faltas ante la sociedad y hacen que las autoridades penales sean responsables de sus medidas punitivas contra los delincuentes. Hay que establecer equilibrio entre la lucha contra el delito y el debido proceso penal.”³⁹

“El delito es una acción típica, antijurídica y culpable, Enrico Ferri asienta el delito en la responsabilidad social y no en la responsabilidad moral. El hombre es responsable sólo por el hecho de vivir en sociedad. Enrico Ferri (1856-1929) fue un criminólogo y sociólogo italiano y además compartieron en mayor o menor medida lo del criminal nato con Cesare Lombroso 1836-1909. Sin embargo, mientras que Lombroso investigó los

³⁹ REYES CALDERON, José Adolfo y LEON DELL, Rosario. Op. Cit. Pág. 62.

factores fisiológicos que motivaban a los criminales, Ferri investigó los factores sociales y económicos. Ferri fue el autor de Sociología Criminal en 1884 y editor de Avanti, un diario socialista. Sus argumentos de prevención del crimen fueron rechazados por Benito Mussolini luego de su ascenso al poder.

Tanto Samuel Mendelshon como Hans Von Hentig; en esencia, vienen a señalar que la criminogénesis depende de una compleja relación entre víctima y victimario, figuras éstas que no ocupan posiciones antinómicas sino que interaccionan, sus roles respectivos, se imbrican e incluso llegan a confundirse. En lo que Mendelsohn denomina la pareja penal, la víctima (que ya no es considerada como sujeto pasivo del delito) puede contribuir (con mayor o menor culpabilidad) a su propia victimización. (J. Núñez de Arco).

Víctima es la persona afectada física o moralmente por un hecho ilícito. Benjamín Mendelshon (1850-1922) creador de la victimología realiza una clasificación que me parece útil sintetizar: a) víctima inocente b) víctima por ignorancia c) víctima provocadora d) víctima voluntaria e) víctima agresora.- R. Moreno Rodríguez. Diccionario de Ciencias Penales. El Dr. Elías Neumann ofrece un pormenorizado y exhaustivo trabajo sobre la víctima en todos los aspectos posibles en el marco de los Derechos Humanos. Expone una clasificación, invitando con la ayuda de la filosofía a ver en profundidad esta disciplina."⁴⁰

⁴⁰ <http://www.mailxmail.com/curso-criminologia-criminalistica-periodistas-policiales/delito-delincuente-victima-delito>, 18 de abril de 2014.

En la compleja relación del autor del delito con la víctima, se pueden establecer tres posibilidades:

- a) La víctima pertenece al grupo familiar del autor del delito;
- b) La víctima es conocida;
- c) La víctima es desconocida.

En el primer caso, autor y víctima pertenecen al mismo grupo familiar (ejemplos: homicidio de un familiar, el delito de incesto). En el segundo caso, la relación de conocimiento significa que la víctima es conocida por el autor por diversos motivos, entre ellos cercanía domiciliaria, de trabajo, o porque el autor conoce las costumbres de la víctima. Y en el tercer caso la víctima es desconocida para el autor del delito (ejemplo: el robo). Todos los datos relacionados con la víctima del delito adquieren un significativo valor para el diagnóstico victimológico, la comprensión del hecho delictivo y de las características del autor de la conducta violenta. Casos, por ejemplo, muy claros cuando la víctima es un niño, un anciano; cuando un grupo delictivo agrede a personas o víctimas indefensas.

3.3.4. Víctimas vulnerables

“Aquí el concepto vulnerable comprende a la persona que por sus características no puede defenderse, no tiene posibilidades de percibir el peligro o la agresión, ni tiene posibilidades de reaccionar. Son víctimas absolutamente inocentes del hecho delictivo y padecen los mayores sufrimientos y consecuencias del delito. Entre estas víctimas se encuentran:

Víctimas niños: son víctimas de delitos sexuales, de explotación, de maltrato, de abandono. Existen niños (as) víctimas desde los primeros meses de vida y, en algunos casos, desde las primeras horas de su nacimiento (infanticidio).

Víctimas ancianos: el deterioro progresivo de las facultades físicas y psíquicas y especialmente las limitaciones psicomotrices, vinculadas con una problemática existencias por la marginación de que es objeto el anciano, lleva a que sean víctimas de delitos, que van desde estafas y robos hasta homicidios. La indefensión, en estos casos, también es total.

Víctimas disminuidas física y psíquicamente: son las personas discapacitadas o las personas con retardo mental, que no tienen la capacidad para comprender la situación de peligro por su problemática psíquica.

Víctimas de un delito de alevosía: la víctima se encuentra en una situación o en una posición en que le resulta imposible percibir el peligro y defenderse de la agresión (duerme, está de espaldas). El autor del delito no corre riesgo personal; es un individuo que tiene conciencia de la situación de la víctima, de su indefensión y de su extrema vulnerabilidad.

Víctimas de grupos delictivos: también en estos casos la víctima se encuentra totalmente indefensa. El grupo agrede sexualmente a la víctima, le roba, la secuestra.

Un índice muy importante de la criminalidad actual comprende a víctimas vulnerables, es decir, personas que no pueden percibir el peligro ni solicitar ayuda.

La criminología ha señalado que existen dos tipos de criminalidad:

- a) La criminalidad conocida, es decir los datos que se registran sobre los hechos violentos en el sistema penal. Constituyen los casos sobre los que tienen conocimiento las instituciones y que permiten la intervención policial y de la administración de la justicia;
- b) La cifra negra oculta, desconocida, de hechos delictivos que se producen y que no se conocen institucionalmente. Manuel López Rey y Arrojo considera que sólo una pequeña parte de la cifra real es conocida, es decir, que un número considerable de hechos delictivos no se conocen.

Entre los motivos por los cuales las víctimas no hacen la denuncia se encuentran:

Falta de credibilidad en el sistema de justicia; escasa información sobre los derechos de las víctimas; la víctima y el autor pertenecen al mismo grupo familiar; alta sofisticación de metodologías e instrumentos en delitos económicos; temor, miedo a sufrir nuevos hechos delictivos.

Uno de los aspectos fundamentales en la prevención del delito es la denuncia de los hechos delictivos, única manera de conocer y de realizar las acciones y medidas preventivas para evitar nuevos delitos y para asistir a las víctimas⁴¹.

⁴¹ <http://www.maestropsicologo.com/victimas-vulnerables/>, 18 de abril de 2014.

3.3.5. Víctima y administración de justicia

“¿Cuál es la consideración de la administración de la justicia hacia la víctima? Como se ha señalado, tradicionalmente el derecho, la criminología y las ciencias sociales han dirigido sus estudios y su interés hacia el delincuente, su peligrosidad, las motivaciones que lo llevaron al acto delictivo, pero a la víctima la administración de la justicia solo la ha considerado como testigo en la causa que el Estado tiene contra el acusado.

Sin embargo, para la administración de la justicia la cooperación de la víctima es esencial, porque indudablemente permite conocer el delito; conocer al delincuente; conocer la comunidad, la región donde se realiza el delito; aplicar las medidas penales, correccionales y preventivas; evitar nuevos delitos.

No obstante, la sociedad, a través de sus instituciones penales, no valora adecuadamente la cooperación de la víctima del delito y ésta recibe un trato insensible y deshumanizante, y no pocas veces resulta doblemente victimizada por la propia administración de la justicia.

Se piensa y se interroga a la víctima en relación con el autor y a las circunstancias del delito. Se descuidan las condiciones en las que se halla la víctima, por ejemplo en los interrogatorios al niño víctima de violación. Del mismo modo, las múltiples repeticiones testimoniales que debe brindar la víctima la perjudican, porque en ciertos delitos se duda de sus declaraciones (esta creencia está vinculada con el nivel educativo y económico de la víctima).

La víctima está sola, marginada y generalmente humillada frente a la administración de justicia. Debe concurrir a lugares que desconoce (por ejemplo presentarse a la policía para presentar la denuncia), a veces debe dejar sus ropas y objetos personales para estudios periciales, criminalísticos y someterse a invasiones médico-clínicas en los casos de delitos sexuales, de lesiones.

La víctima ignora sus derechos, porque precisamente nadie le ha proporcionado información legal; ignora, por lo tanto, si puede acudir a un abogado, a un médico. Deberá declarar en varias oportunidades, en situaciones y lugares distintos, ante personas diferentes que le preguntarán una y otra vez sobre las características del autor, las vestimentas de éste, su propia reacción ante la agresión, pero también le preguntarán, sin que esta información sea imprescindible, sobre sus propias costumbres, sus amistades, su familia.

La administración de la justicia ha descuidado el punto esencial de que la cooperación de la víctima, su denuncia, su testimonio, su creencia en la justicia, son elementos fundamentales para el esclarecimiento del delito, para el conocimiento y la sanción penal, así como para la prevención del delito.

Por ello, los cambios y reformas criminológico-jurídicas tendientes a una mayor comprensión y consideración de la víctima, han puesto en claro la importancia de los siguientes aspectos fundados en recomendaciones de las Naciones Unidas:

1) Recibir debidamente la denuncia de la víctima. La policía suele ser la primera institución en tomar conocimiento de la situación de la víctima y establecer contactos con las personas que han sufrido un hecho delictivo. Es por ello que puede cumplir una función vital, no sólo para prevenir la victimización, sino para reducir las consecuencias del delito. La denuncia, su recepción, es una parte importantísima en la relación víctima-institución policial.

2) Facilitar la información. La víctima carece, generalmente, de toda información sobre la administración de la justicia. La víctima tiene el derecho de estar informada acerca del progreso de su denuncia y sobre cómo trabaja el sistema judicial en su región, por qué es necesario que realice múltiples declaraciones y sobre las etapas del proceso.

3) Peritajes criminológicos. Se les debe explicar a las víctimas el valor de estos estudios para el esclarecimiento del delito y la identificación del autor. En los casos de examen médico, es necesario acompañar a la víctima.

4) Testimonios e interrogatorios. Para evitar nuevas victimizaciones es necesario informar a la víctima sobre los fines del interrogatorio y brindarle, de esta manera, una mayor tranquilidad, ya que no lo sentirá persecutorio e inquisitivo. Los interrogatorios a niños deben ser cuidadosos y realizarse en presencia de personas que los protejan y ayuden.

5) Sala de espera diferente de la del autor. Tiene por finalidad evitar las amenazas que sufre la víctima por parte del autor del delito, de sus familiares y del abogado defensor mientras esperan.

6) Decisión del tribunal. El tribunal debería enviar una copia de la sentencia a la víctima o a su familia para que esté informada sobre la decisión que ha tomado la justicia.

7) Salida del delincuente. Es necesario informar a la víctima sobre el egreso del autor del delito, sobre el cumplimiento de la sentencia y, en muchos casos, requerir su opinión en relación con la libertad condicional, para evitar nuevas victimizaciones.

8) Agradecimiento del juez a la víctima por su cooperación. La víctima ha permitido el conocimiento de un hecho delictivo, el conocimiento del autor y la aplicación de la justicia, así como evitar nuevos delitos⁴².

