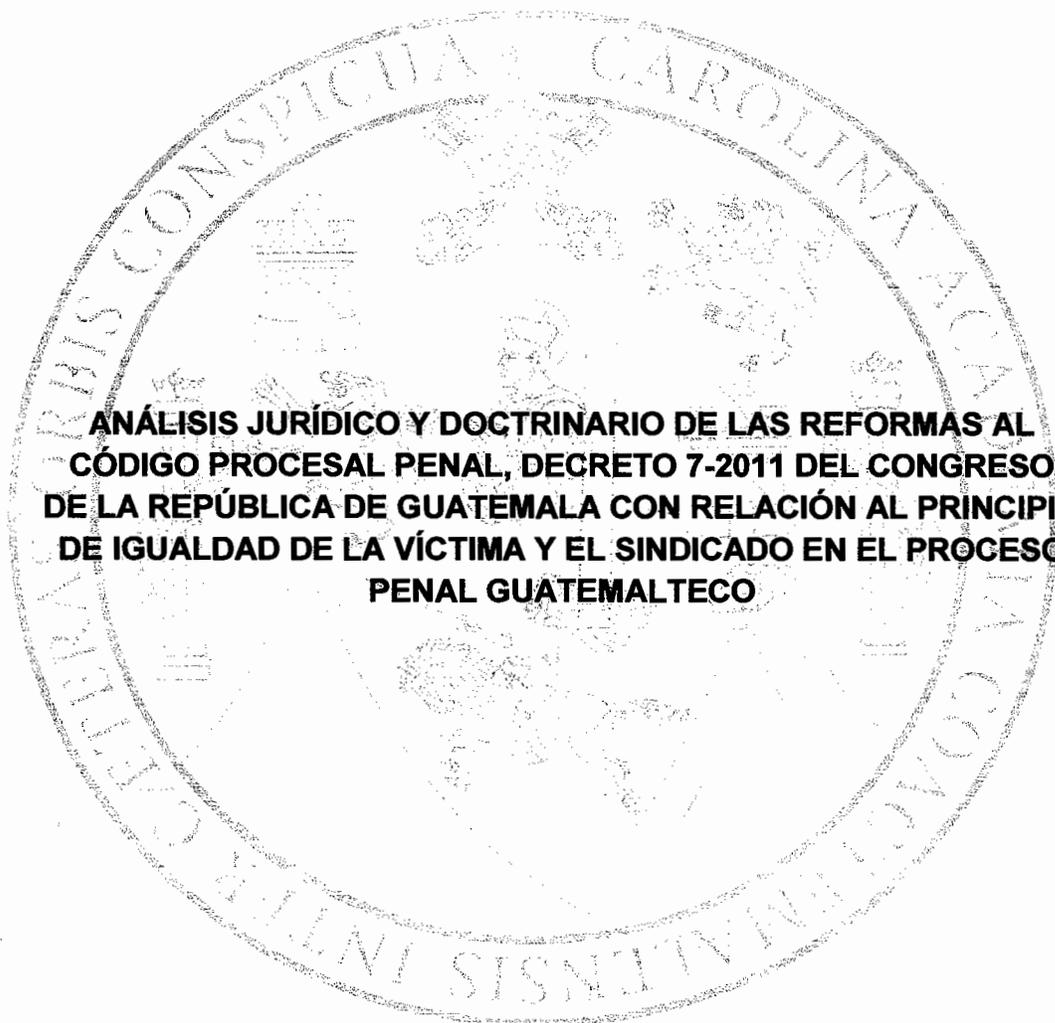


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS REFORMAS AL
CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO 7-2011 DEL CONGRESO
DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA CON RELACIÓN AL PRINCIPIO
DE IGUALDAD DE LA VÍCTIMA Y EL SINDICADO EN EL PROCESO
PENAL GUATEMALTECO**

JUAN FRANCISCO LÓPEZ GÓMEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2014

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS REFORMAS AL
CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO 7-2011 DEL CONGRESO
DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA CON RELACIÓN AL PRINCIPIO
DE IGUALDAD DE LA VÍCTIMA Y EL SINDICADO EN EL PROCESO
PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

JUAN FRANCISCO LÓPEZ GÓMEZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Noviembre de 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 I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
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.	Emilio Gutiérrez Cambranes
Vocal:	Lic.	Urías Eliazar Bautista Orozco
Secretario	Lic.	Moisés Raúl de León Catalán

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	José Luis Guerrero de la Cruz
Vocal:	Lic.	Marco Tulio Pacheco Galicia
Secretario:	Lic.	Dixon Díaz Mendoza

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).



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 31 de marzo de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, GUSTAVO ADOLFO GARCÍA DE LEÓN, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante JUAN FRANCISCO LÓPEZ GÓMEZ, con carné 200016179, intitulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO PROCESAL PENAL DECRETO 7-2011 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA CON RELACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LA VÍCTIMA Y EL SINDICADO EN EL PROCESO PENAL GUATEMLATECO; A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA REFORMA CONTENIDA EN EL DECRETO 7-2011 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

[Handwritten Signature]
DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 14 / 04 / 2014 f)

Asesor(a)
Gustavo Adolfo García de León
 Abogado y Notario



Lic. Gustavo Adolfo García de León
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 7141
23 Av. 02-82 Zona 06 de Mixco
Col. San José Los Pinos.



Guatemala, 23 de Mayo de 2014

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



Respetable Doctor:

De manera atenta me dirijo a usted, con el objeto de hacer de su conocimiento, que de acuerdo al nombramiento recaído en mi persona como asesor de tesis del estudiante JUAN FRANCISO LÓPEZ GÓMEZ, de fecha 31 de marzo de 2014, de la Unidad de Tesis de esa casa de estudios, procedí a asesorar el trabajo titulado: ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO 7-2011 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA CON RELACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LA VÍCTIMA Y EL SINDICADO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO, A PARTIR DE ENTRADA DE VIGENCIA DE LAS REFORMAS CONTENIDAS EN EL DECRETO 7-2011 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

Habiendo finalizado la elaboración del mismo, de manera atenta le informo:

- a) Que el trabajo en referencia se efectuó bajo mi asesoría y durante la misma le hice al autor sugerencias y/o recomendaciones, respecto de los aspectos y bibliografía que consideré prudente, de igual manera acerca del cumplimiento de los requisitos que contiene el reglamento para trabajo de tesis.
- b) En la elaboración del trabajo en referencia, el autor siguió las recomendaciones e instrucciones que le hice en relación a la presentación y desarrollo de éste.
- c) Al realizar el análisis del trabajo de investigación se determinó que en el mismo se observa la aplicación científica de los métodos deductivo, inductivo, analítico y de observación; así como la bibliografía, análisis, entrevistas y contenido.

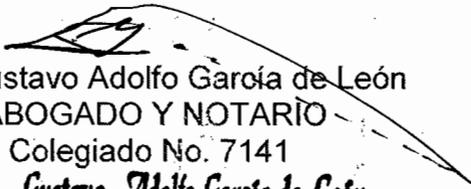
Lic. Gustavo Adolfo García de León
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 7141
23 Av. 02-82 Zona 06 de Mixco
Col. San José Los Pinos.



- d) Se considera que la redacción que se utilizó, reúne las condiciones que se exigen por nuestra máxima casa de estudios superiores, así mismo la conclusión discursiva es acorde y oportuna al título del trabajo y la bibliografía que se utilizó está acorde al contenido e importancia del tema investigado y desarrollado.
- e) En relación al título del trabajo de tesis, se sugirió no consignar nuevamente, lo relativo A PARTIR DE ENTRADA EN VIGENCIA DE LAS REFORMAS CONTENIDAS EN EL DECRETO 7-2011; toda vez que redundaba, ya que hace alusión a dicho aspecto, al indicar que el análisis es acerca de dichas reformas contenidas en el decreto indicado, razón por la cual el nuevo título sugerido, quedaría únicamente así: ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO 7-2011 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA CON RELACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LA VÍCTIMA Y EL SINDICADO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO.
- f) En relación a las bases teóricas, de la conclusión discursiva; se considera que las mismas obedecen a la hipótesis planteada y su comprobación respectiva por parte del investigador y de los mecanismos, así como de los métodos utilizados en la realización de ésta.

Por las razones anteriormente expuestas, me es grato reconocer el esfuerzo y el mérito del trabajo realizado por el estudiante JUAN FRANCISCO LÓPEZ GÓMEZ, así como la contribución científica que se hace del mismo, consecuentemente, estimo y considero que el trabajo de tesis analizado y asesorado, reúne las condiciones necesarias y en ese sentido APRUEBO dicho trabajo de investigación; así también recomiendo que el mismo sea aprobado por esa unidad, conforme lo que establece el artículo 31 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y por ende del Examen General Público; aunado a ello manifiesto expresamente, que con el investigador, el estudiante JUAN FRANCISCO LÓPEZ GÓMEZ, no me une ningún tipo de parentesco, dentro de los grados de ley.

Sin otro particular y en espera de haber cumplido con el honroso nombramiento recaído en mi persona, me es grato saludarlo.


Lic. Gustavo Adolfo García de León
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 7141
Gustavo Adolfo García de León
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 02 de octubre de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JUAN FRANCISCO LÓPEZ GÓMEZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO 7-2011 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA CON RELACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LA VÍCTIMA Y EL SINDICADO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO.

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

Lic. Arvidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Al creador de todas las cosas, por su inmensa misericordia, por la vida, por la fortaleza espiritual que me ha dado cuando he estado a punto de caer, por iluminarme en cada momento y permitirme haber concluido mis estudios.
- A MI ESPOSA:** Cristobalina Gómez Alemán de López, compañera de mi vida, por su cariño, comprensión y apoyo incondicionales en todos los momentos de mi vida. Amor eterno.
- A MIS HIJOS:** Dalia Lucila, Sol Violeta, Juan Francisco, Werner Iván y Francisco Emilio, hijos maravillosos que Dios me dio y que son el orgullo de mi existencia. Gracias por el apoyo y amor que me han brindado. Los amo.
- A:** Licenciado Gustavo Adolfo Soria Flores, mi querido y recordado yerno y amigo, quien goza del descanso eterno en los brazos del Divino Creador, mi cariño imperecedero querido Tavito, estoy seguro que está entre nosotros compartiendo este momento y se sentirá muy feliz que yo haya culminado mis estudios, ya que él fue mi impulsor, bastión y ejemplo para motivarme en mi carrera profesional. Flores sobre su tumba.
- A MIS NUERAS:** Christelle Minot de López y Brenda Maribel Prado de López, con mucho cariño y aprecio, cual hijas para mí.
- A MI YERNO:** Doctor Hugo Francisco Muñoz Hernández, mi respeto, cariño y agradecimiento por su apoyo en los momentos que lo he necesitado.



A MIS NIETOS: Gustavo Adolfo, Mario Andrés, Sol de María, Crystal Violeta, Karel, Elio y Dania Isabella, con inmenso amor y que mi humilde ejemplo sirva para que siempre luchen por sus sueños.

A MI ASESOR: Licenciado Gustavo Adolfo García De León, por sus sabias enseñanzas y paciencia, mi agradecimiento sincero.

A MI AMIGO: Licenciado Marvin Rodrigo Galindo Andrade, por las tantas alegrías, ocurrencias, angustias vividas y el apoyo mutuo en nuestra formación profesional.

A: La Universidad De San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y brindarme la oportunidad de cumplir uno de los sueños anhelados en mi vida.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que a través de sus catedráticos con su sapiencia y colaboración, me permitieron adquirir los conocimientos necesarios para la culminación de mi carrera.

A: Mis familiares y amigos en general, con aprecio.



PRESENTACIÓN

El presente trabajo abarca normas constitucionales íntimamente ligadas con el derecho procesal penal guatemalteco, el mismo contiene un análisis jurídico y doctrinario al Código Procesal Penal, para evidenciar la violación al principio de igualdad de la víctima con relación al sindicado, a partir de la vigencia a la reforma del Decreto 7-2011, toda vez que no existe claridad de cómo funciona la tutela judicial efectiva y, que el debido proceso como tal, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos, que al no cumplirse con tal exigencia se estaría vulnerando el debido proceso, causando con ello un grave impacto en la sociedad.

La presente investigación se realizó en los juzgados de Femicidio del Municipio Guatemala, analizando casos a partir del mes de julio del 2011 a Diciembre 2012

Se estableció cómo se ventila el proceso penal en Guatemala, así como, si en el mismo, se cumplen las garantías contempladas en la Constitución Política de la República y Ley Procesal, así como convenios y tratados internacionales, determinando si se vulnera el principio de igualdad de la víctima con relación al sindicado dentro del referido proceso.

Se hace necesario, analizar las causas y efectos de tales circunstancias, para exigir el cumplimiento de estas normas y ponerlo de manifiesto a los distintos sectores de nuestro país, para coadyuvar con los órganos jurisdiccionales, para que se apeguen a la ley respetando los tratados y convenios internacionales ratificados por Guatemala, con el objeto de garantizar el debido proceso, tanto para la víctima, como para el sindicado en igualdad de derechos y condiciones.

El aporte académico que se hace es de carácter procesal constitucional, ya que se propone una alternativa de solución al problema, en tanto no se reforme la legislación, para brindarle a la víctima igualdad de condiciones en el proceso penal con relación al sindicado.



HIPÓTESIS

Al evidenciar que existe violación a las garantías constitucionales y derechos de la víctima, especialmente el derecho de igualdad con relación al sindicado en el proceso penal guatemalteco, se contribuirá a que los órganos jurisdiccionales con apego a la ley y respeto a los tratados y convenios internacionales ratificados por Guatemala, garanticen el debido proceso.

Existen factores sociales, culturales y legales que atentan contra el principio de igualdad de la víctima en el proceso penal guatemalteco, por lo que se hace necesario analizar la normativa actual para sustentar la necesidad de cambios en la legislación o la utilización de mecanismos procesales constitucionales para proteger a la víctima y darle la calidad de sujeto procesal, ya que en la práctica, no obstante existir el reconocimiento a dicha calidad, en la ley, no se le da.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Por la importancia de la investigación que presento a consideración, para obtener el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, se describe a continuación la manera de aplicar los instrumentos y técnicas de investigación para realizar de la mejor manera la metodología propuesta.

Se realizó una investigación de campo en cinco juzgados de femicidio, dos de instancia y tres tribunales de sentencia, en los cuales se entrevistó a sendos jueces, acerca de los casos de femicidio que han llevado, a raíz que, es de suma importancia la primera declaración, posteriormente en la etapa intermedia y, después en el debate, la víctima no tiene los mismos derechos que el sindicado, aunque con base a los artículos 5 y 117 por sus reformas del Código Procesal Penal, sí debe tener participación activa, empero después de haber presenciado audiencias para establecer los extremos ya indicados y de lo observado en las mismas, coincidieron los entrevistados que no es así.

De esta manera se validó la hipótesis planteada y descrita, Supra en este inicio de tesis.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Evolución histórica del proceso penal en Guatemala.....	1
1.1 Sistemas procesales.....	1
1.1.1 Sistema inquisitivo.....	2
1.1.2 Sistema acusatorio.....	4
1.1.3 Sistema mixto.....	5
1.2 Características de los sistemas procesales.....	7
1.2.1 Características del sistema inquisitivo.....	7
1.2.2 Características del sistema acusatorio.....	9
1.2.3 Características del sistema mixto.....	10
1.3 El proceso penal guatemalteco.....	11
1.3.1 Definición.....	11
1.3.2 Naturaleza jurídica.....	11
1.3.2.1 Teoría de la relación jurídica.....	12
1.3.2.2 Teoría de la situación jurídica.....	12
1.3.3 Finalidad del proceso penal guatemalteco.....	12
1.3.3.1 Fines generales.....	13
1.3.3.2 Fines específicos.....	14
1.3.4 Objeto del proceso penal.....	14
1.3.5 Características esenciales del derecho procesal penal guatemalteco y el sistema que lo rige.....	15



CAPÍTULO II

	Pág.
2. Principios y garantías constitucionales.....	19
2.1 Clasificación de los principios y garantías constitucionales.....	20
2.1.1 Debido proceso.....	20
2.1.2 Derecho de defensa.....	24
2.1.3 Presunción de inocencia.....	28
2.1.4 Derecho de igualdad.....	29
2.1.5 Principio de legalidad.....	30
2.1.6 Principio de juez natural.....	31
2.1.7 Principio de legalidad de la prueba.....	31
2.1.8 Principio de imperatividad.....	33
2.1.9 Principio de concentración.....	33
2.1.10 Principio de inmediación.....	34
2.1.11 Principio de imparcialidad.....	35
2.2 La tutela judicial efectiva en el proceso penal guatemalteco.....	36
2.2.1 Definición de tutela judicial.....	36
2.2.2 Naturaleza jurídica de la tutela judicial efectiva.....	37
2.2.3 Alcances y límites de la tutela judicial efectiva.....	38
2.3 Igualdad ante la ley en Guatemala.....	39
2.3.1 Naturaleza jurídica de igualdad ante la ley.....	41
2.3.2 Clasificación del principio de igualdad.....	41
2.3.2.1 Igualdad formal.....	41
2.3.2.2 Igualdad material.....	42
2.4 Alcances y límites del derecho de igualdad ante la ley en Guatemala.....	43

CAPÍTULO III

3. La víctima.....	49
3.1 Evolución histórica de la víctima.....	49



	Pág.
3.1.1 El derecho antiguo.....	49
3.1.2 El derecho hebreo.....	51
3.1.3 El derecho griego.....	52
3.1.4 El derecho romano.....	53
3.1.5 El derecho canónico.....	54
3.6 El derecho germánico.....	55
3.1.7 El derecho español.....	56
3.1.8 El derecho francés.....	56
3.1.9 La época prehispánica.....	57
3.1.9.1 Los mayas.....	58
3.1.9.2 Los aztecas.....	59
3.2 Etimología y origen del concepto víctima.....	60
3.3 Definiciones de víctima.....	62
3.4 Clases de víctima.....	65
3.4.1 Víctima directa.....	65
3.4.2 Víctima no participante.....	65
3.4.3 Víctima participante.....	66
3.4.4 Víctima colateral.....	66
3.4.5 Víctimas voluntarias.....	67
3.4.6 Víctimas familiares.....	67
3.4.7 Víctimas colectivas.....	67
3.4.8 Víctimas falsas.....	67
3.5 La victimización.....	69
3.5.1 Victimización directa.....	69
3.5.2 Victimización indirecta.....	69
3.5.3 Niveles de victimización.....	69
3.5.3.1 Victimización primaria.....	69
3.5.3.2 Victimización secundaria.....	70
3.5.3.3 Victimización tercearia.....	72
3.6 La victimología.....	73



	Pág.
3.6.1 Objeto del estudio de la victimología.....	75
3.6.2 Fines de la victimología.....	75
3.6.3 Victimología penal.....	76
3.7 Evolución de la víctima en el proceso penal.....	76
3.7.1 Antecedentes.....	76
3.8 La acción penal y la víctima.....	83
3.8.1 La víctima y la acción pública.....	83
3.8.2 La víctima y la acción privada.....	83
3.8.3 La víctima y la acción pública a instancia particular.....	85
3.8.4 Representación legales de la víctima en el ejercicio de sus derechos.....	86
3.9 El querellante adhesivo.....	87
3.9.1 El querellante adhesivo provisional.....	92
3.9.2 El querellante adhesivo definitivo.....	92
3.10 La Defensa Pública Penal y la víctima.....	93
3.10.1 Asistencia legal a la víctima y a sus familiares.....	93
3.11 El Ministerio Público y la víctima.....	96
3.11.1 La oficina de atención a la víctima.....	96

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico y doctrinario de las reformas al Código Procesal Penal Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala relacionadas con la participación de la víctima en el proceso penal.....	99
4.1 Reformas al Código Procesal Penal guatemalteco, Decreto 7-2011 del Congreso de la República.....	99
4.2 La participación de la víctima en el proceso penal a partir de la vigencia del Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala.....	104
4.2.1 La víctima y su participación en la fase preparatoria.....	104
4.2.2 La víctima y su participación en la fase intermedia.....	106
4.2.3 La víctima y su participación en la fase del juicio.....	107



	Pág.
2.2.4 La víctima y la ejecución de la sentencia.....	108
4.3 El derecho de la víctima a la reparación digna.....	109
4.4 Citación de la víctima a juicio.....	116

CAPÍTULO V

5. Propuesta de solución de carácter doctrinario y procesal constitucional ante deficiencias del Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala.....	119
5.1 La analogía procesal.....	119
5.1.1 La analogía en el derecho y su relación con el derecho procesal penal.....	119
5.1.2 Lagunas de la ley en el procedimiento penal.....	121
5.1.3 La doctrina y las lagunas de ley.....	123
5.1.4 Integración del ordenamiento jurídico.....	124
5.2 La analogía como método de la integración del derecho.....	125
5.2.1 Fuente de la analogía.....	126
5.2.2 Diferencia de analogía con la interpretación extensiva.....	127
5.2.3 Límites de la aplicación de la analogía.....	129
5.3 Derecho procesal constitucional.....	131
5.3.1 El amparo.....	134
5.3.2 Habeas corpus.....	134
5.3.3 La inconstitucionalidad.....	135
5.3.3.1 Doctrina de la inconstitucionalidad.....	138
5.3.3.2 Clases de inconstitucionalidad.....	141
5.3.3.3 Presupuestos de la inconstitucionalidad.....	142
5.3.3.4 Disposiciones procesales de la inconstitucionalidad.....	143
5.3.3.5 Procedimiento a seguir para ejercer la acción de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones generales	147



Pág.

5.3.3.6 Procedimiento a seguir para ejercer la acción de inconstitucionalidad de leyes en caso concreto.....	151
5.3.3.7 Resolución que declara la procedencia o improcedencia de la inconstitucionalidad	153
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	157
BIBLIOGRAFÍA.....	159



INTRODUCCIÓN

La presente investigación contiene un análisis jurídico y doctrinario al Código Procesal Penal, para evidenciar la violación al principio de igualdad de la víctima y el sindicado en el proceso penal guatemalteco a partir de la entrada en vigencia de la reforma contenida en el Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala.

La tesis se justifica dentro del ámbito del derecho procesal penal y procesal constitucional, ya que con la violación al derecho de la víctima a ser tratada en igualdad de condiciones con respecto a el sindicado, se sitúa en una posición de desprotección, observándose que al Estado le interesa más la punición que la restauración de la paz social alterada por la comisión del ilícito penal; incumpliendo además los Tratados y Convenios internacionales ratificados por Guatemala donde se ha comprometido a adoptar las medidas legislativas y judiciales a favor de la víctima.

La hipótesis se comprobó porque se evidenciaron deficiencias al proceso penal, que atentan contra principios constitucionales y procesales de la víctima, toda vez que no obstante la reforma del Código Procesal Penal y la calidad de sujeto procesal, la víctima no tiene las mismas facultades que el sindicado, porque no quedaron plasmadas en la norma.

El objetivo general del presente estudio, se alcanzó al evidenciar las deficiencias del proceso penal, no obstante la reforma contenida en el Decreto 7-2011 del Congreso de la República, la víctima aún se encuentra en una posición de desprotección con relación a los derechos y garantías del sindicado.

Los objetivos específicos del presente análisis alcanzado son: a) identificar los factores que atentan contra el principio de igualdad de la víctima en el proceso penal guatemalteco; b) analizar los aspectos jurídicos de la normativa actual para sustentar

una propuesta de solución; y c) proponer solución de carácter doctrinario y procesal constitucional ante las deficiencias del proceso penal con relación a la víctima.

El contenido capitular de este estudio, se encuentra contenido en cinco capítulos, a saber. El primero, contiene la evolución histórica del proceso penal en Guatemala; el segundo los principios y garantías constitucionales; el tercero, la víctima en el proceso penal, el cuarto capítulo contiene un análisis jurídico y doctrinario de las reformas al Código Procesal Penal, Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, relacionadas con la participación de la víctima en el proceso penal y el quinto, contiene una propuesta de solución de carácter doctrinario y procesal constitucional ante las deficiencias del Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala.

Tomando en cuenta el tema seleccionado para la presente investigación, se utilizaron los métodos: analítico, sintético y científico que sirvió el primero para determinar el alcance legal de la normativa vigente; el segundo para elaborar el contenido temático que abordó los principales aspectos de la problemática planteada, teniendo como base el material recopilado a lo largo de la investigación y el tercero se aplicó para comprobar la hipótesis planteada de acuerdo a los resultados que se obtuvieron.

El interés que tiene la presente investigación dentro del contexto social, se pone de manifiesto cuando a la víctima no se le trata en igualdad de condiciones en el proceso penal y con ello se le vulneran derechos y garantías, causando un impacto negativo de inseguridad y desconfianza en el sistema judicial, por lo cual es necesario evidenciar las deficiencias del proceso penal con relación a las garantías y derechos de la víctima como sujeto procesal a fin de que el proceso cumpla con los fines del mismo.



CAPÍTULO I

1. Evolución histórica del proceso penal en Guatemala

El proceso penal ha evolucionado junto al hombre desde sus comienzos, sin embargo, el uno de julio de mil novecientos noventa y cuatro, constituye una fecha histórica y memorable para la justicia de Guatemala, debido a que en esa fecha nuestro país transforma el sistema de justicia penal e implementa el sistema acusatorio por el sistema inquisitivo, que durante siglos había regido la forma de juzgar a las personas que se encontraban sometidas a proceso penal. Para efectos del presente trabajo es necesario analizar los sistemas procesales que han regido el derecho y que han sido implementados en nuestro país hasta el día de hoy.

1.1. Sistemas procesales

Es importante resaltar lo que se entiende por sistemas procesales, que en forma sencilla se refiere a la forma, o el procedimiento que se lleva a cabo para establecer la responsabilidad o no de una persona y dependerá de quien sea el encargado de determinar dicha responsabilidad, si estamos frente a un sistema u otro.

Como refiere Herrarte al citar a Florián, "existen formas fundamentales y formas accesorias del proceso. Las formas fundamentales son las que se observan en las funciones que se realizan en el proceso y son tres: la función de acusar, la función de defensa, la función de decisión. Si se imputa a una persona la comisión de un delito,



alguien debe hacer la imputación, por otra parte es preciso concederle al acusado la oportunidad de defenderse y rebatir la imputación que se le hace; y como consecuencia debe resolverse la situación del imputado por medio de un juicio, imponérsele una sanción si es culpable, o absolvérsele si es inocente. De ello concluye Florián que si las tres funciones anteriores están concentradas en una misma persona se tendrá como proceso inquisitivo; por el contrario si cada una de dichas funciones se encuentra ejercida por diferente persona se tendrá como sistema acusatorio”.¹

1.1.1 Sistema inquisitivo

Este sistema se rige por el procedimiento mediante el cual el juez procede de oficio a la averiguación del hecho, señalado como delito, lleva a cabo el control de la investigación o instrucción y por consiguiente la acusación y juzgamiento.

