

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



**OBSTÁCULOS Y LIMITACIONES QUE ENFRENTAN
LAS VÍCTIMAS EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN
CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL**

LICENCIADO

LUIS RENATO PINEDA

Guatemala, marzo de 2019

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**OBSTÁCULOS Y LIMITACIONES QUE ENFRENTAN LAS VÍCTIMAS
EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL**

TESIS

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

Por el Licenciado

LUIS RENATO PINEDA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRO EN DERECHO PENAL
(Magister Scientiae)**

Guatemala, noviembre de 2018

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIO	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr.	Hugo Roberto Jauregui
VOCAL:	M. Sc.	Erwin Iván Romero Morales

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE:	M. Sc.	César Roberto Guzmán Córdova
VOCAL:	M. Sc.	Silvia Patricia López Cárcamo
SECRETARIA:	Dra.	Sandra Marina Ciudad Real

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de los conceptos, doctrinas sustentadas y contenido de la tesis. (Artículo 5 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado.

Guatemala 10 de octubre de 2018

**DOCTOR
OVIDIO DAVID PARRA VELA
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
PRESENTE**

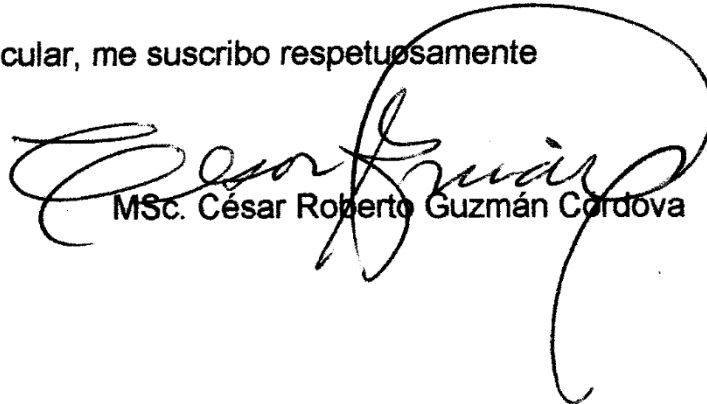
Respetuosamente me dirijo a usted, deseando que sus labores se desarrollen de conformidad con los postulados de nuestra casa de estudios, por lo que me permito efectuar las siguientes consideraciones y emitir el presente **DICTAMEN DE APROBACIÓN**:

Que de conformidad con lo establecido en el Artículo 19 del Normativo de Tesis de Maestrías y Doctorados, el día 13 de agosto del año en curso el Licenciado **LUIS RENATO PINEDA** se examinó sobre la tesis **OBSTACULOS Y LIMITACIONES QUE ENFRENTAN LAS VÍCTIMAS EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL**; concluida la defensa de dicha tesis, la terna examinadora concluyó aprobar la tesis con recomendaciones, las cuales fueron vinculantes para el sustentante; en ese contexto el Licenciado **LUIS RENATO PINEDA**, procedió a realizar las recomendaciones realizadas y luego de haberse cotejado de forma minuciosa se advierte que fueron desarrolladas con satisfacción

Por lo anterior expuesto, me permito concluir lo siguiente:

El presente trabajo de investigación llena los requisitos establecidos por el Artículo 19 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, por lo que el Licenciado **LUIS RENATO PINEDA**, me ha entregado satisfactoriamente la tesis denominada: **OBSTACULOS Y LIMITACIONES QUE ENFRENTAN LAS VÍCTIMAS EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL**, valga el presente como **DICTAMEN FAVORABLE, OTORGANDO MI PLENA APROBACIÓN**, recomendando que se prosiga con el trámite de rigor.

Sin otro particular, me suscribo respetuosamente



MSc. César Roberto Guzmán Córdova

Guatemala, enero de 2019

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

**OBSTÁCULOS Y LIMITACIONES QUE ENFRENTAN LAS VÍCTIMAS EN EL
EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL**

Esta tesis fue presentada por el **Lic. Luis Renato Pineda**, estudiante de la Maestría en Derecho Penal de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar
Revisora

Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
LICENCIADA EN LETRAS
Colegiada 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

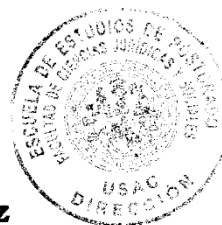
D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 21 de febrero del dos mil diecinueve.-----

En vista de que el Lic. Luis Renato Pineda aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 43-2018 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“OBSTÁCULOS Y LIMITACIONES QUE ENFRENTAN LAS VÍCTIMAS EN EL EJERCICIO DE LA ACCION CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

A DIOS: Por permitirme seguir adelante en la vida y a quien le ofrezco este nuevo logro como símbolo de mi agradecimiento por todas las bendiciones con las que he recibido a lo largo de mi existencia.

A MI FAMILIA: A mi esposa, Lupita, por apoyarme en este proyecto y compartir sus anhelos y preocupaciones junto conmigo. A mis hijos Pablo y Andrea, quienes son lo mejor que me ha ocurrido en mi vida y a quienes hoy les predico con el ejemplo lo que implica la superación personal y vocacional y que es lo mejor a lo que pueden optar en la vida. Y a mi madre por todo el apoyo incondicional que me ha brindado en todo momento. Los amo con toda mi alma.

A LOS ESTUDIANTES DE DERECHO: Para que este trabajo sea un instrumento que les contribuya y les sirva para acrecentar sus conocimientos y los apliquen en su desarrollo estudiantil y profesional.

A LA FACULTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES: En cuyas aulas adquirí los sabios conocimientos que hoy me coronan en este nuevo triunfo, aulas que son testigos de las alegrías y sin sabores que significa la preparación profesional y en las que dejo mi corazón y los buenos recuerdos.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: A mi única, irremplazable y magnífica casa de estudios, a la que le rindo los honores respectivos por su gloria y por lo que significa en la vida de cada uno de los que pasamos por su recinto. Que este título sea una pequeña muestra para contribuir a tu magnificencia. Por siempre Sancarlista.



ÍNDICE

CAPÍTULO I

I

La responsabilidad civil.....	1
1. Antecedentes históricos	1
1.1 La época de la venganza privada	2
1.2 La época de la venganza divina.....	4
1.3 La época de la venganza pública.....	5
1.4 El periodo humanitario	5
1.5 El periodo científico.....	6
2. Definición de responsabilidad civil.....	8
3. Naturaleza jurídica.....	10
4. Clasificación de la responsabilidad civil.....	11
5. Elementos de la responsabilidad civil.....	12
5.1 La antijuridicidad	13
5.2 El daño.....	13
5.3 La relación de causalidad entre el daño y el hecho	14

II

El daño	17
1. Concepto	17
2. Clasificación	19
2.1 Daño actual.....	19
2.2 Daño futuro	19
2.3 Daño eventual.....	19
2.4 Daño directo.....	20
2.5 Daño indirecto o reflejo	20
2.6 Daño justo.....	20
2.7 Daño injusto	20
2.8 Daño patrimonial.....	20



2.9	Daño moral o extrapatrimonial.....	22
3	Daño en la responsabilidad contractual.....	22
3.1	Daño compensatorio o moratorio.....	22
3.2	Daño intrínseco y daño extrínseco.....	22
3.3	Daño común y daño propio.....	22
4.	Daño en la responsabilidad extracontractual.....	23
5.	Daños en ambas responsabilidades.....	23
5.1	Daño inmediato y mediato	23
5.2	Daño previsto e imprevisto.....	23
5.3	Daño actual, futuro y eventual	24
5.4	Daño patrimonial y daño moral	24

CAPÍTULO II

I

La reparación civil <i>ex delicto</i>	27
1. .Antecedentes históricos	28
2 . Definición.....	29
3. Naturaleza jurídica.....	30
4. Diferencias existentes entre la responsabilidad ex delicto, la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad penal	34

II

La reparación dentro de la responsabilidad civil <i>ex delicto</i>.....	35
1. La reparación	35
2. Clases de reparación.....	36
2.1 La reparación de carácter natural	36
2.2 Las reparación en equivalente	38
3. Contenido de la reparación <i>ex delicto</i>	38
4. Otras formas de reparación	40
5. La reparación simbólica.....	41
6. La rehabilitación	42
7. La garantía de no repetición	42
8. Medidas de satisfacción	43



III

La reparación civil desde la perspectiva de la ciencia de la victimología	51
1. Definición de victimología	51
2. Objeto y finalidades de la victimología	52

IV

Sujetos de la responsabilidad civil	54
de las personas con legitimación pasiva responsabilidad por hecho propio	54
1. El autor	54
2. Otros partícipes	55
3. Responsabilidad por hecho ajeno	56
3.1 Responsabilidad de padres, tutores o curadores	56
3.2 Responsabilidad de los directores de colegios y maestros artesanos	59
3.3 Responsabilidad de dependientes	60

V

De las personas con legitimación activa para demandar	63
1) Damnificado directo	63
2) Damnificado indirecto	64

CAPÍTULO III

La responsabilidad civil ex delito en el marco jurídico internacional	67
--	-----------

I

Tratados internacionales relativos a la reparación civil	68
1. Reuniones preliminares	68
2. Conferencia Internacional Sobre La Indemnización De Víctimas Inocentes De Actos De Violencia	70
3. Declaración De Naciones Unidas Sobre Los Principios Fundamentales De Justicia Para Las Víctimas De Delitos Y Del Abuso Del Poder (1985)	71

II

Normativas de carácter internacional sobre la responsabilidad civil	73
1. Declaración Universal De Derechos Humanos	73



2. Estatuto De Roma De La Corte Penal Internacional	74
3. Principios Y Directrices Básicos Sobre El Derecho De Las Víctimas De Las Violaciones Manifiestas De Las Normas Internacionales De Derechos Humanos Y De Violaciones Graves Del Derecho Internacional Humanitario A Interponer Recursos Y Obtener Reparaciones	76
4. Convención Contra La Tortura Y Otros Tratos O Penas Cruelles, Inhumanos O Degradantes	81
5. Convenio 169 de la Organización Internacional Del Trabajo, Sobre Pueblos Indígenas Y Tribales En Países Independientes	82
6. Declaración De Las Naciones Unidas Sobre Derechos De Los Pueblos Indígenas	82
III	
Normativa sobre reparación a las víctimas en el derecho comparado	83
1. Ley General De Víctimas (México)	83
2. Ley De Victimias Y Restitución De Tierras (Colombia)	85
CAPÍTULO IV	
La declaratoria de la responsabilidad civil como sanción penal	91
I	
La sanción de reparación del daño como tercera vía en el Derecho Penal	93
Antecedentes Históricos	93
II	
Las teorías de la pena	95
1. La Pena Como Una Retribución	96
2. La Teoría De La Prevención Especial	96
3. La Teoría De La Prevención General	97
4. La Teoría Retributiva De La Unión	97
5. La Teoría Preventiva De La Unión	98
6. Principio De Culpabilidad	98
III	
Las medidas de seguridad	99
IV	



La reparación del daño como tercera vía del Derecho Penal.....	100
1. Características	100
2. Análisis A La Propuesta De Claus Roxin Por Parte De Pablo Galain Palermo.....	103
3. Criticas A La “Tercera Vía” Por Hans Joachim Hirsch	107
4. Critica A La Tercera Vía Por Julio Rodríguez Delgado.....	109
5. Del Principio Constitucional “No Hay Prisión Por Deuda”	115
5.1 Antecedentes históricos	116
5.2 Aspectos Doctrinarios	118
5.3 Derecho Internacional.....	120
5.4 Desde El Aspecto De Derechos Humanos	121
5.5 Jurisprudencia Internacional	122
5.6 Legislación Guatemalteca.....	125
6. Conclusiones del principio de “NO HAY PRISIÓN POR DEUDA”	129

CAPÍTULO V

I

La responsabilidad civil <i>ex delicto</i> en Guatemala.....	135
---	------------

II

La reparación civil como una garantía constitucional	137
--	-----

III

Desarrollo histórico de la responsabilidad civil <i>ex delicto</i>	138
---	------------

1.1 Código Penal –Decreto 17-73 Del Congreso De La República-	138
---	-----

1.2 Código Civil - Decreto Ley 106-.....	140
--	-----

1.3 Código Procesal Penal -Decreto 52-73 Del Congreso De La República- (Derogado).....	141
---	-----

1.4 Código Procesal Penal – Decreto 52-92 Del Congreso De La República-	148
---	-----

IV

La reparación digna	157
----------------------------------	------------

1. Concepto	158
-------------------	-----

2. Características	158
--------------------------	-----

3. Naturaleza Jurídica.....	159
-----------------------------	-----

4. Contenido De La Reparación Digna.....	160
--	-----



5. De Las Reglas Para El Ejercicio De La Reparación Digna.....	161
5.1 La acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria	162
5.2 En la audiencia de reparación se deberá acreditar el monto de la indemnización, la restitución y, en su caso, los daños y perjuicios conforme las reglas probatorias	163
5.3 Con la decisión de reparación y la previamente relatada responsabilidad penal y pena, se integra la sentencia escrita	163
5.4 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.....	164
5.5 La declaración de responsabilidad será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme	165
5.6 Si La acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado ejercerla en la vía civil	165
6. Crítica Al Marco Legal De La Reparación Digna	165

V

La reparación civil dentro de los procedimientos específicos y juicio de faltas.168

1. El procedimiento abreviado y sus modalidades	168
2. Juicio Por Delito De Acción Privada	169
3. Juicio Por Faltas	170

VI

Métodos alternos para reparar el daño civil ex delito (medidas desjudicializadoras).....171

1. Métodos alternos de resolución de conflictos penales	172
a. El Criterio De Oportunidad	172
b. La Conciliación	173
c. La Mediación.....	174
Diferencias De La Mediación Y Conciliación	174
d. La Conversión	175
e. La Suspensión Condicional De La Persecución Penal.....	176



VII

La reparación civil dentro del Código Penal.....	178
---	------------

VIII

Casos en que la reparación civil se debe de gestionar ante los juzgados de orden civil	183
---	------------

IX

La reparación civil dentro del Código Procesal Penal.....	185
1. Principios Procesales	185
1.1 Principio De Accesoriedad	185
1.2 Principio De Alternabilidad	187
2. Elementos Personales	189

X

Normas penales especiales que se refieren a la responsabilidad civil <i>ex delicto</i> .	191
1. Ley Contra La Narcoactividad	191
2. Ley De Protección Integral De La Niñez Y La Adolescencia	192
3. Ley Contra El Femicidio Y Otras Formas De Violencia Contra La Mujer.....	194
4. Ley Forestal -Decreto 101-96 Del Congreso De La República –.....	195
5. Ley Contra La Violencia Sexual, Explotación Y Trata De Personas.....	195

XI

La reparación civil dentro de la Ley de Femicidio y otras forma de Violencia contra la Mujer.....	197
1. De La Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer.	198
2. La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer	200
3. Ley Contra El Femicidio Y Otras Formas De Violencia Contra La Mujer.....	202

XII

La acción civil reparadora en la práctica forense en los delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer	204
--	------------



XIII

De la ejecución de las sentencias de reparación civil	210
--	------------

CAPÍTULO VI

Obstáculos y limitaciones que enfrentan las víctimas en el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal.....	213
---	-----

I

De la confusión que puede generar la normativa referente a la reparación digna	214
--	-----

II

De los obstáculos y limitaciones a las que se enfrenta la víctima en la obtención de la reparación civil.....	216
1. Insolvencia de la víctima, ignorancia e irrelevancia	217
2. La falta de apoyo institucional de brindar las herramientas a la víctima de un delito, para garantizarle que pueda demostrar el daño y perjuicio causados	218
3. La falta de efectividad de la sentencia que ordena restitución del daño causado por el delito.....	219

III

La necesidad de redefinir la acción civil reparadora	222
---	------------

CONCLUSIONES	233
---------------------------	------------

Anexo

Cuadro comparativo de los códigos procesales penales vigentes y derogados	237
---	-----

REFERENCIAS.....	241
------------------	-----



INTRODUCCIÓN



El tema de la reparación civil derivada de la comisión de un delito reviste una gran importancia dentro del ejercicio de la acción penal, pues, además de que se busca sancionar por parte del Estado un acto calificado como delito, también se busca que a la víctima del hecho punible le sea restaurada la situación anterior a la comisión del mismo.

Esta necesidad de reparar los daños cometidos por el delito que le corresponde al Estado proviene del deber tiene este frente a la sociedad de garantizar la protección del individuo, así como el de brindar la seguridad que por mandato constitucional le es exigible. Es claro, que materialmente es imposible que esos derechos individuales que la Constitución Política de la República les otorga a las personas sean constantes e infranqueables, pues es natural que el Estado no tenga todas las herramientas para brindar esa protección y seguridad que en determinado momento se ve afectada.

Así mismo, también es impensable considerar que el Estado cuenta con los recursos económicos y de infraestructura para poder dar esa protección y de restaurar esos derechos individuales cuando estos son vulnerados por la comisión de un delito y es por ello, que ante esa imposibilidad de poder compensar esa deficiencia, debe al menos proporcionar las herramientas necesarias para que cada persona afectada por los efectos de un delito pueda restaurar sus derechos de la mejor manera posible.

Las herramientas a las que se ha hecho alusión, se encuentran contenidas en diversas normas ordinarias, como lo es el Código Civil, Código Penal, Código Procesal Penal y normas penales especiales, en las cuales se han establecido las clases de reparación y los procedimientos para poder ejercer ese derecho y ejecutar el mismo. Y es esta parte la que es sujeta de investigación en este trabajo, que permitirá al lector, establecer la eficiencia de esas normas para que el agraviado de un delito pueda reclamar a su ofensor, los derechos civiles vulnerados por la comisión de un delito.



Dentro del contenido de esta obra se ha hecho una retrospectiva histórica de los orígenes de la responsabilidad civil en el cual se ha encontrado la forma más pura y eficaz de la reparación del daño, el cual conforme fue evolucionando se fue desnaturalizando su finalidad, especialmente cuando el control de la sociedad lo tomó el Estado, quien en lugar de procurar reparar el daño causado, se enfocó en castigar a la persona que delinquía de una manera desproporcionada, lo que hizo que los grandes pensadores, en la fase de humanización del Derecho Penal, se desatendieran de la víctima y se preocuparan por el delincuente con el fin de restituirlos a la sociedad y los castigos que se aplicaban.

Dentro de este aspecto doctrinal también se hace referencia a la reparación civil ex delicto, figura jurídica que tiene sus propios enunciados y principios, los cuales no han sido separados de la responsabilidad civil, al menos dentro de la legislación guatemalteca pues mezcla su ejercicio dentro del procedimiento penal, pero la ejecución del derecho otorgado a ese respecto se remite a un órgano jurisdiccional de orden civil, lo cual genera incertidumbre en quienes ejercen ese derecho y en los abogados, pues no se les permite diferenciar esa línea que divide a esas dos tipos de responsabilidad civil.

Debido a que la legislación guatemalteca no está aislada del contexto mundial, también se ha hecho un esfuerzo por identificar los tratados internacionales que se han enfocado en la víctima y la restitución de sus derechos que han sido vulnerados por la comisión de actos violentos o delitos, sea propia la actitud del Estado o bien de personas particulares. Y es particularmente gratificante que en el ámbito internacional se ha buscado que la víctima sea objeto de un trato digno que le permita todo tipo de acción para recobrar los derechos vulnerados, obligando a los Estados a que cumplan con la protección a que está compelida a cumplir en función de los derechos humanos de la población que forma parte de su territorio.

Pero, lo más importante del Derecho Internacional sobre esta materia es que, nuestro país, actualmente, cumple con las expectativas impuestas por los tratados y convenios internacionales de los cuales es parte y, en específico, lo relativo a la



responsabilidad civil y la forma de reparación nacida de los delitos. Además de que se ha citado una normativa referente específicamente a la víctima y la forma de reparación su derecho afectado, así como las clases de reparación a las que puede acceder que tienen una propuesta que se podría adoptar para generar los fondos con los cuales se puede poner a funcionar un proyecto de apoyo a la víctima.

Como parte de la solución que pretende resolver las deficiencias del ejercicio de la reparación civil y su efectividad, se ha hecho alusión a la propuesta hecha por el tratadista Claus Roxin, quien ha ofrecido como alternativa de solución al conflicto penal y de la restitución del derecho de la víctima, una solución integral, que es la reparación civil como tercera vía del Derecho Penal, es decir, que la reparación civil constituya una sanción penal que a la vez restituya sus derechos afectados por la comisión de un delito. Aunada a esta propuesta, se ha desarrollado además las críticas vertidas sobre este proyecto, estableciendo sus ventajas y desventajas de las cuales destaca la vulneración del principio constitucional: “por deuda no hay prisión”.

Este principio constitucional, celosamente protegido dentro de nuestro ámbito, fue desarrollado desde sus aspectos históricos, doctrinarios, derechos humanos, legislación comparada y nuestro propio derecho, el cual permitirá al interlocutor poder sacar sus conclusiones propias con base a aspectos sólidamente establecidos sobre la afectación de este principio constitucional.

Por último, se ha hecho un análisis histórico de la reparación civil en la República de Guatemala, desde el punto de vista legal, sobre las normas que regulan lo referente a la responsabilidad civil nacida del delito, en el cual se puede establecer la gama de normas que refieren a los derechos de la víctima a la reparación civil, sus deficiencias, avances y retrocesos que dejará en quien los lea una percepción de un sacrificio de lo formal por lo efectivo, pues tendrá la oportunidad de verificar en un aspecto comparativo de los códigos vigentes y derogados los beneficios y tropiezos que se tiene al ejercer este tipo de derecho y si realmente cumple con las expectativas internacionales y constitucionales que le afectan.

Este análisis ha permitido que se haga una propuesta de una mejora en las leyes enfocadas a la reparación civil, tanto para su ejercicio como para lograr la efectiva ejecución del derecho que se otorgue al respecto y que culmina con una serie de conclusiones que demuestran la hipótesis planteada.





CAPÍTULO I

I

La responsabilidad civil

1. Antecedentes históricos

Los orígenes de la responsabilidad civil, que son los mismos del Derecho Penal, se remontan a los orígenes de la sociedad, en la cual los seres humanos en el ánimo de convivencia, fueron adoptando actitudes frente a los abusos de sus miembros. En ese momento, no existía diferenciación entre delito y responsabilidad civil y conforme la sociedad se fue afianzando y evolucionando, fueron dándose diversas etapas en las que el delito y la responsabilidad civil, se fueron separando.

A ese respecto, el tratadista Jorge Bustamante Alsina señala que una visión histórica del fenómeno jurídico de la responsabilidad civil nos remonta al origen mismo del derecho (...) que en las primitivas comunidades todo daño causado a la persona o bienes despertaba en la víctima el instinto de venganza, como producto de una respuesta del instinto natural de devolver el mal por el mal que había sufrido¹. Es decir que, la víctima se dejaba llevar por la pasión, en donde perdía la visión de la culpabilidad, por lo que interesaba más el castigo del ofensor para satisfacer el espíritu de venganza de la víctima, en donde el mal se paga con el mal, a lo que en la actualidad se conoce como la “Ley del Talió”, y en la historia, como el periodo de la venganza privada.

Señala que, en una época posterior, la pasión humana se modera y la víctima del daño tiene derecho a la venganza, pero también puede perdonar mediante a la entrega de una suma de dinero libremente consentida por parte del ofensor, a lo que se le denominó la época de la composición voluntaria. Luego menciona una siguiente fase, en la cual la autoridad se afirma e institucionaliza el sistema de composición haciéndola

¹ J. Bustamante Alsina. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 8ª edición ampliada y actualizada. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo- Perrot. 1993. Págs. 23 y ss.

obligatoria para asegurar la tranquilidad pública. En esta fase el Estado no solamente va a fijar las composiciones, sino también va a intervenir en el castigo de los culpables.



En ese sentido, el autor cita a Monier, para quien es imposible admitir que la noción moderna de obligación haya nacido del hecho de haberse cometido un delito, pues este hace nacer primitivamente un derecho a la venganza privada o a la toma de posesión de la persona física del culpable, sin crear simultáneamente la facultad para el delincuente de librarse cumpliendo una prestación en provecho de la víctima.

Los momentos históricos antes descritos constituyen no solamente el inicio del Derecho Penal, sino también del de la responsabilidad civil y se va dando en etapas, según la evolución de la sociedad, las cuales se desarrollan de manera más amplia a continuación.

Conforme el tratadista Cuello Calón, la evolución de las ideas penales se dividen en:

- 1) La época de la venganza privada.
- 2) La época de la venganza divina.
- 3) La época de la venganza pública.
- 4) La humanización del Derecho Penal.
- 5) La época científica del Derecho Penal.

1.1 La época de la venganza privada

Primitivamente, el daño causado a una persona generaba el instinto de venganza del afectado, como una reacción natural innata, con la cual este tomaba la justicia por su propia mano. Con este tipo de “justicia” antigua, la responsabilidad como tal, estaba normada conforme el propio criterio de la persona que ejercía su venganza, la cual incluso podía ser sobredimensionada, porque acá no predominaba la ley, sino el sentimiento de enojo, humillación u ofuscación de quien recibía el daño, por ejemplo, el robo de una res podía generar la muerte del agresor. Otro aspecto importante que hay



que destacar en esta época, es que la venganza, en determinados casos no buscaba la reparación del mismo, sino que buscaba el castigo a dicho mal, lo cual puede considerarse a la venganza como la retribución al daño causado. (Cuello Calón, 1989 p. 58 y ss).

Uno de los problemas que se generó en este tipo de represión del mal, es cuando la persona que ejercía la venganza, no medía consecuencias y en su deseo de hacer valer su derecho daba lugar a que no estableciera las causas por las cuales el daño ha sido causado, ni quien lo cometía, puesto que el daño podría haber sido de manera accidental y no intencional, pero indistintamente de eso, el mismo se hacía castigar y podía recaer el castigo en persona distinta al hechor. Por ser el daño cometido dentro de un conglomerado social, el vengador a veces no actuaba solo, sino que también recibía el apoyo tanto moral como participativo de su comunidad en los actos propios de la venganza, actitudes que pudo haber generados actos de venganza continuos y multitudinarios, de unos contra otros, por considerar que el castigo ejercido no era el adecuado o que era injusto en la persona recaída.

Como se podrá deducir, de este tipo de venganza, no existe una intervención pública o estatal, sino esta es de ámbito privado y es por ello que se le define como la época de la venganza privada. Derivado de esta forma primitiva de justicia, nace la *Lex Talionis* –Ley del Talió, al que ya fue abordada anteriormente-, que en términos *vox populi* significa: “ojo por ojo, diente por diente”, como primer límite a la venganza, porque esta ley señalaba que la pena debía ser proporcional al daño causado.

Otra forma que limitó la venganza privada y que nace de la evolución de la sociedad, fue una figura llamada: “la composición”, como una manera de moderar el instinto salvaje que prevaleció en la época de la venganza privada. Esta consistió en que la víctima del daño, podía “vengarse” por medio de la retribución que le debía de hacer el ofensor, mediante la entrega de bienes de una manera consensuada, acordándose el monto de la pena. Para este caso, el tratadista Jorge Bustamante Alsina ya citado, señala que cuando las organizaciones políticas se consolidaron y la autoridad

se afirmó, se ve la necesidad de institucionalizar el sistema de las *composiciones* haciéndola obligatoria para asegurar la tranquilidad pública.



Bajo esta figura, el Estado fijó para cada delito una cierta cantidad de dinero que el ofendido debe de aceptar y el ofensor está obligado a pagar. Un ejemplo de ello, es la *Ley de las doce tablas*, de origen romano, que muestra una transición de la composición voluntaria a la legal. Dicha ley era una mezcla de venganza privada y pública dependiendo de las circunstancias del daño causado. El autor en cita señala que si el robo es flagrante, la composición aún es voluntaria, y es legal para el robo no flagrante. Advierte también en lo relativo en los casos más graves, en los que la víctima puede todavía satisfacer su venganza si no hay arreglo en cuanto al monto de la composición. La Ley de las Doce Tablas reglamentó, a su vez, el derecho público y el derecho privado y los romanos la consideraron como la fuente de su propio derecho.

Posteriormente, nació “*La ley de Aquilia*”, debido a que la ley de las doce tablas, no regulaba ciertas actitudes que al final si causaban daños a los bienes ajenos y para remediar dichas deficiencias se dictó un plebiscito propuesto por el tribunal de “*Aquilius*”. Esta ley se instituyó contra el autor de ciertos daños, que se ejercía por el procedimiento de la “*manus injectio*” en la época de las acciones de la ley. Esta acción tenía por objeto que el monto del perjuicio era calculado sobre el más alto valor que la cosa destruida o deteriorada había tenido en el año o mes que había precedido el delito (Cuello Calón, 1980 p. 58 y ss).

1.2 La poca de la venganza divina

Siguiendo el orden señalado, en esta época, la represión penal tiene por finalidad el aplacamiento de la divinidad ofendida por el delito. La justicia criminal se ejercita en nombre de Dios, los jueces juzgan en su nombre y las penas impuestas es para que el delincuente expíe su delito y la divinidad deponga su cólera. Este es, según el autor

Cuello Calón, el espíritu del Derecho Penal de los antiquísimos pueblos además de Israel, de la India, Persia, Egipto y China.



1.3 La época de la venganza pública

Luego de que el Estado se fue posicionando, este se hace cargo de imponer la composición y de sancionar el delito, este se fortalece y derivado de ello nace el poder público, que ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de los individuos que han sido afectados por la comisión de un delito, la cual tiene lugar durante los siglos XV y XVIII. Sin embargo, en palabras de Cuello Calón, la represión penal, se volvió en una verdadera venganza pública que llegó a excesos, caracterizándose por la aplicación de penas inhumanas y totalmente desproporcionadas con relación al daño causado y sin un proceso legal para determinar la responsabilidad del delincuente.

Las penas se tornaron crueles, inhumanas y hasta las penas las heredaban los descendientes del castigado, debido al abuso de las personas que detentaban el poder, incluso se imponían penas no previstas en la ley o castigar por delitos inexistentes. La iglesia tuvo una participación activa dentro de este periodo, de venganza pública y fue denominada “la santa inquisición” en la cual la justicia penal se ejerce en el nombre de Dios y las penas se imponían para que el delincuente expíe su delito. Es casi seguro que en esta época, la víctima directa del delito, ya habría sido relegada de su derecho a la reparación civil y la autoridad pública se encargaba de hacer justicia y de apropiarse de los bienes del delincuente, disfrazadas de penas pecuniarias y no sería de extrañar que la gente tuviera que comprar con dinero su indulto (Cuello Calón, 1980).

1.4 El periodo humanitario

Ante los atropellos y abusos que fue objeto el delincuente en la época de venganza pública, nace un movimiento a favor de la humanización, que comienza a

ESCUOLA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ACADEMIA CAROLINA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA

En la actualidad, los estudiosos, tales como el Conde de Montesquieu y Juan Jacobo Roseau y en especial el italiano Cesar Beccaria quien escribió su obra llamada *Del delito y las penas*, entre otros, centraron su atención en que los abusos y crueldad con que actuaba la iglesia y el Estado se humanizaran y abogaron por que se atenuaran las sanciones, por la legalidad de las penas y por la protección del acusado mediante garantías procesales. Para ese momento la víctima del delito ya había perdido su lugar preponderante, en lo referente a la reparación del daño causado, debido a que la atención se centró en los abusos de poder frente al delincuente, que pasó de ofensor a víctima.

Un evento histórico que vino a favorecer el movimiento iluminista, fue la “Revolución Francesa” la cual acogió un buen número de los postulados del autor italiano en la Declaración de los Derechos del Hombre y en sus códigos penales y que tanto han contribuido a la formación del Derecho Penal europeo. Este periodo también influyó en el sistema penitenciario, pues en Inglaterra, un sheriff y filántropo, de nombre Howard, movido por su sentimiento humanista para los encarcelados, le movió a publicar un libro llamado “Estados de las Prisiones en Inglaterra y Gales”, en el que expuso un sistema completo para el tratamiento de los reos por medio de la religión, por el trabajo, por la separación individual y por un régimen higiénico y alimenticio humano (Cuello Calón, 1980).

1.4 El periodo científico

Y por último, en el periodo científico, que consiste en la transformación del Derecho Penal como una disciplina independiente, por la injerencia de la ciencia – biología criminal, sociología, etc...- que forman parte de la criminología, le dio un nuevo matiz al Derecho Penal, que tuvo como finalidad el estudio del delito y del delincuente. En esta época, se dejó de considerar al delito como una entidad jurídica inscrita en el código, para pasar apreciarlo como un fenómeno social y una manifestación de la personalidad del delincuente.



De esta manera se ha desplazado por completo, el criterio de la reprobación antes estrictamente basada en la apreciación del hecho punible, hoy además del delito se toman muy en cuenta las condiciones personales del reo. Considera que la pena, en esta época, no tiene un fin puramente retributivo, sin un fin de prevención del delito que se realiza con medios de corrección, de intimidación o de eliminación. En este periodo, se reputó necesaria la adaptación de la pena a la persona del delincuente, lo cual presupone el conocimiento del penado basado en su estudio biológico, psicológico y social y junto a estas nacen también las llamadas “medidas de seguridad” como medio de lucha contra el delito (Cuello Calón, 1980).

La historia nos demuestra entonces que el origen de la responsabilidad civil y el Derecho Penal, tienen un factor común y a diferencia de los autores antes citados, proviene del daño, que dependiendo su magnitud y procedencia, se constituía en delito o solo responsabilidad civil. Esta separación, en la época de la venganza privada, no existía, porque el daño era considerado como ofensa y eso debía ser retribuido con la venganza. Es en la época de la venganza pública, en la que se hace la diferenciación entre responsabilidad civil y delito, porque el Estado sustituye a la víctima en los actos de venganza y la vuelve pública y es en este momento en que el concepto de responsabilidad se divide en dos en responsabilidad penal que persigue el castigo del delito y civil que busca la reparación o el resarcimiento.

A la reparación civil se le ha reconocido su origen en la antigüedad en su manifestación más primitiva a la que se le denominó: “época de la venganza privada” y que se perfeccionó con la implementación de normas que evitaron el abuso de esta figura, tales como *La ley de las doce tablas* y *La Ley del Talión*, cuando ya fue constituida la “época de la venganza pública” que era ejecutada por el Estado. A pesar de su antigüedad, esta última época señalada, constituye la forma más perfecta de restitución del daño, puesto que no solo se consideraba a la víctima para la restitución del orden social afectado, sino que el mismo se restituía en la justa medida que había sido afectado y por último, constituía la solución al conflicto dado.



Hasta antes de que el Estado tomara el control de la sancionar los delitos la víctima de un ilícito, gozaba del derecho primordial de exigir que el daño causado fuera reparado, pero es evidente que con el transcurrir del tiempo, ese derecho fue relegado a un segundo plano y el inicio de la pérdida de la importancia de la víctima y su derecho a ser resarcido del daño, dentro del sistema penal. Hasta antes de entrar al período humanitario y científico, la retribución penal pasó a enfocarse en el delincuente y en las penas a imponerle, antes que a la restitución de los daños sufridos por la víctima del delito, quien se tuvo que conformar con la sanción penal en lugar de que se le restituyera el daño.

De esa manera, es importante retomar la responsabilidad civil a sus orígenes históricos y rediseñarla a su finalidad primitiva, agregándole por supuesto, todos los elementos evolutivos que ha tenido al respecto, con el fin de que el Derecho Penal se preocupe por la efectividad de la responsabilidad civil derivada del delito y no solo se preocupe de la sanción del delito y la rehabilitación del delincuente e incluso, que la propia reparación civil, en determinados casos, pueda sustituir a la sanción penal, es decir, que ésta sea la sanción al delito.

2. Definición de responsabilidad civil

Encontrar una definición consensuada de responsabilidad civil, es difícil, por las diversas apreciaciones que diversos estudiosos señalan. La responsabilidad civil generalmente es definida por la Real Academia Española, como una obligación de reparar los daños y perjuicios causados a alguien por el incumplimiento de un contrato o una acción perjudicial cometida por uno mismo, por una persona que depende de otra o por alguien que se tiene bajo custodia². En incluso, al inmiscuirse en el campo jurídico señala que es una obligación de dar satisfacción y reparar por los daños de las propias acciones. Así mismo, la autora Maribel Goldstein señala que la responsabilidad civil es: “Obligación de reparar las consecuencias de un hecho dañoso”³.

² Larousse. *El Pequeño Larousse Ilustrado*. 17ª Edición Conmemorativa. PAÍS Ediciones Larousse. 2010. Pág. 883

³ M. Goldstein. *Consultor magno diccionario jurídico*. Buenos Aires. Circulo latino austral. 2008. Pág. 494



Por su parte el tratadista Manuel Ossorio señala que varios autores indican que no se debe de confundir obligación con responsabilidad, porque son dos cosas distintas y diferenciadas. Señala que en la obligación se ofrecen dos elementos que son la deuda, entendida como deber y por la otra la responsabilidad, en la cual la primera lleva una relación jurídica válida aunque no pueda ser exigible, mientras que la segunda conlleva la posibilidad de exigir al deudor el cumplimiento de la obligación⁴.

Este criterio, es señalado por el doctor Vladimir Aguilar Guerra, quien indica que en la obligación hay dos elementos, uno que es la deuda que indica el deber de realizar una prestación y la otra que es la responsabilidad que es la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor (Osman, 2005 pág 65). Bajo esa óptica, el autor Manuel Ossorio, ya citado, trata de indicar que la responsabilidad no es un elemento autónomo, sino que es una parte integrante de la obligación y concluye definiendo a la responsabilidad Civil, como a: “Aquella que lleva consigo el resarcimiento de los daños causados y de los perjuicios provocados por uno mismo o tercero por el que debe de responderse”.

Para poder establecer una posición respecto de lo que significa responsabilidad civil, conviene citar la definición que nos brinda Bustamante Alsina, quien en su obra *Teoría general de la responsabilidad civil*, quien previo a dar la definición explica que la persona tiene el deber de responder o dar cuenta de sus actos. Y señala que la alteración unilateral de las circunstancias que forman en el entorno de los demás, pueden ser favorables, pero cuando esa alteración constituye una violación de un deber moral o jurídico y menoscaba el interés ajeno, entonces la moral y el derecho señalan cual es la respuesta a esa transgresión que requiere el ofendido y esa respuesta constituye la sanción adecuada a ese proceder. El autor debe responder entonces de su acto lesivo cumpliendo la sanción que le viene impuesta consecuentemente⁵.

⁴ M. Ossorio y Florit. *Diccionario de ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliastira S.R.L. 1987. Pág. 643

⁵ J. Bustamante Alsina. Ob. Cit. Pág. 68



Con ello marca una diferencia entre deber y responsabilidad, porque el sujeto está constreñido a ajustar su conducta a la específica regulación que le impone una sanción en caso de violarla. Y a la responsabilidad, el individuo está sujeto a la sanción prevista por haber violado el deber impuesto en la norma, afirmación dada al citar a Giorgio del Vecchio.

Luego cita a López Olaciregui, quien hace el planteamiento de que la responsabilidad se compone de tres presupuestos a) un acto de un individuo; b) un deber; y c) una infracción. Y agrega que cuando un acto no se ajusta a su deber, el individuo incurre en responsabilidad, quien por último concluye que en sentido estricto, responsabilidad se refiere a los actos que por haber causado daño patrimonial determinan una indemnización.

En ese orden de ideas, concluye – Bustamante Alsina – que la responsabilidad consiste en la inejecución del deber jurídico y que coloca al infractor en la situación de dar respuesta por su acto unilateral de carácter lesivo, y termina definiendo a la responsabilidad civil como: “El deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado” y agrega que el acto lesivo constituye la fuente de una obligación nueva y en otras veces el acto lesivo aparece como consecuencia de una lesión anterior.”

3. Naturaleza jurídica

El tratadista Francisco Muñoz Conde señala que la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil incluye una serie de obligaciones de carácter civil, que en nada o en poco se relaciona con la responsabilidad penal y para lo cual señala características que así lo confirman, al separarla de la responsabilidad penal, entre las cuales se encuentran las siguientes

- a) En la responsabilidad civil no rige el principio de personalidad propio de la pena, es decir, que no extingue al desaparecer la persona obligada, como en la responsabilidad penal, que se extingue con la muerte del reo.



- b) Que la responsabilidad civil derivada del delito, se extingue como las obligaciones civiles.
- c) En la responsabilidad civil derivada del delito, no se establece de manera proporcional a la gravedad del delito, sino a los efectos producidos por el mismo, por lo que se demuestra la autonomía de la responsabilidad civil, frente a la penal.
- d) Que la responsabilidad civil es renunciable por quien tenga derecho a ejercerla.
- e) Que la responsabilidad civil es transmisible a los herederos del responsable.

Es su carácter autónomo del objeto de la responsabilidad lo que marca su naturaleza civil, porque su fin, busca una reparación de un daño y subsiste indistintamente si la infracción es imputable al actor⁶.

4. Clasificación de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil, según, el tratadista Bustamante Alsina se ha dividido en dos:

- a) Responsabilidad contractual.
- b) Extracontractual, también conocida como delictual o aquilina (Bustamante Alsina, 1993 pág. 81).

a) La responsabilidad contractual

Es aquella que deviene de la infracción de alguna obligación contraída voluntariamente a la que se sujetó el infractor y que se comprometió a cumplir previamente, cuya voluntad que quedó plasmada en un contrato. Este tipo de obligación se relaciona con un deber específico y determinado, asumido contractualmente.

⁶ F. Muñoz Conde y M. García Arán. *Derecho penal*. Parte General. 6ª Edición. Valencia 1996. Pág. 617 y ss.



b) La responsabilidad extracontractual

Mientras que la responsabilidad extracontractual – que significa fuera del contrato – es aquella obligación preexistente y que consiste en la violación de un deber genérico plasmado en una ley. Este tipo de responsabilidad también se subdivide en:

- i. **Penal:** Que es aquella responsabilidad que es resultado de un delito, también conocida como responsabilidad ex delito.
- ii. **Cuasi delictual o culposa:** Que es aquella responsabilidad penal, realizada sin intención, es decir en aquellos delitos culposos.

Es decir, en la responsabilidad extracontractual, no precisamente tiene que ser una norma penal la infringida, sino puede ser una norma de carácter civil, mercantil o administrativa la que se infringe, por lo que cuando un acto es realizado con infracción a una norma penal, entonces es denominada ex delito o cuasi delictual, dependiendo si existe dolo o no en la animosidad del infractor.

5. Elementos de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil, sea esta contractual o extracontractual, conlleva una finalidad, y es que el daño debe ser reparado, consistente en la restitución a la víctima de su estado patrimonial antes de la infracción y además converge en que el autor del daño ha incurrido en una actitud antijurídica, es decir contraria al derecho.

En palabras del tratadista Bustamante Alsina, los elementos comunes de la responsabilidad contractual y extracontractual, son los siguientes (Bustamante Alsina, 1993 pág. 106)

- 1º. La antijuridicidad;
- 2º. El daño;



- 3º. La relación de causalidad entre el daño y el hecho; y
- 4º. Los factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad.

Y por cada uno de estos elementos señala:

5.1 La antijuridicidad

Para el auto en cita, la antijuridicidad es sinónimo de ilicitud, en el entendido de que un acto ilícito en sí, constituye una infracción a la ley que causa daño a otro y que obliga a la reparación de quien resulte responsable en virtud de la imputación o atribución legal del perjuicio

Por su parte, para el tratadista Francisco Muñoz Conde, la antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico y deduce conforme a la práctica, que la función del juicio de ésta se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir, la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación. Conforme esta definición, debe de comprenderse la antijuridicidad como lo que es contrario a la ley, es decir, que es la realización de un hecho que va contra una actitud que el derecho pretende evitar.

Lo que hace complejo a este elemento es que para su determinación hay que hacer un juicio de valor, porque a pesar de que una actitud humana pueda ser contrario a una norma prohibitiva, la misma no puede considerarse como tal, si existen circunstancias en que dicho acto contrario a derecho sea permitido, como lo sería ejecutar un acto ilícito para evitar otro más gravoso (Muñoz Conde, 1996 pág. 303 y ss).

5.2 El daño

Sin precisar una definición sobre el daño, solamente se hará énfasis en que desde un aspecto patrimonial, corporal o moral, el daño es una lesión que recae sobre



la esfera del patrimonio de una persona, su humanidad o en su honor que conlleva en determinadas circunstancias una sanción de carácter económico o de otra especie. Este daño, que debe de ser injustificado, aparece una responsabilidad civil, que contiene la obligación del responsable de restituirlo a su estado anterior, ya sea mediante la restitución, reparación o indemnización, según sea el caso. Bajo este parámetro, el daño es un elemento necesario para que exista la responsabilidad civil, porque si la lesión no existe, entonces no hay obligación de reparar en absoluto.

El tratadista Bustamante Alsina señala que el daño debe ser injusto, porque hay daños que no entrañan la obligación de reparar cuando está justificado, tal sería el caso de la inimputabilidad, como lo es el caso de los menores de edad o incapaces, sin menoscabo de que la responsabilidad recaiga sobre los terceros a cargos de los inimputables. Otro causa de daño justificado, es el contenido en la inculpabilidad, que se da cuando el sujeto causa el daño, actúa bajo una creencia errónea o por violencia, es decir cuando hay vicio de voluntad o cuando se da por actos externos a la voluntad del sujeto, como lo es un acto fortuito o de fuerza mayor y por último cuando el daño es causado por un hecho justificado por la ley – estado de necesidad o legítima defensa - o consentimiento de la víctima⁷.

5.3 La relación de causalidad entre el daño y el hecho

Siguiendo la posición del mismo autor en referencia, al afectado por un daño, le corresponde probar el mismo y la cuantía de los mismos, pero, no basta esa circunstancia, sino también se debe probar una relación causal adecuada con el hecho de la persona. La relación causal consiste en la vinculación del hecho realizado con el daño causado, para así poder determinar la responsabilidad civil. La causa en sí debe de ser efecto del daño. Respecto a la relación causal que debe de existir, se han creado diversas teorías citadas por Bustamante Alsina en su obra *Teoría General de la Responsabilidad Civil* que pretenden explicarla y determinarla, para lo cual se hará una breve reseña de algunas de ellas

⁷ J. Bustamante Alsina. Ob. Cit. Pág. 156 y ss.



- **Teoría de la equivalencia de las condiciones:** esta teoría se refiere a que la causa de un resultado es la suma total de las condiciones positivas y negativas tomadas en conjunto que concurren a producirlo. En el ámbito penal, conforme la doctrina alemana, esta teoría conocida como *condictio sine qua non*, aplicaba el mismo sentido, pero agregó que la falta de alguna de esas condiciones, el resultado no se daba. Esta teoría se critica porque ha conducido a soluciones inaceptables toda vez que cada individuo que puso “una” de las condiciones debía de responder de “todo” el resultado Porque cada condición era en sí causa del resultado, fundamentada en que sin esa participación el resultado no se hubiera producido.
- **Teoría de la causa próxima:** esta teoría, denomina causa, solamente a aquella de las diversas condiciones necesarias para un resultado que se halla temporalmente más próxima a este y que las otras son simplemente condiciones. Esta teoría con auge en Inglaterra fue criticada por Orgaz, - autor ya citado - en el sentido de que no siempre la condición última es la verdadera causante de un daño.
- **Teoría de la causa adecuada:** esta teoría señala que no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. E indica que la causa, es aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado y que las demás condiciones que no producen normal y regularmente este efecto, son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes. Para establecer cuál es la causa de un daño, es necesario formular un juicio o probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un resultado, y ese juicio de probabilidad se hace en función de lo que una persona hubiere podido prever como resultado de su acto.

El nexo causal falta o se interrumpe todas las veces que el daño es resultado de una causa ajena. O sea, cuando la causa del resultado es un acontecimiento extraño al

hecho del demandado, y este acontecimiento extraño puede ser a) La culpa de la víctima, que se refiere a que el acontecimiento puede ser la culpa de la víctima; b) Por un tercero, que señala que daño es causado por una persona ajena a la relación que se trate; y c) Caso fortuito, que se produce por efecto de un hecho fortuito, no imputable a nadie, tal y como lo es una catástrofe.



➤ **Los factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad**

El factor de imputabilidad a que se hace referencia, es la culpabilidad que constituye el fundamento general de la responsabilidad. La culpa, que en un sentido amplio es entendida como una falta cometida a sabiendas y voluntariamente, lo que hace según Bustamante Alsina, dentro de un marco de subjetividad, que esta deba de juzgarse según el querer del individuo y en función de pautas valorativas de tipo ético. Sin embargo, señala que históricamente se ha ido admitiendo la responsabilidad sin culpa – sin intención – y que es la llamada responsabilidad objetiva porque prescinde del factor imputación subjetiva constituido tradicionalmente por la idea de la culpa, por lo que su valoración supone un análisis sobre la voluntariedad del acto ejecutado y si este acto voluntario no se determina, entonces no se puede reprochar una conducta desvaliosa.

Entonces, este autor concluye que como primer factor de imputabilidad, se debe de determinar si el agente actúa con conocimiento e intención y luego de determinada esta, deviene el segundo factor de imputabilidad, que consiste en el juicio ético de la conducta querida por el autor en relación a su deber específico de cumplir la obligación contractual o legal, a lo que denomina culpabilidad.



II

El daño

1. Concepto

Para el profesor Andreas Von Tuhr es el menoscabo sufrido por un patrimonio, en el cual las lesiones inferidas a los bienes jurídicos de la personalidad no tienen concepto legal de daños, mientras no afecte el patrimonio. Hay que entender que lo antes expuesto no constituye que el daño deba recaer directamente en el patrimonio, sino que puede recaer en otro bien jurídico extra-patrimonial, pero al final, la forma de restituir ese daño es por medio del menoscabo del patrimonio. Agrega que la suma de dinero que en ciertos casos se ha de abonar por haberlas causado no constituye verdadera indemnización, sino una satisfacción que se ofrece a una persona lesionada.

Estima este autor que para que pueda decirse que el daño menoscaba el patrimonio, es necesario que se produzca contra la voluntad o al menos sin la voluntad de la persona interesada. Los menoscabos de patrimonio producidos por obra de la voluntad del interesado, no constituyen daño, sino actos de enajenación o el consumo de valores patrimoniales. Al respecto de estos, existen determinados casos en que si se causa daño para los efectos jurídicos y son

- a) Cuando las necesidades que se tienden a satisfacer mediante el acto de enajenación o de consumo se producen contra la voluntad del interesado.
- b) Cuando a este se le obliga a realizar un acto de enajenación o de consumo que de otro modo no habría realizado influyendo en su voluntad por modo ilícito (fraude o amenaza).
- c) Cuando se malogra el fin que se quiso alcanzar mediante desembolso⁸.

⁸ A. Von Thur. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Editorial Reus. 1984. Pág. 67 y s.s.



Entonces concluye, que el daño consiste en la diferencia que media entre el estado actual del patrimonio que lo sufre y aquel que tendría si el hecho dañoso no se hubiera producido. De acá que al daño se le dé el nombre de interés patrimonial simplemente interés del perjudicado.

El tratadista español Federico Puig Peña entiende por daño, al mal producido en las personas o en las cosas, a consecuencia de una acción que recae sobre ellas, lo cual recalca la idea anterior de que el daño no recae directamente en el patrimonio. El daño, constituye en sí, el valor que se le asigna a los bienes jurídicos tutelados afectados, sean cosas o personas, derivado del incumplimiento de una obligación contractual o extracontractual. Así mismo indica que el daño no es aislado, sino conectadas con otras dentro del patrimonio a que están ligadas, por lo cual la desvalorización del objeto lleva consigo aparejada la desvalorización de los otros puestos en conexión, con lo cual deduce la existencia del daño y del perjuicio.