3.3.6. Asistencia victimológica

“La asistencia y el tratamiento clínico-criminológico se refieren a los medios para ayudar a un individuo, en este caso a la víctima del delito. Ampliando el concepto, podemos decir que se entiende por asistencia-tratamiento victimológico la aplicación de todas las medidas tendientes al conocimiento, la comprensión y la ayuda a la víctima para atenuar y superar las consecuencias producidas por la conducta delictiva.

⁴² http://www.fundaciongedisos.org/index_mas.php?id=4080. 18 de abril de 2014

La asistencia victimológica tiene por objetivo principal atenuar las graves consecuencias que deja el delito en la víctima o en su familia. Otros objetivos importantes son el apoyo moral, el esclarecimiento de la situación víctima, esto es, información -derecho a la información que tiene la víctima o su familia en relación con las instituciones policiales y la administración de la justicia.

La situación de estrés y conmoción que representa el delito conduce a sentimientos de vulnerabilidad, temor, inseguridad en la vida de la víctima, aspectos que se deben comprender inmediatamente en la asistencia. Pero la asistencia no está circunscrita al ámbito hospitalario; aquí nos estamos refiriendo a un concepto más amplio, al respeto que se le debe a la persona de la víctima, respeto a su sufrimiento, con el fin de poder atenuar las gravísimas secuelas que le dé a la violencia.

Las consecuencias inmediatas y traumáticas, delictivas, emocionales, sociales, así como las consecuencias familiares, necesitan ser atendidas por equipos interdisciplinarios, partiendo de la conciencia y sensibilidad hacia la persona víctima.

La asistencia victimológica requiere en sus pautas básicas la comprensión, la consideración prioritaria de la vivencia de pánico que sufre la víctima, el miedo a la repetición del delito -hecho traumatizante-, la sensación de encontrarse aún inmerso en la situación agresiva -lo que provoca desorganización, despersonalización y desrealización, pánico por la persistencia de estar reviviendo una situación de peligro y por el desamparo individual y familiar, y una percepción de inseguridad y desprotección, de sentirse vulnerable y expuesto ante el delincuente.

La asistencia victimológica comprende diversos niveles y momentos que operan de manera integral. Esquemáticamente, corresponden:

- 1) Nivel asistencial-terapéutico.
- 2) Nivel de orientación-información.

La asistencia victimológica, en su primer momento o nivel, implica la necesidad de una respuesta inmediata. El trabajo victimológico basado en la inmediatez está definido por una respuesta institucional y social para atender el sufrimiento de la víctima.

La inmediatez se traduce en la rapidez para atender la urgencia y en la comprensión de la situación delictiva específica. Se parte esencialmente de una actitud de respeto, de credibilidad del relato victimológico.

Se busca establecer una relación de confianza basada en un nivel de comunicación sencillo y fundamentalmente emotivo que le brinde seguridad manteniendo la distancia adecuada de cada problema individual, en el que sin duda la característica del delito y la relación autor-víctima indican diversos modos de establecer vínculos o relaciones.

La actitud de credibilidad revaloriza a la víctima, lo cual es aporte esencial para restablecer su autoestima; en otras palabras, la actitud de creerle genera confianza y tranquiliza, lo que constituye la base para una asistencia integral.

Es evidente que cualquiera que sea la violencia sufrida por la víctima, ha tocado en todos los casos aspectos íntimos de su historia, de su vida, de su cuerpo, de sus relaciones interpersonales, de sus objetos. Esta situación explicaría la natural vergüenza y humillación que sienten las víctimas, porque el hecho delictivo ha dañado y destruido aspectos importantes de su vida privada. Al ser escuchada, creída, atendida y comprendida en su relato victimológico, la víctima puede rehacer una visión de sí misma que le permita un mayor control de la situación traumática.

El segundo nivel en la asistencia victimológica, que es complementario del anterior, corresponde a la orientación e información a la víctima. Este nivel abarca diversos momentos, desde la información básica sobre los derechos de la víctima hasta la importancia del acompañamiento profesional o por familiares o amigos a las instituciones de administración de la justicia, a los hospitales y otras instituciones a las que la víctima debe recurrir. El valor de este acompañamiento es que la víctima no se sienta desprotegida y carente de información y orientación, situación que en general provoca una doble victimización, en este caso por medio de las instituciones. El valor específico de este acompañamiento es eminentemente terapéutico.

La visita domiciliaria cumple una doble función dentro del tratamiento:

- a) Completar el diagnóstico victimológico detectando cómo afectó el delito el desempeño de los papeles dentro de la familia, la existencia o no de conductas de victimización hacia quien fue víctima o hacia otros miembros del grupo familiar;

- b) El acercamiento de la institución a la víctima y su familia se constituye en una contención al sentimiento de vulnerabilidad y un encuentro humano, que posibilitará superar el aislamiento social en que se encuentran éstos.

Asimismo, la información, la orientación y el acompañamiento a la víctima permiten que el problema se encauce por los procedimientos legales correspondientes, por ejemplo la importante denuncia realizada por la víctima.

La denuncia tiene para la víctima un doble valor y significado; en primer término, es una toma de posición frente a lo sucedido en el hecho delictivo; en segundo lugar, la denuncia es en sí un pedido de ayuda que se realiza desde una situación y vivencia de pánico por la violencia sufrida. Es un pedido de ayuda a la sociedad.

Los niveles asistenciales y terapéuticos, y de información y orientación, constituyen parte de la metodología clínica victimológica, que es completada por:

- a. Tratamiento individual a la víctima;
- b. Apoyo y orientación a la familia de la víctima;
- c. Psicoterapias de emergencia;
- d. Psicoterapias de objetivos limitados a la especificidad del delito;
- e. Psicoterapias familiares o de parejas;
- f. Visitas y tratamiento domiciliario;
- g. Asistencia y ayuda a las víctimas en los hospitales y en otras instituciones;



h. Información y orientación a la víctima en el proceso penal⁴³.

3.3.7. Programas preventivos victimológicos

“Establecer redes asistenciales victimológicas es una acción preventiva. Implica la responsabilidad institucional y social para fortalecer los hilos de mayor protección comunitaria frente a la violencia. La prevención es fundamentalmente educación, cuidado del ciudadano y que éste asuma su responsabilidad para con su familia, su ciudad y cultura. Atendiendo las recomendaciones formuladas por las Naciones Unidas, en especial las resoluciones del Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia, las líneas de programas preventivos son múltiples.

Entre ellos, se pueden mencionar:

- a. Programas para mejorar la situación de las víctimas del delito en el proceso de justicia penal;
- b. Programas vinculados con resarcimiento e indemnización. Se destaca la importancia de la reparación a las víctimas del delito y del abuso del poder;
- c. El reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de proporcionar recursos y reparación a las víctimas de diversos tipos de delitos, tanto en delitos convencionales como en delitos no convencionales, delitos económicos, de organizaciones criminales, contra el medio ambiente, etcétera;

⁴³ http://www.angelfire.com/ar/fmuraro/asistencia_a_la_victima.htm. 19 de abril de 2014.

- d. Programas de asistencia para las víctimas, con especial referencia al desarrollo de modelos y técnicas de tratamiento para distintas clases de víctimas (ejemplo: niños víctimas);
- e. Programas para una utilización más amplia de las técnicas de mediación y conciliación;
- f. Programas para el desarrollo de investigaciones y capacitación de profesionales en el área de la investigación.

En relación con los programas sobre prevención de la criminalidad urbana, los esfuerzos encaminados a aumentar la seguridad en las ciudades abarcan medidas de dos tipos:

a) medidas preventivas concretas de carácter ambiental (espacio), y b) formas de prevención del delito situacional (estas últimas con mayores posibilidades concretas de ayuda a las víctimas). Finalmente, la prevención o reducción de la victimización, señalan las Naciones Unidas, es una cuestión cuya prioridad es fundamental si se considera el costo humano que entraña su negligencia. La prevención del delito es un medio para prevenir la victimización: El aumento creciente de la criminalidad y de víctimas ha incrementado la preocupación por la seguridad de las personal, y ha dado lugar a pasos más enérgicos para la prevención del delito.

En Latinoamérica existe una conciencia de la necesidad de fortalecer los programas asistenciales y preventivos victimológicos. Las redes asistenciales, que se están

estableciendo entre todos los países de la región, hacen mirar y pensar con esperanza en una mayor comprensión de las víctimas y de sus familias.”⁴⁴

3.4. El Juez contralor de la acción penal

“El que está revestido de la potestad de administrar justicia a los particulares, o se a de aplicar las leyes en los juicios civiles o en los criminales o así en unos como en otros. La palabra Juez es genérica y comprensiva de todos los que administran justicia; pero los que desempeñan este cargo con autoridad superior, y más especialmente los que ejercen en los tribunales de alzada, se distinguen con el nombre de magistrados o ministros.”⁴⁵

3.5. El Acusador

“Se puede decir que acusador es sinónimo de acusación “la acción con que uno pide al juez que castigue el delito cometido por una o más personas; la acusación es uno de los tres medios que hay para proceder a la averiguación de los delitos y castigo de los delincuentes; estuvo muy en uso entre los romanos y fue adoptada por nuestra legislación, la cual da facultad a cualquiera del pueblo para acusar a otro que haya cometido alguno de los delitos que se llaman públicos; pero en el día casi o es conocida la práctica, pues que los jueces a quienes está confiado el cuidado de la venganza publica proceden comúnmente de oficio contra todos los delitos, sea públicos o

⁴⁴ <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/ICAP/UNPAN029086.pdf>. 20 de octubre 2012.

⁴⁵ ESCRICHE, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**. Págs. 213 y214



privados, excepto contra algunos de que no pueden tomar conocimiento sino por acusación de parte, cuales son las faltas ligeras, las injurias verbales, el castigo de los hijos y discípulos por los padres y maestro, los malos tratamientos que un marido diere a su mujer... la acusación se entabla mediante una posición llamada querrela, en que el agraviado refiere el delito con todas sus circunstancias y expresión del lugar, día y hora en que se cometió, nombra al delincuente pidiendo que se le castigue a cuyo efecto solicita que se le admita información sumaria sobre lo expuesto, y que hecha la suficiente se mande a prender al reo y embargarle los bienes, y concluye jurando que no procede con malicia sino por creer delincuente a aquel a quien acusa. De todo delito dimanar dos acciones, una criminal para pedir el castigo del delincuente y satisfacer la vindicta pública, y otra civil con que se reclama el interés y resarcimiento de daños pertenecientes a la parte agraviada; y aunque ambas acciones no se pueden entablar como principales es una misma demanda cuando se pide criminalmente, sin que embargo por incidencia o implorando el oficio del juez puede pedirse por la acción civil; pero es de notar que usando el acusador de una de las dos acciones solamente, no puede dejarla y escoger la otra”⁴⁶.

⁴⁶ Ibíd. Pág. 164.