Con relación a este sistema Herrarte refiere: "Este sistema tuvo su origen en Roma y su denominación proviene del vocablo *inquisito*. Después de varios siglos de vigencia y ya en época avanzada del imperio, la *accusatio* cede su puesto a una nueva forma de procedimiento conocida como *cognitio extra ordinem*, derivada de las nuevas ideas políticas, de las necesidades de la expansión y de la posibilidad de los ciudadanos en su función de acusar, motivada por el cambio de costumbres. Este nuevo procedimiento tiene ya una tendencia inquisitiva y se caracteriza porque el acusador se convierte en simple denunciante; funcionarios especiales llevaban adelante la acusación, después de una investigación secreta; el juzgador toma una participación activa en todo el

¹ Herrarte, Alberto. **Derecho procesal penal. El proceso penal guatemalteco.** Pág. 37.

proceso e interviene de oficio desaparece el jurado y en su lugar se establecen magistrados que obran como delegados del emperador. Dicho sistema se desarrolló y tuvo su pleno apogeo en la edad media. El proceso inquisitorio es cruel y viola las garantías individuales. Este sistema establece la forma escrita, la prueba legal y tasada, la secretividad y tiende a que las funciones procesales de acusación, defensa y decisión se concentren en el juzgador. Ante tales características el proceso penal en la etapa medieval se tornó en lento e ineficaz. El imputado se convierte en un objeto y deja la condición de parte. Pero lo más nefasto, es que daba lugar a que a los delincuentes de clases sociales bajas se les impusieran penas graves y gravísimas y, a los integrantes de las clases sociales altas se les impusieran penas leves. En esa época, el proceso penal empezó a tomar un carácter político y de defensa de la clase dominante."²

En este sistema procesal los juzgadores son permanentes; el juez es el mismo sujeto que investiga y dirige, acusa y juzga; la acusación la puede ejercer indistintamente el procurador o cualquier persona. La denuncia es secreta; es un procedimiento escrito, secreto y no contradictorio en el que impera con relación a la valoración de la prueba el sistema legal o tasado. Finalmente en relación a las medidas cautelares la prisión preventiva constituye la regla general del acusado que era la pieza fundamental, y en ocasión las de los testigos, las pruebas eran valorizadas a través del sistema de prueba legal o tasada.

² **Ibid.** Pág. 40.

1.1.2 Sistema acusatorio

Este tipo de sistema procesal, se refiere a aquel en el cual esta dividido el proceso en fases y es en la fase de investigación o instrucción donde es necesaria la figura del Juez contralor, quien tendrá participación hasta la fase en la que se decide si ir a juicio o no, para que corresponda a jueces distintos la decisión de juzgar.

Refiriéndose a este tema Herrarte, señala: "Este sistema es el más antiguo y su denominación proviene del vocablo *acusatio*. Tuvo sus orígenes en la época antigua, en Grecia, y fue mejorado en Roma. En el proceso histórico, el sistema acusatorio es el que se manifiesta en primer lugar, y así haciendo referencia al procedimiento seguido por los atenienses, en el que, con las limitaciones debidas a las ideas políticas y sociales de la época, encontramos el principio de la acusación popular mediante la cual, todo ciudadano libre estaba facultado para ejercer la acción penal de los delitos públicos ante el Senado o la Asamblea del Pueblo. El acusador debía ofrecer las pruebas y el imputado podía solicitar un término para su defensa, no obstante estar autorizada la tortura. El debate era público y oral. El sistema acusatorio puro se encuentra establecido en Inglaterra, país que desde que lo instauró, no se ha interrumpido su aplicación por otra clase de proceso. Es en dicho país donde se establece el gran jurado. Este sistema es instaurado por los ingleses en los Estados Unidos de Norteamérica."³

³ *Ibid.* Pág. 38.

"Los antecedentes históricos del Sistema Acusatorio se remontan al Derecho romano, específicamente en la época de Dioclesiano, por el poder absorbente del emperador que hacía las veces de juez. Alcanzó su mayor esplendor en la edad media, en donde el delito se convierte en un pecado y por lo tanto, la confesión del reo adquiere una importancia fundamental; este sistema fue adoptado rápidamente en la generalidad de países europeos".⁴

1.1.3 Sistema mixto

En la búsqueda de encontrar un equilibrio, por medio de un proceso adecuado e intermedio entre los sistemas procesales anteriormente citados, donde se mantuviera la secretividad en aquellas diligencias en que dicha exigencia fuera indispensable y la publicidad al recibir la prueba y presentar los alegatos, se ensayaron fórmulas de procedimientos que mezclaron lo secreto y lo escrito del sistema inquisitivo y lo público y oral del sistema acusatorio. En este sentido fueron los franceses quienes encontraron el proceso adecuado y de ahí que, en la actualidad, ya son varios los países que aplican fórmulas idénticas a las de los franceses tales son los casos de Costa Rica y Argentina.

Con relación a este sistema mixto, Castellanos expone: "El sistema mixto ha nacido de una aspiración, o mejor dicho, de una necesidad. Esta es la de conciliar hasta donde sea posible los dos principios fundamentales del sistema acusatorio e inquisitivo; es decir, el interés individual del procesado y el de la sociedad como ofendida, que se

⁴ Omeba Gara. *Enciclopedia jurídica bibliográfica*, t. XIII. Pág. 384.

consideraba facultada para castigar al delincuente. Con esa conciliación, como es natural se persigue la finalidad de buscar la manera de que no se sacrifique un principio en favor de otro. Por esa causa es que dentro del sistema procesal mixto, se combinan los caracteres del acusatorio y del inquisitivo para garantizar de ese modo, en forma equitativa, los derechos de la acusación y la defensa."⁵

Con relación a este tópico Herrarte refiere: "Con la Revolución Francesa abandona Francia el sistema tradicional establecido por la ordenanza de Luís XIV y adopta el sistema acusatorio anglosajón, que tiene corta vigencia. En 1808 se emite el Código de Instrucción Criminal, que perfecciona un sistema mixto, que es el que ha servido de modelo a la mayor parte de los códigos modernos. Según este Código, existe una primera etapa preparatoria de instrucción eminentemente inquisitiva, secreta y sin contradictorio, cuyos actos no tienen mayor validez para el fallo. La segunda etapa es oral y pública, con garantía del contradictorio. Subsiste el jurado de decisión (Corte de Asieses), pero se suprime el jurado de acusación -Gran Jurado- y en su lugar se establece la Cámara de Acusación, o sea, a donde pasan los asuntos después del período preparatorio, para los efectos de la acusación. El Ministerio Fiscal interviene como único acusador y el ofendido solamente tiene el ejercicio de la acción civil. En la actualidad, la fase de instrucción tiene cierta oportunidad de contradictorio. En 1958 ha sido emitido un nuevo Código en el que se permite al ofendido el ejercicio de la acción penal y se establece el juez de aplicación de penas. La ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1982 se inclina por el procedimiento mixto. Después de una etapa de instrucción, tiene lugar el juicio oral y público, contradictorio, ante jueces técnicos y

⁵ Castellanos, Carlos. **Derecho procesal guatemalteco, curso de procedimientos penales.** Pág. 6.

colegiados, que resuelven en única instancia, pero estableciéndose el recurso de casación ante el tribunal supremo."⁶

1.2 Características de los sistemas procesales

1.2.1 Características del sistema inquisitivo

- a. El trámite del proceso se inicia de oficio, es de naturaleza escrita y secreta, se admite incluso para iniciarlo de la simple denuncia anónima lo que resuelve la falta de acusador.
- b. La justicia penal pierde el carácter de justicia popular, para convertirse en justicia estatal.
- c. El Juez, elegía a su criterio las pruebas más convenientes, prevaleciendo el uso del tormento, el cual era utilizado comúnmente para obtener la confesión.
- d. Este sistema ha sido objeto de muchos señalamientos, porque violenta los derechos y garantías mínimas de las personas que aparecen como sindicadas, que como todo ser humano, tienen derechos mínimos que deben observarse dentro de cualquier ordenamiento jurídico, tales como el derecho de defensa y publicidad.

⁶ Ibid.

- e. El derecho de defensa no existe, es nulo y la poca que se realiza o que se permite, es realizada por el propio juez con el fin de demostrar su bondad ante el propio acusado; es más el derecho de acusación, de defensa y de decisión, están concentrados en el juez.

- f. En este sistema no se aprecian las figuras de los sujetos procesales; el procesado no es tomado como sujeto de la relación procesal penal, sino como objeto del mismo.

- g. Es un sistema unilateral, o sea, de un juez con actividad uniforme opuesto al sistema acusatorio que es un sistema de partes.

A este respecto, Florián expresa, “en este sistema, las funciones de acusación, de defensa y de decisión están en manos de una sola persona, que es el juez. Es un sistema escrito en todos los actos procesales, incluyendo la prueba y las defensas. Niega la publicidad de los actos realizados, otorgando una publicidad limitada a las partes. Los actos procesales no se cumplen en forma continua y como éstos son escritos, la decisión final la puede dictar cualquier juez, aunque no haya participado activamente en ninguna actividad procesal. El juez dispone de amplios poderes de investigación para dirigir el proceso, recabando todas las pruebas.”⁷

⁷ Florián, Eugenio, **Elementos de derecho procesal penal**. Pág. 64.

1.2.2 Características sistema acusatorio

Concurren en este sistema los principios de publicidad, oralidad y contradicción, además se ponen de manifiesto los principios de igualdad, moralidad y concentración de todos los actos procesales.

El proceso penal da inicio por instancia de parte, dándole existencia a la acción popular, ya que se da derecho de acusar, no sólo a la víctima, sino a cualquier ciudadano. Las pruebas son propuestas y aportadas libremente por las partes y la valoración la efectúa el juez de acuerdo al principio de libre valoración de la prueba conocido como sana crítica.

Las funciones fundamentales dentro del proceso, están delimitadas y separadas: El juez únicamente es el mediador durante el proceso penal, ya que se limita a presidir y dirigir el debate.

Este sistema se caracteriza por las máximas siguientes: "El juez no puede proceder más que a instancia de parte", "el juez no debe conocer más de lo que pidan las partes", "No hay juez sin actos", "El juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes". Este sistema ha sido adoptado por muchos países Europeos, en Estados Unidos de América, Puerto Rico y México (sólo para asuntos federales), para su efectividad se requiere un buen equilibrio no sólo cultural sino social y político, ya que

su desarrollo y eficacia en una sociedad dependen en gran medida de que se cumpla con el valor "justicia".⁸

1.2.3 Características del sistema mixto

- a. Es una combinación del sistema inquisitivo que aporta la fase de instrucción y del sistema acusatorio, que aporta la fase del juicio denominada también debate, plenario o decisiva; su principal objetivo es equilibrar los intereses del individuo con los intereses de la sociedad;
- b. En la etapa de instrucción predomina la secretividad, la brevedad o sumario, la investigación sin contradictorio. En la fase del juicio por su parte, predomina la oralidad, la publicidad, la inmediatez y la economía procesal;
- c. La prueba es de libre valoración por el juzgador, lo que se conoce como sana crítica, o lo que el actual Código Procesal Penal denomina Sana Crítica razonada;
- d. El tribunal no interviene en la instrucción del proceso y puede ser unipersonal al cual se le denomina juzgado o tribunal colegiado.

El autor Herrarte cita a Vélez y señala que: "El juicio oral, público, contradictorio, continuo, se presenta como el mecanismo más práctico para lograr la reproducción lógica del hecho delictuoso, como el más eficiente para descubrir la verdad, como el

⁸ *Ibid.* Pág. 100.

más idóneo para que el juez forme su correcto y maduro convencimiento, como el más capaz de excluir el arbitrio judicial y dar a las partes oportunidad para defender sus interés, como el que permite al contralor público de los actos judiciales, que es fuente de rectitud, de ilustración y de garantía de justicia, como el que mejor responde a las exigencias constitucionales." ⁹

1.3 El proceso penal guatemalteco

1.3.1 Definición

Es el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo por medio de la averiguación de un hecho señalado como delito, de la forma de la perpetración de los hechos delictivos, la participación del sindicado, su responsabilidad, la imposición de la pena señalada y la ejecución de la misma. Esta definición esta contenida en el Artículo 5 del Código Procesal Penal de Guatemala, quien lo ha denominado los fines del proceso, y que en sí define al proceso penal.

1.3.2 Naturaleza jurídica

Para analizar la naturaleza jurídica del proceso penal, surgen varias teorías, las cuales se describen a continuación.

⁹ Herrarte, **Op. Cit.** pág. 145.

1.3.2.1 Teoría de la relación jurídica

Esta teoría indica que en el proceso se da una relación de derecho público, entre la instancia que juzga y las partes, en la que cada uno tiene derechos y obligaciones plenamente establecidos, debiendo darse para su existencia los presupuestos procesales siguientes:

- a) la existencia del órgano jurisdiccional.
- b) la participación de las partes principales.
- c) la comisión del delito.

1.3.2.2 Teoría de la situación jurídica

Esta teoría refiere que son las partes, las que dan origen, trámite y conclusión al proceso penal, no teniendo importancia la participación del juzgador.

1.3.3 Finalidad del proceso penal guatemalteco

Esta teoría se basa específicamente en cuanto a los fines que persigue el proceso penal, y ello se encuentra regulado en el Código Procesal Penal de Guatemala, en el Artículo 5 el cual establece que "el proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma (...)".

El proceso penal de conformidad con lo que establece la doctrina, contiene fines generales y específicos.

En ese sentido en el Artículo 5 del Código Procesal Penal, se aprecia el principio de "verdad real", por medio del cual:

- a) Establece si el hecho es o no constitutivo de delito;
- b) La posible participación del sindicado;
- c) El pronunciamiento de la sentencia (la cual conlleva la imposición de una pena);
- d) La ejecución de dicha sentencia.

1.3.3.1 Fines generales

Los fines generales son los que coinciden con los del derecho penal, porque tienden a la defensa social y a la lucha contra la delincuencia, y además coinciden con la búsqueda de la aplicación de la ley a cada caso concreto, es decir, investigar el hecho que se considera delictivo y la responsabilidad penal del sindicado. Estos son:

- a) Mediato: la prevención y represión del delito.
- b) Inmediato: investigar si se ha cometido un delito por parte de la persona a quien se le imputa ese delito, su grado de participación, su grado de responsabilidad y la determinación y ejecución de la pena.

1.3.3.2 Fines específicos

Los fines específicos, refieren la ordenación y al desenvolvimiento del proceso y coinciden con la investigación de la verdad efectiva, material o histórica, es decir, la imposición del castigo a los culpables y la absolución de los inocentes conforme a la realidad de los hechos y como consecuencia de una investigación total y libre de perjuicios. La reincorporación del delincuente y la seguridad de la comunidad jurídica.

Estos son:

- a) La ordenación y desenvolvimiento del proceso;
- b) El establecimiento de la verdad histórica y material; y
- c) La individualización de la personalidad justificable.

1.3.4. Objeto del proceso penal

Se debe entender que la finalidad es distinta al objeto y en ese sentido, el objeto del proceso penal se refiere a:

- a) El mantenimiento de la legalidad, establecida por el legislador; y
- b) La protección de los derechos particulares.

1.3.5. Características esenciales del derecho procesal penal guatemalteco y sistema que lo rige

En Guatemala, hasta antes de la vigencia del Decreto 51-92 del Congreso de la República, imperó el sistema inquisitivo.

El sistema inquisitivo es el adecuado para gobiernos autoritarios, ya que como se ha indicado anteriormente, la persecución penal constituye un derecho de los órganos jurisdiccionales, cuya intervención, no requiere de solicitud o de la actividad de acusador, lo que permite la actuación secreta oficial y la marginación del sistema de justicia en numerosos delitos. La acusación y la función de juzgar se encuentran reunidas en una sola figura, el juez, frente al cual el imputado está en una posición de desventaja, pues el carácter semi secreto y escrito, dificulta la defensa e impide contraponerse al investigador por su papel de juez y parte; prevaleciendo con ello la imposición de la prisión provisional del procesado y la dirección de las pruebas está a cargo del juzgador quien dispone y dirige el proceso.

El Código Procesal Penal Decreto 51-92, importa a Guatemala el sistema acusatorio, que responde a concepciones políticas democráticas, en las cuales encuentran reconocimiento, protección, y tutela las garantías individuales. Este sistema se caracteriza, por la separación de las funciones de investigar y juzgar, con lo que el órgano jurisdiccional, no está vinculado a las pretensiones concretas del querellante o de la sociedad representada por el Ministerio Público, todo lo cual coloca al imputado en igualdad de derechos, con la parte acusadora y surge aún más adelante mediante el



decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, la figura de la víctima como sujeto procesal, en igualdad de condiciones.

Como se ha dicho, el procedimiento acusatorio, está dominado por las reglas de la publicidad y la oralidad de las actuaciones judiciales y de la concentración e inmediación de la prueba.

Prevalece como regla general, la libertad personal del acusado hasta la condena definitiva y el juez mantiene una actitud pasiva, en la recolección de pruebas de cargo y descargo; consecuentemente, el proceso está condicionado al hecho de que alguien lo inste, tarea que corresponde al Estado a través del ente acusador que representa los intereses de la sociedad frente a la comisión de un hecho señalado como delito.

En el presente siglo, las naciones más avanzadas han adoptado, en su mayoría, el procedimiento oral y público, que confiere a las partes el impulso procesal. Permite al juzgador relacionarse directamente con el imputado y recibir personalmente los alegatos, así como participar en la producción de las pruebas mediante audiencias concentradas. Todo lo cual acelera el procedimiento que se efectúa en presencia del público. Asimismo, posibilita al tribunal de sentencia una visión concreta, imparcial, objetiva y directa del hecho que se juzga y el conocimiento de las características personales del acusado y del contexto en que actuó, así como de las argumentaciones de las partes.

El principio de oralidad rige especialmente en la fase del debate, en la que los jueces deberán dictar sentencia exclusivamente sobre lo que se ha desarrollado en su presencia y en diligencias de prueba que ha visto desfilar Tanto la incorporación por la lectura o exhibición de un documento; y en lo referente a la prueba anticipada independiente de cuales sean, deberán ser necesariamente cumplir con los requisitos de ley para su diligenciamiento y leídas en audiencia pública para tener validez, con participación de las partes. Siendo público el debate es posible conocer y evaluar lo que ha determinado al juez dictar la sentencia la cual debe ser bien fundamentada.

El autor Herrarte citando a Calamandrei indica que “los principios modernos del proceso oral, se fundan principalmente en la colaboración directa entre el juez y los abogados, la confianza y naturalidad de sus relaciones y el diálogo simplificador, consistente en pedir y dar explicaciones con el fin de esclarecer la verdad. Los jueces pueden tomar parte activa pero limitada, en el debate para hacer preguntas y objeciones a las partes, a los testigos y, peritos e interrogar sobre cuestiones esenciales que motivan el proceso”.¹⁰

La puesta en marcha del juicio oral en Guatemala, corresponde a la demanda nacional de pronta, efectiva, expedita y honesta administración de justicia y reestructuración y cumplimiento del Derecho. Tampoco es extraño al derecho maya o Consuetudinario Indígena, que es oral, que se mantiene aún en varias comunidades.

Al analizar concienzudamente las características propias del Código Procesal Penal guatemalteco Decreto 51-92, se puede afirmar que, no es un sistema acusatorio puro,

¹⁰ **Ibid.** Pág. 48



tampoco se trata de un sistema mixto, es un sistema acusatorio aplicado especialmente a las necesidades de Guatemala y adecuado a la realidad que vive nuestro país.



CAPÍTULO II

2. Principios y garantías constitucionales

El derecho penal, contiene varios elementos de suma importancia que lo identifican como tal, sin los cuales no se podría hablar del mismo, como lo son los actos, el escenario, los actos o conductas, el lugar, el tiempo, los móviles, etcétera; elementos que al integrarse, tienen como único propósito, arribar a la verdad. No obstante ello existen aspectos más allá del simple hecho, que abarcan el derecho sustantivo, procesal, de impugnaciones como lo son los principios y garantías constituciones sustentados en valores y que conforman la base del derecho.

En la actualidad el concepto de garantías tiene un concepto propiamente procesal, el Doctor Jorge Mario García Laguardia, las define como “Los medios técnico-jurídicos, orientados a proteger las disposiciones constitucionales cuando estos son infringidos reintegrando el orden jurídico violado”.¹¹. Asimismo Buenaventura Echeverría, indica que “al tratar el origen y formación de las constituciones, las garantías se establecieron para proteger a los ciudadanos de los abusos de poder por parte de los gobernantes”.¹²

¹¹ García Laguardia, Jorge Mario. **La defensa de la Constitución**. Pág. 24.

¹² **Ibid.** Pág. 26.

2.1 Clasificación de los principios y garantías constitucionales

Existen diversas clasificaciones en cuanto a principios y garantías se refiere y de igual relevancia, pero para efectos del presente trabajo, se señalarán las más específicas:

2.1.1 Debido proceso

A esta garantía se le conoce también como juicio previo; el tratadista Alberto Binder, en relación a esta garantía constitucional explica que el debido proceso consiste en que: “No se puede aplicar una pena contra cualquier persona por parte del Estado, si antes no se ha realizado un juicio, es decir, si el imputado o imputados no han tenido la oportunidad de defenderse, si no se le ha dotado de un defensor técnico, si no se les ha reconocido previamente el status de inocente, en tanto que su presunta culpabilidad no ha sido demostrada y se le haya declarado culpable”.¹³

Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medidas de seguridad y corrección si no es en sentencia firme, todo esto es obtenido por un procedimiento llevado conforme al Código Procesal Penal, en cumplimiento de los requisitos constitucionales en materia de procedimiento.

César Ricardo Barrientos Pellecer, jurista guatemalteco, en relación a esta misma garantía procesal explica que el debido proceso consiste: “En que nadie puede ser

¹³ Binder, Alberto Martín. **Justicia penal y estado de derecho**. Pág. 67.

juzgado sino conforme a las leyes existentes y por un acto no calificado como delito o falta ante el tribunal competente y con observancia de las normas establecidas”.¹⁴

La protección constitucional de los derechos de la persona cobra vida en el derecho al debido proceso y el derecho de defensa ya que los derechos se ejercitan por medio del proceso, entendido éste como una contienda civilizada y legal ante las partes...

Cuando se habla de debido proceso debemos entenderlo como el conjunto de etapas que están establecidas en el Código Procesal Penal para el juzgamiento de una persona hasta la ejecución de la sentencia o en su caso a través de las diferentes formas de resolver su situación jurídica en el proceso penal.

El debido proceso asegura y garantiza la dignidad y libertad de todo ciudadano, ante la potestad punitiva del Estado, que se traduce en el ejercicio de la persecución penal por parte del Ministerio Público. La garantía constitucional del juicio previo, como también se le conoce, es una forma sintética en la que está contenida una limitación objetiva al poder penal del Estado y una limitación subjetiva de ese poder. La Constitución Política de la República de Guatemala del año mil novecientos ochenta y cinco, establece tres derechos fundamentales que deben observarse en todo proceso, los cuales son:

¹⁴ Barrientos Pellecer, César Ricardo. **Curso básico sobre derecho procesal penal guatemalteco.** Pág. 257.

- a) El derecho de defensa;
- b) El derecho a juez natural;
- c) El derecho a un debido proceso.

De lo anterior, se infiere (ya que no lo hace en forma expresa) que ninguna persona puede ser detenida ni condenada sin que haya tenido suficiente oportunidad de defenderse dentro de un proceso y juicio justo, donde se haya respetado y observado las garantías y procedimientos constitucionales y ante un juez competente. Como lo ha manifestado el tratadista Alfredo Vélez Mariconde "Sólo de esta manera, mediante el juicio previo, los órganos del Estado podrán obrar por plena ponderación, con las cautelas y garantías de justicia".¹⁵ Ello con el fin de dar oportunidad a la defensa del imputado, para que se compruebe o se declare concretamente si existe un delito y si corresponde imponer una sanción.

En el proceso penal existen normas y principios constitucionales y procesales que se deben respetar, así como también las etapas reguladas, las cuales nunca pueden ser violentadas por imposición de una de las partes, por descuido del órgano jurisdiccional o por el ente encargado de la investigación y consecuente acusación.

Las consecuencias directas de este principio son:

- a. Las condiciones que habilitan para imponer la pena, así como la pena misma, han de haber sido establecidas con anterioridad al hecho que se pretende sancionar;

¹⁵ Vélez Mariconde, Alfredo. **Derecho procesal penal**. Pág. 195.

b. Toda sanción debe haber sido fijada en una sentencia, dictada luego de un juicio previamente establecido.

Tomando en consideración lo plasmado en la Constitución Política de la República de Guatemala vigente y el Decreto 51-92 del Congreso de la República, el juzgar y penar sólo es posible si se observan las siguientes condiciones:

1. Que el hecho motivo del proceso esté tipificado en la ley anterior como delito o falta.
2. Que se instruya un proceso seguido con las formas previas y propias fijadas y con observancia de la garantía de defensa.
3. Que ese juicio se siga ante el tribunal competente y jueces imparciales.
4. Que se trate al procesado como inocente hasta que una sentencia firme declare lo contrario.
5. Que el juez en un proceso justo, elija la pena correspondiente.
6. Que el procesado no haya sido perseguido penalmente con anterioridad por el mismo hecho.

Es decir, que si los fines del proceso son cumplidos a cabalidad, podemos decir que se cumplió con el debido proceso.



2.1.2. Derecho de defensa

El derecho de defensa es un principio constitucional y procesal, consiste en que nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin antes haber sido citado, oído y vencido en un proceso judicial, está consagrado en nuestra Constitución Política de la República de Guatemala del año de 1985, en el Artículo 12 y desarrollado debidamente en el Artículo 20 del Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal Guatemalteco.

Una vez iniciada la acción y a partir de la individualización del presunto autor o autores, aparecerá la figura del imputado, a quien se le garantiza el derecho de defensa desde el primer momento o en que sea sindicado como partícipe de un hecho constitutivo de delito, o en caso de que sea detenido, atribuyéndole un hecho que la ley reputa como ilícito.¹⁶

Con relación a las garantías constitucionales y procesales, el jurista guatemalteco José Par Usen, define el derecho de defensa y cito textualmente , como una garantía a la dignidad y el respeto de los derechos humanos del imputado, éste debe manifestarse desde el momento en que se produce la imputación mediante cualquier acto imputativo inicial que se cumpla en contra de una persona, tanto si ésta es detenida por orden judicial o aprehendida por la autoridad policial o un particular al presumirse que es partícipe (autor, cómplice o instigador de un hecho delictuoso).¹⁷

¹⁶ Simoni, Luis María. *La prueba y su apreciación en el nuevo proceso penal*. Pág. 38-39.

¹⁷ Par Usen, José, Mynor. *El juicio oral en el proceso penal guatemalteco*. Pág. 83.



Por su parte la ahora Abogada y Notaria guatemalteca, Rosa Delia Sosa Casasola, en su tesis de grado, define el derecho de defensa como “una garantía procesal considerada además como un derecho humano consagrado en todos los convenios internacionales que preceptúan que la defensa de la persona es inviolable”.¹⁸

El derecho de defensa constituye un principio constitucional y procesal como se ha dicho que es inviolable y que el estado de Guatemala a través de sus leyes y en el cual ni el Juez al aplicarlas ni los Abogados con mandatos de defensores en las causas penales, pueden vulnerar porque si así ocurriese, no podría estar muy segura la justicia en sus fallos, especialmente cuando priva de libertad a una persona o la condena.

El derecho de defensa, es una de las grandes conquistas de la humanidad, considerándose hoy como una verdadera garantía del orden público, por lo cual ni el mismo sindicado puede renunciar a ella ya que por pretensión de la misma sociedad e interés general en la seguridad jurídica debe de establecerse la absolución del inocente o la condena del culpable.