En cuanto al daño o lesión causada en la persona, bien en su libertad, salud u honra, lo contempla dentro de la denominación de daño moral, de la cual plantea la interrogante, si debe de ser indemnizable. A este respecto señala que, la doctrina ha llegado a una distinción y son entre aquellos daños morales que representan en definitiva un interés económico – daños morales indirectamente – y los daños morales *strictu sensu*. En cuanto a los primeros señala que son aquellos que son resarcibles económicamente, porque repercuten en el ámbito patrimonial. En los segundos, son aquellos que traen la dificultad de que no producen una repercusión económica inmediata, debido a las razones siguientes

- a) La imposibilidad de establecer una relación entre el daño moral y su equivalencia económica;
- b) Que, admitida la reparación, tendría ésta más bien el carácter de pena que de indemnización (Puig Peña, 1976, pág. 167).



2. Clasificación

Partiendo de lo anterior, nacen una serie de clasificaciones de daños, dependiendo de las circunstancias en que las mismas se causan y sobre los bienes en que recae y para ello tenemos la siguiente clasificación, propuesta por Roberto Brebbia.⁹

2.1 Daño actual

Es aquel cuya extensión aparece netamente en el momento de efectuarse la reclamación judicial, por haberse cerrado el ciclo de consecuencias ocasionado por el hecho ilícito, que deben ser ciertos e indubitables.

2.2 Daño futuro

Es aquel cuya extensión y gravedad no aparecen precisadas en el momento de la demanda, debido a que el hecho ilícito aún no ha producido todas sus consecuencias, pero que deben de ser ciertos e indubitables.

2.3 Daño eventual

Es aquel cuya existencia dependerá de la realización de otros acontecimientos extraños al hecho ilícito en cuestión, que concurren con este a la formación del perjuicio.

⁹ R. H. Brebbia. *El daño moral*. Buenos Aires: Editorial Orbir. 1967. Pág. 51 y s.s



2.4 Daño directo

Es el agravio sufrido por la víctima inmediata y es este quien lo reclama.

2.5 Daño indirecto o reflejo

Es el agravio sufrido por una persona distinta del damnificado inmediato. Es decir, lo reclama otra persona distinta de la víctima que ha sufrido perjuicio en un interés propio y legítimo. Para el derecho francés, se le conoce con el nombre de *dommage par ricochet*, pero con una connotación distinta a la señalada, pues la define como aquel que no tiene una conexión inmediata con el hecho generador de responsabilidad.

2.6 Daño justo

Es aquella acción dañosa que no contraviene el ordenamiento jurídico.

2.7 Daño injusto

Es aquella acción dañosa que contraviene las disposiciones legales y el agente ha obrado con culpa o dolo. También se le denomina daño antijurídico. Este tipo de daño siempre lleva aparejada la obligación de resarcir.

2.8 Daño patrimonial

Esta es la clasificación más aceptada por las legislaciones de los países y se entiende como tal a aquellos derechos que tienen por objeto o finalidad la protección de aquellos bienes de una persona que poseen un valor pecuniario. El autor señala que



no es valor económico, porque jurídicamente hablando, los bienes que constituyen el patrimonio de una persona, son sólo aquellos que permiten una tasación en dinero sin discusión. Mientras que un órgano de una persona, sea un brazo, ojo, pierna etcétera, poseen un valor económico, porque sin alguno de los miembros del cuerpo humano, no puede rendir económicamente igual que si el miembro no hubiere sido dañado y por lo tanto, no tiene valor pecuniario, porque no puede ser valorado en dinero.

2.9 Daño moral o extrapatrimonial

También se le denomina daños a los derechos inherentes a la personalidad, porque el mismo recae sobre la persona misma, a los cuales pocos autores les niegan el carácter de subjetivos, aduciendo que los atributos de la personalidad no pueden ser objetos de derecho, porque la personalidad es sujeto de todo derecho, así como por la indeterminación sobre cuáles son los derechos que deben ser incluidos entre estos tipos de derecho. En cuanto a estas teorías, en palabras de Orgaz –citado por el autor– primero hay que tratar de establecer el concepto de derecho subjetivo y responde que el grupo de facultades inherentes que protegen a aquellos bienes originarios del hombre constituyen verdaderos derechos subjetivos, y los ejemplifica al señalar que el derecho a la vida, integridad, honor, son una clase de estos derechos, por lo que los derechos inherentes a la personalidad humana constituyen el ámbito de los derechos subjetivos que deben de ser protegidos. Estos derechos subjetivos, tienen ciertas características, que los hace identificables y se detallan a continuación

- Son extra-patrimoniales, porque no pueden ser evaluados pecuniariamente.
- Porque se adquieren y pierden con independencia de la voluntad de sus titulares.
- Son absolutos, porque son oponibles *erga omnes*.
- Son insensibles, inalienables e imprescriptibles, porque se hayan fuera del comercio jurídico.

Entonces por daño moral, se debe de entender como aquellos que no poseen un contenido patrimonial y que son producidos a raíz de la violación de algunos de los derechos de la personalidad.



Por su parte, Bustamante Alsina, nos presenta su clasificación dependiendo si es contractual o extracontractual, y para lo cual se hace la siguiente relación

3 Daño en la responsabilidad contractual

3.1 Daño compensatorio o moratorio

Si el incumplimiento del contrato es definitivo, el daño es compensatorio por involucrar todo el menoscabo patrimonial que se produce. En tal caso, la indemnización entrará en sustitución de la prestación originaria. Si el incumplimiento es relativo, y se opera un retardo en la ejecución, el daño es moratorio y comprende el perjuicio que cause al acreedor la demora en cumplir la obligación.

3.2 Daño intrínseco y daño extrínseco

El primero se produce en relación al objeto mismo de la prestación y el daño extrínseco es el que eventualmente sufre el acreedor en otros bienes distintos del objeto de la prestación.

3.3 Daño común y daño propio

El daño común es el que habría experimentado cualquier persona con motivo del incumplimiento de la obligación y que es objeto de reparación. Daño propio es el que sufre una persona determinada por circunstancias que le son particulares, y en este la

reparación solo debe de incluirse, si fuere conocido por el deudor al contraerse la obligación.



4. Daño en la responsabilidad extracontractual

Daño directo y daño indirecto

Es directo si lo reclama la víctima del hecho y es indirecto si lo reclama otra persona distinta de la víctima que ha sufrido perjuicio en un interés propio y legítimo. También, se considera como daño directo si recae directamente en el patrimonio de la víctima o indirectamente cuando recae en la persona o en sus derechos individuales.

5. Daños en ambas responsabilidades

5.1 Daño inmediato y mediato

Las primeras son las que resultan según el curso natural y ordinario de las cosas, mientras que las segundas son las que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto.

5.2 Daño previsto e imprevisto

Daño previsto es aquel en que el deudor o autor del acto, ha considerado posible al contraer la obligación o ejecutar el acto. Y el daño imprevisto son los que no han sido considerados en los casos expuestos.



5.3 Daño actual, futuro y eventual

El daño actual y el daño futuro llenan el requisito de ser ciertos para atribuir al daño de indemnizable, es decir, que debe ser constatada para poder condenarse al pago de la indemnización correspondiente. Mientras que, en el daño eventual que consiste en la mera posibilidad que ocurra un perjuicio no autoriza a reclamar un resarcimiento. Respecto al daño eventual o futuro, en la doctrina francesa, se está a favor del resarcimiento bajo el argumento de que la pérdida de una oportunidad o “chance” es un daño actual o cierto.

5.4 Daño patrimonial y daño moral

En el cual ambos se distinguen dependiendo de la índole de los derechos atacados, es decir, si la lesión se dirige a los bienes que forman el patrimonio, el daño es patrimonial o material y si la lesión recae en la integridad corporal o salud de las personas, el daño es moral y en ningún caso patrimonial, porque los bienes atacados son inmateriales.

Citando este autor a Orgaz, señala que la distinción de los resultados o consecuencias de la acción antijurídica Si esta causa un menoscabo en el patrimonio, afectando su actualidad o situaciones futuras, el daño es material o patrimonial, aunque el derecho atacado sea inmaterial; si en cambio, no afecta el patrimonio, pero lesiona los sentimientos de la víctima, existe daño material y no patrimonial, lo cual lleva a concluir al autor, a definir el daño moral como: “La lesión en lo sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimiento no susceptibles de apreciación pecuniaria” (Bustamante Alsina, 1993 pág. 173).

Al respecto de las clases de daños, con la evolución de las teorías humanistas, y los avances tecnológicos de carácter médico, psicológicos y sociales, se han considerado una serie de daños que ya no son solo de contenido patrimonial, sino

también de carácter personal en el sentido de que afectan a la persona en su humanidad y que también son dignas de repararse. En ese sentido, nacen los daños de carácter corporal que a su vez se dividieron en físicos y mentales y por último los de carácter social, que comprenden la restitución, la reparación, la indemnización de perjuicios, la rehabilitación, la reparación simbólica, la garantía de no repetición, que aún no han sido implementadas las últimas tres de manera general en los sistemas penales, sino más en todas aquellas en que se ven afectados los tratados internacionales de derechos humanos.







CAPÍTULO II

I

La reparación civil *ex delicto*

Cuando se hace una división de la responsabilidad civil, la doctrina ha señalado que es contractual y extracontractual, pero dentro de esta última se encuentra la denominada *ex delicto*, que es un término latino que significa: “como resultado de un delito”, con lo cual queda claro que se refiere a la responsabilidad civil que se deriva de la comisión de un hecho delictivo. Conforme la doctrina civilista y penalista, se ha empleado el término “responsabilidad civil delictual” al referirse al vínculo que se crea con la comisión de un hecho punible que produce un daño.

La profesora Belén Sainz Cantero, cita que la doctrina civilista y también la penalista viene empleando el término “responsabilidad civil delictual” para referirse a la relación obligatoria que se constituye con la comisión de un hecho punible que produce un daño. Agrega además que en el derecho español, también se utiliza el término “responsabilidad aquiliana”, - por referencia a la Ley de Aquilia del derecho romano- , también conocida como responsabilidad civil extracontractual, deslindándola así de la responsabilidad penal, y de la que aparece prevista en los ordenamientos con ocasión del incumplimiento de un contrato, o incluso “culpa aquiliana o culpa civil”, que refleja el elemento culpa como esencial para el nacimiento de la deuda de reparar.

Sigue indicando esta autora que se emplean de esta forma los términos “responsabilidad civil y derecho de daños” que manifiestan como centro de atención al sujeto que habrá de reparar el daño que se ha causado y al reproche de su conducta, y al efecto lesivo de un comportamiento respectivamente. Añade además que a la responsabilidad civil se le agregan dos significados a) el deber de indemnizar los daños causados y b) el de sometimiento del deudor al poder coactivo del acreedor¹⁰.

¹⁰ M. B. Sainz Cantero. *La reparación del daño ex delicto*. Granada: Editorial Comares 1997. Pág. 85 y s.s

Destaca el criterio de un autor de apellido De Ángel, que pretende deslindar el término de “responsabilidad civil” con la de “obligación”, extremo que ya fue desarrollado anteriormente, pero vale agregar que por provenir esta del delito, no hay genuina responsabilidad, pues antes de producirse el daño no existe entre causante y la víctima ninguna relación obligacional. Es decir, se señala que, según las consecuencias jurídicas de la producción de un daño, resulta impropio hablar de “responsabilidad” y ello porque si el comportamiento ilícito origina un daño, surge una obligación de cuyo cumplimiento habrá de responder el deudor, extremo que se complementa con las palabras de otro autor que cita de apellido O’Callaghan que señala que del acto ilícito que produce un daño, no nace un tipo de responsabilidad, sino una obligación.



1. Antecedentes históricos

Referirnos a los antecedentes históricos de la responsabilidad *ex delicto*, nos remonta a los orígenes del Derecho Penal y responsabilidad civil, por lo que, para evitar redundar en su argumento, se indicará solamente que la responsabilidad *ex delicto*, tuvo su auge, en la época de la venganza pública, en la cual se determinaba la manera de resarcir el daño causado por una persona a otra en una manera reglada, - ley de las doce tablas y la ley de aquilia -.

Sin embargo, conforme fue evolucionando el derecho y que el Estado se afianzó en el poder, la comisión de un daño, se fue sancionando con penas y castigos personales que en nada se referían a la reparación del daño de la víctima, lo que causó un abuso de poder de parte del ente estatal, quien se empezó a abusar de su derecho. Derivado de esos abusos, los estudiosos llamados los “iluministas” empezaron a centrar su estudio en las penas y el delincuente, en el que se buscaba que las penas fueran determinadas, más humanas y que hubiera un mejor trato al delincuente, siendo a partir de este punto que la responsabilidad *ex delicto* tiende a olvidarse a la víctima como tal y empieza, por medio de la ciencia de la criminología, a crearse teorías sobre el delito y el delincuente, como producto de la época científica del Derecho Penal.



No es hasta en los años setentas en que la víctima vuelve a tomar relevancia cuando la “victimología” como ciencia cobra auge, y se empieza a considerar a la víctima y la vuelve objeto de su estudio, en todos sus aspectos, sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito.

2. Definición

Al igual que la responsabilidad civil, no existe una definición exacta de esta, puesto que diversos autores como los ya citados en el momento de definir la responsabilidad civil, la enmarcan como una obligación, mientras que otros mantienen que la responsabilidad es parte integrante de la obligación, haciéndose el énfasis de que no puede ser obligación, porque entre la víctima y victimario no existe una relación previa al daño.

Para poder llegar a una definición clara de responsabilidad *ex delicto*, se debe partir de lo que significa responsabilidad extracontractual y que según Manuel Ossorio, es aquella que es la que resulta exigible por los daños y perjuicios, por acto de otro y sin nexo de estipulación contractual¹¹. Pero como se ha destacado anteriormente, la responsabilidad *ex delicto* es una clase de la responsabilidad extra contractual, por lo que la misma no se adecua al concepto dado y porque tampoco se adecúa a la explicación expuesta referente a que la obligación es una parte de la responsabilidad, por lo que uniendo las dos modalidades descritas, se puede definir a la responsabilidad *ex delicto*, como: “La obligación que adquiere una persona frente a otro de responder por los daños y perjuicios que ha causado, por la comisión de un acto que es constitutivo de delito”.

¹¹ M. Ossorio y Florit. Ob. Cit. Pág. 674



3. Naturaleza jurídica

La responsabilidad penal y la civil *ex delicto* no significa que el ilícito penal y el ilícito civil, sean esencialmente distintos, indicando que en muchos casos la frontera entre una y otra es prácticamente imperceptible, lo que ejemplifica al señalar el fraude o el engaño que configura el tipo penal de estafa y el dolo que determina la nulidad de un contrato. Agrega además que en general, el hecho que sea regulado como ilícito penal o civil, depende de la política criminal del Estado y de cómo se aplique el principio de última ratio¹².

Agrega el autor en cita, que lo que ha enturbiado la naturaleza jurídica de la responsabilidad *ex delicto*, es la regulación de obligaciones en el Código Penal y que procesalmente la acción penal y civil se ejerce conjuntamente en el mismo proceso penal y que ambas son resueltas por el mismo juez o tribunal en una misma sentencia.

Determina este autor, que el principio general de la responsabilidad civil *ex delicto*, es que esta sigue a la responsabilidad penal y depende de ella, lo cual resulta aparente por varias excepciones que destacan la independencia de ambas clases de responsabilidad y son a) Se dan en delitos no consumados que no llegan a causar perjuicio, en delitos de peligro; b) Hay casos en que se da la responsabilidad civil, aunque no haya responsabilidad penal, referente a los casos de eximentes penales, tales como la inimputabilidad o causas de justificación; c) Que los códigos penales regulan supuestos de responsabilidad civil subsidiaria, en los que existiendo un responsable penal, la responsabilidad civil recae sobre persona distinta, y d) Que el concepto de perjudicado no siempre coincide con el de víctima del delito, ni siquiera con el sujeto pasivo del mismo. Es decir, si el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado por el delito, el perjudicado es todo aquél a quien se extienden sus efectos y está legitimado para ejercer la acción civil, tal sería que la muerte de una persona por otra, tenga como consecuencia que un menor que gozaba de una pensión alimenticia

¹² F. Muñoz Conde y M. García Arán. Ob. Cit. Pág. 614



se vea afectado por ese derecho y por lo tanto, este es el legitimado para ejercer la acción civil.

El doctor Rony Eulalio López explica que para determinar la naturaleza de la responsabilidad *ex delicto* se han dado una serie de soluciones no muy conciliables dentro de las cuales se destacan a) que se trata de una exclusividad del Derecho Penal, porque deviene de un delito o falta; b) Se estima su manutención en la materia civil; c) Que se le otorga una naturaleza mixta, dado que la responsabilidad es eminentemente civil, pero que se ejercita y desarrolla en lo penal.

El referido autor señala además, que es necesario destacar lo relativo al tratamiento desde el aspecto procesal, que se deriva de la acción reparadora, de la cual se mencionan tres teorías para encontrar su naturaleza, y que son a) de la unión absoluta, donde se entrelazan ambas acciones, formando una sola; b) el de autonomía e independencia de ambas acciones, con la cual cada acción conserva su naturaleza de civil y penal y c) la de conexión e interdependencia, donde las acciones se entrelazan manteniendo sus propias características¹³.

Otros autores han citado que en el antiguo derecho no existía diferencia entre la pena y la reparación de los daños del delito, pero que el derecho moderno distingue claramente las consecuencias penales de sus efectos civiles. Y al hacer una retrospectiva al respecto, señala que Bentham distinguía entre el daño individual, directo o mal de primer orden y la perturbación de la paz y de la seguridad pública, daño indirecto o mal de segundo orden. La reparación de este se estimaba función de la pena, la del daño individual se efectuaba mediante las restituciones o indemnizaciones de daños y perjuicios concedidos a las víctimas del delito.

Indica además, que esta idea que atribuye al daño social índole penal y al individual naturaleza civil, es equivocada, pues el delito no sólo lesiona bienes jurídicos colectivos sino también intereses jurídicos individuales y la pena con la imposición de un sufrimiento al delincuente aspira, a más de otros fines, a dar satisfacción al ofendido y a reparar el daño social causado por el hecho punible. Lo que origina el daño privado

¹³ R. E. López Contreras. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Guatemala: Editorial Estudiantil FENIX. 2005. Pág. 34

no es el delito sino el ilícito civil que puede acompañarlo, por esto las sanciones reparatorias, como Bettiol – citado por el autor- afirma, no miran al delito sino al ilícito civil (Cuello Calón, 1980 p. 798).



Para este aspecto, este tratadista, inicia con indicar que en la doctrina no existe un acuerdo en cuanto a la naturaleza de la reparación civil, porque para unos existe igualdad de esencia entre pena y reparación del daño. Indica que para Merkel, la obligación de indemnizar los daños del delito, la restitución y la coerción directa para restablecer un determinado estado de cosas que responde a determinados deberes jurídicos, sirven para el mismo fin que las penas. La identidad entre pena y resarcimiento fue también defendida por la escuela Positiva que la considera como uno de los principios fundamentales.

El autor en cita, menciona que Ferri opinaba que entre resarcimiento y sanción represiva o pena no existe diferencia sustancial. La obligación que tiene el delincuente de reparar el daño causado, sostenía, no es solo una obligación de derecho privado sino esencialmente y siempre una obligación de derecho público y debe ser función del Estado como lo es la prevención y represión de los delincuentes. También citó a Garófalo que propuso, en particular para los delitos leves contra las personas, la sustitución de las penas cortas de prisión por una eficaz reparación. La reparación del daño decía, podría constituir un verdadero sustituto penal, cuando en lugar de ser, como hoy, una consecuencia legal, un derecho que ha de hacerse valer con arreglo a las normas del procedimiento civil, se transformase en una obligación a la que el reo no pudiera sustraerse de modo alguno.

En conclusión, para este autor, no es posible aceptar esta doctrina que identifica la pena con la reparación de los daños del delito, pues entre ellas existen profundas diferencias que son

- a. La pena aspira a la protección de intereses públicos, el resarcimiento tutela intereses privados.



- b. La pena es un sufrimiento impuesto al culpable por el delito cometido y la reparación tiende a remediar el mal causado a su víctima.
- c. La pena es personal, solo puede imponerse a los que participan en el hecho punible (autores, cómplices, encubridores), mientras que la obligación de reparar e indemnizar recae sobre las personas que no tuvieron parte en su perpetración (responsables civiles, subsidiarios, herederos del responsable).
- d. La base para la imposición y graduación de una pena es la culpabilidad del reo, a mayor culpabilidad mayor pena, el deber de resarcir es independiente del elemento subjetivo.
- e. La pena es una institución de derecho público sustraída a la voluntad privada, por el contrario la obligación de resarcir e indemnizar es una institución de derecho privado susceptible de ser modificada por renuncia o por perdón (Cuello Calón, 1980).

Por lo tanto, la pena y el resarcimiento de los daños *ex delicto* son pues instituciones esencialmente diversas, de índole distinta, dotada cada una de ellas de caracteres propios y peculiares. Esta es la doctrina certera y la comúnmente admitida, en alusión a *Binding* (tratadista) y que es en la que se inspiran la mayoría de las legislaciones que consecuentemente conceptúan las reparaciones e indemnizaciones derivadas del delito como materia civil y encomiendan su regulación a las normas del derecho privado.

De lo anterior, no se ha llegado a una conclusión definitiva y podría decirse que la naturaleza jurídica de la responsabilidad *ex delicto*, dependerá de las diversas legislaciones que la regulan, en el sentido de que algunas las separan absolutamente, otras las interrelacionan manteniéndolas independientes y otras las colocan a una dependiente de otra, tal es el caso de Guatemala, que sujeta la existencia de la responsabilidad civil a la existencia de una sentencia condenatoria por un delito o falta.



4. Diferencias existentes entre la responsabilidad *ex delito*, la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad penal

Es necesario señalar que la responsabilidad extracontractual, son aquellas obligaciones de reparar los daños y perjuicios provenientes de actos no definidos en un contrato. Pero esta, responsabilidad, no implica que consecuentemente esta sea producto de un delito, Porque puede haber una responsabilidad de carácter administrativo, laboral o de cualquier otra índole NO PENAL.

Entonces, considerando lo expuesto por el doctor Rony López Contreras la primera diferencia que se puede apreciar es que la responsabilidad *ex delito*, constituye una subdivisión de la responsabilidad civil extracontractual. Una segunda diferencia es que en la responsabilidad *ex delito*, se dispone de dos vías, la penal y la civil para su obtención, porque el acto deviene de un delito, mientras que en la responsabilidad extracontractual, el tratamiento es únicamente de carácter civil. La tercera diferencia se percibe desde el aspecto procesal, porque en la responsabilidad extracontractual, la única vía es la civil, porque a pesar de que el acto es ilícito, no reviste las características de delito, mientras que en la responsabilidad *ex delito*, su ejercicio puede ser dentro del proceso penal o bien, desde la vía civil, según lo disponga el titular del derecho¹⁴.

Ahora bien, el autor en cita señala que la responsabilidad civil *ex delito* se diferencia de la responsabilidad penal, por diversos factores obvios y se centran en que la responsabilidad civil *ex delito*, busca que el daño causado sea resarcido de alguna manera afectando el patrimonio del infractor o de un tercero, mientras que la responsabilidad penal, busca defender a la sociedad contra hechos que perturban la convivencia y la paz social (delitos o faltas) que recae sobre la persona misma del victimario, imponiéndole una pena y además busca disuadir a la población de cometer tales actos. Por aparte, la responsabilidad civil *ex delito*, el titular del mismo tiene el derecho de ejercerlo, renunciarlo, transmitirlo o disponerlo de alguna manera según

¹⁴ R. E. López Contreras. Ob. Cit. pág. 36

convenga a sus intereses, mientras que la responsabilidad penal es irreparable y de carácter personal, no transmisible ni heredable.



Otra diferencia entre estas es que, para graduar la sanción en la responsabilidad penal, se tiene como parámetro el grado de culpabilidad del autor, conforme las atenuantes o agravantes del hecho, mientras que la responsabilidad civil *ex delicto*, se gradúa conforme la intensidad del daño causado¹⁵.

II

La reparación dentro de la responsabilidad civil *ex delicto*

1. La reparación

La reparación tiene lugar cuando un bien patrimonial o moral es lesionado, y el derecho, para reparar el daño causado, busca los mecanismos para lograr restituir los derechos dañados al estado anterior de la mejor manera posible, pero muchas veces por la naturaleza del daño, es casi imposible restituir el bien de una manera perfecta, porque no puede borrar los efectos dañosos y en esa línea intenta compensarlo o atenuarlo. Por lo que en lo referente a la reparación *ex delicto*, bajo la perspectiva de Arturo Alessandri, esta conlleva la obligación de reparar los daños causados, por lo que se puede definir a esta como a la prestación a que el autor de un delito o cuasidelito está obligado a satisfacer a favor de la víctima que puede ser en especie o en equivalente (Alessandri Rodríguez, 1983).

¹⁵ Ídem.



2. Clases de reparación

Ante esa circunstancia, el autor citado Roberto Brebbia, indica que hay dos clases de reparación

- a) La de carácter natural, y
- b) La de reparación por equivalencias¹⁶.

2.1 La reparación de carácter natural

Según este autor, la reparación natural es aquella restauración de las cosas al estado anterior al evento dañoso de una manera perfecta e integral, cumpliendo a cabalidad la finalidad de la reparación. Mientras que, la reparación por equivalencias a *contrario sensu* de la reparación natural, consiste en la compensación del perjuicio ocasionado, llevando al sujeto pasivo del mismo, sino a una situación igual, a una situación parecida a la que tenía anteriormente, la cual normalmente se hace por medio del pago de una suma de dinero o indemnización. También, puede compensarse mediante la entrega de otro bien idéntico al destruido o menoscabado. En este último tipo de reparación, para poder cumplir con la compensación, se necesita previamente de que el bien destruido sea valuado en dinero, por lo que reviste un carácter compensatorio, pero cuando el daño causado no admite una apreciación aproximada en dinero, como lo sería un daño moral o extra patrimonial, entonces reviste la entrega de dinero un carácter satisfactorio. Dentro de este rol satisfactorio, podemos incluir a los daños patrimoniales a futuro, porque no es factible de determinar este tipo de daño y por lo tanto, ante la imposibilidad de poderlo valorar, da lugar a que el pago en metálico, sea meramente de satisfacción.

Por último, el autor citado indica que la obligación de abonar una suma de dinero a raíz de la comisión de un hecho ilícito puede ser impuesta con otro fin que el de

¹⁶ R. H. Brebbia. Ob. Cit. Pág. 61 y s.s



reparar el mal ocasionado, por lo que el pago de una cantidad dineraria constituye un castigo por la falta cometida. Esta obligación asume pues, en este caso, un carácter penal, pero como es impuesto a petición del agraviado, el castigo toma el nombre de pena privada. De lo anterior, concluye que la reparación tiene tres funciones diferentes a) Compensatorio; b) satisfactorio y c) punitivo¹⁷.

De igual manera se ha pronunciado, el profesor Álvaro Bustamante Ledesma, que señala que la reparación del daño se ha concebido como la acción encaminada a enmendar o componer los efectos nocivos de un hecho, satisfaciendo de esa manera la ofensa causado a otro, para lo cual existen dos mecanismos para hacerlo, la reparación *in natura* y por equivalencias, siendo la primera de una manera que no parezca que la modificación del mundo exterior a causa del daño no existió, mientras que en la de por equivalencias, que puede ser dineraria o no dineraria, se satisface mediante la entrega de valores que se estiman de igual contenido al daño perpetrado¹⁸.

El citado autor Alessandri Rodríguez, señala que la reparación en especie, consiste en la ejecución de actos o en la adopción de medidas que hagan desaparecer el daño en sí mismo, siempre que esos actos o medias no sean la mera cesación del estado dañoso creado por el delito, porque no habría reparación, como lo sería la restitución del objeto robado o la extinción de una servidumbre usurpada. En cuanto a la reparación es en equivalente, cuando ante la imposibilidad de hacer desaparecer el daño, solo procura a la víctima una compensación del mismo, como el pago de una cantidad de dinero por la pérdida de un miembro del cuerpo. La reparación en especie, hace cesar el daño, mientras que la reparación en equivalente solo lo compensa, pero el daño subsiste (Alessandri Rodriguez, 1983 p.553 y ss).

Jorge Bustamante Alsina, en su obra *Teorías de la Responsabilidad Civil*, señala que la reparación en especie o *in natura*, es una adaptación del sistema legal alemán, y que consiste en la reposición de las cosas a su estado anterior, y que si dicha forma es imposible, la restitución se fija en dinero, que constituye la reparación en equivalente,

¹⁷ Ídem.

¹⁸ A. Bustamante Ledesma. *Derecho administrativo colombiano*. Colombia: Editora Jurídica de Colombia Ltda. Medellín. 1994. Pág. 685 y s.s.

mejor conocida como indemnización, que constituye el sistema del derecho romano seguido por el derecho francés¹⁹.



2.2 La reparación en equivalente

La reparación en equivalente consiste, de ordinario, en una cantidad de dinero, pero puede consistir en un equivalente no pecuniario, como lo sería la publicación en un periódico de una sentencia que declare falsas las imputaciones injuriosas. Así también, puede darse la reparación dineraria y no dineraria conjuntamente, sin que ambas superen el daño causado.

En cuanto a la reparación dineraria, que consiste en la reparación mediante la entrega de dinero, no se determina de una manera arbitraria, sino está sujeta a tres condiciones a) Que el monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho; b) la reparación comprende todo el perjuicio sufrido por la víctima que sea una consecuencia necesaria y directa del delito o cuasidelito y c) el monto de la reparación no puede ser inferior o superior al daño (Alessandri Rodríguez, 1983).

3. Contenido de la reparación *ex delicto*

La reparación comprende todo el daño sufrido por la víctima, moral o material, además que sea una consecuencia necesaria y directa del delito. La reparación para que sea completa debe comprender *el daño emergente y lucro cesante, los perjuicios previstos e imprevistos y aún los futuros*, no así los indirectos por la inexistencia de la relación de causalidad, lo cual se pasa a describir como sigue:

¹⁹ J. Bustamante Alsina. Ob. Cit. Pág. 75

➤ **Daño emergente y lucro cesante**

Por daño emergente señala que es la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio. La reparación de este daño no ofrece mayor dificultad, puesto que la reparación sería igual a la pérdida o disminución experimentada por la víctima a consecuencia del delito o cuasidelito. Es decir, si el daño consiste en la destrucción o deterioro de un bien, el perjudicado tendrá derecho a una indemnización igual al valor de ese bien o al costo de su reparación. Mientras que por lucro cesante se entiende como el beneficio que deja de percibir la víctima a consecuencia del delito o cuasidelito. Señala el autor citado, que esta conlleva un grado de dificultad en su determinación, porque conlleva a restituir las utilidades probables que se dejan de percibir a consecuencia del daño. Agrega que el lucro cesante sólo es indemnizable en cuanto tenga por causa el delito o cuasidelito (Alessandri Rodríguez, 1983).

Doménico Barbero, por su parte señala que el daño emergente, es una consecuencia directa e inmediata del delito o cuasidelito, por lo que cae dentro del orden de resarcibilidad, sin necesidad de ver si su consecuencia como efecto de la causa puesta en juego es regular mientras que el lucro cesante, es una consecuencia mediata, respecto del daño emergente, porque este no es de rápida determinación, sino que es producto de las consecuencias ulteriores que se derivan del daño propiamente dicho, como es la pérdida de un beneficio que la cosa destruida proveía. Es decir, el lucro cesante no es una consecuencia directa e inmediata del daño o el incumplimiento, sino que es derivado del daño emergente.

➤ **Los perjuicios previstos e imprevistos**

Los perjuicios previstos solamente son aplicables a los ilícitos contractuales, porque solo las partes pueden prever los daños que se pueden causar a causa del

incumplimiento del contrato, pero tratándose de una responsabilidad ex delicto, no es posible puesto que el daño por naturaleza es imprevisto²⁰.



4. Otras formas de reparación

Por su parte Francisco Muñoz Conde, señala que la responsabilidad civil derivada del delito o falta (cuasidelito) comprende a) la restitución; b) la reparación del daño y c) la indemnización de perjuicios y para cada uno señala

➤ La restitución

Forma de reparar el daño cometido y que se refiere a la devolución del mismo bien siempre que sea posible, con abono de deterioros y menoscabos que se determinen por parte del juzgador. Así también, la restitución no puede hacerse cuando un tercero haya adquirido el bien de forma legal de manera que sea irreivindicable.

➤ La reparación del daño

En cuanto a este tipo de reparación, esta puede consistir en obligaciones de hacer o no hacer que se establecerá judicialmente según sea el caso, y

➤ La indemnización de perjuicios

En esta forma de reparación incluye los materiales y los inmateriales. En cuanto a los daños materiales, esta puede confundirse con la reparación del daño, por lo que sigue siendo útil acudir a la distinción de *daño emergente* – equiparable al daño – como el que resulta efectiva y materialmente en el objeto del delito, y el lucro cesante, equivalente al perjuicio o beneficio que dejan de obtenerse como consecuencia del delito. Entonces, esta incluye los daños y perjuicios en una categoría general acogedora de los efectos perjudiciales producidos por el delito²¹.

²⁰ D. Barbero. *Sistemas de derecho privado*. Tomo III. Buenos Aires. Editorial EJE. 1967. Pág. 81 y ss.

²¹ F. Muñoz Conde y M. García Arán. Ob. Cit. Pág. 616



La legislación penal guatemalteca en cuanto a la proposición que hace este autor, la contempla en el Código Penal, que señala y define lo que comprende la responsabilidad civil, solo en cuanto a lo que es la restitución y la forma en que se establece el daño material, pero nada aclara en cuanto a la forma de establecer el quantum del daño moral, ni que entiende por indemnización de perjuicios, remitiendo a las normas sustantivas y procesales civiles para tal efecto.

5. La reparación simbólica

El autor Diego Vera Piñeros señala que este tipo de reparación puede contener tanto dimensiones meramente semánticas y/o emocionales, como materiales; incluye múltiples actividades y actitudes cuyos propósitos amplios pueden verse como el cierre o alivio de las heridas o traumas no reparables o compensables, la facilitación del perdón —un factor central y aún de definición ambigua para buscar la reconciliación nacional—, la preservación colectiva de la memoria de lo ocurrido y la dignificación de las víctimas.

La organización de las Naciones Unidas ha enmarcado todas las medidas simbólicas consideradas bajo la denominación de “medidas de satisfacción”, la que este autor las divide en tres partes

- a) Las que busca afectar positivamente y de forma restaurativa la esfera moral individual de la dignidad, o brindar “satisfacción moral”.
- b) Las que busca paliar en cierto grado la decepción individual y social ante la falta de aplicación de justicia retributiva, o brindar “satisfacción judicial”.
- c) La que tiene impacto duradero en el manejo social de la verdad sobre lo ocurrido, de preservación de la memoria colectiva y aseguramiento de la transmisión tangible e intangible de un “pasado irrepetible” o medidas de “satisfacción memorial” (Vera Piñeros, Agosto 2008).



6. La rehabilitación

En el trabajo denominado *La rehabilitación como una forma de reparación con arreglo al Derecho Internacional*²² de REDRESS, citan a la experta en reparaciones Dina Shelton, quien define a la rehabilitación según su objetivo y función. Para ella, es un derecho de todas las víctimas de serios abusos y de sus personas a cargo. Y agrega, que es el proceso de restitución de la plena salud y reputación del individuo después del trauma de un serio ataque a la integridad física o mental. Este tipo de reparación, se dirige a restaurar aquello que se ha perdido y tiene como finalidad de lograr la máxima aptitud física y psicológica guiando al individuo, la familia, la comunidad local y hasta a la sociedad como un todo”.

Entre otras circunstancias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha reconocido entre otras medidas, la localización y entrega de los restos a las víctimas, investigación y sanción, así como la ubicación de restos, identificación de los mismos y entrega a sus familiares. Se ha incluido también la publicación de la sentencia, puesto que por sí, constituye una forma de reparación y los actos de reconocimiento público de responsabilidad internacional y desagravio a la memoria de las víctimas, sin dejar de mencionar la construcción de monumentos conmemorativos. Este tipo de reparación, se impone generalmente a los Estados responsables de la violación de derechos humanos.

7. La garantía de no repetición

Estas medidas tienen como finalidad la de garantizar a las víctimas de los hechos que vivieron no serán nuevamente repetidos. Este tipo de reparación requiere poner en práctica medidas y emprender reformas sociales e institucionales para garantizar que los abusos del pasado no se repetirán. Y consiste en el proceso por medio del cual un Estado adopta las medidas necesarias para dismantelar estructuras, modificar

²² http://www.redress.org/downloads/publications/2009_Dec_La_rehabilitacion.pdf. Guatemala 2016

procedimientos y transformar organizaciones involucradas en graves violaciones a los derechos humanos.



El tratadista Luis Ángel Benavides ha señalado al respecto que este tipo de medidas no son per se una medida de reparación con relación a la víctima, sino que constituye un deber del Estado respecto de sus obligaciones internacionales y que en todo caso puede ser considerada como una medida preventiva. Señala además que, la referida medida, puede estar presente de manera individual o colectiva en el momento de reparar a una víctima de derechos humanos o delito. Su aplicación dependerá en caso concreto y del análisis, que desde su punto de vista debe de estar en una visión pro personal, que haga el juez o, en su caso la autoridad administrativa²³.

8. Medidas de satisfacción

No existe una definición de lo que es una medida de satisfacción, pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la satisfacción abarca medidas de diverso tipo, desde aquellas orientadas a hacer cesar las violaciones hasta la búsqueda de la verdad, ceremonias de reconocimiento de responsabilidad, de disculpas públicas, las sanciones judiciales y administrativas, la realización de homenajes, la capacitación en derechos humanos.

Partiendo de lo anterior, se puede conceptuar a las medidas de satisfacción, como aquellas medidas innominadas que tienden a satisfacer a la víctima o a un conglomerado social, las necesidades que se generan en virtud de la comisión de una violación a los derechos humanos que les atañen, las cuales van a depender del tipo de violación que se cometa o el impacto social que la misma causó en la sociedad.

Para el efecto, Andrés Javier Rousset Siri, un experto en Derechos Humanos en torno al concepto de reparación integral en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana

²³ L. A. Benavides.. *La reparación del daño a víctimas de violaciones a los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Derechos Humanos. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos. Año 5, Número 14, 2010. Pág. 21



de Derechos Humanos, señala al respecto de ambas medidas, que la Corte anteriormente, en sus primeras sentencias, sólo determinaba indemnizaciones pecuniarias, pero no disponía este tipo de medidas. Incluso el deber de investigar se lo consideraba como parte emergente de la sentencia de fondo, pero no una medida autónoma. Agrega que esta situación empezaría a cambiar a partir del caso *Aloeboetoe Versus. Suriname*, donde de manera innominada se ordenó reabrir la escuela sita en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en operación en el curso de ese año el dispensario existente en ese lugar²⁴.

Seguidamente, se dictaron sentencias en las cuales se adoptó este parámetro, tal es el caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*, en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en sentencia de fecha dieciocho de agosto del año dos mil, consideró oportuno reparar el daño al proyecto de vida con una beca de estudios superiores o universitarios que cubra, además, la manutención durante toda la carrera elegida, entre otras medidas. Este sería sin dudas el punto de partida para una incipiente práctica de ir fijando medidas que se analizaban por fuera de las clásicas indemnizaciones. En el año 1998, con motivo del fallo en el caso *Benavides Ceballos Vs. Ecuador*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en sentencia de fecha diecinueve de junio de mil novecientos noventa y ocho, dispuso como medida específica de reparación la que ordenaba la plena vigencia del deber de investigar los hechos que motivaron el dictado de la sentencia. Esta medida se ha mantenido a lo largo de la jurisprudencia constante del tribunal. Un año después, en el caso *Suárez Rosero Vs. Ecuador*, la Corte utilizaría por primera vez el acápite: “otras formas de reparación”. En dicho rubro, y por medio de los años, el tribunal interamericano determinó un variado número de medidas de toda índole. Así, que dentro de las mismas se pueden mencionar a modo de ejemplo la reincorporación de la víctima a su empleo del que fue arbitrariamente privado, realizar nuevamente un proceso judicial, reformas legislativas, incluyendo constituciones nacionales, delimitación o entrega de tierras tradicionales, tipificación de delitos, ubicación, traslado y exhumación de restos

²⁴ A. J. Rousset Siri. Argentina: *Revista Internacional de Derechos Humanos*. Año I. 2011

mortales, capacitación a fuerzas de seguridad o personal del Estado, ~~donde sin efecto~~ una sentencia.



También se han dictado medidas de concientización y memoria, ordenando, sea en el lugar de los hechos o en un lugar público, erigir monumentos, colocar placas memoriales o individualizar con el nombre de las víctimas determinada calle, escuela, plaza, etc., entre otros, puesto que estas últimas medidas mencionadas adquieren relevancia por la proyección que tiene sobre la sociedad en su conjunto, debido que en algún momento una persona preguntará por qué tal día lleva cual nombre, o pararse unos minutos a contemplar un monumento de los que hemos señalado, lleva a quienes no han sido víctimas de tales hechos a reflexionar acerca de lo que significó la afrenta y tener conciencia de no repetición.

El autor cita, que en el año 2004, en el fallo *Molina Theissen Vs. Guatemala*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comienza a aglutinar estas medidas bajo el rubro “medidas de satisfacción y no repetición”. A partir del año 2008, la Corte amplía la denominación agrupándolas en la gran mayoría de los casos en: “Medidas de rehabilitación, satisfacción y no repetición”. Existen dos medidas de este tipo, hoy agrupables como medidas de satisfacción que son prácticamente de uso obligado en el concepto de reparación integral. Ellas son la publicación de las partes pertinentes de la sentencia y el acto público de responsabilidad internacional. Respecto a la primer medida, cabe aclarar que por “partes pertinentes” se ha establecido en la jurisprudencia de la Corte Internacional aludida, que comprende el capítulo de los hechos probados del caso de que se trate y los puntos resolutive, esto es la declaración de responsabilidad internacional por las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos que en caso concreto se hayan vulnerado, como así también las medidas de reparación que se hayan dispuesto en consecuencia (Benavides L. A., Año 5 No. 14).

La finalidad de esta medida es poner en conocimiento del público en general la existencia de una condena contra el Estado de que se trate y su contenido. El cumplimiento de esta medida se ha dispuesto en la gran mayoría de los casos por medio de su publicación en el diario oficial o en uno de los periódicos de mayor tirada.



No obstante, en otros casos se ha dispuesto, de forma separada o conjunta, que esta medida se implemente por medio de emisoras radiales de amplia cobertura o en sus web oficiales. En otras oportunidades ha dispuesto su traducción a determinadas lenguas o idiomas.

Por aparte, en cuanto a la declaración de responsabilidad internacional, no opera aquí como medio para la finalización anticipada del proceso –por medio del allanamiento– sino que en este caso, se dispone como medida de reparación, independientemente que dicho reconocimiento se haya efectuado o no en el expediente. Lo que aquí se señala es un acto público de desagravio donde el reconocimiento de la conducta lesiva de un Estado se exteriorizara a la sociedad. La jurisprudencia de la Corte ha delineado algunas pautas que deben observarse para el cabal cumplimiento de esta medida de reparación. Así, se ha señalado que la ceremonia debe llevarse a cabo con el acuerdo y participación de las víctimas, si es su voluntad. La exteriorización del acto se procura mediante la realización de un acto público, salvo que la víctima consienta lo contrario. Se torna necesario que el reconocimiento de responsabilidad sea realizado por las más altas autoridades del Estado (Benavides, Año 5 No. 14).

En conclusión, las medidas de satisfacción y garantía de no repetición son obligaciones del Estado frente al conglomerado en general, tanto en el ámbito nacional e internacional. Es decir, por un lado, encontramos a la víctima directa de la violación a los derechos humanos, que es a quien se le reparará el daño, pecuniario o no, por las acciones contrarias a derechos humanos llevadas a cabo por el Estado, por medio de sus órganos y, por otro lado, encontramos a la víctima indirecta, que es toda la sociedad en general, por el temor que existe de ser víctimas en determinado momento de las acciones contrarias a la ley. Por lo anterior, los Estados adquieren el compromiso de reparar a la víctima directa el daño moral, el lucro cesante y el daño emergente, así como de garantizar medidas de satisfacción y garantías de no repetición que implica el compromiso del Estado de buscar los mecanismos efectivos de reconocimiento de los hechos violatorios a los derechos de las víctimas, así como para que las acciones violatorias a derechos humanos no se vuelvan a repetir.



En la legislación guatemalteca el artículo 119 del Código Penal, relativo a lo que para nuestro medio constituye la responsabilidad civil y la extensión de la misma, establece: a) la restitución, b) la reparación de los daños materiales y morales y c) la indemnización de perjuicios. Para tal efecto, nuestra ley comprende a la restitución como la entrega de la misma cosa si fuere posible con los abonos de los menoscabos y deterioros. En cuanto a la segunda forma señala que la reparación comprenderá la valoración del daño material atendiendo el precio de la cosa (daño material) y de la afección del agraviado (daño moral) si fuere determinable

Por aparte, en la nueva ley denominada Ley Orgánica Del Instituto Para La Asistencia Y Atención De La Víctima Del Delito, - Decreto 21-2016 del Congreso de la República-, en su artículo 29, se refiere a la obligación estatal de coadyuvar con el Ministerio Público a la garantía y defensa del derecho a la reparación digna de la víctima del delito, la cual para esta norma comprende además de las establecidas en la ley, la de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición, con lo cual se amplía dentro de nuestra legislación lo relativo al contenido de la responsabilidad civil ex delito.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo referente al sistema de reparaciones, reconoce dentro del sistema de reparaciones toda esa gama de clases de responsabilidad civil y las formas en que puede ser reparado. Como ejemplo de lo anterior, se hace cita de la sentencia dictada por ese órgano internacional dentro del caso *Veliz Franco y otros versus Guatemala*, proceso dentro del cual se dictó la sentencia de 19 de mayo de 2014, en la cual luego de determinar una serie de violaciones a los derechos de la menor María Isabel Veliz Franco, recomendó entre otros y en cuanto al sistema de reparaciones, lo siguiente:

1. Recomendar que se complete la investigación de manera oportuna, inmediata, seria e imparcial con el objeto de esclarecer el asesinato de María Isabel Veliz Franco e identificar, juzgar y, en su caso sancionar a los responsables.



2. Reparar plenamente a los familiares de María Isabel Veliz Flores por las violaciones de los derechos humanos [...] establecidos.
3. Implementar como medida de no repetición, una política estatal integral y coordinada, respaldada con recursos públicos adecuados, para garantizar que en los casos específicos de violencia contra las mujeres, sean adecuadamente prevenidos, investigados, sancionados y reparados.
4. Adoptar reformas en los programas educativos del Estado, desde la etapa formativa y temprana, para promover el respeto de las mujeres como iguales, así como el respeto de sus derechos a la no violencia y a la no discriminación.
5. Fortalecer la capacidad institucional para combatir la impunidad frente a casos de violencia contra las mujeres por medio de las investigaciones criminales efectivas con perspectiva de género, que tengan un seguimiento judicial constante, garantizando así una adecuada sanción y reparación.
6. Implementar medidas y campañas de difusión destinadas al público en general sobre el deber de respetar y garantizar los derechos de las niñas y los niños.
7. Adoptar políticas públicas y programas institucionales integrales destinados a eliminar los estereotipos discriminatorios sobre el rol de las mujeres y promover la erradicación de peticiones socioculturales discriminatorios que impiden su acceso pleno a la justicia, que incluyan programas de capacitación para funcionarios públicos en todos los sectores del Estado, incluyendo el sector educación, las ramas de administración de justicia y la policía y políticas integrales de prevención.

En dicha sentencia se hace referencia a una diversidad de medidas de reparación dentro de las cuales se mencionan a la propia sentencia como una forma de reparación, así como las medidas de satisfacción las cuales se pueden traducir, en publicaciones de sentencias, actos conmemorativos y de disculpas públicas,



otorgamiento de becas de estudio, construcción de monumentos conmemorativos así como reparaciones de daños y lucro cesante. También, ha reconocido las garantías de no repetición, dentro de las cuales se puede mencionar el fortalecimiento de instituciones para combatir la impunidad. Y por último, reconoce las medidas de indemnización por daños materiales e inmateriales, definiendo a estas últimas como los sufrimientos y las aflicciones causados por la violación como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas.

En la doctrina tradicional, se han establecidos clases de reparación, tales como la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, por ello, cuando se hace alusión a la reparación civil ex delicto, viene a la mente inmediatamente que la misma es de carácter económico, debido a que nuestro Código Penal reconoce tres clases de reparación, a saber, la reparación, la restitución e indemnización de perjuicios, sin considerar que también existe otro tipo de daños en el cual no es compensable normalmente en dinero, sino que la persona amerita otro tipo de compensación y cuando son de tipo colectivo o de lesa humanidad, la compensación económica pareciere no ser el método más adecuado, sin embargo, en la reparación desde el punto de vista de sanción penal, antes de determinar sus límites, primero se debe de comprenderse su alcance.

Ya se ha desarrollado, que dentro de los tipos de reparación, unas variantes nuevas, reconocidas tanto en el ámbito internacional como nacional, como lo es la inclusión de la víctima a su sociedad en el pleno goce de su derecho vulnerado y dentro de estas medidas se encuentran aquellas que son de carácter social como lo es la garantía de no repetición, la reparación simbólica y la rehabilitación que no persiguen un resarcimiento económico como aspecto fundamental, pero, aun así, se manifiesta como un servicio social a la víctima en el cual tiene accesos a servicios y derechos que oportunamente le fueron vedados, los cuales para su implementación requieren una inversión económica, que no llega a la víctima en moneda, sino por medio del acceso a esos servicios. Por ello, hay que tomar en cuenta, que estos nuevos tipos de reparación, no necesariamente deben de ser de carácter económico, sino puede

también manifestarse en otras formas, tales como el trabajo social, el trabajo comunitario, el reconocimiento de la responsabilidad en actos de lesa humanidad entre otros. Esto debido a que el daño no es exclusivamente de tipo patrimonial, pues existen otras formas, como lo es el daño moral individual o colectivo, en la cual se requiere otro tipo de reparación.

Partiendo de esa idea, la reparación, no debe de ser *numerus clausus*, sino que la misma debe de quedar abierta a las necesidades de la víctima, es decir, *sin definición*, pero tendrá su límite en la imaginación del juzgador que la imponga, conforme a las necesidades de la víctima y las circunstancias del caso, o bien que se incluyan dentro de las clasificaciones ya referidas. No se habla acá de las posibilidades del infractor, para determinar el quantum o alcance de la reparación, pues, la reparación efectiva del derecho violado a la víctima, sería la retribución en su justa medida a que se sometería el delincuente.

La no nominación de las clases de reparación civil *ex delicto*, bajo esa premisa, puede ser adaptada a cada situación penal que acontezca. Entonces, para que el juzgador pueda imponer algún tipo de reparación, se le debe de permitir legalmente que este pueda aplicar todas aquellas reparaciones que se encuentran contempladas en los tratados internacionales de derechos humanos o de carácter internacional humanitario, sin necesidad de que sean parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.





La reparación civil desde la perspectiva de la ciencia de la victimología

Definitivamente, la reparación civil se debe ubicar como parte del estudio de la victimología, pues esta es una consecuencia de los derechos que tiene la víctima de la comisión de un delito. Pero para poder dar un enfoque desde esta ciencia sobre la reparación civil, debemos partir del significado de la victimología y cuáles son sus objetivos más básicos con el fin de entender la relación de la reparación civil con esta ciencia.