CAPÍTULO IV

4. El conflicto

Para analizar el conflicto desde el punto de vista penal, considero importante hacer un análisis del conflicto desde el punto de vista laboral, citando y analizando en este caso al célebre autor Guillermo Cabanellas quien se inclina por la denominación conflictos de trabajo y señala “la diferencia existente entre conflicto y controversia, diferencia que a su juicio es de índole gramatical y técnica, porque conflicto es sinónimo de combate en su punto más recio y se aplica para designar las pugnas que se producen en derecho laboral reveladoras de posiciones antagónicas que teniendo su origen en intereses opuestos conducen necesariamente a esta posición de lucha; de ahí que la adopción de la voz conflicto para indicar los de trabajo provenga de los caracteres violentos que revistieron las primeras manifestaciones de la lucha de clases y controversia es la discusión larga y minuciosa entre dos o más personas. Se admite igualmente pero para indicar una fase distinta al conflicto, pues mientras en este la pugna existe, en la controversia hay un punto de coincidencia que consiste precisamente en que las partes antagónicas entran en discusión, por eso estima más conveniente reservar la denominación conflicto de trabajo para indicar la existencia de una dificultad, de intrincada solución de cualquier clase que sea entre el patrono y los trabajadores a su servicio, uno, varios o la totalidad siempre que se origine en el trabajo.”⁴⁷

⁴⁷ CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de Derecho Laboral**. Tomo III. Derecho Colectivo del Trabajo. Pág. 549.

Ahora bien en el ámbito penal el conflicto surge como controversia a raíz de un delito o falta que lesiona los intereses y hasta la integridad física de una persona, aca el conflicto no es por el pago de una prestación económica, sino mas bien el resarcimiento de un daño causado tipificado como delito, razón por la cual en algunos casos la legislación penal permite las medidas desjudicializadoras para terminar con la controversia penal, motivo por el cual considero interesante aportar el estudio del conflicto en aquellos casos en los cuales el Ministerio Publico o el Juzgado de Paz Penal en su caso pueden llevar a cabo la solución de la controversia por medio de un método alternativo de solución de conflictos.

4.1. Trazando un mapa del conflicto

En la actualidad, la teoría de la Resolución de Conflictos está orientada al estudio global de un conflicto e intenta dar respuesta a las siguientes preguntas:

1. ¿En qué consiste la incompatibilidad básica?
2. ¿Quiénes componen las partes?
3. ¿Cuáles son las necesidades y el interés básico de los que están implicados en la situación de conflicto?
4. ¿Cuál es la relación costo-beneficio de las soluciones propuestas?

I. Primera fase del conflicto. La formación de incompatibilidades:

Para familiarizarnos con la naturaleza de un conflicto, esta teoría enfoca las incompatibilidades existentes, reales o bien supuestas, pero que se perciben como tales en la psicología de las partes y de los protagonistas.

Esto es importante porque, cuando se percibe que se ha formado una incompatibilidad se entra a la primera fase donde se organizan los actores y al enfrentamiento entre las partes. Una incompatibilidad consiste en una situación que presenta la imposibilidad de satisfacer, de manera simultánea, a dos o más partes, las cuales luchan por adquirir al mismo tiempo, los mismos recursos escasos.

El arreglo de una incompatibilidad supone la dificultad inicial de lograr un acuerdo entre las partes sobre la manera de definir y tratar una incompatibilidad. Al principio, suele suceder que una incompatibilidad puede estar reconocida sólo por una de las partes, por un observador, o bien puede hallarse latente u oculta. También es necesario distinguir entre una incompatibilidad real entre las partes de una "supuesta" incompatibilidad. Esta confusión generalmente suele aparecer en los pronunciamientos propagandísticos o apreciaciones de carácter subjetivo.

4.1.1 Reconocemos que existe una incompatibilidad real cuando están presentes tres elementos básicos:

- a) Objetivos que se excluyen mutuamente;
- b) Recursos escasos en disputa;
- c) Tiempo escaso.

Una incompatibilidad así planteada conduce generalmente a un comportamiento de naturaleza conflictiva y a un proceso de organización de las partes.

La resolución del conflicto suele venir cuando las partes observan que se le ha hallado una solución viable a la incompatibilidad básica; sin embargo, este requiere de la transformación del conjunto de los componentes de un conflicto:

- a. Cambio de las relaciones de poder entre las partes;
- b. Cambio en la acción y la conducta que sigue las partes;
- c. Reorientar el carácter y el destino de las diferentes propuestas que se han planteado para resolver el conflicto (posibles salidas).

4.2 Las relaciones de poder entre las partes

La búsqueda de un arreglo a una incompatibilidad nos obliga necesariamente a analizar las relaciones de poder y las posiciones de igualdad o desigualdad que se mantienen entre las partes (asimetría).

Las posiciones se suelen dar en los siguientes 3 campos:

- a) Reconocimiento: Situaciones en las que a una parte se le considera legítima y a la otra no;
- b) Principios: Situación en que las reglas de juego y los procedimientos existentes favorecen solo a una de las partes;

- c) Participación: el contexto en que se produce la toma de decisiones, y los factores que hacen de una de las partes la más poderosa.

4.3 Segunda fase del conflicto. El proceso de organización de las partes

El comportamiento y las actitudes de las partes, sean positivas o negativas son el síntoma más visible del conflicto. El comportamiento es producto de una intervención consciente o planificada de los dirigentes, y al mismo tiempo, una voluntad no totalmente libre, debido a que es formada con base en determinadas estructurales y por la historia del conflicto; sujeta también a las tendencias de los procesos políticos y sociales.

El problema de la percepción del comportamiento

El comportamiento de un actor puede ser interpretado por acciones positivas o negativas. Sin embargo, suele olvidarse que hay acciones difíciles de interpretar, o ser vistas como señal de amenaza. En un comportamiento positivo, los objetivos son vistos como demandas aceptables, imperando el respeto mutuo entre las partes, aunque no haya consenso sobre las soluciones aceptables para el problema.

4.4. La dinámica del conflicto

El desarrollo de un conflicto puede ser seguido tomando en cuenta los siguientes aspectos:

- ¿Presentó situaciones de alerta?
- ¿La incompatibilidad central está plasmada abiertamente?
- ¿Están las partes ciertamente identificadas?
- ¿Da signos de polarización?
- ¿Presenta muestras de agravamiento o descenso?
- ¿Se ha generalizado el conflicto?
- ¿Se ha construido una figura estereotipada del enemigo?
- ¿Qué tipo de influencias están circulando?: ¿Endógenas? ¿Exógenas? ¿De terceras partes?

En los estudios sobre el conflicto es prioritario hacer una previsión del posible comportamiento que se dará entre las partes. Esto es posible de lograr si se hace un examen minucioso de la conformación interna de las partes.

Estructura organizativa.

- a. Los fines y el interés máximo de la organización.
- b. Las presiones externas con que opera;
- c. La metodología de trabajo interna;

4.5. Tercera fase de un conflicto

La búsqueda de una solución. En ocasiones de un actor (o ambos) es incapaz de ver una solución, o sólo se ve un determinado tipo de solución. También puede suceder que sólo terceras partes visualicen una posible solución. En este campo, la teoría de la



resolución de conflictos puede hacer una contribución importante debido a que estudia las soluciones propuestas y las fórmulas que son posibles de aplicar para obtener soluciones duraderas.

4.6. ¿Qué modalidades de resolución conocemos?

Popularmente se cree que sólo hay dos tipos de solución: el consentimiento o la violencia. Sin embargo existe una serie de gamas intermedias. Cuando el uso de la fuerza es el método central de una estrategia de resolución, el conflicto termina con la aniquilación de la parte que se define como adversaria. En este caso, no es posible negociación alguna y por lo general, las partes se reorganizan para replantear el conflicto.

4.7. El manejo de las negociaciones y del dialogo entre las partes

Contenidos:

- a. La fórmula política de Resolución de conflictos.
- b. Negociación y diálogo.
- c. Negociación: Métodos tradicionales y métodos innovadores.
- d. Negociación con base en posiciones: ganar, perder o transacción.

Negociación con base en principios:

- a. Las personas;
- b. Los intereses;
- c. Las opciones y los criterios.

Mecanismos de apoyo a una Negociación:

La Mediación.

Naciones Unidas, en su informe de Desarrollo Humano 1991, llegó a la conclusión de que la ausencia de compromiso político, y no la falta de recursos financieros, es con frecuencia la causa verdadera del abandono en que se encuentra el hombre. Cuando en un conflicto se produce una ausencia de compromisos políticos, esto conduce a la pérdida de oportunidades, a un desperdicio y una desviación de recursos, a formar estructuras ineficientes, vicios en las conductas humanas y a imponer un orden irreal en las prioridades de la sociedad.

La negociación es básicamente un proceso político, que se nutre de compromisos políticos. La negociación es además un medio básico para lograr lo que queremos de otros pero privilegiando procedimientos democráticos. La negociación es una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo, cuando usted y otros comparten algunos intereses en común pero que además tienen intereses opuestos.



4.8. ¿Cuándo se produce una negociación?

- a) Cuando ambas partes consideran que algún tipo de entendimiento o acuerdo es posible.
- b) Cuando las partes entran en un proceso de discusión que incluye propuestas y contra propuestas dirigidas a hallar algún tipo de solución a satisfacción de las partes implicadas y por las partes mismas.

4.9. Los diferentes métodos de negociación

La negociación con base en posiciones. Este es un método de uso tradicional, según él todas las negociaciones pasan por tres fases sucesivas:

- a) Establecimiento de posiciones sobre un paquete de asuntos negociables;
- b) Exploración de la fortaleza o debilidad de tales posiciones;
- c) Obtención de un acuerdo o compromiso.

Este método de negociación basado en principios se resume en 4 puntos básicos:

Preocupación: sugerencias

- a. Las personas: separe las personas del problema;
- b. Los intereses: concéntrese en los intereses, no en las posiciones;
- c. Opciones: genere una variedad de posibilidades antes de decidirse a actuar;
- d. Criterios: insista en que el resultado se base en algún criterio objetivo.



Resumiendo las etapas de la negociación:

- a. La etapa del análisis;
- b. Un mapa personal

Antes de empezar a trabajar sobre el problema de fondo haga un diagnóstico de los negociadores, sus problemas humanos, las emociones, las comunicaciones poco claras. El cumplimiento de esta fase es importante para que en una negociación no se ataque a las personas sino al problema.

El mapa mental:

Esta es una etapa de análisis en que simplemente se hace un diagnóstico de la situación, se recoge información, se le organiza y se reflexiona sobre ella.

Diversos problemas que se enfrentan en una negociación

Uno: Qué hacer cuando la otra parte es más poderosa.

Cuando en un proceso de negociación, la parte que está en una posición más fuerte goza de mayores ventajas; en éste caso, lo que cualquier negociador puede lograr se reduce a los siguientes objetivos:

- a) Protegerlo contra un acuerdo que no le conviene;

b) Ayudarlo a sacar el máximo provecho de las ventajas que usted pudiera tener.