Respecto a este derecho se afirma que es una “garantía a la dignidad y el respeto a los derechos humanos del imputado”. Este debe manifestarse desde el momento que se produce la imputación mediante cualquier acto imperativo inicial que se cumpla en contra de una persona, tanto si ésta es detenida por orden judicial o aprehendida por la

¹⁸ Sosa Casasola. Rosa Delia. **La declaración indagatoria en el proceso penal guatemalteco**. Pág. 55.

autoridad policial o un particular, al presumirse que ha participado en un hecho que reviste características de delito.

Se puede decir que a través del derecho procesal penal se garantiza al ciudadano, del derecho fundamental a la defensa jurídica, entendida ésta, como la defensa de todos los derechos, el proceso así, es un instrumento de tutela del derecho a su vez que necesita de una ley titular. El imputado por medio de este derecho reivindica su condición de igualdad procesal frente al estado que ejerce la presunción penal contra éste, por medio del fiscal del Ministerio Público, y que mejor que el sindicato lo haga a través de su abogado defensor, que es la persona idónea y conocedora de la materia, capaz de desarrollar adecuadamente una defensa acorde a los derechos y garantías constitucionales que asisten al procesado.

Este derecho tiene el rango o categoría de principio, porque constituye parte de los atributos inherentes a toda persona humana y principalmente del sindicado o sindicada, así también el de libertad y dignidad que como tales no pueden ser inobservados durante la tramitación de un proceso. Es así como toda persona, frente a la imputación que se le hace, le asiste el derecho de defenderse a través de un profesional sea este un abogado particular o uno nombrado de oficio al no contar con los medios económicos. Es una garantía a la dignidad y al respeto de los derechos humanos.

Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus

derechos y obligaciones o para un examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.¹⁹

De lo anterior, se advierte que toda persona al ser detenida o entrevistada por agentes de la autoridad, deben comunicarle que tiene derecho a proveerse de un Abogado defensor, que se haga cargo de su defensa, dando así cabida para que se cumpla con la garantía constitucional de defensa en juicio.

Las principales manifestaciones del derecho de defensa son:

- a) El derecho a defensa material;
- b) La declaración del imputado;
- c) El derecho a la defensa técnica;
- d) Necesario conocimiento de la imputación;
- e) Derecho a tener un traductor.

En conclusión puede afirmarse, que el derecho de defensa no debe en ningún momento ser violado por ninguna autoridad del Estado, llámese así, Ministerio Público, Policía Nacional Civil o los propios órganos jurisdiccionales, ya que estos son garantes de los derechos fundamentales en el proceso penal y deben exigir que los mismos se respeten, además las diversas normas jurídicas establecen que toda persona sin exclusión tiene acceso a este derecho de defensa desde el momento que se ve implicado en la presunta participación de un delito.

¹⁹ Calderón Maldonado, Dr. Luis Alexis. **Materia de enjuiciamiento criminal. Guatemala. Pág. 74.**

2.1.3 Presunción de inocencia

Denominado también como principio de “no culpabilidad”, este consiste en una presunción jurídica de que el procesado no es culpable hasta la emisión de un fallo condenatorio.

Toda persona es inocente por estado natural, por lo que esta revestido de una presunción de inocencia, que constituye un derecho fundamental, lo cual implica que si a determinada persona se le imputa la comisión de un hecho delictivo, el Ministerio Público tiene que demostrar la culpabilidad mediante la aportación de pruebas que desvirtúen o destruyan esa presunción constitucional.

En nuestro país, el derecho de inocencia “es una garantía de las más vulnerables al procesarse a una persona, ya que generalmente desde la sindicación hasta la sentencia, muchas veces absolutoria, ha prevalecido la presunción de culpabilidad, pues por costumbre y aún sin indicios suficientes, se dicta a diestra y siniestra la prisión del imputado”.²⁰

Esto significa que, desde el momento en que una persona es sindicada de haber cometido delito, justo o no, por mandato constitucional, debe ser tratado como inocente hasta que se pruebe su culpabilidad en una sentencia firme y así ha quedado plasmado en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 14 del Código Procesal Penal Guatemalteco.

²⁰ Barrientos Pellecer, César Ricardo. *Op. Cit.* Pág. 21.

Si la sentencia es el único mecanismo por el cual el Estado puede declarar la culpabilidad de una persona, mientras ésta no se produzca en forma condenatoria y haya adquirido firmeza, el procesado mantiene jurídicamente el estado de inocencia.

Las consecuencias jurídicas de este principio son:

- a) El in dubio pro reo;
- b) La carga de la prueba corre a cargo de las partes acusadoras;
- c) La reserva de la investigación;
- d) El carácter excepcional de las medidas de coerción.

2.1.4. Derecho de igualdad

El derecho de igualdad, constituye un principio esencial por medio del cual las partes que intervienen en el proceso tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivas pretensiones, por lo tanto, un trato desigual conlleva una violación al derecho de igualdad.

“El principio de contradicción ha de ser complementado con el principio de igualdad de las partes en la actuación procesal, porque no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que para que este sea efectivo, es necesario que ambas partes

procesales, acusación y defensa, tengan los mismos medios de ataque y de defensa e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación.²¹

2.1.5 Principio de legalidad

Debe tenerse presente que en un determinado momento del desarrollo social, el poder penal se transfiere del individuo o su grupo inmediato a una instancia política central, denominada "Estado" a quien monopoliza el poder penal.²²

La legalidad como tal se puede presentar en dos modos distintos: a) que el ciudadano se encuentre en posición de estar sujeto pasivo frente a la ley y b) que los poderes públicos se encuentren sujetos activamente a la ley, es decir, que no solo no deben infringirla sino que debe de actuarla, desarrollarla y sobretodo cumplirla.

Este principio tiene también una estrecha relación con el principio de inocencia, porque actúa como un dispositivo que regula y le pone límite a la facultad de castigar del Estado. Este principio por sus propias características se encuentra contenido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto de San José y en la Constitución Política de la República de Guatemala.

²¹ Sendra, Vicente Gimeno. **Derecho procesal penal**. Pág. 154.

²² Vélez Mariconde, Alfredo. **Op. Cit.** Pág. 15.

2.1.6 Principio de juez natural

Este principio está contenido en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y debe entenderse como *“la prohibición de crear tribunales secretos, especiales, o Ad hoc para conocer de un caso concreto”*. Esto implica que los órganos jurisdiccionales que conozcan los procesos penales se encuentren ya preestablecidos tanto en su conformación como en su competencia.

2.1.7 Principio de legalidad de la prueba

Parte de los principios que rigen el proceso penal, es el de legalidad de la prueba que forma parte del principio de legalidad, pero que a su vez constituye un principio que debe ser tratado en forma independiente por la importancia que tiene, y que implica, que no es posible señalar a una persona sin pruebas contundentes, sólidas e irrefutables, como responsable de tal hecho, basados en presunciones y lo más grave basados en prueba ilícita.

Partamos de que prueba ilegal, es aquella que se obtiene con infracción de los derechos fundamentales, entendiendo la obtención ilícita aquella labor tendiente a llegar a un resultado probatorio, esto es en tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de la prueba como la labor de obtención del resultado pero a partir de mecanismos que violan los derechos fundamentales, aplicando un método ilícito y un resultado que en si mismo viola un derecho fundamental.



A esto se le ha denominado la teoría de los frutos del árbol envenenado. Esta teoría indica que el medio probatorio obtenido o surgido mediante violación a la legalidad, contrasta con una razonable investigación, por lo tanto es inadmisibile en el juicio penal, es decir que si las raíces del árbol están envenenadas los frutos del mismo lo estarán también.

La idea es clara, un caso no puede sustentarse o construirse a partir de una prueba obtenida en forma ilegal, de una manera prohibida, nunca podría ser considerada para demostrar una hipótesis, ni mucho menos fundamentar una sentencia.

Si los indicios incriminatorios se sustentan sobre la base de evidencia obtenida mediante la violación a la legalidad en cualquiera de sus niveles, el proceso y no es debido. En este sentido el autor Eberhard Struensee, concluyó "quien quiere combatir el ilícito no puede cometer ilícitos con esa finalidad".²³

El abuso no transforma una conducta ilegítima ni modifica la verdad objetiva. Pero la ilicitud no justifica otra ilicitud, aunque el delito sea muy grave.

Para verificar si una actuación procesal es derivación necesaria del acto inicial que ha violado garantías, es el de supresión mental hipotética. Si suprimimos mentalmente el acto viciado, desaparece hipotéticamente tal actuación, es porque constituye fruto o derivación de aquel.

²³ Struensee, Eberhard. **La prueba prohibida**. Pág. 667.

Por lo que en tal sentido no es posible alegar una condena basada en medios ilegales.

2.1.8 Principio de imperatividad

Partiendo del principio de legalidad que constituye la base de un proceso legítimo y el cual rige nuestro ordenamiento, los Tribunales y sujetos procesales no pueden bajo ningún pretexto variar las formas del proceso y por lo tanto deben acoplar sus solicitudes, diligencias y actuaciones a lo previsto en la Constitución y las leyes procesales del país. Dicha disposición está regulada en el Artículo 3 del Código Procesal Penal, que indica “Los tribunales y sujetos procesales no podrán variar las formas del proceso, ni la de sus diligencias e incidencias”.

2.1.9 Principio de concentración

Como su nombre lo indica, este principio se refiere a la concentración de mayor número de actuaciones en un solo acto, es decir, la unificación o reunión en un mismo acto de asuntos determinados con la finalidad de que la audiencia se desarrolle en una sola sesión o en el menor número de estas.

Este principio tiene mucha importancia en el desarrollo del proceso, pues con ello se facilita el trabajo de quien juzga en la verificación de las pruebas y argumentos de manera concentrada, permite llevar al estado intelectual de emitir una sentencia, permite de esta manera alcanzar el fin del proceso, que es la averiguación de la verdad.

Este principio conlleva la continuidad del acto, interrumpiéndose el acto procesal sólo por causa de fuerza mayor, y la misma ley regula que la misma no puede aplazarse por más de diez días, señalando su continuación el día once, lo cual si no se cumple deberá repetirse del procedimiento.

2.1.10 Principio de inmediación

El principio de inmediación exige la relación directa del juez con las partes y los elementos de prueba que él debe valorar para formar su convicción.

Este principio se basa en que el juez debe fundar sus decisiones con base a la observación directa de lo que sucede en el proceso y reviste gran importancia básicamente en el sistema acusatorio oral.

La importancia de la inmediación en el sistema oral se evidencia cuando las partes aportan sus argumentos de hecho y derecho, ofrecen la prueba, misma que debe producirse directamente, frente y ante el Tribunal, en donde mediante la presencia física del juez, verifica su desarrollo por lo que de no estar presente, se produce una violación al debido proceso y en consecuencia el acto carece de validez.

Entre las características del principio de inmediación que son típicas, se encuentran las siguientes:

- a. La presencia física del juez;

- b. El contacto directo de las partes, testigos, peritos, que dan lugar al contradictorio.
- c. El Tribunal que emite el fallo es quien ha presenciado todo el diligenciamiento de la prueba durante el debate.

2.1.11 Principio de imparcialidad

Este principio íntimamente ligado a los anteriores y de igual importancia ya que en conjuntos dichos principios confirman un debido proceso.

El principio de imparcialidad se refiere específicamente como el derecho de los justiciables a ser juzgados por un tribunal no contaminado directa e indirectamente con el objeto ni con los sujetos de un proceso concreto.

No se podría hablar de debido proceso y menos de justicia si no se ha realizado el proceso, frente a un juez independiente e imparcial.

La imparcialidad del tribunal, está íntimamente ligado con su independencia, en la cual nadie puede influir y por lo tanto, su idoneidad y credibilidad no debe ser puesta en entre dicho para garantizar las resultas del proceso y la seguridad jurídica que ello implica. Por lo cual existe en la misma ley los mecanismos legales, tanto para recusar o excusarse de conocer un asunto cuando se pone en duda la imparcialidad del juzgador cuando tiene algún vínculo con cualquiera de los sujetos procesales o ha intervenido en algún asunto relacionado con el que se le asigna.

Mucho se puede decir de este principio, pero para efectos del presente trabajo únicamente se relaciona en forma general para establecer su importancia en el debido proceso y las legítimas pretensiones de las partes, las cuales únicamente podrán ser obtenidas mediante un juez imparcial.

2.2 La tutela judicial efectiva en el proceso penal guatemalteco

2.2.1 Definición de tutela judicial

La tutela judicial efectiva comprende el derecho que tiene toda persona a ser parte en un proceso sea en calidad de sindicado o de agraviado, y su vez el derecho a promover en su rol la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones de cada quien, incluyendo el derecho a la justicia gratuita para aquellas personas que acrediten insuficiencia de medios para litigar o para ser representados, para el caso de la víctima.

Toda persona como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización y ello se traduce en el derecho a la tutela judicial.

“Es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esa pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”.²⁴

De lo anterior podemos deducir que la tutela judicial efectiva, no es más ni menos que, que el conjunto de principios y garantías constitucionales y procesales, cuyo propósito es garantizar no solo el acceso a la justicia, sino el debido proceso, que responda a las legítimas pretensiones de las partes, pero que además lo resuelto sea posible de ejecutar.

No es suficiente que un derecho esté reconocido en las leyes de un país, sino que la verdadera tutela consiste en que la persona o personas puedan hacer valer ese derecho a través de la protección que la misma ley le otorga.

2.2.2 Naturaleza jurídica de la tutela judicial efectiva

En cuanto a la naturaleza jurídica de la protección efectiva dentro del proceso, se ha determinado que es de carácter público y subjetivo, por lo que cualquier persona, sea natural o jurídica, nacional o extranjera, capaz o incapaz, de derecho público o privado, tienen derecho a ser tutelados de manera efectiva, esto implica que cualquier persona tiene la facultad de dirigirse al Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales competentes y hacer valer sus derechos, independientemente del rol que se tenga dentro del proceso, sea en calidad de sindicado o de víctima, ya que ambos gozan del

²⁴ González Pérez, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**. Pág. 27.



derecho a ser tutelados y el proceso como tal, en cada caso deberá responder a las legítimas pretensiones de cada quien.

2.2.3. Alcances y límites de la tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva se manifiesta dentro del proceso de dos maneras, una que corresponde al derecho de acción y la otra que corresponde al derecho de contradicción.

Entendiendo acción como la facultad de acudir y poner en movimiento el aparato judicial, por medio del cual se pretende la solución de un asunto sometido a su competencia y jurisdicción y la contradicción como la facultad de analizar, estudiar, discutir y contradecir la prueba, para orientar a quienes juzgan en la sentencia que ha de emitirse, siempre en la búsqueda de la verdad.

En Guatemala, se evidencia el alcance de la tutela judicial en los siguientes momentos:

- a. En el acceso a la justicia, que constituye la facultad de acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del rol que tenga.

- b. Derecho a un proceso con todas las garantías y derechos. Acceso a la defensa y solución del caso en un plazo razonable, que sería dicho en otras palabras, derecho al debido proceso.

- c. Eficacia de la sentencia (independiente de que sea absolutoria o condenatoria).
Esto implica que los jueces deben dictar una sentencia apegada a derecho.

- d. Doble instancia, que refiere la posibilidad de impugnar a quien no estuviere de acuerdo con la sentencia emitida, para que sea revisada por un órgano superior y se dicte una nueva sentencia, ya sea ordenando el reenvío para que conozca otro tribunal, o emitiendo una sentencia diferente a la que se impugna.

- e. Ejecución, se refiere a que estando firme la sentencia debe dársele cumplimiento, lo cual implica la forma y lugar en que se hará efectiva la sentencia dictada, lo cual es parte de la efectividad de la misma. La cual puede contener aspectos de responsabilidad penal y aspectos de responsabilidad civil, lo que en todo caso constituye herramienta para ejercitarse en otra vía.

2.3 Igualdad ante la ley en Guatemala

La igualdad de las personas es un derecho que fue reconocido especialmente en las primeras declaraciones formales de los Derechos Humanos, como es el caso de la Declaración de Derechos del buen Pueblo de Virginia de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que podríamos decir que es una declaración contemporánea ocupa un lugar central y su reconocimiento es generalizado, tanto en varios otros tratados, declaraciones, convenios y convenciones

y base toral de casi todas las constituciones políticas de la mayoría de los actuales países del mundo.

El Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, afirma que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Lo cual significa que todos los seres humanos son iguales, y son igualmente sujetos de derecho, pues todos ellos están dotados de una misma dignidad, y si tienen igual dignidad, deben tener igualdad de derechos, sin distinción de género, etnia, grupo social, etcétera.

La Real Academia Española define la igualdad, desde varios contextos, y al referirse a igualdad ante la ley indica que es un “principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos”.²⁵

En nuestro ordenamiento jurídico el principio de igualdad está contenido en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual reza: “**Libertad e igualdad.** En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”.

Esta constituye una definición de carácter material y formal, y siendo obligación del Estado su guarda y protección es mediante mecanismos procesales creados para ese

²⁵ Diccionario de la Real Academia Española, versión beta, digital. <http://rae.es/>.

efecto que se garantiza. Es decir, que le da un carácter absoluto, pero que en la actualidad ya ha sido superado de conformidad con la realidad social, los tratados y convenios que se ha ratificado por Guatemala, donde se reconoce la igualdad y desigualdad y la necesidad de adecuar las normas a dichas características o condiciones.

2.3.1 Naturaleza jurídica de igualdad ante la ley

El derecho de igualdad ante la ley, es objetivo y no formal, ya que en el se reconoce la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, es decir, que a los iguales se les debe tratar como iguales y a los desiguales como desiguales, superando con ello el concepto de igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, el cual refiere que no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente regulación para supuestos distintos, lo que implica que se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado, como en el caso de las mujeres, niños, ancianos, etcétera.

2.3.2 Clasificación del principio de igualdad

2.3.2.1 Igualdad formal

Esta igualdad supone que las normas jurídicas de un país, reconocen el principio de no discriminación, tal y como se contempla genéricamente en las normas jurídicas universales.

La igualdad formal comprende el respeto a la observancia de las leyes, especialmente para quienes crean o implementan derecho, específicamente al sistema de justicia de un país y en ese sentido pueden observarse las siguientes implicaciones:

- La obligación de respetar el principio de legalidad.
- Imposición a los jueces y tribunales del deber de observancia de la imparcialidad, evitando incurrir en fallos en los que se suponga abuso de poder, desviación de poder o arbitrariedad.
- La prohibición de incurrir en formas de trato desigual que no estén autorizadas por la ley.
- La prohibición de discriminación procedente del cambio de criterio judicial.

2.3.2.2 Igualdad material

La igualdad material se refiere propiamente a la no discriminación dentro de las relaciones sociales concretas, procurando que no se produzcan diferencias o desigualdades por razones de sexo, étnicas, o culturales o por cualquier otra condición o causa.

La igualdad en sentido material abarca dos dimensiones fundamentales:



- a. La igualdad como punto de partida, entendiéndola como la no discriminación de ninguna persona en el ejercicio y desarrollo de sus capacidades, dentro del proceso productivo, la legislación, la cultura y, en general, en cualquier faceta de la organización social del país.

- b. La igualdad como punto de llegada, entendiéndola como la consecuencia del conjunto de medidas que se deben adoptar por parte de los poderes públicos para el logro de una calidad de vida y satisfacción de las necesidades humanas básicas para cualquier persona dentro de la sociedad.

2.4 Alcances y límites del derecho de igualdad ante la ley en Guatemala

Se ha entendido que el derecho de igualdad ante la ley, constituye un principio general de igualdad entre las personas, cuyo carácter no puede tomarse como absoluto, partiendo del supuesto, de la plena identidad entre los seres individuales, comprendiendo esto una igualdad de hecho, sino el de una esencia común que es totalmente compatible con la amplia diversidad de personas, que en forma individual constituye un solo e indivisible, con sus propias características, fortalezas y debilidades, moviéndose en distintas circunstancias en el medio donde se desarrollan, de ahí que la igualdad ante la ley en su genuina concepción representa la reacción del derecho, que en forma razonable responde a las necesidades de una población y que previa ponderación de los factores que inciden de forma real en el medio donde habrá de aplicarse, tomacom base las exigencias mismas de la sociedad y de la diversidad de sujetos que actúan dentro de la misma.



Así lo ha establecido la jurisprudencia constitucional guatemalteca, como puede observarse en la sentencia de fecha veintitrés de febrero de dos mil doce, al resolver la inconstitucionalidad de los Artículo 7 y 8 de la Ley contra el Femicidio y Otras formas de Violencia contra la Mujer, la cual a criterio del postulante evidencia la situación de desigualdad y discriminación que, a su juicio, se genera a partir de su regulación, alegando la vulneración del derecho consagrado en el Artículo 4º. constitucional en perjuicio del género masculino. Esta concreta denuncia, al igual que la relativa a la incompatibilidad entre el Artículo 5 del cuerpo legal de mérito y el Artículo 29 constitucional, consideró la Corte de Constitucionalidad que sí ameritaba ser analizadas por ese Tribunal, por lo que entre sus consideraciones, se resalta lo siguiente:

“En lo que concierne al derecho a la igualdad, este Tribunal, en el pronunciamiento de veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis (expediente seiscientos ochenta y dos guion noventa y seis) consideró: “El Artículo 4o de la Constitución Política de la República establece en su primer párrafo que en Guatemala todos lo seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El concepto de igualdad así regulado estriba en el hecho de que las personas deben gozar de los mismos derechos y las mismas limitaciones determinadas por la ley. Sin embargo, ese concepto no reviste carácter absoluto, es decir, no es la nivelación absoluta de los hombres lo que se proclama, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación que tienda a la protección en lo posible de las desigualdades naturales. Así, la igualdad ante la ley consiste en que no deben establecerse excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, sean éstas positivas o negativas; es decir, que conlleven un beneficio o un perjuicio a la persona sobre la que



recae el supuesto contemplado en la ley; pero ello no implica que no pueda hacerse una diferenciación que atienda factores implícitos en el mejor ejercicio de un determinado derecho. Lo que puntualiza la igualdad es que las leyes deben tratar de igual manera a los iguales en iguales circunstancias, sin que ello signifique que los legisladores carezcan de la facultad de establecer categorías entre los particulares siempre que tal diferenciación se apoye en una base razonable y sea congruente con el fin supremo del Estado". De esa cuenta, el criterio vertido en el pronunciamiento citado, que en términos generales ha sido el sostenido y reiterado por la jurisprudencia constitucional, denota el carácter no absoluto del concepto de igualdad a que alude el Artículo 4o constitucional aspecto que fue reiterado unánimemente por quienes han intervenido en el presente trámite, de manera que el derecho que esta norma garantiza no exige simplemente un mismo trato legal para todos los ciudadanos, sino determina que, ante situaciones que revelen disparidad de las condiciones o circunstancias existentes (objetivas o subjetivas), el legislador está en posibilidad de observar tales diferencias a fin de que su reconocimiento legal y, por ende, la regulación de un tratamiento diferenciado, resulte eficaz para el aseguramiento de los valores superiores que inspiran al texto constitucional y, a la vez, para el logro de los fines que éste impone a la organización social. Cabe añadir que ese desigual tratamiento legal debe no sólo justificarse en la existencia de condiciones objetivas o subjetivas efectivamente distintas entre una y otra situación, sino que, más que ello, ha de perseguir la garantía del ejercicio de los derechos y la realización de los valores que determinan la razón de ser del Estado, como causas fundamentales que hacen exigible –sino imperativa- una disímil regulación normativa ante las diversidades constatadas".



En tal sentido, el Tribunal Constitucional analizó que en caso de los Artículo 7 y 8 de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la mujer, sí existe una justificación, sustentada en una problemática social real, que determina y hace exigible un trato disímil entre hombres y mujeres en lo que a la prevención y penalización de la violencia en su contra se refiere, por lo cual el legislador no considera que se evidencia un acondicionamiento social que coloque al hombre en situación de vulnerabilidad, como si ocurre en la mujer.

En concordancia con lo anterior, el ordenamiento jurídico, fundado en la Constitución Política de la República de Guatemala y en la jurisprudencia constitucional, reconoce el ámbito de la igualdad, obliga a discernir en el campo de las desigualdades, a fin de evaluar con criterio objetivo cuáles son las normas que deben plasmar idéntico tratamiento para todos y en qué casos, asimismo, se tienen que prever consecuencias jurídicas distintas para casos diferentes.

Este derecho de igualdad ante la ley, subsume que no se otorgan privilegios injustificados o establece discriminaciones arbitrarias entre iguales, es decir que no puede atribuir iguales consecuencias a supuestos que son distintos, de la misma manera que no se le pueden desconocer los derechos y garantías contenidos en la Constitución Política de la República, en tratados y convenios, leyes ordinarias, etcétera, solo por el hecho de ser los más débiles por razón de su género, etnia, edad, o cualquier otra forma de discriminación, habida cuenta de la debilidad en que se encuentran frente a los demás. Desde luego, las distinciones que establezca el legislador tienen por límite la preceptiva constitucional, muy especialmente los derechos que ella reconoce y los deberes que impone a las personas y a la sociedad.



Por otro lado, cuando se refiere al interés colectivo, de justicia social o de equidad puede hacer indispensable que, en desarrollo de postulados constitucionales, se consagren excepciones a las reglas generales como en el caso de los niños, ancianos, mujeres, etcétera, cuyo sentido no puede interpretarse como ruptura del principio de igualdad si encuadran razonablemente dentro de un conjunto normativo armónico, orientado a la realización del bien común.





CAPÍTULO III

3. La víctima

El presente trabajo analiza desde varios aspectos, tanto doctrinarios como legales la participación de la víctima en el proceso penal, por lo que se hace necesario hacer un esbozo de lo que ha sido la víctima a través de los tiempos y de las sociedades.

3.1. Evolución histórica de la víctima

Para establecer a quien se le puede llamar victima dentro del derecho es importante establecer el rol que esta tenía y las formas que existieron para que el daño que habían sufrido fuera reparado, motivo por el cual abarcare en forma breve origen y evolución que ha tenido tanto en la sociedad como en el Derecho.

3.1.1 El derecho antiguo

El primer resabio que encontramos de la víctima está en el derecho antiguo con el código de Hammurabi el cual data del siglo veinte, en este código podemos encontrar derecho jurisprudencial debido a que recopila las decisiones de justicia del rey y en él se pueden distinguir los hechos intencionales y los no intencionales así como la categoría tanto de la víctima como del agresor, ya que en este código se regulaban tres tipos de hombres: libres, *muskenu* y los esclavos, ya que en base a esto era la pena que se aplicaba, es decir, que la pena era mayor si se había actuado con intención y

menor si había sido producido el mal por accidente; la pena también era mayor si la víctima era hombre libre y menor si era esclavo, en este código también se puede encontrar la Ley de Talión la cual se aplicaba entre individuos de igual categoría y si el agresor era de una categoría superior a la de la víctima no se aplicaba la ley del talión sino que se aplicaba una pena pecuniaria. La mayoría de penas reguladas en este código eran de tipo pecuniario, existiendo pocas penas de mutilación e incluso pena de muerte.

Algunos ejemplos de lo que regulaba en Código de Hammurabi son:

- a. Si un hombre golpeaba a otro libre en una disputa y le causaba una herida, aquel hombre jurará “aseguro que no lo golpeé” y pagará el médico;
- b. Si un hombre ha acusado a otro hombre y le ha atribuido un asesinato y éste no ha sido probado en su contra, su acusador será condenado a muerte;
- c. Si ha reventado el ojo de un esclavo un hombre libre, pagará la mitad de su precio (del precio del esclavo);
- d. Si un señor roba un buey, un cordero, un asno, un cerdo o una barca, si (lo robado pertenece) a la religión o si pertenece al Estado, restituirá hasta treinta veces (su valor); si (pertenece) a un subalterno lo restituirá hasta diez veces. Si el ladrón no tiene con qué restituir será castigado con la muerte.