1. Definición de victimología

Según el autor José Adolfo Reyes Calderon²⁵, es en el I Simposio de Victimología celebrado en Jerusalén en 1973, en donde se definió de una manera escueta a este término como: “El estudio científico de la víctima”. Sin embargo, según este autor, existen diversas posturas para poder definir a esta figura, pues algunos le niegan su carácter de ciencia independiente y que la ubican como parte de la criminología, tales como autores como De Rivacoba, Sainz Cantero, Güntar Kaiser, Fattah por mencionar algunos, mientras que otros le asignan una categoría de ciencia independiente, tales como Benjamin Mendelsshon, Israel Drpakin, Luis Rodriguez Manzanera.

Partiendo de esas dos posturas, se pueden evidenciar dos tipos de definiciones, las que le otorgan su carácter de ciencia y las que le niegan esa categoría y para poner un ejemplo se señala la definición que nos da José Antonio Sainz Cantero²⁶, que señala que es una rama de la criminología que se ocupa de la víctima directa del crimen y que comprende el conjunto de conocimientos biológicos, psicológicos, sociológicos y criminológicos concernientes a la misma.

²⁵ J. R. Reyes Calderon y R. De León Dell. *Victimología*. 3ª Edición. Guatemala C.A. 2002. Pág. 167 y ss.

²⁶ J. A. Sainz Cantero. *Lecciones de derecho penal parte general*. 3ª edición. Barcelona: Bosch. 1990. Pág. 82



En contrario a la postura anterior, el autor citado menciona la definición que brinda Luis Rodríguez Manzanera, que señala que la victimología es el estudio científico de las víctimas. Sin embargo, señala que esta ciencia no se agota con el estudio de la víctima, sino que atiende a otras personas que son afectadas y a otros campos no delictivos como puede ser el de los accidentes. Y él por su parte, adopta la posición de que la Victimología es una ciencia autónoma, porque sistematiza conocimientos sin que su organización genere principios universales, sin embargo, posee un objeto, métodos y finalidad propia.

2. Objeto y finalidad de la victimología

En términos sencillos el objeto de la victimología es la persona humana afectada por la comisión de un hecho delictivo, mientras que la finalidad crear una serie de principios, doctrinas, políticas e instituciones que se encarguen de que los derechos de la víctima sean reconocidos, protegidos o tutelados y restituidos, lo que incluye los programas de restitución y formas de hacerlo.

En lo concerniente a la reparación civil, hay que citar a los *Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos Y Obtener Reparaciones*, emitido por las Naciones Unidas, según resolución 60/147 a los cuales se hará referencia más adelante y con más detalle, los que establecen una amplia variedad de medios materiales y simbólicos de reparación a las víctimas y está compuesto por los principios que escriben distintas formas de reparación.

Sobre las formas de reparación, estos principios desarrollan el alcance y contenido de las mismas, que incluyen tanto las reparaciones monetarias como las no monetarias, tales como la restitución que se refiere a la medida en que se puede devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o del Derecho Internacional humanitario. De igual

manera se refiere a la restitución, que comprende el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso al lugar de residencia, la reintegración en el empleo y la devolución de bienes.



En cuanto a la indemnización señala que esta ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables. Agrega que el daño que dé lugar al pago de una indemnización puede ser consecuencia de un daño físico o mental, la pérdida de oportunidades, tales como las de empleo, educación y prestaciones sociales, perjuicios morales, gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, y servicios psicológicos y sociales.

Entre otras formas de reparación, que no son de carácter económico propiamente, menciona la de la rehabilitación la cual incluye atención médica y psicológica, los servicios jurídicos y sociales. De las de satisfacción incluye una gran variedad de medidas, tales como el cese a las violaciones hasta la revelación de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas, la recuperación de cadáveres y su nueva inhumación, disculpas públicas, sanciones judiciales o administrativas, conmemoraciones y enseñanza de las normas de derechos humanos.

Por último, hace mención de las garantías de no repetición que tienden a las reformas institucionales orientadas a asegurar el control civil de las fuerzas militares y de seguridad, el fortalecimiento de la independencia judicial, la protección de los defensores de los derechos humanos, la promoción de la observancia de las normas de derechos humanos en la administración pública, las fuerzas de seguridad, los medios de información, y los servicios psicológicos y sociales.



IV

Sujetos de la responsabilidad civil

La ejecución de un acto dañoso apareja la obligación de responder por el daño causado y esta se dirige en contra de un sujeto, que normalmente es el autor directo del mismo, así como también el llamado a reclamarla es la víctima del hecho dañoso. Sin embargo, por una de las características de la responsabilidad civil, que señala que la misma es transmisible a terceros, nos permite extender la misma a terceras personas ajenas al hecho delictivo, que directamente tienen relación tanto con el autor de daño como del que lo sufre. A partir de ese razonamiento, tanto del lado del afectado por el daño ex delito como del autor del mismo, existen diversas personas que integran legalmente la relación jurídica derivada de la responsabilidad civil, las cuales para tener participación de la misma en forma voluntaria u obligatoria, según sea el lado al que pertenezca, deben de cumplir con ciertas características que le permiten reclamar el derecho o bien ser sujetos obligados a responder por los daños causados.

De las personas con legitimación pasiva

Responsabilidad por hecho propio

1. El autor

En esta categoría se encuentra únicamente el autor directo del delito y daño, quien debe de responder del mismo, sea porque lo causó con intención o por descuido o imprudencia. De conformidad con la legislación guatemalteca que regula lo relativo a las obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos, dentro de la cual sanciona en el artículo 1645 del Código Civil que la persona que cause un daño o perjuicio de manera intencional o por imprudencia o negligencia, genera la obligación de repararlo.

Dentro de la responsabilidad *ex delito*, establece en los artículos 1646 y 1647 del código citado, que el responsable del delito, doloso o culposo, está obligado a responder a la víctima de los daños o perjuicios que se hubieren causado. Así mismo,

establece que, a pesar de la exención de la responsabilidad penal, no indica que se libere de la responsabilidad civil, lo que queda a discreción judicial exonerada o no, tal sería el caso, de una causa de justificación o de inimputabilidad, pero en sí el hecho existe y el daño ha sido causado y el que lo ejecutó, a pesar de no ser responsable penalmente, debe de responder del daño que causó.

De igual manera, se contempla en el artículo 112 y 113 del Código Penal, que la responsabilidad penal, tanto del autor y cómplice, apareja la responsabilidad civil, pero esta se completa al indicar que si son dos o más personas los autores de un hecho delictivo, ambos son responsables solidariamente, no solo respecto de la cuota que les haya sido asignada, sino también responden de la cuota asignada a los demás coautores, que no respondan de su obligación civil frente a la víctima de una manera subsidiaria. De esta forma, se pretende proteger los derechos de la víctima, en el sentido de que la insolvencia de alguno de los culpables penales no será obstáculo para que la misma sea pagada por aquellos que si pueden cubrir el monto de la responsabilidad civil “ex delito” asignada.

Es necesario recalcar que nuestra normativa contempla que la responsabilidad civil ex delito, es transmisible a los herederos del responsable, quienes deberán responder de los daños y perjuicios causados a la víctima, hasta donde alcancen los bienes relictos.

2. Otros partícipes

Dentro de esta categoría, conforme el artículo 114 del Código Penal, se encuentran aquellos que se benefician económicamente de los efectos de un delito, entendiéndose a estos últimos como las personas que sin participar del hecho, pero que con conocimiento de causa, se beneficia económicamente de las resultados del delito, de quien se señala que debe responder por el monto en que hubieren lucrado. Respecto de los cómplices del delito, a estos también se les aplica la solidaridad mancomunada respecto a la obligación de reparar el daño, juntamente con el autor o autores del delito.





Por aparte, en los casos de inculpabilidad derivados del miedo inminente y fuerza exterior, la responsabilidad civil se transmite a aquellos que hubieren causado el miedo o aplicado la fuerza, así mismo a aquellos que hubieren actuado obligados por un estado de necesidad de salvarse o salvar a otros, responderán civilmente aquellos a cuyo favor se evitó el mal. Incluso, en los casos de inimputabilidad por minoría de edad o incapacidad, serán responsables los encargados o tutores, de manera subsidiaria, salvo que demuestren que no incurrieron en descuido o negligencia en la vigilancia del sujeto que cometió el hecho. Este apartado, será desarrollado más adelante, en donde se especificará las circunstancias que hacen que los guardadores o tutores responden civilmente.

3. Responsabilidad por hecho ajeno

A este tipo de responsabilidad se le llama “responsabilidad por hecho ajeno o responsabilidad indirecta”, los cuales se encuentran contemplados en las legislaciones civiles, y se refiere a aquellas personas que por alguna causa se encuentran relacionadas con el autor del daño, dentro de las cuales se encuentran la responsabilidad de los padres, de los tutores y curadores, de los directores de colegios, maestros o artesanos, de los patronos, de los medios de transporte, incluso determina la responsabilidad del Estado y las municipalidades, sólo que de manera subsidiaria, de las cuales se exponen sus características que deben darse para que se les pueda imputar, junto con el autor del daño, la responsabilidad civil nacida del delito.

3.1 Responsabilidad de padres, tutores o curadores

La responsabilidad de los padres, tutores o curadores, no es *per se*, es decir, no solo por tener tal calidad la responsabilidad es inherente, sino está sujeta a diversas circunstancias que se hace necesario analizar. Definir esas circunstancias, nos remite a la posición de la doctrina al respecto y para ello, señalaremos las apreciaciones realizadas por Bustamante Alsina, que indica, que la responsabilidad de los padres de

un menor, tienen responsabilidad de los daños causados por este, siempre y cuando habiten con ellos, y en su defecto del que ejerza la tenencia del menor. Si no es así, la responsabilidad radica en la ausencia del deber de cuidado en cuanto a la vigilancia que debe de ejercerse sobre los menores y que se hallen sujetos a la patria potestad.



La responsabilidad puede ser indirecta, pues el acto es ejecutado por el hijo, con repercusión a su persona del padre o encargado del menor, la cual, a su vez puede ser personal cuando el hijo es menor de diez años debido a que carece de discernimiento para comprender de los efectos del daño causado, o bien puede ser subsidiaria o refleja, cuando el hijo es mayor de diez años y responde por su propio hecho, por lo que los padres, pueden repetir contra el menor y afectarle su patrimonio²⁷.

Para delegar la responsabilidad en los padres, se requiere que concurren las siguientes circunstancias

a. Que el o los hijos sean menores de edad²⁸

Debido a la edad del hijo, los padres adquieren una responsabilidad indirecta o bien una responsabilidad subsidiaria o refleja. En ese sentido los padres responden de los daños causados por sus hijos cuando estos no han cumplido diez años, pero si son mayores de esa edad, la víctima del acto ilícito puede demandar a este como personalmente responsable y en subsidio a sus padres por la responsabilidad refleja de ellos, teniendo estos última acción recursiva sobre los bienes del menor.

b. Que el menor esté bajo la patria potestad del pretendido responsable

Este requisito sirve para determinar la responsabilidad de los padres, pues solo le corresponde la responsabilidad a aquel que tiene el cuidado asignado, debido a que solo uno de ellos ejerce la patria potestad del menor.

²⁷ J. Bustamante Alsina. Ob. Cit. Págs. 353 y s.s.

²⁸ De conformidad con el artículo 1 de la Convención De Los Derechos Del Niño, se entiende como niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.



c. Que los hijos menores habiten con sus padres

Refiere a que la responsabilidad de los padres se habilita, si el menor vive con ellos, puesto que de caso contrario, el no habitar con los hijos, el padre se ve liberado de tal obligación debido a que no puede ejercer su deber de vigilancia y autoridad sobre el menor.

La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase y se encuentra bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, tal el caso de un tutor o protutor, así como también si los padres prueban que no pudieron impedir el daño con la autoridad que ejercían²⁹.

La responsabilidad de los tutores o curadores, requiere como condición que:

a. El autor del daño sea incapaz

En este tipo de casos, la incapacidad no es de hecho, sino que debe de ser declarada judicialmente. En estos casos, solo opera la responsabilidad indirecta de los tutores bajo cuya autoridad el incapaz se encuentra.

b. Que el autor del daño se encuentre bajo tutela o curatela

Esta condición implica que el incapaz debe de tener un representante legal, a quien legalmente se le haya discernido el cargo.

Que los incapaces habiten con sus tutores o curadores

Al igual que la condición requerida para los padres, en este caso. La responsabilidad de estos, cesa por los mismos motivos que exoneran de responsabilidad civil a los padres³⁰.

²⁹ J. Bustamante Alsina. Ob. Cit. Págs. 353 y s.s.

³⁰ Ídem.

De conformidad con la legislación guatemalteca en el artículo 1660 del Código Civil, los padres, tutores o guardadores del menor de quince años o de los incapaces son responsables de los daños cometidos por estos, salvo que demuestren que les fue imposible evitar el daño o perjuicio. Si el menor fuere mayor de quince años o que el incapaz haya actuado en un momento de lucidez, entonces, estos responderán personalmente por el daño causado, liberando a los padres de tal obligación.

El artículo 116 del Código Penal señala que la responsabilidad civil de los inimputables que proviene del delito, se transmite a los que tienen la patria potestad o su guarda legal, salvo que demuestren que no incurrieron en descuido o negligencia en la vigilancia del que cometió el delito, pero dicha ordenanza queda limitada a lo establecido en el código civil. En conclusión, conforme a estas normas señaladas, tenemos que los menores de edad que hayan cumplido los dieciséis años responden personalmente de los actos dañosos causados, quedando desligados de esa manera los que ejercen la patria potestad del menor.

De igual manera, liberará de responsabilidad civil a los tutores o guardadores, cuando el interdicto actúa en un momento de comprensión del acto que realiza. Así también para aplicar al caso los aspectos doctrinarios citados anteriormente, se debe de remitir a la normativa relativa a la patria potestad o de la tutela o curatela.

3.2 Responsabilidad de los directores de colegios y maestros artesanos

Al igual que la responsabilidad de los padres y tutores, la responsabilidad de los directores y maestros artesanos, se circunscribe al deber de vigilancia que debe de ejercer sobre los estudiantes o aprendices que estén bajo su supervisión. Y de igual manera que los padres o tutores, su límite de responsabilidad también está determinado por la edad del infractor. En el caso de Guatemala, conforme el artículo 1661 del Código Civil, responden por los alumnos o aprendices menores de quince de años, agregando que para que esta obligación subsista, estos deben de estar bajo la autoridad o vigilancia de aquellos.





Para que la responsabilidad sea imputable a estas personas es necesario que se den dos condiciones, siendo la primera que el daño causado por el menor, se haya causado en el tiempo que el alumno o aprendiz se encuentre bajo la vigilancia del director o maestro, sin distinción del lugar en que se encuentren y la segunda se refiere a que el menor sea menor de quince años.

El Código Civil guatemalteco en el artículo 1,662 les otorga una exención de responsabilidad a estas personas y es que demuestren que les fue imposible evitar el daño o perjuicio, exención que no comprende la circunstancia de haber sucedido el hecho en ausencia del director o jefe de talleres, si aparece que ellos no han ejercido vigilancia sobre los menores o incapaces.

3.3 Responsabilidad de dependientes

Dentro de este ámbito de responsabilidad extracontractual funciona la responsabilidad indirecta del principal por el daño causado por sus dependientes. Para este caso se han propuesto tres teorías:

1. La que se refiere a una preceptiva referida exclusivamente a la carga de la prueba. Por lo que, en el momento de establecer una presunción de culpa *in eligendo* e *in vigilando* del principal, lo cual puede excusar su responsabilidad del principal.
2. La segunda que es contraria a la primera, referente al sistema de inexcusabilidad, en la que se crea una presunción absoluta que no admite prueba en contrario, es decir que erige en la norma una presunción *juris et de jure*. Los autores que apoyan esta teoría, consideran que la responsabilidad del principal o comitente existe, aunque este pruebe que no le ha sido posible evitar el hecho. Esta teoría busca crear una política de prevención de riesgos

con el fin de estimular a los patrones a fin de que elijan buenos dependientes y para que los vigiles celosamente.



3. La tercera teoría que es la más aceptada, que defiende a la no excusabilidad de la responsabilidad del principal, pero con distinta perspectiva. Los teóricos señalan que es insostenible mantener el principio *juris et de jure*, de culpa, porque no se puede afirmar que se establece una presunción allí en donde se prohíbe probar en contra de la misma, dado que las presunciones funcionan en el régimen de las pruebas procesales y al invertir la carga de la prueba, incumbirá al demandado demostrar que no ha ocurrido lo que acostumbra suceder.

Por aparte, en este tipo de responsabilidad algunos consideran que se aplica la teoría del riesgo creado, tanto porque la actividad ejercida o la cosa empleada tiene un riesgo, lo que no supone el supuesto de responsabilidad del principal y porque el empleo de otra persona en la ejecución de un acto o una función, no es de por sí un riesgo. Debido a ello, han llamado a este factor de responsabilidad “deber de garantía”, la cual requiere de tres condiciones para acreditarlo y son:

➤ **Relación de dependencia**

Esta refiere a que debe de existir una relación de dependencia o subordinación entre el principal y el autor del acto ilícito, por lo que esta responsabilidad carecería de justificación si no existe una vinculación entre estos. Esta dependencia no necesariamente implica una relación contractual, sino, simplemente, que el autor del daño haya dependido para obrar de una autorización del principal, es decir, que la subordinación resulte, aunque sea ocasionalmente, gratuita o remunerada.



➤ **Ejercicio de la función**

A pesar de la relación de dependencia, es necesario que el daño causado por el subordinado tenga relación con la función encomendada y no puede endilgarse responsabilidad al principal, si el dependiente no está cumpliendo una actividad en el interés del principal. Respecto a esto, se establecen dos teorías, una restrictiva que señala que solo se admite la responsabilidad del principal, cuando los hechos ilícitos del dependiente lo han sido en el ejercicio de la función encomendada, aun cuando ella fuere ejercida irregular o abusivamente. Y la otra, refiere cuando el acto ilícito del dependiente ha sido causado con motivo o en ocasión de la función. A estas teorías derivado de sus críticas se les ha agregado que la responsabilidad del principal debe de admitirse siempre que haya una razonable relación entre la función y el daño.

➤ **Acto ilícito del subordinado**

Este precepto requiere que el subordinado sea el mismo responsable y que haya obrado con dolo o con culpa. Entonces la responsabilidad del principal existe por el hecho ilícito del dependiente, pero si el hecho no es imputable al subordinado, entonces la base de la acción de indemnización desaparece (Bustamante Alsina, 1993).

Al respecto de la responsabilidad de los dependientes, el artículo 1,663 del Código Civil establece que los patronos y los dueños de talleres, hoteles, establecimientos mercantiles o industriales y todos aquellos que tienen a otra bajo su cargo, responden por los daños o perjuicios que sus empleados causen. Sin embargo, para que esto suceda, no basta únicamente con que exista una relación de dependencia, sino que requiere un requisito esencial que es preponderante para indilgar dicha responsabilidad, y es que los actos se cometan en actos del servicio.

Este requisito implica que, para que la responsabilidad de estas personas se genere, es necesario que la persona se encuentre en un horario laboral y que esté



ejerciendo sus labores propias del trabajo asignado, pues puede ser que una persona se encuentre dentro del horario de trabajo cuando sucede el hecho, pero que este hecho o acto, no se propio de la tarea asignada, como por ejemplo que el trabajador, se le contrate para vigilar una propiedad y que en lugar de hacer lo asignado, se dedica a registrar y robar dentro del inmueble en que se le designó el servicio de vigilancia, lo cual no constituye un acto del servicio.

Dentro de este apartado, podemos incluir también a las personas jurídicas, al Estado y municipalidades, pues estas serán responsables de los actos de sus representantes, funcionarios, empleados públicos, siempre y cuando sea en el ejercicio de sus funciones o cargos.

V

De las personas con legitimación activa para demandar

1. Damnificado directo

Para el autor Jorge Bustamante Alsina la persona que sufre directamente los efectos dañosos del delito, sea una lesión moral, corporal o patrimonial, es el primer legitimado para reclamar al responsable o responsables la restitución de los daños causados a su persona³¹. De igual manera, los derechos que tiene el damnificado directo del delito, lo tienen sus herederos para hacerla efectiva cuando la víctima directa ha fallecido. No hay que confundir a los herederos con los damnificados directos, pues en este caso, se refiere al caso de que la víctima directa está ejerciendo su derecho a la reparación y fallece, la que es continuada por sus herederos, mientras que la para los damnificados indirectos, son aquellos que reclaman un derecho propio a consecuencia del fallecimiento o incapacidad del damnificado directo.

³¹ J. Bustamante Alsina. Ob. Cit. Págs. 542 y ss.



El artículo 117 del Código Procesal Penal en lo que atañe al damnificado directo reconoce a la víctima como la persona individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de un delito. Es decir, la persona damnificada puede ser una persona individual o colectiva que haya recibido el daño directamente.

2. Damnificado indirecto

Seguido a la víctima directa del delito, existen también todas aquellas personas que, sin haber sido víctimas o damnificados directos de los actos del delito, se ven perjudicados por el daño causado por los efectos colaterales del delito mismo. La discusión sobre este tema radica en el límite de las personas a las que se les reconoce el derecho a reclamar indemnización. El autor, Borda, - citado por Bustamante Alsina- señala que debe de limitarse este reconocimiento a la conexión del hecho ilícito con el daño que debe de ser más o menos próxima y previsible. Así también, una vez determinado la legitimación hay que establecer si el perjuicio reviste las características de daño resarcible, es decir que se hubiese un interés legítimo de ese tercero.

Cuando la víctima fallece, se delimita la legitimación del damnificado indirecto y son

- 1) El cónyuge;
- 2) Los hijos;
- 3) Los padres y los demás ascendientes;
- 4) A los demás descendientes legítimos o extramatrimoniales;
- 5) Los hermanos;
- 6) A cualquier persona que sin ser pariente del muerto recibe alimentos en virtud de título legítimo (donante) ³²

³² Ídem.



En las recientes modificaciones realizadas a la ley procesal penal, se eliminó la figura del actor civil, así como las características y circunstancias en que la misma debía ser ejercida e incluso se eliminó la norma que regulaba la titularidad de la misma. En su lugar se creó la figura denominada “Derecho a la reparación digna”, que se entiende como el derecho que tiene la víctima a que se le restaure el derecho afectado y que se le indemnice de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito.

Para entender quienes se consideran víctimas, el artículo 117 inciso 1º del Código Procesal Penal, reformado por el artículo 38 del Decreto 21 -2016 del Congreso de la República, se estipulo que:

Son víctimas las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidas 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 vigente. Se incluye además, en su caso, al cónyuge, los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa y/o a la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito, y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Dentro de esta clasificación, también se debe de incluir a las asociaciones en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, con la condición de que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses.

Partiendo de las definiciones antes descritas, debe quedar claro que, en el caso del damnificado directo, es aquella que sufre el daño en su persona propiamente, y a las indirectas, lo comprenden el cónyuge supérstite, familiares ascendentes o descendientes o convivientes en el momento de cometerse el hecho delictivo en ausencia o incapacidad del afectado directo y por último incluye a personas ajenas que intervinieron para ayudar a la víctima en peligro o prevenir su victimización.



CAPÍTULO III



La responsabilidad civil *ex delicto* en el marco jurídico internacional

La protección a la persona humana, se encuentra reconocida en el ámbito internacional, por medio de declaraciones universales o tratados específicos a una materia, - tales como las víctimas de guerra, trata de personas, protección a menores, mujeres y ancianos entre otros - y se centran más a la protección de las personas que son víctimas del Estado y la forma en que debe de ser reparados sus derechos, que no necesariamente implica una compensación económica. Dentro de esta protección, se incluye el derecho a la reparación civil producto de delitos o vejaciones del propio Estado, en ocasiones no tan específica, pero se enmarca como un derecho inherente a la igualdad, tutela efectiva y derecho de defensa las personas.

Para determinar la responsabilidad *ex delicto* específicamente y su forma de ejecutarla, se encuentra en diversas normas internacionales de manera directa, las cuales son de carácter obligatorio para todos aquellos Estados que son parte de dichos tratados o convenciones. En el marco de este tema, se desarrollarán las convenciones relativas a la reparación civil, así como todas aquellas medidas que se han adoptado en el ámbito internacional para fomentar y lograr la reparación civil efectiva proveniente de un hecho ilícito penal y se incluirán algunos de los tratados internacionales que regulan el derecho a la reparación civil de la víctima de un delito.

Así mismo, se tocará lo relativo al derecho comparado, en el sentido de establecer los países que han adoptado medidas más directas para reparar el daño, así como establecer las formas de reparación que puedan ser susceptibles de aplicarse para obtener el resultado esperado, según el tipo de reparación que se pretenda. En este tema además se incluirá las clases de reparación que reconocen las diversas legislaciones y las doctrinas aplicables.



1. Reuniones preliminares

Cuando tomó auge la ciencia de la victimología, se consideró en cuanto al agraviado, crear mecanismos para garantizar la asistencia, reposición y trato de las víctimas. Los programas iniciales que se desarrollaron en Nueva Zelanda, por los años sesenta, estaban encaminados al resarcimiento económico, el cual tenía similitud a un seguro social en el cual la persona que fuera víctima de un delito, tenía acceso a dicha prestación.

De acuerdo con el doctor Rony Eulalio López en el año de 1968, en los Ángeles, California, Estados Unidos de América, se llevó a cabo la Conferencia Internacional sobre la indemnización a las víctimas inocentes de actos de violencia, que tuvo por objeto hacer una comparación de los distintos programas de indemnización que se habían implementado en diversos países, para así comparar sus resultados y recomendarlo a países que no tenían estos programas. Y las conclusiones a que se arribó fueron, entre otros, las siguientes

- a. Que toda persona debía tener derecho a recibir una reparación económica por los daños sufridos, como consecuencia de un delito violento.
 - i. Se debía crear algún tipo de comisión indemnizatoria que debería ser independiente de los tribunales ordinarios.
 - ii. Se debía limitar la cuantía indemnizatoria, pero sin pasar ese límite, se debe cubrir las necesidades mínimas de la víctima.
 - iii. Se debía abarcar como un mínimo los gastos en asistencia médica.

Agrega que, posteriormente en el primer Simposio Internacional de Victimología que se llevó a cabo en Jerusalén el año de 1973, se inició a dar más importancia a la

asistencia económica a las víctimas, el que culminó con una serie de recomendaciones a los gobiernos de todos los Estados, las cuales se pueden agrupar en tres:

- La implementación de sistemas de reparación para las víctimas de los delitos.
- Crear programas de información sobre los programas de indemnización a la víctima por medio de entidades gubernamentales u organizaciones no gubernamentales.
- La instauración por parte de todos los Estados modelos de compensación entre autor y víctima.

El autor en cita, menciona, además, la celebración del Congreso Internacional de Derecho Penal de 1974, celebrado en Budapest, en la cual se recomendó a los Estados cubrir las indemnizaciones con el erario público, cuando el autor del daño resulta ser desconocido, o aun siendo identificado y este carece de los recursos suficientes para cubrir los daños y además aprueba los siguientes principios orientativos

- Que solo se debe de indemnizar los delitos dolosos contra la vida y la integridad de las personas.
- Que la indemnización de los delitos patrimoniales solo procede en casos extremos de necesidad de la víctima y que experimenten un detrimento en su sustento.
- Establecer la indemnización como un derecho.
- Y por último, que se financiara los fondos de indemnización por la vía fiscal u otras posibles fuentes de recursos.

Por último agrega una serie de conferencias y tratados que a continuación se detallan y explican su contenido y qué son.

2. Conferencia Internacional Sobre la Indemnización de Víctimas Inocentes de Actos de Violencia

Siguiendo lo señalado por el doctor López Contreras, puntualizó como fundamental el convenio 116 del Consejo de Europa del 24 de noviembre de 1983, que se llamó *Convenio Europeo Sobre Indemnización A Las Víctima De Delitos Violentos*, y en él se determinó, conforme los debates previos sobre estudios de victimología, que la víctima también era afectada psicológica y físicamente, además que se estableció que a la víctima le resultaba dificultoso defender sus derechos.

En esta convención se llegó a la conclusión de que debían ser valoradas, los derechos de la víctima y la protección de sus intereses, al igual que el tratamiento y rehabilitación social del delincuente y creó o estableció un sistema de indemnización a la víctima, en la cual El Estado debía compensar a la víctima bajo las siguientes circunstancias

- a. Porque ha fallado en la prevención del crimen.
- b. Porque han sido infructuosos las medidas de política criminal implementados.
- c. Que por virtud de que el Estado prohibió la venganza privada, entonces, este tenía que satisfacer a la víctima.
- d. Que el Estado justifica su intervención por razones de solidaridad social, equidad o justicia, en el sentido de que, si existen personas más vulnerables en la sociedad, la comunidad debe de alguna manera, compensarles por el delito que han soportado y el mal que han sufrido.
- e. Que si desaparece la injusticia que recae sobre las víctimas al establecer esta indemnización, será más fácil para el Estado aplicar una política criminal que sea menos punitiva, pero sea más eficaz.

Los requisitos de aplicación del referido convenio, primero que todo, no eran de aplicación directa en los Estados, porque cada uno debía de establecer las bases legales de este sistema en su territorio, los cuales comprenden.

- a. En cuanto al delito, este debe ser intencionado y violento. Así mismo, debe de existir la relación causal entre este delito y las lesiones físicas o psicológicas de la víctima, no importando si el delincuente ha sido condenado o no y su situación económica, en el sentido de es solvente o no.
- b. La indemnización debe cubrir las lesiones físicas graves y los daños de tipo psicológico y cada país establecerá la gravedad del caso.
- c. Debe cubrir como mínimo, los gastos médicos y de hospitalización, la pérdida de ingresos (lucro cesante) y los gastos del fallecimiento.
- d. Se debía ponderar la cuantía, estableciendo un límite máximo y mínimo, pero para establecer este límite, había que tomar en cuenta dos aspectos i) El comportamiento de la víctima en cuanto al delito. Es decir, si la víctima pertenece a una organización criminal que comete actos de violencia, o bien era un delincuente simple, porque dicha circunstancia suprimía la ayuda y, ii) Las víctimas serían no sólo la persona que ha sufrido el delito (víctima directa) sino también las personas que tuvieran algún tipo de relación con la víctima, si esta ha fallecido (víctimas indirectas).

3. Declaración de Naciones Unidas Sobre Los Principios Fundamentales De Justicia Para Las Víctimas De Delitos Y Del Abuso Del Poder (1985)

Durante el VII Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento de delincuentes celebrado en Milán en 1985, se dictó la resolución 40/34 que fijo las medidas que debían de tomarse en el plano internacional y regional para mejorar el acceso a la justicia y el trato justo, el resarcimiento, la indemnización y la asistencia social a las víctimas. Además, fijó las principales medidas para prevenir la victimización relacionada con los abusos de poder y facilitar remedios a las víctimas de dichos abusos.

Este texto se basó bajo el principio de que las víctimas tienen que ser tratadas con compasión y respeto a su dignidad, y que las víctimas tienen derecho a acudir a los mecanismos de la administración de justicia y también a recibir una rápida compensación por el daño que han sufrido. Ha sido el único instrumento internacional que proporciona una orientación a todos los estados miembros, acerca de la protección y reparación a la que tienen derecho las víctimas.

No se considera un tratado porque no impone ningún tipo de obligaciones jurídicas a los Estados. Con este texto, la víctima pasa a un plano internacional. Dentro de su normativa, se definió a la víctima como aquellas personas que individualmente o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones, que violen la legislación penal vigente en los estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. Incluso, no es necesario que se encuentren dentro del Derecho Penal nacional, pero que vulneren normas internacionalmente reconocidas, relativas a derechos humanos.

La concepción de víctima se extendió a los familiares directos o personas directamente a cargo de la víctima, así como también a las personas que sufran daños al intervenir para asistir al afectado por el delito. Se establece en esta declaración el principio de independencia de la víctima, con respecto al victimario. La víctima recibirá atención, será entendida como tal, a pesar de que no se identifique, no se detenga o enjuicie o condene al victimario. En el ámbito de un proceso judicial, la declaración contiene una serie de disposiciones sobre el acceso a la justicia y el derecho a un trato justo. Se habla del derecho de la víctima a ser resarcido, derecho a la indemnización y el derecho de defensa (López Contreras, 2005).



1. Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos no regula de manera específica la protección de los derechos de la persona a una responsabilidad y reparación civil, proveniente de un delito, debido a que su génesis deviene de la injusticia y al tratamiento inhumano de las personas, que generaron guerras, conflictos armados y levantamientos populares, que dieron lugar a declaraciones de derechos humanos con muchos siglos de antelación a esta declaración.

La carta de las Naciones Unidas, que luego paso a llamarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tiene lugar luego de la culminación de la Segunda Guerra Mundial, y ella se refiere a aspectos generales relativo a la protección de los derechos humanos inherentes a la persona, a la cual no se le debe de dar una interpretación restrictiva, sino extensiva, y por lo tanto, la reparación civil, proveniente de un delito, la podemos enmarcar en el artículo 1 que regula que: Todos los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia deben de comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Bajo esta perspectiva, tenemos que la responsabilidad *ex delicto*, afecta dependiendo de la acción delictiva, a la persona per se, es decir, su integridad o dignidad o bien recae sobre su patrimonio, que afecta directamente su derecho de propiedad y de igual manera insta a las personas a respetar esos derechos al señalar que se deben de comportar de manera fraternal.

Así también, dentro de esta normativa se encuentra el artículo 8 de la referida declaración que establece que: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. Al amparo de

esta norma, la persona, tiene derecho a que sus derechos sean restituidos por medio de los medios legales establecidos por cada Estado.



De igual manera se encuentra regulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2, que regula que los Estados contratantes, se comprometen a garantizar que a toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos, le hayan sido violentados podrá interponer un recurso efectivo.

2. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El 1 de julio de 2002 entró en vigencia el Estatuto de Roma, cuyo origen se remota, al año de 1872, momento en el cual Gustav Moynier, cofundador de la Cruz Roja, propuso la creación de una corte permanente en respuesta a los crímenes de la guerra Franco-Prusiana. Posteriormente, vuelve a considerarse el tema luego de la I Guerra Mundial con el Tratado de Versalles de 1919. Este tratado tenía como finalidad crear una corte internacional ad-hoc para juzgar a los criminales de guerra alemanes.

Después de terminada la II Guerra Mundial (1939 – 1945), los países aliados crearon los tribunales de guerra los cuales fueron denominados de Nuremberg y Tokio para juzgar a los criminales de guerra que conformaron el bloque del Eje. (Alemania, Japón e Italia)

Posteriormente, en 1948 la Organización de las Naciones Unidas creó la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, en la cual se establece que los criminales deben ser juzgados por los tribunales penales internacionales que tengan jurisdicción y junto con la Comisión de Derecho Internacional (CDI), analizaron la posibilidad de establecer un órgano judicial internacional para juzgar a las personas acusadas de genocidio, el cual no fue concluido. Sin embargo, motivados por los conflictos internos entre países europeos y de América Latina, se retoma el tema, concluyendo en el Referido Estatuto.



La referencia histórica de este tratado es con el fin de destacar que dicho estatuto, tiene como finalidad juzgar delitos de trascendencia internacional, entre ellos, genocidio, crímenes de guerra, lesa humanidad y agresión que se derivan de conflictos bélicos, pero lo que atañe a este tema, es que en dicho tratado se reconoce el derecho a la “reparación civil”, el cual debe de ser procurado por el Estado contratante.

El Estatuto de Roma establece dos aspectos referentes a la víctima, el primero se encuentra establecido en el artículo 68 del referido tratado, que regula la protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones, en el cual se destaca la necesidad de adoptar las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos, debiéndose para el efecto considerar factores como la edad, el género, la salud, así como la índole del crimen.

Y el segundo, de manera más específica, es el referido en el artículo 75 en que se estableció el derecho a la reparación de las víctimas, fijando principios aplicables para la reparación, que incluye la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. En ese parámetro, la Corte, ya sea a solicitud de parte o de oficio, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

Incluso, el referido tratado, instituyó un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas y sus familiares de los crímenes que conforman la esfera de competencia de la Corte, los cuales se conforman por las multas y los decomisos que se causen a los victimarios.



3. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones³³

Estos principios fueron emitidos bajo la resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas -ONU- el 16 de diciembre de 2005, en la cual para emitirla se fundamentó en la Carta de la Naciones Unidas, La declaración Universal de Derechos Humanos, Los pactos internacionales de derechos humanos y otros instrumentos pertinentes en la esfera de este tipo de derechos y la declaración y programas de acción de Viena.

En su emisión consideró la importancia del derecho a interponer recursos y obtener reparaciones de las víctimas manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario de manera sistemática a nivel nacional e internacional. Así mismo, aclaró que estos principios, no constituían nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que establecen mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme las normas internacionales de derechos humanos y al Derecho Internacional humanitario, que a pesar de ser diferentes se complementan.

Destacó en su preámbulo para la implementación de dicha normativa, la existencia de nuevas formas y contemporáneas de victimización, aunque dirigida contra personas, puede estar dirigidas además contra grupos de personas, tomadas como objetivo colectivamente. Y en ese sentido estableció los principios básicos que a continuación se describen, solo en cuanto a la reparación.

- a. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el Derecho Internacional humanitario,

³³ Comisión Colombiana de Juristas. *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Bogotá Comisión Colombiana de Juristas. 2007.



que dimanen de los tratados en que un Estado sea parte, Derecho Internacional consuetudinario y el derecho interno de cada Estado, e instando a aquellos que no lo han hecho que lo establezcan en concordancia con el Derecho Internacional humanitario. Bajo este precepto, se instó a que se adoptaran procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces que permitan un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia, así como de disponer de recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados dentro de los cuales se debe incluir la reparación.

- b. Fijó dentro de los alcances de la obligación de adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones; de adoptar métodos eficaces, rápidos e imparciales de investigación y de dar a la víctima un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como de proporcionar a este último los recursos eficaces, incluyendo la reparación.
- c. Para los efectos consiguientes, definió a la víctima como: “Toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo substancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del Derecho Internacional humanitario.” Incluyó además dentro de este término a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro para impedir la victimización. Todo esto sin menoscabo y en forma independiente si el victimario ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado, así como de la relación familiar entre ambos.
- d. Determinó que a la víctima se le debe de tratar con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos y para el efecto estableció que para ella se deben de adoptar las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, incluyendo la de su familia. Instó a los Estados partes que a la víctimas se les brinde una atención especializada,

para que en los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación, no den lugar a un nuevo trauma.



- e. Le otorgó a la víctima el derecho al acceso igualitario y efectivo a la justicia, a una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido y por último un acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.
- f. En cuanto al acceso a la justicia, le incluyó su derecho al acceso a un recurso judicial efectivo, a los órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno. Bajo este precepto, el acceso a la justicia también implica la adopción de medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas y protegerlas de actos de intimidación y represalia, tanto para ella como para sus familiares y testigos, antes y después del procedimiento judicial o administrativo o de otra forma que pueda afectar sus intereses. Y por último, la facilidad de utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que puedan ejercer sus derechos, tanto para víctimas individuales o para grupos de víctimas con el fin de que puedan presentar demandas de reparación y obtención de la misma.
- g. En lo relativo a la reparación de los daños sufridos, estableció la necesidad de una reparación adecuada, efectiva y rápida, con el fin de remediar las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario, la cual debe de ser adecuada y proporcional a la gravedad de las violaciones y del daño sufrido. Los Estados parte deberán de conceder reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuírsele al Estado y constituyan violaciones manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos o de carácter internacional humanitario. En caso de que sea una persona la que esté obligada a dar reparación a la víctima, la parte

responsable deberá conceder la reparación a la víctima o indemnizar al Estado si este hubiere reparado el daño a la víctima.



- h. Es obligación del Estado procurar programas nacionales de reparación o asistencia de a la víctima cuando el responsable de los daños no pueda o no quiera cumplir con sus obligaciones, así mismo ejecutarán las sentencias de los tribunales que impongan reparaciones a las a las personas o entidades responsables, así como las sentencias extranjeras válidas que impongan reparaciones conforme al derecho interno y las obligaciones jurídicas internacionales y para ese fin debe de establecer en su derecho interno mecanismos eficaces para la ejecución de las mismas.
- i. En cuanto a la reparación propiamente, señala que esta debe de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación y que consiste, dentro del ámbito de los derechos humanos internacionales en el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de su residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.
- j. Cuando se refiere a la indemnización, determina que la misma debe de ser proporcional y apropiada a la gravedad de la violencia y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables, tales como el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, tales como empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; los perjuicios morales, los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, psicológicos y sociales.
- k. La rehabilitación, conforme esta normativa, incluye la atención médica, psicológica y social.
- l. Mientras que la satisfacción incluye a) medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; b) el establecimiento de la verdad, en la medida que



esas revelaciones no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima de sus familiares, los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima; c) la búsqueda de personas desaparecidas, las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de personas asesinadas y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos, según el deseo de las víctimas o conforme las prácticas culturales de su familia y comunidad; d) Una declaración oficial o una resolución judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas vinculadas a ella; e) La disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de las responsabilidades; f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g) conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) La inclusión de una exposición precisa de las obligaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y de Derecho Internacional humanitario y material didáctico a todos los niveles.

- m. La garantía de no repetición debe de incluir: a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c) El fortalecimiento del poder civil; d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos y los defensores de los derechos humanos; e) La educación de modo prioritario y permanente respecto de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario y la capacitación de los funcionarios encargados de la seguridad y de las fuerzas armadas; f) La promoción de códigos de conducta y de las normas éticas de carácter internacional, por los funcionarios públicos y personal de fuerzas de seguridad; g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver conflictos sociales; h) La revisión y reformas de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de normas internacionales de derechos humanos; i) La revisión y reforma de las

leyes que contribuyan a la violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos.



- n. Por último, estableció que la interpretación de los principios antes relacionados, se debe de ajustar sin excepción a las normas internacionales de derechos humanos y de Derecho Internacional humanitario, sin discriminación de ninguna clase, ni motivo, así como que la presente normativa se interpretará en el sentido de que restringe o deroga cualquiera de los derechos u obligaciones dimanantes del derecho interno y del Derecho Internacional.

4. Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

Esta convención aprobada y ratificada por la Asamblea General en su resolución 39/46 del 10 de diciembre de 1984, fundado en que nadie puede ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, convino en crear una normativa internacional para enfrentar este flagelo, por lo que determinó derechos y obligaciones dentro de los cuales se encuentra la posibilidad de que la persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio y jurisdicción, pueda presentar una queja y que la misma sea examinada por la autoridad competente.

Y ante tal eventualidad, conforme su artículo 14, obligó a los Estados contratantes a velar porque en sus legislaciones se garantice a la víctima de tortura, la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. Así como también determinó la obligación de indemnizar en el caso de la muerte de la víctima, a las personas que haya tenido a su cargo, sin menoscabo de un mejor derecho según la legislación interna de cada Estado.

5. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes



Este convenio, a pesar de no tener nada que ver con la reparación ex delicto, es importante destacar de él, la forma de reparación que trata de solucionar los problemas que lo aquejan y en especial aquel que refiere a que cuando un pueblo indígena es trasladado de la tierra que ocupa, este tendrá derecho a regresar a sus tierras tradicionales en cuanto deje de existir las causas que lo motivaron, o bien, ante esa imposibilidad, la de recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por los menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente y que le permita subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro.

Así mismo, también los faculta a poder sustituir lo anterior por una indemnización en dinero o en especie, la cual es de carácter obligatorio, por virtud del daño que se haya sufrido como consecuencia de su desplazamiento. Lo anterior, sin menoscabo del derecho de poder obtener programas agrarios, tales como asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando estas sean insuficientes y el otorgamiento de medios necesarios para el desarrollo de las tierras que ya poseen.

6. Declaración de las Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

En esta declaración, la Organización de las Naciones Unidas, siempre en concordancia con el convenio antes citado y preocupados por el tema de tenencia de tierras de los pueblos indígenas, lo estatuyó, con el objeto de que se reconozcan las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, y por ello, ha fijado el derecho de ellos a obtener la reparación, por medios que pueden incluir una restitución y, cuando ello no fuere posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre,

previo e informado. Así mismo establece que, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o bien de manera económica u otra que resulte ser la más adecuada.



III

Normativa sobre reparación a las víctimas en el Derecho Comparado

1. Ley General de Víctimas (México)

El 9 de enero de 2013, los Estados Unidos Mexicanos –México- decretó, una ley de orden público y de interés social denominada *La Ley General de Víctimas* con el fin de proteger a la víctima en todos los ámbitos, en la cual determinó que la protección integral, comprendía las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica a favor de la víctima.

La finalidad de la ley, fue la de reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, debida diligencia y todos los demás derechos consagrados en ella, en la Constitución, en los tratados Internacionales de derechos humanos de los que el Estado Mexicano es parte y demás instrumentos de derechos humanos. Así también, la de establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, respetar, garantizar, permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas y garantizar que todas las instituciones de gobierno buscarán la restitución integral de la víctima, y por último establecer las sanciones por acción u omisión de las disposiciones de esa ley.

Esta ley definió la calidad de víctima y la clasificó: en a) directa, b) indirecta y c) potenciales, en la cual determinó que víctima directa es aquella persona física que haya sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o bien se le

consideró como tal, con el solo hecho de poner en peligro o lesión sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales



Como víctimas indirectas consideró a los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella y por último como víctima potencial a las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea, por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito. Agregó una categoría de víctimas colectivas, a las que incluyó a los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.

Para esa ley la dignidad humana es un valor esencial, que implica la comprensión de la persona como sujeto de derechos y no como objeto violencia del Estado o los particulares. En esa ley, se determinaron un sinnúmero de derechos de la víctima, tales como el acceso a la justicia, que le permita una investigación exhaustiva de su caso y al acceso a recursos judiciales efectivos, así también se incluyó el derecho al conocimiento de la verdad histórica de los hechos, tales como saber del paradero de sus familiares, identificación de osamentas y por último el derecho a la reparación integral.

Así mismo, implementó medidas económicas y de desarrollo que permiten a la víctima tener acceso a derechos esenciales inherentes a la persona, tales como educación, culturización, la salud, el trabajo, el desarrollo social y programas de asistencia. Determino como medidas de restitución las de restablecimiento de la libertad, en caso de secuestro o desaparición forzada; restablecimiento de los derechos jurídicos, la identidad, de la vida y unidad familiar, de la ciudadanía y de los derechos políticos, de regreso digno y seguro al lugar de residencia, de reintegración en el empleo, y devolución de todos los bienes o valores de su propiedad que hayan sido incautados o recuperados por las autoridades incluyendo sus frutos y accesorios, y si

no fuese posible, el pago de su valor actualizado, estableciendo por último la reparación como medida adicional si no puede haber compensación hacia la víctima.



La referida ley implementó medidas de rehabilitación, de compensación que se otorga por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicas evaluables que incluye el daño moral la que entiende como aquellos efectos nocivos que no tienen carácter económico o patrimonial y no puede ser tasado en dinero. Implemento además medidas de satisfacción, de no repetición, creando para el efecto un registro de víctimas, fijando sus formas de ingreso.

2. Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Colombia)

En la República de Colombia, en el año de 2011, se promulgó la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, una ley temporal (10 años), que nace como una necesidad de dictar medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno colombiano y tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas que su propia ley define, a partir del 1 de enero de 1985, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique por medio de la materialización de sus derechos constitucionales, según reza su artículo primero.

Sus principios generales se fundamentan en los valores axiológicos de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, que constituyen el respeto a la integridad y a la honra de las víctimas, por lo cual, estas deben de ser tratadas con dignidad, consideración y respeto, y les otorga los derechos de participación en los actos que les afecte y que les garantice una tutela efectiva de sus derechos, dentro de las cuales se incluye la satisfacción de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral, así como la implementación de reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas

ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.



En esta ley, el Estado se compromete a crear acciones que fortalezcan a la autonomía de la víctima, por medio de medidas que comprenden la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica, las cuales son implementadas a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho sufrido, sin discriminación alguna, es decir, sin consideración de raza, género, religión, condición social, orientación sexual, de opinión política o filosófica, entre otras, como un reconocimiento a la reparación integral.

Por ser una ley creada para un fin específico, define como víctimas a:

Aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado.

Por consiguiente, víctima será toda persona que sufra un daño como consecuencia de violaciones a las normas de Derechos Humanos o infracciones al Derecho Internacional humanitario, independientemente de quién fue el victimario. Para tener coherencia con el contexto colombiano, en el cual se deben responder a las violaciones más graves de derechos humanos y no a todas, se incluyó que se cobijarán los hechos que ocurran en el marco del conflicto armado interno y con posterioridad al 1 de enero de 1985. Esto excluyó a las víctimas de la delincuencia común.

Las víctimas, de acuerdo con esta ley, accederán a la reparación simbólica y a las garantías de no repetición. Adicionalmente, se reconocen expresamente como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente, pareja del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a



esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. Se establece también que a falta de estas personas, serán víctimas los que se encuentren en segundo grado de consanguinidad ascendente. De la misma forma, se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un menoscabo en sus derechos fundamentales al intervenir para asistir a la víctima.

Esta normativa reconoce el derecho a la verdad, por la cual las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, tienen el derecho imprescriptible e inalienable a conocer la verdad acerca de los motivos y las circunstancias en que se cometieron las violaciones y en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima, y al esclarecimiento de su paradero. También, reconoce el derecho a la justicia, por la cual el Estado debe de realizar una investigación efectiva que conduzca al esclarecimiento de las violaciones, la identificación de los responsables, y su respectiva sanción, lo que incluye el derecho de las víctimas a acceder a las medidas de asistencia, atención y reparación.

En esencia, en cuanto al resarcimiento específicamente, busca la reparación del daño causado, por medio de la reparación o restitución, entendida esta como las medidas encaminadas a restablecer la situación anterior vulnerada. Implementa las medidas de satisfacción la cual tiende a restablecer la dignidad a la víctima y a difundir la verdad sobre lo sucedido y mitigar el dolor a la víctima.

Un aspecto importante es la constitución de un fondo para poder cumplir con los fines de dicha ley, y los mismos, adicional a los fondos otorgados por ley, también se conformó por los ingresos provenientes de:

- a) El producto de las multas impuestas a los individuos o a los grupos armados al margen de la ley en el marco de procesos judiciales y administrativos.
- b) Las contribuciones voluntarias efectuadas por gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades.



- c) Las sumas recaudadas por entidades financieras como resultado de la opción de donación voluntaria al finalizar las transacciones en cajeros electrónicos y transacciones por Internet.
- d) Las sumas recaudadas por almacenes de cadena y grandes supermercados por concepto de donación voluntaria de la suma requerida para el redondeo de las vueltas.
- e) El monto de la condena económica de quienes han sido condenados por concierto para delinquir por organizar, promover, armar o financiar a grupos armados al margen de la ley.
- f) El monto establecido en la sentencia como consecuencia al apoyo brindado por las empresas que han financiado a grupos armados organizados al margen de la ley.
- g) Los recursos provenientes de los procesos de extinción de dominio.

A manera de conclusión, conforme a los tratados internacionales referidos y las leyes de protección a las víctimas emitidas en México y Colombia, se vislumbra un avance para la protección a la víctima de los ilícitos penales, en donde ya se aplican las nuevas categorías de reparación y su contenido.