4.10. La mejor alternativa para negociar un acuerdo

La razón para negociar es obtener algo mejor de lo que se obtendría sin negociar.

¿Cuáles son esos resultados que se esperan de la negociación? ¿Cómo identificar la mejor alternativa disponible?

Conocer cuál es la mejor alternativa que tenemos disponible en una negociación nos protege de aceptar acuerdos demasiado desfavorables y de rechazar aquellos que sería conveniente a aceptar. Pregunte por ejemplo:

- a) ¿Cuál sería el acuerdo mínimo que usted aceptaría en una negociación?
- b) ¿Cuál sería el acuerdo máximo (más ventajoso) que usted podría lograr?

Descubrir con precisión la mejor alternativa que te conviene para negociar un acuerdo es el criterio que puede ayudarlo a evitar un resultado desfavorable. Este es también el criterio con el que se debe juzgar cualquier propuesta.

Y si las negociaciones fracasan (no se alcanza un acuerdo). ¿Qué hacer?

Cuando no se ha pensado cuidadosamente en lo que haría al no lograr un acuerdo, se dice que está negociando con los ojos cerrados. Al respecto observe:

- a) Hacer uso de las ventajas comparativas que se poseen frente a la otra parte;
- b) Las ventajas que obtendrá con respecto a la situación actual.

Tres: El aspecto integrativo y el distributivo en una negociación es crear un ambiente de franqueza que permita generar las alternativas que mayor beneficio mutuo permitirían.

Cuatro: ¿Qué es lo que permite a un conflicto se resuelto de manera durable?

Respeto mutuo, tolerancia, igualdad, no interferencia y no agresión.

4.11. Los diferentes métodos de negociación

“Acción o efecto de negociar. Trato mercantil o lucrativo, comercio, transmisión o traspaso...gestión diplomática de cierta importancia o laboriosa; ya sea de tratado de paz, de alianza o de comercio; de alguna dificultad propia o de asunto en el cual se intervenga por iniciativa propia o ante requerimiento de otra potencia.”⁴⁸ Así también la negociación se encuentra implícita el Artículo 278 del Código de Trabajo, segundo párrafo, estable lo referente a los arreglos directos y conciliatorios que se suscriben ante los Inspectores de trabajo, este tipo de arreglos considero son parte de la negociación del pago de prestaciones laborales, por cuotas consecutivas mediante convenio de pago también son negociación en la vía administrativa. Siendo este uno de los métodos legales que establece el Código de Trabajo para negociar, no debiéndose

⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 20

apartar el negociador de que el Derecho del Trabajo es Irrenunciable para el trabajador y por consiguiente no se debe admitir pagos por inferior de los mínimos que establece la ley laboral.

4.12. Mediación

En sentido amplio puede afirmarse que el uso de la mediación uno de los varios medios alternativos disponibles actualmente para la resolución de disputas contribuye a generar un cambio en la conducta de las relaciones humanas facilitando una mejor calidad de vida y promoviendo la paz social.

En este contexto la mediación constituye un procedimiento no adversarial y pacífico de resolución de conflictos, tendiente a lograr un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo, objetivo difícil de conseguir cuando los conflictos deben dirimirse en sede judicial. "Participación secundaria en un negocio ajeno a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados. Apaciguamiento, real o intentado, en una controversia, conflicto o lucha. Facilitación, de un contrato presentado a las partes u opinado acerca de alguno de sus aspectos. Intervención, intercesión. Conciliación. Complicidad. Proxenetismo"⁴⁹. Es también importante mencionar que a la par de la mediación se debe establecer que es el Conciliador como parte importante en la mediación "Quien participa en un asunto negocio, contrato o conflicto, por encargo de una o ambas partes, o para prestarles algún servicio sin convertirse en una mas equiparable a las principales. Conciliador. Intercesor. Interventor. Comisionista.

⁴⁹ Ibid. Pág. 674

Cómplice. Proxeneta. En la mediación internacional el papel de mediador consiste en conciliar las pretensiones opuestas y en apaciguar los resentimientos que puedan producirse ente los Estados en conflicto (Art. 4º del Convenio de la Haya, de 1.907, para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales. El Código de comercio español denomina agentes mediadores del comercio a los agentes de cambio y bolsa, los corredores de comercio y los corredores interpretes de buques. En la contratación, mediador es el que transmite las palabras de un contratante a otro, busca un cliente, procura una mercadería o señala quien dispone de ella y en qué condiciones, etc.”⁵⁰

4.12.1. Ventajas que ofrece

Los beneficios derivados de la utilización de este recurso son muchos y muy variados. Sin embargo, las principales ventajas de la mediación como método alternativo de resolución de disputas a partir de su comparación con la vía judicial tradicionalmente utilizada para dirimir los conflictos, son las siguientes:

- a. Es más rápida;
- b. Es menos onerosa;
- c. Es privada y confidencial;
- d. Se desarrolla en un entorno y un clima adecuados para el tratamiento del conflicto;
- e. Brinda a los participantes la posibilidad de gestionar su propio acuerdo;
- f. Es efectiva, voluntaria y neutral (el mediador no toma partido);

⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 674-675.

g. Una de las principales ventajas de su aplicación en el marco empresarial es el ahorro de recursos humanos y económicos que normalmente conlleva. En Estados Unidos más de 4000 empresas líderes (Coca Cola, IBM, Toshiba, Motorola, Philip Morris, The Chase Manhattan Bank, Johnson & Johnson, etc) adhirieron a convenios mediante los cuales se comprometen a utilizar los mecanismos de mediación como instancia previa a cualquier proceso judicial, lo cual se traduce en un ahorro superior a los 35000 millones de pesetas al año y, además, arroja mejores resultados que el pleito tradicional.

4.12.2. Conflictos que pueden resolverse a través de la mediación

La mediación es efectiva para resolver una amplia gama de conflictos, entre los cuales pueden destacarse los siguientes: Empresarial: (mediación comercial, conflictos en el seno de la organización y entre distintas empresas, franchising, conflictos entre consumidores y empresas, patentes, marcas, dominios Web). Inmuebles: (división de condominio, límites). Trabajo: (conflictos entre trabajadores y empleadores). Familiar: (procesos de separación, conflictos generacionales, procesos sucesorios, alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas, liquidación de la sociedad conyugal).

Comunitaria (barrial, ruidos molestos, animales domésticos, uso de espacios comunes, conflictos en comunidades). Escolar (conflictos institucionales, entre estudiantes, normas de convivencia). Conflictos públicos (medioambientales, urbanísticos, asistencia social, crisis institucionales, planificación tributaria, conflictos en organismos municipales, conflictos con los vecinos).



4.12.3. Mediación penal

El mediador penal no decide ni tiene autoridad para imponer una solución a ninguna de las partes, característica que lo diferencia del juez o del árbitro. Es una persona entrenada para asistir a aquellas otras que se encuentran en conflicto, estimulándolas, guiándolas y escuchándolas para que ellas mismas arriben a un acuerdo.

Frecuentemente el mediador es abogado, pero no necesariamente debe serlo. Del mismo modo, el abogado puede participar en la mediación como guía y asesor jurídico y también trabajará activamente en la formalización del acuerdo que eventualmente logren las partes.

Es necesaria asimismo la intervención de abogados cuando el acuerdo logrado requiera homologación judicial. La elección del mediador no se distingue de la de cualquier otro profesional. Una siempre entrevista será suficiente para conocer el estrilo del profesional, su entrenamiento, su experiencia y los conocimientos que posee en relación con el tipo de disputa de que se trate.

4.12.4. Perfil del mediador

El mediador perfecto debe poseer relevantes cualidades a fin de poder adoptar conductas adecuadas.

4.12.5. Cualidades del mediador

Las principales cualidades que se predicen del mediador son:

- a. **Neutralidad:** La cualidad más importante de un mediador eficaz es su capacidad de mantener un papel imparcial y neutral en medio de una controversia.
- b. **Capacidad:** Para abstenerse de proyectar su propio juicio. El rol del mediador es ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo cuyos términos sean aceptables para ellas, aun cuando el mediador esté en desacuerdo con la sabiduría o con la justicia de la solución.
- c. **Flexibilidad:** Debe estimular la fluidez en las comunicaciones.
- d. **Inteligencia:** Las partes buscan un mediador que les facilite el camino de la resolución, con una mentalidad ágil y eficaz. Debe ser capaz de ver las cuestiones en múltiples niveles, de tratar hechos complejos y de analizar los problemas.
- e. **Paciencia:** Es importante que el mediador pueda esperar los tiempos necesarios según lo requieran las partes. **Empatía:** El mediador debe de ser capaz de valorar las percepciones, miedos e historia que cada parte revele en la discusión. La confianza se instala a partir de esta corriente personal.
- f. **Sensibilidad y respeto:** El mediador debe ser respetuoso con las partes y sensible a sus fuertes sentimientos valorativos, incluyendo sexo, raza y diferencias culturales.

Oyente activo: Las partes deben sentir que el mediador ha oído las respectivas presentaciones y dichos. Imaginativo y hábil en recursos: Es importante que el mediador tenga capacidad de aportar y generar ideas nuevas. Enérgico y persuasivo: A través de la conducción del proceso, el mediador debe intervenir eficazmente para lograr flexibilidad en las partes, aunque debe dirigir la dinámica y controlar la audiencia sin ser autoritario. Capacidad para tomar distancia en los ataques: Si alguna de las partes hace un comentario despectivo o agresivo hacia el sistema de mediación o hacia el mediador, es conveniente no actuar a la defensiva, de lo contrario se establecería una nueva disputa. Honesto: No debe prometer a las partes algo que no pueda cumplir. Digno de confianza para guardar confidencias: Debe guardar confidencialidad y las partes tienen que estar convencidas de que ello será así. Tener sentido del humor: Es necesario para aflojar tensiones y crear un clima favorable. Perseverante: Cuando las partes lleguen lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar la espera y la ansiedad que esto provoca.

En nuestra práctica como miembros de la Defensoría, que tenemos que afrontar materias muy diversas, importante cualidad será la versatilidad, pues se impone adaptar el estilo de mediar a cada circunstancia.

Al afirmar que el mediador es un facilitador, un vehículo que recupera la comunicación o ayuda a las partes a comunicarse y establecer o restablecer el diálogo con miras a concertar, cabe destacar que el mediador no es juez, orientador, consejero, abogado, árbitro o cosa parecida; el mediador no decide, dirime, recomienda o aconseja; el mediador se limita a conducir el diálogo –facilitar y orientar el proceso- y, utilizando su



percepción, las prácticas y entrenamiento adquirido, estimula a las partes a encontrar una solución creativa, mutuamente compartida.

4.12.6. Objetivos de la escucha activa

- a. Asegurar al interlocutor que hemos recogido y entendido su mensaje;
- b. Alentar al interlocutor a emitir nuevos mensajes.

4.12.7. Como escuchar activamente

Dar señales no verbales de escucha:

- a. Proximidad física;
- b. Contacto visual;
- c. Postura orientada y relajada;
- d. Asentir;
- e. Mímica y gestos;
- f. Contacto físico ligero.