Como se puede apreciar en estas leyes, el talión solo se aplica entre individuos de igual categoría. En el caso de que la persona que agredía fuera de una categoría diferente, es decir, superior a la de la víctima, no se aplicaba la ley del talión, sino que se le condenaba a una pena pecuniaria.

De conformidad con el Código de Hammurabí aparecen tres categorías de hombres: los libres, los esclavos y una categoría intermedia llamada "*maskenu*" que podían ser siervos.

En esta época también existió el *Manú Smiriti* o Leyes de Manú el cual era importante en la Ley Hindú y en la sociedad antigua de la India, en estas leyes ya no se reconocía el Talión como una consecuencia del delito y únicamente se consideraba la venganza divina ya que consideraban que el derecho de castigar provenía de Brama y quien lo ejecutaba era el rey, se aplicaba "la compensación" la cual se consideraba penitencia y se extendía a los familiares en caso de que la víctima hubiere desaparecido.

3.1.2 El derecho hebreo

Uno de los antecedentes que podemos encontrar en el derecho hebreo es la Biblia, el libro sagrado de los hebreos, en el podemos encontrar el primer homicidio cometido de la humanidad el cual fue cometido por Abel al haber dado muerte a su hermano Caín recibiendo como castigo el destierro, y este es un claro ejemplo del nacimiento de la victimología y la inexistencia de la reparación del daño, posteriormente en Génesis se da el surgimiento de las primeras familias y con ello se explica la creación del derecho

hebreo por mandato divino dándose así el Principio de La Venganza de la Sangre con el cual la pena se extendía a la familia de quien había causado daño regulándose con el tiempo y así se individualiza y la venganza era ya solo para el responsable del daño causado. La fuente del derecho penal hebreo radica en la Legislación Mosaica las cuales son normas penales que están insertas en los libros de éxodo levítico y Deuteronomio.

El maestro Carlos Fontán Balestra señala: “Aun cuando la diferencia entre el acto intencional y el no intencional tienen una base religiosa, no deja de ser importante la forma en que se reprimía el homicidio con intención y el homicidio causado sin proponérselo el autor. El homicidio doloso se castigaba con la pena de muerte; mientras que el segundo tipo de homicidio, La Ley Mosaica establecía dos diferentes supuestos: a) el causado en forma accidental; y el que se cometía sin tratar de enemigo alguno ni buscar su mal y sin verle. Hipótesismas cercana al actual tipo de homicidio culposo”.²⁶

3.1.3 El derecho griego

La base del derecho griego, radicaba en las costumbre y formas observadas en Atenas en donde para llevar a cabo un juicio oral de carácter público intervenían El Rey, El consejo de Ancianos y la Asamblea del Pueblo como tribunal; el Arconte el cual era una especie de Fiscal que representaba a la víctima y el acusado quien debía defenderse por sí mismo y en ocasiones podía auxiliarse de otras personas.

²⁶ Fontán Balestra, Carlos. **Derecho penal introducción y parte general 12^a**. Ed. Pág. 46-47.

3.1.4 El derecho romano

Prevalecen los principios de publicidad en primer término, la prueba ocupaba un segundo lugar y el juez podía dictar sentencia verbalmente y conforme a su conciencia, es aquí en donde se hace distinción entre delitos públicos y privados; delitos dolosos y culposos. Prevalecieron dos leyes La Ley de las XII Tablas y la Ley Aquilia.

Durante la época de la República se produce una lucha por el monopolio del poder público en la represión de los delitos y por prohibir la venganza privada, sobresaliendo la ya mencionada Ley de las XII Tablas, que contenía disposiciones excepcionales sobre el derecho penal, el cual tiene entre sus principios: la determinación de delitos privados respecto de los cuales únicamente era admitida la venganza privada; se afirma el principio del talión, se establece la composición como medio de evitar la venganza privada, por lo que tiene función de pena subsidiaria, se da el carácter de delitos públicos, se distingue entre homicidio doloso y culposo, la legislación penal se basa en la igualdad social y política.

La ley de las XII Tablas preveía y castigaba cierto número de delitos, la ley regula venganza. Los decenviros solo intervenían para limitar la venganza de la parte lesionada y darle una forma menos bárbara, reemplazándola con una multa. A la parte lesionada sólo pertenece el derecho de perseguir al autor del delito; la pena se medía por el resentimiento de la víctimas más que por la culpabilidad del agente.²⁷

²⁷ Petit, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Pág. 454.



En la Ley Aquilia se establece finalmente el principio general regulador de la reparación del daño aunque se reconozca que no contenía aún una regla de conjunto en los moldes del derecho moderno.

La Ley Aquilia estaba contenida en tres capítulos, el primero se refería a la muerte de esclavos y animales; el segundo contenía la regulación de la disposición por parte de *adstipulador* con perjuicio del acreedor estipulante y el tercer capítulo trataba el *damnum injuria datum*, que tenía alcances más amplios, comprendiendo las lesiones a esclavos o animales y destrucción o deterioro e cosas corpóreas.²⁸

3.1.5 El derecho canónico

Este derecho tuvo vigencia durante la Edad Media, y sus ideas básicamente reaccionan contra la concepción objetivista del delito dando significado al elemento subjetivo de la infracción; se exigió que en todo delito se diera el ánimo, asimismo se estableció en dicho derecho la clasificación de los delitos en tres categorías: El *delicta* eclesiástica, que atentan contra el derecho divino y son de exclusiva de la iglesia; el *delicta mere secularia*, que lesionan tan solo el orden humano y se penan por el poder laico; y el *delicta mixta*, que violan tanto una esfera como la otra y son penados por ambos poderes.²⁹

²⁸ De Aguilar Díaz, José. *Tratado de la responsabilidad civil*. t. I, Págs. 35 y 36.

²⁹ Fontan Balestra, Carlos. *Op.Cit.* Págs. 46-47.

Hay mucho que relacionar en este derecho, pero con relación a la víctima, podemos indicar que el delito fue concebido como un pecado que ofendía a Dios por lo que tuvo gran relieve la venganza divina con excesivas formas de expiación y penitencia. Sin embargo, el procedimiento pasó de acusatorio a inquisitivo y el poder de la iglesia como brazo ejecutor de la voluntad divina en lo temporal y trascendental alcanzó niveles brutales en cuanto a las penas.

3.1.6 El derecho germánico

Este fue implementado en Alemania de ahí su denominación, se fundamentó en el derecho canónico en el año de 1532. Teniendo como características que en el procedimiento sumario se observaban formas del sistema inquisitivo, es decir, que era secreto y escrito; para el procedimiento plenario, la publicidad y oralidad para valorar las pruebas; el juez gozaba de libertad absoluta, salvo excepciones en las cuales se regía por el sistema legal.

Al separar el carácter religioso, se dio preeminencia al Estado y terminó la venganza privada con lo que se dio más importancia al daño causado que a la intención. Este derecho hace distinción entre los delitos voluntarios y los delitos involuntarios, asimismo estableció la composición en tres formas: a) pago a la víctima como reparación del daño; b) a la familia como rescate del derecho de venganza y c) a la comunidad como pena adicional a la primera.



En el derecho germánico el proceso se distinguió por su formalismo, el directamente ofendido por el delito para darle impulso reclamaba su derecho por medio de la venganza la cual se conocía como “*blutacho*” o venganza de sangre; que tenía carácter colectiva y posteriormente surge la composición. Existía una separación entre las funciones instructoras y las que correspondían al periodo del juicio, el juez que instruía no era el mismo que fallaba.³⁰

3.1.7 El derecho español

En este derecho, el proceso penal no alcanzó carácter constitucional, no obstante en algunos ordenamientos como el fuero juzgo en donde se dictaron disposiciones de tipo procesal.

En la Partida Séptima, Título XV, se indica que se podía demandar enmienda del daño, es decir que el dueño de la cosa o su heredero, podían solicitarlo, debiendo formular ante el juez del lugar su petición del daño correspondiente, previendo además que si el acusado negaba el daño y se probaba lo contrario, debía pagar el doble.

3.1.8 El derecho francés

En el derecho francés, la reparación del daño dependía de la gravedad de la culpa del responsable. La doctrina en esa época precisaba la categoría de culpa, lo que acarrearía, al mismo tiempo la responsabilidad penal del agente ante el Estado y la

³⁰ Colín Sánchez, Guillermo. **Derecho mexicano de procedimientos penales**. Pág. 20.



responsabilidad civil, ante la víctima, de ésta última, se distinguió dos formas de culpa:

a) la culpa contractual, la cual se refiere al incumplimiento de las personas con sus obligaciones y b) la culpa que no se vinculaba ni con el crimen ni con un delito, sino que se originaba por negligencia o imprudencia.³¹

Posteriormente surge el Código Napoleón y en sus Artículos 1382 y 1383 se dice que la responsabilidad civil se basa en la culpa, fue la definición que de ahí surgió para insertarse en toda la legislación del mundo.

Recordemos la gran influencia del modelo e inspiración del derecho francés en varios pueblos del mundo incluyendo nuestra legislación.

3.1.9 La época prehispánica

En esta época ya existían en el istmo varios ordenamientos, los cuales de alguna manera diferían del sistema europeo, pero que determinaban mediante un conjunto de reglas la forma de solucionar los conflictos sociales que se presentaban en sus comunidades, por su importancia únicamente mencionaremos a dos grupos sociales como lo fueron el pueblo Maya y el pueblo Azteca.

³¹ De Aguilar Dias. *Op. Cit.* Pág. 38



3.1.9.1 Los mayas

El derecho penal maya, tenía como soporte la necesidad de conservar el orden social existente, es decir que, quien se colocaba fuera de la ley, de la moral o de las buenas costumbres, se consideraba que ponía en peligro a su clan.

Toda acción contraria a sus normas, se castigaba severamente y tal función estaba encomendada al Estado. Se atendía a la responsabilidad del hecho por el resultado y no por la culpa o intención, aunque algunas veces, se reconocían las agravantes y las excluyentes, aunque en muy pocos casos.

Básicamente con relación a la parte agraviada u ofendida el derecho maya, en los delitos contra la vida de forma intencional se castigaba con la muerte y cuando no era intencional el responsable debía pagar una indemnización, la cual consistía en un esclavo por víctima.

En los delitos contra la propiedad como el robo se castigaba como la esclavitud, pero si el monto de lo robado no era de importancia el condenado solo tenía que pagar una indemnización, en cualquiera de los casos el ladrón debía devolver lo robado.

El derecho maya fue consuetudinario, por lo que no existieron normas escritas, estando todos sus preceptos jurídicos legales, situados básicamente en la conciencia popular en forma de costumbre, pero que poseían fuerza positiva.



El obispo Fray Diego de Landa en su obra “Relación de las cosas de Yucatán, señala en el capítulo XXX: que a esa gente les quedó de Mayapán costumbre de castigar a los adúlteros de esta manera: hecha la pesquisa y convencido de adulterio, se juntaban los principales en casa del señor, y traído el adúltero atábanle a un palo y le entregaban al marido de la mujer delincuente; si él le perdonaba, era libre; si no, le mataba con una piedra grande que dejábale caer en la cabeza desde una parte alta, a la mujer por satisfacción bastaba la infamia que era grande, y comúnmente las dejaban”...el hurto pagaban y castigaban aunque fuese pequeño, con hacer esclavos y por eso hacían esclavos y si eran señores o gente principal, juntábase el pueblo y prendido le labraban el rostro desde la barba hasta la frente, por los dos lados, en castigo que tenían en gran infamia”.³²

3.1.9.2 Los aztecas

Entre este pueblo se propiciaba un acercamiento entre la víctima y el victimario, buscando algún beneficio en la solución de los conflictos. En Tenochtitlán, en casos de homicidio, el ejecutor de la pena ordenaba al delincuente quedarse como esclavo al servicio de la viuda, contrarrestando con ello las consecuencias del delito y permitiendo resolver sus necesidades inmediatas con el servicio de dichos “colaboradores”.³³

En esta cultura, el monarca era la máxima autoridad judicial y delegaba sus funciones en un magistrado supremo, que estaba dotado de competencia para conocer de las

³² De Landa, Fray Diego. **Relación de las cosas de Yucatán**. Pág. 61.

³³ Lima, María de la Luz. **Control social en México-Tenochtitlán**. Pág. 33.



apelaciones en materia criminal; a su vez, éste magistrado nombraba a otro para ejercer iguales atribuciones en las ciudades con un número de habitantes considerables y este magistrado, designaba jueces que se encargaban de los asuntos civiles y criminales.

Los ofendidos podían presentar sus querellas o acusaciones directamente, así como sus pruebas y en su oportunidad presentaban sus alegatos.

Como puede observarse tanto la cultura maya como la azteca no tuvieron una legislación completa en lo referente a la venganza privada o reparación del daño como compensación a la víctima, sin embargo para ciertos delitos se obligaba a la restitución del daño ocasionado a las víctimas.

3.2 Etimología y origen del concepto víctima

Al respecto del origen etimológico de la palabra víctima, la autora Valeria Ruz Hernández indica que: “En principio se cree que dicha expresión es latina y que comenzó a usarse en otras lenguas, entre ellas la francesa (año 1327) como *victime* y posteriormente en inglés como *victim*, en italiano como *vittima*, siendo las tres primeras versiones ligeramente distintas del original latino víctima, no así en la lengua de Cervantes, a la cual paso (sic) intrega (sic) en su forma escrita, verbal y semántica. En latín, víctima es un ser vivo ofrecido en sacrificio a los dioses” (sic)³⁴

³⁴ Ruz Hernández, Valeria. **El Papel de la víctima en el proyecto de código y en el derecho comparado**. Pág. 36.



Desde el punto de vista etimológico la palabra “Víctima” viene del latín “*Victus*”, y significa “el vencido” destinado al sacrificio. Esta era la palabra designada a seres humanos y animales vivos que habían sido elegidos para sacrificios ofrecidos a los dioses, fue posteriormente que esta palabra se aplicó no solo a personas y animales dados en sacrificios sino también a aquellos que sufrían accidentes, torturas y agresiones.

Algunos consideran que la palabra víctima tiene su origen en la palabra latina “*Vincta*” la cual significa “atado o con atadura”. A pesar de su etimología el concepto víctima ha evolucionado, desde el que se podía vengar libremente, el que tenía límites como la ley de talión, hasta llegar a conceptos como sujeto pasivo o víctima participante entre otros.

Según la Real Academia Española, víctima es “persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. 2.- Persona que expone u ofrece un grave riesgo en obsequio de otra. 3.- Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita”.³⁵

Dentro del ámbito conceptual podemos señalar que el tema de la víctima es tan antiguo, como la existencia misma del hombre en la tierra, y citando un ejemplo bíblico, podemos referirnos a la primera víctima de homicidio ocurrido en el Edén, en donde Abel, fue asesinado por su hermano Caín, ambos hijos de Adán y Eva. A través de este relato bíblico se aclara la cosmovisión de la víctima que se repite en la referencia divina, quien sitúa como victimario a uno y como víctima a otro, un sujeto activo y un

³⁵ Consulta en línea en sitio web institucional: <http://www.rae.es>



sujeto pasivo. En ese sentido, debemos entender como víctima, a todo ser viviente sacrificado o destinado al sacrificio.

Sin embargo, desde el punto de vista general utilizado para efectos legales, una víctima es la persona que sufre un daño o perjuicio, que es provocado por una acción, ya sea con intención o no de otra persona, o por fuerza mayor.

3.3 Definiciones de víctima.

Al respecto de la víctima se han formulado muchas definiciones. Para lo que interesa al presente estudio, sólo se tomarán algunas y se enfatiza en la que proporciona Soria Verde citando la definición dada por la Organización de Naciones Unidas en 1986, según la cual víctima es "...aquella persona que ha sufrido un perjuicio (lesión física o mental, sufrimiento emocional, pérdida o daño material, o un menoscabo importante en sus derechos), como consecuencia de una acción u omisión que constituya un delito con arreglo a la legislación nacional o del derecho internacional...".

Según José Zamora Grant, el Criminólogo Mendelsohn refiere que a víctima se define por "la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales de sufrimiento, determinado por factores de origen muy diverso, físico, psíquico, económico, político o social, así como el ambiente natural o técnico".³⁶

³⁶ Zamora Grant. José. **Derecho victimal**. Pág. 36.



Según Henry Pratt da una definición puramente jurídica, señala que una persona es victimizada cuando cualquiera de sus derechos ha sido violado por actos deliberados o maliciosos. Así, víctima sería la persona sobre quien hace la acción criminal, o sufre en si o en sus derechos las consecuencias nocivas de dicha acción”.³⁷

Según Mendelsohn existen cinco diferentes posibilidades de convertirse en víctima:

- 1) por un criminal;
- 2) por sí mismo;
- 3) por el comportamiento antisocial, individual o colectivo;
- 4) por la tecnología;
- 5) por energía no controlada. Y a esta lista él considera que también hay que agregar a las víctimas del sistema penal.

Según señala José Zamora Grant “el vocablo víctima tiene diversos sentidos, desde aquel que tiene un sentido religioso, como ofrenda a la divinidad; el popular, de sufrimiento; el jurídico, que relaciona directamente criminal-victima; hasta aquellos que le dan un enfoque más amplio, como lo es el de la perspectiva de los derechos humanos que son violados aun por la misma ley y por aquellos que deberían defender las instancia de justicia.”³⁸

El término víctima se utiliza principalmente en tres ámbitos:

³⁷ Pratt, Henry. **Diccionario de sociología**. Pág. 311

³⁸ Zamora Grant, José. **Op. Cit.** pág. 37



- a) Delitos,
- b) Guerras y
- c) Desastres naturales.

Víctima de un delito, se le denomina a la persona física o jurídica que sufre un daño provocado por la comisión de un hecho que reviste características de delito, dicho en otras palabras, es aquella persona a quien se le afectó un bien jurídico que se encuentra tutelado por las leyes, como la vida, el patrimonio, honor, etcétera.

El Artículo 10 de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 9-2009 del Congreso de la República, define a víctima como “la persona que, individual o colectivamente, haya sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal (...)”. Esta es una definición que no solo se aplica para la ley en donde está contenida sino para todos los casos en donde sea necesario hacer valer sus derechos, ya que es de carácter general.

Asimismo, en el Artículo 3 inciso i) de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer define a Víctima desde un punto específico para la ley, ya que indica que víctima “Es la mujer de cualquier edad a quien se le inflige cualquier tipo de violencia”.

En la guerra, se le denomina víctima a la persona física, ya sea militar o no, que muere o es herido en el transcurso de una batalla o acción de guerra. En este caso se pone un mayor énfasis en los daños corporales y no se hace diferenciación entre fallecidos y heridos, porque en ambos casos se consideran víctimas de guerra.

Víctima de desastre natural, se le denomina a la persona que sufre daños corporales o materiales como consecuencia de un terremoto, maremoto, erupción volcánica, etcétera, tampoco se hace distinción entre los que resulten con vida y los fallecidos, siempre que hubieren sido afectados.

3.4 Clases de víctimas

3.4.1 Víctima directa

Es aquella que sufre el daño directamente en la comisión de un hecho calificado como delito.

3.4.2 Víctima no participante

Estas son víctimas inocentes o ideales, en este tipo de víctima su intervención no desencadena el acto criminal, no hay ningún tipo de relación entre la víctima y el victimario. Por ejemplo Cuando una persona es atropellada derivado de un conductor imprudente; o en el caso de los atentados terroristas en los que con frecuencia no



existen motivos personales en contra de los agraviados y es aquí en donde se da el daño colateral.

3.4.3 Víctima participante

En este tipo de víctima se da la intervención de ellas en el origen del delito ya sea de manera consciente o inconsciente. Por ejemplo: la persona que no cierra las vías de acceso a su casa, o deja a la vista un objeto valioso.

3.4.4 Víctima colateral

Cuando se habla de víctima colateral, se refiere a los familiares o personas que de alguna manera se ven afectadas por el hecho que ha sufrido la víctima directa, sea moral o económico, como en el caso de los padres de una niña víctima de violación; esta calidad de víctima colateral se encuentra contemplada en la segunda parte del Artículo 10 de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 9-2009 del Congreso de la República, la cual indica: “ (...) También se considera víctima a los familiares o a las personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”. Es aquella que se refiere a familiares que se ven afectados por lo que ha sufrido la víctima directa sea de cualquier índole moral, económico entre otros. Existen autores como Solé Riera, que también hace referencia a la víctima colateral, cuando indica que: “La identificación de quienes sean víctimas hay que efectuarla, además, con un criterio amplio: No sólo son



víctimas los que sufren directamente la acción delictiva, sino también aquellos que, sin sufrir directamente el daño, se ven indirectamente perjudicados.”³⁹

3.4.5 Víctimas voluntarias

Son aquellas que se producen así mismas el delito o lo pactan deliberadamente. Por ejemplo la eutanasia, suicidio.

3.4.6 Víctimas familiares

Son aquellas que pertenecen al núcleo familiar del infractor son vulnerable por su relación de convivencias con esta persona. Por ejemplo una persona que en su familia sufre de agresiones sexuales.

3.4.7 Víctimas colectivas

Son aquellas que no son personas individuales sino personas jurídicas. Por ejemplo delitos financieros delitos informáticos.

3.4.8 Víctimas falsas

Son aquellas que denuncian un delito que en realidad no existe, en este tipo de víctima se puede apreciar una doble modalidad:

³⁹ Solé Riera, Jaime. **La tutela de la víctima en el proceso penal.** Pág. 22



- a) las simuladoras: ya que actúan conscientemente poniendo en marcha un proceso;
- b) las Imaginarias: que creen haber sido víctimas de un delito, y se da por causas psicológicas o por simple inmadurez.

Especial atención merecen los llamados delitos con perjudicados difusos, como los del ámbito ecológico, o de la salud pública, en los que la identificación de las probables víctimas no es tan clara como lo es en el caso de un delito patrimonial, por mencionar un ejemplo, y cita el siguiente pasaje “Es obvio que víctimas no son exclusivamente los parientes de un muerto, sino también las personas que convivían o contribuían a su sustento y bienestar en todos los órdenes. Éstas deben gozar de los mismos derechos y expectativas procesales, en el ámbito de la causa penal, que quienes han sufrido el perjuicio directo. Además, las víctimas no siempre pueden estar claramente identificadas en el momento de cometerse la acción delictiva; a título de ejemplo, pensemos en los llamados “delitos masa”, en los que sus repercusiones dañosas se producen en una pluralidad indeterminada de personas, que como tales van apareciendo a lo largo del tiempo (vgr., los casos del aceite de colza, contagio del virus del sida, los damnificados por las inundaciones de la presa de Tous, etc, por mencionar algunos de los casos que aparecen con frecuencia en los medios de comunicación social”.⁴⁰

⁴⁰ Op. Cit. Pág. 27.



3.5 La victimización

La victimización como tal es el acto de colocar a una persona en condición de víctima, en donde necesariamente hay un victimario y una víctima, es decir, un sujeto activo y un sujeto pasivo.

Dependiendo de la forma en que se sufre la victimización se puede clasificar de la siguiente manera:

3.5.1 Victimización directa

Es aquella que sufre personalmente una persona como consecuencia de un hecho delictivo, refiriéndonos propiamente a la víctima dentro de un proceso penal.

3.5.2 Victimización indirecta

Es la que se produce a aquellos que sin haber sido afectadas directamente en el hecho, resultan siendo víctimas debido al sufrimiento de quien lo sufre directamente. Por ejemplo, los padres de hijos que han sido víctimas de abuso sexual, o en el caso de los sobrevivientes de un familiar fallecido.

3.5.3 Niveles de victimización

3.5.3.1 Victimización primaria



Se refiere al proceso por el cuál una persona, sufre de modo directo o indirecto, daños físicos, psíquicos y materiales derivados de un hecho delictivo. “Para Zaffaroni, por victimización primaria se tiende a entender la derivada de haber padecido un delito, que cuando va acompañado de violencia o experiencia personal con el autor suele ir acompañado de efectos que se mantienen en el tiempo y pueden ser físicos, psíquicos, económicos o de rechazo social”.⁴¹

3.5.3.2 Victimización secundaria

Se da cuando como resultado de la interacción entre la víctima y el sistema de justicia, e inclusive de las instituciones que brindan apoyo al aparato jurídico penal y los de servicios sociales.

La victimización secundaria surge fundamentalmente desde que la víctima empieza su recorrido dentro del sistema de justicia; cuando se le toma su denuncia; cuando es evaluada por los médicos o psicólogos forenses, y porque debe repetir una y otra vez el hecho del cual fue víctima, en espera de la respuesta adecuada por parte de aparato judicial, lo cual se describe como una revictimización a otro nivel.

⁴¹ Paz M. de la Cuesta Aguado. “Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema” En: Victimología femenina: asignaturas pendientes para una nueva ciencia. Pág. 45.

“Consecuentemente, la victimización secundaria se considera aún más negativa que la primaria porque es el propio sistema el que victimiza a quién se dirige a él pidiendo justicia y porque afecta al prestigio del propio sistema”.⁴²

Para explicar este nivel de victimización se hace una breve referencia de la forma en que se produce y quienes la provocan:

a) La policía:

Los miembros de la policía son vistos como seres insensibles sólo preocupados por criminalizar cualquier acto, no le proporcionan una adecuada información a la víctima y aun cuando la ven llorando, sufriendo o confundida, prefieren no esperar al día siguiente para tomar declaración o ver fotografías en la comisaría.

b) Los médicos forenses:

Por la misma naturaleza de su profesión, ven a la víctima como un sujeto en el cual deben recabar los indicios, es decir, tomar las muestras que estimen pertinentes o que se les hayan requerido para luego rendir un dictamen pericial, lo que por lo regular se torna desagradable, especialmente en delitos sexuales.

c) Los abogados defensores:

⁴² Landrove Diaz G. **Victimología**, Pág. 44

En el afán de realizar una defensa técnica apropiada, se ven obligados a someter a la víctima a interrogatorios en la búsqueda de la verdad, lo cual solo por el hecho de saber que se representa al presunto agresor, crea sufrimiento y molestia a la víctima.

d) Los fiscales:

Son los funcionarios encargados de representar a la víctima, pero muchas veces en razón del ejercicio del cargo, ponen en una situación complicada a la víctima, aun cuando no quiere declarar o participar en el proceso, no se le brinda la protección o asesoría necesaria para brindarle la seguridad que requiere y muchas veces es hasta en el debate oral y público donde por primera vez ven a la víctima y además tendrá que dar su declaración ante Jueces competentes y responder a preguntas tanto del fiscal como del defensor.

Además de lo anterior, la víctima va a tener que soportar durante meses o años la incertidumbre de un proceso penal que nunca parece terminar y que muchas veces el resultado no es el esperado.

3.5.3.3 Victimización tercearia

La victimización tercearia, se refiere a la reacción que tiene la sociedad en torno a un hecho y que estigmatiza a la víctima y a sus familiares.