Es importante recalcar que, las naciones empezaron a concentrarse en la víctima, con más énfasis, luego de la segunda guerra mundial, y mediante los tratados se hizo este reconocimiento a la víctima como tal, así como también se establecieron sus derechos mínimos, tales como una indemnización, reparación o restitución, según fuera el caso.

Estos tratados son de gran relevancia en el orbe, no solo porque internacionalmente se le ha reconocido a la víctima como parte de un conflicto, al que hay que restituirle al estado anterior del acto ofensivo hacia su persona, sino porque ha permitido que tribunales internacionales puedan, al tenor del marco internacional, restituir los derechos de las víctimas, cuando los Estados al que pertenece el ofendido se niegue a reconocerlos, o bien, cuando es el mismo Estado el que los ha causado. Es por esta razón, la importancia de que los Estados formen parte de dichos tratados,

pues con ello se garantiza a la víctima de que será escuchada para efectos de que sea restituido a su situación jurídica anterior al delito.



Las leyes de protección a la víctima adoptadas por los Estados de México y Colombia, constituye un avance significativo desde el aspecto victimológico y constituye un precedente importante para América Latina, al respecto del lugar que le corresponde a la víctima dentro del sistema penal. Sin embargo, para los demás países del istmo, tener una ley en ese sentido, resulta en el momento imposible por carecer de la voluntad de sus gobiernos, aduciendo que carecen de la infraestructura económica para poder sostener un programa de esa manera.

Mientras eso sucede, se debe de mejorar las leyes penales acorde al Derecho Internacional, en el sentido de darle una mayor seguridad jurídica a la víctima de que será restituido en el derecho vulnerado y no solo garantizarle su participación dentro del proceso y la obtención de un resultado jurídico a su favor, sin que tenga una efectiva y real recuperación de sus derechos vulnerados cualesquiera que sean. No se puede menospreciar los avances de la protección a la víctima que actualmente tienen las legislaciones, pues su normativa se encuentra acorde a los tratados internacionales referentes a la protección a la víctima, pero es innegable que falta mucho que aportar y de que existen diversos programas de protección a la víctima, tanto en el acompañamiento durante el proceso penal, como posterior a él.



CAPÍTULO IV



La declaratoria de la responsabilidad civil como sanción penal

Para poder determinar a la responsabilidad civil como sanción penal, debemos de hacer un breve repaso de la historia respecto de las penas, y como tal, no se puede pasar desapercibida la obra de Cesare Beccaria, quien señala que el origen de las penas y el derecho a castigar, se da con el origen de la sociedad, en la cual sacrificaron parte de su libertad para gozar del resto con seguridad y tranquilidad, lo cual constituyó la soberanía de una nación y al soberano como depositario y administrador legítimo de ellos, a quien correspondía defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular, creando para el efecto penas para castigar a los infractores de las leyes de esa sociedad.

En cuanto a la proporción entre los delitos y las penas, señala que no solo es de interés común que no se cometan delitos, sino también que sean raros en proporción al mal que acarrearán a la sociedad. Por consiguiente, deben ser más fuertes los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos, a medidas que sean más contrarios al bien público y a medidas de los estímulos que a ellos los induzcan. Por consiguiente, debe de haber una proporción entre los delitos y las penas³⁴.

Por su parte, el tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni refiriéndose al Contractualismo Retributivo y a la pena - señala que este, lo que había logrado era la limitación del poder estatal por vía del deber de establecer rígidamente los límites de lo prohibido y el reconocimiento de límites del poder estatal por vía del objeto de la sociedad, pero la naturaleza de la misma pena cambia su sentido – y con ello todo el Derecho Penal -, a partir del planteo contractual. Señala que si la sociedad misma se establece mediante un contrato social, el hombre que pretende acceder a la riqueza por una vía no autorizada por el contrato, viola lo preceptuado por este. Y por lo tanto, la reparación a tal violación contractual lo constituye una reparación o una indemnización – ley del Talió -. Agrega que cuando un ciudadano no paga una indemnización debida como

³⁴ C. Beccaria. *De los Delitos y de las Penas*. 3ª edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis, S.A. 2003



resultado de la violación del contrato, se le secuestra y ejecuta, pero los nombres de la masa criminalizada por ese contrato, eran desposeídos que no podían pagar nada. De ese precepto, nace la ideología que hace de la privación de libertad, una pena.

Este autor, de lo anterior pregunta: ¿Cuál podía ser la medida de la pena?, y responde: “Pues el Talión”, o sea, la necesaria para reparar el mal causado con el delito. Indicando además que esa era la ideología que se imponía y que llevaba a la limitación del poder estatal en cuanto a la pena. Incluso sobre este tema, el mejor desarrollo de esta ideología talional se funda en Kant, quien, por su parte, se muestra claramente como ideólogo del despotismo ilustrado³⁵.

Dentro de este tema, hay que hacer alusión a la naturaleza jurídica de la reparación civil, porque ésta aún mantiene en discusión sobre la igualdad entre pena y reparación, en donde considera que la reparación puede ser una forma de sanción para el delincuente, para no obviar los derechos individuales de la víctima que ha quedado relegada a un segundo plano en cuanto a la sanción y resocialización del infractor penal.

Por ello, el autor Cuello Calón ya citado, en alusión al abandono de la víctima en comparación de la atención puesta a la reinserción del delincuente, ha señalado que para remediar su crítica situación – de la víctima – y encontrar un medio eficaz para resarcir los daños del delito se han propuesto diversas soluciones. Unos sugieren imponer al delincuente la obligación de trabajar en beneficio de la víctima, en la prisión o libertad; otros exigir la reparación del daño como condición previa para la concesión del indulto, de la condena condicional y de la rehabilitación o dispensar al perjudicado de constituirse como parte para obtener la reparación debida y que ésta se exija por el Ministerio Público, también se ha propuesto la creación de cajas de socorro para procurar auxilio a las víctimas del delito no indemnizadas³⁶.

³⁵ E. R. Zafaronni. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 6ª Edición. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial Y Financiera. 1997.

³⁶ E. Cuello Calón. Ob. Cit. Pag. 801



Se ha hecho referencia a estos autores, quienes se han pronunciado sobre las penas en sí, en cuanto a la medida de las mismas respecto del delito, entre otros aspectos, pero es acá en donde cabe preguntar ¿Si la reparación civil establecida como una pena a la actitud delictiva constituye una buena medida, no solo para la restauración del orden social, sino también cumplimiento de la seguridad que el Estado le debe al afectado? ¿Podría ser esta la solución a la restauración del bien jurídico tutelado a la persona afectada por el delito?

No existe una respuesta contundente para las interrogantes anteriores, pero se desarrollará una posición jurídica en la cual se pretende que, con la reparación del daño, se cumpla con una sanción penal, a la que muchos autores denominan como: “La reparación del daño como tercera vía del Derecho Penal”.

I

La sanción de reparación del daño como tercera vía en el Derecho Penal

Antecedentes históricos

Como un breve recuento histórico de la reparación civil como un tipo de sanción penal, lo encontramos en su manera más pura en la época de la venganza privada en la cual el daño causado a una persona, generaba el instinto de venganza del afectado, como una reacción natural innata, con la cual este tomaba la justicia por su propia mano. Otro aspecto importante que hay que destacar en esta época, es que la venganza, en determinados casos, no buscaba la reparación del mismo, sino que buscaba el castigo a dicho mal, lo cual puede considerarse a la venganza como la retribución al daño causado.

Tal y como ya fue desarrollado anteriormente, el abuso de la venganza privada – forma primitiva de justicia - dio lugar a la *Lex Talionis* –Ley del Talión- , como primer límite a la venganza, porque esta ley señalaba que la pena debía ser proporcional al

daño causado. También nace una figura llamada “La composición”, como una manera de moderar el instinto salvaje que prevaleció en la época de la venganza privada. Esta consistió en que la víctima del daño, podía “vengarse” por medio de la retribución que le debía de hacer el ofensor, mediante la entrega de bienes de una manera consensuada, acordándose el monto de la pena, figura que al ser institucionalizada, se crea la “Ley de las doce tablas”, de origen romano, que muestra una transición de la composición voluntaria a la legal.

Dicha ley era una mezcla de venganza privada y pública dependiendo de las circunstancia del daño causado. Posteriormente, nació *La ley de Aquilia*, debido a que la ley de las doce tablas, no regulaba ciertas actitudes que al final si causaban daños a los bienes ajenos y para remediar dichas deficiencias se dictó un plebiscito propuesto por el tribunal de *Aquilius*.

Esta ley se instituyó contra el autor de ciertos daños, que se ejercía por el procedimiento de la *manus injectio* en la época de las acciones de la ley. Esta acción tenía por objeto que el monto del perjuicio era calculado sobre el más alto valor que la cosa destruida o deteriorada había tenido en el año o mes que había precedido el delito.

Como se puede observar, la reparación del daño causado era la pena impuesta al infractor, la cual a medida que fue aplicando, establecieron que en muchos casos la restitución era imposible por la carencia de bienes del infractor, entonces es que la misma se fue sustituyendo por la prisión o encarcelamiento, la cual poco a poco fue ocupando el lugar de la reparación como un medio de restablecer el orden social y de sanción penal.



Las teorías de la pena

Para adentrarse a este tema –la reparación civil como sanción penal- es imprescindible considerar que lo que se busca con la reparación, es que este sea un sustituto de la pena que normalmente conocemos. Además, es necesario explicar en qué consisten las primeras dos vías y su función dentro del Derecho Penal, que en sí son las penas y las medidas de seguridad, así como determinar la razón del porque se le denomina “tercera vía” y como consecuencia de lo anterior se debe de adentrar a la teoría de las penas en sus aspectos básicos, para comprender su finalidad y como aplicaría a la responsabilidad civil.

Además de lo anterior, se debe de explicar porque nace la necesidad de propuesta de una tercera forma de sancionar el delito por medio de la vía resarcitoria. En ese sentido, como primer punto debemos de comprender cuál es la finalidad de las penas, de las cuales se han emitido una serie de pensamientos, críticas y posiciones doctrinarias sobre las mismas.

En cuanto a la finalidad de las penas, Claus Roxín señala que la tarea de las normas penales debe de ser distinta de la finalidad de la pena a imponer en el caso concreto. Si el Derecho Penal debe de servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, y de este modo, al libre desarrollo del individuo y al mantenimiento del orden social basado en ese principio y que, mediante esta determinación de tareas, en principio, solo se establece que conductas pueden ser amenazadas con pena por el Estado. La interrogante radica en que modo debe actuar la pena para cumplir con la misión del Derecho Penal y este autor señala que la respuesta se encuentra en la teoría del fin de la pena. Las teorías más discutidas, desde la antigüedad, se fundamentan en cinco concepciones, las que a la presente fecha siguen siendo objeto de discusión (Roxin, 1992 p. 15).

Las teorías a que se ha hecho referencia el referido tratadista las expone como a continuación sigue:



1. La pena como una retribución

Esta teoría ve el sentido de la pena, no en la persecución de alguna finalidad socialmente útil, sino que, por medio de la imposición de un mal (pena), la culpabilidad que el autor carga sobre sí mismo como consecuencia de su hecho es retribuida, compensada, expiada en forma justa. Al señalarse a la pena como justa, esto presume que en su duración e intensidad se corresponde con la gravedad del hecho dañoso, es decir, la pena compensa. Detrás de esta teoría, se encuentra el antiguo principio del Talió.³⁷

2. La teoría de la prevención especial

En contraposición a la teoría de la retribución, esta teoría sostiene que la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. El fin de la pena, es la prevención dirigida al autor individual. El principal defensor de esta teoría fue Franz Von Litz (1995, pág. 16)³⁸ quien señaló que la prevención se puede llevar de tres formas 1) Asegurando a la generalidad frente al autor penal mediante el encierro; 2) intimidando al autor mediante la pena para la no comisión de otros hechos punibles y 3) mediante su mejoramiento, protegiéndolo de la reincidencia.

³⁷ El término "talió" deriva de la palabra latina *talis* o *tale* que significa "idéntico" o "semejante" (de donde deriva la palabra castellana "tal"), de modo que no se refiere a una pena equivalente sino a una pena idéntica. La expresión más conocida de la ley del talió es el pasaje bíblico "ojo por ojo, diente por diente". Con el mismo sentido se utiliza el término retaliación, que el DLE recoge como equivalente a represalia en algunos países americanos. Históricamente, constituye el primer intento por establecer una proporcionalidad entre el daño recibido en un crimen y el daño producido en el castigo, siendo así el primer límite a la venganza. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos se han basado en la ley de talió, especialmente en la Edad Antigua y en la Edad Media. La crítica ilustrada al sistema legal del Antiguo Régimen (particularmente a partir del tratado de Cesare Beccaria, *De los delitos y las penas*, 1764) incluyó la superación de ese concepto. En la actualidad existen ordenamientos jurídicos que parcialmente incluyen la ley del talió, especialmente la *sharia*, en vigor en ciertos países islámicos. (https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_del_Talió)

³⁸ F. Von Litz. *La idea del fin en el derecho penal*. Granada: Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Colección Los Argonautas. 1995. Pág. 16

Esta teoría sigue el principio de la resocialización, pues en la ejecución de la pena privativa de libertad el detenido debe de ser capacitado para conducir en el futuro una vida socialmente responsable exenta de hechos punibles.



3. La teoría de la prevención general

Esta teoría ve en el fin de la pena no la retribución, ni en la actuación del autor, sino en la influencia en la generalidad, a la cual se le debe enseñar por medio de las amenazas penales y de la ejecución de las penas lo relativo a las prohibiciones legales y disuadirlas en su infracción. Esta teoría tiene como objetivo la evitación preventiva del delito, de acuerdo con la cual, la pena, sin embargo, no debe actuar en forma especial sobre el condenado, sino sobre la generalidad. De esa cuenta, esta teoría tiene como finalidad prevenir el delito mediante normas penales, por constituir una amenaza penal, pero depende de la efectividad de la imposición de la pena.

4. La teoría retributiva de la unión

Esta consiste en una combinación de las concepciones anteriores, pues considera a la retribución y a la prevención general y especial como finalidades de la pena a ser perseguidas en forma conjunta. En formulaciones más recientes de la teoría de la unión, retribución, prevención especial y general son tratadas como finalidades de la pena de igual jerarquía. Esta teoría parte del criterio correcto de que ninguna de las teorías anteriores que por sí solas son capaces de determinar de forma adecuada al objeto, el contenido y límites de la pena. Se puede hablar aquí de una teoría dialéctica de la unión, en la medida en que por medio de tal procedimiento se elaboran las teorías presentadas con su fijación de objetivos antitéticos en una síntesis.



5. La teoría preventiva de la unión

Esta posición parte de que toda teoría de la pena sostenible en la actualidad debe residir en el criterio de que la finalidad de la pena solo puede ser de tipo preventivo, pues dado que las normas penales sólo están justificadas cuando tienen por objetivo la protección de la libertad individual y un ordenamiento social tendiente a ella, la pena concreta también debe perseguir solo esta finalidad, es decir, una finalidad de prevención del delito. Señala que, de esto, la prevención especial y general debe coexistir como finalidades de la pena, pues dado que los hechos punibles pueden ser evitados tanto mediante la influencia sobre el individuo como una generalidad, por lo que ambos instrumentos se subordinan a la finalidad última y son en igual medida legítimos.

Esta teoría adquiere importancia, en cuanto el condenado ya no puede ser ganado para una ejecución de la pena resocializadora, puesto que esta sería de manera coactiva, lo cual no promete éxito, si no existe predisposición y voluntad del reo de incorporarse nuevamente a la sociedad (Roxin, 1992).

6. Principio de culpabilidad

El autor Claus Roxin, quien desarrolla estas teorías, señala que existe un elemento que debe incorporarse a las teorías de la retribución, la preventiva especial y general y lo es el principio de la culpabilidad como medio para la limitación de la pena, que es una de las falencias de las teorías antes descritas, por lo que la pena no puede ir más allá de la medida de culpabilidad en su duración, que constituye un freno para evitar que el Estado fije la pena a su libre arbitrio. La exigencia de que la pena en ningún caso pueda ser superior a la culpabilidad radica en que si esta supera la culpabilidad esta lesionaría la dignidad del hombre.

De esa cuenta, el principio de culpabilidad es el medio más liberal y psicosocialmente más efectivo para limitar el poder penal del Estado que existe en el

momento, puesto que el monto de la culpabilidad está determinado por factores internos de la personalidad del autor y por la medida del daño causado. A esta teoría se le ha pretendido sustituir por el principio de proporcionalidad, pero se ha considerado conforme al derecho que ese es el límite para las medidas de seguridad.



III

Las medidas de seguridad

A partir de lo señalado con relación a las teorías de la pena, puede verse como un Derecho Penal obligado al principio de culpabilidad, requiere una segunda vía de las medidas de seguridad, que es la otra vía del sistema de sanciones que caracteriza el elemento fundamental de la estructura de la regulación de las consecuencias jurídicas y que es la autolimitación del poder de injerencia del Estado que se deriva de la vinculación a la medida de la culpabilidad, que si bien por regla general posibilita una compensación adecuada entre los requerimientos de protección estatales y los intereses de libertad de los sometidos al derecho en particular.

El fin de las medidas de seguridad, por lo tanto, es de tipo preventivo. Su misión primaria es siempre de prevención especial, porque de los que se trata es evitar por medio de las medidas de seguridad futuros hechos punibles del afectado por ella. Estas también actúan desde el punto de vista de la prevención general, y esto también ha sido calculado por el legislador como finalidad secundaria.

La diferencia entre la pena y la medida de seguridad no radica en el objetivo, sino en la limitación. La medida de seguridad está vinculada en su duración y gravedad, no a la medida de culpabilidad, sino solamente por el principio de proporcionalidad, que permite injerencias más amplias que lo que le está autorizado a la pena. Otra diferencia, conforme la teoría de la retribución, es que para la imposición de una pena, esta mira hacia el hecho pasado y se orienta en la culpabilidad, mientras que

las medidas de seguridad mira hacia el futuro y se apoya únicamente en la peligrosidad futura. Desde el aspecto de las consecuencias de los actos, la pena sanciona la culpabilidad, mientras que las medidas de seguridad la peligrosidad y por último se señala como diferencia que la pena está orientada a los dos tipos de prevención – especial y general -, mientras que la medida de seguridad solo a la especial.



En cuanto a las similitudes, es que la pena y las medidas de seguridad tienen el mismo objetivo, lo cual significa un acercamiento a la vía única. La tesis de la vía única en los objetivos de la pena y las medidas de seguridad se confirma por la ley mediante la institución llamada “Sistema Vicarial” y se da en el caso de disponerse simultáneamente una pena privativa de libertad y una medida de seguridad que priva de la libertad, tal es el caso de un internamiento en una institución, que por regla general debe de ser cumplida antes que la pena y computada en ella, de modo tal que en numerosos casos la pena ni siquiera necesita ser cumplida en un establecimiento penitenciario o bien puede ejecutarse primero la pena y luego la medida de seguridad cuando el fin de esta última pueda ser logrado más sencillamente de ese modo. Esta intercambiabilidad discrecional, denota de manera irrefutable que la finalidad de la pena y de las medidas de seguridad está orientada a la prevención del delito (Roxin, 1992).

IV

La reparación del daño como tercera vía del Derecho Penal

El autor Claus Roxin, ya citado, señala que se ha venido discutiendo la posibilidad de convertir a la reparación del daño como un nuevo tipo de sanción junto a la pena y las medidas de seguridad, a la que denomina “tercera vía” del Derecho Penal. Las razones convincentes hablan a favor de una incorporación amplia de la reparación del daño dentro del Derecho Penal, pues de este modo los intereses de la víctima se ven mejor atendidos que con una privativa de libertad o una multa, que justamente, hace fracasar la reparación del daño. Por aparte, se ha considerado que el afectado por el delito, le otorga un mínimo valor a la punición adicional al autor frente a la

reparación del daño en forma de un acuerdo entre autor y víctima en caso de criminalidad leve o media.



Es por ese motivo, que se podría prescindir de la pena en los casos que hoy son castigados con penas de multa leves, frente a una reparación total del daño y en los casos de delitos graves, la reparación del daño podría, tener como consecuencia la ejecución condicional de la pena o una atenuación obligatoria.

La legitimación jurídico – política de la reparación del daño como una “tercera vía” dentro del sistema de sanciones la ofrece el principio de subsidiaridad y se agrega que así como la medida de seguridad reemplaza o complementa la pena como “segunda vía”, allí donde no se puede satisfacer las necesidades de prevención especial, la reparación del daño como “tercera vía” reemplazaría la pena o la atenuaría en forma complementaria en aquellos casos en que los fines de la pena y las necesidades de la víctima pueden ser satisfechos.

1. Características

La concepción de la reparación del daño como sanción novedosa frente a las penas y medidas de seguridad, puede dar lugar a una tercera vía del Derecho Penal, y con ello sirve más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o de multa. Sin embargo, al ser considerada la reparación civil como un sustituto de la pena de prisión o multa, al justificarse la misma, conlleva a determinar ciertas características que la diferencian y determinan su esencia y naturaleza, por lo que el autor de esta propuesta le asigna las siguientes

➤ Es de carácter penal

Conforme esta concepción, la reparación del daño ya no es una cuestión puramente de Derecho Civil, sino realiza un aporte esencial también para el logro de los



finés de la pena. De esa manera la víctima no tendría que acudir a la vía judicial a ejercitar el derecho declarado en el proceso penal, sino que la reparación sería una forma de cumplir con la pena o bien atenuarla según correspondiera.

➤ **Es resocializadora**

Además, tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima. De esta manera, el infractor, al no ser conminado a ser separado de la sociedad, tendría la oportunidad de reivindicar su actitud en futuras ocasiones.

➤ **Es reconciliadora**

Porque esta de alguna manera puede conducir a una reconciliación entre el autor y la víctima, y mediante esto, facilitar notablemente la reincorporación de aquel que ha cometido el hecho punible. Además, la reparación del daño es muy útil a la prevención de integración al realizar un aporte significativo a la recuperación de la paz jurídica.

➤ **Es subsidiaria**

Porque sustituiría como tercera vía, a la pena o a la atenuaría completamente, donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada³⁹.

³⁹ C. Roxin. Ob Cit. Pág. 48.



2. Análisis a la propuesta de Claus Roxin por parte de Pablo Galaín Palermo

El profesor Pablo Galaín Palermo profesor adscrito de Derecho Penal de la Universidad Católica De Uruguay, al pronunciarse sobre la teoría de la “tercera vía” expuesta por Roxin, hace un profundo análisis para determinar la procedencia de la propuesta realizada por este autor alemán, la cual se puede concretar en los siguientes puntos

1. Parte de la premisa que al Derecho Penal se le ha asignado la misión de a) Proteger bienes jurídicos; b) motivar conductas; c) prevenir en forma general y reafirmar la norma. Partiendo del respeto de estas funciones, debería analizarse si podría adoptarse sin mayores problemas sistémicos, la reparación como una de los fines de la pena y que, en un punto de referencia para ello, es partiendo de la premisa que la pena no puede servir solamente para infligir un castigo sin ulterior finalidad que el sufrimiento del autor como forma de responsabilizarlo por el daño causado. Por designio de la Constitución la pena debe servir a la resocialización del individuo, aunque la doctrina sea conteste que en ese caso el modelo tradicional de privación de libertad ha fracasado absolutamente.
2. Que la pena, desde un punto de vista preventivo general positivo o integrador, debe servir a los efectos de la reafirmación de la norma que ha sido vulnerada por el delito, pero no debe descuidar el mensaje preventivo general negativo, el cual, se cumple en forma debida sin necesidad de penas desmesuradas o desproporcionados. Manifiesta que la población confiará más en su sistema normativo y de justicia, cuando los ataques más intolerables sean perseguidos y juzgados, sin que sean necesarias penas ejemplarizantes y considera que ese tipo de penas causan el efecto contrario y producen solidaridad con el delincuente, quien, en lugar de asumir su responsabilidad, se siente –con razón– a su vez víctima de un sistema “injusto”.



3. Que la pena debe cumplir con una función retributiva, y con una función preventiva, pero también, la pena debería cumplir una función reparadora, ya sea para con la víctima directa del delito o para con la sociedad en general, pero que también existe la posibilidad de considerar a la reparación como una alternativa a la pena, lo que podría encuadrarse dentro de un “efecto premial” del Derecho Penal, antes que meramente sancionador.
4. Que en Europa, específicamente el Código Penal alemán, ha considerado la reparación del daño como una circunstancia atenuante de la responsabilidad con incidencia en el momento de fijar la pena o una obligación que se puede imponer para la suspensión condicional de la pena. Pero también, según dispone en su normativa, la conciliación realizada entre autor y víctima o el esfuerzo considerable del autor por su consecución, sumado a la indemnización total o parcial del daño, le permite al tribunal en causas menores atenuar la pena o prescindir de la misma.
5. Que se hace necesario aceptar como válidos la mayoría de los argumentos a favor de una revalorización de la víctima, la que debe de hacerse dentro de los límites del Derecho Penal y no fuera de él. Que el sistema penal debe ofrecer al delincuente la posibilidad de “reparar” su mal acto, por propia voluntad (*freiwillig*), obteniendo de esa forma ciertos beneficios materiales y formales.
6. Que con la actitud del delincuente de reparar el daño a la víctima demuestra que los fines de prevención –especial como general– que la pena habría de intentar cumplir, ya han sido cumplidos en el momento de proceder a la reparación (sea material o simbólica), por lo que podría carecer de sentido y oportunidad la imposición de una pena. Esto debido a que la solución del conflicto debería ser el *Leitmotiv*, es decir, el tema central de discusión del proceso penal, que de ninguna forma puede quedar limitado a la búsqueda de la verdad.
7. Que la pena de reclusión –consecuencia por excelencia de los sistemas penales latinoamericanos– debe reservarse para los delitos más graves e intolerables, esos que no pueden solucionarse por vía distinta sin menoscabar otros fines de

la pena como son la prevención general negativa y positiva, pero también la retribución con su límite en el principio de culpabilidad. Que, por ende, se requiere de urgentes reformas procesal penales que eliminen la regla de la prisión preventiva o el procesamiento con prisión, en el cual la pena en sí misma tienda a la reparación.



8. Que cuando se haga la referencia a la reparación, no solo debe de implicar la reparación del sistema normativo resquebrajado, o la reparación de las normales condiciones de convivencia pacífica y a la reparación de la paz jurídica, sino que también debe de implicar la reparación de la situación de la víctima, porque de esta forma se brindaría un mensaje general a la población de estar nuevamente en sintonía con los designios básicos de una pacífica vida comunitaria.
9. Hace una diferenciación en cuanto a la terminología entre la reparación en sentido estrictamente civil y la reparación desde el punto de vista penal, puesto que esta última va mucho más allá de la simple “devolución” del precio de la cosa y el pago de los intereses o costas y costos – objeto de la reparación civil -, sino que la reparación del daño causado, para el Derecho Penal, incluye –además del interés de la víctima– aspectos sociales relacionados con los fines de la pena, que no pueden ser cubiertos por la reparación civil del daño, y van más allá de la misma y que por ello, se relacionan con la teoría de la pena.
10. Estima que esta reconsideración de la reparación dentro de los fines del Derecho Penal, se entiende como una reorientación hacia las necesidades de la víctima. Que la ciencia de la victimología ha exigido una ampliación del campo de acción de la prevención del delito y como un objetivo de controlar las consecuencias jurídicas, exigencia que se extiende a pedir al Derecho Penal que preste mayor atención a la víctima del delito, por medio de una justicia penal con contenido reparador antes que represivo.
11. Cita “El Proyecto Alternativo de 1992 sobre la reparación” en Alemania en el cual para ejemplificar lo que se debe de entender sobre la reparación, cita del referido



proyecto que se debe de entender como tal, “como la compensación de las consecuencias del hecho mediante una prestación voluntaria del autor”. De esta forma se obtiene la paz jurídica, fundamentalmente haciendo frente a las necesidades de la víctima, pero «cuando esto no sea posible, no prometa ningún resultado o no sea suficiente por sí mismo, entonces también entra en consideración la reparación frente a la colectividad -reparación simbólica-

12. Ante el cuestionamiento del porqué se debería descartar de antemano, que junto a las penas y las medidas de seguridad, pudiera existir una nueva forma de solucionar el conflicto, el autor, la justifica al señalar que se puede pensar en una especie de medida o consecuencia jurídica alternativa (que no tenga naturaleza de pena) que pueda utilizar el juez para sancionar al autor sin necesidad de recurrir a la pena o a la medida de seguridad. Añade que de esta forma, no habría inconvenientes para que dentro de estas consecuencias jurídicas se ubicara a la reparación o bien podría ser como otra opción que la reparación sea admitida como una pena⁴⁰.
13. El Profesor alemán (Roxin) entiende conveniente la aceptación de la *Wiedergutmachung* –reparación- como una tercera vía del Derecho Penal. De esa forma, así como la medida sustituye o complementa a la pena, cuando en razón del principio de culpabilidad ésta no se puede justificar o sólo de manera limitada, la reparación sustituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquéllos casos en los cuales convenga tan bien o mejor a los fines de la pena y a las necesidades de la víctima, que una pena sin merma alguna. De esta forma, como el principio de culpabilidad reclama la segunda vía, sería el principio de subsidiariedad el encargado de reclamar la tercera vía. El ingreso de la *Wiedergutmachung* – reparación- en el catálogo de sanciones se justifica por las ventajas político–criminales que traen aparejadas para todos los intervinientes en el conflicto causado por el delito.

⁴⁰ P. Galain Palermo. *¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de claus roxin*. REDUR/2005.



14. En el análisis determina que la reparación como tercera vía favorece a) a la víctima específica del delito, b) al autor del delito, c) a la sociedad y a la Administración de Justicia. De esa cuenta, Roxin en 1994, señaló, que a la reparación no se la debe continuar tratando como una cuestión meramente civil, sino que debe de ser integrada al catálogo punitivo – como surge del Proyecto Alternativo de 1992– puesto que ésta tiene efectos resocializadores, que van más allá del Derecho Civil y atañen a la teoría de la pena.

El autor antes citado, dentro de su análisis cita, la crítica de otros dogmáticos, dentro de las cuales se encuentra la de Hans Joachim Hirsch, la cual se resume a continuación.

3. Críticas a la “tercera vía” por Hans Joachim Hirsch⁴¹

La posición de Roxin ha recibido críticas desde algunos sectores dogmáticos. En este aspecto Hans Joachim Hirsch ha sido quien con más énfasis ha fustigado la propuesta de la “tercera vía”. Este profesional del derecho sostiene que, de admitirse esta nueva idea, la víctima, antes que beneficiada se vería perjudicada en sus intereses, pues una condena a la reparación del daño no significaría nada nuevo puesto que también puede ser obtenida por la víctima por medio de un procedimiento civil. Agrega que solo se podría considerar que su posición es ventajosa desde el momento en que se entendiera la reparación como una sanción, que en caso de incumplimiento se convirtiera en pena de privación de libertad. Sin embargo, esta propuesta significaría nada menos que la restauración de la prisión por deudas.

Partiendo de una idea retributiva de la pena, entiende Hirsch, que la víctima ve resarcido sus intereses cuando el autor recibe un «justo castigo», puesto que la pena sólo puede influir sobre el autor, y el hecho que la víctima obtenga una indemnización configura un camino ajeno a estos fines. En su opinión la “tercera vía” no sólo sería una

⁴¹ 2016.

consecuencia jurídica ajena al Derecho Penal, sino también desaceptada en sus consecuencias.



También, dirige sus críticas refiriéndose a los delitos sin víctima individualizada y a los delitos tentados en los cuales no se ha producido daño, Porque aquí no habría posibilidad de reparar y sin embargo no se puede prescindir de la pena. Según Hirsch, esta situación conllevaría a una gran desigualdad en la reacción frente a los delitos. Además, se dice que la reparación favorece sólo a los autores que pueden disponer de dinero para hacer frente al resarcimiento del daño y beneficiarse por ejemplo con una disminución de pena. En definitiva, el proyecto alternativo y la propuesta de la «tercera vía», en opinión de Hirsch, solo han servido para que el autor logre por medio de la reparación del daño la posibilidad de obtener consecuencias jurídicas penales atenuadas; las que, de todas formas, sólo se aplicarían en casos marginales.

En conclusión, este autor argumenta que la pena no podrá ser eliminada, pero puede ser por medio de la *reparación* moderada, modificada e incluso parcialmente sustituida. Como ha dicho Roxin, en respuesta a alguna de las críticas a su posición – especialmente de Hirsch–, la sustitución de la pena por la *Wiedergutmachung* no es algo tan revolucionario como lo plantean algunos penalistas conservadores.

Este autor, aclara que la reparación del daño sin finalidad ulterior es un fin del Derecho Civil. Sin embargo, la reparación integral que otorga satisfacción a la víctima y conjuntamente a la sociedad en general (restaurando la paz jurídica), encaja perfectamente dentro de los fines de la pena. Además, explica que, en determinadas situaciones, la restauración de la situación a su estado original (o su esfuerzo significativo) por medio del comportamiento positivo posterior del delincuente, puede llevar a que la pena no sea necesaria o, desde el punto de vista del derecho procesal penal, que la propia acusación fiscal no sea necesaria, decretándose el sobreseimiento provisional de la causa.



4. Crítica a la tercera vía por Julio Rodríguez Delgado

Otras críticas que nacen del postulado de la “tercera vía penal” es señalado por el profesor de derecho Julio Rodríguez Delgado,⁴² quien de manera más constructiva, señala que debido a la crisis de la pena privativa de libertad⁴³, que es producto de la crisis del Derecho Penal, la reparación constituye como una de las soluciones más idóneas al problema y en todo caso como un complemento imprescindible de cualquier otra que se adopte.

Admite que en el sistema anglosajón se aprecia cada vez más una aplicación de penas no privativas de libertad, - sanciones intermedias – en donde se implementan las multas o los días multas, trabajos en beneficio de la comunidad entre otros. Agrega que es en este punto en donde aparece la reparación, pero no como una consecuencia accesoria a la privación de libertad, sino como una “sanción penal autónoma”.

En cuanto al fin de la reparación, señala que es preponderante la presencia y participación de la víctima penal, para poder considerar que la reparación tenga efectos preventivos generales, pues es con ella con quien se debe de alcanzar el acuerdo de reparación, además que con ello, el afectado recibe mejores prerrogativas y se le reconoce mayores derechos de participación, con garantías fundamentales mínimas, incluso esta vía se manifestaría como un procedimiento más rápido y efectivo y permitiría recuperar los valores mínimos de prevención.

Este profesor del Derecho señala que existe una idea equivocada de la reparación, porque no se debe de entender como un estado restaurativo a la situación anterior, sino que debe tener una vocación sancionadora, la cual puede ser fijada por la víctima o bien por el sistema judicial en los casos en que la víctima y victimario no

⁴² Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Sistema Penal y Problemas Sociales por la Universidad de Barcelona. Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁴³ La crisis del derecho penal y en especial del sistema penitenciario, radica, entre otros puntos, los altos niveles de superpoblación que hace imposible los fines del mismo, como lo es la resocialización.



lleguen a ningún acuerdo. Entonces, concluye en ese sentido, que la reparación sería una sanción penal, porque expresa reproche, la cual consiste en imponer una privación a la persona responsable de haber realizado el daño, la cual no es precisamente una privación de libertad.

El autor, refiriéndose en la forma en que esta se puede alcanzar, señala que la misma puede ser alcanzada en la vía judicial, materializada en la sanción impuesta por el juez o bien en vía pre-judicial, que se alcanza por medio de un proceso de conciliación o de una transacción penal. En cuanto a la primera forma, aclara que la condena debe de figurar en un registro especializado, a fin de que no se utilice la reparación como una fórmula para cometer impunemente conductas ilícitas, pagando sumas dinerarias cada vez que delinca.

En ese orden de ideas, señala que para que la reparación sea considerada una sanción penal autónoma, esta debe cumplir con ciertas exigencias mínimas, como lo son el respeto a los principios de igualdad, de proporcionalidad, de responsabilidad penal o culpabilidad, de lesividad y de jerarquización de bienes jurídicos penalmente protegidos. En función de esos principios, la reparación debe responder a la exigencia de que la misma implique un reproche y censura y que se manifieste en forma punitiva manifestada en forma de sanción, como respuesta al principio de responsabilidad penal o culpabilidad y lesividad.

Así también, refiriéndose al principio de proporcionalidad, indica que, por este principio, la reparación es más fácil de ser graduada en esos términos, pues la privación de libertad no permite una graduación adecuada a la gravedad de las conductas. Y, por último, en cuanto a la igualdad, señala que la reparación no debe ser una sanción aplicable para personas con recursos económicos, sino de aplicación generalizada.

Debido a esto, la conceptualización de reparación, busca que, en el Derecho Penal, adquiera una variante distinta a la tradicional, es decir, que busque la humanización de las penas, desterrando a privación de libertad, en aras de una mayor legitimación social orientada a nuevos fines. Esta reformulación, conlleva, enfatizar la



función positiva de la reacción penal frente a la víctima y al a sociedad y en consecuencia, se le permite al agente afrontar el conflicto desde otro punto de vista, en donde las ideas de conciliación y pacificación son destacables en el sentido de la reacción penal.

Por todo lo anterior, el profesional de derecho, concluye en los siguientes aspectos puntuales:

- a. Que la posibilidad que la reparación (como sanción penal autónoma) coexista con la privación de libertad, genera inconvenientes no sólo desde el punto de vista teórico sino también desde el punto de vista práctico, debido un inconveniente insalvable, la vuelta al paradigma, de la prisión por deudas. En este sistema de triple vía, la reparación sería un mecanismo a utilizar en lugar de la privación de libertad, pero siempre condicionado a la amenaza de la privación de libertad y que, por ello, existiría el peligro, en los supuestos de reparación en dinero, que ante la imposibilidad de cumplir con la reparación se imponga una privación de libertad.
- b. En el aspecto práctico, existe el peligro de que devenga en inaplicable la reparación, puesto que existe siempre la posibilidad de aplicar una privación de libertad, debido a que el agente infractor en algunos supuestos preferirá una pena suspendida condicionalmente a la imposición de una sanción reparadora efectiva, por su escaso valor preventivo especial, de la mano de la idea de que una vez cumplida la pena impuesta, deviene en innecesaria la reparación, Porque el agente con la pena entiende que ha pagado su culpa.
- c. Es tremendamente más útil la aplicación de la reparación como tercera vía, para los sujetos pasivos del injusto, en la medida en que se ve resarcido el daño ocasionado, o en su caso se repara el bien jurídico penalmente tutelado.
- d. Como finalidad de la pena, desde el aspecto preventivo especial la reparación obedece a criterios tendientes a que el individuo infractor de la norma penal tome consciencia de su actuar ilícito y repare los daños generados al sujeto pasivo. Desde



un criterio preventivo general, la reparación permite que la colectividad verifique el buen funcionamiento del sistema penal, y se genere el respeto a la norma, pero que la convivencia de la reparación con la privación de libertad no permitiría que se alcance estos efectos.

- e. Que el sistema reparatorio es más beneficioso para el Estado, puesto que eso implica para este una inversión económica considerable para la manutención de las cárceles, considerando la construcción del lugar físico, los servicios públicos, la alimentación de los internos, la alimentación del personal penitenciario, los honorarios del personal penitenciario, los destacamentos de policías a las cárceles y sus respectivos ingresos económicos, entre otros tantos costos que el Estado se ahorra si desplaza la cárcel gradualmente.
- f. Que el sistema reparatorio reduce profundamente los costos del Estado, sin olvidar que beneficia a la víctima, y al propio victimario, aumentando la legitimación social de la administración de justicia estatal; y en delitos económicos se beneficia incluso la colectividad en su conjunto y el victimario puede asumir la responsabilidad de su actuar antijurídico, no ya frente a un sistema que crítica y que lo desfavorece, sino frente a una persona de carne y hueso, que sufre y padece como él.
- g. La reparación tampoco puede ser vista como una forma en que el autor de un hecho punible eluda la posibilidad de ingresar a la cárcel, es decir, de comprar su salida de la prisión con el pago de la reparación en favor de la víctima, permitiendo con ello quebrantar el principio de igualdad, sin embargo, esto no es posible si se evita la convivencia de la reparación con la privación de libertad, pues la tercera vía deberá tener en cuenta esta posibilidad de que los que tengan una mejor posición económica puedan comprar su salida del centro penitenciario; de allí que sea necesario que no se aplique la privación de libertad como pena, dentro del catálogo de sanciones penales existente.

De los tres autores antes mencionados, se puede determinar que dos de ellos, - Pablo Galaín Palermo y Julio Rodríguez Delgado - consideran que la implementación



de la tercera vía es factible, siempre y cuando vayan acompañados de principios que no conlleven a desnaturalizar los fines de la pena y que no sea una forma de “comercializar las sanciones penales”, por lo cual la tercera vía debe de ir acompañada de una serie de implementaciones y reglamentaciones que determinen su separación de la reparación civil de la reparación penal y que se considere como una sanción penal.

Solo el autor Joachim Hirsch, se opone totalmente a la tercera vía penal, pues estima como principal idea, de que, si no se cumple con la sanción penal consistente en la reparación a la víctima, siempre existe la amenaza de la prisión al infractor, con lo cual conlleva a la vulneración del principio que se refiere a que “por deuda no hay prisión”, además que se desnaturaliza los fines de la pena, entre otros.

La “reparación civil” como una sanción penal o regla de conducta, constituye en la actualidad, una nueva forma ya evolucionada y perfeccionada de la “venganza pública” instaurada en la antigüedad. Pero, por ser una propuesta relativamente nueva, la misma no ha sido implementada como tal en los ordenamientos jurídicos penales como una “tercera vía” para resolver el conflicto penal, debido a que no ha logrado superar las barreras críticas que han sido formuladas al respecto, además que desde el aspecto victimológico no se le ha prestado la atención debida. Sin embargo, de una manera subyacente, la misma se ha manifestado en diversas formas de solventar los procesos penales, en los cuales se ha sustituido la prisión por otros tipos de medidas que además de sancionatorias, también han procurado la reparación civil *ex delicto* para aquellos que han sido afectados por este.

Las formas a que se ha hecho referencia, son todas aquellas medidas desjudicializadoras, que se practican con el fin de evitar que las personas sean sometidas a un proceso penal, o bien, que una vez iniciado el mismo, esta se pueda suspender si cumplen con ciertas expectativas, dentro de las cuales se encuentra la anuencia de la víctima, quien para el efecto normalmente solicita que sea restituida en el daño causado.

Sin embargo, bajo estas circunstancias, el infractor de la ley penal, queda librado de que quede un registro de antecedentes penales respecto a la actitud delictiva, ni

sirve para establecer futuras reincidencias, peligrosidad o cualquier otra circunstancia que pueda influir en otro proceso penal que se inicie contra el infractor, lo cual no sucede en el caso que se dictara una sentencia penal de tipo reparador, pues, en este último caso, no sólo se ordena la reparación como sanción penal, sino que su actitud penal quedaría registrada como un antecedente.

Es evidente que la pena privativa de libertad, no constituye un acto restaurador del orden social y de las garantías de seguridad de las personas a ser reparados del daño civil causado, pero con esta propuesta innovadora, del tratadista Claus Roxin, no solo se cumple con la resocialización del delincuente por medio del cumplimiento de la pena o condiciones impuestas, sino que también en ese mismo acto, se restaura el orden social vulnerado, que debe de ser realizado por el propio infractor, y por lo tanto, su implementación debe ser una respuesta a la crisis del Derecho Penal que aqueja a la sociedad en general.

Indistintamente si la reparación civil *ex delicto*, sea para poder implementar a la “tercera vía” como una sanción penal en sustitución de una sanción de privación de libertad o medidas de seguridad o no, es pertinente reconocerle su propia doctrina, autonomía y características y no tratar de adecuarlos a las teorías de la pena ya existentes, para evitar conflictos legales de tipo constitucional u ordinario.

Como consecuencia de lo anterior, hay que retomar las características que le asignó Roxin a esta teoría, refiriéndose a su carácter penal, resocializador y reconciliatorio, a las que también hay que agregarles a la mismas, la característica de *principal*, pues la reparación civil ya no será de carácter secundario y accesorio a la responsabilidad penal, sino la reparación será la pena principal por excelencia y en ese sentido no necesitará que haya una condena penal para poder sancionar económicamente. Podrá también asignársele como una regla de conducta principal, en el sentido de que para poder obtener beneficios prémiales, será necesario que el infractor repare el daño causado, como requisito *sine quanon* a cualquier prerrogativa que se requiera.



En cuanto a la independencia a que se ha hecho referencia, se debe partir de que la misma no es una variante de la responsabilidad civil contractual o extracontractual y que por ser la misma una consecuencia del delito, entonces es en el ámbito penal en que la misma debe de ser determinada, probada, declarada y ejecutada, pues al remitirse a un tribunal del orden civil la ejecución de la misma, se está generando una dependencia de la responsabilidad *ex delicto* de la responsabilidad contractual o extracontractual que tiene su propia normativa en el Código Civil. Sin embargo, las características de las responsabilidades antes descritas, pueden complementar a la responsabilidad civil *ex delicto*, con el fin de no redundar en las mismas.

Por último, la implementación de la “reparación civil” como sanción penal, debe conllevar al reconocimiento de sus reglas autónomas, que la diferencian de la reparación civil contractual y extracontractual y por ende reconocer que tiene características y procedimientos propios que obligan a regularla de manera particular.

Debido a que existe una línea tenue que separa a la “tercera vía penal” del principio de que por “deuda no hay prisión”, se hace necesario, entrar a establecer la naturaleza jurídica de dicho principio que a nivel occidental se incorpora a la legislación vigente de los países y que a continuación se desarrolla.

5. Del principio constitucional “no hay prisión por deuda”

De las críticas anteriores, los dos últimos autores han coincidido en que sancionar penalmente con la reparación civil podría, en el caso de que el incumplimiento, convertirse en pena de privación de libertad, lo cual constituiría en la restauración de la prisión por deudas. Antes de considerar y afirmar que esa sería la consecuencia de la aplicación de la “tercera vía” hay que hacer una pequeña reseña histórica del origen del principio de “no hay prisión por deuda”, así como las posturas de los tratados internacionales y alguna legislación comparada y nuestro propio derecho interno y así poder concluir si se infringe ese principio o no.

5.1 Antecedentes históricos

Eugéne Petit, señala que dentro del Derecho Romano hubo cuatro clases de contratos, de las cuales hay que destacar el denominado *Nexum*, como modo más antiguo de crear una obligación civil, en el cual tenía como solemnidad la declaración del acreedor, o *nuncupatio*, que fijaba la naturaleza del acto y contenía una *damnatio*, la cual era equivalente a una verdadera condena, que autorizaba el empleo de la *Manus Injectio* contra el deudor que no pagaba, es decir, la persona del mismo obligado estaba comprometida y respondía del pago de la deuda. Señala la probabilidad que el *nexum*, hubiere servido de base para otras convenciones, que tenía por objeto deudas de sumas de dinero, la fuerza obligatoria que les faltaba.

Las consecuencias de este contrato eran rigurosas, pues en virtud de este y sin juicio, el deudor insolvente estaba sometido a la *manus Injectio* especie de toma de cuerpo, ejercida por el acreedor, y que necesitaba la intervención del Magistrado. Desde entonces, el deudor declarado *nexus*, estaba a merced del acreedor, que podía encadenarlo y tratarle como a un esclavo, de hecho, si no de derecho, el cual se liberaba mediante un pago especial, acompañado de las *aes et libra* y de una *nuncupatio* apropiada a la naturaleza de la operación.

Debido a los abusos que este contrato generó, una ley denominada *Praetelia Papiria* intervino a favor de los deudores, la cual declaró libres a los ciudadanos que eran *nexi* en el momento de su promulgación; prohibió encadenar en lo sucesivo a los deudores y decidió que Porque no podrían ya comprometer sus personas en provecho del acreedor, sino solamente sus bienes. Despojada de sus principales efectos, la formalidad del *nexum* cayó poco a poco en desuso⁴⁴.

Jesús Zamora-Pierce, señala que en un estadio posterior, se admitió la coacción patrimonial, mediante la *pignoris capio*, que no tenía por objeto satisfacer el crédito por

⁴⁴ E. Petit. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 4ª. Edición. Traducido por el Dr. José Ferrández González. Editorial Jurídica Salvadoreña. 2008.

la aprehensión de una cosa, sino tomar un objeto del deudor como prenda, *pignus*, a fin de constreñirlo a cumplir su obligación. El acreedor podía apoderarse de la cosa y destruirla, pero no venderla. Después el Pretor introdujo el sistema de la *missio in possessione* que consistía en la aprehensión del patrimonio del deudor, a fin de obligarlo a cumplir con sus compromisos. El patrimonio se vendía ficta e íntegramente a un *bonorum emptor*, quien enajenaba realmente los bienes y pagaba las deudas. Esto representó un medio de coerción de la voluntad y no la ejecución directa sobre los bienes para satisfacer las deudas.

Posteriormente, la “*Lex Julia*”, vino a presentar otro avance, porque el deudor podía evitar la persecución personal y la infamia de la “*bonorum venditio*”, poniendo sus bienes a disposición de sus acreedores “*bonus cesio*”, el cual aún era un procedimiento universal de liquidación de la totalidad del patrimonio del deudor. El “*Pignus in causa judicati captum*” representa el último paso de esta evolución. Del *Pignus* general al especial sobre un bien, no habrá más que un paso. Y de la “*Missio in possessionem*” de todo el patrimonio, a la aprehensión por orden del *pretor* de un bien determinado, no hubo más que otro. Y lo que primero fue un medio para constreñir la voluntad del deudor, se convirtió en una prenda a favor del acreedor, con facultad de venderla por orden del magistrado. El paso decisivo estaba dado la satisfacción de la obligación en especie se hacía en su equivalente en dinero (Derecho Procesal Mercantil. El fraude contractual. 1986).

Las invasiones germánicas vinieron a destruir el resultado de esa lenta evolución. Durante la edad media se reconoció de nuevo la prisión y la esclavitud por deudas e incluso el derecho del acreedor de matar a su deudor. Las cárceles privadas que el derecho romano había hecho desaparecer, surgieron de nuevo.

En España, debido a la invasión romana se estableció la ley IV de las ordenanzas reales de Castilla, en la cual se estableció que el deudor podía ser entregado a su acreedor si no pagare su deuda o consiguiera quien la pagare, era entregado al acreedor para que dispusiera lo que mejor le considerare. La Novísima

recopilación (Ley 12 del título 28, libro XI) previene que si al ejecutar no se encuentran bienes que embargar ni el deudor da fianza suficientes, debe ser reducido a prisión. Apenas en el Siglo XIX desaparece de nuevo en occidente la prisión por deudas.

Por aparte señaló que, en el derecho bárbaro la persona responde corporalmente, y en primer término de las deudas contraídas. Por un lado las deudas se consideran un crimen. El deudor que falta a la fe por no pagar a su acreedor, se distingue poco del ladrón. Añade que en todos los pueblos de la antigüedad la ejecución presenta caracteres de sanción penal. En el Derecho hebreo, indio, egipcio y griego el deudor y aun sus hijos responden por las deudas con sus cuerpos, pudiendo ser esclavizados y vendidos.

En varios documentos señalan que en el siglo XV en Castilla, también fue restablecida la prisión por deudas para judíos y musulmanes. En la época medieval, la detención preventiva *pro debito* o prisión por deudas, era una práctica minoritaria y, en su caso, la falta de bienes del deudor para satisfacer a sus acreedores se resolvía preferentemente con su puesta en servidumbre de los mismos.