Dar señales verbales de escucha:

- a. Sonidos confirmatorios (Ajá, ya, uh, etc...);
- b. Parafrasear;
- c. Resumir;

- d. Preguntar;
- e. Recibir y no emitir;
- f. Pedir más información;
- g. No anticipar lo que el otro va a decir.

4.12.8. Aplicación de técnicas al procedimiento de mediación

Antes de iniciar la Mediación propiamente dicha; es necesario valorar y decidir lo siguiente:

- a. La adecuación de la mediación en el caso que se plantea;
- b. Quien será la persona adecuada para mediar;
- c. Si podrán reunirse las partes o tendremos que trabajar por separado;
- d. Tiempo necesario para reunirse con las partes;
- e. Quién estará presente en el proceso: implicados, abogados, expertos, otros...
- f. Como será el espacio: lugar, distribución de los asientos, donde se harán las reuniones privadas, entrada y salida de los participantes.

Entrada o inicio de la sesión:

Esta etapa se utiliza para recabar información pertinente sobre las percepciones del conflicto que tienen los participantes, sus metas y sus expectativas, y la situación de conflicto.

El mediador debe:

- a. Proporcionar la estructura inicial.
- b. Obtener la confianza y cooperación de las partes;
- c. Fomentar su participación activa en el proceso;
- d. Demostrar su neutralidad.

Etapa de explicación del Método e intervención de las partes:

El propósito de esta etapa de la mediación es ofrecer un espacio para hacer a un lado las defensas y traer a la superficie los problemas ocultos.

En esta etapa de la mediación requiere que se definan todo los problemas. Cada uno de los implicados:

- a. Tiene la oportunidad de exponer su versión y cómo se sienten;
- b. Se siente escuchado por la otra parte (y por el mediador)

El mediador:

- a. No valora ni juzga;
- b. Escucha, parafrasea y anima a que los participantes expliquen más;
- c. Ayuda a que se planteen todos los lemas posibles.



4.12.9. La comunicación errónea y la generación de conflictos

La percepción interpersonal. En la vida cotidiana, continuamente estamos interactuando con otras personas. Desde que nos levantamos en la mañana y saludamos los miembros de nuestra familia, hasta que nos volvemos a dormir noche, la mayor parte de nuestro quehacer supone un continuo intercambio con otras personas: Damos indicaciones a nuestra secretaria, discutimos un informe con un compañero de trabajo, atendemos varias visitas, llamadas telefónicas, almorzamos con unos amigos, y así hora tras hora, días tras día. En toda esta continua toma y daca entre las personas nuestro quehacer no es un simple repertorio de respuestas vinculadas con mayor o menor fuerza a una estimulación: ni siquiera las estimulaciones que recibimos son totalmente conocidas y menos aún previsibles. La persona actúa más bien a partir del sentido que las otras personas adquieren en cada situación: se trata de la Sra. De López, mi secretaria, o de Ricardo, mi amigo, y vienen a presentarme una solicitud o una invitación, a que firme una carta o a notificarme de un suceso importante. Mi acción estará en función directa de lo que la situación objetivamente demande, pero también de la captación subjetiva que de esa situación y de las personas involucradas en ella yo tenga. Así, mi acción tendrá unos condicionamientos subjetivos, en buena medida determinados por mi percepción de los hechos y de las personas.

Hoy las víctimas y los individuos que componen la sociedad en su conjunto, como víctimas potenciales del delito sienten que el sistema penal no da una respuesta acorde con el incremento de la criminalidad y existe en todo el tejido social una sensación generalizada de inseguridad. Si las víctimas se sienten desamparadas, es una reacción



natural que pidan aumento de las penas y de las conductas penalizadas, una mayor represión, o que decidan ser ellas mismas las que impartan justicia por propia mano.

No obstante, prestar atención a la víctima no es una cuestión de invertir los términos concluyendo que, a mayor atención a la víctima, más represión para el delincuente. Es preciso reconocer que un sistema penal a la altura de los tiempos que corren, tiene que tener en cuenta tres elementos: autor, víctima y comunidad para lograr la paz social. Es en este marco que se acepta la reparación como un modo alternativo a la pena para lograr la solución del conflicto generado por el delito

4.13. La resolución del conflicto en el derecho penal

“Proceso similar ha ocurrido en América Latina y que está pasando en Guatemala, donde poco a poco la figura de las RAC, inicia su introducción en la sociedad y el uso de estos métodos en la cotidianidad, en la actualidad se cuenta con la ley de Arbitraje, emitida por el congreso de la República de dieciséis de noviembre del año 1995 y codificada como el decreto 67-95, que cobija las materias de conciliación y arbitraje.

Previo al nacimiento de la actual ley encentrábamos en el Código Procesal Civil y Mercantil, en el título IV del libro segundo, el juicio arbitral, señalando que las partes tienen derecho de someter sus diferencias al proceso arbitral, asimismo, se habla de tribunal arbitral y procedimiento arbitral, rescatando el arbitraje en derecho y equidad, y finalizando el título con el laudo y los recursos.



El Código de Comercio contempla en su artículo 1039, en el título único de procedimientos mercantiles, que todas las acciones a que da lugar la aplicación del Código se ventilarán en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje, con esta particular atención se entiende el espíritu del legislador de dar cabida a la figura de los Métodos Alternos para que los comerciantes puedan solucionar sus problemas o conflictos por vías que voluntariamente decidan.

Son los jueces de paz los llamados a intervenir en cuestiones vecinales, familiares, relacionadas con el comercio, el tránsito, con el orden público y que se refieren a temas más sensibles como los problemas de alcoholismo, la inducción de menores en el consumo de drogas, la vagancia y muchos otros, relativos a situaciones que se relacionan con el orden social y que están determinadas por las condiciones socioeconómicas del país.

El ámbito nacional, los Juzgados de Paz cumplen con el propósito de ayudar a restaurar y fomentar la armonía social. Son parte del engranaje de la sociedad que sirve como filtro para lograr que se resuelvan los conflictos, antes de que se conviertan en verdaderas catástrofes para la comunidad y el país; permite fomentar el hábito del diálogo y que las personas traten de colaborar en la solución de los problemas.

El Juzgado de Paz debe fungir como instrumentos de pacificación social, mediante la pronta y cumplida administración de justicia, dentro de la competencia legal, concretando el ejercicio de los derechos y garantías previstos en el ordenamiento



jurídico guatemalteco para servir a la población en general y a las instituciones que requieran su intervención, de una manera rápida, eficaz, justa y transparente.

La mediación es un procedimiento tradicionalmente usado en muchas comunidades e incorporado a las leyes y normas de varias naciones, cobrando plena vigencia y pasando de un acto puramente informal y cultural a ser parte de la vida y de la estructura legal, en nuestros países.

En la legislación guatemalteca ya hace parte de las alternativas que tienen los ciudadanos, sobre todo en los Juzgados de Paz, en donde se vienen implementando las condiciones necesarias para que funcione como otra opción dentro del sistema de justicia.

Aspecto importante y trascendental es la introducción de la figura como un respuesta de la justicia a los ciudadanos, quienes esperan encontrar soluciones rápidas, efectivas y acordes con sus intereses y necesidades, cuando acuden a un despacho judicial, y concretamente en éste tema, los Juzgados de Paz, son protagonistas.

Características de la mediación:

Voluntaria: Porque las partes, sin ningún tipo de coerción aceptan la figura y la búsqueda de una solución conjunta a su conflicto.

Confidencialidad: Las partes, el mediador y cualquier otra persona que intervenga acuerdan no divulgar por ningún medio, las interioridades conocidas.

Futurista: Trabaja sobre la mejora de las relaciones, sobre un acuerdo que beneficie a las partes, su principal atención está puesta en el mañana no en el ayer, toma los elementos del presente para construir el futuro.

Económica: Se realiza en poco tiempo, no se destinan sumas grandes de dinero para su solución, en los Juzgados de Paz el servicio es gratuito, no existe un desgaste grande de energías, comparado con procesos judiciales.

Auto-compositiva: Las soluciones nacen del intercambio de ideas y opiniones entre las partes, analizando alternativas y creando opciones para llegar a un acuerdo o arreglo del conflicto.

No se rigen por reglas procesales: Asume un procedimiento ordenado pero informal y de acuerdo a las necesidades propias de las partes, para que a través de éste, se sientan libres y encuentren las mejores posibilidades a un acuerdo⁵¹.

⁵¹ CASTILLO LÓPEZ. Erick José. **Análisis jurídico de la factibilidad y efectividad de los conflictos en el juicio por faltas dentro del ramo penal, en los juzgados de paz.** Tesis de grado. Guatemala. 2007. Pág. 81, 82,83.

CAPÍTULO V

5. La conciliación víctima - delincuente

Cuello Calon, refiere que “Uno de los caracteres mas salientes del antiguo derecho era la injusta desigualdad en que se hallaban las personas ante la ley. Los nobles, lo poderosos, los colados en las esferas sociales superiores eran castigados con penas más suaves a su ejecución y de carácter menos deshonoroso que las impuestas a los humildes y plebeyos a quienes se reservaban las penalidades más duras e infamantes...la declaración de los Derechos del hombre proclamo que todos los hombres son iguales ante la ley dando un paso definitivo para la desaparición de la desigualdad jurídica del antiguo régimen. Hoy en el campo penal el principio de igualdad ante la ley, que constituye una garantía jurídica de la persona, reviste dos aspectos: a) Todos están sometidos a las mismas leyes penales, a todos se aplican las mismas penas b) Todos son objeto de idéntica protección penal”⁵².

No obstante, prestar atención a la víctima no es una cuestión de invertir los términos concluyendo que, a mayor atención a la víctima, más represión para el delincuente. Es preciso reconocer que un sistema penal a la altura de los tiempos que corren, tiene que tener en cuenta tres elementos: autor, víctima y comunidad para lograr la paz social. Es en este marco que se acepta la reparación como un modo alternativo a la pena para lograr la solución del conflicto generado por el delito.

⁵² CUELLO, Calon. Op. cit. Pág. 244,245

“Tradicionalmente suele distinguirse el derecho penal en subjetivo y objetivo.

Entendemos que el derecho penal en sentido subjetivo es el derecho de castigar (ius puniendi), es el derecho del estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas. En esta noción esta contenido el fundamento filosófico del derecho penal.

En sentido objetivo el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el estado, que determinan los delitos y las penas. Esta noción contiene el fundamento del derecho penal positivo.

Ambas nociones tradicionales integraban hasta hace poco el concepto, comúnmente admitido, del derecho penal. Mas la evolución en este durante los últimos años ha revelado la importancia de ciertas medidas de combate contra la criminalidad (medidas de corrección y de seguridad) de carácter esencialmente preventivo.”⁵³

Si bien la conciliación y la mediación penal arrancan del movimiento en torno a la atención y preocupación por la víctima del delito, se han ido diferenciando de éste y hoy apuntan a establecer un proceso dinámico interactivo entre víctima y delincuente, que logre una respuesta diferente que resulte satisfactoria para ambos.