Varios autores han descrito esta actitud también como revictimización terciaria, para el autor Antonio Baristan es “La dirigida contra la comunidad en general, es decir contra la población total. También se denomina a los efectos que sufren los familiares y amigos de las víctimas”.⁴³

Cuando se habla de derechos y garantías dentro del proceso penal, históricamente se ha referido al sindicado, anulando la figura de la víctima, o relegándola a un segundo plano y así lo ha concebido la misma sociedad, lo cual coloca a la víctima en una condición mucho más vulnerable.

“El Derecho Penal, como derecho sancionador, punitivo, se halla volcado hacia el delincuente: su vocación retribucionista condena a la víctima inocente del delito a una posición marginal en el seno del mismo. Por ello, en el proceso penal prima la preocupación del rol del acusado, de sus derechos y garantías, sobre los derechos y garantías de la víctima, careciendo el estatus procesal de esta última de una correlativa definición y consagración legal paralela o semejante a la del presunto culpable”.⁴⁴

3.6 La victimología

La victimología es una disciplina autónoma que no está restringida a un capítulo de la criminología ya que abarca tanto aspectos jurídicos como sociales los cuales rebasan el ámbito del delito y el ámbito criminológico.

⁴³ Beristain, Antonio. **Victimología. Nueve palabras clave.** Pág. 69.

⁴⁴ García-Pablos de Molina, Antonio. **Tratado de criminología,** Pág. 116.

Mendelsohn define a la victimología como “la ciencia sobre víctima y victimidad, y afirma que deben abarcarse tanto la víctima de factores endógenos como la de los factores exógenos y que el concepto de victimidad es mucho más general que el de criminalidad, utilizando el término de “Victimología General”.⁴⁵

Luis Rodríguez Manzanera lo define como el estudio científico de las víctimas.⁴⁶

Según establecen Mendelsohn y Lola Aniyar la victimología está construida sobre tres planos constitutivos:

- 1) Primordial o bio-psico-social: comprende el cumulo de factores que influyen para que un sujeto devenga víctima, inclusive aquellos que no provienen de su relación con el delincuente, es decir por accidentes de trabajo o de tránsito, en los que se es víctima de su propio acto.

- 2) Criminológico: Influenciado por la concepción criminológica el problema respecto a la personalidad de la víctima en su aspecto bio-psico-social entra en relación con el problema de la criminalidad, siempre desde el punto de vista terapéutico y profiláctico víctima.

- 3) Jurídico: se Considera a la víctima en relación con la ley penal o civil para los casos, esta ultima de resarcimiento de los daños causados.

⁴⁵ Rodríguez Manzanera, Luis. **Victimología. Estudio de la víctima.** Pág. 69.

⁴⁶ **Ibid.**

La victimología como ciencia se auxilia de otras disciplinas como lo son psicología derecho penal y criminología por lo que aquí nos podemos dar cuenta de su autonomía ya que solo la utiliza.

3.6.1 Objeto del estudio de la victimología

El concepto se deriva del contenido o el objeto de estudio de la victimología, que es: la personalidad, conducta y el proceder de la víctima, con anterioridad, o durante el acto dañoso, o con posterioridad al acto victimante o de victimizar sufrido, por el sujeto pasivo de la infracción penal, quien recibe de manera directa o indirecta el daño proveniente del sujeto activo de la infracción penal o victimario ; para así conocer su predisposición victimógenas para conformar la necesaria pareja penal de la victimología; así como conocer las circunstancias y factores que lo desarrollan lo que se conoce como proceso de victimización.

3.6.2 Fines de la victimología

Este conocimiento tiene un fin que es necesario, para que el Estado diseñe y elabore una política victimológica, como parte de una política criminal del Estado en orden a legislar de manera preventiva para la defensa social y la seguridad ciudadana. Igualmente necesario para el estudioso del derecho que pueda señalar el diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento de los procesos de victimización. Obligado para el juez penal para que pueda valorar y morigerar sus decisiones; Facultativo para el defensor penal a efectos de poder dirigir su estrategia de defensa o de acusación. Y finalmente

para aplicar un programa gubernamental o no, de protección y resarcimiento a las víctimas. Sin descuidar la política legislativa en materia criminal; que deberá tomar en cuenta las enseñanzas y experiencias de esta disciplina a efectos de proteger a través del ordenamiento legal del País a las víctimas.

3.6.3 Victimología penal

La victimología penal abarca el estudio del papel desempeñado por las víctimas en el desencadenamiento del hecho criminal; la indagación de los temores profundamente sentados en determinados grupos sociales a la victimización; La problemática de la asistencia jurídica moral y terapéutica de las víctimas así como el examen de la criminalidad real por medio de los informes que las víctimas dan.

3.7 Evolución de la víctima en el proceso penal

3.7.1 Antecedentes

Como se ha mencionado, históricamente el derecho penal se ha centrado en el delincuente, o en todo caso en la persona señalada como responsable de un hecho que reviste características de delito, y la víctima siempre ha tenido un papel secundario o de menor importancia por decirlo de otra manera. La víctima no era tomada en cuenta más que como un mero objeto que no aportaba absolutamente nada para la explicación del hecho criminal.



Conforme el avance de la sociedad, la criminología moderna con énfasis en lo sociológico, dirige el interés no solo a la conducta delictiva, sino también en la víctima y al control social.

En la década de los años 40, los criminólogos Hans Von Hentig y Benjamín Mendelsohn, pioneros en el estudio de la victimología, demostraron que la víctima no es un sujeto pasivo y estático, sino que interactúa con el autor del hecho. La víctima es capaz de influir en la estructura, en la dinámica y en la prevención del delito.

Del reconocimiento de la víctima como un sujeto dentro del proceso, surge un interés por la víctima y se reconocen otros factores, tales como:

- a) El desarrollo de modelos teóricos en Psicología Social,
- b) Los aportes experimentales de los sicólogos Latané y Darley,
- c) El perfeccionamiento y credibilidad de las encuestas de victimización y
- d) Los movimientos feministas que llamaron la atención sobre la violencia ejercida contra la mujer.

Surge la inquietud en distintos países de incorporar en sus legislaciones lo relativo a la reparación, restauración o restitución de la víctima de un injusto penal. Tal es el caso de Guatemala, que en el código procesal penal, Decreto 51-92 se reconoce la figura de agraviado desde la entrada en vigencia de dicho decreto, es decir, en 1992, y es hasta la reforma al Código Procesal Penal, mediante el decreto 7-2011 del Congreso de la



República de Guatemala, que se le reconoce a la víctima la calidad de sujeto de derecho.

El primer antecedente que podemos señalar y donde comienza a realizarse un estudio científico de la víctima es en el año 1945 cuando el profesor Benjamín Mendelsohn, quien usa por primera vez el término "victimología"

En el año 1973 se celebró en Jerusalén el Primer Simposio Internacional sobre victimología, y allí encontraron eco los pocos trabajos que con anterioridad se habían publicado acerca de las víctimas de los delitos. Puede decirse que cuando oficialmente nace la victimología, en el ámbito científico, fue en el año 1979, en el tercer Simposio Internacional de victimología celebrado en Münter (Alemania), en el cual se funda la sociedad mundial de la victimología, a la que pertenecen actualmente unas trescientas personas, y que han dado impulso a innumerables libros, revistas, estudios, curso, simposios, congresos, etcétera.

En los Congresos Penitenciarios Europeos de finales del siglo XIX (Londres 1872, Estocolmo 1878, Roma 1885, San Petesburgo 1890, etc.) ya se hablaba de la necesidad de la separación a las víctimas del delito. Pero, no es hasta finales del siglo XX que realmente surge un movimiento internacional fuerte que busca la revalorización de las víctimas; podemos señalar como hitos importantes de este movimiento los primeros Simposios Internacionales de Victimología: Israel 1973, Estados Unidos 1976, Alemania 1979, Japón 1982, Israel 1988, Holanda 1997, etc. Asimismo, es necesario



resaltar la fundación de la Sociedad Mundial de Victimología en la ciudad de Münster (Alemania), en 1979.

Como refiere Silva Sánchez, en la historia del derecho penal es posible distinguir dos grandes fases en cuanto a la relevancia del papel de la víctima.⁴⁷

Inicialmente en el derecho romano primitivo, en el derecho de los pueblos germánicos y, en alguna medida, en el derecho medieval, fue posible asistir a lo que se conoce como “edad de oro de la víctima”.

En tales épocas, en parte por la confusión existente entre el derecho civil y el derecho penal, la reacción al ilícito quedaba prácticamente en manos del sujeto pasivo del mismo.

El autor Yacobucci explica que “la intervención de la comunidad mediante la violencia es un hecho primitivo que va desde la familia al partido, ya que toda comunidad se ha apoderado siempre del poder físico para salvaguardar los intereses de sus miembros. De la reacción social concretada en el castigo se pasa, pues, a la pena con carácter de respuesta pública frente a determinados comportamientos. Sólo en esta última instancia se puede hablar de una función penal o punitiva en el sentido actual e incluso de *iuspuniendi* como una forma peculiar de entender esa función”.⁴⁸

⁴⁷ Silva Sánchez, Jesús María. **Perspectivas sobre política criminal moderna**. Pág. 54.

⁴⁸ Yacobucci, Guillermo J. **La deslegitimación de la potestad penal**. Pág. 41.

“La persecución del delito salió de la esfera privada con la llegada de la codificación luego de la edad media, solidificándose la idea que se afectaba un interés social o estatal. En este sentido se vieron los aportes de la criminología positivista de Lombroso, Garófalo y Ferri, que apuntalaron la idea del “derecho penal de autor”. Al aparecer el delito como interacción entre el autor y la víctima en el espectro social”.⁴⁹

Gabriela Laura Gusion, en su ponencia sobre “El olvido de la víctima. Análisis del principio de persecución penal pública a la luz de una perspectiva histórico comparada”, presentada en el Congreso Nacional sobre el Rol de la Víctima en el proceso penal, llevado a cabo durante octubre de 2004 en la ciudad de La Plata, desarrolla con claridad el proceso que desencadenó en la facultad exclusiva del Estado en el ejercicio de la acción penal y consecuentemente la separación que paulatinamente fue teniendo la víctima en el proceso penal.⁵⁰

El jurista español Antonio García-Pablos refiere con relación a la evolución de la víctima a través de la historia que: “Protagonismo, neutralización y redescubrimiento son, pues, tres lemas que podrían reflejar el estatus de la víctima del delito a lo largo de la historia”.⁵¹

Tomando como base estos tres momentos que señala García-Pablos, quisiera explicar brevemente, en qué consiste cada uno de ellos:

⁴⁹ Parma, Carlos. **La Víctima en el proceso penal**. Pág. 42.

⁵⁰ Gusion, Gabriela Laura. **Análisis del principio de persecución penal pública a la luz de una perspectiva histórico comparada**. Ponencia en el Congreso Nacional sobre el Rol de la Víctima en el proceso penal, llevado a cabo durante octubre de 2004 en la ciudad de La Plata, Argentina.

⁵¹ García-Pablos, de Molina A. **Op. Cit.** Pág. 38.



a) Protagonismo

Como bien es sabido, antiguamente las víctimas o los familiares directos de ellas (sobre todo en caso de homicidio) tomaban la justicia por sus propias manos, la conocida época de la venganza privada; ya que, al ser los directamente afectados por el victimario, eran los llamados a resarcir el daño cometido. Incluso, en la Biblia, podemos apreciar que la famosa y tan discutida Ley del Tali3n (Cifrado, 3xodo 21, 23-25; Lev3tico 24, 17-21; Deuteronomio 19, 21) pretend3a limitar los excesos de la venganza de los afectados, indicando que no se pod3a exigir un desagravio mayor, o que estuviera en desproporci3n, al da3o cometido. Esta ley, pues, a pesar de que no siempre es bien entendida, buscaba restringir y moderar el derecho de las v3ctimas y no justificar o avalar, como muchas veces se cree, la venganza y el tomar la justicia por las propias manos.

b) Neutralizaci3n

Cuando dentro de un Estado Democr3tico, de Derecho llega a alcanzar el espectro pol3tico y gubernativo de la mayor3a de los pa3ses de Occidente, se produce un gran cambio con respecto del papel que juegan las v3ctimas en todo el proceso judicial. Pasan a ser, en la pr3ctica, meros testigos del proceso penal, prescindi3ndose absolutamente de ellas al momento de determinar el tipo de condena y el cumplimiento de la misma. Como se puede apreciar, el Estado, al intentar establecer un orden y un tipo de justicia igualitaria para todos, se apropia indebidamente del dolor, de la voz y del



desagravio de las víctimas, y se convierte en el amo y señor de todo el proceso penal y penitenciario.

Con esto se corrobora, desde que el sistema penal actual sustituyó la venganza privada por una intervención pública del Estado, la víctima ha padecido una exclusión casi total del proceso y no basta que se le mencione, ya que la participación sigue siendo pasiva, pese a los múltiples intentos para ponerla a nivel de sujeto procesal en igualdad de condiciones.

c) Redescubrimiento

En las últimas décadas se ha producido un verdadero redescubrimiento del papel que cumplen las víctimas en la comisión de los delitos y se está, poco a poco, privilegiando su participación en el proceso judicial y en la determinación del castigo al victimario. Desde diferentes perspectivas, no sólo judiciales, está surgiendo la preocupación por devolver a las víctimas la atención que merecen en el tratamiento del problema delictivo y el rol protagónico que deben cumplir en la comprensión judicial del delito. Si bien todavía la perspectiva 'victimológica' no es la que prima en la criminología moderna, y menos aún en el Derecho Penal contemporáneo, podemos indicar que cada vez son más los esfuerzos y los logros para hacer que el estudio y el tratamiento del delito no se centre sólo en el delincuente, sino también en sus víctimas; ya que, como refiere Elías Neuman "la victimología es una suerte de criminología al revés".⁵²

⁵² Newman, Elías. **Victimología**, Pág. 24.



3.8 La acción penal y la víctima

3.8.1 La víctima y la acción pública

La acción penal pública es aquella ejercida de forma exclusiva, excluyente y de oficio por el ministerio público, es decir que en los delitos considerados como de acción pública, ejemplo: femicidio, homicidio, violencia contra la mujer, etcétera, no se requiere de el impulso por parte un particular, ya que de oficio el Ministerio Público y obligadamente debe conocer e iniciar la persecución penal. En este caso, la víctima tiene el derecho como sujeto procesal a estar presente en todas las audiencias y que su opinión sea escuchada por el Ministerio Público en la fase preparatoria, así lo indica el Artículo 117 inciso c) del Código Procesal Penal, el cual expresamente indica: “Que el Ministerio Público escuche su opinión en el procedimiento, fundamentalmente antes de las decisiones definitivas o de las provisionales que implican clausura o extinción de la persecución penal”.

3.8.2 La víctima y la acción privada.

Se denomina delito privado o delito de acción privada, en derecho procesal penal, a un tipo de delito que, por no considerarse de una gravedad tal que afecte al orden público de la sociedad, no puede ser perseguido de oficio por los poderes públicos (es decir, policía, jueces o Ministerio público), sino que es necesaria la intervención activa de la víctima como impulsora de la acción de la justicia y como parte en el proceso judicial, Ejemplo: Estafa mediante cheque.



En estos casos a la víctima y quien ha promovido la acción privada se le denomina querellante exclusivo y a quien se le acusa de la comisión de un delito de acción privada se le denomina querellado.

A continuación presento una definición de querellante exclusivo que puede darse en sentido amplio, y es la siguiente: Instituto jurídico del derecho procesa penal, por virtud del cual una persona, endereza una acción penal exclusiva la que posee un procedimiento específico para determinados tipos penales, en contra de otra persona que legalmente es denominada querellado o acusado, cuyo fin es obtener una sentencia.

Se le atribuye el carácter de exclusivo, por la categoría que la ley le otorga a la persona agraviada, es decir la persona afectada por la comisión del delito; puesto que el único que puede promover la persecución penal es el titular de la acción penal, lo que significa que no hay intervención del ente acusador, en nuestro medio entiéndase Ministerio Público, puesto que de conformidad con el Artículo 24 del Código Procesal Penal los clasifica como acción privada, lo que significa de que para que esta clase de juicios se desarrolle es necesaria la rogación al órgano jurisdiccional, para que se inicie proceso penal en contra de la persona que se persigue sea sancionada.

La acción que se deriva de estos delitos pertenece a la víctima, quien puede desistir, renunciar a su derecho, perdonar o llegar a cualquier clase de convenio, siempre que no viole el orden público ni afecte derechos irrenunciables así como constitucionales.



Asimismo, se debe tener presente de que el querellante adhesivo se convierte en exclusivo cuando el Ministerio Público de conformidad con el Artículo 26 del Código Procesal Penal autoriza la conversión de la acción pública en acción privada.

Los ilícitos penales que pueden iniciarse por medio del juicio de delito de acción privada, contenidos en el Decreto 51-92, Código Procesal Penal

Los delitos que puede promover el querellante exclusivo, de conformidad con lo que establece el Artículo 24 Quáter del Código Procesal Penal de Guatemala, son los siguientes:

- a) Los relativos al honor;
- b) Daños;
- c) Alteración de programas;
- d) Reproducción de instrucciones o programas de computación;
- e) Uso de información;
- f) Violación y revelación de secretos.
- g) Estafa mediante cheque.

3.8.3 La víctima y la acción pública a instancia particular

Se denomina delito de acción pública previa instancia particular o delito semipúblico, en derecho procesal penal, a un tipo de delito que, por sus especiales características, exige que medie al menos una denuncia por parte de la víctima como condición

indispensable para que los poderes públicos puedan perseguir el delito y enjuiciar al acusado. La víctima puede seguir participando durante el proceso, en forma pasiva, ya que al haber provocado la instancia, ha delegado en el Ministerio Público la persecución penal.

En estos casos no es necesario, que medie una querrela, como ocurre en los delitos de acción privada o delitos privados. Ejemplo: Hurto.

3.8.4 Representación legal de la víctima en el ejercicio de sus derechos

- a) Para los delitos de acción pública: En los delitos de acción pública la víctima es representada por el Ministerio Público tal como lo indica el Artículo 117 del Código Procesal Penal, antes relacionado.

- b) Para los delitos de acción privada: La representación de la víctima en su calidad de querellante exclusiva la ejerce la propia víctima quien tiene que hacerse acompañar de su Abogado Director.

- c) Para los delitos de acción pública a instancia particular: La víctima provoca la instancia y una vez iniciada la persecución puede continuar en el proceso en su calidad únicamente de agraviada, representada por el Ministerio Público o puede constituirse en calidad de querellante adhesiva si fuera su interés, ser parte activa en el proceso y no una simple espectadora.



En cualquiera de los casos tratándose de menores de edad y discapacitados deben de tener la autorización o acompañamiento de padres, tutores legales o la Procuraduría General de la Nación.

3.9 El querellante adhesivo

El querellante, regulado en el Artículo 116 de nuestra actual ley adjetiva penal, se está comparando con la figura procesal llamada en el procedimiento inquisitivo anterior acusador particular; que era la persona afectada por la comisión de un tipo penal, pero con la diferencia de que esta carecía de facultades procesales. Sin embargo, en la actualidad se refiere a la figura o institución jurídica, que se adhiere al ente acusador en igualdad de condiciones.

Tomando en cuenta la trascendencia que ha tenido este ente procesal, en el actual derecho procesal penal moderno, se puede decir que es toda persona que acciona procesalmente conjuntamente con el ente acusador, entiéndase Ministerio Público, ante una judicatura preestablecida, en contra de otra persona acusada de la comisión de un delito, del cual espera se haga justicia.

Asimismo, de conformidad con el Manual del Fiscal el "Querellante adhesivo, es la persona o asociación, agraviada por el hecho delictivo, que interviene en el proceso



como parte acusadora, provocando la persecución penal o adhiriéndose a la ya iniciada por el Ministerio Público”.⁵³

El Artículo 116 del Código Procesal Penal Guatemalteco, claramente indica quienes podrán ser querellantes adhesivos:

En los delitos de acción pública, el agraviado con capacidad civil o su representante o guardador en caso de menores o incapaces, o la administración tributaria en materia de su competencia, podrán provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público.

El mismo derecho podrá ser ejercido por cualquier ciudadano o asociación de ciudadanos contra funcionarios o empleados públicos que hubieren violado directamente derechos humanos en ejercicio de su función, o con ocasión de ella, o cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos que abusen de su cargo.

Los órganos del Estado solamente podrán querellarse por medio del Ministerio Público. Se exceptúan las entidades autónomas con personalidad jurídica y la administración tributaria en materia de su competencia.

El querellante podrá siempre colaborar y coadyuvar con el fiscal en la investigación de los hechos. Para el efecto podrá solicitar, cuando lo considere, la práctica y recepción

⁵³ Manual del Fiscal. Ministerio Público, República de Guatemala, Administración Lic. José Amilcar Velásquez Zarate. Fiscalía General de la República de Guatemala.



de pruebas anticipadas así como cualquiera otra diligencia prevista en este Código. Hará sus solicitudes verbalmente o por simple oficio dirigido al fiscal quien deberá considerarlas y actuar de conformidad.

Si el querellante discrepa de la decisión del fiscal podrá acudir al Juez de Primera Instancia de la jurisdicción, quien señalará audiencia dentro de las veinticuatro horas siguientes para conocer de los hechos y escuchará las razones tanto del querellante como del fiscal y resolverá inmediatamente sobre las diligencias a practicarse. De estimarlo procedente, el juez remitirá al Fiscal General lo relativo a cambios de fiscal del proceso.

Asimismo y de acuerdo al Artículo 117 del Código Procesal de Guatemala, se considera agraviado a:

- a. La víctima en sentido estricto.
- b. El cónyuge o conviviente, los padres y los hijos de la víctima. Es importante destacar que la ley no legitima a otros parientes como los hermanos o al menos no hace mención de ellos.
- c. Los representantes de una sociedad por los delitos cometidos contra la misma.
- d. Los socios de una sociedad respecto a los delitos cometidos por quienes la dirijan, administren o controlen.



e. Las asociaciones cuyo objeto se vincule con intereses difusos o colectivos, cuando el delito las afecte. Son asociaciones relacionadas con intereses difusos aquellas que tienen por objeto la protección de bienes con titular indefinido, como por ejemplo las asociaciones de protección al medio ambiente. Las asociaciones vinculadas con intereses colectivos son aquellas que tienen como razón de ser el interés de un determinado grupo social, como por ejemplo asociaciones de mujeres maltratadas o de víctima de la violencia. Puede suceder que la víctima directa acuda a estas asociaciones para que estas la representen constituyéndose como querellantes.

Sin embargo, aun cuando no se constituyan querellantes adhesivos, tienen calidad para ser sujetos procesales.

Cuando se tenga interés de constituirse en querellante adhesivo debe darse antes del requerimiento que realice el Ministerio Público, poniendo fin al procedimiento preparatorio. Pasado ese momento procesal, el querellante ya no tendrá opciones para constituirse, sin perjuicio de que puede seguir en su calidad de agraviado o víctima.

Cuando se trata al querellante adhesivo, se está indicando que toda persona interesada en participar activamente en un proceso penal preciso, esto significa instar la persecución penal, o bien adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público, porque dependiendo la clase de delito, con previa autorización del ente acusador, éste la puede desarrollar en forma directa ante el órgano jurisdiccional respectivo.



Continuando con el desarrollo de las características que definen lo que es el querellante adhesivo, se da otra de sus incidencias que consiste en que puede requerir al juez contralor de la investigación, que se practique cualquier diligencia que coadyuve al esclarecimiento del caso concreto que se juzga; dada la situación de que el Ministerio Público omite pedir que se practique la realización de alguna investigación.

Lo interesante de este sujeto procesal es su actuar procesal dinámico y autónomo, es decir se adhiere a la investigación desarrollada por el Ministerio Público cuando ésta es eficiente, o bien coadyuva paralelamente proponiendo órganos de prueba al juez contralor de la investigación; y si el caso lo amerita formula acusación en contra del sindicado de la comisión de algún delito; teniendo presente de que el Ministerio Público, haya solicitado que se clausure, se archive, o bien se sobresea el proceso penal sub-judice; por lo que el querellante adhesivo, en aras de una buena administración de justicia, se opone a cualquier forma conclusiva pedida por el Ministerio Público; con la finalidad de que el proceso continúe su procedimiento, hasta llegar a la fase de preparación del debate oral y público, la que culmina con la sentencia respectiva.

De lo anterior se puede determinar que la función principal de la figura procesal del querellante adhesivo, es actuar e intervenir en todas las diligencias que se desarrollan dentro del proceso penal guatemalteco; es decir cuenta con un reconocimiento jurídico procesal, lo cual le atribuye la categoría de ente procesal, sujeto procesal, o bien parte procesal.



3.9.1 El querellante adhesivo provisional

Se le denomina querellante provisional, cuando se ha solicitado la constitución como querellante adhesivo, siempre que se haya realizado antes de la presentación del acto conclusivo, es decir en la etapa preparatoria el juez contralor de la Investigación, con base a sus facultades judiciales inherentes, le atribuye esta categoría, es decir su intervención en el desarrollo del proceso penal es de carácter provisional, provisorio mientras se dilucida la situación investigativa penal del sindicado, por lo que esta denominación concluye cuando se desarrolla la audiencia de acusación y requerimiento de apertura a juicio oral, es decir en la etapa intermedia del proceso penal.

3.9.2 El querellante adhesivo definitivo

El querellante adhesivo definitivo surge cuando el juez resuelve la audiencia de la etapa intermedia, misma que le pone fin a la etapa preparatoria, y que se originó por el accionar del Ministerio Público a través de formular acusación y requerir apertura a juicio en contra del sindicado, puesto que siendo el día y hora indicados para el desarrollo de la audiencia mencionada, una vez habiendo conferido la palabra el juez a los sujetos procesales para que argumenten y acoten, en el orden siguiente: primero al Ministerio Público, luego al querellante adhesivo quién también puede ser actor civil (hoy reparación digna) a la vez, y en tercer lugar al abogado defensor, así como al acusado, este procede a analizar las aseveraciones emanadas por los sujetos procesales y haciendo uso de su raciocinio intelectual, mediante una resolución que se denomina auto de apertura a juicio, acepta la petición de acusación propuesta por el



Ministerio Público, y en la parte resolutive del auto citado da intervención definitiva a los sujetos procesales, allí es donde concluye la categoría de querellante provisional o provisorio, por lo que se convierte automáticamente el sujeto procesal querellante adhesivo, en querellante definitivo y debe ser requerido por el interesado.

3.10 La Defensa Pública Penal y la víctima

3.10.1 Asistencia legal a la víctima y a sus familiares

La oficina de Asistencia Legal Gratuita a la Víctima, nace como un programa piloto del Instituto de la Defensa Pública Penal el cual fue instaurado en el año 2009 y en la actualidad ya es una Coordinación, contemplada dentro del presupuesto asignado dentro del mismo Instituto de la Defensa Pública Penal, con 150 abogados para el apoyo legal, en sus sedes departamentales y municipales.

El marco jurídico que da vida al servicio de Asistencia Legal Gratuita a La Víctima y a sus Familiares, se encuentra en La Ley Contra El Femicidio y Otras formas de Violencia contra la mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República, el cual fue el resultado de los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala, frente a las obligaciones que imponen La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer.



El servicio de asistencia legal gratuita a la Víctima y sus familiares lo presta el Instituto de la Defensa Pública con fundamento en los Artículos 13, 17 y 19 de la Ley Contra El Femicidio y Otras formas de Violencia contra la mujer, que imponen al Estado de Guatemala, la obligación de proporcionar a la mujer que resulte víctima de cualquier forma de violencia y a sus familiares, los servicios de una Abogada Defensora Pública o un Abogado Defensor Público para garantizar el ejercicio de sus derechos, pero como podrá observarse es exclusivo para las víctimas de los delitos que se encuentran contenidos en la Ley Contra El Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, no así para otros tipos penales, quienes deben de contratar los servicios de un abogado o abogada particular porque no existe asistencia legal gratuita para ellos.