5.2 Aspectos doctrinarios

El autor Ángel Acedo Penco señala, al citar la obra de Patricia Zambrana Moral llamada *Derecho Concursal Histórico*, que uno de los primeros escritos que se conocen es el Código de Hammurabi, que permitía el pago de la deuda mediante la venta como esclavo o entrega al acreedor. Según señala, en España, parece que la *lex coloniae genitivae* proveía la prisión por deuda durante la ocupación romana y señala que se aplicó en Europa durante toda la Edad Media hasta la Revolución Francesa cuando fue abandonando. Señala que algunas excepciones se contemplan en la actualidad en el ámbito del Derecho Penal, como la pena privativa de libertad por el impago de deudas alimenticias y también con carácter general se aplica la detención personal a quienes habiendo sido condenados por delitos o faltas no pagan al Estado la multa impuesta en una sentencia penal firme.

Determina que, a diferencia del primer caso, la insolvencia del obligado excluye el delito y por el contrario la privación de la libertad en caso de multa penal por los delitos se aplica inexorablemente al condenado, sea o no insolvente económicamente, por el simple impago al Estado, previsión que curiosamente e injustamente no se contempla para los supuestos de impago de las responsabilidades civiles por los daños a la víctima que, generalmente suelen quedar desprotegidas en la práctica, sin percibir indemnización alguna habida cuenta de la más que habitual insolvencia patrimonial del condenado por un delito o falta⁴⁵.

Retomando a Jesús Zamora Pierce, este señala que el principio “no hay prisión por deuda” depende de su plena eficacia de que se pueda establecer con precisión cuando una deuda es de “carácter puramente civil”. Es decir, depende de la realización de la tarea que nos fijamos inicialmente, y que se le encuentra todavía pendiente, fijar los límites entre lo civil y lo penal. Para ello, se refiere a las teorías que pretenden encontrar el límite entre la antijuricidad y aquellas cuya frontera es el dolo, por lo que se remite a la tipicidad para fijar el criterio para precisar los límites entre el ilícito penal y el ilícito civil.

Y al respecto concluye que, en esencia, no se puede distinguir los ilícitos penales de los ilícitos civiles, la prohibición constitucional de que alguien sea aprisionado “por deuda de carácter civil” solamente tiene sentido si la entendemos como una barrera, como un impedimento que impuso al legislador ordinario para tipificar como delito la misma e idéntica conducta que el legislador civil ha considerado como un ilícito civil. Queda abierta la posibilidad lógica de que un delito tenga todos y cada uno de los elementos que caracterizan a un ilícito civil, pero, necesariamente, deberá reunir otro u otros elementos que permitan y justifiquen su calificación como ilícito penal, so pena de violar la norma constitucional (Derecho Procesal Mercantil. El fraude contractual. 1986).

⁴⁵ A. Acedo Penco. *Teoría General de las Obligaciones*. Madrid: Editorial Dykinson S.L. 2010. Pág 212 y ss.

5.3 Derecho Internacional

En Latinoamérica, se han dictado normas al respecto de eliminar la prisión por deuda, tal es el caso de Bolivia, que emitió en el año de 19 de diciembre de 1905, una ley que hizo reformas al procedimiento civil, en el cual abolió la prisión por deuda, salvo aquellas, entre otras, de las provenientes de delitos y cuasidelitos.

En Argentina, El congreso Nacional, Cámara de Senadores argumentó que:

En presencia de ésta disposición constitucional de que nadie puede ser penado, sin juicio previo fundamentado en ley, es necesario que una ley determine y establezca los delitos, porque este es el espíritu de esta prescripción. ¿Cómo en presencia de esta prescripción tan terminante, puede sostenerse la prisión por una simple deuda? Deber no es delinquir. La deuda puramente civil no es delito, es una simple desgracia, es un contratiempo que sucede en cualquier negocio que ha fallado por circunstancias imprevistas. La constitución pues, no permite que nadie sea penado sin juicio previo sin ley que defina el delito y que se le aplique la penalidad. Así es que la prisión por deuda, es una infracción flagrante de esta disposición.⁴⁶

En la Constitución Política del Brasil de 1988, el constituyente, deseando consagrar el principio de que no habrá prisión por deudas, pero considerando necesario establecer algunas excepciones a ese principio dispuso en el artículo 5º fracción LXVII No habrá prisión por deuda civil, salvo que al responsable de incumplimiento voluntario e inexcusable de la obligación alimenticia y al depositario infiel.

⁴⁶ Diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la República Argentina 1869. Volumen 1869.



5.4 Desde el aspecto de Derechos Humanos

Existe, según Virgilio Ruiz Rodríguez al citar a Linares Quintana que los derechos humanos se dividen en 5 grupos libertad civil, libertad patrimonial, libertad social, seguridad jurídica y la garantía de libertad. Y dentro de las garantías de seguridad jurídica, enmarca entre otras, el derecho de petición, irretroactividad de la Ley, privación de la libertad, de la vida o propiedades, entre otros y, por último la que nos atañe al tema que es la “abolición de las deudas de carácter puramente civil.”

En ese sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, procuró una declaración de un derecho a la protección de una detención arbitraria, y señaló en su artículo XXV, que: “Nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes existentes” y luego agrega: “Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil” ⁴⁷.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, estableció de manera específica a las obligaciones civiles en el artículo 11 que “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”. Y por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), emitido en el mes de noviembre de 1969, en el artículo 7 inciso 7º estableció que: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios”.

Esta última normativa, no especifica el tipo de deuda, es decir si es contractual, extracontractual o de carácter penal, sin embargo, si se considera la historia de esta figura, se puede concluir que son deudas de tipo contractual o civil.

⁴⁷ V. Ruiz Rodríguez. *Legislación de derechos humanos a partir del 1945*. México: Universidad Iberoamericana. 1995. Pág. 110.



5.5 Jurisprudencia internacional⁴⁸

Al respecto de este principio, el Tribunal Constitucional de la República de El Perú, en sentencia de fecha 12 de agosto de 2004, se pronunció al respecto de una sentencia penal que ordena la reparación civil, infringe el principio de “no hay prisión por deuda” para lo cual la Sala Primera del Tribunal Constitucional, pronuncia la sentencia, la cual se refiere a un recurso extraordinario interpuesto por don Constante Antonio Aguilar Cornelio, a favor de don Segundo Fortunato Correa Díaz, contra la sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 129, su fecha 5 de abril de 2004, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

En el caso en concreto, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra el juez mixto de San Miguel, Cajamarca, solicitando que se declare la nulidad de la Resolución N.º 60, de fecha 28 de febrero de 2003, que ordena que el beneficiario, en el término de cinco días, pague la cantidad fijada como reparación civil y restituya el bien usurpado, bajo apercibimiento de revocarse la suspensión de la pena. Refiere que en el Exp. N.º 1999-0163-060611JX01-P se condenó al beneficiario a la pena privativa de la libertad de un año, con carácter de suspendida, por la comisión del delito de usurpación; así mismo, se lo condenó al pago de la cantidad de S/. 2,000.00 por concepto de reparación civil y a la restitución del bien usurpado; que, pese a que ni la reparación civil ni la restitución de la pena fueron fijadas como regla de conducta, se expidió la resolución cuestionada y que, con fecha 10 de junio de 2003, se revocó la suspensión de la pena, ordenándose la captura del sentenciado, no obstante que no existe prisión por deudas.

El Décimo Juzgado Penal de Trujillo, con fecha 9 de marzo de 2004, declaró improcedente la demanda, por considerar que la resolución cuestionada ha sido expedida dentro de un proceso regular y que, por otro lado, el artículo 10º de la Ley N.º 25398 establece que las anomalías que pudieran cometerse dentro de un proceso regular, deberán ventilarse y resolverse dentro del mismo proceso, utilizando los recursos que prevén las normas procesales. La recurrida confirmó la apelada, por

⁴⁸ <http://rubenmarquezgarcia.blogspot.com/2013/04/no-hay-prision-por-deudas.html>. Recuperado en 2017.

estimar que se está cuestionando una sentencia que debe ejecutarse en sus propios términos y que, además, no se puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada. Se analizó en concreto, el aspecto constitucionalmente relevante de la controversia y que es determinar si en el presente caso se ha vulnerado el principio constitucional que prohíbe la prisión por deudas, contenido en el artículo 2º, inciso 24), literal "c", de la Constitución Política del Estado. Y señalo que como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el fundamento 2 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2982-2003-HC/TC, cuando el citado artículo prohíbe la prisión por deudas, con ello se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones originadas en relaciones de orden civil. La única excepción a dicha regla se da, como la propia disposición constitucional lo señala, en el caso del incumplimiento de deberes alimentarios, toda vez que, en tales casos, están de por medio los derechos a la vida, la salud y a la integridad del alimentista, en cuyo caso el juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado. Sin embargo, tal precepto –y la garantía que contiene no se extienden al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en una sentencia condenatoria. En tal supuesto, no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino, fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados. En el presente caso, según se advierte a fojas 8, mediante la sentencia de fecha 14 de octubre de 2002, confirmada por la resolución de fecha 2 de diciembre del mismo año, se condenó al beneficiario a un año de pena privativa de la libertad, con carácter de suspendida, así como al pago de una reparación civil ascendente a S/. 2,000.00 y a la restitución del inmueble usurpado, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicarse el artículo 59 del Código Penal. Delimitado así el problema, queda por determinar si la exigencia del cumplimiento de la citada obligación de pago constituye, en realidad, una obligación de orden civil, donde, por tanto, no cabe que se le revoque judicialmente la libertad condicional o, si por el contrario, es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento sí puede legitimar la cuestionada decisión revocatoria. Sin duda, cabe

afirmar que los términos de la presente controversia se afincan en el ámbito penal, sede en que se condena al beneficiario imponiéndosele una determinada obligación de pago, la cual incumple. Por lo tanto, no puede sostenerse 1) que dicha obligación de pago sea de naturaleza civil, pues opera como una condición, cuyo cumplimiento determina la inejecución de una sanción penal, y 2) que su incumplimiento impida que el juez penal pueda ordenar que se haga efectiva la pena de privación de la libertad del sentenciado, establecida condicionalmente, como sucede en el presente caso. 6. Siendo así, la resolución cuestionada no vulnera el derecho invocado, razón por la cual debe desestimarse la demanda. Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú **HA RESUELTO** Declarar INFUNDADA la acción de *hábeas corpus*. Publíquese y notifíquese.

En otro caso, el mismo Tribunal Constitucional del Perú, en sentencia 2982-2003 de fecha 5 de julio de 2004, estableció ante un caso de una sentencia en donde el sindicado fue condenado a pena privativa de la libertad de tres años, con el carácter de suspendida, así como al pago de una reparación civil de doscientos mil nuevos soles (S/. 200,000.00), monto que debía ser abonado solidariamente entre los dos co-procesados; y la devolución de la suma estafada, por concepto de reglas de conducta, la cual fue revocada la suspensión de ejecución de la pena, convirtiéndola en efectiva, debido a que el sentenciado no cumplió con devolver la suma estafada. Dicho tribunal consideró:

Sin duda, cabe afirmar que los términos de la presente controversia se afincan en el ámbito penal, sede en que se condena al beneficiario imponiéndose como regla de conducta reparar el daño ocasionado por el delito, lo cual se incumple; entonces, ya no puede sostenerse, por un lado, que dicha regla sea de naturaleza civil, pues opera como una condición cuyo cumplimiento determina la inejecución de una sanción penal y, por otro, que su incumplimiento impida que el juez penal pueda ordenar que se haga efectiva la pena de privación de la libertad del sentenciado, establecida condicionalmente, como sucede en el presente caso.

5.6 Legislación guatemalteca

La Constitución Política de la República de Guatemala ha seguido los pasos o se ha mantenido acorde a los derechos fundamentales del hombre, contenido en los tratados internacionales ya relacionados y por ello ha señalado dentro de estos derechos que no puede sancionarse penalmente por hechos que no estén calificados como delitos o faltas. Así mismo agrega, el principio que señala: “que por deuda no hay prisión”.⁴⁹ Este principio no ha sido objeto de discusión, conforme la hermenéutica jurídica, es decir desde sus antecedentes históricos, doctrinarios y finalidades, que resultan ser la fuente fidedigna de su institución y de donde resulta comprender su verdadero significado e intención.

Sin embargo, este principio ha sido invocado y discutido en casos concretos desde la óptica penal, que nos permite desentrañar o al menos deducir la posición del máximo órgano contralor de la constitucionalidad sobre su verdadera finalidad de las normas que acusan de infringir el principio de “no hay prisión por deuda”, tal y como se cita en los casos jurisprudenciales que a continuación se describen:

Caso uno

El dieciocho de julio de dos mil tres, el Juez Segundo de Ejecución Penal del departamento de Guatemala, resolvió con lugar su solicitud de pago de la pena de multa por amortizaciones mensuales, garantizando su deuda con una hipoteca a favor del Organismo Judicial, sin embargo, con base en el artículo 55 del Código Penal –norma objetada-, en dicha resolución se le apercibió de que en caso de faltar al pago de dos amortizaciones, daría lugar a que se le revoque su libertad y se ordene su aprehensión, por lo que el interponente estimó que la

⁴⁹ Artículo 17 de la Constitución Política de la República. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por la ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda.



norma precitada es inconstitucional, en virtud que contraviene el inciso segundo del artículo 17 de la Norma Suprema, que establece que no hay prisión por deuda, Porque la multa que le fuera impuesta, es una deuda que debe pagar, que, por la norma objetada, al no poder hacerlo se le privará de su libertad, así como también señaló que contraviene el artículo 4 constitucional, porque lo está sometiendo a servidumbre por no poder pagar una deuda, y lo trata en forma desigual, al exigir que se le garantice el pago de la deuda y a la vez se disponga de la facultad de someter a una persona nuevamente a prisión por el incumplimiento de la misma.

La Corte de Constitucionalidad al respecto dictó sentencia⁵⁰ y resolvió, confirmando los argumentos del Tribunal Constitucional de primera instancia que señaló “Como se puede establecer en el sub-judice y concretamente en la resolución de fecha dieciocho de julio del año en curso en el numeral III en ningún momento se han violado principios constitucionales toda vez que la pretendida violación al artículo 17 constitucional segundo párrafo no se puede considerar como una deuda en virtud que la pena multa se impuso oportunamente como consecuencia jurídica de un delito que cometió el incidentista (sic) y que no se le debe reputar a la misma como una deuda por cuanto no emana de una obligación civil; por el contrario es una pena principal que se impuso luego de un debido proceso, por lo que tampoco puede pretenderse que el suscrito violó en la resolución referida el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Y por último agregó “sin embargo, es importante señalar que, como bien lo afirma el Tribunal Constitucional de primera instancia, el artículo 55 del Código Penal objetado establece la conversión de una pena de prisión a una multa, y en ese sentido, los condenados con esa sanción que no la hicieron efectiva en el término legal, o que no cumplieren con las amortizaciones para el efectivo pago o fueron insolventes, cumplirán su condena de privación de libertad, por lo que no puede considerarse como una prisión por deuda, sino que es el reestablecimiento de la pena convertida.

⁵⁰ Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2003, dictada por la Corte de Constitucionalidad, dictada dentro del expediente 1717-2003.

Caso dos

En este caso, el Instituto de la Defensa Pública Penal, promovió la inconstitucionalidad del artículo 55 del Código Penal, referente a la conversión de la multa por pena de prisión en caso de incumplimiento o solvencia en el momento de imponerse la pena y en resumen argumentó que “que el Instituto de la Defensa Pública Penal, de conformidad con su ley orgánica, en consonancia con el artículo 12 constitucional, en el ejercicio de la misión de garantizar a toda persona -fundamentalmente de escasos recursos- asistencia y representación legal gratuita en el proceso penal al que pueda verse sometida, ha podido establecer que en la ejecución de las sentencias en las que las personas condenadas por la comisión de delitos que tienen como penas principales la prisión y la multa, se ven ante la realidad que han cumplido o cumplirán su condena de prisión corporal pero, por no poder hacer efectiva la multa tienen que continuar guardando prisión por un tiempo en muchos casos superior al de la condena privativa de libertad que les fuera impuesta. Señalaron que la conversión de la pena de multa, en prisión, en algunos casos duplica y hasta triplica la pena de prisión a la que en sentencia fue condenado un procesado, y que la misma adquiere matices alarmantes cuando se trata de multas excesivas, cuyo pago no está al alcance de las posibilidades económicas del condenado; situación que se pone en evidencia sobre todo en el caso de algunas leyes penales especiales que regulan este tipo de multas; así, por ejemplo, refieren que en la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos y en la Ley Contra la Narcoactividad, hay varios casos en los que prácticamente se imposibilita la libertad del condenado por tratarse, en la mayoría de los casos, de personas de escasos recursos económicos.

La Corte de constitucionalidad referente al caso en concreto dictó la siguiente sentencia⁵¹ y resolvió que:



De la simple lectura de las referidas normas, se puede inferir la inexistencia de colisión entre las mismas, y no puede decirse que el artículo 55 del Código Penal conculque las normas constitucionales que declaran el derecho de todos a la libertad e imponen que la privación o restricción de la libertad no se lleve a cabo sino en los casos y en la forma previstos en la ley, y entre las hipótesis que justifican constitucionalmente la privación o restricción pro tempore de la libertad se halla la de haber sido el individuo penado legalmente en virtud de sentencia dictada por un Tribunal competente. Es de hacer notar que la privación subsidiaria de libertad, producto de la conversión permitida por el artículo 55 del Código Penal cuestionado, no está llamado a recaer sobre una persona al margen y con independencia de toda estimación sobre su culpabilidad, sino en tanto que la medida sustitutoria de una pena (inejecutable) asignada, al término del debido proceso judicial, a quien ha sido precisamente considerado culpable por la realización de la acción típica y antijurídica sancionada por la ley penal. La insolvencia determinante de la inejecutabilidad de la pena patrimonial no es el determinante de la posible aplicación de la medida sustitutoria que se considera; la finalidad de la sustitución es la de procurar que no quede sin sanción, en esta hipótesis, una determinada trasgresión del ordenamiento penal. Parece en principio, correcto atribuir a una pena de segundo grado la misma dependencia de la realización de un hecho típico, antijurídico y culpable que tenía la pena impuesta en primer grado, pues, en definitiva, el arresto sustitutivo no se impone por ser el sujeto insolvente, sino por haber cometido el delito (al que en principio correspondía una pena distinta). Es de entender que en el artículo 55 del Código Penal, no se ha pretendido establecer una equivalencia entre patrimonio y libertad, poniendo a la par e igualando dos bienes jurídicos tan diferentes y subvirtiendo, en consecuencia, la escala de valores que resulta de la posición de los artículos 2º y 17 constitucionales; como en los supuestos en los que la misma ley penal establece

⁵¹ Sentencia de fecha 10 de septiembre de 2008, dictada dentro del expediente número 830-2008, por la Corte de Constitucionalidad.



alternativamente, para un mismo ilícito, penas patrimoniales o de privación de libertad, la norma no pretende establecer equivalencias abstractas entre los bienes objeto de la condena sino atender a exigencias de política criminal, inobjetable en sí mismas, consistentes ya en la más correcta individualización de la pena, ya como en el cuestionamiento que nos ocupa, en la predisposición de una sanción sustitutiva de la que, impuesta con carácter principal, resulta de ejecución imposible. Esta disposición legal, en efecto, no puede ser entendida sino como una regla adicional o complementaria respecto de todas y cada una de las que a lo largo del articulado del Código Penal prevén una penalidad de multa para el supuesto de la comisión de determinado ilícito, y su sentido no es otro que el de ordenar una previsión específica (no diferenciadora), para la hipótesis en la cual la regla general (impositiva de la pena de multa) se resintiese de una aplicación inevitablemente diversa al proyectarse el mandato abstracto de la norma sancionadora sobre realidades fácticas distintas...

Y por último agregó:

No se puede reprochar al legislador que haya hecho extensiva a los insolventes sin culpa la misma regla especial que a quienes frustran la ejecución de la pena patrimonial, porque se entiende que la finalidad perseguida por la disposición cuestionada no es la de sancionar una conducta intencionadamente elusiva de la condena penal, que sería un ilícito de naturaleza distinta, sino la de regular un supuesto de inejecutabilidad de la pena de multa.

6. Conclusiones del principio de “no hay prisión por deuda”

Del desarrollo de lo anterior, partiendo de su antecedente histórico y seguido de aspectos doctrinarios, tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos, derecho comparado y nuestra propia legislación se puede concluir que:



- i. El principio de “no hay prisión por deuda”, nace de los abusos de las obligaciones de tipo contractual y no de carácter “obligaciones *ex delicto*”, incluso en el análisis que se le ha hecho a este principio, dentro de los criterios doctrinales, normativos y jurisprudenciales se ha pretendido deslindar su naturaleza jurídica de la “obligación *ex delicto*” de este principio, aduciendo que este emana de una resolución judicial, Porque lo han catalogado como una regla de conducta que debe de ser cumplida para poder optar a algún beneficio posterior a la pena.
- ii. Que si se pretendiera enmarcar a las responsabilidades civiles derivadas de los ilícitos penales dentro de la prohibición constitucional de que por deuda no hay prisión, se estaría mal interpretando la historia fidedigna de la institución, así como se estaría confundiendo a las obligaciones contractuales con las obligaciones extra contractuales, específicamente la proveniente del delito.
- iii. Que dentro de las interpretaciones realizadas a este principio y que son dadas por la Corte de Constitucionalidad, se puede colegir, que siguen la línea histórica que dio lugar a este principio al concluir que la pena de multa no se puede considerar como una deuda porque no emana de una obligación civil, sino que emana de una pena principal contemplada en el orden jurídico penal. Así mismo, considera que la sustitución del impago de la pena de multa por la de prisión, conlleva la finalidad de que la ejecución de la misma sea efectiva.
- iv. Por último, el principio de “no hay prisión por deuda”, genera excepciones y en el caso de la legislación internacional y guatemalteca el más común es el de la deuda alimenticia porque el mismo busca proteger otras instituciones de familia, tal como el derecho a la vida, entonces, dentro de esta excepción se puede incluir a la “reparación *ex delicto*” por constituir una violación al principio de seguridad jurídica que se altera de manera unilateral.

Una de las primeras reglas, para poder implementar a la reparación civil como una sanción penal, consiste en que hay que superar una de las críticas que se ha hecho



a la tercer vía penal, y es aquella que refiere que imponer el pago de una cantidad dineraria como sanción penal, constituye una vulneración del principio constitucional conocido como “*no hay prisión por deuda*”, puesto que en caso de que el infractor carezca de los medios económicos para cubrir la sanción impuesta, este debe de sustituirla con su reclusión en un establecimiento carcelario, para efectos del cumplimiento efectivo de la sanción impuesta.

A este respecto hay que señalar que, esta es una de las características autónomas que se ha señalado anteriormente que debe de brindársele a esta figura legal, y es precisamente que la misma no constituye una deuda de carácter civil, es decir, no es una obligación que nace por virtud de una relación anterior definida entre los involucrados, en donde media la voluntad de las partes de generar una obligación y en donde existe el conocimiento de una probabilidad de riesgo de que la misma puede ser incumplida, sino que es una situación en la cual no existe un vínculo previo ni predisposición de realizarla, respecto a esa obligación entre las partes, ni existe la intencionalidad entre estas de generar derechos y obligaciones.

La reparación civil *ex delicto*, es una situación generada por un acto unilateral, ilegal, dolosa o culposa del agente que la provoca, en la que el derecho de la víctima se ve afectada, sin que por supuesto haya dado lugar a que suceda, es decir, en donde la voluntad de la víctima es trastocada u obviada para modificar su derecho y por lo tanto, no tiene participación en la generación de la misma. Entonces, no existe, bajo esas circunstancias, motivo del porque habría de compararse dicha obligación con la adquirida con virtud de las normas de carácter civil y eso es lo que la hace independiente y autónoma en su existencia y que en consecuencia nos obliga a darle un trato aparte, pudiendo identificar a la reparación *ex delicto* como una “obligación de carácter penal” o bien una “obligación penal de carácter reparador”.

Hay que considerar para este aspecto, que la naturaleza jurídica del principio de que “no hay prisión por deuda”, conforme sus antecedentes históricos, nace de una relación civil de tipo contractual, en la cual el incumplimiento le daba la prerrogativa al acreedor de poder someter a servidumbre al deudor o bien imponerle prisión. Y el



abuso de esa facultad, fue la que dio origen a ese principio, el cual fue implementado en la Revolución Francesa, debido a los principios de “libertad, igualdad y fraternidad”, el cual ha perdurado a la fecha. Por lo que la reparación civil *ex delicto* debe de quedar fuera de dicho principio y dársele otro tipo de categoría, tal y como lo han implementado en la República de El Perú, en donde la reparación, es considerada una regla de conducta que le permite al delincuente obtener beneficios luego de su cumplimiento.

Aunado a esto, del desarrollo de este punto, este principio constitucional, se ha determinado que lo que busca finalmente es que no se tipifique como delito, todas aquellas situaciones en que se genere la obligación de pagar una cantidad de dinero derivadas de relaciones contractuales y también todas aquellas situaciones que ya han sido sancionadas por el Derecho Civil, por lo que dentro de estas categorías se debe excluir las obligaciones que nacen de la responsabilidad *ex delicto*.

A la reparación civil *ex delicto*, no se le debe de ver bajo la perspectiva de una obligación civil per se, sino como un derecho de la persona a ser restituida a su situación anterior a la vulneración de sus derechos, los cuales deben ser determinados en un proceso penal y ejecutados en la misma vía, con las reglas atinentes a este. Resulta contradictorio, que, por el pago de la responsabilidad civil como sanción penal, se alegue que infringe el principio constitucional de que no hay prisión por deuda, mientras que cuando se impone por los tribunales de Justicia como sanción el pago de una multa, esta se traduce en prisión cuando el sancionado no cumple con pagar la multa impuesta. Es decir, el Estado si puede imponer apremios de prisión por deudas generadas a su favor, mientras que si se trata del resarcimiento de las víctimas esta deviene inconstitucional, cuando las dos figuras les rige el mismo principio.

Fundamentado en esa premisa, es importante destacar que cuando el Estado no vela por el estricto cumplimiento de las obligaciones nacidas del delito, se infringe el principio de igualdad que garantiza el artículo 4º de la Constitución Política de la República, pues el Estado si puede cobrar las sanciones pecuniarias bajo la amenaza de sustituirla por una pena de prisión al infractor, mientras que para la víctima, para que pueda ser favorecida con una reparación, tiene que acudir a los tribunales del orden

civil para ejecutar su derecho, sin garantía de poder recuperar lo ordenado en la sentencia penal.



En la actualidad, la reparación civil sancionada dentro de un proceso penal, constituye como una sanción penal adicional o accesoria a la pena de prisión o multa que se imponga al infractor, por lo que el Estado debe velar porque esa sanción también sea cumplida o satisfecha, con el efecto doble de sancionar la actitud delictuosa y restituir el orden alterado al que estaba obligado proteger.

En consecuencia de lo anterior, se puede puntualizar enfáticamente que el sancionar a la persona con la reparación civil no infringe el principio de “no hay prisión por deuda”, pues la responsabilidad civil que nace en virtud de la comisión de un delito, es muy distinta de la obligación nacida de los contratos, base histórica de dicha prohibición, con lo cual la imposición de una pena de esta categoría está acorde con los principios constitucionales garantizados para toda persona y no infringiría tal disposición constitucional.



CAPÍTULO V

I

La responsabilidad civil *ex delicto* en Guatemala



En el mes de julio de 1973 se promulga el Código Penal y el Código Procesal Penal – actualmente derogado – en el que se le dio una participación activa a las personas que fueron afectadas en lo personal o en su patrimonio por las consecuencias del delito, determinando en ambos códigos los parámetros en cuanto a la determinación de quienes son las personas legitimadas para reclamar los derechos, los alcances de dicha reparación, así como también todo lo relacionado a la participación del actor civil dentro del proceso penal para obtener un resultado positivo de su pretensión.

En materia sustantiva, la determinación de la responsabilidad civil cumple con las expectativas y ante cualquier eventualidad se complementa con las normas del código civil en cuanto a las responsabilidades civiles provenientes del delito.

En materia procesal, la reparación civil en Guatemala si se le considera desde la actualidad, partiendo desde el año de 1973, año en que se decretó el Código Procesal Penal, decreto 52-73 del Congreso de la República, hasta la entrada en vigencia el actual Código Procesal Penal, - Decreto 52-92 del Congreso de la República-, ha sufrido una serie de cambios en cuanto a los procedimientos y garantías de restitución efectiva de los daños causados por el delito. Actualmente y a partir del anterior código, podemos establecer dos formas en que se puede ejercer la acción civil reparadora debido a las últimas innovaciones realizadas al código en esa materia, las cuales han tenido incidencia de manera secundaria y alterna en el modo de obtener la reparación de daños y perjuicios causados por la comisión de un delito.

Estos métodos, depende de las circunstancias en que se desarrolle el proceso penal y de la preferencia de la víctima de optar por buscar el resarcimiento civil en la vía penal o civil. Para aclarar este aspecto y conforme la legislación procesal penal guatemalteca tenemos que:



- a) El afectado directamente por el delito puede renunciar al ejercicio de la reparación digna dentro del proceso penal y optar a ejercerla en un proceso civil de determinación de daños y perjuicios derivados de la comisión del delito.
- b) La víctima puede ejercer su derecho a la reparación digna dentro del proceso penal y consecuentemente, en el momento de dictarse la sentencia, puede conforme los procedimientos establecidos en la ley procesal penal, ejercer su acción civil reparadora dentro del proceso penal y en una audiencia posterior, aportar los medios de prueba con los que acredite el daño y perjuicio causado, para que el juez o tribunal de sentencia lo resuelva y sea parte integral de la sentencia penal, es decir, en la sentencia que condene al sindicado, también se hará pronunciamiento respecto de las responsabilidades civiles.

En apariencia, las modificaciones que se realizan a una ley deben de ser de carácter evolutivo, sin embargo, en materia procesal penal, en cuanto a la reparación privada, en sus reformas, se puede verificar que no siempre ha sido así, ya sea porque hubo algún retroceso en la garantía reparadora o porque no hubo mayor cambio en su metodología y eficacia en la implementación de la nueva normativa. Para ello, se hará una reseña de la acción civil reparadora en Guatemala, conforme los dos últimos códigos procesales penales vigentes y sus respectivas reformas, con el fin de determinar el grado de evolución que ha tenido.

II

La reparación civil como una garantía constitucional



El artículo 3 de la Constitución Política de la República establece como garantía Constitucional para los habitantes de la República de Guatemala y por supuesto como obligación del Estado, entre otras, **la seguridad**, la que desde su sentido más amplio, consiste en la garantía dada a la persona de que sus derechos, sin importar cuales, no serán vulnerados, sin que medie un proceso legal establecido.

Bajo esa premisa, cuando el Estado incumple con esa obligación de dar “protección jurídica”, entonces, al menos debe contar con todo un sistema jurídico a disposición de la persona, para que este pueda obtener su derecho a ser reparado del daño causado y también que pueda garantizar a la persona afectada, que efectivamente será restituido en su derecho vulnerado de la mejor manera posible.

En el caso específico de cuando una persona es afectada en su “seguridad” al ser víctima de un delito, el Estado ha incumplido con la garantía de protección y seguridad a que está compelido, porque debió de protegerlo de tal vulneración y como compensación a dicha incapacidad, el Estado debe de crear las herramientas legales que le permitan al afectado acceder a las mismas para que pueda, con el auxilio de las instituciones que correspondan, volver al estado anterior a la comisión del hecho delictivo.

En ese sentido, la reparación civil *ex delito*, entre otras, es una garantía constitucional establecida en el artículo 3 constitucional citado y una obligación del Estado frente a todos sus habitantes, la cual debe implementar en su ordenamiento jurídico ordinario.

Desarrollo histórico de la responsabilidad civil *ex delicto*



El desarrollo histórico de la responsabilidad civil *ex delicto*, a que se referirá en este tema, corresponde propiamente a los antecedentes jurídicos en que se ha desarrollado esta figura en el ámbito nacional guatemalteco, y para ello se hará referencia a las normativas que han regulado esta figura en el ordenamiento jurídico interno, sin importar si son de carácter penal, civil o procesal. Es decir, se hará referencia sobre la forma en que ha sido desarrollada la figura y como ha venido modificándose y evolucionando por medio del tiempo, en la propia normativa.

Para este efecto, se describirá cada uno de los códigos en que se hace referencia a la responsabilidad *ex delicto*, tanto en el ámbito sustantivo y procesal, considerando sus figuras, modificaciones y avances en el tema.

Las normativas que se refieren a la responsabilidad civil *ex delicto* son:

1.1 Código Penal –Decreto 17-73 del Congreso de la República-

Dentro de las estipulaciones del Código Penal se desarrolló un título específico para la responsabilidad civil, en donde se estableció que toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, normativa que se encuentra en concordancia con el código civil, la cual determina el deber de reparar los daños provenientes de un delito, incluyendo dentro de los sujetos que debían de responder por esos daños a todas aquellas personas que sin haber participado de la actividad delictiva, se beneficiaron de los efectos del crimen.

La ley en ese sentido, extendió la responsabilidad penal a los herederos del responsable y de igual manera el derecho de reclamar las responsabilidades civiles se extendió también a los herederos del afectado.



En el caso de las personas inimputables, -menores de edad e interdictos- la ley estableció que estos responden con sus propios bienes y que ante su insolvente respondería de manera subsidiaria quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal. Incluso determinó la responsabilidad civil, en los casos en que mediare una causa de justificación para cometer el hecho ilícito, pero lo delimitó a la figura de estado de necesidad, determinando la responsabilidad del que causó el daño distribuido entre las personas a cuyo favor se haya precavido el mal.

La responsabilidad penal también fue extendida a aquellas personas que en los casos de inculpabilidad hayan causado en el agente un miedo invencible o provocado una fuerza exterior.

En cuanto a las clases de reparación, se determinaron tres formas de hacerlo:

- a. La restitución, que conforme la ley, es la reposición de la misma cosa, siempre que fuera posible, con abono de deterioro o menoscabo a juicio del tribunal, sin importar que el bien se encuentre en poder de un tercero de buena fe.
- b. La reparación de los daños materiales y morales, en el cual para el primer caso, el mismo se determina valorando el daño material atendiendo el precio de la cosa y en cuanto al daño moral, conforme el grado de afección del agente si constare o pudiere apreciarse; y
- c. La indemnización de perjuicios, que consiste en el pago con dinero en compensación de la pérdida del bien afectado o daño moral cuando esta no pueda ser repuesta de manera íntegra o parcial.

La normativa previó la supletoriedad, que determinó que, en caso de imprevisión de una situación, las mismas serían resueltas conforme el Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil.



1.2 Código Civil - Decreto Ley 106-

En el marco sustantivo civil, se estableció aquellas obligaciones nacidas de hechos y actos ilícitos, en los cuales específicamente se normó que el responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los daños y perjuicios que le haya causado, así mismo determinó que la exención de la responsabilidad penal no libera la responsabilidad civil. Bajo esta normativa, el perjudicado sólo está obligado a probar el daño o perjuicio sufrido.

Determinó que, si el daño consiste en lesiones corporales, la víctima tiene derecho al reembolso de los gastos de curación y al pago de los daños o perjuicios que resulten de su incapacidad corporal, parcial o total para el trabajo, el cual fija el juez, atendiendo la edad, estado civil, oficio o profesión de la persona que hubiere sido afectada, las obligaciones de prestar alimentos que posea la víctima en el momento del daño, así como la capacidad y posibilidad de pago de la parte obligada.

En el caso que la víctima falleciera, sus herederos o las personas que tenían derecho a ser alimentados por ella, tienen el derecho a reclamar la indemnización que se fija judicialmente. Para las cuestiones de difamación, calumnia o injuria, los mismos se determinan en proporción al daño moral y a los perjuicios que se derivaron.

En concordancia con el Código Penal, estableció la responsabilidad solidaria de los culpables del daño o perjuicio, salvo que se pudiera deducir la responsabilidad de cada uno de ellos, generando el derecho de repetición del que pagare la obligación en nombre de todos.

En cuanto a los daños causados por una persona que esté privada accidentalmente de discernimiento, no quedó exonerado de responsabilidad civil, así como aquel que cause daño por motivo de salvarlo de un peligro inminente, la cual se fijaría en forma equitativa. En ese sentido, en cuanto a los menores de edad, pero mayores de quince años y los incapaces que actúa en estado de lucidez, responde de

los daños en forma personal, pero si es menor de quince años, son sus padres o tutores quienes responden por él.



1.3 Código Procesal Penal -Decreto 52-73 Del Congreso De La República- (Derogado)

Después de 75 años de vigencia del antiguo Código de Procedimientos Penales –Decreto presidencial 551, emitido el 7 de enero de 1898 -, se inició una nueva etapa en cuanto a la acción civil reparadora, la cual definitivamente incluyó una variedad de innovaciones, que trajo una serie de beneficios al actor civil, tanto en la forma de su participación como tal y como en las garantías restauradoras. Al respecto, no quedaron registradas estadísticas que pudieran confirmar que la víctima gozó de esas prebendas, pero si queda bien establecida que el Estado ante su falta de garantía como tal para resguardar los bienes materiales e inmateriales de la víctima, pretendió compensarlo con una normativa que le garantizara la restitución de esos bienes jurídicos.

La reparación civil conforme este código, tuvo para su época un avance exponencial para su época, pues desarrollo una serie de aspectos que garantizaban la participación del actor civil sin mayor complicación, así como también le garantizó la efectividad de la misma, es decir, le generó los recursos legales necesarios para su ejecución y que a continuación se desarrollan

➤ De la legitimación activa y pasiva

En cuanto a las personas legitimadas para ejercer la acción civil reparadora, la ley solo reconoció a aquellas personas que hubieren sido perjudicadas directa o indirectamente por el delito o falta y, en cuanto a las personas contra las que se podía deducir la acción civil reparadora, eran el propio responsable del delito o falta, pero

también permitió deducir la acción en contra de los herederos y sucesores de los responsables.



La ley también facultó al Ministerio Público para ejercer la acción civil, en defecto del agraviado o bien porque este le delegara por imposibilidad de gestión, sin perjuicio de su obligación de coadyuvar al referido ministerio en las gestiones que viabilizaran la pretensión.

En ese sentido, para poder participar en el proceso penal, el perjudicado debía formalizar su acusación en el momento procesal oportuno, para poder ejercer tanto su acción penal como civil, sin que tal omisión, implicara su renuncia al ejercicio de su acción civil⁵².

➤ **Deficiencias del ejercicio de la acción civil**

Este código creó una serie de situaciones legales, que a pesar de las deficiencias del actor civil (omisiones de procedimiento), el juez las podía corregir, o bien de no corregirse, el juez no podía dejar de pronunciarse sobre las responsabilidades civiles⁵³. También le permitió al actor civil, seguir su acción ante las instancias civiles, ante la imposibilidad de poderla ejercer en la acción penal por dichas omisiones o por causas ajenas a su voluntad, tales como una sentencia absolutoria o un sobreseimiento.

⁵² El artículo 77 del Código Procesal Penal derogado – 52-73 Del Congreso de la República – que: Los perjudicados por infracción penal deberán, dentro de la oportunidad que este código señala formalizar acusación para poder ejercer las acciones penales y civiles, o una u otra. La no formalización no implica renuncia al ejercicio de la acción civil. No obstante, el Ministerio Público, en defecto de los agraviados o cuando estos manifestaren la imposibilidad de actuar en el proceso, ejercerá por ellos las dos acciones, sin perjuicio de que conservarán el derecho de ser informados por dicho ministerio y de cooperar con el haciendo las gestiones que crean necesarias para el mejor resultado de su pretensión.

⁵³ El artículo 78 del código citado, establece: Si se ejercen en forma conjunta, las dos acciones, la civil es accesoria de la penal y, ambas, se deducirán conforme las normas del proceso penal. No obstante, si los medios de comprobación y de prueba, en materia penal, no fueren suficientes, se recurrirá a los medios de prueba que indica el código Procesal Civil y Mercantil para la eficacia de la acción civil. Si la acción penal, por causa penal, dejara de ejercerse o se extinguiere antes del pronunciamiento definitivo, los interesados tendrán que ejercer la acción civil ante los tribunales competentes del ramo. El hecho de haber iniciado esta acción, en ninguna forma perjudicará la que, en esas circunstancias, deba iniciarse ante los indicados tribunales de lo civil.



➤ **La acción civil como sinónimo de orden social⁵⁴**

La normativa procesal penal consideró a la acción civil reparadora, como una acción de orden social, y a la reparación de daños materiales y morales de interés general y como tutela del orden social, cuya regla general expresaba que al ejercerse la acción penal, por adhesión, también se consideraba ejercitada la acción civil, salvo desistimiento expreso del interesado o que prefiriera reservarse la acción después de terminado el proceso penal.

Sin embargo, si se optaba por la primera opción, podía ejercerse juntamente con la acción penal, lo cual impedía al interesado, luego de abierto a juicio el proceso, poder ejercerla separadamente ante los juzgados del orden civil, sino hasta que hubiere recaído sentencia ejecutoriada. Así mismo, determinó que, si solo se ejercitaba la acción civil nacida del delito, se tenía por extinguida la acción penal.

➤ **Supletoriedad de normas procesales civiles**

La modalidad establecida para el principio de accesoriedad de la acción civil, es que esta era accesoria de la penal, pero si los medios de prueba en materia penal no fueren suficientes, se acudiría al Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil, para la eficacia de la acción reparadora, tanto en las cuestiones de forma como de fondo. Además, estableció que, ante la abstención o extinción de la acción penal antes de su pronunciamiento definitivo, el perjudicado no quedaba impedido de ejercer su acción ante los tribunales del orden civil, principio que también aplicó ante la inminencia de una sentencia absolutoria o de sobreseimiento, salvo que la sentencia penal, determinara que el hecho imputado no existió o porque el procesado no lo cometió o no participó en su comisión.

⁵⁴ El artículo 82 de la referida ley cita: "El resarcimiento de los daños materiales y morales deben comprenderse como parte del proceso penal, en interés general y como tutela del orden judicial".



➤ **Subsanación de omisiones⁵⁵**

Un resguardo efectivo del derecho de acción civil, lo constituyó el hecho de que si el actor civil, en sus alegatos finales, no indicaba el monto de la responsabilidad civil, quedaba en el juez determinar los montos a su prudente arbitrio, es decir, que ante la indeterminación de la cantidad reclamada por el actor civil, tal omisión no lo excluía o no lo tomaba como abandono de su acción y al juez aun así, le correspondía pronunciarse sobre las mismas.

Para que el juez pudiera fijar los daños civiles debía de primero establecer el daño efectivamente causado y el perjuicio recibido, la trascendencia y consecuencias del delito, la categoría social del responsable, los móviles de la acción, su modalidad y gravedad, las situaciones económicas de los reos y de los perjudicados, los núcleos familiares, circunstancias que debían ser aportadas por el propio afectado, si quería que la condena por este rubro fuera ajustada a derecho, por medio de la cuerda pública. La normativa, incluso permitió que el sindicado pudiera pagar o garantizar su responsabilidad civil, sin que dicho acto implicara la aceptación de la culpabilidad.

➤ **Responsabilidades civiles por confesión**

Si se dictaba una sentencia por virtud de confesión judicial del sindicado, el juez haría la declaración de responsabilidades civiles, conforme lo que apareciera en autos y lo que manifestaren los interesados al evacuar la audiencia que para el efecto se señalaba. Incluso si se solicitaba, se abría un incidente exclusivamente para la determinación del monto, inmediatamente de pronunciada la sentencia en la cual se declaraba la condena de responsabilidades civiles y en caso no se determinara el monto, el juez de igual manera lo fijaba a su libre arbitrio.

⁵⁵ El artículo 81 del Código procesal Penal derogado, establece: “En la misma situación del artículo anterior, los sujetos procesales, en sus alegatos finales, deberán indicar, a su juicio, el monto de las responsabilidades civiles y las razones que tuvieran para el efecto conforme los autos. Si alguien de ellos no lo hiciere, se entenderá que deja su fijación al juez.” Así mismo, el artículo 82 del Código citado expresa: “Si llegado el caso de resolver no se hubiere establecido, total o parcialmente, el monto de las responsabilidades civiles, se fijará por el juez a su prudente arbitrio, con base a los autos.”



➤ **Alcances de la responsabilidad civil⁵⁶**

El juez en el momento de pronunciarse al respecto de las responsabilidades civiles, le quedó restringido su determinación conforme las formas de restitución establecidas en el Código Penal, las cuales consistían en indemnización pecuniaria y en la restitución total o parcial de los objetos del delito.

➤ **El Estado como benefactor de las responsabilidades civiles**

El Organismo Judicial se vio beneficiado con las responsabilidades civiles y este derecho se disponía cuando al no determinarse la existencia de daño material, patrimonial, personal o moral, entonces, las responsabilidades civiles se traducirían en multa, que el juez fijaba y que debía ser pagada por el responsable penal, los cuales pasaban a formar parte de los fondos privativos del Organismo Judicial.

➤ **Ejercicio de la acción civil en forma independiente**

Si el afectado pretendiere ejercer su acción civil, no por las responsabilidades provenientes del delito o la falta, sino por la ilicitud civil, esta debe deducirse ante los tribunales correspondientes, en cuyo caso una vez pronunciada la sentencia y debidamente ejecutoriada ya no podría deducirse esta acción civil en los procesos penales.

⁵⁶ Artículo 91. Las responsabilidades civiles, así provengan de daños materiales o morales, se resolverán en indemnización pecuniaria y en la restitución total o parcial de los objetos del delito.- Artículo 92. No podrá pretenderse en concepto de responsabilidades civiles, más que lo que el código Penal establece sobre la materia.



➤ **Garantías de restitución efectiva⁵⁷**

En la ley se fijaron disposiciones que pretendían garantizar las ~~resultas efectivas de~~ las responsabilidades civiles, es decir, que la víctima realmente fuera restituida en los derechos violentados y lo fue lo siguiente:

- a) Que el pago de las responsabilidades civiles era preferente al de cualquier otra obligación contraída después de la infracción, así como de las costas y multas que pudieran corresponder. Aunado a eso, las obligaciones posteriores al delito o falta, adolecían de nulidad, si con ellas menguaba el derecho de la víctima a obtener el pago de sus responsabilidades civiles.
- b) Que el condenado no podía optar a los beneficios de condena o libertad condicional, perdón judicial, cumplimiento domiciliario de la pena, conmuta, reducción de penal por cualquier concepto o cualquier otro beneficio por los cuales el reo obtuviera su libertad, si no se hubiere satisfecho las responsabilidades civiles, salvo casos muy calificados.
- c) Que ante cualquier extinción o suspensión de la acción penal, sobreseimiento o sentencia absolutoria, las medidas cautelares pronunciadas conservarían su vigencia hasta que el juez de lo civil conociere específicamente esa materia, de tal manera que las medidas se mantuvieron, salvo que el interesado solicitare su cancelación. Este privilegio tenía una vigencia de un mes, el cual transcurrido sin verificarse el inicio de la acción ante los tribunales civiles, las medidas eran levantadas sin más trámite.

⁵⁷ Artículo 93. El pago de las responsabilidades civiles es preferente al de cualquier otra obligación contraída después de realizada la infracción y al pago de costas y multas. Son nulas las obligaciones contraídas con posterioridad a la realización del delito o de la falta, si con ellas se elude o amengua la de cubrir las responsabilidades civiles respectivas.

Artículo 94. No podrá otorgarse condena o libertad condicionales, perdón judicial, cumplimiento domiciliario de la pena, conmuta, reducciones de pena por cualquier concepto y toda otra clase de beneficios por virtud de los cuales el reo obtenga su libertad, si no se hubiere satisfecho las responsabilidades civiles. No obstante en los casos muy calificados y bajo la responsabilidad personal del juez, podrá dispensarse del previo pago razonando debidamente la resolución.



➤ **De las medidas cautelares**

Bajo esta normativa, el propio código reguló sus propias medidas de seguridad contra las personas y de garantía, las cuales consistieron 1) El depósito, custodia o guarda de cualquier persona afectada o que pudiese resultar afectada por el delito; 2) El arraigo de los acusados; 3) El embargo de bienes; 4) La anotación de bienes en el registro; 5) El secuestro de bienes.

Aparte de las medidas identificadas anteriormente, se le permitió al juez dictar medidas que se ajustaran a las circunstancias del caso, tales como custodia o cierre de negocios, interrupción o supresión de determinadas actividades, sujeción de actividades, sujeción de personas a determinados regímenes y cualquiera otra de igual entidad y análoga a las anteriores, con el efecto de prevenir los efectos del delito, asegurar al sindicado, así como a las personas y los bienes de terceros.

Las medidas antes relacionadas se mantenían hasta finalizar el juicio y el juez a su libre discreción podía levantarlas, si fuere revocado el auto de prisión y dejare en libertad al procesado y de manera obligada, si se sobreseyere o pronunciare sentencia absolutoria. Esa autonomía de determinación de las medidas, implicaba que su tratamiento era independiente de los procedimientos que establecía el Código Procesal Civil para el efecto⁵⁸.

Bajo ese parámetro, el sindicado se vio impedido de poder requerir garantías a las víctimas del delito, puesto que el propio Código Procesal Penal estableció las reglas de imposición y por virtud del principio de especialidad, no era aplicable lo relativo a las medidas establecidas en el Código Procesal Civil.

De lo anterior, se puede inferir que este código, le dio una participación activa a la víctima y procuró que no solo tuviere acceso a la justicia, sino que además de imponerle los mínimos requisitos para acceder a su derecho, le generó una normativa

⁵⁸ El artículo 296 del Código Procesal Penal derogado estableció lo siguiente: "Para los efectos de la aplicación de las medidas de garantía a que este capítulo refiere, no se exigirá fianza o garantía, pero el juez las decretará sólo en los casos en que evidentemente sea necesario."

que permitiera que su reparación del daño *ex delicto* fuera efectiva, puesto que le dio preeminencia a su derecho a ser restaurado del daño causado, frente al derecho del sindicado a ser premiado de cualquier beneficio que la ley penal y procesal penal le concedían.



1.4 Código Procesal Penal – Decreto 52-92 del Congreso de la República-

Con la entrada en vigencia en el año de 1994 del nuevo Código Procesal Penal en Guatemala, inició una nueva época en cuanto a la reparación civil proveniente del delito. El referido código la crea como una acción de carácter privado en la cual se definen las calidades necesarias para ejercer la acción, y una serie de requisitos y momentos procesales para poder ejercerla. Dicha regulación, de alguna manera restrictiva, solo determinaba la participación, ejercicio de la acción y presupuestos para actuar como tal, pero sin apoyo alguno del Estado.

Con el solo hecho de que el código denominara a la acción civil reparadora, bajo el título *ACCIÓN PRIVADA*, era una señal de que la víctima, en ese sentido, no tenía ningún apoyo por parte de las autoridades para determinarla, a tal grado que quedó fuera de los fines del proceso penal⁵⁹. Incluso al tenor del código, la acción reparadora fijaba límites que impiden al sujeto poder asegurar las resultas de la pretensión. En el desarrollo de su normativa, la misma no estipuló alguna novedad que hiciera atractiva esta figura, sino que simplemente está se desarrolló conforme las normas y procedimientos civiles comunes, aun así, mantuvo aspectos que permitían resguardar el derecho de la víctima, ante alguna eventualidad u omisión en que pudiera incurrir.

En esencia, el nuevo Código Procesal Penal, desarrolló la acción civil reparadora, bajo principios, derechos, obligaciones, facultades y limitantes dentro de las cuales el interesado podía desenvolverse, los cuales se describen a continuación:

⁵⁹ El artículo 5 del Código Procesal Penal establece: “fines del proceso. El proceso 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.”