La noción de derecho penal como conjunto de normas establecidas por el estado que determinen los delitos, las penas y las medidas de seguridad, se refiere a la sustancia

⁵³ Ibid. Pág. 7,8.

de este derecho, pues delito, pena y medida de seguridad, son los elementos sustanciales de la disciplina penal. Dichas normas integran el llamado derecho penal sustantivo. Pero tales normas no pueden ser aplicadas por los jueces y tribunales de un modo arbitrario sino conforme a otros preceptos o reglas, dictados también por el estado, que determinen la forma de aplicación del derecho penal sustantivo”⁵⁴.

5.1 Estudio jurídico de la conciliación en casos concretos

“El fracaso del derecho penal en dar una respuesta adecuada a los casos que se le plantean se debe en gran medida a la rigidez de la respuesta que está habilitado para dar”.⁵⁵

Para mencionar algunas de las fallas del sistema penal vale señalar:

El Derecho penal está para regular las normas básicas de convivencia social. Sin embargo, muchos de los hechos hoy calificados como delitos no responden a esta premisa y consecuentemente el conflicto que se genera a partir de ellos podría ser solucionado por otras ramas del ordenamiento jurídico.

⁵⁴ *Ibid.* Pág. 9.

⁵⁵ “El modelo penal... desde que la víctima desaparece por efecto de la expropiación del conflicto por el soberano o por el Estado, ha dejado de ser un modelo de solución de conflictos, por la supresión de una de las partes en el conflicto...” ZAFFARONI, RAÚL, *En busca de las penas perdidas* AFA, Pág. 226



Sabemos también que un número mínimo de casos llega a juicio y que muchas veces ni siquiera son los más relevantes o los de mayor repercusión social, dado el método de selección al azar a que ha ido llevando el criterio de legalidad.

En este esquema, tiene más probabilidades de llegar rápidamente a juicio un hurto en flagrancia que un grave homicidio. No hablemos de los delitos contra la administración pública o estafas con algún grado de complejidad, cuyo destino más seguro es la prescripción.

Este tipo de situaciones, reiteradas a diario, provocan una sensación de frustración en la víctima y de impunidad en toda de la comunidad que ha llevado progresivamente al desprestigio y a la deslegitimación del sistema y de la justicia penal.

5.2. Reparación del daño causado a la víctima

La reparación del daño como presupuesto de la suspensión del proceso a prueba. En los países que admiten la suspensión condicional del proceso, o proceso a prueba, se establece como requisito indispensable que el agresor repare los daños ocasionados a la víctima. Tal es el caso de Portugal, Brasil, Costa Rica, El Salvador, y Venezuela.

En Portugal es admisible la suspensión provisoria del proceso penal, frente a casos por delito sancionado con pena no superior a tres años de prisión, o con multa, siempre que el imputado sea primario, y responda a una serie de condiciones que se le imponen para suspender el procedimiento, dentro de las cuales se encuentra necesariamente la



indemnización del afectado, así como el darle satisfacción moral adecuada, lo que equivale a fórmulas que buscan la conciliación entre imputados y ofendidos.

En Brasil también, conforme a la ley 9099 del 26 de setiembre de 1995, es aplicable la suspensión del proceso a prueba para los delitos cuya pena mínima sea igual o inferior a un año de privación de libertad. En estos casos el proceso se inicia, pero se puede suspender si el acusado se somete a determinadas condiciones, entre las cuales se encuentra la obligación de indemnizar el daño sufrido por la víctima. En tal caso el proceso se suspende por un plazo de dos a cuatro años, transcurridos los cuales se extingue la pretensión punitiva siempre que el imputado haya cumplido las condiciones.

La legislación penal de Costa Rica también adopta la figura de la suspensión del proceso a prueba en todos aquellos casos en que es admisible la suspensión condicional de la pena, siempre que exista un plan para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el delito y un detalle de las condiciones que el imputado estaría dispuesto a cumplir. En ese supuesto el plan puede consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos (Artículos. 25 a 29 del Código Procesal Penal de 1996). El plazo de prueba va de 2 a 5 años, y la legislación prevé taxativamente las posibles condiciones a las cuales puede someterse el imputado, agregándose que “sólo a proposición del imputado, el tribunal podrá imponer otras reglas de conducta análogas cuando estime que resultan razonables” (Artículo. 26 in fine CPP de Costa Rica).

La nueva legislación procesal penal de El Salvador prevé la suspensión condicional del procedimiento para los casos en que es admisible la suspensión condicional de la ejecución de la pena, siempre que el imputado haya reparado los daños causados por el delito, o asumido formalmente la obligación de reparar el daño en la medida de sus posibilidades, incluso mediante acuerdos con la víctima (Artículos. 22, 23, 24 CPP de 1996 de El Salvador).

5.3. ¿Por qué surge la Conciliación víctima delinciente?

Si bien no está pacíficamente aceptada, poco a poco se va admitiendo tal posibilidad como modo de resolver el conflicto causado por el delito. Esta forma de resolución produce una mayor satisfacción en los receptores del sistema (imputado, víctima y comunidad). Por ser nuevos, los sistemas de consenso víctima - victimario se encuentran con la dificultad de que ambas partes tienen poca experiencia para resolver de esta forma el problema; por lo que el mediador, además de convencerlos de participar en el programa, debe estar preparado para formular posibles modos de reparación que a las partes por sí no se les ocurrirían. Basados en las definiciones conceptuales que adopta Fundación Libra que, si bien no universalmente aceptadas, nos brindan un marco teórico adecuado para comprender el proceso debemos aclarar que, aún cuando generalmente se hable de mediación penal, lo cierto es que en esta materia se usan tanto técnicas de mediación como de conciliación.

5.4. Principales puntos que favorecen la conciliación víctima delincuyente

Es indudable que este sistema tiene para ella considerables ventajas. El vigente, históricamente la ha usado como testigo principal de lo sucedido, la ha revictimizado y no ha tenido en cuenta su opinión, sus deseos, sus temores o expectativas al momento de decidir sobre el delito que ha padecido. Al contrario, la solución restaurativa:

- a) Le da la oportunidad de ser oída al momento de resolver con relación a su conflicto.

- b) Le da la ocasión de decidir respecto del mismo, con la asistencia de un tercero imparcial que le garantiza seguridad, confidencialidad y equilibra el poder frente a su victimario.

Desde un punto de vista victimológico, obtener una respuesta a sus preguntas con relación al hecho vivido hará que se recupere mejor de su experiencia traumática y le ayudará a superar sus temores.

Le da la posibilidad de lograr una reparación, entendida ésta no sólo como un resarcimiento económico que también puede darse sino como algo más integral que puede incluir el pedido de disculpas de su ofensor o el compromiso de éste de cumplir con algo que le resulte satisfactorio (tarea comunitaria, retomar estudios, compromiso de no reiterar ciertas conductas, etc.).



5.5. ¿Qué es la conciliación víctima delincuyente y que pretende?

La conciliación en materia penal ha sido recomendada desde 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder, al disponer formalmente lo siguiente: Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

No obstante esa declaración de principios, su incorporación a las legislaciones latinoamericanas no ha sido un tema pacífico. Muchos la adversan en defensa del principio de legalidad, sin admitir como este último ha sido y sigue siendo excepcionado por la realidad. Sin embargo hasta ahora las principales objeciones y las críticas que se han esgrimido en su contra no han sido producto de una reflexión empírica, sino básicamente de carácter ideológico. Como podremos apreciar a lo largo de esta exposición, existen diferencias teóricas y legales entre los distintos países que la regulan, sin embargo, como ya ha sido expuesto respecto de otras regiones, lo cierto es que “a pesar de las diferencias, los modelos vienen marcados por una misma filosofía, en esencia la de recuperar el conflicto para la víctima y el delincuyente, de ahí que la cuestión fundamental de la práctica se centre en el conflicto y no en los problemas procesales u organizativos.

Son muchas las razones que han justificado recurrir a la negociación y a la conciliación para dirimir también los conflictos penales. En efecto, la búsqueda de soluciones alternativas y diferentes a la justicia formal en América Latina ha sido y sigue siendo muy frecuente, por múltiples razones. Se ha justificado recurrir a mecanismos informales para solucionar los diferendos, como la conciliación, porque son más simples, más rápidos, más efectivos, en muchos casos más baratos, directos, e incluso más transparentes que la justicia formal y tradicional, en virtud de la desconfianza generada por los órganos de justicia oficiales, en muchas ocasiones con un alto índice de corrupción, plagados de procedimientos obsoletos y formalistas, donde en el mejor de los casos importa más la solución jurídica que la solución real del problema, donde las partes no tienen espacio, porque los abogados y los funcionarios (jueces, fiscales, policías, secretarios, auxiliares, etc.) han asumido el problema con el fin de aplicar la ley, sin importar lo que piensan y desean los sujetos involucrados en el conflicto, según los procedimientos formalmente establecidos.

Como muy bien se concreta para la experiencia peruana, y que puede ser extensible para una gran mayoría de los países de la región, entre las razones para adoptar la conciliación pueden invocarse:

- a. La incapacidad del Poder Judicial de constituir una instancia efectiva de solución de conflictos;
- b. En algunos casos la verdad legal dista mucho de lo que las partes pueden considerar una solución justa al conflicto;
- c. La onerosidad de lo que significa llevar un proceso por la vía judicial;



- d. La demora con la cual normalmente son resueltos los casos por el Poder Judicial;
- e. La impredecibilidad del fallo genera una incertidumbre jurídica en las partes que demandan la solución a un conflicto. Esto se debe no sólo a los serios problemas de corrupción que podemos encontrar en el sistema judicial sino también a la falta de criterios jurisprudenciales uniformes;
- f. La existencia de una pluralidad cultural al interior del territorio nacional, que lleva a la co-existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos, que corresponden a los valores, intereses, usos y costumbres de los distintos grupos culturales que existen en el Perú.

Nos referimos indistintamente a la conciliación, a la reparación, a la reconciliación y a la regulación de conflictos a sabiendas de que no tienen contenido idéntico. La reconciliación y la regulación de conflictos son conceptos más altos, porque se trata de una amplia reconstrucción de la paz social, o en su caso, del apaciguamiento del conflicto generado por el delito, mientras que la conciliación delinciente-víctima y la reparación de daños, por el contrario, se refieren más bien a las circunstancias externas de una prestación de reparaciones materiales o inmateriales. Como bien se afirma, "la reparación es, básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo; colocando el mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar...Esta reparación ideal (sustitución del statu quo ante; reparación in natura) es, en ocasiones, imposible (por ejemplo: la vida no se puede reponer). Por ello en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación *por* resarcimiento económico del daño (indemnización). Existen, sin embargo, otros sustitutos, más alejados del concepto



originario. A la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original. Importante es el acuerdo compensatorio y la inteligencia de ambos, víctima y victimario, de que así satisfacen en su justa medida el interés del dañado. Todas estas posibilidades hacen más atractiva la conciliación y la reparación, frente a la simple posibilidad del castigo, con todas sus implicaciones e imperfecciones.