No obstante el mandato legal otorgado al Instituto de la Defensa Pública Penal, para crear la Coordinación de Asistencia Legal Gratuita a la Víctima y a sus Familiares, aun no se da cobertura total al país, ya que de momento, solo algunos departamentos, cuentan con este servicio. La Coordinación de Asistencia Legal Gratuita a la Víctima y a sus Familiares ha atendido a 85.193 personas desde su creación en 2008, informó la Directora del Instituto de la Defensa Pública Penal, Licda. Blanca Aida Stalling.

1. Guatemala
2. Escuintla
3. Quetzaltenango
4. Baja Verapaz
5. Alta Verapaz
6. Chiquimula



7. Petén
8. Jutiapa
9. Huehuetenango
10. Mixco
11. Villa Nueva

La asistencia legal consiste en darle el acompañamiento a la víctima desde el momento de la presentación de su denuncia, en la constitución como querellante adhesiva si es su interés hasta la ejecución de la sentencia, inclusive la ejecución en materia civil, que se refiere a la reparación digna.

Durante el proceso penal, se le da el apoyo psicológico necesario para poder enfrentar el proceso. También se le brinda el apoyo para generar la prueba con el propósito de acreditar los daños y perjuicios a solicitarse en la audiencia respectiva y pretensión de reparación digna, inclusive informes socio económicos elaborados por Trabajadores (as) Sociales especializados (as), que rendirán sus informes los cuales deberán ser valorados en el debate, así como la declaración de los (las) peritos.

Los abogados y abogadas, velan porque a la víctima se le garanticen los derechos que como sujeto procesal le corresponden en cualquier fase del proceso.



3.11 El Ministerio Público

3.11.1 La Oficina de atención a la víctima

Debido al estado de indefensión en que se encuentra la víctima en la administración de justicia nace la Oficina de atención a la víctima (OAV), dentro del Ministerio Público, basándose en el respeto a los derechos humanos y la obligación de cumplir con lo estipulado en el Artículo 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público el cual dice "Los fiscales de distrito organizarán las oficinas de atención a la víctima para que se encarguen de darle toda la información y asistencia urgente y necesaria".

La Oficina de Atención a la Víctima está orientada a evitar que el daño que la víctima ha surgido sea mayor, lo cual lo consigue con el apoyo de instituciones a través de las cuales se daría el apoyo y asistencia necesaria según sea el caso que la víctima haya pasado. Con esto se pretende la revictimización de la víctima dentro del proceso penal.

Con la oficina de atención a la víctima lo que se pretende es:

- a) Disminuir la revictimización durante todo el proceso penal
- b) Asistencia médica y psicológica a la víctima directa y colateral.
- c) Coordinar servicios institucionales a fin que todo se cumpla y así evitar la revictimización.



Con esto lo que se pretende aminorar el impacto que ha causado el delito y prevenir la revictimización o victimización secundaria esto a través de las áreas de asistencia legal, trabajo social, psicología y además procura sobre todo que a la víctima se le trate con dignidad y respeto debido y se le dé la importancia de su participación.





CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico y doctrinario de las reformas al Código Procesal Penal decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala relacionadas con la participación de la víctima en el proceso penal

4.1 Reformas al Código Procesal Penal guatemalteco, Decreto 7-2011 del Congreso de la República

Guatemala, para lograr el equilibrio de derecho de las víctimas y los imputados, conforme los avances del Derecho Internacional y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala, dan lugar para que a través de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, se presentara una iniciativa, que abarcara específicamente el cumplimiento de la obligación de otorgar tutela judicial efectiva y abrir el acceso a la justicia también para las víctimas. Iniciativa que se presentó oportunamente, la cual se promulgó y entró en vigencia en el mes de julio de dos mil once, identificado como el Decreto número 7-2011 del Congreso de la República.

Dicho decreto contiene reformas al Código Procesal Penal, el cual para fundamentarlas, hace referencia en la parte considerativa de dicho decreto, en el cual se señalan debilidades del sistema de justicia penal, especialmente lo relativo a la atención, resolución y las medidas a adoptar en denuncias de delitos. Asimismo se considera de importancia el acceso a la justicia y del ejercicio de la acción penal en el marco de



cumplimiento del debido proceso, por lo cual se hace necesaria la reforma a la ley adjetiva penal, con el fin de asignar competencia a los jueces de paz en los procedimientos simplificados y la instauración de jueces de sentencia para aquellos casos que sean calificados de mayor gravedad y especialmente para responder a la demanda de justicia y aumentar el número de sentencias.

Artículo 1. Se reforma el Artículo 5, el cual queda así:

"Artículo 5. Fines del proceso. El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma.

La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos."

Como podrá advertirse, dicha ley agregó el segundo párrafo del Artículo 5 del Código Procesal penal, relativo a los fines del proceso, le da calidad de sujeto procesal a la víctima, es decir, que tiene derechos y obligaciones dentro del proceso en igualdad de condiciones con el sindicado, sin necesidad de constituirse como querellante adhesivo, pero como analizaremos y confrontaremos con la realidad, no es así ya que no obstante el reconocimiento, aún existe desigualdad.



Artículo 2. Se reforma el Artículo 43, el cual queda así:

"Artículo 43. Competencia. Tienen competencia en materia penal:

- 1) Los jueces de paz;
- 2) Los jueces de primera instancia;
- 3) Los jueces unipersonales de sentencia;
- 4) Los tribunales de sentencia;
- 5) Los jueces de primera instancia por procesos de mayor riesgo;
- 6) Tribunales de sentencia por procesos de mayor riesgo;
- 7) Las salas de la corte de apelaciones;
- 8) La Corte Suprema de Justicia; y
- 9) Los jueces de ejecución."

En el presente apartado, básicamente la reforma refiere la competencia de cada juez por lo tanto no se ahonda en este tema, toda vez que cada fase procesal y el desarrollo de cada audiencia, se lleva a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley, puesto que las fases procesales no sufrieron reformas drásticas.

Artículo 3. Se reforma el Artículo 48, el cual queda así:

"Artículo 48. Jueces y tribunales de sentencia. Los tribunales de sentencia, integrados con tres jueces, de la misma sede judicial, conocerán el juicio y pronunciarán la sentencia respectiva en los procesos por delitos contemplados en el Artículo 3 del

Decreto Número 21-2009 del Congreso de la República, cuando el Fiscal General no solicite el traslado de la causa a un tribunal o juzgado para procesos de mayor riesgo. Los jueces que integran el tribunal de sentencia conocerán unipersonalmente de todos los procesos por delitos distintos a los de mayor riesgo y que no sean competencia del tribunal colegiado."

Artículo 4. Se adiciona el Artículo 107 Bis, el cual queda así:

"Artículo 107 Bis. Auxiliares fiscales. Los auxiliares fiscales que sean abogados, pueden intervenir en todas las instancias del proceso penal sin restricción alguna y sin el acompañamiento del agente fiscal."

Artículo 5. Se adiciona un segundo párrafo al Artículo 108, el cual queda así:

"En el ejercicio de su función, y en un plazo no mayor de quince días de recibida la denuncia, el Ministerio Público debe informar a la víctima de lo actuado y sobre la posible decisión a asumir. La víctima que no sea informada en dicho plazo puede acudir a juez de paz para que éste requiera en la forma más expedita, en cuarenta y ocho horas, el fiscal le informe sobre el avance del proceso. Si del informe o ante la falta de éste, el juez de paz considera insuficiente la preparación de la acción penal, ordenará al fiscal que dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días le informe de nuevos avances, o en su defecto sobre las circunstancias que impiden que no pueda avanzar más en la investigación, bajo apercibimiento de certificar al régimen disciplinario del Ministerio Público el incumplimiento, constituyendo falta grave."

En el presente caso, la reforma se refiere a la obligación que tiene el Ministerio Público de informar a la víctima de lo actuado fijándole plazos, así como de las decisiones que se vayan a adoptar; tomando en cuenta que en el Artículo 117 del Código Procesal Penal, indica que corresponde al Ministerio Público la representación de la Víctima y la obligación que tiene de mantenerla informada, especialmente en la etapa preparatoria de las posturas a asumir.

Esta reforma, surge para evitar la desatención de las denuncias de las víctimas, sobre todo en aquellos casos de delitos menos graves, por lo que se hace necesario establecer un control judicial; contiene un elemento importante y es que le otorga la facultad a la víctima de quejarse cuando sus pretensiones no son atendidas en los plazos establecidos, que puede presentar ante el Juez de Paz, para que se le requiera al Ministerio Público el informe sobre la acción penal y del avance de la investigación que se tenga. Y de considerar que el Ministerio Público, falta a cualquiera de las obligaciones en este Artículo contenido, de que se le pueda iniciar un procedimiento administrativo, que podría provocar inclusive su despido o acciones legales en contra del funcionario o empleado público responsable de tal omisión o dilación.

Artículo 6. Se adiciona el Artículo 108 Bis, el cual queda así:

"Artículo 108 Bis. Facultades. El Ministerio Público, al recibir la denuncia o el requerimiento judicial de informe a que se refiere el Artículo anterior, puede pedir al juez de paz del lugar donde se cometió el hecho delictivo, que practique las actuaciones contenidas en las literales a) a la d) del Artículo 552 Bis del Código Procesal Penal. La



solicitud del fiscal es la condición procesal para que el juez de paz pueda practicar las actuaciones de las literales descritas.

Los centros de mediación de la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Organismo Judicial, podrán practicar diligencias de mediación, en los casos que le sean requeridos por el Ministerio Público. Los acuerdos de mediación alcanzados ante estas instancias constituirán título ejecutivo, en su caso, sin necesidad de homologación.”

Este Artículo va íntimamente ligado con lo contenido en la reforma del Artículo anterior, ya que se refiere a la participación que debe asumir el juez de paz en las denuncias planteadas y la obligación de atender los mandamientos judiciales para practicar cualquier diligencia con el objeto de la averiguación de la verdad, como por ejemplo, reconstrucciones de hecho, allanamientos, inspecciones y registro, etcétera.

4.2 La participación de la víctima en el proceso penal a partir de la vigencia del Decreto 7-2011 del Congreso de la República

4.2.1 La víctima y su participación en la fase preparatoria

La persona que se sienta lesionada o afectada en sus derechos puede acudir ante juez de paz competente a presentar su denuncia, puede presentarla en la Policía Nacional Civil o en el propio Ministerio Público, en la unidad de atención permanente y dependiendo del estado físico o emocional debe ser inmediatamente atendida por la

Oficina de Atención a la Víctima, para la atención en crisis y captación de evidencias, para evitar que se pierdan.

Como se ha mencionado, corresponde al Ministerio Público, la persecución penal y la representación de la víctima, sin embargo, se encuentra limitado en cuanto a la participación en las fases procesales, específicamente por lo establecido en el Artículo 3 del Código Procesal Penal, que indica que nadie puede cambiar las formas del proceso, ni las partes, ni los jueces, como ya se mencionó en el primer capítulo de este estudio, se refiere al principio de imperatividad.

Una vez iniciada la acción penal, corresponde al Ministerio Público, la solicitud del control judicial y la audiencia para tomar la primera declaración del que se presume responsable, el cual puede ser citado o solicitar su aprehensión dependiendo de las circunstancias del caso.

Durante el desarrollo de la audiencia de primera declaración, a la cual fueron convocadas todas las partes, el Ministerio Público debe velar porque la víctima esté informada y que esté presente, no obstante que no se le da participación de conformidad con lo regulado en el Artículo 81 y 82 del Código Procesal Penal, pero es aquí en donde se encuentra la primera desavenencia, no contempla la reforma el momento procesal en el que se le pueda dar participación a la víctima, que no ha sido constituida como querellante adhesiva, ya que la víctima es reconocida como un sujeto procesal, pero no se le da participación, y aunque no se le niega la presencia, no puede interactuar, interrogar y declarar, no puede pronunciarse en cuanto al auto de

procesamiento, el plazo de investigación, ni la medida de coerción, aunque haya comparecido acompañada de abogado director, o simplemente la haya representado el Ministerio Público.

4.2.2 La víctima y su participación en la fase intermedia

En la audiencia para discutir la acusación formulada por el Ministerio Público, la víctima no puede adherirse a la acusación formulada, no puede señalar deficiencias de la acusación, ni para indicar la forma de corregirla, ya que esa actitud corresponde directamente al sindicado, de conformidad con lo establecido en el Artículo. 336 del Código Procesal Penal Guatemalteco y al querellante adhesivo de acuerdo a lo regulado en el Artículo 337 de la misma ley citada.

Asimismo, el Artículo 338 de la ley adjetiva penal de Guatemala, mismo que está vigente y se refiere a la pretensión de la reparación civil, hoy conocida como reparación digna, establece que es en la audiencia de etapa intermedia el momento procesal para hacer la declaración sobre los daños emergentes del delito, "En la audiencia las partes civiles, deberán concretar detalladamente los daños emergentes del delito, cuya reparación pretenden. Indicarán también, cuando sea posible, el importe aproximado de la indemnización o la forma de establecerla. La falta de cumplimiento de este precepto, se considerará como desistimiento de la acción".

Pero, si a la víctima no se le dio participación en la audiencia intermedia y no hace pronunciamiento alguno, entonces, surge la inquietud, de que si puede o no posteriormente hacer este reclamo.

En cuanto al ofrecimiento de prueba, nuevamente se encuentra la norma acéfala, ya que no se contempló la posibilidad de que la víctima (que no se ha constituido como querellante adhesiva) pueda ofrecer en este momento procesal la prueba relacionada con el daño emergente del delito o reparación digna, que pretende y que generalmente el Ministerio Público no hace, o es hasta la audiencia de Reparación Digna, al tercer día que se dictó la sentencia que encontró responsabilidad penal en el acusado.

Si en la audiencia de fase intermedia, se emite una resolución, la cual es susceptible de impugnación, la víctima depende exclusivamente del Ministerio Público para hacer valer ese derecho, ya que en nombre propio y aun contando con abogado director, no tiene facultades para presentar objeciones o algún recurso de los contenidos en la ley. (ya sea plantear un recurso o interponer una acción de Amparo).

4.2.3 La víctima y su participación durante en la fase del juicio

Durante el Debate, se verifica la presencia de las partes y la víctima puede estar presente o no, que de ninguna manera afecta el desarrollo del debate y puede presentarse y retirarse en cualquier momento.



A diferencia del querellante adhesivo que de conformidad con el Artículo. 354 del Código Procesal Penal, que indica que si no se presenta al debate se declara su abandono y queda en calidad de víctima.

De conformidad con lo que establece el Reglamento de Gestión para los Juzgados y Tribunales con Competencia de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer Acuerdo Gubernativo número 30-2010 de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, víctima, es el testigo principal sobre el hecho que se juzga por lo que su declaración es fundamental para el esclarecimiento del hecho y efectivamente se han implementado criterios de atención victimológica para que preste su declaración, especialmente para evitar confrontarla con el presunto agresor, como el uso de biombos, declaraciones mediante videoconferencias o en cámara Gessel.

Puede quedarse en el desarrollo de la audiencia acompañada del Fiscal del Ministerio Público o con abogado de su confianza o por uno asignado por la Defensa Pública para los casos de delitos contenidos en la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer únicamente, pero en forma pasiva, ya que no puede interrogar, ni emitir conclusiones en el debate. Su participación se limita a su declaración como testigo y a una petición al tribunal, en cuanto a su legítima pretensión del proceso.

4.2.4 La víctima y la ejecución de la sentencia

En esta fase del proceso, la participación de la víctima es nula. No tiene participación en cuanto a la responsabilidad penal, pero en cuanto a la responsabilidad civil o reparación

digna, la sentencia constituye título ejecutivo que podrá hacer valer ante un juez competente del orden civil.

Otro aspecto negativo y no contemplado en la reforma es el hecho de que no obstante no estar de acuerdo la víctima con el fallo emitido, no tiene facultades para plantear impugnaciones, por lo cual depende exclusivamente del Ministerio Público para hacer valer ese derecho.

4.3 El derecho de la víctima a la reparación digna

La reparación es un derecho en construcción. Aunque diferentes tratados reconocen a las víctimas de delitos el derecho a obtener reparación, dicho reconocimiento se había sustentado como el derecho a la indemnización por daños y perjuicios, denominándose a quien reclama como actor civil, pero se basaba en cláusulas genéricas de derecho civil que dicen muy poco acerca de su contenido y alcance preciso.

En los últimos años, este derecho ha ido ganando concreción por cuenta de las decisiones adoptadas por tribunales internacionales y de la promulgación de documentos de derecho blando o *softlaw* que sistematizan principios y deberes relativos al derecho a la reparación.⁵⁴

⁵⁴ Luis Manuel Castro. “Softlaw y reparaciones a víctimas de violaciones de derechos humanos: Reflexiones iniciales”. Pág. 66.

Partiendo de que toda persona que hubiere sufrido una vulneración en sus derechos fundamentales con ocasión de la violación de una norma, es víctima, y de conformidad con lo que establece el Artículo 112 del Código Penal Guatemalteco, que “toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente”, es aquí de donde surge el fundamento legal para pedir una compensación por el daño sufrido, que no necesariamente tiene que ser de carácter económico.

También el Artículo 119 del Código Penal de Guatemala, regula la extensión de la responsabilidad Civil, la cual comprende:

- 1) la restitución;
- 2) la reparación de los daños materiales y morales;
- 3) la indemnización de perjuicios

La reforma contenida en el decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, deroga los Artículos relacionados con la acción civil y contempla el derecho a la reparación digna, lo cual es otro cambio de trascendencia introducido en la reforma ya citada y que se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo es el establecimiento del Derecho a la Reparación Digna, lo cual se analizará a continuación:

Artículo 7. Se reforma el Artículo 124, el cual queda así:

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

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

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

5. La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme.

Si la acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil".

Para análisis de la presente reforma empezaremos por indicar que el derecho a la reparación digna comprende una serie de medidas, que buscan resarcir, en la medida de lo posible, los efectos generados por las conductas victimizantes. La reparación de las víctimas de delitos deberá ser integral, de tal modo que incluya diversos tipos de medidas (materiales y simbólicas, individuales y colectivas), dirigidas a la reparación de todos y cada uno de los distintos daños causados por el delito.

Así las cosas, una reparación integral desde el punto de vista de las medidas materiales, puede adoptar la forma de indemnizaciones económicas, esto es, pagos directos a las víctimas, o servicios, por ejemplo, de salud, educación y vivienda.

Por su parte, las medidas de reparación simbólica, se encargan de rescatar el recuerdo y memoria de las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos. En

concreto, se orientan a reconocer la dignidad de las víctimas, fomentar el recuerdo de hechos históricos así como señalar la importancia de la prevención; también comprenden los procesos de duelo o las formas de recuerdo familiar o colectivo. En este sentido, se centran no solo en el conocimiento de los hechos, sino en el reconocimiento de su dignidad y la importancia de reconocer también las prioridades de las propias víctimas que no necesariamente son de carácter económico. Para los familiares, las reparaciones simbólicas representan una imagen, una cualidad, o expresan, en abstracto, la memoria de un ser querido.⁵⁵

El Artículo 124 del Código Procesal Penal, refiere además que la reparación digna puede conocerse en la misma sentencia que conozca sobre la responsabilidad penal, al tercer día de dictada la sentencia. Asimismo que la audiencia de reparación pretende acreditar el monto sobre la indemnización, restitución, etcétera y que dicha acreditación estará sujeta a las reglas probatorias.

En ese sentido debemos analizar cuáles son las reglas probatorias:

- a) ofrecimiento,
- b) admisión,
- c) diligenciamiento y
- d) valoración.

⁵⁵ Beristain, Carlos Martín. "Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos, t. II. Pág. 57.



Es decir, que la prueba para acreditar el monto requerido en concepto de reparación digna, debe ser ofrecido en la etapa correspondiente (audiencia intermedia), pero la práctica común demuestra, que ante la falta de claridad de la norma, es en la audiencia de reparación digna, donde se presenta la víctima con sus pruebas, las cuales no han estado sometidas al control del juez de primera instancia y simplemente los jueces de sentencia, deciden si le dan valor probatorio o no, con lo cual se evidencia una clara violación al derecho de defensa del sindicado y al debido proceso, pero especialmente de la víctima por no haber tenido la oportunidad de presentarlas y discutir las en la fase correspondiente.

Como se ha analizado en la mayoría de los casos, se presenta la víctima sin pruebas y sin el acompañamiento de abogado director y tampoco ha recibido la orientación por parte del Ministerio Público por lo cual no puede formular una petición concreta con relación a la reparación que pretende, con lo cual nuevamente se evidencia una desigualdad que contradice su calidad de sujeto procesal, otorgada en el decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala.

Se produce una seria complicación para la víctima, en cuanto a cuantificar el monto de su pretensión, ya que legalmente la prueba debió producirse en la etapa preparatoria y ofrecerse en la audiencia para el ofrecimiento de prueba, ante el Juez de Primera Instancia Penal, para que el sindicado tuviera la oportunidad de objetarla si fuera el caso, pero generalmente no se hace, se presentan hasta la audiencia de reparación digna y para el caso de facturas o recibos, es posible cuantificar el daño físico, pero existe imposibilidad de cuantificar el daño psicológico o moral, lo cual queda a



discreción del Ministerio Público si hace la petición y del juez de sentencia al dictar el fallo, si da a lugar la petición o no.

No obstante que la reforma indica que debe tomarse en cuenta que lo requerido sea “humanamente posible”, existen pretensiones imposibles de cumplir, cuando por ejemplo un sindicato es condenado a cincuenta años de prisión por el delito de femicidio y a una reparación digna de un millón de quetzales, lo cual, no será humanamente posible cumplir, no solo porque la persona obligada a pagarlo estará toda su vida en prisión y aun de no estarlo, la capacidad económica no se lo permitiría, por lo cual surge la duda si la denominación “digna” cumple el objetivo para el cual se hizo la reforma de esta norma.

Para viabilizar la reparación digna se instituye el procedimiento contenido en el Artículo 124 del Código procesal penal, el cual es sencillo, oral y público, que sigue inmediatamente de la sentencia penal, que entre sus propósitos básicamente está el de descongestionar la acumulación de acciones civiles de las penales, como consecuencia natural de los conflictos entre las formas propias del derecho civil y los intereses en juego distintos a los privados que tutela el derecho penal.

El espíritu de la reforma, estriba en abrir la justicia de paz en las poblaciones más importantes del país para atender a las víctimas de los delitos sin importar si es menos grave o mayor riesgo, dando cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



4.4 Citación de la víctima a juicio

No obstante que ya se ha analizado en parte el diligenciamiento del debate y la participación de la víctima en él, la reforma contiene elementos en cuanto a la citación al juicio que a continuación se analizan:

Artículo 9. Se reforma el Artículo 344, el cual queda así:

"Artículo 344. Citación a juicio. Al dictar el auto que admita o rechace la prueba, previa coordinación con el tribunal de sentencia, el juez señalará día y hora de inicio de la audiencia de juicio, misma que debe realizarse en un plazo no menor de diez días ni mayor de quince, citando a todos los intervinientes con las prevenciones respectivas.

Dentro de los cinco días de fijada la audiencia de juicio, cualquiera de los sujetos procesales puede solicitar audiencia para recusar a uno o más jueces del tribunal, la cual deberá realizarse dentro de los tres días siguientes a la solicitud. Si alguno de los jueces considera que incurre en motivo de excusa, lo invocará en el mismo plazo; para el efecto, se convocará a todos los intervinientes".

Artículo 10. Se reforma el Artículo 368, el cual queda así:

"Artículo 368. Apertura. El día y hora fijados, el tribunal se constituirá en el lugar señalado para la audiencia. El presidente verificará la presencia del Ministerio Público, del acusado y su defensor, de la víctima o agraviado y de las demás partes que

hubieren sido admitidas, y de los testigos, peritos o intérpretes que deban tomar parte del debate. El presidente del tribunal declarará abierto el debate, advirtiendo al acusado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder y la atención que debe prestar en la audiencia. Inmediatamente concederá la palabra, en su orden, a la parte acusadora y defensa para que presenten sus alegatos de apertura".

Artículo 11. Se reforma el Artículo 378, el cual queda así:

"Artículo 378. Examen de testigos y peritos. El presidente identificará al testigo con su nombre y el documento personal que lo identifique válidamente, e inmediatamente concederá la palabra a la parte que lo propuso para que lo examine sobre idoneidad, hechos y comparecencia al tribunal; seguidamente concederá la palabra a los demás sujetos procesales para que lo examinen o contra examinen.

El presidente del tribunal moderará el interrogatorio y no permitirá que el testigo o perito conteste a preguntas capciosas e impertinentes. La resolución que sobre ese extremo adopte será recurrible, decidiendo inmediatamente el tribunal".

Estos Artículos tal como se ha analizado anteriormente, indican que la víctima debe ser convocada, pero sin participación, porque no contemplan que se le conceda la palabra para hacer alegatos de apertura, aunque se haga acompañar de un abogado directo, tampoco prevé que éste pueda participar en su nombre, ya que se entiende como parte acusadora exclusivamente al Ministerio Público para emitir sus alegatos iniciales, asimismo durante el desarrollo del debate indica que se examinará y contra examinará



testigos y peritos concediendo la palabra a quien lo propuso, pero el caso es que la víctima no propuso ningún órgano de prueba, por lo cual tampoco podrá interrogar, lo que la coloca en condición de desigualdad frente a los demás sujetos procesales.

No podrá emitir conclusiones y por ende no tiene derecho a presentar réplica, con lo cual nuevamente se pone en evidencia que la calidad de sujeto procesal de la víctima es relativa, en tanto no tiene las mismas facultades que los otros sujetos procesales, como el Ministerio Público y el mismo sindicado a través de su defensa técnica.

El Doctor César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer, Magistrado Vocal II de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala y presidente de la Cámara Penal, en el informe sobre "El Poder Judicial de Guatemala, frente a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" que se refiere al desarrollo de los renglones de la actuación de la Cámara Penal en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dice: "cito de memoria al insigne jurista Niceto Alcalá Zamora y Castillo en su Derecho Procesal Mexicano, quien denunció que las víctimas (y esta alcanzara a la mayoría de países latinoamericanos, aun en la actualidad) eran nadie en el proceso penal debido a las corrientes doctrinales que lo marginaron del procedimiento. No podía persistir su marginación procesal".

CAPÍTULO V

5. Propuesta de solución de carácter doctrinario y procesal constitucional ante deficiencias del Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala

5.1 La analogía procesal

5.1.1 La analogía en el derecho y su relación con el derecho procesal penal

En materia penal sustantiva, existe una prohibición jurídica legal que establece de que si determinada conducta delictiva ejecutada por una persona no se encuentra taxativamente regulada en la normativa penal precitada, no hay delito que imputar "*Nullum crimen nulla poena sine lege*".

Para que haya delito debe estar previamente regulado en la norma, es decir un tipo penal creado en el texto del Código Penal; lo que trae como consecuencia de que el juzgador no puede crear figuras penales nuevas, sino adecuar la conducta del sindicado a cualquier conducta delictiva pero de las ya contenidas en nuestro Código Penal guatemalteco.