➤ Constitución de actor civil

La persona que se considerara afectada en su patrimonio o persona por los efectos provenientes del delito, una vez instada la acción penal por cualquier interesado o el Ministerio Público, podía adherirse al proceso penal como actor civil. El procedimiento que debía de realizar la persona que quería incorporarse al proceso en esa calidad, debía de presentar su solicitud por escrito al juez que controlaba la investigación, quien estableciendo las circunstancias del caso la podía admitir de manera provisional o bien denegarla.

El afectado por el delito podía ejercer su acción por medio de un representante legal⁶⁰, tanto porque no quería hacerlo de manera personal o bien porque estuviere imposibilitado por ser menor de edad o interdicto. Entonces de esa cuenta, la representación podía ser ejercida por los mandatarios –abogados y familiares- o bien los padres de los menores o tutores legales debidamente acreditados.

Uno de los límites que se fijaron a la constitución de actor civil fue que la misma tenía un momento procesal cúspide para poder ser ejercida y era que la misma debía ser requerida hasta antes de que el Ministerio Público requiriera la apertura a juicio o el sobreseimiento, debido a que el hecho de ser admitido como tal, le generaba al titular de la acción diversas obligaciones y requisitos que debía cumplir para poder reclamar su derecho, por lo que pasado este momento procesal, la solicitud debía ser rechazada sin consideración alguna⁶¹. Este rechazo a la constitución del afectado por parte del juez, se daba sin perjuicio de que quedaba expedita la vía para poderla ejercer en los tribunales del orden civil.

⁶⁰ El artículo 130 del Código Procesal Penal establecía que: “**Representación.** Por las personas que carezcan de capacidad para comparecer en el proceso, actuarán sus representantes legales. Las personas que no puedan o quieran actuar en el proceso, podrán hacerse representar por medio de mandatario judicial debidamente facultado. Los mandatarios podrán deducir la acción civil por sus mandantes. Los representantes y mandatarios para intervenir, justificarán su representación con copia legalizada del respectivo documento.

⁶¹ El artículo 131 del texto en cita, señalaba: “**oportunidad.** La acción civil debe deberá ser ejercitada antes que el Ministerio Público requiera la apertura del juicio o el sobreseimiento. Vencida la oportunidad, el juez la rechazará sin más trámite.”



➤ **Derechos y obligaciones adquiridas por el actor civil**

La admisión de actor civil del interesado no lo dejaba al margen en su participación dentro del proceso, respetando así, su derecho de petición y debido proceso garantizado por la Constitución Política de la República, puesto que no solo le otorgaba su derecho a demostrar su pretensión, sino que también le otorgaba la expectativa judicial de ser restituido de los daños y perjuicios causados. Sin embargo, a ese derecho se le fijó un límite y es que el actor civil, solo podía ejercer y actuar dentro del proceso penal en relación a la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito, por lo que este, en esa calidad, no podría influir dentro de la pretensión penal, salvo que tuviere la calidad de querellante por adhesión.

Independientemente de esos derechos, la participación del actor civil estaba sujeta a obligaciones de tipo formal que variaban según las etapas del proceso, las cuales se describen a continuación:

- a. En la fase preparatoria o investigativa, incorporar al proceso, todos aquellos documentos o medios de prueba que demostraran la existencia del daño o el perjuicio, incluyendo si fuere posible la determinación del monto que constituye la reparación del daño causado. Así mismo, en esta fase, el que ejerciere la acción civil, podía solicitar las medidas de coerción⁶² para garantizar la multa o la reparación, sus incidentes, diligencias, ejecución y tercerías, las cuales se actualmente se rigen conforme el Código Procesal Civil y Mercantil o bien conforme el Código Tributario, si el delito es contra la administración tributaria.

Las medidas en cuestión podían ser solicitadas, en la fase preparatoria, intermedia y de debate, pues a pesar de que no se determina en forma expresa, en la redacción de la misma se intuye dicha circunstancia porque la ley establece que para

⁶² El artículo 278 del Código Procesal Penal establece que: “El embargo de bienes y las demás medidas de coerción para garantizar la multa o la reparación, sus incidentes, diligencias, ejecución de tercerías, se regirán por el Código Procesal civil y Mercantil. En los delitos promovidos por la Administración Tributaria, se aplicará lo prescrito en el artículo 170 del Código Tributario. En estos casos será competente el juez de primera instancia o el tribunal que conoce de ellos. Solo será recurrible, cuando lo admita la mencionada ley y con el efecto que ella prevé”.



dictar las medidas, es competente el juez de primera instancia – que conoce la fase preparatoria e intermedia - o el tribunal que conoce de ellos – que conoce la fase de juicio o debate -.

El actor civil, en los delitos de contra de la propiedad intelectual, puede hacer uso de las medidas precautorias descritas en la ley de derechos de autor y derechos conexos, tales como la cesación de los actos ilícitos y comercio ilegal de la obra protegida, embargos de bienes muebles e inmuebles, el secuestro o comiso inmediato de las copias o ejemplares ilícitamente elaborados, suspensiones de despachos en aduanas de copias de ejemplares y clausuras temporales entre otras, con el fin de garantizar que el daño se continúe causando.

- b. En la fase intermedia⁶³, el actor civil, procesalmente, debía renovar su solicitud de actor civil solo que en carácter definitivo, así como también debía concretar en forma detallada los daños emergentes del delito cuya reparación reclamaba y debía indicar además, si lo tuviere determinado el monto aproximado de la indemnización o la forma de establecerla.
- c. En la fase previa al debate, que era el ofrecimiento de prueba, ante el tribunal de sentencia, debía de ofrecer en un plazo no mayor de ocho días, la lista de testigos, peritos, intérpretes, documentos y cualquier medio de prueba con indicación del hecho o circunstancia que se pretendiera probar. Durante la fase de debate o juicio, el actor civil, debía de comparecer obligadamente al debate, porque si no comparecía al mismo o bien se alejaba de la audiencia, se tendría por abandonada su intervención.

Así también, durante las incidencias del juicio, este debía de aportar toda la prueba ofrecida oportunamente, prestar declaración testimonial y en su momento emitir sus conclusiones, las cuales se debían de limitar a los puntos concernientes a la

⁶³ El artículo 337 del Código Procesal Penal establece: “**Actitud de las partes civiles.** 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”



responsabilidad civil, momento en el cual se debía de fijar la pretensión para la sentencia y en su caso, el importe de la indemnización o bien dejar la estimación del importe indemnizatorio para el procedimiento de ejecución de la sentencia.

- d. Fase de impugnación. Si la pretensión del actor civil, no fuere acogida o no quedara conforme con lo resuelto por el tribunal de sentencia, la ley le facultó al actor civil a poder impugnar dicha sentencia, mediante la interposición de un recurso de apelación especial⁶⁴. A esta facultad se le limitó su acción, en el sentido de que el actor civil únicamente puede recurrir solo en lo concerniente a sus intereses, el cual se tramita conforme un procedimiento específico, en el cual se dicta la sentencia sin debate.
- e. También, en cuanto a su derecho de reparación civil, este podría interponer recurso de casación en contra de la sentencia de segundo grado, siempre limitado el recurso a lo concerniente a sus intereses civiles.
- f. En la fase de ejecución de la sentencia, en donde se reconoce su derecho al pago de las responsabilidades civiles, el actor civil, para ejecutar la sentencia, debía de acudir ante los tribunales competentes en esa materia, conforme los procedimientos establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, salvo las restituciones ordenadas en la sentencia.

➤ **Abandono o desistimiento de la acción civil**

La participación del actor civil ante el incumplimiento de las obligaciones antes descritas, fijo consecuencias al respecto y lo constituyó el abandono y el desistimiento de la pretensión. El Código Procesal Penal determinó, en cuanto a la actuación del actor civil, que se consideraba abandonada su intervención, por los siguientes motivos:

⁶⁴ El artículo 416 del Código Procesal Penal establece que: “El recurso de apelación especial podrá ser interpuesto por el Ministerio Público, el querellante por adhesión, el acusado o su defensor. También podrá interponerlo, en la parte que le corresponda, al actor civil y el responsable civilmente”.



1. Por no renovar, en la fase intermedia, su solicitud de actor civil en forma definitiva y por no concretar en forma detallada los daños emergentes del delito cuya reparación reclama, así como por no indicar el monto aproximado de la indemnización o la forma de establecerla, lo que daba lugar en el primero de los casos que la acción que se rechazara en definitiva su intervención y en segundo caso dio lugar a que se considerara como desistimiento de la acción.
2. Cuando este no comparecía a prestar declaración testimonial sin justa causa.
3. Cuando no compareciere al debate o se alejara de la audiencia o no presentara conclusiones.

Y como efectos del abandono, según la fase procesal en que se encontrara, determinó que si el abandono o desistimiento de la acción se daba antes de iniciar el debate, entonces este acto no perjudicaba el ejercicio posterior ante los tribunales de justicia de orden civil, pero, si el mismo se daba posteriormente de iniciado el debate, esto implicaba la renuncia al derecho de resarcimiento pretendido, el cual podría considerarse para ambas vías procesales, es decir, tampoco la podía deducir en la instancia civil. Incluso se fijó como efecto del abandono o desistimiento, en cualquier momento, que el actor civil debía de responder por las costas de su intervención que hubiere ocasionado a sus adversarios.

En ese sentido, el principio de alternabilidad antes desarrollado, no era absoluto, sino se encontraba limitado su ejercicio a los momentos procesales en los cuales el desistimiento o abandono de la acción civil operaban.

➤ **De las medidas precautorias**

El nuevo código remitió su regulación de las medidas precautorias a lo regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, lo cual constituye un retraso en la protección de los intereses de la víctima, debido a que conforme el Código Procesal Penal derogado



se establecieron sus propias medidas precautorias, sin que el sindicado o denunciado con las mismas pudiera tener opción a dejarlas sin efecto. Sin embargo, bajo esta nueva disposición y conforme los procedimientos procesales civiles, la persona afectada con una medida precautoria – sindicado- puede exigir requerir garantías a su víctima, las cuales de no ser cubiertas permiten a este liberarse de los embargos, arraigos, anotaciones de demanda o cualquier otra medida acorde a las circunstancias que se pudiera dictar, si la víctima carece de los recursos económicos para cubrir tales garantías.

Esta disposición en sí, pone en desventaja a la víctima puesto que le otorga estrategias al sindicado para librarse de garantizar las responsabilidades civiles a que quedará sujeto y también lo pone en un estado de indefensión si el afectado por el delito, no cuenta con los recursos económicos para mantener vigente la medida. Así mismo, al darle esa ventaja al sindicado, tal situación no le garantiza su tutela judicial efectiva, porque no solo basta con obtener una sentencia favorable a los intereses del afectado, sino que también pueda hacerla materialmente efectiva.

Hay que hacer notar que cuando el afectado es el Estado, entonces al Ministerio Público, la ley le faculta para que pueda realizar actos que garanticen el pago de las responsabilidades civiles, sin necesidad de una orden judicial, tales como embargos, secuestros e inmovilizaciones de cuentas bancarias, las cuales únicamente las debe de convalidar ante el juez que controla la investigación⁶⁵. Otro beneficio que se le otorga al Estado es que está librado de constituir garantías por las medidas precautorias que solicite y le sean otorgadas, dándole al sindicado la facultad de poder pedir la reducción de las mismas o bien sustituirlas por otros bienes.

⁶⁵ El artículo 12 de la Ley contra el Lavado de Dinero y otros activos establece: “peligro de demora. En el caso de peligro por la demora, el Ministerio Público podrá ordenar la incautación, embargo, inmovilización de bienes, documentos y cuentas bancarias, pero deberá solicitar la convalidación judicial inmediatamente, acompañando el inventario respectivo de éstos e indicando el lugar donde se encuentran. Si el juez o tribunal no confirma la providencia cautelar, ordenará en el mismo acto la devolución de los bienes, documentos o cuentas bancarias, objetos de la misma.”



➤ La ejecución de la sentencia que otorga la responsabilidad civil *ex delicto*

Una de los aspectos que presenta la “acción civil reparadora”, es que la misma para hacerse efectiva, debe de remitirse a las normas de carácter procesal civil y ante un juez con competencia en dicha materia para ejecutarla. Esa posición mixta de determinar la responsabilidad civil por medio de la vía penal, pero ejecutarla por la vía civil, nos da la idea que nuestra doctrina, aún mantiene la unidad conceptual de la “responsabilidad civil *per se*”, con la “responsabilidad civil *ex delicto*”, cuando las mismas son totalmente distintas e independientes. Aun así, a pesar de la unidad de conceptos en cuanto a su naturaleza jurídica, existe una imprecisión en el momento de ejecutar la obligación de reparación y es que no la ejecuta el juez que la declaró o bien un juez de ejecución penal, sino que es sometida a otra competencia judicial⁶⁶. En ese sentido, para garantizar la independencia e individualidad de la “reparación *ex delicto*”, es pertinente que la declaración con lugar de la acción civil reparadora, el llamado a ejecutar lo resuelto, sea el juez de ejecución.

Sin embargo, existen situaciones en que el juez que dicta la sentencia sobre responsabilidades civiles, es el que ejecuta la misma y se ha regulado tal situación en los casos establecidos en la Ley contra la Narcoactividad⁶⁷, situación que se debe de extender a todo el ordenamiento jurídico penal, por haber nacido la misma de la comisión de un delito y también con la finalidad de independizar a la figura de la responsabilidad civil *ex delicto* de la responsabilidad civil en general de la cual es una derivación.

La norma es clara al excluir de la vía civil, cuando del ejercicio de la reparación digna, se obtenga un pronunciamiento de restitución⁶⁸. En el caso de que la pretensión

⁶⁶ El artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial establece: **Justicia.** La justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política de la República y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país. La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley, a los cuales les corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. La justicia es gratuita e igual para todos. Ninguna otra autoridad podrá intervenir ni interferir en la administración de justicia. Los Organismos del Estado, sus dependencias y entidades autónomas y descentralizadas deberán prestar a los Tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Iguaes obligaciones tienen los particulares.

⁶⁷ Ver nota al pie de página número 76 y 77.

⁶⁸ El artículo 506 del Código Procesal Penal establece que la sentencia civil se ejecutará a instancia de quien tenga derecho ante los tribunales competentes en esa materia y conforme las previsiones del Código Procesal Civil y Mercantil, salvo las restituciones ordenadas en la sentencia.

del actor civil, el acusado y tercero civilmente demandado, soportaran ordinariamente las costas, y si se llega a rechazar la pretensión, la soportará el actor civil. En este apartado es pertinente citar las palabras del tratadista Cuello Calón, quien señala que



La eliminación del campo penal de las reglas referentes a la reparación de los daños derivados del delito y su encaje en la legislación civil es una actitud de lógica jurídica loable desde el punto de vista de la doctrina, pero en la práctica sus consecuencias han sido lamentables. La víctima del delito dentro de este sistema queda abandonada a sí misma, y para obtener la reparación del perjuicio sufrido ha de entablar un pleito con la carga de gastos que origina y con las inquietudes e incertidumbre que causa.⁶⁹

Por último, toda esta regulación referente al actor civil, su constitución, su participación, así como sus facultades, a la presente fecha han quedado sin efecto y sustituidas por una figura denominada *REPARACIÓN DIGNA*, que ha sido introducida en nuestro ordenamiento jurídico con innovaciones que pretenden dar eficacia a la reparación civil *ex delicto* y para lo cual se hará referencia sobre este tema en un apartado distinto.

⁶⁹ E. Cuello Calón. Ob. Cit. Pág. 800.



IV

La reparación digna

En el transcurso de la vigencia del Código Procesal Penal hubo una serie de reformas que afectaban únicamente la parte penal y en cuanto a la acción civil, no hubo ninguna reforma significativa que permitiera ver algún avance en cuanto a las responsabilidades civiles. Sin embargo, se emitió el decreto 7-2011 del Congreso de la República, en el cual se modificó sustancialmente la figura de la acción civil reparadora, y por lo tanto, se derogaron todas las estipulaciones relativas a la acción privada, quedando sin efecto todo lo concerniente a los sujetos procesales de esta acción, los procedimientos y todas aquellas estipulaciones que tendían a imponer requisitos exagerados o innecesarios y que limitaban el ejercicio de la acción y en sustitución de ella, implemento una figura totalmente nueva denominada *LA REPARACIÓN DIGNA*, que tiende a simplificar los procedimientos y requisitos para el ejercicio de la acción civil reparadora y que quedó reducida en una norma todo lo relativo a esta acción.

La reparación digna, como término, no es una figura independiente que genere nuevos conceptos, doctrinas o ideas que la distingan de la responsabilidad civil. Este término, que no constituye una institución, tiene un significado subjetivo, en el cual se pretende reconocer a la víctima como una persona con dignidad y derechos, y que debe ser considerada con respeto y con atención a su reclamo de reparación del daño causado por el delito, así como también que se le garanticen derechos tales como el de restitución en todas sus acepciones, así como se le garantice que el derecho en cuestión no será nuevamente vulnerado.

De esa cuenta, a la reparación digna no se le puede catalogar como una figura paralela a la responsabilidad civil, sino como una modalidad de esta última, en el cual se garantizan una participación dentro del proceso penal, de una manera simple y con el auxilio de las instituciones llamadas a garantizar la seguridad de las personas. Es tan así, que no existe en el momento doctrina al respecto, ni pronunciamientos internacionales como una figura independiente.



1. Concepto

El doctor José Gustavo Girón Palles ha señalado que la reparación digna, es aquella que las penas, las medidas de seguridad, las costas procesales, es una de las consecuencias del delito. Y desde esa óptica, considera que es un derecho que tiene la víctima o agraviado de ser reconocido como persona con dignidad e igualdad dentro del proceso penal, para demandar la restauración del derecho afectado por el delito en contra del acusado, lograr su reincorporación social y disfrutar del derecho afectado en la medida que la reparación sea humanamente posible, así como la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito⁷⁰.

2. Características

A la reparación digna el doctor Girón Palles le atribuye las siguientes características:

➤ Es post delictual

Porque la misma procede después de emitir una sentencia condenatoria por el hecho delictivo, por lo que, de haber una sentencia absolutoria, la misma deviene improcedente.

➤ Es informal.

Porque por el hecho de reconocer a la víctima como una persona con dignidad e igualdad, esta tiene el derecho a ser sujeto procesal sin necesidad de formalismos exagerados para el ejercicio de la misma.

⁷⁰ J. A. Giron Palles. *Módulo de la reparación digna*. Guatemala: Comisión Nacional para el seguimiento y apoyo al fortalecimiento de la justicia. 2015.

➤ **Es garante**

Puesto que el derecho debe de garantizar al sujeto procesal, su facultad de exigir la reparación del derecho afectado e indemnización de los daños y perjuicios, así como la de ejercer las acciones pertinentes para garantizar la efectividad del derecho, como lo es la obtener medidas cautelares que tiendan a garantizar la materialización de su derecho.

➤ **Es amplia**

Porque la reparación no se centra únicamente en el aspecto económico, sino también en el aspecto moral, psicológico o de cualquier forma que garantice su reinserción o reincorporación a la sociedad y disfrutar de su derecho violentado.

De esa cuenta, el contenido de la reparación digna abarca las reparaciones materiales e inmateriales o simbólicas, que van más allá del aspecto dinerario y que es lo que lo que la diferencia de la responsabilidad civil tradicional, que solo se fija en el aspecto patrimonial⁷¹.

3. Naturaleza jurídica

El autor citado señala que la reparación digna tiene naturaleza jurídica penal, Porque posee su fundamento en la justicia restaurativa, como un derecho que tiene la víctima de un delito, a que se le repare o restaure su bien jurídico lesionado o puesto en peligro, para que ésta pueda reintegrarse a la sociedad, mediante la decisión de un tribunal de sentencia penal, después de haber sido declarado responsable penalmente el acusado por el delito que se le juzgó. Señala que, su regulación procesal y sustantiva se encuentra en leyes penales, aspecto que lo fortalece su naturaleza jurídica penal.

⁷¹ Ídem.



Otro factor que determina su naturaleza jurídica, lo constituye que por el hecho de la comisión de un hecho delictivo y sin la existencia del delito mismo o ante la eventualidad de una sentencia absolutoria, carece de viabilidad el ejercicio de tal acción civil, puesto que para que haya responsabilidad civil, debe de haberse determinado previamente la penal.

La determinación en el ámbito penal de la reparación digna, excluye la naturaleza civil de la responsabilidad indemnizatoria, por la naturaleza penal de la reparación, que implica que las normas aplicables directamente son de orden penal sustantivo y procesal y por ende queda fuera de aplicación las normas de carácter civil sustantivo y procesal, salvo para las medidas cautelares y a la ejecución de la sentencia de reparación.

4. Contenido de la reparación digna

Al analizar esta figura legal, se puede establecer por su contenido, que la misma está estructurada en tres partes, porque tiene un contenido definitorio, declarativo y procedimental. Las partes de esta norma⁷² se describen a continuación

➤ Contenido definitorio

La norma en cuestión establece una definición de lo que es reparación y la define como: “La restauración del derecho afectado por el hecho delictivo”. Para determinar cuál es su contenido, se debe de remitir a lo regulado en el Código Penal al señalar que la reparación comprende la restitución, la reparación de los daños materiales o morales y la indemnización de perjuicios, así como también las medidas de

⁷² El artículo 124 del Código Procesal Penal establece en su parte conducente que: “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 las circunstancias como sujeto de derechos y 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 medidas que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito...”

restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de reparación recientemente implementadas en el Decreto 21-2016 del Congreso de la República.



➤ **Contenido declarativo**

Porque la norma reconoce en primer término a la reparación como un derecho de la víctima y en segundo lugar también le reconoce como un sujeto de derechos contra quien recayó la acción delictiva. Por último, la norma reconoce el derecho de la víctima de acceder a todas las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso del derecho vulnerado, en la medida de que la reparación sea posible o bien, en caso contrario que pueda acceder a una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito y por último.

➤ **Contenido procedimental**

Como parte fundamental de la norma, esta tiene por objetivo determinar el procedimiento que la víctima del delito debe de cumplir para poder hacer valer sus derechos a la reparación, fijando las reglas que viabilizan la participación del afectado, los derechos y obligaciones que adquiere en el ejercicio de la acción, así como los derechos que puede ejercer para afianzar la efectividad de su pretensión, e incluso, también determina las obligaciones que debe de cumplir el juez, tanto para garantizar el derecho de la víctima a la reparación como las formalidades que debe de cumplirse para plasmar el derecho ejercido.

5. De las reglas para el ejercicio de la reparación digna

El procedimiento fijado para poder acceder a la reparación digna son reglas sencillas, libres de un riguroso formalismo que facultan al actor para el reclamo de su pretensión civil y que ante su ejercicio o no, a pesar de estar en una fase de debate, no

lo excluye de poder acudir a los órganos del ramo civil a hacer valer sus reglas a que está sujeta la reparación digna, son las siguientes:



5.1 La acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria

En toda comisión de un delito, el responsable del mismo, también lo será civilmente y partiendo de ese principio y postulado legal, es razonable que en esta regla se establezca como condición para poder ejercer la acción reparadora civil dentro del proceso penal, que exista una sentencia condenatoria exclusivamente, pues al no haber responsabilidad penal, tampoco la habría de carácter civil.

Sin embargo, en todo acto que revista características de delito, puede darse la posibilidad de que en la comisión del hecho no se den todos los elementos del tipo penal, tales como una causa de justificación, inculpabilidad o inimputabilidad que impida declarar culpable a una persona y que, por lo tanto, el tribunal se vea impedido de imponer una sentencia condenatoria en contra del responsable del hecho.

Entonces, ante tal eventualidad, la persona perjudicada en su patrimonio o persona afectada por el hecho no imputable, no puede optar a la reparación del daño en la vía penal, pues, no solo desnaturalizaría los fines del proceso penal, sino que también afectaría la competencia de los tribunales de sentencia penal prorrogándola en ese sentido, y, por lo tanto, ante tal imposibilidad, la víctima deberá de acudir a los órganos del orden civil a ejercer su derecho a la reparación.



5.2 En la audiencia de reparación se deberá acreditar el monto de la indemnización, la restitución y, en su caso, los daños y perjuicios conforme las reglas probatorias

La víctima afectada en su patrimonio, en su persona o en su honra, tiene el deber de demostrar dentro de la audiencia de reparación digna que se programa para el efecto después de dictada la sentencia condenatoria, primeramente, el daño o perjuicio causado y luego el monto a que asciende la indemnización. Esta obligación del afectado es de carácter legal, imperativo e indispensable, pues el juez no puede resolver esa acción de manera arbitraria y antojadiza.

La forma de probar los extremos antes expuestos, la víctima debe de realizarlo conforme las reglas probatorias que rigen el proceso penal, es decir, para él también aplican los principios de libertad de prueba, con las limitantes establecidas de que no debe de haberse obtenido de manera ilegal. No debe de invocarse pues, para probar los extremos de su pretensión la aplicación de las normas procesales civiles, pues estas solo rigen para los procesos instaurados dentro de la esfera civil que inicie el interesado, indistintamente si es por vulneración de derechos provenientes de actividades contractuales, extracontractuales o *ex delicto*, ante esa instancia. En esta audiencia, el imputado, puede ejercer su derecho de contradictorio y defensa, argumentando en contra de lo reclamado y consecuentemente probar lo que le beneficie.

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

Una vez diligenciada dentro de la audiencia de reparación digna, los argumentos y las pruebas que acreditan el daño o perjuicio y el monto a que asciende la reparación

indicada, es deber del juez pronunciarse inmediatamente sobre la pretensión de la víctima, cumpliendo con lo establecido para las sentencias, es decir, el deber de fundamentar la misma conforme las reglas de la sana crítica razonada. Este pronunciamiento, no se plasma en resolución independiente, sino que se debe de integrar a la sentencia penal, para que quede en un solo acto, por lo que en la sentencia debe de declararse la responsabilidad penal, la pena y las responsabilidades civiles, entre otros puntos.



5.4 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

Este precepto legal le brinda a la víctima una actividad amplia en el ejercicio de sus derechos, pues no le restringe su actividad a la audiencia propia de reparación digna, sino que le permite en cualquier fase del proceso, entiéndase esto, fase preparatoria, intermedia y de debate, poder ejercer todas aquellas medidas precautorias que tiendan asegurar su derecho reclamado. Para tal efecto, tanto el solicitante como el tribunal que conoce de la solicitud, debe de aplicar para el efecto del embargo de bienes y todas aquellas medidas de cautelares para garantizar la multa o la reparación, las estipulaciones contenidas en el Código Procesal Civil y Mercantil⁷³. Bajo esa premisa, el afectado con esas medidas, puede oponerse a las mismas o pretender asegurar las costas y los daños y perjuicios que le pudiera causar esa acción, conforme las disposiciones allí establecidas, pero conforme los procedimientos y amparo del Código Procesal Penal.

⁷³ El artículo 278 del Código Procesal Penal establece que: “El embargo de bienes y las demás medidas de coerción para garantizar la multa o la reparación, sus incidentes, diligencias, ejecución y tercerías, se regirán por el Código Procesal Civil y Mercantil. En los delitos promovidos por la Administración Tributaria se aplicará lo prescrito en el artículo 170 del Código Tributario. En estos casos será competente el juez de primera instancia o el tribunal que conoce de ellos. Solo serán recurribles, cuando lo admita la mencionada ley y con el efecto que ella prevé”.



5.5 La declaración de responsabilidad será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme

Al declarar e integrar la responsabilidad penal a la declaración de la responsabilidad civil en un mismo acto, la sentencia que contenga dicha declaración es susceptible de ser impugnada por los recursos contenidos en el Código Procesal Penal, tales como lo son los de apelación especial y casación y una vez firme la sentencia que condena al pago de las responsabilidades civiles, la misma podrá ser ejecutable. Para ese caso, la ley procesal penal, señala que la misma se debe de ejecutar en la vía civil correspondiente, sin perjuicio de las restituciones ordenadas en la sentencia.

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

La renunciar al ejercicio de una acción civil reparadora dentro del proceso penal, no constituye una renuncia absoluta, por parte de la persona, a ese derecho, puesto que lo deja a salvo para que pueda reclamarlo ante los tribunales del orden civil. Este precepto está en congruencia con el principio de alternabilidad o subsidiaridad que le permite a la víctima elegir la vía por la cual hará valer su derecho a la reparación.

6 Crítica al marco legal de la reparación digna

El ejercicio de la acción civil reparadora *ex delicto* por parte del interesado, a diferencia de la ejercida dentro del proceso penal, no requiere que se haya dictado una sentencia condenatoria, porque a pesar de la absolución de la persona del hecho delictivo, no implica que no haya dañado los bienes jurídicos tutelados de la víctima, de

tal suerte que su absolución penal, no implica que no deba de responder por los daños y perjuicios causados⁷⁴.



Al respecto de la reparación digna, esta se instituyó como una solución para superar todos aquellos obstáculos a los que se debía de enfrentar el actor civil en el momento de ejercer su acción reparadora, tales como requisitos sin sentido para poder mantener su acción. Sin embargo, todo ese andamiaje que se dejó sin efecto, solo vino a crear una serie de contradicciones legales –antinomias- que crean confusión en la interpretación de las normas, porque, a pesar de que la “reparación digna” se puede ejercer únicamente hasta que se ha dictado una sentencia condenatoria, por aparte todavía persiste una normativa que obliga al que ejerce la acción civil a que durante la etapa intermedia, participe de la audiencia de discusión del acto conclusivo presentado por el Ministerio Público.

Así también, no especifica en qué momento se debe de ofrecer la prueba, lo que genera la confusión si hay que ofrecerlo en la etapa intermedia o en el momento en que se genera la audiencia de reparación debido a la sentencia condenatoria, por lo que cada juez lo interpreta a su manera y la misma se ofrece en el momento procesal que este considere.

Aunado a lo anterior, los mismos principios que se encontraban en la acción civil reparadora antes de esa modificación, aún persisten, tales como el principio de accesoriedad, porque la acción civil reparadora, solo procede si existe una sentencia condenatoria y si el proceso penal se paraliza o se extingue la acción o responsabilidad penal, también la acción civil corre la misma suerte.

Además, en cuanto al principio de subsidiaridad, persiste la regla que faculta a la víctima a ejercer su acción dentro del Derecho Penal o bien en los órganos de carácter civil, por lo que la misma no vino a constituir una nueva doctrina, tanto porque no se encuentra desarrollada en otras legislaciones, ni porque tampoco se desliga de la

⁷⁴ El artículo 1647 del Código Civil establece que la exención de la responsabilidad penal no libera de la responsabilidad civil, a no ser que el juez así lo estimare atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

institución general de la reparación civil. En sí, constituye únicamente un cambio de nombre del ejercicio de la responsabilidad civil.



Por último, la normativa regulada para el ejercicio de la reparación civil, no garantiza ni viabiliza que la condena dada en ese sentido, pueda hacerse materialmente efectiva, pues la misma queda siempre sujeta a los procedimientos civiles para materializar el derecho.

Los únicos beneficios que implementaron fue que la persona afectada en su derecho, no está sujeta a requisitos innecesarios para su participación y tampoco por el motivo de incumplimiento de algún acto procesal, no puede ser excluido del proceso penal, salvo su voluntad de no proseguir por esa vía su derecho.

En conclusión, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, decreto 52-92 del Congreso de la República, este constituyó un atraso en lo referente a la acción civil reparadora, porque a pesar de haber regulado un mejor contenido definitorio y procedimental respecto a esta figura, esta le restó eficacia protectora a la reparación civil *ex delicto* material y efectiva, contenidas en el Código Procesal Penal derogado.



La reparación civil dentro de los procedimientos específicos y juicio de faltas

1. El procedimiento abreviado y sus modalidades

El Código Procesal Penal actual ha establecido un procedimiento específico para perseguir a aquellas acciones que pudieran ser consideradas como delitos en que se estime una pena no mayor de cinco años de prisión de libertad, o de una pena no privativa de libertad, al cual se le ha denominado procedimiento abreviado, en el cual el fiscal con previo acuerdo del acusado y su defensor establecen la graduación de la pena, la cual es fijada por el juez conforme el acuerdo planteado. Como requisito indispensable es que el acusado, no solo esté de acuerdo con la vía, sino que también admita el hecho descrito en la acusación y su participación en él. El juez con los elementos aportados en la fase intermedia, dicta la sentencia condenatoria o absolutoria, según sea el caso.

A este apartado del código se adicionaron dos procesos, siendo el primero el procedimiento simplificado, regulado en el artículo 465 Bis del Código Procesal Penal, en donde se formula en los casos de flagrancia o por citación u orden de aprehensión, en el cual no se requiere una investigación posterior o complementaria, y únicamente se le da intervención al actor civil para que se pronuncie al respecto. Y si el juez resuelve enviarlo a juicio al sindicado, se procederán conforme las reglas comunes del proceso penal.

El segundo proceso se refiere al procedimiento para delitos menos graves, establecido en el artículo 465 del referido código, en el cual el agraviado o víctima puede participar dentro del proceso y en ese momento hacer valer su acción civil. Conforme el artículo 466 del código, la sentencia que se dicté en este tipo de procedimiento será apelable por el Ministerio Público, o por el acusado, su defensor o el querellante adhesivo, pero en esta etapa no se le da intervención al actor civil. Sin



embargo, le permite a este sujeto procesal poder deducirla nuevamente ante el tribunal competente del orden civil. Si se diera la situación de que se hubiere admitido una parte civil, este podrá interponer recurso de apelación, conforme las limitaciones establecidas, es decir, solo impugnar lo referente a la parte civil del fallo.

A pesar de lo anterior, existen criterios judiciales en los cuales los jueces al resolver el procedimiento abreviado, también resuelven sobre la acción civil reparadora, conforme el procedimiento y lineamientos establecidos en el artículo 124 del Código Procesal Penal, fundamentados específicamente en la primera regla de la reparación digna que se refiere a que: “La acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria.”

2. Juicio por delito de acción privada

Nuestro Código Procesal Penal ha hecho una clasificación de la acción penal, y la estableció en tres clases a) De acción pública; b) Acción pública dependiente de instancia particular o que requiera autorización estatal y c) Acción privada.

Para las primeras dos clases se aplica el procedimiento común, pero para la acción privada, el código ha establecido un procedimiento específico, en la cual no interviene el Ministerio Público, sino la persecución penal es exclusiva del ciudadano común que ha sido afectado directamente por el delito a quien se le denomina querellante exclusivo⁷⁵ y quien asume el rol del ente investigador de presentar la acusación respectiva.

En esta clase de juicio, el afectado por el delito presentará su querella ante el tribunal correspondiente y por medio de esta puede ejercer la acción civil, cumpliendo, para el efecto, con los requisitos establecidos para el efecto y en consecuencia, al dictarse la sentencia respectiva, el tribunal deberá de pronunciarse al respecto de la

⁷⁵ El artículo 122 del Código Procesal Penal establece que cuando, conforme a la ley, la persecución fuese privada, actuará como querellante la persona que sea el titular del ejercicio de la acción.



reparación, debido a que para este proceso, rigen las disposiciones comunes del proceso, pero en todo caso, esto implica que exista una sentencia condenatoria para poder ejercer la reparación digna, conforme el artículo 124 del Código Procesal Penal.

En este tipo de proceso, la inactividad por durante más de tres meses, produce el desistimiento tácito del proceso, así como la inasistencia a la audiencia de conciliación o de debate, lo cual también afecta a la acción civil ejercida oportunamente la cual también se tiene por desistida. Así también, se admite como una medida reparadora, aunque no se expresa taxativamente, que el querellado puede para ponerle fin a la acción penal, antes de continuar con el proceso, cuando el ofensor se retracte oportunamente o presente las explicaciones satisfactorias, lo que permitirá que se decrete el sobreseimiento de la acción.

3. Juicio por faltas

En este tipo de proceso, no se hace mención al derecho de ejercer la acción civil, e incluso, si se diere el caso de que la persona sindicada, acepte el hecho que se le imputa, el juez inmediatamente pronunciará la sentencia, pero solo en el caso de que el sindicado no reconozca su culpabilidad, entonces serán citadas al imputado, ofendido y a la autoridad denunciante para que comparezcan a juicio oral, en donde luego de cumplidas las fases del proceso dictará la sentencia absolviendo u condenando.

En lo concerniente a la responsabilidad civil, en el primer caso, el ofendido ante una sentencia condenatoria por la falta, podrá acudir a los órganos civiles a ejercer su acción reparadora derivada de la falta y en el segundo caso, debido a que tiene participación en el proceso, podrá pedir el resarcimiento al daño causado y demostrarlo en la propia audiencia respectiva, para que se haga el pronunciamiento en la sentencia que se dicte. En este caso, no se aplica la regla de la reparación digna que refiere a que luego de dictada la sentencia condenatoria, se señalará una audiencia dentro de los tres días siguientes para ejercer la acción reparadora, puesto que este proceso tiene la especialidad de que se resuelve todo en el mismo acto.

A pesar de lo señalado anteriormente, el ofendido tendrá derecho a invocar el procedimiento establecido en el artículo 124 del Código Procesal Penal, referente a que la acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria y pedir una audiencia para establecer los daños causados que se haga un pronunciamiento al respecto, el cual debe de ser integrado a la sentencia penal que se emita.



VI

Métodos alternos para reparar el daño civil *ex delicto* (Medidas desjudicializadoras)

Los procedimientos establecidos anteriormente corresponden a la vía común del proceso penal, o sea, cuando se han culminado todas las fases que regulan el mismo y que implica que para que la reparación sea declarada a favor de la víctima, es necesario que se dicte una sentencia condenatoria. Sin embargo, el Código Procesal Penal tiene establecido procedimientos alternos para la solución de procesos, sin necesidad de tramitar y cumplir con todas las fases de un juicio y obtener declaración judicial de responsabilidades civiles.

Normalmente, en este tipo de métodos para reparar el daño causado, no es de manera directa, es decir, el método utilizado no es para la obtención del resarcimiento civil, sino que este es un requisito para poder obtener otro tipo de beneficios, tales como generar que el ente investigador se abstenga de perseguir penalmente o bien, se suspenda por el tribunal la ejecución de la pena. En otros casos, la reparación civil constituye la solución al conflicto, la cual se tramita como una fase procesal previa al juicio con el fin de poner fin al litigio.

Hay que hacer notar que no todas las medidas desjudicializadora tienden a la búsqueda de la reparación civil, sea de manera directa o indirecta, sino solo es para

efectos de descargar al Ministerio Público del ejercicio de la acción penal en otras personas, tales como la conversión o bien, simplificar los casos penales, es decir, resolverlos, sin necesidad de tramitar todas las instancias del proceso penal.



Por último, en estos métodos alternos existe un factor común y lo es la expresión del consentimiento de la víctima de aceptar la vía propuesta y la determinar el monto de la reparación civil que se requiere, requisito sin el cual, no se puede aplicar la salida alterna pretendida.

1. Métodos alternos de resolución de conflictos penales

Los métodos alternos a que se ha hecho referencia, en que se procura la reparación civil, son denominados dentro del proceso penal guatemalteco, como *MEDIDAS DESJUDICIALIZADORAS* y que son:

- a) El criterio de oportunidad
- b) La conciliación
- c) La mediación
- d) La conversión
- e) La suspensión condicional de la persecución penal

a. El criterio de oportunidad

Este método de carácter procesal, instituido para una rápida resolución de conflictos penales distinto a la sentencia penal, consiste en la abstención del Ministerio Público de ejercer la acción penal, la cual depende de ciertas circunstancias que deben de concurrir tanto fácticas como de derecho. Dentro de los requisitos que la ley requiere para su aplicación, está entre otros, la reparación del daño causado y cuando

proporcionen datos que pueda dar un resultado exitoso de la persecución penal contra otros sindicados, es decir, que se preste una declaración eficaz al respecto.



Esta medida desjudicializadora, como tal, no tiene la finalidad primordial de reparar el daño, sino la de evitar un proceso penal, pero como requisito para poderla aplicar, requiere que el daño a la víctima sea reparado o bien se repare el daño social cuando no existe víctima determinada, exigiendo de sobremanera las garantías de su cumplimiento con aplicación. Este método, sustituye a la reparación con el trabajo comunitario o servicio social durante un año.

b. La conciliación

La conciliación como método alternativo de solución de conflictos se define, por el artículo 49 de la Ley De Arbitraje, como un mecanismo o alternativa no procesal de resolución de conflictos, por medio de la cual las partes, entre quienes exista una diferencia originada en relaciones comerciales o de cualquier otra índole, tratan de superar el conflicto existente, con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar fórmulas de solución planteadas por las partes o propuestas por él, evitando así que el conflicto llegue a instancia jurisdiccional o arbitral.

Dentro del proceso penal, según el artículo 25 del Código Procesal Penal, la conciliación puede ser solicitada por el Ministerio Público o por el síndico municipal, por el agraviado, el imputado o su defensor para la aplicación de un criterio de oportunidad. Por este método, el agente conciliador es el juez de paz, quien procurará que las partes

⁷⁶ El artículo 25 Bis del código Procesal Penal establece en sus partes conducentes lo siguiente: “Para aplicar el criterio de oportunidad, en los numerales del 1 al 5 establecidos en el artículo 25, es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado y se otorguen las garantías para su cumplimiento en el que, incluso, puedan aplicarse los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos, los principios generales del proceso o la equidad, siempre que no violen garantías constitucionales ni tratados internacionales en materia de derechos humanos. En caso de no existir una persona agraviada o afectada directamente, el Ministerio Público o quien haga sus veces podrá solicitar al juez la aplicación del criterio de oportunidad, siempre que el imputado repare los daños y perjuicios causados a la sociedad y otorgue las garantías suficientes para su resarcimiento en el plazo máximo de un año. En caso de insolvencia, el imputado debe retribuir el daño social mediante la prestación de servicio social a la comunidad en la actividad que el tribunal designe...”



encuentren una solución equitativa, justa y eficaz para solucionar el conflicto. En caso de llegar a un acuerdo, se levantará un acta firmada por los comparecientes, en la cual se determinarán las obligaciones pactadas, dentro de las cuales se contemplará la reparación del daño y el pago de los perjuicios, incluyendo el plazo del cumplimiento y la constitución de las garantías necesarias. Se estipuló que la certificación del acta de conciliación tendrá la calidad de título ejecutivo para la acción civil. En caso no exista el consentimiento de la víctima a ninguna de las fórmulas de conciliación propuesta, entonces, se podrá otorgar la conversión de la acción a petición de este.

c. La mediación

Esta figura desjudicializadora, contemplada en el artículo 25 quáter del Código Procesal Penal señala que, solo es aplicable en los delitos de instancia particular y en los de acción privada, y en aquellos en que proceda el criterio de oportunidad, en la cual, las partes con la aprobación del Ministerio Público o del síndico municipal, someten sus conflictos penales al conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de justicia, por medio de los juzgados de instancia penal correspondiente, o de abogados colegiados con capacidades de facilitar acuerdos, quienes mediante acta sucinta hacen constar los acuerdos, los cuales son homologados por el juez de paz de la localidad, quien emite un decreto judicial que le dará valor ejecutivo al convenio para la acción civil en caso de incumplimiento de los acuerdos patrimoniales.

Diferencias de la mediación y conciliación

En cuanto a los fines de la mediación y conciliación no existe una diferencia sustancial que las caracterice, sin embargo, la diferencia se marca en el procedimiento de los delitos de acción privada⁷⁷, puesto que para la ley, la mediación se debe de llevar

⁷⁷ El artículo 477 del Código Procesal Penal establece en su parte conducente que: "Previo a acudir a la audiencia de conciliación, las partes podrán someter su conflicto al conocimiento de centros de conciliación o mediación, para que, una vez obtenido el mismo, se deje constancia de lo que las partes convengan en acta simple que se presentará al tribunal para su homologación, siempre que con dicho acuerdo no se violen preceptos constitucionales y tratados internacionales en materia de derechos humanos. En caso de que el acuerdo de mediación no se suscriba en el plazo de treinta días, las partes quedan en la libre disposición de acudir a la jurisdicción para accionar en la forma correspondiente.



a cabo en centros de conciliación o mediación distintos al juez, mientras que la conciliación se lleva a cabo dentro del proceso penal iniciado.

Otra diferencia que se aprecia es que el acuerdo obtenido en el centro de mediación y conciliación, tiene que ser homologado por el tribunal de sentencia, mientras que el acuerdo de conciliación solamente es aprobado por el juez.

Para continuar diferenciando estas dos formas de desjudicialización, se encuentra que el proceso de mediación tiene un plazo máximo de treinta días para resolverse, mientras que el proceso de conciliación depende del tiempo que el juez quiera otorgar.

d. La conversión

La conversión como proceso reparador penal es inoperante, pues lo que se busca por esta vía es que el Ministerio Público releve la persecución penal en el afectado directamente por el delito, quien podrá accionar en un juicio de acción privada, en donde previo a emprender el juicio propiamente o de continuar el proceso penal, se deben de agotar las medidas de conciliación y mediación antes desarrolladas.

Admitida la querrella, el tribunal convocará a una audiencia de conciliación remitiendo al querrellado una copia de la acusación. La audiencia será celebrada ante el tribunal quien dará la oportunidad para que querellante y querrellado dialoguen libremente en busca de un acuerdo. El resultado de la audiencia constara en acta y se consignará lo que las partes soliciten. Querellante y querrellado asistirán personalmente a la audiencia y se permitirá la presencia de sus abogados. Por acuerdo entre querellante y querrellado se podrá designar a la persona que propongan como amigable componedor, que deberá ser presentado al tribunal para su aprobación...”

e. La suspensión condicional de la persecución penal⁷⁸

En esta figura procesal, se establece que cuando un delito no exceda de cinco años de prisión o bien en los delitos culposos o de orden tributario, el Ministerio Público a solicitud del interesado, es decir el infractor, quien, para el efecto, deberá haber reparado previamente el daño o afianzarse suficientemente la reparación, incluso por acuerdos con el agraviado o bien asumiere o garantizaré la obligación de repararlo. En el caso de infracción al régimen tributario, para poder optar a dicho beneficio el procesado debe de haber cumplido con hacer efectivo los impuestos dejados de pagar, así como los recargos, multas e intereses resarcitorios.

Respecto a los métodos señalados anteriormente, hay que considerar que, en los casos de mediación y conciliación, si no se tramitan dentro del proceso penal propiamente, el problema que afronta la víctima es que no puede retomar la acción penal nuevamente aún si el infractor penal no ha cumplido con el acuerdo de reparación civil, lo que conlleva a una desprotección de la víctima en ese sentido, mientras que en las demás, que son de carácter judicial, el juez según la clase de medida otorgada, puede reactivar la persecución penal en contra del imputado hasta llegar a un fallo judicial condenatorio o absolutorio, según el caso.

Las autoridades judiciales y el Ministerio Público en el momento de aplicar las medidas desjudicializadoras, debido a los acuerdos en que llega el sindicado y el afectado por el delito, ordenan en su momento la desestimación de la causa o bien el archivo del mismo, fundamentados en que los acuerdos de carácter económico y de

⁷⁸ El artículo 27 del Código Procesal Penal establece en su parte conducente que: "En los delitos cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión, en los delitos culposos, y en los delitos contra el orden jurídico tributario, el Ministerio Público a solicitud del interesado en gozar de este beneficio y, previa comprobación del pago del valor de los impuestos retenidos o defraudados, así como los recargos, multas e intereses resarcitorios, que acreditará mediante documentación que debe expedir la autoridad tributaria, propondrá la suspensión condicional de la persecución penal. El juez de Primera Instancia con base a la solicitud del Ministerio Público, deberá disponer de la suspensión condicional de la persecución penal si el imputado manifiesta conformidad admitiendo la veracidad de los hechos que se le imputan y si a juicio del juez hubiere reparado el daño correspondiente o afianzare suficientemente la reparación, incluso por acuerdos con el agraviado o asumiere o garantizaré la obligación de repararlo, garantía que podrá consistir en hipoteca, prenda o fianza."

obligaciones de hacer se convierten en obligaciones de carácter civil, por lo que si los acuerdos fueren incumplidos por parte del obligado, la parte ofendida debe acudir a los órganos civiles para ejecutar lo resuelto.



Nuevamente encontramos que el Estado incumple con obtener la reparación efectiva del de derecho de la víctima, pues solo la auxilia para que pueda obtener un acuerdo de reparación, pero la deja en total abandono para que este pueda obtener una reparación real y efectiva de restitución, pues hay que considerar que si el victimario no cuenta con bienes para responder del compromiso adquirido, la víctima quedará doblemente frustrada porque no solo no logra reponerse del daño causado, sino que con el acuerdo, se impide que retome la persecución penal bajo el pretexto de que los acuerdos adquieren un matiz civil (de ejecución) y que su incumplimiento no es punible bajo el principio de “no hay prisión por deuda”.

En ese orden de ideas, este “sistema” de resolución de conflictos por medio de las medidas desjudicializadoras debe de ser reformulado, bajo la premisa del principio constitucional de seguridad jurídica y de igualdad, por lo que para que haya una total y efectiva reparación dentro de esta fase, los acuerdos a que se llegue entre víctima y victimario, si los mismos son a largo plazo, entonces éstos – los acuerdos – tendrán el efecto de que suspenderán la persecución penal por un plazo que no exceda el año y si se logra establecer que los mismos fueron incumplidos o que no se pueden ejecutar, entonces se retomará nuevamente la persecución penal por los delitos que correspondan tipificar, tal y como sucede actualmente en con la medida de criterio de oportunidad.

Esta modalidad que se propone, tiende a ser una aplicación de la “tercera vía” propuesta por el tratadista Claus Roxin, de quien se desarrolló anteriormente su tratado, pues con la reparación del daño, se estaría resolviendo la controversia penal, cuando no tiene mayor trascendencia social y que se puede sancionar y satisfacer resolviendo el plano económico de la víctima, que comúnmente se propone cuando se afecta el patrimonio.



VII

La reparación civil dentro del Código Penal

El Código Penal en Guatemala, promulgado el 27 de julio de 1933 y que entró en vigencia 6 meses después, incluyó específicamente dentro de la normativa penal un apartado de diez artículos denominado *DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*, el cual contempló que una consecuencia de la responsabilidad penal, es el ser responsable también desde el aspecto civil,⁷⁹ norma que se encuentra en concordancia con el artículo 1646 del Código Civil que establece que: “el responsable de un delito doloso o culposo está obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que le haya causado”.

Dentro de su regulación determinó la responsabilidad solidaria cuando hubiere dos o más responsables de la comisión de un delito. Incluyó dentro de los obligados a reparar el daño a aquellos que se hubieren beneficiado económicamente de los efectos del delito, aun así no hubiere participado en el hecho delictivo.

En lo referente a la sucesión hereditaria reguló que la responsabilidad civil, es transmisible a los herederos del responsable penal y del afectado por el delito, con el fin de que los primeros respondan de las obligaciones civiles adquiridas por el causante responsable del ilícito penal y en cuanto a los segundos, para que estos puedan hacer valer el derecho del perjudicado ante el responsable directamente o bien contra los herederos del mismo, extremo que está acorde a lo relativo a la responsabilidad delimitada de los herederos contemplada en el Código Civil, referentes a que el heredero solo responde de las deudas y cargas de la herencia hasta donde alcancen los bienes de ésta.

En cuanto a los casos de eximentes de la responsabilidad penal, tales como las causas de inimputabilidad, causas de justificación y de inculpabilidad, determinó

⁷⁹ El artículo 112 del Código Penal establece que toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente.



quienes debían de responder en esos casos, tales como los representantes de los menores y los causantes del miedo o fuerza, incluso determinó la responsabilidad civil compartida con la propia víctima cuando el daño causado le hubiere librado a la víctima de un peligro.