Sin embargo, no debemos entusiasmarnos con las novedades. Existen riesgos que debemos cuidar al adoptarse mecanismos como la conciliación. En primer término, su adopción no debe significar la privatización de la justicia penal, y menos en la minimización del aparato judicial.

Existe una tendencia a la privatización de una serie de funciones que tocan sensiblemente los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ha iniciado un acelerado proceso de privatización en la vigilancia policial de casas, negocios, lugares. Tareas que tradicionalmente estaban en manos del estado, hoy observamos trasladar a los sectores privados sin mayor discusión. También comienza la discusión sobre la posible privatización de las cárceles en varios sentidos: sobre su financiación y construcción; sobre su gestión; sobre la contratación de personal; y sobre la comercialización del trabajo de los presos. Estos procesos no han sido reglamentados, ni se han demarcado claramente las fronteras entre lo que podría trasladarse a los sectores privados y lo que debe permanecer en manos del estado. Es evidente, en lo que respecta a la conciliación y la reparación, que se hace necesario por un lado delimitar claramente las fronteras, señalando lo posible y lo imposible; y además, fortaleciendo la convicción de



que el sistema penal por regla continúa en manos del Estado con todas sus implicaciones. Desde luego, no se trata de privatizar a la justicia penal privatizando el conflicto, sino de repersonalizarlo, lo que sugiere otras vivencias y compromisos, empezando por el resarcimiento de los daños a la víctima.

La conciliación y la reparación no constituyen tampoco formas fáciles y rápidas para estar al día con el trabajo pendiente en los tribunales, ni mecanismos para festinar los casos. En muchas ocasiones llegar a un proceso de conciliación puede ser más laborioso que la imposición de una pena. La reparación no es una manera de agitar la justicia, de sacarse casos, sino de introducir en términos de Derecho penal, en un sentido más amplio, la posibilidad de una justicia negociada. La mediación y la confrontación son aspectos importantes de un proceso dinámico entre víctima y delincuente, de una participación activa para llegar a resolver el conflicto.... Desde luego, el tiempo invertido en la solución de un conflicto penal suele ser inferior al tiempo que la justicia penal tradicional emplea en la atención del caso, desde luego que el sistema tradicional emplea la mayor parte de su tiempo en tramitar papeles y en actos rituales y formales, pero no en atender a sus víctimas.

Por otra parte, también, debe evitarse que los programas de reparación corran el peligro de ser acaparados por la tendencia, predominantemente represiva en la actualidad, de la justicia. Con frecuencia, para algunos la reparación debiera constituir simplemente un agregado de la pena, y en especial se le asocia como una condición de una serie de beneficios condicionales durante la ejecución, y ello debe evitarse.

Como muy bien se afirma, la reparación es una meta racional propuesta como tarea para el derecho penal, bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere, con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto...Por esa razón las vías de ingreso de la reparación al sistema del Derecho penal deben ser pensadas cuidadosamente, para que no se frustren sus objetivos principales: auxiliar realmente a la víctima o, mejor dicho, colaborar en la tarea de restitución, que se corresponde con su naturaleza, y reducir la violencia de la reacción estatal frente al delito.

Entre las ventajas que se le asignan a la conciliación en general podemos mencionar, entre otras, la de ofrecer a los litigantes un enfoque colaborativo y consensuado para llegar a una resolución creativa y mutuamente satisfactoria; la de ampliar los servicios de resolución de disputas del tribunal a relativamente bajo costo y cumplimentar la demanda de las partes para obtener la facilitación de un acuerdo; y además resultar de un alto grado de satisfacción para las partes involucradas. Ello la hace un instrumento bastante atractivo en materia penal para contribuir a reparar la paz social resquebrajada con el hecho delictivo, sobre todo tratándose de infracciones de contenido patrimonial o de consecuencias muy leves.

Podríamos afirmar entonces, que en materia penal, la razón básica por la cual deberíamos recurrir en mayor medida a la conciliación, debiera ser la reconstrucción de la paz social, o por lo menos apaciguar el conflicto surgido entre las partes y las demás personas relacionadas con ellas, a consecuencia del hecho delictivo. Se trata de un



concepto más amplio que la reparación del daño o la conciliación concreta entre el delinciente y la víctima.

5.6 ¿Ante quién se realiza la conciliación?

En Guatemala corresponde al Juez pronunciarse sobre la solicitud que formula el Ministerio Público para aplicar el criterio de oportunidad o para suspender la persecución penal, y de acuerdo con las modificaciones señaladas le corresponde también controlar los posibles excesos de una parte sobre otra, o la debilidad de una de ellas durante el proceso de negociación, aspectos que antes realizaba el Ministerio Público.

En Guatemala no existen oficinas públicas o privadas que se dediquen a facilitar o promover la conciliación en asuntos penales de acuerdo con el informe del Dr. Aguirre, sin embargo ya en el artículo 477 del Código Procesal Penal (recientemente modificado) se hace referencia a que “previo a acudir a la audiencia de conciliación, las partes podrán someter su conflicto al conocimiento de centros de conciliación o mediación...” “Si bien no está pacíficamente aceptada, poco a poco se va admitiendo tal posibilidad como modo de resolver el conflicto causado por el delito. Esta forma de resolución produce una mayor satisfacción en los receptores del sistema (imputado, víctima y comunidad).

Por ser nuevos, los sistemas de consenso víctima- victimario se encuentran con la dificultad de que ambas partes tienen poca experiencia para resolver de esta forma el

problema; por lo que el mediador, además de convencerlos de participar en el programa, debe estar preparado para formular posibles modos de reparación que a las partes por sí no se les ocurrirían.

Basados en las definiciones conceptuales que adopta Fundación Libra que, si bien no universalmente aceptadas, nos brindan un marco teórico adecuado para comprender el proceso debemos aclarar que, aún cuando generalmente se hable de mediación penal, lo cierto es que en esta materia se usan tanto técnicas de mediación como de conciliación.

Ventajas de este tipo de sistemas en el proceso penal de adultos

a) Ventajas para la víctima

Es indudable que este sistema tiene para ella considerables ventajas. El vigente, históricamente la ha usado como testigo principal de lo sucedido, la ha revictimizado y no ha tenido en cuenta su opinión, sus deseos, sus temores o expectativas al momento de decidir sobre el delito que ha padecido.

Al contrario, la solución restaurativa:

Le da la oportunidad de ser oída al momento de resolver con relación a su conflicto.



Le da la ocasión de decidir respecto del mismo, con la asistencia de un tercero imparcial que le garantiza seguridad, confidencialidad y equilibra el poder frente a su victimario.

Desde un punto de vista victimológico, obtener una respuesta a sus preguntas con relación al hecho vivido hará que se recupere mejor de su experiencia traumática y le ayudará a superar sus temores.

Le da la posibilidad de lograr una reparación, entendida ésta no sólo como un resarcimiento económico que también puede darse sino como algo más integral que puede incluir el pedido de disculpas de su ofensor o el compromiso de éste de cumplir con algo que le resulte satisfactorio (tarea comunitaria, retomar estudios, compromiso de no reiterar ciertas conductas, etc.).

b) ¿Qué ventaja obtiene el imputado adulto en un sistema con principio de legalidad?

“Este es uno de los puntos más críticos de la mediación penal ya que se debe aventar el riesgo de que la mediación funcione como un plus en perjuicio del imputado o como una pena añadida.

El punto de inflexión ideal sería la existencia de criterios de oportunidad que permitieran evitar el uso del poder penal estatal cuando éste no fuera totalmente imprescindible, relegándolo al lugar de última ratio que le está asignado en un verdadero estado de derecho. Sin embargo, aún cuando éstos no existan, ciertos mecanismos hoy vigentes



hacen que una mediación en materia penal pueda aplicarse y tener ciertos efectos sobre el proceso y la imposición de una pena.

Suspensión del proceso a prueba: El resultado favorable de una mediación que haya logrado la composición del conflicto podría ser utilizado en la suspensión del proceso a prueba ya que este instituto está supeditado, entre otros, al compromiso del imputado de hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible; particularmente podría tenerse en cuenta para fundar la extinción de la acción, ya que el juez al declararla debe valorar este extremo.

Si se lograra complementar la mediación en estos casos con el criterio amplio de la concesión de la suspensión del proceso a prueba, teniendo en cuenta la pena en concreto, muchos de los casos que hoy procesa mal el sistema penal, podrían ser resueltos de un modo más satisfactorio para la víctima, para el imputado y para la comunidad en su conjunto.

Determinación de la pena y condena de ejecución condicional: Aún en casos en que haya imposición de pena, el haber arribado a una solución consensuada con la víctima podría tenerse en cuenta para la determinación de la pena y para conceder una condena de ejecución condicional.

Criterios de oportunidad: La posibilidad de aplicar criterios de oportunidad reglados en los casos de delitos imputados a mayores de 18 años, autorizaría a resolver fuera del sistema muchos casos que hoy van a la justicia penal, dándoles un tratamiento más

adecuado y acorde con las expectativas que tuvo en miras la víctima al hacer la denuncia.

De este modo, los involucrados en el conflicto, ayudados por la presencia del mediador, llegarían a la solución que ellos consideraran más adecuada, en una etapa prejudicial, pero con un tipo de intervención que implique algún grado de seguimiento y contralor del cumplimiento de lo acordado, prescindiendo del ingreso del caso al sistema penal. Este tipo de soluciones permitirían descongestionar los tribunales penales, reservando su actuación para los casos graves, de mayor complejidad y con más alto grado de repercusión social.”⁵⁶

El sistema penal atraviesa una crisis de efectividad muy seria. La crisis de la prisión y de los fines de la pena, de la reeducación y de la resocialización justifican recurrir a otros métodos para obtener resultados más positivos. No se trata en modo alguno de retornar a la venganza privada, ni de privatizar la justicia penal, pues una gran mayoría de los postulados del sistema penal constituyen serias garantías que se conquistaron a lo largo de años de civilización y hoy son incuestionables. La conciliación y en particular la reparación, han venido a restablecer y hacer más efectivos postulados tradicionales del derecho penal, que mantenían una base más teórica que real, haciendo del proceso un sistema más confiable y creíble en la práctica cotidiana.

Desde luego, la conciliación víctima delincente, debe ubicarse dentro del derecho penal, y regirse según sus principios generales, aunque se lleve a término fuera del

⁵⁶ www.pensamientopenal.com.ar/42mediacion.doc. 18 de abril de 2014.

proceso penal. La conciliación víctima delinciente necesita por consiguiente del derecho penal para decidir qué es delito, quién es delinciente, quién es víctima.... Junto a los postulados clásicos del Derecho Penal, aparece una nueva función que podría denominarse como la reconstitución de la paz jurídica, cumpliéndose una función pacificadora y que en Austria ha sido denominada como la tercera vía. Así la reparación constituye una consecuencia jurídica distinta y junto a la clásica pena y a la medida de seguridad.