Es el caso que dicha prohibición de analogía, solo procede en materia sustantiva penal, no así en materia procesal, es decir de que el juzgador ante una situación jurídica procesal determinada, si está facultado para crear figuras puramente procesales para la culminación de un proceso penal determinado, sin violentar el debido proceso y

basándose en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que se refiere al derecho de igualdad.

En consecuencia, si en materia procedimental no existe prohibición alguna de aplicar la analogía, es decir de que si surge un conflicto de cómo interpretar una norma de carácter procesal, es el juez quién debe de utilizar ese razonamiento perfecto extensivo, para resolverlo y adecuarlo al caso concreto.

Por lo que al analizar y comparar el Artículo 5 y 117 del Código Procesal Penal, en donde regula la calidad de sujeto procesal de la víctima o agraviado dentro del proceso penal; si procede resolver análogamente, en el entendido de que el juez puede reconocer capacidad procesal para que actúe con todos los derechos y garantías que la ley le otorga en su calidad de sujeto procesal por el principio de igualdad, consagrado en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por lo anteriormente expuesto, se plantean dos supuestos: a) procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Por otro lado, b) las leyes penales, las especiales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

5.1.2 Lagunas de la ley en el procedimiento penal

Todo cuerpo normativo como obra humana podría contener imperfecciones, precisamente porque el ser humano no es perfecto, de ahí que el legislador le sea imposible prever todos los supuestos fácticos a los que en un futuro sea de aplicación la ley o reforma que se ha puesto en vigencia.

Al respecto, sobre la analogía procesal aplicada en el derecho procesal penal, la revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, julio a diciembre del 2001, ha citado: “Las posibles lagunas u oquedades del ordenamiento jurídico, y de las leyes en particular, han sido punto neurálgico en la doctrina”.⁵⁶

Es imposible que el legislador pueda prever todos los casos que la realidad pueda ofrecer, y los que se van necesitando de acuerdo a la evolución de la sociedad, por lo que también produce incapacidad, mediante los métodos ordinarios de interpretación, por su solo tenor literal de brindar respuesta al caso concreto presentado para resolver.

Las lagunas legales suponen o bien una deficiencia en la ley o la propia inexistencia de ley aplicable al supuesto ipso que se ofrece o incluso contradicciones o antinomias con otras normas preexistentes o contenidas en la propia disposición normativa, sin preferencia entre sí. Puede suscitarse también por descuidos en la formulación de la ley, o por resultar ésta inaplicable por comprender casos que el legislador no habría

⁵⁶ Pérez Gallardo, Leonardo. **A propósito de la analogía en el derecho**, Pág. 7.



ordenado de haberlos conocido, o como en el presente caso que hemos tratado el aspecto de la participación de la víctima en el proceso penal, como sujeto procesal, sin que se haya previsto la forma en que puede hacerlo.

Los preceptos, no regulados por la ley quedan sometidos a la misma, al tenor de los principios generales que lo informan. Los defensores de la tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico, Kelsen entre ellos- sostienen que si existen lagunas o no están en el Derecho sino en el propio operador jurídico que a pesar de su búsqueda no ha sabido hallar el principio correspondiente de aplicación al caso. El derecho garantiza principios como la libertad, igualdad, entre otros, de ahí que cualquier pretensión de una conducta procesal, se decidirá a favor o en contra según la ley contenga o no el deber jurídico afirmado, pero siempre sobre la base de la ley.

Existe otro punto de vista, pero siempre con referencia en esta tesis, en donde se niegan las lagunas, bajo la existencia de una norma general que comprende negativamente los casos no previstos. Es decir que hay casos para los que la ley no otorga ninguna solución, y en este orden se reconoce la existencia de lagunas, de manera que se integran con otras normas jurídicas, lo que justifica la inexistencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, así los casos no resueltos en la ley, hallarán su respuesta en normas especiales o algunas veces generales que sustentan al propio derecho positivo.

En cuanto a la analogía procesal aplicada en el derecho procesal penal, la revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de

Guatemala, julio a diciembre del 2001, cita: “Se ha sostenido, y con razón, que en el ordenamiento jurídico guatemalteco no hay lugar para oquedades o vacíos jurídicos. El amplio espectro del sistema de fuentes reconocidas en determinadas normativas, y la aplicación directa como último eslabón de la cadena de fuentes de los principios generales del derecho refuerzan tal tesis”.⁵⁷

El valor denominado carácter informativo del ordenamiento jurídico derivado de tales principios, coincide con quienes establecen que una de las dos funciones principales que a ellos se les ha asignado es la de informar a todo el ordenamiento jurídico considerado como sistema o estructura, lo que permite las lagunas de la ley, de manera que dada la ausencia de la ley o norma consuetudinaria pueda el juez decidir el caso sometido a su consideración conforme con los principios generales del derecho.

5.1.3 La doctrina y las lagunas de ley

El análisis que la doctrina jurídica ofrece acerca del Artículo 117 del Código Procesal Penal en una pura formulación, ha sentado cátedra en torno a la admisibilidad del procedimiento analógico para integrar el derecho procesal penal. Con tal precepto el legislador consagró la imperiosa necesidad de fallar análogamente dada la situación en que se encuentra el tribunal. Con relación a la explicación jurídica doctrinaria precitada, la revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, julio a diciembre del 2001, cita: “El vacío jurídico consecuentemente no puede existir, sobre la cabeza del juzgador que pende la espada

⁵⁷ **Ibid**, Pág. 8

de Damocles que representa la responsabilidad que le trae aparejada su negativa de fallar".⁵⁸ Este razonamiento se aplica al segundo párrafo del Artículo 5 del Código Procesal Penal, que le da la calidad de sujeto procesal a la víctima y que además señala que goza de la tutela judicial efectiva.

5.1.4 Integración del ordenamiento jurídico

Con base en el presupuesto de la existencia de lagunas de la ley, pero no del ordenamiento jurídico, procede entonces acudir a un proceso de integración, diferente del de interpretación de la norma, en tanto que en el primero (la integración) se trata de suplir o salvar un defecto del material procesal normativo del que en forma inmediata se dispone; mientras que con la interpretación de la norma en sí se pretende esclarecer el sentido y alcance y con ello el significado de la propia norma que no resulta del todo clara.

Los principales métodos de integración del sistema adoptan el método de integración principal, en el cual la integración del ordenamiento opera mediante la búsqueda y aplicación de principios generales del derecho. Con ellos se obtiene una integración principal, dado que en ausencia de otro criterio o norma, siempre habrá un principio general del derecho que sea aplicable al caso concreto. Sin embargo, sostienen los mismos autores, y con suficiente razón, que este sistema se ha desnaturalizado, al admitirse el método analógico y con la llamada equidad de suerte que se abre paso al método de expansión lógica del Derecho positivo a través de la expansión lógica de

⁵⁸ *Ibid.* Pág. 9.

sus normas. En el código Procesal Penal se evidencia en el Artículo 278 que se refiere a la supletoriedad de ley.

5.2 La analogía como método de la integración del derecho

La analogía como método de integración del derecho, incorpora al supuesto de hecho de la ley un caso que no se encuentra incluido.

Para recurrir a la analogía no es suficiente el silencio de la ley, si ésta existe, pero no surge la urgente necesidad de resolver el caso en particular de nada nos conduciría a utilizar este método de integración normativa; de ahí la importancia de dar respuesta jurídica a un caso concreto planteado. De esa cuenta, la analogía constituye un instrumento de que se dispone para lograr que sean atendidas las nuevas pretensiones sociales.

La aplicación del procedimiento analógico presupone entre otros requerimientos:

- a. Existencia de una laguna legal en relación con el caso concreto, el que no puede interpretarse según la letra de la norma legal, ni su propio sentido lógico aclarado por la interpretación;
- b. Que esa ausencia de regulación legal suponga a su vez que el supuesto a resolver no se encuentre previsto por otra norma y que el caso no sea exactamente de los que se regule en la norma que se trata de aplicarse analógicamente.
- c. Que no exista una voluntad legislativa contraria a la aplicación de la analogía;



- d. La existencia de una norma que contempla un supuesto distinto del caso;
- e. Que concurra igualdad jurídica esencial entre el supuesto regulado y el supuesto o supuestos no previstos por el legislador, o sea semejanza o similitud entre el supuesto de hecho de la norma y el caso a decidir. Se exige además un cierto juicio de valor sobre la conveniencia o no de tal aplicación analógica, o sea, sobre el extremo de que la solución que el caso debe recibir o es justo que reciba es la misma estatuida en la norma análoga.

5.2.1 Fuente de la analogía

La analogía empleada por los romanos se fundamentaba en una razón de similitud de justicia o de utilidad entre el caso ya regulado y el caso objeto de examen. Ardua ha sido la tarea de la doctrina en la búsqueda del fundamento del procedimiento analógico. Se debe situar en la identidad de la razón legal, o sea, cuando la razón que ha motivado al legislador para regular normativamente el primer caso se encuentra, de cierta manera, en un segundo caso: la identidad de razón legal entre los casos constituye, en el campo jurídico, aquella comunidad de razón que legitima el razonamiento analógico.

Por lo que se puede concluir acerca de la analogía:

Que es la razón de una norma la que hace que ésta sea capaz de disciplinar otros casos además del expresamente previsto en ella. Por su parte hay que ubicar el fundamento de la analogía en la identidad o similitud de la razón legal.

Asimismo, que en la semejanza de la razón jurídica de la norma descansa la aplicación analógica, sin embargo, el elemento identidad no debe ser cualquiera, sino el que el legislador tomó en consideración para formular determinada norma, la coincidencia entre uno y otro supuestos debe atenerse a los elementos esenciales sobre los que descansa la regulación del segundo, no previsto por el legislador, y que constituye la propia razón jurídica de la norma. Hay que ubicarla en la misma identidad de razón, es decir debe de cumplir ambos supuestos que posean el término común de referencia de la razón legal; como la razón suficiente de la disposición misma. La doctrina mayoritaria, considera y fundamenta de que esta identidad de razón legal no es más ni menos que expresión del principio de igualdad jurídica.

Por lo anteriormente expuesto, se determina que debe existir la identidad de razón legal para acudir al recurso de la analogía en ausencia de normas concretas de aplicación al caso a decidir.

5.2.2 Diferencia de analogía con la interpretación extensiva

Al respecto de las diferencias de la analogía con la interpretación extensiva, la revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, julio a diciembre del 2001, cita: "La analogía no lleva la aplicación mecánica de una norma existente a un caso no comprendido en ella, sino tiende a la búsqueda de un principio más elevado y general que es aplicable a los casos semejantes; sin embargo, con ella no se crean normas jurídicas, el principio que se descubre, que se

devela con el procedimiento analógico, está ya explícitamente contenido en la ley que tenía en sí la potencialidad de adaptarse al caso no previsto por el legislador. Con la analogía no se crea derecho, sino se descubre el derecho existente, desarrollando normas latentes en el sistema”.⁵⁹

Regularmente se confunde a la Analogía con la interpretación extensiva; sin embargo, son claros y precisos los elementos que los distinguen. Mientras que con la analogía se presupone la ausencia de toda disposición legislativa expresamente reconocida, que es lo que se propone suplir, con la interpretación extensiva se pretende corregir o rectificar la expresión de la norma, por lo que excluye por sí, la existencia de lagunas legales.

La interpretación extensiva supone un caso no comprendido en la letra de la disposición de que se trate, pero sí en su espíritu, de ahí que su objeto lo sea determinar el sentido y alcance de tal disposición, supone un caso contemplado por la voluntad del legislador, aunque las palabras empleadas, tomadas en su significado natural, no lo comprendan. Va encaminada a extender la palabra del mismo legislador. Aclara el sentido de la ley poniendo de acuerdo su letra insuficiente con su espíritu. Precisa el significado de una norma ya formulada. Es posible aún para las normas excepcionales.

La analogía, sin embargo presupone la falta de norma expresa, el caso en cuestión se halla fuera del espíritu de la disposición de que se trate, por lo que no puede aplicarse ésta, pero sí el principio en que se inspira, de ahí que su objeto sea la investigación del principio jurídico por aplicar al caso no contemplado. Supone además no sólo que el

⁵⁹ Ibid. Pág. 15.



caso no está comprendido en las palabras de la ley, sino que no ha sido previsto en modo alguno por el legislador, va encaminada a extender el pensamiento del legislador, va más allá de éste, descubre una norma no formulada. Por regla general no es de aplicación a las normas excepcionales.

5.2.3 Límites de la aplicación de la analogía

La intelección del apartado del Artículo 5 del Código Procesal Penal nos ofrece los límites de aplicación del procedimiento analógico. Analicémoslo detenidamente.

Por normas de derecho excepcional se entiende aquellas que se desvían de los principios fundamentales, o contradicen las consecuencias que se derivarán de éstos, porque se refieren a las relaciones de la vida, alejadas de las normales. Sin embargo, es preciso no confundir el derecho excepcional con el derecho especial como en ocasiones sucede. Las normas excepcionales son normas derogatorias del derecho general de una materia, en ellas no caben lagunas, lo no expresamente regulado a su tenor queda atendido a las normas generales, al derecho común, en nuestro medio derecho civil, razón por la que los ordenamientos legales proscriben la aplicación analógica de las normas de carácter excepcional.

Se comprende entonces el por qué de la prohibición, cuando hay casos que no entran en la norma excepcional es evidente que están comprendidos en la regla general que existe en la ley misma, explícita o implícitamente, faltaría por tanto el fin de la analogía que es el de llenar lagunas, y se obtendría además el efecto de violar ley sustituyendo



la regla general existente en ella por una norma diversa y contraria cuando se considerasen como casos no contemplados los efectivamente previstos, en razón de no comprenderlos la excepción.

Llama la atención en el sentido de que si bien no es procedente aplicar la analogía fuera del sistema constituido por el derecho excepcional pues en él no hay lugar a las lagunas, y consecuentemente no cabe integración por analogía, si es admisible dentro del propio sistema. Cuando se afirma que no sólo cabe la analogía de institución a institución, sino también dentro de una misma institución (aunque esté comprendida en el derecho excepcional, apunto), de una norma particular a otra norma también particular que regule otro aspecto de su contenido.

Algo similar sucede con el derecho especial, al tener éste sus propios principios, y su propia razón, nada se opone a la aplicación analógica de las normas. Sin embargo, dentro del derecho especial los preceptos de tipo excepcional, también están exentos de aplicación analógica. No se trata de una mera ecuación matemática, sino de un análisis razonado de la casuística.

Tomando de base el derecho italiano, para aplicarlo a nuestro derecho procesal penal, pero precisamente el proceso penal guatemalteco, el mismo tiene una visión restringida de las normas excepcionales, se considera que muy a menudo se dictan disposiciones normativas derogatorias que sin embargo necesariamente no deberán considerarse excepcionales en sentido estricto. Por tales deben entenderse aquellas que derogan los principios cardinales del ordenamiento jurídico, de manera que su extensión va más allá

de los límites fijados por la ley, creará en el ámbito del sistema condiciones de contrariedad, así, excepcionales son todas aquellas normas dictadas en función de reglamentar determinadas situaciones contingentes (terremotos, calamidades naturales, etc.).

En lo que se refiere a la legislación penal la prohibición de la aplicación analógica deriva del principio *nullum crimen sine lege* y en este sentido han de entenderse incluidas no sólo las normas penales propiamente dichas, sino también de otra naturaleza como las administrativas y civiles, siempre que sean sancionadoras, más no las de carácter procedimental.

En cuanto a las normas de ámbito temporal, es casi unánime la doctrina que la contiene, que esta temporalidad debe estar unida a la excepcionalidad para que se exceptúen del tratamiento analógico. Lo uno no es sinónimo de lo otro. Nada impide que durante el tiempo de vigencia de una norma de ámbito temporal, ésta sea aplicable a un caso sin solución normativa recurriendo a la analogía; extremo muy diferente a la aplicación de una norma pasada, a hechos ocurridos ulteriormente, lo que colisionaría con el reducido término de la vigencia de la ley.

5.3 Derecho procesal constitucional

Con relación al tema del derecho procesal constitucional, Thomas Jofré, refiere: "Que la corriente moderna del derecho procesal penal, desde el punto de vista constitucional, tiene por objeto Subsidiar todas aquellas deficiencias de índole procesal, acaecidas en



el desarrollo de un proceso penal; incluso por el rango de supremacía, primacía e imperatividad que posee, hace inaplicable el principio de legalidad procesal; que impera en el proceso penal guatemalteco, lo que trae a colación de que toda persona, dejando por un lado el vínculo, puede ejercitar derechos procesales en cualquier proceso; esto significa de que el juez concedor de todo un ordenamiento jurídico determinado; así como de la jerarquía normativa piramidal, debe de acceder a todas las peticiones e intervenciones procesales, precisamente las de los hermanos de la víctima".⁶⁰

Es por ello que la víctima haga uso de todos los mecanismos jurídicos procesales de categoría constitucional, con la finalidad de obtener justicia.

No obstante que el presente trabajo no se trata propiamente de las garantías adjetivas o procesales de la protección de los derechos constitucionales y de la protección y control de la constitucionalidad porque merece un estudio por separado, si se referirá aquí a las generalidades relativas al Amparo y Exhibición Personal, precisamente los fundamentos teóricos en que estos se inspiran en cuanto al análisis que se hace del Decreto 7-2011 del Congreso de la República; ya que el tema básico a disertar en cuanto a la solución constitucional que se plantea, cuando no se permita la participación de la víctima en su calidad de sujeto procesal, por la violación del Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en sus dos aspectos.

Para destacar la innegable trascendencia del tema y más que todo su vital importancia en el ámbito del derecho constitucional, se considera apropiado recordar lo siguiente:

⁶⁰ Thomas Jofré, José. **Manual de procedimientos (civil y penal)**. Pág. 50.



Las garantías constitucionales no pasarían de ser meramente letra muerta si la propia Constitución Política de la República de Guatemala no hubiese establecido la supremacía constitucional, en la cual predomina protección judicial de los derechos.

Asimismo, la doctrina moderna se ha percatado de que la simple elevación de ciertos principios aludidos al rango de preceptos constitucionales no es suficiente para garantizar su eficacia, como la borrascosa historia de nuestro país lo ha demostrado en muchas ocasiones. Es por ello que han surgido en la actualidad varios criterios de constitucionalistas que refieren que la verdadera garantía de las disposiciones fundamentales consiste precisamente en su protección procesal.

Bastan esas opiniones para que se evidencie la imperiosa necesidad de que a la par de medios de tutela constitucional de carácter sustantivo, coexistan otros de tipo procesal que tiendan a defender o tutelar así como preservar los derechos constitucionales y fundamentales.

En Guatemala, corresponde a la Corte de Constitucionalidad el control sobre las garantías sustantivas y procedimentales, a través de la invocación de inconstitucionalidad de una ley, reglamento o disposición general en un caso concreto, a través de la vía incidental de todo proceso, hace que el funcionario judicial designado se constituya en un juez constitucional; y por otro lado, independientemente de la inconstitucionalidad en caso concreto, existe la inconstitucionalidad en abstracto, o sea planteada como acción autónoma, única, directa ante un órgano específico como lo es la referida Corte de Constitucionalidad.



5.3.1 El amparo

En nuestro sistema el amparo está instituido como una acción o proceso constitucional de defensa y control a través del cual se obtiene la garantía contra la arbitrariedad, teniendo efectos reparadores y restauradores si la misma ya se produjo y efectos preventivos para el caso de que exista la amenaza del agravio.

De más está decir que el desarrollo del proceso de amparo en Guatemala ha llegado a niveles superiores con la vigencia del Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, porque brinda una amplia protección procesal a todo aquél que haya sido privado de sus derechos constitucionales o que sufra amenaza de serle vulnerados, con lo que se pone adelante evidentemente de otros sistemas, en los que la materia del amparo está muy restringida.

Ese desarrollo adecuado de la garantía del amparo en nuestro medio es resultante de la incorporación de varios principios que caracterizan la justicia constitucional guatemalteca, como los de impulso de oficio, interpretación extensiva de la ley, el de que no hay ámbito que no sea susceptible de amparo, para no citar otros.

5.3.2 Hábeas corpus

Tiene la particularidad el sistema procesal constitucional guatemalteco de incorporar y regular específicamente el corpus como garantía de la libertad individual de la persona, independientemente del amparo. Lamentablemente como de todos es conocido, en la

realidad jurídica guatemalteca la exhibición personal no ha tenido el éxito deseado, puesto que son muy pocos los casos en los que se ha dado esa adecuada protección a la libertad individual personal debido a que las autoridades han sido muy discretos respecto de este sistema de protección, ya que no se acepta o se evade, porque todavía se recurre a procedimientos totalmente anómalos e ilegales para evitar el control jurisdiccional constitucional.

5.3.3 La Inconstitucionalidad

Constituye una garantía procesal para la defensa del orden jurisdiccional y con el fin de que el principio de supremacía constitucional no se quebrante. El sistema constitucional guatemalteco regula el proceso o acción de inconstitucionalidad propiamente dicho, al establecerla como pretensión procesal autónoma (inconstitucionalidad general), o como incidente o excepción, en caso concreto, con diferentes efectos cada una; porque en tanto la primera produce la declaratoria de nulidad de la ley tipificada como violatoria de la normativa superior, en el procedimiento incidental dichos efectos no alcanzan sino al caso específico para el cual se invocó, lo cual aunque admite discusión por la naturaleza de la inconstitucionalidad, así se legisló en Guatemala.

Toda vez que la acción de inconstitucionalidad en casos concretos tiene un carácter meramente declarativo, y su función es preventiva, su caracterización coincide en lo esencial, con la pretensión de sentencia meramente declarativa de certeza. Por ello la



jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto”. Como lo podría hacer una víctima en la fase preparatoria, intermedia e inclusive durante el debate cuando no se le permite actuar como sujeto procesal.

En consecuencia entre los medios de obtención está la acción, excepción y el incidente, en los dos primeros casos ello no ofrece ninguna duda ya que es jurisprudencia generalizada que esos son los medios de obtención. Tampoco resulta dificultoso lo relativo a la oportunidad para formular el pedido de inconstitucionalidad. Cualquier etapa del juicio resulta habilitante. Ello es así porque la inconstitucionalidad no configura una cuestión de hecho que como tal, deba formar parte del litigio en cuestión que fija los puntos de la relación jurídica-procesal y, en cambio sólo constituye un simple argumento de derecho que los litigantes pueden invocar en cualquier oportunidad dentro del pleito. Así se expresa la jurisprudencia imperante, sobre la necesidad de que el planteamiento sea concretado con tiempo suficiente para que el juez o tribunal lo examine y decida sobre ello al dictar sentencia. En Guatemala, lamentablemente la Corte de Constitucionalidad tiene un criterio restrictivo en este sentido y hace prevalecer hasta la fecha, el principio jurídico procesal de temporalidad no entrando a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión (ver los expedientes 318-92 y 358-92 en los que consta ese criterio).



5.3.3.1 Doctrina de Inconstitucionalidad

Tal y como se establece para ubicar la inconstitucionalidad, en el sistema jurídico general y específicamente, en el sistema constitucional, se cree oportuno destacar dos aspectos esenciales, que tipifican la promoción de la acción pública, en todo sistema de contralor constitucional.

En el derecho comparado, dos aspectos generales llaman la atención del intérprete: el aspecto subjetivo que apunta al titular del derecho de accionar y su legitimación en el proceso constitucional, y el aspecto objetivo que tiene en cuenta el objeto, la finalidad del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad y su promoción ante el órgano contralor.

Desde el punto de vista subjetivo, precisa aclarar en el plano teórico, la intervención legitimada del titular de la acción, en el juicio de constitucionalidad, de normas jurídicas estatales; el problema consiste en negar o atribuir amplia personería al particular para promover la impugnación de normas inconstitucionales; en tipificar el interés del titular de la acción, y en diferenciarlo del interés privado, que puede motivar, conjuntamente con el interés público, la promoción de la demanda.

En el aspecto objetivo, debe ubicarse al instituto en el sistema de garantías constitucionales. Para ello, debe tenerse en cuenta su finalidad que es la de provocar la actividad de examen y verificación de constitucionalidad del órgano encargado de tal función. En ese sentido, la acción que se estudia, integra el régimen de contralor,



examen y revisión de normas ilegítimas, a los efectos de su anulación, para que prevalezca en última instancia, la vigencia del orden jurídico fundamental. En una palabra, el aspecto objetivo mira al fin institucional supremo: la certeza y seguridad del derecho constitucional, declarado por el órgano contralor.

En el aspecto funcional, por medio de la acción se otorga al particular, con más o menos amplitud, la facultad o el derecho para actuar el procedimiento de contralor necesario de legitimidad y validez del orden jurídico, en un Estado de derecho. En esa forma, la doctrina contemporánea, ve perfilarse por vía de preceptos expresos en las cartas constitucionales, el otorgamiento de una verdadera función pública al accionarse para que al mismo tiempo que se defiende el interés particular se denuncie y se señale la transgresión del orden constitucional.

En el campo del derecho público, y desde un punto de vista objetivo, actualmente se concede la acción para la defensa integral del orden constitucional. Es decir, para defensa de los derechos individuales y sus garantías específicas, comprendidas en el ordenamiento constitucional; pero al mismo tiempo, para la tutela integral de todo el sistema constitucional.

En su total integración institucional, el sistema de contralor presupone al órgano jurisdiccional de examen y verificación de constitucionalidad. Por otra parte, y para poner en movimiento a tal órgano, se atribuye función procesal-constitucional a un titular de la acción otorgada expresamente. De tal manera que el objetivo supremo es siempre, el de impedir que en la producción jurídica del Estado, se desconozca el

sistema de garantías y de organización constitucional. Debe observarse que, en la actividad total del sistema contralor, coinciden los intereses públicos: en la promoción de la acción el titular debe fundar su impugnación, en un interés público, que puede coincidir o no con un interés privado, conjuntamente lesionado. Asimismo, en la actividad de contralor del órgano jurisdiccional, por mandato constitucional ilegal, ese interés público es decisivo.

Su pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de una ley no consiste concretamente en una actividad legislativa o ejecutiva. Es una actividad eminentemente jurídica, donde el juicio y la acción intelectual del órgano jurisdiccional, señalan los vicios insanables del acto y de la acción volitiva y discrecional de los órganos legislativos y ejecutivos. Es una función si se quiere, de significado político, en la distribución de los poderes del Estado, basado en el imperio de la ley y no de los hombres. La acción es concebida por la ciencia procesal contemporánea como una función pública, teniendo principalmente en cuenta, el origen constitucional de tal garantía. Fuera del concepto romanista de la acción como medio de obtener la satisfacción del derecho material (subjetivo) lesionado, se observa y estudia la acción, como instrumento apto para obtener siempre, la aplicación y actuación del derecho objetivo (ley ordinaria o constitucional).

Respecto a la naturaleza jurídica del derecho de accionar en justicia constitucional, la investigación científica ha verificado su fuente o génesis institucional. Como tal función pública, para actuar la ley ante los tribunales, y defender en su caso, los derechos reconocidos por el orden jurídico, resulta en esencia una manifestación especial del derecho de petionar a las autoridades judiciales. La acción de Inconstitucionalidad,

como derecho cívico, cumple en cualesquier sistema de contralor jurisdiccional de las leyes, la función procesal adecuada al régimen de garantía y contralor en que se la otorga.