Así mismo, delimitó, como se indicó anteriormente, los tres aspectos que comprende la responsabilidad civil y que son:

- **La restitución**, entendida esta como la entrega de la misma cosa y con abono de deterioros o menoscabos a juicio del tribunal, sin perjuicio de los derechos de terceros.
- **La reparación de los daños materiales y morales**, que consiste en la valoración del daño material causado.
- **La indemnización de perjuicios**, consistente en el pago de los beneficios lícitos que el afectado por el delito haya dejado de percibir.

Por último, resolvió al respecto de la supletoriedad de las normas civiles sustantivas y adjetivas que tiendan a regular lo no previsto o aclarar cualquier ambigüedad o contradicción que se pudiera dar. Por aparte, de una manera indirecta, el Código Penal, en el momento de resolver situaciones en beneficio del sindicado o reo o para determinar su responsabilidad, no involucró los intereses del afectado por los daños del delito o bien se determinaron de una manera exigua.

A continuación, se determinarán las situaciones que resuelven la situación legal del sindicado o reo, en las que ocasionalmente involucran los intereses de la víctima, en el orden en que se va desarrollando el código en cuestión.

- a. **Circunstancias atenuantes.** Dentro de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, específicamente, las atenuantes, se encuentra la establecida en el artículo 26 inciso 4º que establece como un factor a favor del reo o sindicado,



que este haya procurado, reparar el daño causado o impedir sus posteriores perniciosas consecuencias. Así mismo, en el inciso 5º del referido artículo, en donde se establece como atenuante de la responsabilidad penal, el que el delincuente haya reparado el daño civil antes de que se dicte sentencia⁸⁰.

La diferencia entre ambas figuras radica en que en la primera mencionada, la misma tiene lugar cuando el acto de reparación se efectúa en el momento de ejecutarse el delito o momentos seguidos a su comisión, mientras que en el segundo caso, es cuando la persona repara el daño transcurrido tiempo después de cometido el mismo y existe un control judicial sobre dicha reparación.

- b. **Libertad anticipada.** Un beneficio que tiene el reo condenado a prisión, es que una vez transcurridas tres cuartas partes de la pena y que haya observado buena conducta durante ese tiempo, se les otorgará la libertad⁸¹. En este caso, no se considera a la víctima en cuanto a la reparación del daño causado por el delito, ni se le otorga participación al afectado para decidir sobre esta forma de reducir su pena de prisión.
- c. **Trabajo del reo.** Dentro del sistema penitenciario, es obligación del recluso trabajar, y del producto de esa labor que ejecute, será utilizada para reparar el daño causado por el delito. Sin embargo, dicha medida, muy pocas veces se cumple, no solo por la deficiencia del sistema, sino también por la falta de controles para ejecutarla.
- d. **Conmutación.** Las penas de prisión que no excedan de cinco años, son conmutables, es decir, puede ser sustituida la prisión por el pago de una cantidad de

⁸⁰ El artículo 26 del Código Penal en su parte conducente establece: ... ARREPENTIMIENTO EFICAZ. si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus posteriores perniciosas consecuencias. 5. REPARACION DEL PERJUICIO. Si el delincuente a criterio del tribunal ha reparado, restituido o indemnizado adecuadamente el daño antes de dictarse sentencia.

⁸¹ El artículo 44 del Código Penal establece: "Pena de prisión. La pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal y deberá cumplirse en los centros penales destinados para el efecto. Su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años. A los condenados a prisión que observen buena conducta durante las tres cuartas partes de la condena, se les pondrá en libertad, en el entendido que si cometieren un nuevo delito durante el tiempo que estén gozando de dicho privilegio, deberán cumplir el resto de la pena y la que corresponda al nuevo delito cometido.

La rebaja a que se refiere este artículo no se aplicará cuando el reo observe mala conducta, cometiere nuevo delito o infringiere gravemente los reglamentos del centro penal en que cumpla su condena.



dinero que ingresa a los fondos del Organismo Judicial, sin que esto implique que se deba revisar la situación de los derechos de reparación que tiene la víctima.

- e. **De los delitos contra el honor.** El artículo 60 del Código Penal establece que se puede publicar la sentencia, a costas del condenado o interesado, cuando se estime que la publicidad pueda contribuir a la reparación del daño moral causado por el delito. En este caso, estamos hablando de una reparación no patrimonial y cuya publicidad, puede contribuir a reparar el daño.
- f. **De la fijación de las penas.** Dentro de las circunstancias que fijan los parámetros para determinar la pena a imponer, según el artículo 65 del Código Penal, se encuentra la extensión del daño causado, así como también las circunstancias atenuantes que pudieran aplicar, dentro de las cuales son las establecidas en el artículo 26 citado.
- g. **De la suspensión de la pena.** La pena impuesta puede ser suspendida, bajo ciertas circunstancias, dentro de las cuales no se incluye que el daño sea reparado, salvo cuando son de carácter tributario en donde el perjudicado es el Estado⁸³. La exclusión del pago de las responsabilidades civiles para otorgar dicho beneficio, se

⁸² El artículo 50 del Código Penal establece que: "Conmutación de las penas privativas de libertad. Son conmutables. 1º. La prisión que no exceda de cinco años. La conmuta se regulará entre un mínimo de cinco quetzales y un máximo de cien quetzales por cada día atendiendo a las circunstancias del hecho y a las condiciones económicas del penado. 2º. El arresto.

⁸³ El artículo 72 del Código Penal establece en su parte conducente establece que: Al dictar sentencia, podrán los tribunales suspender condicionalmente la ejecución de la pena, suspensión que podrán conceder por un tiempo no menor de dos años ni mayor de cinco, si concurrieren los requisitos siguientes 1º. Que la pena consista en privación de libertad que no exceda de tres años; 2º. Que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso.

3º. Que antes de la perpetración del delito, el beneficiado haya observado buena conducta y hubiere sido un trabajador constante; 4º. Que la naturaleza del delito cometido, sus móviles y circunstancias, no revelen peligrosidad en el agente y pueda presumirse que no volverá a delinquir. 5º. En los delitos contra el Régimen Tributario a que se refieren los artículos 358 "A" 358 "B" y 358 "C", si el penado ha cumplido con restituir al Estado el valor de los impuestos retenidos o defraudados, así como los recargos, multas e intereses resarcitorios que previa liquidación fiscal determine la autoridad tributaria, a pedido del Juez competente. En este caso no se tomará en cuenta para el otorgamiento de este beneficio el límite máximo de la pena prevista en la Ley para tales ilícitos.

Este beneficio se podrá otorgar al momento de dictarse el fallo, o en los casos en que exista sentencia que haya pasado por autoridad de cosa juzgada cuando el penado cumpla con el pago antes indicado. La aplicación del beneficio en este último caso corresponderá al juez de ejecución.

confirma cuando en la referida ley, se indica que la suspensión condicional de la pena implica la exoneración del pago de las responsabilidades civiles derivadas del delito.



- h. **Libertad condicional.** El sentenciado a pena de prisión tiene el derecho de que se le otorgue la libertad condicional de la misma, cuando haya cumplido determinados años de estar recluso, pero además de eso debe de cumplir entre otros requisitos, tales como el haber reparado los daños en los delitos contra el patrimonio y en cuanto a los demás delitos, que haya satisfecho la responsabilidad civil, a criterio de la Corte Suprema de Justicia⁸⁴.
- i. **Perdón judicial.** El reo fue beneficiado con una figura denominada *Perdón Judicial*, en el cual dentro de sus requisitos para su aplicación no consideró que se restituyera el daño civil causado a la víctima.

⁸⁴ El artículo 74 del Código Penal establece: “La suspensión condicional de la pena podrá hacerse extensiva a las penas accesorias; pero no eximirá de las obligaciones civiles derivadas del delito.”

⁸⁵ Artículo 80 del Código Penal: “Podrá concederse la libertad condicional al reo que haya cumplido más de la mitad de la pena de prisión que exceda de tres años y no pase de doce; o que haya cumplido las tres cuartas partes de la pena que exceda de doce años y concurran, además, las circunstancias siguientes 1º. Que el reo no haya sido ejecutoriamente condenado con anterioridad por otro delito doloso. 2º. Haber observado buena conducta durante su reclusión, justificada con hechos positivos que demuestren que ha adquirido hábito de trabajo, orden y moralidad. 3º. Que haya restituido la cosa y reparado el daño en los delitos contra el patrimonio y, en los demás delitos, que haya satisfecho, en lo posible, la responsabilidad civil a criterio de la Corte Suprema de Justicia.”

Casos en que la reparación civil se debe de gestionar ante los juzgados de orden civil

La acción civil reparadora, como se ha venido desarrollando, constituye una materia del Derecho Penal, sin embargo, existen dos casos en los cuales este derecho se debe de ejercer dentro del campo del Derecho Civil propiamente y son los que se describen a continuación

- **Por renuncia voluntaria.** Por esta forma, la víctima decide voluntariamente ejercer su acción civil reparadora *ex delicto* ante los órganos civiles respectivos, por haber renunciado a su derecho de ejercerlo en la vía penal correspondiente.
- **Por eximentes de la responsabilidad penal.** Bajo esta circunstancia, a pesar de que existe el hecho delictivo, el mismo no puede sancionarse como tal, debido a que concurren circunstancias que excluyen al sujeto de la responsabilidad penal⁸⁶, las cuales son las causas de inimputabilidad, de justificación y de

⁸⁶ El artículo 23 del código Penal establece que no es imputable 1. El menor de edad; 2. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.

El artículo 24 del Código Penal establece que: Son causas de justificación **Legítima defensa** 1º. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores. El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación. **Estado de necesidad** 2º. Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes a) Realidad del mal que se trate de evitar; b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo; c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse. **Legítimo ejercicio de un derecho** 3º. Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia.

inculpabilidad, en las que no puede haber una sanción penal por alguno de estos motivos, pero que no implica que no haya habido daño causado y que sea necesario repararlo.



Hay que considerar que, de conformidad con el artículo 124 del Código Procesal Penal, la reparación digna solo se puede ejercer si existe una sentencia condenatoria, pero, si alguna de estas circunstancias eximentes concurre en el hecho, una sentencia condenatoria no podrá emitirse, pero no implica que el daño no se haya causado y que no deba ser reparado. Por lo tanto, ante una sentencia absolutoria por estas causas, no impiden que la víctima del hecho no pueda ejercer en la vía civil la reparación del daño causado.

El artículo 25 del código Penal establece: “**Son causas de inculpabilidad Miedo invencible**^{1º}. Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias. **Fuerza exterior** 2º. Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él. **Error** 3º. Ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto. **Obediencia debida** 4º. Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto; b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales; c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta. **Omisión justificada** 5º. Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable.



La reparación civil dentro del Código Procesal Penal

Toda normativa, sea de carácter sustantivo o procesal, se encuentra fundamentado en principios, doctrinas y criterios internacionales que van creando una uniformidad a la figura legal, de la cual el Código Procesal Penal no es la excepción, tanto en el aspecto penal como en el apartado de responsabilidades civiles, en la cuales sus procedimientos van acordes a principios fundamentales, tales como el derecho de defensa y debido proceso entre otros.

En la forma en que se desarrolla actualmente el apartado referente a la reparación digna, a pesar de que no se especifican propiamente esos principios sobre los cuales descansa esa figura, se pueden deducir de la forma en que fue desarrollado el modo en que se va a ejercer ese derecho. Los principios procesales sobre los que descansa la reparación civil dentro del proceso penal, son:

- Principio de accesoriedad.
- Principio de alternabilidad.

1. Principios procesales

1.1 Principio de accesoriedad

El nuevo Código Procesal Penal, según la exposición de motivos elaborada por el doctor Cesar Barrientos Pellecer y que se cita por el licenciado Raúl Figueroa Sarti, en sus ediciones del Código que realiza, tuvo como propósitos esenciales:

- a) La humanización del derecho procesal penal;
- b) La dignificación y eficiencia de la función judicial en materia penal;
- c) El mejoramiento de la defensa social frente al delito y

- d) Coadyuvar a la vida pacífica de la sociedad mediante la resolución de conflictos penales, el cumplimiento de la ley penal y la prevención del delito⁸⁷



Es decir que, el código en cuestión se enfocó naturalmente en el aspecto puramente penal y así se instituyó en sus fines, en el que se estableció que el proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta, de las circunstancias en que pudo haber sido cometido, el establecimiento de la posible participación del sindicado, el pronunciamiento de la sentencia y la ejecución de la misma⁸⁸.

A pesar de la preeminencia de los objetivos del proceso penal, no se podía desentender de los efectos colaterales del delito causados a la víctima, así como tampoco de los preceptos legales civiles que regulan lo relativo a los daños y perjuicios provenientes del delito.⁸⁹

Por ello, la normativa procesal penal desarrollo un precepto distinto a los objetivos penales y se enfocó en la acción civil reparadora, pero la catalogó como una cuestión accesoria a la persecución penal, de tal suerte que si se suspendía esta última, la acción civil también se suspendía y de igual manera si se reanudaba, es decir, si la persecución penal se reactivaba, entonces la acción civil también, dejando siempre en libertad al afectado de demandar en la vía civil respectiva⁹⁰.

La dependencia antes relacionada puso en desventaja a aquella persona que ejerciera la acción civil, que no necesariamente tenía ser la víctima directa del delito, pero esta se veía impedida a participar dentro de la persecución penal, por lo que su

⁸⁷ R. Figueroa Sarti. *Código Procesal Penal, Concordado y anotado*. 11ª Edición. Guatemala: F&G Editores. 2007.

⁸⁸ Actualmente, dicha norma fue modificada por el Decreto 7-2011 del Congreso de la República y le agregó que: "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"

⁸⁹ El artículo 1646 del Código civil establece que el responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que se le haya causado.

⁹⁰ El artículo 124 del código Procesal Penal regulaba antes de ser modificado por el decreto 7-2011 del congreso de la República en su parte conducente que: "En el procedimiento penal, la acción reparadora sólo puede ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal. Si esta se suspende se suspenderá también su ejercicio hasta que la persecución penal continúe, salvo el derecho del interesado de promover la demanda civil ante los tribunales correspondientes..."



derecho dependía del actuar del ente encargado de la persecución penal o del querellante adhesivo. Sin embargo, dicha deficiencia quedó resuelta en el momento de que la norma facultó al interesado a poder demandar su derecho ante los tribunales civiles correspondientes.

Con la implementación de la reparación digna en el proceso penal, el principio de accesoriedad no ha desaparecido, pues el ejercicio de la reparación civil, depende del resultado del proceso penal, es decir, para que la misma tenga verificativo, depende expresamente de que se dicte una sentencia condenatoria y sin este requisito, la acción civil reparadora no será objeto de determinación por la vía procesal penal.

1.2 Principio de alternabilidad

La normativa procesal penal le otorgó al interesado la facultad para el ejercicio de su acción civil reparadora de manera alterna, es decir, le permitió ejercer su acción civil reparadora dentro del mismo proceso penal, o bien, acudir a ejercerla en los tribunales de orden civil según lo considerare. Por supuesto, a esta alternativa en el ejercicio de la acción civil reparadora, quedó sujeta a una limitante y fue la de establecer que una vez admitida la acción civil dentro del proceso penal, la misma imposibilitaba al afectado de demandar en la vía civil, salvo que desistiera de su acción o abandonara su acción dentro de la instancia penal y viceversa.

Ese abandono o desistimiento, según el momento en que se diera, le permitía al actor civil, mantener esa alternativa de vías y para el efecto, se determinaron dos momentos:

- a. Si el abandono o desistimiento se daba antes del inicio del debate, esto le permitiría al interesado poder acudir ante los tribunales competentes por la vía civil.



- b. Si el abandono o desistimiento se daba después de iniciado el debate, implicaba la renuncia al derecho de resarcimiento pretendido, es decir, le impedía ejercerla antes los tribunales de orden civil.

Esa limitante tenía un doble propósito lógico y racional y era evitar la doble persecución por un mismo hecho, es decir, era impedir que el ejercicio de la acción civil reparadora pudiera ejercitarse en la vía civil y en la vía penal al mismo tiempo, así como para evitar que se pudieran dar dos fallos contradictorios que pudiera generar un conflicto de decisiones judiciales.

La ventaja de aparejar la acción penal con la acción civil reparadora dentro del mismo proceso penal, radica en que la víctima puede obtener dentro de una misma sentencia la sanción penal al hecho delictivo causado, así como la determinación de su derecho a una reparación del daño causado por el delito. Esta circunstancia, quedó prevista en la ley, cuando se estableció que: "... Después del debate, la sentencia que absuelva al acusado o acoja una causa extintiva de la persecución penal, deberá resolver también la cuestión civil válidamente introducida."

Mientras que, si el afectado por los daños y perjuicios causados por el delito, optaba por acudir a los tribunales del orden civil, este previamente debía de obtener una sentencia dentro del orden penal, para poder optar por esta vía a determinar el daño y los perjuicios causados⁹¹, acción que debe ser entablada dentro del año de obtenida la sentencia, bajo sanción de que prescriba el derecho.

Este principio, se encuentra presente nuevamente en la reparación digna, pues uno de los principios de la misma establece que si la acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla por la vía civil.

⁹¹ El artículo 1648 del Código Civil establece que: "La culpa se presume, pero ésta presunción admite prueba en contrario. El perjudicado solo está obligado a probar el daño o perjuicio causado.



2. Elementos personales ⁹²

En la determinación de las personas que podían exigir que se le reparara el daño civil causado, la ley señaló de manera genérica y amplia al sujeto titular de la acción y reconoció a aquel que por virtud de la ley respectiva⁹³ esté legitimado para reclamar por los daños y perjuicios ocasionados por el hecho delictivo y por los herederos de este. De esta denominación del sujeto activo de esta relación puede establecerse dos calidades de actores civiles y que son los damnificados directos que es la persona que sufre directamente los efectos dañosos del delito, y los damnificados indirectos que son todas aquellas personas que, sin haber sido víctimas o damnificados directos de los actos del delito, se ven perjudicados por el daño causado por los efectos colaterales del delito mismo.

Como ya fue desarrollado anteriormente, la discusión sobre este tema radica en el límite de las personas a las que se les reconoce el derecho a reclamar indemnización, por lo que sin entrar a repetir los conceptos, se debe comprender dentro de este clase al propio afectado con las consecuencias directas del delito, el cónyuge, los hijos, los padres y los demás ascendientes y descendientes legítimos o extramatrimoniales, los hermanos y cualquier persona que sin ser pariente del fallecido recibe alimentos en virtud de título legítimo (donante).

En sus inicios de vigencia de la ley, en cuanto a los sujetos que pueden ejercer la acción civil, esta también le otorgaba la calidad de actor civil al Ministerio Público quien debía de promover y perseguir la acción civil, siempre y cuando el titular de la acción fuere incapaz y que careciere de representación o bien cuando el sujeto capaz le delegara el ejercicio de su acción. Posteriormente, dicha facultad quedó derogada con una reforma a la ley que suprimió esa legitimación hacia el ente investigador.

⁹² El artículo 129 del Código Procesal Penal establecía que: "En el procedimiento penal, la acción civil solo puede ser ejercitada 1) por quien, según la ley respectiva este legitimado para reclamar por los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible. 2) Por sus herederos.

⁹³ El artículo 1645 del Código civil establece que toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. El artículo 1646 del Código civil establece que el responsable de un delito doloso o culposo está obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que haya causado.

Así mismo, la acción civil reparadora podía ser ejercida, tanto ~~contra del~~ imputado del delito como de cualquier persona, que por previsión directa ~~de la ley~~ debían responder por los daños y perjuicios que el imputado hubiere causado ~~con el~~ hecho punible, la cual fue denominada en el código como tercero civilmente demandado, que son todas las personas se consideran responsables de manera solidaria y mancomunada con el ~~sindicado~~, y cuyas figuras se encuentran reguladas en la ley de orden civil. Incluso, se podía ejercer esta acción, aun cuando se desconociere o no se hubiere individualizado el autor del delito.

Las doctrinas actuales han determinado fehacientemente quienes son las personas afectadas por los hechos delictivos y quiénes son los llamados a reparar el daño causado. En cuanto a los primeros, se considera importante que la víctima no solo es el afectado directamente con el delito, ni los indirectos que son aquellos que están vinculados de alguna manera con la víctima, tales como sus familiares y herederos, sino también a aquellos que sin tener relación con la víctima son afectados con la comisión del mismo, como aquellos sobre los que recae un daño de tipo emocional, porque presencian el hecho delictivo o bien porque ven afectados su patrimonio con las secuelas del delito.

Nuestra legislación supera esta apreciación en el sentido de que eliminó la figura de actor civil, y por lo tanto reconoce como tal a aquél que se considere afectado de la comisión del hecho delictivo que no tiene que ser precisamente la víctima directa como tal o los ligados a este por cualquier vínculo, sino también incluye a aquél que sin tener relación con la víctima se ve afectado en su patrimonio o su persona, al igual que a aquellas entidades que se dediquen a defender intereses colectivos o difusos, según la modificación que se hizo del artículo 117 del Código Procesal Penal por el artículo 38 de la Ley Orgánica del Instituto para la Asistencia y Atención a la Víctima del Delito - Decreto 21-2016 del Congreso de la República-.

Normas penales especiales que se refieren a la responsabilidad civil ~~ex delicto~~

1. Ley Contra la Narcoactividad

Dentro de las normas especiales que se han ido implementando al sistema penal, hay algunas que se han referido a la responsabilidad civil, tal es el caso de la Ley contra la Narcoactividad que determinó que con la comisión del delito que involucra drogas, nace la obligación de reparar el daño material o moral ocasionado a la sociedad, que consisten en indemnizaciones que son ejecutables en la vía de apremio por el tribunal que la haya dictado⁹⁴. Así mismo determinó, conforme el principio de preferencia que la reparación civil proveniente de la Ley Contra La Narcoactividad tendrá preferencia sobre cualquier otra deuda y sobre la ejecución de las penas y también sobre el pago de la multa⁹⁵.

En cuanto a las personas que deben reparar al daño estableció que las mismas pueden ser individuales o colectivas, es decir, las sociedades, siempre y cuando estas se hayan beneficiado con los efectos del delito. De igual manera, estableció la responsabilidad civil de las personas, que sin haber participado en el delito, lucraron con los efectos del delito, salvo evidente buena fe.

También, estableció las reglas para calcular el daño material o moral e incluso reguló que cuando las responsabilidades civiles son en beneficio del Estado, entonces

⁹⁴ El artículo 26 de la Ley contra la Narcoactividad establece: "Reparación Civil. De la comisión de cualquiera de los delitos a que se refiere esta ley, nace la obligación de reparar el grave daño material y moral ocasionado a la sociedad. La obligación es solidaria entre todos los responsables del delito, sean persona físicas o jurídicas, y se resolverá en indemnización pecuniaria fijada por el juez en la sentencia y se ejecutará por el tribunal que la haya dictado en primera o única instancia por la vía de apremio. Si el delito fuera cometido por una persona jurídica, responderán solidariamente las personas físicas que hubieren actuado como órganos de decisión de la misma, salvo aquellas que carecieren de culpabilidad. Asimismo, la persona jurídica responderá solidariamente por los delitos cometidos por sus representantes siempre que ella hubiere recibido algún tipo de beneficio proveniente, directa o indirectamente."

⁹⁵ El artículo 28 de la ley citada establece: "preferencia. La reparación del daño causado a la sociedad por el delito, tendrá preferencia sobre cualquier otra deuda y sobre la ejecución de las penas y también sobre el pago de la multa".



estos incrementarían los fondos privativos del Organismo Judicial para los presidiarios en dicha norma, tales como las actividades de investigación o de resocialización de los que cometen delitos de narcotráfico.

Y en cuanto a los particulares afectados, las cuales tradujo en las indemnizaciones pecuniarias o morales y, en la reparación o restitución total o parcial de los objetos o instrumentos del delito, cuya propiedad comprueben bajo la condición de que sean de lícito comercio.

Bajo estas condiciones, la responsabilidad civil en beneficio del Estado constituye una obligación del Ministerio Público ejercer la acción, la cual debe de ser resuelta inmediatamente después de dictada la sentencia y por la dependencia de la acción civil a la penal, se fijó que si la misma se suspendía, extinguía por muerte o causa de inimputabilidad, el ente investigador está obligado a perseguirla en las instancias civiles respectivas.

La ley en cuestión facultó al juez, en caso de que no se determinaran las responsabilidades civiles en forma total o parcial, el monto de las mismas, deben de ser fijadas por el Tribunal competente en la sentencia condenatoria, con base a la forma establecida para determinarlas⁹⁶. La responsabilidad civil derivada del delito que involucra al narcotráfico, es transmisible a todos los herederos del responsable, hasta el monto de la herencia recibida.

2. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia

Este decreto legislativo, en clara aplicación de la reparación como sanción al delito, ha determinado, entre otras, como un tipo de sanción penal, la reparación de los

⁹⁶ El artículo 29 de la Ley Contar La Narcoactividad, establece que para calcular el daño material y moral causado a la sociedad, se considerará a) el valor de las drogas incautadas; b) el valor de los bienes relacionados con el delito, así como de los objetos e instrumentos utilizados en la acción ilícita; c) la envergadura de la asociación nacional o internacional a que pertenece el delincuente; d) la capacidad de producción, fabricación, cultivo y tráfico de drogas; e) las lesiones económicas causadas a la sociedad por la inversión de recursos en la lucha y contra el narcotráfico.



daños al ofendido.⁹⁷ Este tipo de sanción, se le ha revestido de la característica de que es una obligación de hacer del adolescente a favor de la víctima, con el fin de resarcir el daño causado o restituir la cosa dañada por la conducta delictiva. Este tipo de sanción, dependiendo de la edad del menor, puede ser de carácter individual o bien involucra en la sanción a los padres, tutores o encargados, quienes tendrán responsabilidad solidaria junto con el adolescente. Para que este tipo de sanción pueda imponerse, se requiere el consentimiento de la víctima y del adolescente victimario⁹⁸.

A este respecto, el consentimiento es para aplicar la sanción, pero el quantum de la reparación la fija el juez, quien también determinará cuando la misma se considera cumplida o no. El efecto del cumplimiento de la sanción, da lugar a que ya no se pueda ejercer la acción civil.

Otro tipo de sanción es aquellas que consiste en la prestación de servicios a la comunidad, tales como acudir a apoyar en lo que sea requerido en instituciones de asistencia pública y privadas, según las aptitudes del infractor y conforme un horario de trabajo durante determinado tiempo o bien que se sustituya por otra medida⁹⁹.

⁹⁷ El artículo 238 de la Ley de la Niñez y la Adolescencia establece: "Tipos de sanciones. Verificada la comisión o la participación del adolescente en un hecho que transgreda la ley penal, el juez correspondiente podrá aplicar los siguientes tipos de sanciones a) Sanciones socioeducativas 1) Amonestación y advertencia. 2) Libertad asistida. 3) Prestación de servicios a la comunidad. 4) Reparación de los daños al ofendido.

⁹⁸ El artículo 238 de la Ley de la Niñez y la Adolescencia establece: "Obligación de reparar el daño. La reparación del daño consiste en una obligación de hacer del adolescente, a favor de la víctima, con el fin de resarcir el daño causado o restituir la cosa dañada por la conducta delictiva. Cuando el adolescente mayor de quince años realice un acto que afecte el patrimonio económico de la víctima, el juez podrá determinar, teniendo especial cuidado en su situación económica, que éste restituya la cosa, promueva el resarcimiento del daño o compense el perjuicio causado a la víctima. Cuando dicho acto sea cometido por un adolescente de trece a catorce años de edad, el juez podrá también determinar la reparación del daño, quedando solidariamente obligados los padres, tutores o responsables. El juez sólo podrá imponer esta sanción, cuando la víctima y el adolescente hayan dado su consentimiento. Si ambas partes acuerdan sustituir el trabajo por una suma de dinero, el juez procederá a fijar la cuantía que se considere equivalente a los daños y perjuicios ocasionados por el delito o falta. La sanción se considerará cumplida cuando el juez determine que el daño ha sido reparado de la mejor forma posible. La reparación del daño excluye la indemnización civil.

⁹⁹ El artículo 243 de la Ley de la Niñez y la Adolescencia establece: "Prestación de servicios a la comunidad. La prestación de servicios a la comunidad consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general en entidades de asistencia, públicas o privadas, como hospitales, escuelas, parques nacionales y otros establecimientos similares. Las tareas deberán asignarse según las aptitudes de los adolescentes, procurando, cuando fuere posible, relacionar la naturaleza de la actividad con la del bien jurídico lesionado por el adolescente. Las tareas se cumplirán durante una jornada máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos y días feriados o en días hábiles, pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo. Los servicios a la comunidad deberán prestarse durante un

Por otro lado, el cumplimiento de la reparación civil o por lo menos el intento de reparar, constituye una ventaja para el adolescente infractor, para poder ser beneficiado con una suspensión condicional de la sanción de privación de la libertad. En ese sentido, la reparación del daño, no solo es utilizada como una sanción penal, sino también un aliciente para el infractor para poder obtener beneficios que atenúen la sanción impuesta.



3. Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer

Esta ley, promulgada bajo el decreto 22-2008 del Congreso de la República, reguló un apartado de reparación civil, en el cual fijó el principio de proporcionalidad, en el sentido de que la reparación a la víctima debía ser proporcional al daño causado y al grado de culpabilidad e incluso determinó su transmisibilidad a los herederos del infractor de acuerdo al Código Civil y Procesal Penal.

Se determinó en esta ley, conforme la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Guatemala, la responsabilidad solidaria del Estado por los actos u omisiones en que incurran los funcionarios públicos que obstaculicen, retarden o nieguen el cumplimiento de las sanciones previstas en la ley.

Como un apoyo económico indirecto a la mujer víctima, se creó entidades institucionales que prestan servicios de asistencia a la mujer, tales como La Coordinadora Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar y n contra de La Mujer (CONAPREVI), como ente coordinador, asesor e impulsor de las políticas públicas relativas a reducir la violencia intrafamiliar y violencia contra la mujer, la Defensoría de la Mujer indígena (DEMN), la Secretaría Presidencial de la Mujer (SEPREM) y el Servicio de Asistencia legal gratuita a las víctimas que presta el

período máximo de seis meses. La sanción se mantendrá durante el tiempo necesario para que el servicio fijado se realice efectivamente o sea sustituido. La sanción será supervisada y orientada por la persona que el juez designe, quien elaborará un plan individual para el adolescente.

Instituto de la Defensa Pública Penal y entidades no gubernamentales que no dependan de ese fin.



4. Ley Forestal -Decreto 101-96 Del Congreso De La República-

La Ley Forestal fue emitida para proteger los recursos forestales del país y fijó un procedimiento para determinar o estimar los daños causados por los delitos o faltas contra los recursos forestales, tales como:

- a. El valor del material dañado, explotado o exportado ilícitamente o dejado de reforestar.
- b. Si el daño fue cometido en tierras nacionales o privadas.
- c. La capacidad de producción y explotación forestal.
- d. La gravedad del delito cometido.
- e. Las lesiones económicas provocadas a la sociedad por la inversión de recursos en la lucha por mantener los recursos naturales.

Así mismo, determinó que en la sentencia que se dicte, se resolverá en cuanto al comiso de los bienes caídos en secuestro y el monto de las responsabilidades civiles, las cuales se ejecutarían dentro del plazo de tres días de estar firme el fallo, mediante remate de los mismos o adjudicación en pago y por último la ejecución de las responsabilidades civiles fijadas a favor del Estado, servirán para incrementar el fondo forestal privativo del Instituto Nacional de Bosques INAB.

5. Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas

Esta normativa que no es una ley independiente que genere nuevas figuras delictivas, sino modificativas del Código Penal, establece una especialidad en las formas de reparación, que consisten en: la vida, la integridad, la salud, la educación,

condición de vida adecuada, la convivencia familiar, la recuperación emocional, la capacitación técnica, la recreación y todos aquellos reconocidos por la Constitución Política, leyes, tratados y convenios internacionales. Estas formas de reparación son compatibles con aquellas que son de carácter moral y no de carácter económico propiamente, es decir, de asistencia social y que se puede incluir dentro de las clases de reparación denominadas de rehabilitación.

La implementación de la reparación civil en las normas especiales, ha sido un avance en cuanto a la reparación civil se refiere, pues, se han implementado nuevas instituciones para reparar el daño causado por el delito, métodos de determinación y que se han adaptado a los preceptos internacionales sobre esta materia, que implican una mejor atención a la víctima, las cuales ya no depende únicamente del victimario o responsable de los daños, pues una forma de reparar el daño es el recibir tratamiento integral, tales como terapias psicológicas, ayuda de grupo, que son formas de reinsertar a la víctima a la sociedad de una manera más humana, que puede ser brindada por el propio Estado o instituciones establecidas para ese fin, pues conforme al Código Penal, solo hubiera podido tener un resarcimiento económico, siempre y cuando el victimario tuviere recursos económicos.

Otro aspecto importante es que, conforme estas normas especiales, también se ha reflejado en la reparación de tipo de orden social, consistentes en la prestación de servicio comunitario, la implementación de medidas de rehabilitación y formas de determinar las responsabilidades civiles, las cuales en su mayoría aplican únicamente cuando el afectado es el Estado de Guatemala, pero de igual manera constituye en un avance en la determinación, resolución y ejecución de la responsabilidad civil proveniente del delito.

Por último, algunas normas especiales, como la Ley contra la Narcoactividad, han retomado instituciones que estuvieron vigentes en el Código Procesal Penal derogado, en cuanto a que iniciada la acción penal, también se tiene por iniciada la acción civil reparadora e innova que estas son ejecutables en la vía de apremio por el tribunal que la haya dictado y por lo tanto, no lo remite a la vía civil, e incluso le da



preeminencia a esta acción, pues la reparación civil tendrá preferencia sobre cualquier otra deuda y sobre la ejecución de las penas y también sobre el pago de la multa.



En Guatemala, en materia de responsabilidad civil *ex delicto*, se le ha pretendido dar un lugar preponderante dentro del proceso penal, pero mientras no se haga un cambio sustancial al mismo, la situación para la víctima siempre será infructuosa, en el sentido de obtener una reparación efectiva o materializada de sus derechos afectados. Sin embargo, esta posición es en cuanto a la normativa general, porque en leyes especiales de carácter penal, ya se vislumbran avances en cuanto a ella, en el sentido de ya se han atrevido a emitir sanciones de reparación civil y darle preeminencia antes de cualquier multa o beneficio que pueda obtener el reo, o bien, que el juez fija la cuantía de la reparación civil, ante la imposibilidad de hacerlo la víctima y que esta sentencia sea ejecutada propiamente por el juez que dictó la sentencia. Lamentablemente, todos estos avances solo están establecidos únicamente cuando el afectado es el Estado.

XI

La reparación civil dentro de la ley de femicidio y otras forma de violencia contra la mujer

La referida normativa es producto del compromiso del Estado de Guatemala de adoptar todas las medidas adecuadas para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer. Así mismo, con el fin de garantizarle el goce, ejercicio y protección de todos los derechos que le son inherentes como persona humana, reconocidos tanto por la Constitución Política de la República, leyes y convenios internacionales en materia de derechos humanos que conlleve a erradicar la violencia, discriminación contra la mujer, niñas y adolescentes, entre las que se encuentra 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.



La norma en cuestión nace en un momento coyuntural en el que la violencia contra la mujer se acentuó y en el cual el Estado en el momento de sancionarla en muchos casos, no podía imponer las penas acordes a las circunstancias que el caso ameritaba, pues carecía de un marco normativo adecuado, aunado a que la violencia que se ejercía sobre la mujer en muchos casos era producto de situaciones de discriminación y menosprecio a su condición de género que no estaban contempladas como figuras delictivas.

De esa cuenta, la ley no solo se enfocó en la sanción a las conductas delictivas contra la mujer, sino que también se encaminó a crear programas de ayuda a tratamiento a las víctimas de violencia de género, mediante la creación de órganos jurisdiccionales que contribuyan a la rehabilitación y reinserción de la mujer a su entorno social, así como para garantizar su derecho a la no repetición de los hechos delictivos.

Así mismo, con esta norma se crearon los mecanismos necesarios para la asesoría y el acompañamiento de la víctima en el proceso de la persecución penal, con las medidas necesarias para evitar o contribuir a reducir la re-victimización. Antes de entrar a desarrollar la Ley de Femicidio y Otras formas de Violencia contra la Mujer, es pertinente hacer una breve reseña de los convenios sobre los cuales descansa la ley en cuestión con el fin de establecer si nuestra normativa cumple con los estándares internacionales.

1. De la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

La referida convención determinó que para sus propios efectos que la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la

igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil y en cualquier otra esfera.



El articulado de la referida convención, se dividió en seis partes, en las cuales la primera es de carácter compromisorio y disposiciones generales; de la segunda a la quinta parte, corresponde a la igualdad de la mujer en diversas facetas de la vida social, económica y cultural y la última referente a establecer un programa de verificación de la referida convención.

En cuanto a la primera parte de la convención, los Estados Partes, se comprometieron en forma general a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.



- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Las demás partes se enfocaron en aspectos de política, nacionalidad, capacidades y oportunidades civiles, haciendo énfasis en el matrimonio, educación y métodos para la verificación del cumplimiento de la convención de mérito, pero es de considerar que las disposiciones generales hablan de diversos compromisos que llevaron a impulsar la normativa de violencia contra la mujer.

2. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer

Esta normativa que es complemento de la anterior convención, se centró en especificar lo que debía entenderse como violencia contra la mujer y lo definió cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público y privado.

Así mismo estableció que, la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica, la que puede tener lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual. Así mismo, reguló que el acto podía tener lugar en la comunidad y ser perpetrada por cualquier persona y que comprendiera, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas,

establecimientos de salud o cualquier otro lugar, e involucró al Estado por perpetrarla o tolerarla.



Así mismo, reiteró una serie de derechos para la mujer que están reconocidos, en el caso de Guatemala, como garantías para toda persona humana sin distinción, tales como sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, haciendo énfasis en la necesidad de que tenga libertad de todo tipo de discriminación, estereotipos y prácticas culturales y sociales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación.

En este convenio, los Estados contratantes se comprometieron a adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, entre otros, programas para fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos; así como a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, y fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la Ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer.

Dentro de las medidas que los Estados parte se comprometieron a adoptar, están: suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados y fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda; y como otras medidas de reparación la de ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social.

3. Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer



La emisión de esta ley cumplió uno de los tantos compromisos adquiridos por los Estados Parte de las convenciones que la inspiraron, la cual se refleja en sus objetivos y finalidades y demás medidas que se tomaron en su creación, tales como la implementación de las nuevas figuras delictivas de violencia física, psicológica y económica y las instituciones creadas para la rehabilitación de la víctima, entre otros.

En lo concerniente a la reparación civil dentro de estos juicios, se destinó un capítulo, que se integra con la totalidad de la ley y que hace referencia a continuación.

➤ **Objetivos y finalidades**

En los objetivos que se consideraron en el momento de crear la ley, indistintamente de los establecidos en el artículo 5 del Código Procesal Penal, se encuentran la de garantizar la vida, libertad, integridad, dignidad, la protección e igualdad de las mujeres ante la ley y por la ley, especialmente cuando se refiere a su condición de género, las relaciones de poder o confianza, tanto en el ámbito público como en el privado. Para cumplir con ese objetivo la ley hizo una clara distinción de las clases de violencia que se puede cometer en contra de la mujer, como lo es la violencia física, psicológica y económica, figuras que vinieron a adaptarse a las normativas internacionales dictadas para el efecto.

Lo anterior, fue dado con la finalidad de poder implementar disposiciones orientadas a la erradicación de la violencia o cualquier tipo de coacción contra la mujer y que pueda garantizar una vida libre de violencia, conforme la Constitución Política de la República y los tratados sobre derechos humanos de las mujeres.

➤ **Resarcimiento a la víctima**

En cuanto al resarcimiento lo definió como el conjunto de medidas tendientes a aproximar la situación de la víctima al estado en que se encontraría de no haberse



producido el hecho delictivo e incluyó dentro de las formas de resarcimiento, además de las de carácter económico, las de carácter de rehabilitación que implica tratamiento médico, psicológico, moral y social.

En su desarrollo, además de lo anterior, no hubo mayor novedad al respecto y solo se adecuó a los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal y Código Procesal Civil y Mercantil y otras normas ordinarias

➤ **De la garantía de no repetición**

De manera implícita, se incluyó las nuevas medidas de reparación que existen a nivel internacional, tal y como lo es la de garantía de no repetición, en la cual el Estado por medio de los órganos rectores de las políticas relativas a la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer, tendría la obligación de implementar la promoción y monitoreo de campañas de sensibilización y generación de espacios de discusión para la prevención de la violencia contra la mujer y del Femicidio, lo que tiene como finalidad la de erradicar o reducir la violencia intrafamiliar y la violencia contra las mujeres.

➤ **De la rehabilitación**

La normativa le ha puesto énfasis en la obligación del Estado de apoyar a las víctimas de violencia contra la mujer, por lo que ha creado instituciones o centros de apoyo integral para la mujer sobrevivientes de la violencia, las que se encargaran de impulsar el acompañamiento, asesoría y monitoreo a las organizaciones de mujeres, que van desde la asistencia legal a la víctima en forma gratuita hasta el tratamiento médico o psicológico que requiera la víctima, según las circunstancias del caso, con lo cual, esta ley, se adecua a los estándares internacionales de protección a la mujer, al menos en el aspecto técnico y legal, por lo que toca ahora es determinar si en la práctica dicha normativa cumple con las expectativas fijadas o pretendidas.

XII

La acción civil reparadora en la práctica forense en los delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer



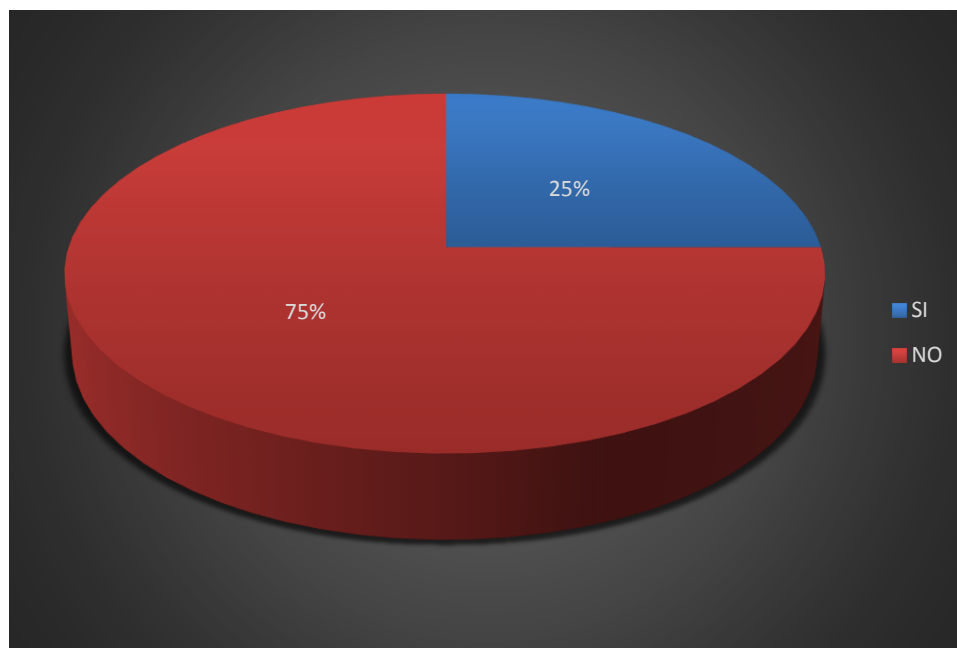
La acción civil reparadora o reparación digna como se conoce en nuestra legislación, en el ámbito de la práctica, es muy distinta a la teoría, pues en muchos casos se dan una serie de circunstancias que hace que la misma sea ineficaz, tanto porque existen vacíos legales o porque el responsable de pagarlos carece de patrimonio o se ha sustraído del mismo para evitar su cumplimiento o bien porque por la magnitud del delito u otra circunstancia la víctima no tiene interés en continuarla.

Para determinar las causas de la ineficacia del cumplimiento de la reparación digna, se formuló una encuesta dirigido a jueces, fiscales y abogados de la defensa que litigan en los juzgados de Femicidio y Otras formas de violencia contra la mujer en los cuales se busca determinar la constancia del ejercicio de la reparación digna, la preferencia de reparación que se reclama y el grado de eficacia, entre otros, así como también se tomó una muestra de juicios ya ejecutoriados con el fin de establecer en cuáles de ellos, se había ejercido en la vía civil la ejecución de la reparación civil y la forma en que la misma podría ser efectiva.

Previo a rendir un resultado definitivo, hay que considerar que en la actualidad las víctimas de femicidio o violencia contra la mujer cuentan al cien por ciento del apoyo institucional brindado por el Estado o por instituciones dedicados a la defensa de los derechos de la mujer, tanto en la asistencia legal gratuita como en el apoyo médico y psicológico, entre otros aspectos. La metodología de la investigación va encaminada a determinar la eficacia de la reparación civil en esa área del derecho. Las fuentes de información las constituyeron jueces, fiscales y abogados que litigan en los juzgados de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer, así como juicios ejecutoriados. La población de interés estuvo compuesta por 24 jueces, 15 fiscales, 18 abogados y 13 juicios; en total se identificaron 70 fuentes de información, 57 primarias y 13 secundarias; esta última fuente consultada con fines de referencia solamente. Por ser un universo pequeño, no se calculó tamaño muestral, se hizo un censo para obtener la

información. Como instrumento metodológico se utilizó la encuesta, con un cuestionario de 5 preguntas que se realizó a jueces, fiscales y abogados, solamente, para un total de 57 casos. (Ver ANEXO). Una vez contestadas las preguntas se procedió a su codificación y tabulación. Los resultados que arrojó la encuesta se muestran a continuación:

Pregunta No. 1 ¿Considera usted que los beneficios con los que cuenta el acusado, tales como conmutas, suspensiones de la pena, suspensiones de la persecución penal, multas a favor del Estado, reducciones de pena, constituyen un obstáculo para el debido cumplimiento de la reparación digna que tiene derecho la víctima?

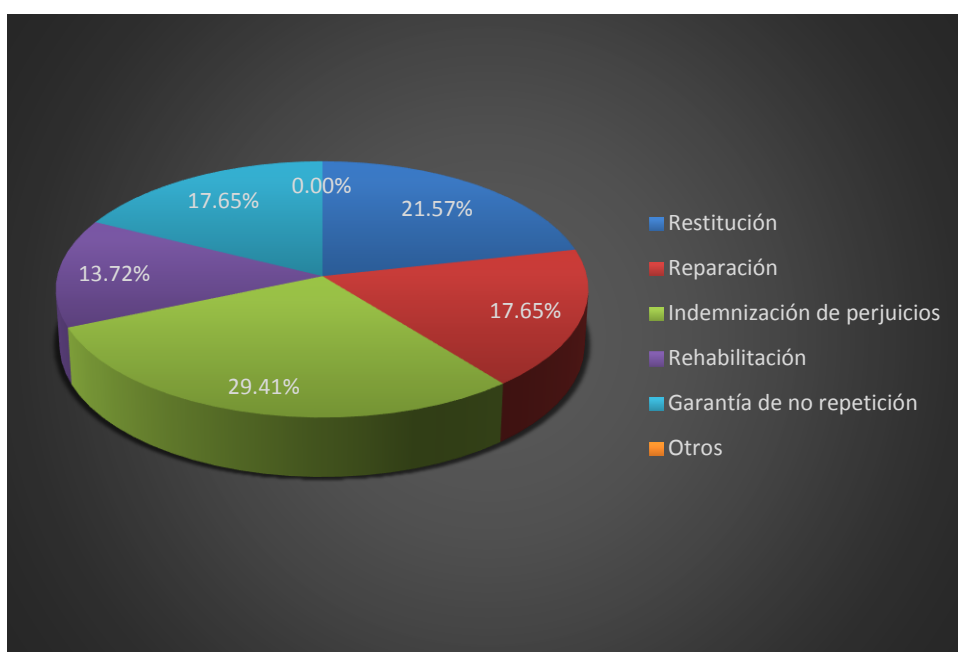


La primera pregunta se hizo para determinar si los beneficios del acusado constituyen un obstáculo para la reparación digna que tiene derecho la víctima. En ese sentido, el 25% de los encuestados opinó que sí constituyen un obstáculo al cumplimiento de dicha reparación, Porque se deja en segundo plano la reparación civil. Mientras que, el 75% restante opinó que no afectaba argumentando que son dos instituciones distintas. En otras palabras, el hecho de que se imponga a un sindicado un beneficio como conmuta, suspensión de la pena, suspensión de la persecución penal,

multas o reducción de pena, no impiden que la víctima pueda ejercer su derecho de una acción civil reparadora.



Pregunta No. 2 Dentro de las clases de reparación digna existentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ¿cuáles son las que más dificultad presentan para su efectiva ejecución en el momento de obtener la condena a la reparación civil en los juicios tramitados en los Juzgados de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer, del departamento de Guatemala?



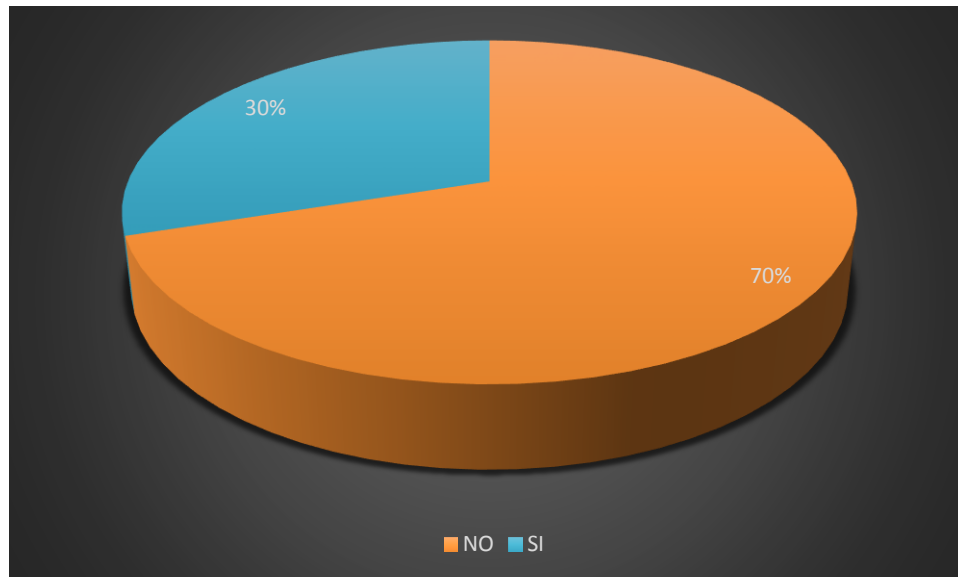
El 29.41% de los encuestados señalaron de las medidas de reparación civil que más dificultad presenta para hacerla efectiva es la indemnización de perjuicios; seguidamente, el 21.57% de los encuestados respondió que la reparación civil que más dificultad presenta para ejecutarla es la restitución. Luego, el 17.65% de los entrevistados respondió que la reparación de los daños materiales y morales y la garantía de no repetición. Por último, una muestra de 13.72% de los entrevistados respondió que la rehabilitación es de las que menos dificultad presentan para su materialización.

Pregunta No. 3 ¿Cuál de las clases de reparación digna existentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se logran ejecutar efectivamente dentro de los juicios instados por Femicidio o violencia contra la mujer en el departamento de Guatemala?