Como muy bien se ha expuesto, la función pacificadora, que el derecho penal ha perdido en gran medida, puede alcanzarse del modo más consecuente, bajo evitación de los conocidos efectos negativos de la sanción penal (estigmatización, consolidación y escalada de procesos de socialización de trayectoria negativa, efectos desintegradores de la pena de privación de libertad, etc.), en el nivel pre-judicial... La idea básica de la institución del arrepentimiento activo es que, con la solución del conflicto de derecho civil, desaparecen un interés de satisfacción de la víctima que supere ese marco y, desde el punto de vista de la sociedad, la necesidad de una punición, puesto que el delinciente ha vuelto a la legalidad.... Podrá así el sistema penal recuperar un poco la confianza perdida, y atender más directamente las necesidades básicas que demandan los ciudadanos.

“El sistema penal...ha profundizado un proceso en el que los conflictos le han sido arrebatados a las personas directamente involucradas, de modo tal que, o bien han desaparecido, o bien se han transformado en pertenencia de otra gente...Los abogados son particularmente buenos robando conflictos....La víctima ha sido un perdedor por

partida doble, primero frente al agresor y luego frente al Estado, pues este último le roba su conflicto para ser resuelto por profesionales que en la mayoría de los casos ni siquiera le toman opinión. Resultaba necesario, entonces, restituirle el conflicto a sus propietarios, y así contribuir al fortalecimiento de la paz social. También para el derecho penal la reparación ha venido a contribuir al cumplimiento efectivo de los fines de la pena. La reparación, en el sentido indicado, puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivos generales y especiales. Su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de partida aquí defendido, reprivatización alguna del derecho penal, promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla⁵⁷.

“Indiscutiblemente también fortalece la resocialización el que el imputado acepte los hechos delictivos atribuidos y asuma con responsabilidad la reparación de todos los intereses legítimos de la víctima. Un Derecho penal orientado a la reparación es fundamentalmente un Derecho penal de la resocialización. Un acto reparador implica no solamente la reparación de la víctima sino también un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso a la interiorización...Pero también significa, como ha puesto reiteradamente de manifiesto la doctrina alemana, que cuando el autor repara acepta públicamente la vigencia de las normas delante de la comunidad y se reafirma la

⁵⁷ ROXIN, Claus. **La reparación en el sistema de los fines de la pena**, en “De los delitos y de las víctimas”, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 154.



prevención general positiva....En lo que al derecho procesal se refiere, la conciliación y la reparación constituyen, sin lugar a dudas, las fórmulas básicas para introducir a la víctima en la solución del conflicto penal, rescatándola así del olvido en que se encontraba y corrigiéndose también una distorsión más del propio sistema penal. La necesidad de escuchar a la víctima, así como a todos los demás sujetos involucrados en el conflicto, hacen necesario recurrir a otros métodos de solución, para dirimir el conflictos o al menos transformarlo en otro de menor violencia.

Importante en el desarrollo de la cohesión y la armonía social dentro del grupo, que buscan un acuerdo entre las partes cuando surge un conflicto, cuya principal misión consiste en fijar la reparación del daño ocasionado, de manera satisfactoria para las partes involucradas. ...Dentro del proceso conciliatorio interesa sobre todo la reconstrucción de los hechos para la búsqueda de una verdad; el castigo por la falta está en último plano; es más importante volver a relacionar a dos miembros de la comunidad disgustados que castigar a un transgresor.... Estas situaciones se producen incluso hoy día entre las comunidades indígenas latinoamericanas, aunque formal y oficialmente no hayan logrado imponerse, ni sean acogidas en la ley.

Así, por ejemplo, Guatemala es un país con una alta población indígena, y conforme a su Constitución Política se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres (Artículo. 58 de la Constitución Política de la República de Guatemala), así como también se indica en forma expresa que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos, entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce,



respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos (Artículo. 66 ibídem); sin embargo no encontramos un reconocimiento expreso y formal de estos métodos de conciliación entre indígenas frente a un hecho delictivo a falta de una ley que debe regular dichas comunidades según el Artículo 70 de la Constitución Política, ley que a la fecha no ha sido promulgada. Un avance en esta dirección lo constituye el Artículo 25 bis del Código Procesal Penal de ese país al disponer que en el proceso de conciliación...puedan aplicarse los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos...siempre que no violen garantías constitucionales ni tratados internacionales en materia de Derechos Humanos....

Coincidimos con Bertolino al afirmar que en la búsqueda de formas alternativas a la justicia tradicional, ...debemos tener en cuenta que, tanto óntica como axiológicamente, la solución negociada del conflicto (aún el penal) es superior a la definición coercitiva, y en este carácter mal podría desecharse la primera, so color de afectación de garantías o principios...”⁵⁸.

⁵⁸ BERTOLINO, Pedro J. **Para un encuadre del proceso penal abreviado.** pág. 41.



CONCLUSIONES

1. El proceso penal produce consecuencias jurídicas de importancia, ya que genera el título apto para entrar en la esfera jurídica fundamental de la libertad del individuo. Quedando prohibido, por tanto, consentirse que las actuaciones que dan base a la sentencia se lleven a cabo en ausencia de los jueces.
2. Con el transcurso del tiempo las relaciones entre la víctima y el delincuente se han visto afectadas por los múltiples conflictos existentes los cuales brindan un parámetro para poder medir aquellos conflictos que no conllevan dolo y son de naturaleza culposa.
3. Hoy las víctimas y los individuos que componen la sociedad en su conjunto, como víctimas potenciales del delito sienten que el sistema penal no da una respuesta acorde con el incremento de la criminalidad y existe en todo el tejido social una sensación generalizada de inseguridad.





RECOMENDACIONES

1. El Ministerio Público debe lograr que el infractor se rectifique mediante una acción concreta que importe en los hechos una acción valiosa para la víctima y garantizar sensación de justicia en el sentido Ulpiano de "dar a cada uno lo suyo" y dar una indemnización por el daño causado para poder dar por terminado el conflicto con menor probabilidad de reiteración.
2. Fomentar por medio del Ministerio Público un mayor protagonismo de la víctima tanto en la iniciación como en el desarrollo del proceso penal, puesto que su participación y su consentimiento, resultan indispensables para brindar a la sociedad una respuesta ágil y dinámica a sus necesidades, a la par que contribuye a descomprimir el proceso penal.
3. Que a través del ente investigador, se pueda difundir el mensaje de la conciliación víctima – delincuente y se logre un mayor protagonismo de la víctima tanto en la iniciación como en el desarrollo del proceso penal, puesto que su participación y su consentimiento, resultan indispensables para brindar a la sociedad una respuesta ágil y dinámica a sus necesidades, a la par que contribuye a descomprimir el proceso penal.





BIBLIOGRAFÍA

BERTOLINO, Pedro J. Para un encuadre del proceso penal abreviado. Ecuador: (s.e.) (s.f.).

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de derecho usual. Buenos Aires Argentina: Tomo IV. Editorial, (s.f.).

CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. Tomo III. Derecho Colectivo de Trabajo. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, (s.f.).

CASTILLO LÓPEZ, Erick José. Análisis Jurídico de la Factibilidad y Efectividad de la conciliación como Método Alternativo a la resolución de conflictos en el Juicio por Faltas dentro del Ramo Penal, en los Juzgados de Paz. Guatemala: Tesis de grado, 2007.

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Barcelona, Bosch: Casa Editorial, 1948.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Tomo III, Bogotá: Editorial Temis, 1977.

[http://ensayosgratis.com/Informes- De libros/ANTECEDENTEHISTORICO/78441.html](http://ensayosgratis.com/Informes-De-libros/ANTECEDENTEHISTORICO/78441.html). (Consultado; 17 de abril de 2014).

http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_humanos. (Consultado; 7 de octubre de 2012).

http://es.wikipedia.org/wiki/Instituto_Nacional_de_Ciencias_Forenses_de_Guatemala (Consultado; 17 de abril de 2014).

<http://redaccion.lamula.pe/2011/10/29/ollanta-humala-la-finalidad-del-estado-es-darle-todas-las-oportunidades-a-todos-los-ciudadanos/clauidiapollo>. (Consultado; 7 de octubre de 2012).

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/ICAP/UNPAN029086.pdf>(Consultado; 20 de octubre 2012).

http://unslgderechoquinto.es.tripod.com/ProcesalPenal2/dpp2_7.htm. (Consultado; 20 de octubre de 2012).

http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/DGAT_Protocolo_de_investigacion_de_homicidio_y_homicidio_multiple.pdf. (Consultado; 18 de abril de 2014).

http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/DGAT_Protocolo_de_investigacion_de_homicidio_y_homicidio_multiple.pdf. (Consultado; 18 de abril de 2014).

<http://www.monografias.com/trabajos25/ministerio-publico/ministerio-publico.shtml>. (Consultado; 7 de octubre de 2012).

<http://www.ideads.org/index.php?ID=559>. (Consultado; 24 de octubre de 2012).

<http://www.mailxmail.com/curso-criminologia-criminalisticaperiodistaspoliciales/delito-delincuente-victima-delito>. (Consultado; 18 de abril de 2014).

<http://www.maestropsicologo.com/victimas-vulnerables>. (Consultado; 18 de abril de 2014).

http://www.fundaciongedisos.org/index_mas.php?id=4080. (Consultado; 18 de abril de 2014).

http://www.angelfire.com/ar/fmuraro/asistencia_a_la_victima.htm. (Consultado; 19 de abril de 2014).

KESTLER PARNÉS, Maximiliano. Introducción a la Teoría Constitucional guatemalteco. Ministerio de Educación Pública, Guatemala: Centro Editorial José Pineda Ibarra, 1994.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales. Buenas Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1980.

PRADO, Gerardo. Teoría del Estado. Guatemala: Editorial Praxis, 2005.



REYES CALDERON, José Adolfo y **LEON DELL**, Rosario. **Victimología**. Guatemala: 2002, (s.e).

ROXIN CLAUS. **La reparación en el sistema de los fines de la pena, en “De los delitos y de las víctimas”**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc, 1992.

SAGASTUME GEMMELL, Marco Antonio. **Introducción a los Derechos Humanos**. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Editorial Universitari, 2008.

SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. **Manual de Derecho Constitucional**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Kapelusz, S.A., 1994.

VALENZUELA O, Wilfredo. **El nuevo proceso penal**. (s.e.) (s.f.)

www.pensamientopenal.com.ar/42mediacion.doc. (Consultado; 18 de abril de 2014).

ZAFFARONI, Raúl, **En busca de las penas perdidas AFA**. “El modelo penal... desde que la víctima desaparece por efecto de la expropiación del conflicto por el soberano o por el Estado, ha dejado de ser un modelo de solución de conflictos, por la supresión de una de las partes en el conflicto...” (s.e) (s.f.).

Legislación:

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 17-73, 1973.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 2-89, 1989.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 51-92, 1992.

Código Civil. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 106. 1976.