Esta finalidad constitucional del instituto de garantía, donde se inserta la acción que se trata, ha llevado a concebirla como una verdadera acción popular, con sentido de solidaridad cívica, en los intereses jurídicos e institucionales del Estado, y como una mera forma de llevar a la práctica el contralor de legalidad y de constitucionalidad de las normas jurídicas dictadas por órganos competentes.

Se puede decir entonces que esta etapa es la denominada de derecho público, en que al lado de la clásica defensa de los derechos individuales y la garantía de los mismos, se trata de arbitrar institutos y procedimientos para que el orden jurídico y los poderes del Estado, sean a su vez promovidos por la acción de los particulares interesados, en ambos objetivos del derecho constitucional.

5.3.3.2 Clases de inconstitucionalidad

De conformidad con la doctrina la acción de inconstitucionalidad es general o concreta. La Constitución Política de la República de Guatemala establece en los Artículos 266 y 267 que en casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de

carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad.

5.3.3.3 Presupuestos de la inconstitucionalidad

Los presupuestos de la inconstitucionalidad están íntimamente ligados a los principios de defensa de la Constitución. Sin embargo, los presupuestos constitucionales son: la existencia de una Constitución rígida y codificada; el reconocimiento del Organismo Judicial, como un poder del Estado con independencia funcional, asimismo como árbitro en materia jurídica para mantener en todo momento la supremacía de las normas fundamentales instituidas por el poder constituyente.

Sobre tales bases jurídicas el instituto de la acción que ahora se trata, en calidad de instrumento jurídico procesal (medio subjetivo para provocar la jurisdicción) cumple su función específica en el proceso de verificación constitucional. El fundamento inmediato del sistema de contralor y de la que garantía implica, es asimismo la finalidad suprema fijada por todo Estado de derecho; la seguridad de las relaciones jurídicas entre los particulares, asentada sobre certeza y validez del derecho objetivo.

Puede decirse que siendo esa la finalidad de todo sistema de contralor o de examen normativo, la acción concebida como una función pública por la doctrina procesalista contemporánea, alcanza en estos sistemas de garantías, el eminente significado de servir de vehículo procesal para contribuir a dar mayor seguridad, legitimidad y certeza a la organización del estado, en relación al derecho objetivo y los derechos subjetivos.

En el caso guatemalteco los presupuestos son más amplios y están regulados ampliamente en el texto constitucional pudiendo afirmarse que los principios de supremacía, prevalencia e imperatividad constitucional, constituyen presupuestos idóneos como guardianes de la Constitución.

El constitucionalismo contemporáneo como ciencia y como práctica político- jurídica, ha consagrado la teoría de la supremacía de la Constitución sobre las normas jurídicas ordinarias, dictadas por órganos competentes de los poderes constituidos.

De esa premisa jurídica fundamental deriva la promoción de los sistemas de contralor, examen o revisión de las leyes, para garantizar la validez y la legitimidad constitucionales de ellas. Dentro de ellas se ubican los principios de juricidad y superlegalidad que se utilizan para reforzar el criterio de que la Constitución tiene que prevalecer en un estado moderno.

5.3.3.4 Disposiciones procesales de la inconstitucionalidad

La inconstitucionalidad en casos concretos, está encaminada a la persona a quién afecte directamente la inconstitucionalidad de una ley, quién puede plantearla ante el tribunal que corresponda según la materia. El tribunal asume el carácter de tribunal constitucional. Si se planteara inconstitucionalidad ante un juzgado menor, éste se inhibirá inmediatamente de seguir conociendo y enviará los autos al superior jerárquico que conocerá de la inconstitucionalidad en primera instancia.

La acción de inconstitucionalidad como única pretensión, es aquella acción en casos concretos, la cual una vez interpuesta, el tribunal dará audiencia al Ministerio Público y a las partes por el término de nueve días. Vencido este término podrá celebrarse vista pública, si alguna de las partes lo pidiere. El tribunal resolverá dentro de los tres días siguientes. La resolución será apelable ante la Corte de Constitucionalidad.

La acción de inconstitucionalidad con otras pretensiones, es aquella por virtud de la cual si el actor propusiere dentro del mismo proceso la declaración de inconstitucionalidad junto con otras pretensiones, el tribunal dará audiencia por el plazo de nueve días vencido dicho plazo, hayan o no comparecido las partes, dentro de tercero día, el tribunal, dictará auto resolviendo exclusivamente la pretensión de inconstitucionalidad.

La acción de inconstitucionalidad de una ley como excepción o incidente en casos concretos, se refiere a que las partes podrán plantear, como excepción o en incidente, la inconstitucionalidad de una ley que hubiere sido citada como apoyo de derecho en la demanda, en la contestación o que de cualquier otro modo resulte del trámite de un juicio, debiendo el tribunal pronunciarse al respecto.

Al trámite de la inconstitucionalidad de una ley como excepción o incidente, el tribunal la tramitará en cuerda separada, dará audiencia a las partes y al Ministerio Público por el término de nueve días como ya se ha dicho, y haya sido o no evacuada la audiencia, el tribunal resolverá respecto de la inconstitucionalidad en auto razonado dentro del término de tres días siguientes.



Si con el trámite de la excepción de inconstitucionalidad y otras excepciones, se interpusieran otras excepciones, el trámite de estas últimas será el que les corresponda según la naturaleza del proceso de que se trate. Si entre las excepciones interpuestas se hallaren las de incompetencia o compromiso, éstas deberán ser resueltas previamente en ese orden. En su oportunidad, el tribunal competente deberá resolver la de inconstitucionalidad dentro del término de tres días. Las excepciones restantes serán resueltas al quedar firme lo relativo a la inconstitucionalidad.

Un aspecto importante es la suspensión del proceso desde el momento en que el tribunal de primera instancia dicte el auto que resuelva lo relativo a la inconstitucionalidad, hasta que el mismo cause ejecutoria.

Otro aspecto importante es que contra la resolución y los autos que dicten sobre inconstitucionalidad procede el recurso de apelación que deberá interponerse de manera razonada dentro de tercero día. En segunda instancia recibidos los autos la Corte de Constitucionalidad señalará, de oficio, día y hora para la vista dentro de un término que no podrá exceder de nueve días, la vista podrá ser pública si lo pidiera alguna de las partes. La sentencia deberá dictarse dentro de los seis días siguientes.

La acción de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad se planteará directamente ante la Corte de Constitucionalidad.



La legitimación activa corresponde según el Artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad a:

La Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su presidente; b. El Ministerio Público, a través del Fiscal General de la Nación; c). El Procurador de los derechos humanos en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia. d. Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos. La petición se hará por escrito conteniendo en lo aplicable los requisitos exigidos en toda primera solicitud conforme las leyes procesales comunes, expresando en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la impugnación.

Para estos casos la Corte se integra con siete magistrados. De oficio y sin formar Artículo, dentro de los ocho días siguientes a la interposición, la suspensión provisional de la ley, reglamento o disposición de carácter general si, a su juicio, la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables. La suspensión tendrá efecto general y se publicará en el diario oficial al día siguiente de haberse decretado.

Si no se dispone la suspensión provisional o, en su caso decretada ésta, se da audiencia por quince días comunes al Ministerio Público y a cualesquiera autoridades o entidades que la Corte de Constitucionalidad estime pertinente; transcurridos los cuales, se haya evacuado o no la audiencia, de oficio se señalará día y hora para la vista dentro del término de veinte días. La vista será pública si lo pidiere el interponente o el



Ministerio Público. La sentencia deberá pronunciarse dentro de los veinte días siguientes al de la vista. El término de dos meses es el máximo en el cual la Corte deberá dictar sentencia.

Un aspecto importante son los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, es que cuando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial. Finalmente es importante señalar que contra los autos y sentencias de la Corte de Constitucionalidad no cabe recurso alguno.

Estas disposiciones procesales se complementan con las disposiciones reglamentarias y complementarias del Acuerdo 1-89 de la Corte de Constitucionalidad que señala los requisitos específicos que tienen que llenarse en estos procesos de inconstitucionalidad y especialmente en las sentencias respectivas comprendidas del Artículo 23 al 33 del acuerdo relacionado.

5.3.3.5 Procedimiento a seguir para ejercer la acción de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones generales

La función esencial de la Corte de Constitucionalidad es la defensa del orden constitucional y uno de los medios jurídicos por los que se asegura la supremacía

constitucional, es la acción directa de inconstitucionalidad que puede promoverse en contra de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general que contengan vicio total o parcial de inconstitucionalidad.

La Corte de Constitucionalidad ha asentado la doctrina legal, que de conformidad con el Artículo 267 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el control de la constitucionalidad no se limita a la ley en sentido *strictu sensu*, como producto de la potestad legislativa del Congreso de la República de Guatemala, sino que comprende también las disposiciones de carácter general que emita el Organismo Ejecutivo, así como las demás reglas que emitan las instituciones públicas, lo que trae aparejado como consecuencia, la invalidez de las normas y disposiciones emitidas por el poder público que contraríen lo dispuesto en la ley fundamental.

La Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce a sus habitantes el derecho y el deber de velar por el cumplimiento de su normativa suprema. Dicho derecho se establece con toda claridad en el Artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, al determinar que tienen legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos, es decir que nuestra legislación constitucional permite ejercer libremente la acción popular de la defensa de los derechos constitucionales, a cualquier ciudadano, por medio de la acción de inconstitucionalidad.



La vía de promoción de la acción de inconstitucionalidad en referencia sólo puede promoverse en la vía de acción de única instancia, por lo que el único tribunal competente para tramitar y resolver el caso es la Corte de Constitucionalidad estando señalados sus requisitos de presentación en el Artículo 135 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, tomando como referencia lo aplicable supletoriamente por el Artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil, y el Artículo 28 del Acuerdo número 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

El tribunal constitucional que conoce de la acción de inconstitucionalidad de una ley, contra la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el presidente o el vicepresidente de la República, se integra además de los cinco magistrados titulares con dos vocales más, escogidos por sorteo entre los magistrados suplentes.

El Artículo 138 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad faculta a la Corte de Constitucionalidad para decidir discrecionalmente la suspensión de la o las normas atacadas, cuando, a su juicio, la inconstitucionalidad fuere notoria y tales normas susceptibles de causar gravámenes irreparables. Esta suspensión adquiere efecto general y debe publicarse en el Diario Oficial al día siguiente después de haberse decretado.

No obstante la facultad que la ley le otorga a la Corte de Constitucionalidad para decretar la suspensión indicada, dicho cuerpo colegiado debe tener como fundamento para decidir sobre la misma dos condiciones: a) Apariencia notoria de



inconstitucionalidad *in limine* y b) Que su aplicación sea generadora de daños irreparables.

En la resolución que emite el tribunal constitucional y antes de continuar con el trámite del procedimiento se manda que se cumpla con los requisitos que se hubiere omitido, señalando para el efecto el plazo de tres días, de donde se deduce que no es facultad del tribunal rechazar *in limine* la solicitud por haberse omitido determinados requisitos en el memorial de interposición.

El trámite a seguir es muy sencillo, pues en la resolución que decide o no la suspensión, o bien en la que se le da trámite a la acción por llenar todos los requisitos establecidos por la ley, el tribunal corre audiencia por quince días al Ministerio Público, por ser su intervención obligatoria en esta clase de procesos, a las distintas autoridades o entidades, sean de naturaleza pública o privada, que la Corte de Constitucionalidad estime pertinente. Hayan o no evacuado la audiencia las autoridades o instituciones a quienes se les ha conferido, el tribunal de oficio debe señalar día y hora para la vista dentro del término de veinte días, la cual será pública si así lo pidiere el solicitante o el Ministerio Público, quienes son los únicos que pueden comparecer a formular sus respectivos alegatos en dicha oportunidad.

De acuerdo con el Artículo 139 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la sentencia debe emitirse dentro de los veinte días siguientes a la vista.

La Corte deberá dictar sentencia dentro del término máximo de dos meses contados a partir de la fecha en que se haya interpuesto la inconstitucionalidad.

De los párrafos de la norma transcrita se determina que existe contradicción, porque señala dos plazos para emitir la sentencia constitucional, por lo que estimo que el segundo párrafo es totalmente innecesario, atendiendo a que la ley establece los diferentes plazos en que debe diligenciarse el proceso y sobre todo, atendiendo a que en realidad, la Corte de Constitucionalidad no cumple con tramitar y resolver la inconstitucionalidad dentro del plazo de dos meses contados a partir de la interposición de la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general.

5.3.3.6 Procedimiento a seguir para ejercer la acción de inconstitucionalidad de la ley en caso concreto

La inconstitucionalidad en caso concreto, es un instrumento jurídico procesal destinado a la defensa de la Constitución Política de la República de Guatemala, por el que se persigue la inaplicación de una norma que se estima inconstitucional a un caso particular, específico.

El Artículo 266 Constitucional, establece que en casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley.

La inconstitucionalidad en caso concreto, por medio del ejercicio de la acción, se puede ejercer más que todo en el campo administrativo, cuando se aplican leyes o reglamentos que el administrado estime inconstitucionales, provocando la actividad de un órgano jurisdiccional específico, el tribunal de lo contencioso administrativo.

Esta acción se encuentra normada en el Artículo 118 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal, y de Constitucionalidad, al preceptuar inconstitucionalidad de una ley en lo administrativo. Cuando en casos concretos se aplicaren leyes o reglamentos inconstitucionales en actuaciones administrativas, que por su naturaleza tuvieren validez aparente y no fueren motivo de amparo el afectado se limitará a señalarlo durante el proceso administrativo correspondiente.

En estos casos, la inconstitucionalidad deberá plantearse en lo contencioso administrativo dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que causó estado la resolución administrativa, y se tramitará conforme al procedimiento de inconstitucionalidad de una ley en caso concreto.

La inconstitucionalidad en caso concreto ejercida por medio de excepción o de incidente, está contemplada en los Artículos 123 y 125 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad al establecer: en casos concretos las partes podrán plantear como excepción o en incidente, la inconstitucionalidad de una ley que hubiere sido citada como apoyo de derecho en la demanda, en la contestación o que de cualquier otro modo resulta del trámite de un juicio, debiendo el tribunal pronunciarse al respecto.



Del Artículo transcrito se deduce, que la inconstitucionalidad es un medio de defensa particularizado en una cuestión de derecho que requiere de conocimiento específico, bien como defensa única (excepción) o formado parte de otras (incidente) según el proceso de que se trate.

Es oportuno indicar que cuando se promueve la inconstitucionalidad como incidente, éste tiene un trámite procedimental especial, como lo es, que el proceso principal queda en suspenso y el incidente se tiene que tramitar en cuerda separada, del mismo se da audiencia a las partes y al Ministerio Público por el término de nueve días, y haya sido o no evacuada la audiencia, resolverá en auto razonado dentro del término de los tres días siguientes, y es, hasta que se encuentra firme la resolución de la inconstitucionalidad, cuando se puede proceder a dictar sentencia en el proceso principal.

5.3.3.7 Resolución que declara la procedencia o improcedencia de la inconstitucionalidad

La especialidad del proceso constitucional es que determina la naturaleza de la sentencia que culmina los actos dirigidos al control y fiscalización de la supremacía constitucional. Al no ser contradictorio el procedimiento desarrollado, la decisión del órgano constitucional no resuelve conflictos intersubjetivos o pretensiones opuestas, y el proceso termina interpretando o integrando el derecho constitucional que fuera sometido a análisis como consecuencia del caso inconstitucional.



La particularidad de la sentencia constitucional está en que al no ser contencioso *strictu sensu*, el pronunciamiento culmina con resultados que trascienden el interés singular, permitiendo que el juez o tribunal estime doctrinariamente las razones por las cuales entiende, o no que la norma o disposición, motivo *delitis*, es constitucional o inconstitucional.

Esta característica polariza las opiniones doctrinarias que oscilan entre aceptar la naturaleza dispositiva de los fallos, o reconocer que su único efecto es meramente declarativo sin posibilidad de ejecución por sus medios.

Al respecto, sobre la sentencia constitucional, la revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, julio a diciembre del 2002, la define: "Como un acto en el cual se reúnen circunstancias políticas, realidades jurídicas y evidentes necesidades de interpretación, fundadas en la hermenéutica constitucional".⁶¹

Si se trata de resolver la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general (acción directa), que únicamente puede resolver la Corte de Constitucionalidad, es ésta la que debe emitir sentencia.

En nuestro país Guatemala, cuando se resuelve la inconstitucionalidad de una ley en caso concreto, por tener que aplicarse el sistema de jurisdicción difuso y haberse

⁶¹ Reynoso, *Op. Cit.* Pág. 111

promovido por medio de acción, excepción o incidente, así será la resolución que se emite:

En el caso de promoverse la acción de inconstitucionalidad de una ley en caso concreto, tratándose de un expediente administrativo, quedó consignado que la misma se tramita ante el tribunal contencioso administrativo, el que debe resolver mediante una sentencia.

En el evento en que la inconstitucionalidad se promueve por medio de excepción o por un incidente, la resolución que el tribunal constitucional tiene que emitir será un auto razonado, a los que la doctrina considera como sentencias interlocutorias.

Por último, y para concluir el presente capítulo, considero que es necesario, con fundamento en lo expresado en el desarrollo del presente trabajo de investigación queda demostrado, de que es necesaria la reforma del Artículo 117 del Código Procesal Penal, cuyo contenido sea la adición de un inciso, ante el reconocimiento del Artículo 5 de la misma ley, dé calidad de sujeto procesal a la víctima, a efecto de que pueda actuar activamente en el proceso penal, con todas las facultades como tales sin necesidad de constituirse en querellante adhesivo. Por lo que se hace necesario de que el abogado que patrocina los intereses de la víctima en la etapa preparatoria pueda solicitar oralmente al Juez de Primera Instancia Penal, que se permita la presencia de la víctima con todas las facultades que la ley le otorga, desde la audiencia de primera declaración y el Juez debe admitirla y reconocer a las víctimas como sujetos procesales, de lo contrario se puede accionar por medio de un incidente, planteando

una inconstitucionalidad en caso concreto, dado que la no admisión de la víctima con todas las garantías de sujeto procesal, conculca el principio de igualdad procesal ante la ley ordinaria y el de libertad de acción procesal, para que el juez se pronuncie al respecto, una vez habiendo proferido el auto respectivo, si es favorable automáticamente a la víctima se le reconoce en su calidad de sujeto procesal sin necesidad de constituirse como querellante adhesivo, si la resolución es desfavorable, se debe de apelar ante la Corte de Constitucionalidad, quién revocará el auto relacionado y como consecuencia ordenar al juez de primera instancia que proceda a otorgar el reconocimiento jurídico procesal a los hermanos de la víctima. Si fuera el caso de que el abogado no planteara la inconstitucionalidad como incidente en la etapa preparatoria, puede plantearla como excepción en la fase preparatoria o ante el tribunal de sentencia, por lo que el tribunal a quo deberá pronunciarse al respecto y si fuere favorable la resolución la víctima pasa a ser reconocida como sujeto procesal "activa", dado el caso de que la resolución fuere desfavorable, se apela la resolución aludida ante la Corte de Constitucionalidad, la que revocará la resolución del tribunal de sentencia, y como consecuencia restablecerá los derechos constitucionales de la víctima y ordenará de que se les reconozca como sujeto procesal en igualdad de condiciones de los otros sujetos procesales.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

De acuerdo a la investigación realizada por medio de entrevistas en los juzgados de femicidio y otros tribunales, se determinó, que la víctima no tiene las mismas facultades que el sindicado dentro del proceso penal, no obstante haber sido reconocidos ambos como sujetos procesales, evidenciando así una clara violación a sus derechos constitucionales, específicamente el derecho de igualdad.

En las reformas al Código Procesal Penal, mediante el Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, se le reconoce a la víctima la calidad de sujeto procesal, pero la relacionada reforma no contempló la forma en que se le debía permitir el ejercicio de las facultades como tal, es decir, que dicha disposición legal no tiene los alcances que se esperaban, porque en la práctica los jueces se encuentran limitados a lo que está plasmado en la ley y en su defecto a su discreción, porque para darle plenas facultades es necesario que el agraviado o víctima se constituya en querellante adhesivo desde el inicio de un proceso penal, ya que de lo contrario es solo un testigo o un espectador.

La voluntad política por parte de nuestros legisladores al regular la participación de la víctima en igualdad de condiciones que los demás sujetos procesales, se quedó limitada al simple reconocimiento en la ley, sin dotarle más allá de las facultades para su participación activa dentro del proceso, lo cual trae como consecuencia la culminación de procesos penales con sentencias no favorables a la víctima y/o familiares de ésta, creando un impacto negativo dentro de la sociedad.



Es necesario que los legisladores analicen la ley penal procesal, no obstante la reforma ya realizada, para facultar al agraviado o víctima de los derechos y garantías que como sujeto procesal le corresponden. Asimismo, que se profundice en el estudio del derecho procesal penal guatemalteco, anteponiendo la supremacía constitucional, de donde emana el principio constitucional el cual señala, que ante la ley procesal ordinaria todas las personas son iguales; esto significa que la víctima sí puede ejercitar acciones procesales.

El abogado debe de hacer prevalecer el estado de Derecho, ante los órganos jurisdiccionales utilizando el derecho procesal penal constitucional, como mecanismo jurídico aplicable al proceso penal guatemalteco y como garantía autónoma para que se haga justicia en casos concretos.



BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Curso básico sobre derecho procesal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Llerena, 1983.
- BERISTAIN, Antonio. **Victimología. Nueve palabras clave**. Valencia, España. Ed. Tirant la Blanch, 2000.
- BERINSTAIN, Carlos Martín. **Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos**, t. II, Bogotá, Colombia: Ed. Santo Tomás, 2008.
- BINDER, Alberto Martín. **Justicia penal y estado de derecho**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad Hoc, 2004.
- CALDERÓN MALDONADO, Carlos, Dr. Luis Alexis. **Materia de enjuiciamiento criminal**, Guatemala, Guatemala: Ed. Textos y Formas Impresas, 2002.
- CASTELLANOS, Carlos. **Derecho procesal guatemalteco. Curso de procedimientos penales**, Guatemala, Guatemala: Ed., Tipografía Nacional de Guatemala, 1941.
- CASTRO, Luis Manuel. **“Softlaw y reparaciones a víctimas de violaciones de derechos humanos: reflexiones iniciales”**, en Rodrigo Uprimny (coord.), reparaciones en Colombia: análisis y propuestas. Universidad nacional de Colombia. Bogotá, 2009.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. **Derecho mexicano de procedimientos Penales**. 6ª. ed. México D.F. México: Ed. Porrúa, 1980.
- DE AGUILAR DIAS, José. **Tratado de la responsabilidad civil**, t. I., México D.F., México: Ed. José M. Cajica JR, S.A. 1957.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. **Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema- victimología femenina: asignaturas pendientes para una nueva ciencia**. Ed. Universidad de Cádiz, España, 1994.
- DE LANDA, Fray Diego. **Relación de las cosas de Yucatán**. 2ª. ed. Mérida, Yucatán, México: Ed. Dante, S.A. de C.V., Septiembre de 2011.
- Diccionario de la Real Academia Española **Versión beta, digital. Recuperado**. (s.e.)
Consulta en línea: En sitio Web Institucional:
<http://www.rae.es> 19 de febrero de 2014 (s.e.)



FLORIÁN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, Barcelona, España: Ed. Bosch, 1934.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal introducción y parte general** 12^a. ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Abelardo Perrot , 1998.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **La defensa de la constitución de Guatemala**, Guatemala: Ed. Prensa S.A., 1983.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**, Barcelona, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**. 2^a.ed. Pamplona, España: Ed. Civitas, 1985.

GUSIS, Laura Gabriela. **Análisis del principio de persecución penal pública a la luz de una perspectiva histórico comparada. Ponencia en el Congreso Nacional sobre el rol de la víctima en el proceso penal**, ciudad de la Plata, Argentina (s.e.) llevado a cabo durante octubre de 2004

HERRARTE, Alberto. **Derecho penal El proceso penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. José de Pineda Ibarra, 1978.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Victimología**, Valencia, España: Ed. Tirant de Blanch, 1990.

LIMA, María de la Luz. **Control social en México-Tenochtitlán. Criminalística académica mexicana en ciencias penales**, México D.F., México: Ed. Porrúa, Año LII No. 1-12, Enero-Dic., 1986.

NEWMAN, Elías. **Victimología**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Universidad, 1984.

OMEBA Gara. **Enciclopedia jurídica bibliográfica**, t. XIII, Buenos Aires, Argentina: Ed., Diskrill, 1987.

PARMA. Carlos. **La víctima en el proceso penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrera. 2003.

PAR URSEN, José Mynor. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco**. 3^a. ed., Guatemala, Guatemala: Ed. Vile, 2005.

PAZ MERCEDES, De la Cuesta, Aguado. **Victimología y victimología femenina. Las carencias del sistema En: Victimología femenina: Asignaturas pendientes para una nueva ciencia**, ed. Universidad de Cádiz, España: 1994.



PÉREZ GALLARDO, Leonardo. **A propósito de la analogía en el derecho**, Revista de la facultad de ciencias jurídicas y sociales de la universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: época XIII, No. 7, julio-diciembre, 2001.

PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. 9ª. ed. México D.F., México: Ed. Época, S.A. 1997.

RUZ HERNÁNDEZ, Valeria. **El papel de la víctima en el proyecto de código y en el derecho comparado**. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago. 1999.

SENDRA, Vicente Gimeno. **Derecho procesal penal**, España, España: Ed. Colex, Constitución y Leyes S.A. 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Perspectivas sobre política criminal moderna**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abaco, 1998.

STRENSEE, Eberhard. **La Prueba Prohibida**. Publicación en la Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima Perú año II, No. 4, 1994.

SIMONI, Luis María. **La prueba y su apreciación en el proceso penal**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Policial, 1995.

SOSA CASASOLA, Rosa Delia, **Declaración Indagatoria en el Proceso Penal, guatemalteco**, Guatemala: Tesis para obtener el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas Y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1996.

SOLÉ RIERA, Jaime. **La tutela de la víctima en el proceso penal**, Barcelona. España: Ed José María Bosh, 1997.

SORIA VERDE, Miguel Ángel. (comp.) **La víctima entre la justicia y la delincuencia**. Barcelona, España: Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización. promociones y publicaciones universidades, Barcelona, (s.e.), 1993.

THOMAS JOFRÉ, José. **Manual de procedimientos (civil y penal)**, 5ª. ed. La Ley, Buenos Aires, Argentina: 1943.

VÉLEZ MANCONDE, Alfredo. **Derecho procesal penal**, Córdoba, Argentina: Ed. Lemer, 1969.

YACOBUCCI, Guillermo J. **La deslegitimación de la potestad penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abaco, 2002.

ZAMORA GRANT, José. **Derecho Victimal**, 2ª. ed. México D.F., México: 2009.



Legislación:

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

Código Procesal Penal Guatemalteco, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1994.

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

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Decreto 1-86, Asamblea Nacional Constituyente, 1989.

Ley Contra El Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra La Mujer. Decreto 22-2008, del Congreso de la República de Guatemala, 2008.

Ley de Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, 2009..

Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, 1994.

Reglamento de gestión para los juzgados y tribunales con competencia de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Acuerdo Gubernativo número 30-2010 de la corte suprema de justicia de Guatemala, 2010..

Manual del Fiscal. Ministerio Público, República de Guatemala, Administración Lic. José Amilcar Velásquez Zarate. Fiscalía General de la República de Guatemala, 2009.