Como se puede apreciar esta respuesta constituye una inversa de la anterior pregunta (número dos), porque acá se desarrolla la interrogante sobre cuál es la clase de reparación que menos dificultad presenta para su ejecución, o mejor dicho, la que es más fácil de ejecutar, dando como resultado que los encuestados respondieron que la responsabilidad civil que más efectivamente se logra ejecutar es la reparación, con un 29% de las respuestas. Después, señalaron que con 20% de los encuestados cada una que la restitución, la garantía de no repetición y la rehabilitación, continúan en una segunda posición en la facilidad de poder ejecutarla. Mientras que, la última de las formas de reparación que se consideró menos factible de ejecutar es la de indemnización de perjuicios, con 11% de respuestas obtenidas.

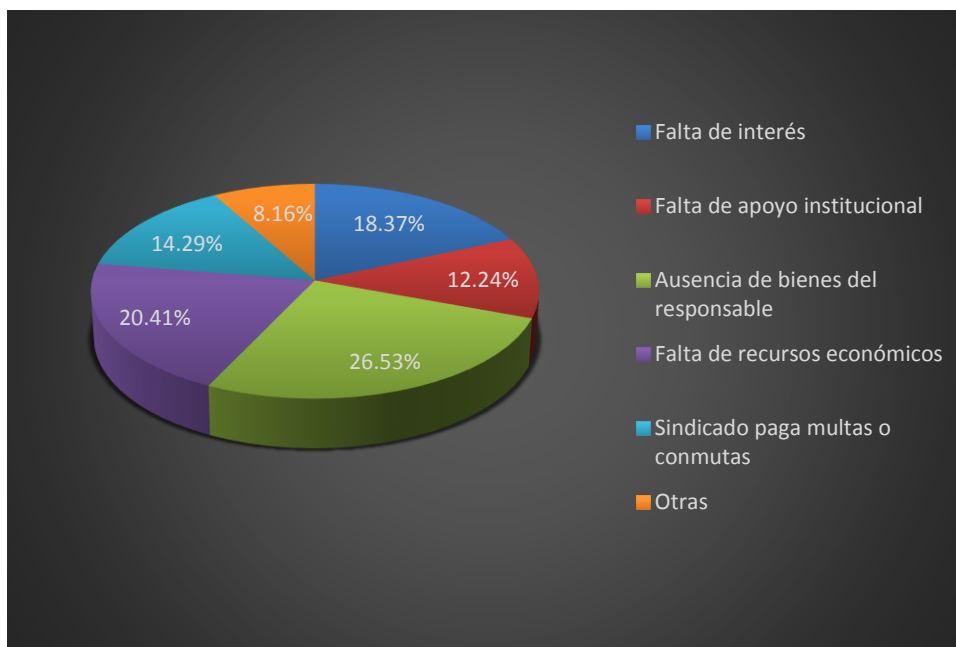
Pregunta No. 4 ¿Considera usted que el procedimiento establecido en el artículo 124 del Código Procesal Penal para instar a la reparación digna es suficiente para el ejercicio de la misma?



El 70% de los encuestados contestó que no es suficiente el procedimiento establecido en el artículo 124, por lo que, se hace necesario ampliar su regulación para garantizar el efectivo pago, para aclarar momentos procesales, específicamente el de aportación de la prueba, de tal modo que sea en la vía penal la ejecución de la reparación digna y no en la vía civil, como actualmente se ejecuta. El 30% de encuestados declaró que tal procedimiento si es suficiente para instar a la reparación digna.

Esta respuesta nos da la clara idea de que la mayoría de los entrevistados estiman que la última reforma hecha al Código Procesal Penal, en donde se instituye la reparación digna, no cumple con las expectativas de poder coadyuvar a la víctima en el proceso de ejecución de la reparación a la que tiene derecho, luego de un proceso penal y en la cual se le otorga el derecho a la reparación digna.

Pregunta No. 5 Según su experiencia, ¿cuáles son las causas por las que la reparación digna no se hace efectiva en las sentencias condenatorias que se dictan por los Tribunales de Femicidio en el departamento de Guatemala?



La causa principal por la que la reparación digna no se hace efectiva en las sentencias condenatorias es la ausencia de bienes del responsable; así lo estableció el 26.53% de los encuestados. El 20.41% declaró que es la falta de recursos económicos de la víctima para buscar la reparación en la vía civil. 18.37% contestó que es por falta de interés; 14.29% porque el sindicado prefiere pagar multas o conmutas; 12.24% por falta de apoyo institucional. Mientras que, 8.16% lo atribuyó a otras causas, tales como, retractación de la víctima, desconocimiento sobre el procedimiento para hacer efectiva la reparación y mala formulación de la solicitud.

En conclusión, según los resultados de la encuesta llevada a cabo, se puede establecer que la Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer cumple en un gran porcentaje con las expectativas trazados por los convenios internacionales ya citados, pero es pertinente que se tomen las medidas necesarias, para que el cumplimiento de sus fines sea total e integral, para lo cual se deben de

emitir normas, no tanto específicas, sino a nivel general sobre los métodos de reparación, más cuando a daños económicos se refiere.



XIII

De la ejecución de las sentencias de reparación civil

Haciendo un poco de retrospectiva histórica referente a la ejecución de lo resuelto en cuanto a las responsabilidades civiles asignadas al delincuente, se debe de hacer reseña al Código Procesal Penal derogado, en el cual no se fijó un articulado tendiente a ejecutar la reparación civil dictada dentro de un proceso penal, pero señaló que la sentencia se debía de ejecutar por el tribunal que hubiere dictado la sentencia en primera instancia¹⁰⁰. Y el capítulo referente a la ejecución de las sentencias, se refirió propiamente a las medidas de encarcelamiento, excarcelamiento, formas de ejecutar, comisos, entre otras. En ese orden de ideas, se puede inferir que con la legislación procesal penal anterior, era el juez de primera instancia penal el que debía de ejecutar las responsabilidades civiles decretadas en la sentencia penal, salvo que la víctima optara por la vía civil.

Sin embargo, a pesar de no existir un apartado de ejecución de sentencias de responsabilidad dentro del proceso penal, tal y como se ha señalado anteriormente, el artículo 94 del código citado¹⁰¹, señaló que cualquier beneficio con los cuales el reo obtenga su libertad, previamente debía de haber satisfecho las responsabilidades civiles. Así mismo, en cuanto a la ejecución de las conmutas otorgadas dentro de los delitos excarcelables bajo esta figura, se determinó que no podría otorgarse la conmutación, sin no se hubieren pagado o garantizado las responsabilidades civiles y pagado las costas procesales¹⁰².

¹⁰⁰ El artículo 220 del Código Procesal Penal derogado, señalaba en su parte conducente que: “La sentencia se ejecutará por el tribunal que la haya dictado en primera instancia, sin perjuicio de lo preceptuado en este título. Así mismo agregó: “Las penas se ejecutarán conforme la sentencia, lo prescrito en el código Penal, en otras leyes y en los reglamentos.”

¹⁰¹ Ver el pie de página número 40.

¹⁰² El artículo 230 del Código Procesal Penal derogado, señalaba en su parte conducente que: “La conmutación se hará en vista de las ejecutorias respectivas, formulándose previamente, la liquidación que corresponda. En los casos de conmutaciones en procesos instruidos por delitos contra la seguridad



Cuando entró en vigencia el nuevo Código Procesal Penal, este separó plenamente las funciones del juzgado de ejecución y las concretó en el pleno ejercicio de la realización práctica de la pena, así como el cumplimiento del régimen penitenciario y la vigilancia y control de los penados, mientras que lo referente a las sentencias de reparación civil, mando a que las mismas se ejecutaran en un juzgado de orden civil¹⁰³.

En cumplimiento de ese ordenamiento jurídico, las personas que obtienen una sentencia reparadora, deben con certificación del fallo, iniciar un juicio ejecutivo en la vía de apremio, en los juzgados de orden civil con el fin de obtener el pago de las responsabilidades civiles a que fue condenado el condenado.

A pesar de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia mediante auto de fecha 14 de octubre de 2011, dentro del expediente número 2038-2011, en un conflicto de competencia planteado por el juez primero de ejecución penal, en cuanto a si únicamente está facultado para el cobro de conmutas de penas de prisión o multas y no así para el cobro de reparaciones de orden civil, para lo cual la Corte resolvió:

Con las reformas del proceso penal incorporadas por el Decreto número 7-2011 del Congreso de la República se busca efectivamente la reparación digna como un derecho que le asiste a la víctima por el delito cometido en su contra, conllevando la sustitución de la naturaleza civil de la responsabilidad indemnizatoria, por la naturaleza penal de la reparación, lo que implica que las normas aplicables directamente son del orden penal, tanto sustantivo como procesal, por lo que realizando una interpretación sistemática de las normas procesales penales de conformidad con el numeral 5º y último párrafo del artículo 125 del Código Procesal Penal que fue reformado por el artículo 7 del decreto 7-

de la familia y en los otros caso que la ley señale, previamente, deberán pagarse las pensiones alimenticias pasadas, no prescritas, y garantizarse convenientemente las obligaciones futuras por todo el tiempo en que sean exigibles. En todo caso, no podrá otorgarse la conmutación si no se hubieren pagado o garantizado las responsabilidades civiles y pagado las costas judiciales...”

¹⁰³ El artículo 506 del Código Procesal Penal vigente, señala que la sentencia civil se ejecutará a instancia de quien tenga derecho ante los tribunales competentes en esa materia y conforme a las previsiones del Código Procesal Civil y Mercantil, salvo las restituciones ordenadas en sentencia.



2011 del Congreso de la República que regula “5. La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme. Si la acción reparadora no se hubiere ejercitado en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil”, el artículo 51 del mismo cuerpo legal que regula “Los jueces de ejecución tendrán a su cargo la ejecución de las penas y todo lo que a ellas se relacione, conforme lo establece este Código”, y el artículo 493 del Código Procesal Penal en su primer párrafo que establece “las condenas penales no serán ejecutadas antes de que se encuentren firmes. A tal efecto, el día en que devienen firmes, se ordenará las comunicaciones e inscripciones correspondientes y se remitirá los autos al juez de ejecución.”, se puede determinar que es competencia de los jueces de ejecución el conocer lo referente a la ejecución de las reparaciones dignas de las víctimas en los procesos penales en los que se haya ejercitado dicho derecho, con la salvedad de que si no se hubiere ejercido en esta vía, puedan ejercerla en la vía civil. En tal sentido, el Juzgado Primero de Ejecución Penal de Guatemala deberá seguir conociendo con referencia a la duda planteada de la sustanciación de la fase de ejecución.

Este auto dictado por la Corte Suprema de Justicia ha venido a generar controversia y discrepancia entre los jueces de ejecución, debido a que unos sustentan que la reparación civil se debe de ejecutar ante ellos y otros que mantienen la posición de que la reparación civil se debe de ejecutar en un órgano de carácter civil.

Es importante resaltar del fallo anterior, que nuestras autoridades judiciales reconocen la separación de la naturaleza de la reparación civil per se, de la derivada del delito y en razón de esa circunstancia es que considera que la ejecución de lo resuelto en concepto de reparación civil les corresponde a los jueces de ejecución penal.



CAPÍTULO VI

Obstáculos y limitaciones que enfrentan las víctimas en el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal

Las últimas reformas al Código Procesal Penal concernientes a la reparación civil o reparación digna como se conoce dentro de nuestro ámbito jurídico, tuvo la finalidad de otorgarle a la víctima un procedimiento que fuera práctico, ágil y sin requisitos innecesarios que le permitieran ejercer su derecho de reparación sin mayor complicación.

Sin embargo, dichas reformas solo se enfocaron en los artículos referentes a la acción civil propiamente, pero no se refirieron en otras normas en donde se menciona la participación de las partes civiles dentro del proceso penal lo que ha creado una serie de confusiones que son pertinentes desentrañar, así como tampoco tales reformas crearon un clima de seguridad para la víctima en el ejercicio de su derecho a la reparación manteniendo aún obstáculos y limitaciones para el ejercicio de la misma.

Hay que reconocer que estas limitantes a las que se hará referencia posteriormente, en algunos casos son intrascendentes, pero un texto normativo debe de ser claro, para evitar confusiones y contradicciones que puedan llevar a una errónea interpretación de la ley y que en consecuencia pueda afectar los derechos la víctima en la reclamación de los mismos.

Además de lo anterior, dichas reformas no tuvieron el alcance de establecer mecanismos de fondo que procuren la reparación del daño, sino solo implementaron modificaciones que alteran la forma del proceso y que tienden a eliminar o reducir los formalismos excesivos y que vulneraban los derechos de los afectados, pero sin lograr que dichos cambios garantizaran una efectiva reparación del daño causado.



Debido a lo anterior, se busca en este apartado establecer cuáles son esas confusiones, obstáculos y limitaciones que persisten actualmente y que le impiden a la víctima obtener una efectiva reparación civil o digna de los daños causados por la comisión de un delito.

I

De la confusión que puede generar la normativa referente a la reparación digna

En un capítulo anterior, al hacer una exposición sobre la figura de la reparación digna, se hizo un análisis de las reglas que la conforman y en donde se explica la forma en que estas operan dentro del proceso penal. Y es en el marco de estas reglas que al contraponerse con otros aspectos procedimentales dentro del mismo código es que se pueden identificar las confusiones en que hace incurrir a las víctimas en el ejercicio de su acción civil.

Partiendo de ese marco referencial, la primera regla que se aduce que integra a la reparación digna es la que se refiere a que: “La acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria”. Bajo esta premisa, la responsabilidad civil derivada del delito, tiene lugar siempre y cuando se haya dictado una sentencia condenatoria.

En ese orden de ideas, y haciendo una interpretación restrictiva de esta parte de la norma, tenemos que el derecho a reclamar la reparación de daños está condicionado a que se dicte una sentencia condenatoria en contra del responsable del hecho delictivo y por ende es a partir de ese momento que la reparación tiene su génesis.

Sin embargo, la regla en cuestión no aclara ni da un procedimiento específico de cómo ejercer ese derecho, pero es evidente que el daño o perjuicio se debe de acreditar al tribunal, incluyendo los montos reclamados o bien indicar la forma en que se debe de reparar, así mismo también se debe de garantizar el derecho de defensa del condenado para que se pronuncie al respecto de dicho reclamo, lo cual implica darle

intervención a las partes involucradas para que argumenten y prueben lo que corresponde al respecto.



Pero la confusión que causa es que, durante la sustentación del proceso, específicamente la fase intermedia, que se refiere a la discusión de la procedencia de la acusación formulada por el Ministerio Público, la víctima, conforme el artículo 338 del Código Procesal Penal, aún vigente, debe de concretar detalladamente los daños emergentes del delito cuya reparación pretenden, así como el importe de la indemnización o la forma de establecerla, a pesar de que en este momento aún el derecho a la reparación digna no se ha generado. Entonces, las partes procesales en muchas ocasiones no saben si acudir a la fase intermedia a pronunciarse al respecto o bien si realizarlo en la fase posterior a la sentencia condenatoria. Y consecuentemente se tienen que adecuar al criterio del juez que conozca del caso.

Otro de los aspectos procesales que no ofrecen claridad y que es producto de la mezcla de los procedimientos generales con los específicos, lo es la fase de ofrecimiento de prueba, pues algunos juzgadores, consideran que la prueba se debe de ofrecer, aportar, diligenciar en la audiencia que se señala para conocer sobre la reparación luego de la sentencia condenatoria, mientras que otros, disponen que dichas fases probatorias se deben de hacer en el momento de que todas las partes procesales las ofrecen en la fase intermedia e incluso han instado a que en la fase intermedia planteen sus pretensiones, tal y como se establece en el artículo 343 del Código Procesal Penal.

Por aparte, a pesar de ser una cuestión puramente conceptual, pero que refleja la poca claridad de la normativa al respecto del sujeto que puede ejercer la reparación digna, lo es que en el artículo 124 del Código Procesal Penal, se eliminó la figura del actor civil y fue sustituida por la de la víctima con derecho a la reparación. Sin embargo, en el artículo 338, 339, 354 y 393 del Código Procesal que aún reconocen la figura del actor civil.

Incluso se mantiene la regulación de que en caso de que las partes civiles no expresen o no concreten los daños emergentes y el lucro cesante, data lugar al desistimiento de la acción, cuando el artículo 124 citado, señala que la acción y el derecho a la reparación tienen lugar con la emisión de una sentencia condenatoria en contra del sindicado.



Por último, en cuanto a la reparación en sí, el Código Penal reconoce la existencia de la responsabilidad civil, mientras que el Código Procesal Penal en la actualidad reconoce el derecho a la reparación digna, lo cual genera un desconocimiento de que es lo que se debe de reclamar y pone a la víctima en una situación en la cual desconoce bajo que figura debe de reclamar su derecho a la reparación civil.

Como se puede apreciar, las reformas atinentes a la reparación civil no buscaron o contemplaron una armonía con el resto del Código Procesal Penal y Código Penal, pues esa mezcla de figuras, hace creer al afectado que acción civil y reparación digna son dos nociones distintas e independientes, pero que en la realidad constituyen un mismo concepto y contenido.

II

De los obstáculos y limitaciones a las que se enfrenta la víctima en la obtención de la reparación civil

Las limitaciones y obstáculos que afronta la víctima en algunos casos son obvias, y en otra no son tan evidentes, pues las mismas se determinan en el momento de su aplicación al caso concreto y de conformidad con las circunstancias propias del caso, o bien, pueden ser determinadas desde un aspecto legal, es decir, cuando la normativa no es suficiente para el cumplimiento del derecho a la reparación reclamado y de carácter fáctico, que se refiere a las circunstancias ajenas al derecho, pero que influyen en la obtención de la pretensión reclamada, las cuales se describen a continuación:



1. Insolvencia de la víctima, ignorancia e irrelevancia

Las personas que son víctimas de un hecho delictivo normalmente son afectadas en sus derechos patrimoniales, físicos o morales y en todos estos casos, les afecta en su patrimonio, pues tiene que erogar sumas dinerarias en tratar de remediar el daño que les fue causado, el cual no está dentro de su presupuesto, o bien, muchas veces su condición económica no les permite siquiera procurar reparar el daño, mucho menos poder asistirse de un abogado que le apoye en la reclamación judicial de la reparación del mismo.

En la actualidad, existe un Instituto encargado de apoyar a la víctima en un proceso legal para lograr la reparación digna a la cual tiene derecho, pero a pesar de ello, las personas se ven limitadas de poder avocarse a esta institución, porque eso implica inversión de tiempo y recursos de movilización a las distintas audiencias que se programan los tribunales de justicia o el Ministerio Público, lo cual le perjudica, pues le afecta su relación de trabajo, el cual no puede descuidar por ser su medio de subsistencia y por ello prefiere abandonar su participación dentro del proceso tanto por motivaciones económicas y ante la incertidumbre de que si será resarcido efectivamente.

Por otro lado, muchas veces las personas agraviadas por un delito, desconocen que tienen derecho tanto a ser resarcidas, como a ser asistidas judicialmente para el reclamo de sus derechos y en consecuencia, no asisten a las audiencias en donde puede hacerlos valer o bien, dependiendo de la magnitud del daño causado es tan ínfima que consideran que es irrelevante invertir en una acción que puede hasta resultar más cara que el propio beneficio perseguido o bien es tan grave el grado de afectación en el ánimo de la víctima que considera irrelevante reclamar dicho derecho o bien que la reparación del daño nunca será suficiente para restituirlo al estado anterior, como lo sería el fallecimiento de un familiar.



2. La falta de apoyo institucional de brindar las herramientas a la víctima de un delito, para garantizarle que pueda demostrar el daño y perjuicio causados

El andamiaje legal, es decir, las normas que integran lo relativo a la acción civil reparadora, son pocas y discriminativas, porque después de varias reformas a la ley procesal penal, el procedimiento para ejercer el derecho a la reparación, se ha centrado en un solo artículo y que además constituye un atributo de acción único de la víctima, lo cual conlleva un demérito en su contra.

Al señalar que son discriminativas, hay que entender como la exclusión del Estado de apoyar a la víctima en el proceso de determinación de los daños y perjuicios causados, pues de conformidad con los objetivos del proceso penal, no es facultad del órgano contralor de la investigación la determinación de los mismos, sino solo le refuerzan su derecho a una tutela judicial efectiva, cuando debería de incluirse dentro de la investigación penal, la determinación de la afectación de la víctima en ese aspecto, dado a que muchas veces la persona afectada carece de los recursos necesarios para poder sufragar los gastos económicos para determinarlos, sin que se vea afectado su patrimonio.

No basta con que el Estado ponga a disposición de la víctima instituciones que le acompañen durante todo el proceso y, sino que eso debe de ser un atributo y objetivo del Estado determinar el daño civil causado a la víctima, es decir, en este caso, el Estado es el que debe de coadyuvar a la víctima a que su derecho a la reparación civil sea acreditado y declarado en una sentencia penal.

3. La falta de efectividad de la sentencia que ordena restitución del daño causado por el delito

Uno de los obstáculos más comunes que afronta la víctima en el ejercicio de la acción civil reparadora, lo es que la declaratoria de su derecho a la reparación digna, se ve impedido de hacerlo efectivo, lo cual hace que su derecho quede en una fase meramente declarativa, lo que provoca frustración en el demandante, pues no ve después de tanto esfuerzo e inversión que materialmente su daño sea reparado, y esto se debe a varios factores:

➤ Alzamiento o carencia de bienes del sindicado

En este aspecto, resulta infructuoso y negativo obtener una sentencia que declare el derecho a la reparación civil, pues cuando la persona afectada por el delito pretende hacerla efectiva, se encuentra con que el sindicado, ha dispuesto de sus bienes, trasladándolas a otras personas para esconder su patrimonio y que tenga como resultado que el demandante no pueda embargar ni mucho menos hacerse pago con los bienes que sean propiedad del reo. Queda destacar aquí que con los delincuentes llamados “de cuello blanco” y crimen organizado, estos, a pesar de contar con los recursos para resarcir a la víctima, esconden su patrimonio en sociedades o a nombre de otras personas – testaferros- .

Así mismo, constituye un factor importante de negatividad de la acción, el hecho de que el sindicado realmente carezca de bienes suficientes que puedan garantizar el cumplimiento de la reparación digna, pues su condición de pobreza no se lo permite, pues es este factor el que muchas veces los orilla a cometer actos delictivos.



- **La inexistencia de procedimientos procesales ágiles que impiden al autor del delito la disposición de su patrimonio en perjuicio de la víctima y la falta de una garantía real que permita a la víctima obtener del delincuente el pago efectivo de los daños y perjuicios causados**

En ese aspecto se hace referencia a las medidas precautorias que se han implementado en el Código Procesal Penal, con el fin de que las personas afectadas por un delito, puedan durante el proceso penal solicitar medidas que aseguren que el derecho que reclama va a ser efectivo.

Conforme este procedimiento, toda medida de embargo o de coerción personal se debe de ejercer conforme las normas del Código Procesal Civil y Mercantil, lo que conlleva a ser un obstáculo en el ejercicio de este derecho, porque conforme el procedimiento establecido en ese código de procedimientos civiles, el afectado con un embargo, anotación de demanda o inmovilización de bienes, tiene el derecho de exigir a la víctima que esta constituya una garantía con el fin de que la medida cautelar obtenida se mantenga, so pena de que la misma sea revocada o bien le permite que pueda interponer cualquier tipo de recurso que tienda a impedir la eficacia de la medida cautelar.

- **La supeditación de las consecuencias de la responsabilidad civil a un segundo plano de interés del acusado frente a otras obligaciones que adquiere en el momento de imponérsele la sanción penal**

El acusado cuando es sentenciado penalmente, muchas veces, tiene como consecuencia que deba de pagar multas, que si no se hacen efectivas pueden ser satisfechas con prisión adicional a la impuesta o bien la pena de prisión impuesta puede ser conmutada, suspendida o reducida según sea el caso, lo que implica que el

acusado centra su interés en solventar sus pagos frente al Estado, lo que garantiza su libertad.



De esa cuenta, la responsabilidad civil en nada le beneficia o contribuye para evitar ser recluido en un centro de rehabilitación penal, lo cual conlleva a que el sindicado no repare el daño, tanto porque invirtió su patrimonio en el pago de dichos beneficios que le garantizan su libertad y le resta recursos para resarcir el daño causado, que al fin de todas cuentas, conforme los criterios sostenidos, ya se convirtió en una deuda que no puede ser condicionada a la prisión para su cumplimiento por contravenir el principio constitucional de “no hay prisión por deuda”.

➤ **La remisión a procedimientos civiles**

Una vez declarado el derecho a la reparación digna, la intervención de los juzgados de orden penal y la asistencia a la víctima culminan y este para poder lograr hacer efectivo el derecho debe de promover ante las instancias civiles, con la certificación de la sentencia que ampara su derecho, un juicio ejecutivo en la vía de apremio, para que sea en este tipo de juicio en el que busque obtener el pago de la condena de daños y perjuicios obtenidos en el proceso penal.

Sin embargo, como quedó dicho anteriormente, la víctima, ahora demandante civil, con sus propios recursos tanto económicos y de carácter operativo, debe de buscar en la vía civil la obtención del pago de lo adeudado y declarado en la sentencia penal, lo que constituye un obstáculo, pues muchas veces, para esta época, el reo o condenado ya ha dispuesto de sus bienes o carece de ellos, o bien, es la propia víctima la que carece de los recursos económicos para sufragar este tipo de juicio ejecutivo.

Esta forma de ejecutar el derecho a la reparación digna, le resta eficacia a la acción, pues la víctima sopesa, continuar con su demanda civil para obtener el pago de la reparación civil ante las pocas probabilidades de lograr un resultado positivo a su pretensión, además porque esta vía le abre a la parte condenada, una serie de

defensas y estrategias legales para dilatar el derecho que se le reclama, una nueva victimización del sujeto titular de la acción civil.



Estas confusiones, obstáculos y limitaciones que se encuentran en la normativa referente a la reparación civil *ex delicto*, plantea la necesidad de modificar la ley referente a esta materia o bien crear una normativa específica que regule de manera más descriptiva la forma en que se ejerce ese derecho y dotarle de principios propios que permitan una mejor efectividad de la misma.

III

La necesidad de redefinir la acción civil reparadora

Las limitaciones y obstáculos antes descrito generan un problema por su falta de claridad en la normativa referente a la reparación digna, pues no solo la redujeron al tenor de una sola norma, sino que la misma no fue armonizada con otras normas que se refieren a la misma figura, tal y como ha quedado expuesto. De esa cuenta, se debe de buscar una solución que reduzca o elimine esos obstáculos la cual debe de ser por medio de redefinir de la reparación digna o reparación civil.

En forma general, se debe de redefinir la figura de la reparación civil *ex delicto*, retomando disposiciones establecidas en el Código Procesal Penal derogado y fortaleciendo los procedimientos actuales, generando nuevas normativas y principios que lo diferencien de la acción civil contractual y extracontractual derivada del delito y que garanticen su independencia, para una mayor eficiencia de la misma. Así mismo, esa nueva regulación debe de adaptarse a las nuevas tendencias internacionales referentes a la reparación civil. Los puntos específicos o a destacar, sobre los cuales debe de versar esa nueva reingeniería de la reparación civil, entre otros, deberían ser los siguientes:



➤ Extensión de los fines del proceso

El proceso de investigación, en la actualidad, implica la determinación del hecho delictivo, los partícipes y la obtención de una sentencia penal por ese hecho y la ejecución de la misma, constituye el objeto de la persecución penal, como obligación del Estado. Ya la víctima solo se le reconoce, el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, la forma en que está desarrollada la normativa, no es suficiente para garantizarle a la víctima un acompañamiento en el proceso de obtención de justicia, referente a la reparación de los daños causados por el delito.

La víctima dentro de un proceso penal no solo precisa de la asistencia judicial, sino también de un apoyo en su labor de determinación de los daños sufridos como consecuencia de un hecho delictivo. No solo debe ser para el ente investigador, un objeto y medio de sus pretensiones investigativas, sino debe de ser un sujeto que merece ser coadyuvado en la reparación del daño que se le ha causado y para el efecto se le debe de poner a la disposición todos instrumentos de investigación que utiliza el Ministerio Público para sus fines, por lo que este ente aunado a su mandato legal debe de involucrarse en la determinación de los daños y sufridos por la víctima, mientras la persecución penal se mantenga o mientras no se sobresea o desestime el proceso penal.

En ese orden de ideas, se debe de ampliar el ámbito de los fines del proceso penal, en el sentido de agregar como objetivo el apoyo institucional a la víctima para que este pueda acreditar el daño y perjuicio causado por el delito o bien determinarlos independientemente de la víctima, para lo cual se debe de reformar el artículo 5 del Código Procesal Penal en el sentido de se incluya como parte de los objetivos del proceso, el apoyo del sistema judicial e investigativo para coadyuvar a la víctima en la determinación de la responsabilidad civil del sindicado o bien determinarla independiente de la víctima y restaurar a la víctima del daño causado, tanto por parte del Ministerio Público como mediante las instituciones que se creen para el efecto.



➤ **Actor civil**

Ha quedado establecida la confusión de términos que ha propiciado la figura de la reparación digna, pues mientras la figura de actor civil ha desaparecido en la regulación propia del ejercicio de la reparación digna, en otros apartados del Código Procesal Penal aún se menciona a la parte civil.

En ese sentido, se debe de retomar la figura del actor civil, identificándola plenamente como la víctima, así mismo delimitando a las personas que puedan actuar como tales dentro del proceso penal, las cuales básicamente pueden ser las personas individuales o colectivas, afectadas en su persona o patrimonio por causa del delito sea víctima directa o no, incluyendo dentro de su ámbito, a su círculo familiar y afectivo que dependa de la víctima y a los herederos del mismo, sin menoscabo de las entidades que se dediquen a proteger derechos difusos. Así mismo, se debe de establecer los casos de representación en los cuales no pueda ejercerlo el propio interesado por ser menor o incapacitado, la cual será ejercida por sus representantes o tutores legalmente establecidos o bien por mandatario judicial debidamente facultado, el cual deberá estar inscrito en los registros respectivos en los casos que proceda.

De esa cuenta, también se debe de limitar su participación en el proceso, a efecto de determinar el daño y perjuicio causado, así como el monto de la responsabilidad civil a exigir, el cual no es obligatorio determinarlo sino hasta la fase de conclusiones del debate.

➤ **Principios de la reparación civil *ex delicto***

La acción civil reparadora, en el momento de ser declarada, el tribunal de sentencia le extiende una certificación del fallo al interesado y lo remite a los juzgados de orden civil para que proceda a la ejecución de la misma, lo que implica un nuevo proceso judicial, pero sin el apoyo institucional del Estado, por lo que la víctima con sus propios recursos debe de instar el proceso ejecutivo. Esta circunstancia se da en virtud



de que a la reparación civil *ex delicto*, se le considera luego de declarada una deuda y una cuestión accesoria a la persecución penal.

Esa posición legal que se maneja en nuestro ámbito, le resta eficacia al derecho declarado, pues la sola emisión de sentencia, eso no es garantía de que la reparación civil será efectiva, es decir, que se materializará con el pago real de la obligación allí declarada.

Es importante que, a la acción civil reparadora se le reconozca su propia naturaleza jurídica, es decir que se escinda de la naturaleza civil contractual o extracontractual, porque solo así se pueden implementar todas aquellas normas y modalidades que tiendan a garantizar su eficacia y que la figura de la reparación digna no solo sea un concepto ideal sino material.

A partir de esa premisa, que es imperativo y preponderante que se redefinan los principios de la acción civil reparadora proveniente del delito, para que la misma sea efectiva y que se adapte a las nuevas tendencias propuestas o retome las que alguna vez la informaron, dentro de las cuales se puede mencionar:

➤ Independencia

La acción civil reparadora *ex delicto*, como un derecho constitucional a la seguridad jurídica, debe ser independiente de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, por lo que se debe regular por sus propios principios, características y normas. Debido a esa independencia, la normativa sobre la reparación civil, debe de tener sus propias mediadas de coerción, así como los procedimientos propios para su ejercicio, sin que por ello deba remitirse a normas de carácter civil y procesal civil. Lo anterior implica que, a la responsabilidad civil *ex delicto* no le debe ser aplicable el principio constitucional de “no hay prisión por deuda” contenido en el artículo 17 de la Constitución Política de la República, por no provenir de obligaciones civiles, ni ser conductas tipificadas y sancionadas por el Derecho Civil o de tipo administrativo alguno.

➤ **Principal y accesoria.**

La reparación civil *ex delicto* puede ser principal y accesoria. Será principal cuando la sanción penal a imponer sea la reparación civil propiamente y será accesoria cuando la pena principal a imponer sea de prisión y obligadamente seguida de la responsabilidad civil y por lo tanto, esta última dependerá de la suerte de la responsabilidad penal. En el caso que la sanción penal sea la reparación civil en forma principal, se generará un registro de sanciones para los efectos de antecedentes penales. Esto último es para evitar que las personas estén cometiendo delitos y luego pagando por ellos en dinero. Debido a eso también es necesario que la pena principal de responsabilidad civil esté sujeto a incrementos por reincidencia o por otras causas por las cuales se aumentaría la pena de prisión.

➤ **Principio de preferencia¹⁰⁴**

Indistintamente de que, si la responsabilidad civil *ex delicto* se declara como sanción principal o secundaria, el cumplimiento o la efectividad de la misma, será de preferente cumplimiento ante cualquier obligación de pago, que adquiera el sindicado por la comisión del delito, tales como las multas. Se tendrá su cumplimiento, como requisito *sine quanon*, que todo reo o condenado para que pueda acceder a cualquier tipo de beneficio tales como los de suspensión condicional de la pena, libertad condicional, perdón judicial, cumplimiento domiciliario de la pena, conmuta, reducción de pena, criterio de oportunidad, procedimiento abreviado y suspensión condicional de la persecución penal o cualquier otro beneficio por los cuales el reo obtuviera su libertad anticipada, haya satisfecho las responsabilidades civiles, en la forma establecida en la sentencia o a satisfacción de la víctima, si el monto a pagar fuera menor al señalado en el fallo

¹⁰⁴ Como se dijo anteriormente, el autor Eugenio Cuello Calón manifestó que hubo como sugerencias de pena, la de imponer al delincuente la obligación de trabajar en beneficio de la víctima, en la prisión o en libertad; otros de exigir la reparación del daño como condición previa para la concesión del indulto, de la condena condicional, de la libertad condicional y de la rehabilitación. Incluso mencionó la creación de cajas de socorro para procurar auxilio a las víctimas del delito no indemnizadas (tomo I parte general, página 801).



judicial. De igual manera, toda obligación adquirida después de cometido el hecho será nula, si se realiza con motivo de evadir la obligación de pago de responsabilidades civiles.

Es de vital importancia la implementación de este precepto, pues constituye una garantía del efectivo cumplimiento del pago de las responsabilidades civiles a la víctima y además porque permite que ésta pueda participar de cada una de las audiencias en las cuales su victimario requiera para obtener su libertad, para efectos de reclamar el cumplimiento de su derecho otorgado. Es decir, para que el reo o condenado pueda optar a algún beneficio que permita su libertad o reducción, suspensión o perdón de la pena, debe de haber antes garantizado el derecho a la reparación digna de la víctima, con la advertencia de que, en caso de incumplimiento del pago de las responsabilidades civiles en el tiempo estipulado, las mismas pueden ser revocadas

➤ **Suspensión de la ejecución de la sentencia**

A la reparación civil que sea como consecuencia de una sanción penal, en los delitos menos graves o que no pongan en peligro la tranquilidad social, pero que implique pena de prisión o multa, podrá ser suspendida esta última bajo condición de que la responsabilidad civil sea reparada o garantizada conforme lo ordena la sentencia o bien a satisfacción de la víctima cuando esta pueda ser menor a la impuesta en el fallo judicial.

- **Ejercicio obligatorio de la acción civil reparadora.** Iniciada la persecución penal, también se tendrá por iniciada la acción civil, aunque no se exprese, la cual se debe de ejercer por el Ministerio Público o la víctima si lo hubiere y será de carácter obligatorio resolverla en la sentencia que se dicte para el efecto, salvo que la víctima renuncie de manera expresa o tácita al derecho de ejercerla en la vía penal.



➤ **Obligatoriedad de la declaratoria de responsabilidad civil**

En todo juicio penal, por razón de interés general y tutela del orden social, en el que se dicte sentencia condenatoria, el juez debe pronunciarse al respecto de las responsabilidades civiles, aunque no haya víctima y los fondos que se adquieran serán utilizados para crear un programa institucional que sirva para actividades y programas en que se procure la reparación civil de víctimas afectadas en su persona, el cual debe estar a cargo del Organismo Judicial y Ministerio Público o bien instituciones que se creen para el efecto.

➤ **Modo de cumplir la reparación civil**

La reparación civil cuando sea como pena principal o accesoria, si no hay víctima determinada, podrá con anuencia del Ministerio Público, sustituirla por un servicio de carácter social o humanitario durante todo el tiempo que se haya fijado en la sentencia de condena, la cual será suspendida mientras se esté cumpliendo con la tarea encomendada.

➤ **Prescripción**

La responsabilidad civil nacida del delito deberá prescribir en la misma forma que prescribe el delito. La justificación de esta propuesta radica en que la figura de los daños y perjuicios, conforme la legislación civil, prescribe en un año de que el hecho acaece o desde cuando se determina al responsable de la acción perjudicial. Sin embargo, por la naturaleza propia de la reparación civil *ex delicto* que se le debe de reconocer, los daños y perjuicios nacidos de la comisión de un delito, deben de tener la misma vigencia de la responsabilidad penal y se debe de extinguir por las mismas causas por las que la responsabilidad penal finaliza.

➤ **Medidas precautorias**

En la imposición de medidas precautorias, tales como embargos de salarios o ingresos de cualquier índole que posea el sindicato, embargos de bienes, cuentas bancarias, anotación de demandas, secuestro, intervenciones, la víctima del daño, no estará obligada a prestar garantía para que la medida se mantenga, pero en la ejecución de las mismas se estará a lo dispuesto a las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil, tanto si se ejecuta en la vía penal o civil, solo para efectos procedimentales o de aclaración de conceptos.

➤ **Ejecutoriedad**

La responsabilidad civil *ex delicto*, deberá ser ejecutada por un juez del orden penal, y el juez de ejecución deberá velar porque la reparación civil haya sido cumplida conforme la sentencia o a satisfacción de la víctima, cuando está sea menor a la fijada por el tribunal antes de otorgar cualquier beneficio al reo o condenado, con el fin de evitar un proceso ejecutivo de la sentencia que le otorgue el derecho a la reparación civil. O bien, la sentencia reparatoria, se deberá tramitar y resolver en los juzgados de ejecución penal instaurados para el efecto, pudiendo decretar todas las medidas precautorias que existan para el efecto, con audiencia de las partes interesadas a efecto de constatar por parte del condenado si el pago de responsabilidades civiles ya fue cumplido o en su defecto que interponga las defensas que destruyan la eficacia del reclamo, tales como la prescripción, pago o transacción.

➤ **Reformas de normas sustantivas**

Se debe de modificar el artículo 41 del Código Penal, en el sentido de que se debe de agregar como pena principal la de: “La reparación civil”. De esa manera, la pena debe de ser impuesta como una alternativa junto con la pena de prisión, para que en el reo tenga la opción de cumplir con la pena de reparar el daño *ex delicto* o bien



cumpla su condena prisión debidamente establecida, y así mismo, se condicione que el cumplimiento de la pena de reparación civil, dará lugar a la extinción de la responsabilidad penal o bien que se pueda conmutar la pena u obtener algún beneficio tales como reducción de pena, suspensiones de la persecución penal, suspensiones de la pena etcétera, si fuera procedente. Así mismo, se debe de reformar el artículo 119 del Código Penal, en el sentido de que también se deben ampliar la reparación civil a todas aquellas que tiendan a restituir el daño individual o colectivo, tales como la rehabilitación, garantía de no repetición, y reparación simbólica o al menos hacer referencia a las reparaciones que están en las demás leyes.

➤ **La reparación civil ante los tribunales del ramo penal**

La acción civil reparadora por el hecho de nacer de la comisión de un delito, es de competencia penal su ejercicio, su determinación y su ejecución, por lo que solo podrá remitirse a normas de carácter civil y procesal civil para efectos de aclaración de conceptos y procedimientos de ejecución de las medidas precautorias, así como también con la Ley del Organismo Judicial en lo que no contraría su esencia. En ese orden de ideas, la reparación civil *ex delicto*, sólo podrá ejercerse ante los tribunales del orden civil, cuando la víctima así lo decida de manera expresa o tácita o bien porque se dicte una sentencia absolutoria y no se haya eximido al responsable de los daños causados, como consecuencia de no haberse determinado su participación en el hecho.

➤ **Exoneración de la responsabilidad civil**

El juez que conozca de la fijación o ejecución de la reparación civil, podrá condonar el pago de la misma, siempre y cuando concurren circunstancias que haga imposible su cumplimiento o por razones de humanidad, previa audiencia a la parte afectada por el delito, si lo hubiere y al Ministerio Público. La justificación de esta propuesta radica en que la administración de justicia no puede ni debe ser un ente inanimado que solo le incumba la certeza jurídica y que sea ajeno a una realidad social en la cual una persona condenada carezca de las posibilidades de poder

cumplir con el pago de una reparación, en función de la garantía constitucional de protección de la persona humana. Lo que se debe de evitar con esta amnistía es que la misma sea reiterativa, sino que solo sea aplicable una vez.



➤ **Adaptación a los tratados internacionales sobre reparaciones**

En virtud de que Guatemala forma parte de la Comunidad internacional y que ha adoptado en muchos casos sus principios y directivas, se debe de establecer que a la presente normativa referente a la reparación civil, le deben de ser aplicables la doctrina, jurisprudencia, resoluciones y normativas internacionales sobre derechos humanos, así como convenios internacionales sobre la protección a la víctima, a efecto de que integren el sistema interno del país, bajo la figura del “bloque constitucional”.

En conclusión, la reparación civil *ex delicto* se encuentra institucionalizada en el Derecho Penal y leyes especiales sustantivas penales y el Código Procesal Penal, que establece el procedimiento para ejercerla. Sin embargo, al crear el nuevo Código Procesal Penal, se desatendieron figuras respecto a la reparación civil que la hacía efectiva y garante de los derechos de la víctima, por lo que dichas normas se volvieron insuficientes para que la persona afectada por el delito pueda restaurar su derecho vulnerado debido a las siguientes circunstancias

1. Desde el aspecto sustantivo penal, la formas de reparación civil no se encuentran acordes a las nuevas tendencias estatuidas en el Derecho Internacional y los tratados internacionales de derechos humanos, pues recientemente, se han ido implementando medidas de reparación tales como la rehabilitación, reparación simbólica, la garantía de no repetición, en contadas leyes para situaciones especiales y que a la fecha se haya podido determinar resultados.



2. Desde el aspecto adjetivo penal, que regula el procedimiento establecido para que el afectado pueda ejercer su derecho de reparación, solo garantiza que a la persona se le declarará la reparación civil del daño causado, pero así, no es una garantía de que el derecho afectado será restituido de manera real y efectiva, debido a que El Estado impone una serie de beneficios para el delincuente, que el condenado prefiere cumplir, antes de la reparación civil, porque son requisitos que son útiles para poder evitar la sanción penal, reducir la condena o bien garantizar su libertad.
3. Por otro lado, es insuficiente porque la persona que ejerce la acción civil reparadora, no tiene el debido acompañamiento, ni el apoyo institucional del Estado para ejercer su acción civil reparadora, sino que para ejercerla debe de utilizar sus propios recursos para sufragar los gastos del proceso y los honorarios profesionales del abogado que la auxilie. Esta apreciación es dada sin menoscabo de las leyes especiales penales que se han ido implementando al sistema judicial, que tienden a brindar servicios de asesoría y acompañamiento a la víctima durante el proceso penal.



CONCLUSIONES

La reparación civil *ex delicto* desde el aspecto sustantivo ha obtenido un avance significativo en cuanto al alcance de las medidas de reparación, pues no solo se concreta a reparaciones de carácter económico, sino que también, ahora abarca restituciones de carácter social, tales como la rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición e incluso la instauración de la reparación civil como pena, pero en forma restringida y no general.

Desde un aspecto procesal, la implementación de la “reparación digna”, a pesar de que redujo formalidades y requisitos innecesarios, no constituyó ningún avance significativo en cuanto a la efectividad la reparación *ex delicto*, pues la misma siempre está sujeta al resultado del proceso penal, lo que implica que siempre estará supeditada al principio de accesoriedad, pues para su ejercicio depende de que se dicte una sentencia condenatoria. Así mismo, también queda supeditada al principio de alternabilidad, pues el afectado por la comisión de un delito, tiene la posibilidad y libertad de acudir a los órganos civiles a determinar su derecho a la reparación digna.

Que un aspecto que contribuirá de sobremanera a la efectividad de la reparación civil *ex delicto*, hoy llamada “reparación digna”, será la de reconocer que es una figura distinta a la reparación civil contractual y extra contractual y que por ende, tenga como consecuencia que se haga una normativa especial para ejercer la acción civil dentro del proceso penal bajo sus propias doctrinas y principios, desligado totalmente de la regulación del Derecho Civil y Código Procesal Civil y Mercantil.

Que una forma de que la reparación civil *ex delicto* otorgada en sentencia sea efectiva, es que la misma sea una condición de obligatorio cumplimiento o garantía suficiente en beneficio de la víctima, con el fin de poder acceder a todos los beneficios que la ley otorga para la excarcelación, incluyendo las suspensiones de la persecución penal, suspensión de la pena, reducción de penas, conmutas y cualquier otro beneficio que implique la libertad del condenado, con el objetivo de evitar que la víctima sufra un



nuevo desgaste al tener que ejecutar la sentencia en una instancia civil, ya que la certeza de que la misma se pueda ejecutar efectivamente, lo cual evitaría acudir a los órganos de carácter civil a ejecutar la misma.

Que se hace necesario que se implemente, dentro del ordenamiento jurídico penal, la sanción penal consistente en la “reparación del daño”, con dos objetivos, uno que es el de restituir directamente a la víctima del daño causado y el otro de reducir la superpoblación de reos en los centros de detención, con el ulterior registro de la referida sanción para efecto de antecedentes penales.

Que nuestro ordenamiento jurídico interno se ha acoplado satisfactoriamente a las normativas relativas al Derecho Internacional y al derecho comparado respecto de la responsabilidad civil *ex delicto*, sin embargo, debe de adoptar los términos y conceptos relativos a las nuevas tendencias de reparación que se han adoptado al sistema penal en forma general y no para determinado tipo de casos.

Que en la práctica judicial, específicamente en los casos que involucran a los juzgado de Femicidio y otras formas de violencia contra la Mujer, las personas que obtienen una sentencia favorable en cuanto a la reparación civil, en su mayoría, ya no acude a las instancias respectivas a ejecutar la sentencia que les otorga la reparación digna, pues a) de antemano saben que la persona se ha sustraído de sus bienes y por ende carece de patrimonio; b) porque carecen de los recursos económicos para acudir a la vía civil a ejecutar la sentencia que le otorga la reparación digna Porque en esta fase no tiene acompañamiento institucional; c) Porque el desgaste económico y emocional que le causa el proceso penal en el que tuvo que participar, no le deja con el ánimo instar un nuevo procedimiento; y d) Porque ya no le interesa debido a que la condena penal es suficiente para la víctima.

La reparación digna, en la forma en que está diseñada, resulta ser una limitante e insuficiente para garantizar a la víctima que será resarcida efectivamente del daño causado por la comisión de un delito o falta, pues solo garantiza el libre acceso y sin

obstáculos para obtener la declaración de su derecho, pero no garantiza su efectiva y real materialización de dicho derecho obtenido.





ANEXO



Cuadro comparativo de los Códigos Procesales Penales vigentes y derogados

En el presente cuadro se comparará los dos códigos procesales modernos que ha aplicado Guatemala en su legislación, y en él se podrá apreciar específicamente las diferencias notorias que las distingue a ambas y el lector además podrá sacar sus propias conclusiones respecto a cuál, en lo teórico al menos, representa o representó mejor ventaja para la víctima.

Código Procesal Penal (Decreto 52-73 del congreso de la República –ya derogado-)	Código Procesal Penal (Decreto 52-92 del Congreso de la República)
El juez ante la deficiencia del ejercicio de la acción civil reparadora, tales como la no presentación de prueba suficiente o determinación de la cuantía del daño, el juez la podía establecer a su prudente arbitrio.	Ante las deficiencias en el ejercicio de la acción civil, el perjudicado, a solicitud de parte podría ser excluido del juicio. Y si no se acreditaba y determinaba la cuantía de la reparación, el juez no la podía suplir, por lo que debía desechar la pretensión. Actualmente, el afectado debe rendir la prueba suficiente y pertinente para demostrar su pretensión. Sin embargo, en la Ley contra la Narcoactividad, se ha establecido la determinación de las responsabilidades y su cuantía bajo el prudente arbitrio del juez, cuando el Estado es el afectado civilmente.
La reparación civil fue considerada como una acción de orden social y a la reparación de daños materiales y morales de interés general y como tutela del orden social, cuya regla general expresaba que	La acción civil, por ser una cuestión accesorio e independiente al proceso penal, debía ser ejercida únicamente a solicitud expresa de parte y su carácter de orden social, interés general y de tutela de



al ejercerse la acción penal, por adhesión, también se consideraba ejercitada la acción civil.	orden social pasó a ser una institución de orden privado. Actualmente, en la reparación digna, se le reconoce como sujeto de derechos para obtener la restauración del derecho afectado.
El pago de las responsabilidades civiles era preferente al de cualquier otra obligación contraída después de la infracción, así como de las costas y multas que pudieran corresponder. Aunado a eso, la adquisición de obligaciones posteriores al delito o falta por parte del sindicado, adolecían de nulidad, si con ellas menguaba el derecho de la víctima a obtener el pago de sus responsabilidades civiles.	Esta garantía de restitución real y efectiva fue suprimida en el nuevo código, sin embargo, el los delitos de narcotráfico, esta garantía de preferencia y anulabilidad de obligaciones posteriores al delito ha sido restituida, pero solo cuando el Estado es el que ha ejercido la acción civil reparadora.
El código regló que el condenado no podía optar a los beneficios de condena o libertad condicional, perdón judicial, cumplimiento domiciliario de la pena, conmuta, reducción de penal por cualquier concepto o cualquier otro beneficio por los cuales el reo obtuviera su libertad, si no se hubiere satisfecho las responsabilidades civiles, salvo casos muy calificados.	En la actualidad, el condenado puede gozar de esas prerrogativas que otorga la ley, sin necesidad de cumplir con sus responsabilidades civiles nacidas del delito, por lo que la víctima solo puede luego de obtener la declaración de su derecho, ejecutar la misma ante los tribunales civiles. Queda excluida de esta apreciación las reparaciones obtenidas mediante las medidas desjudicializadoras.
Que a pesar de sobrevenir una extinción o suspensión de la acción penal, sobreseimiento o sentencia absolutoria, las medidas cautelares pronunciadas conservarían su vigencia hasta que el juez	Las medidas precautorias que actualmente otorga la ley, se regulan supletoriamente con las del Código Procesal Civil y Mercantil y por lo tanto, ante una situación de extinción, suspensión de la acción



de lo civil conociere específicamente esa materia, salvo que el interesado solicitare su cancelación, durante el término de un mes, el cual transcurrido sin verificarse el inicio de la acción ante los tribunales civiles, las medidas eran levantadas sin más trámite.	penal, sobreseimiento absoluto, las medidas precautorias que se hubieren dictado oportunamente, se dejan sin efecto inmediatamente.
En cuanto a las medidas precautorias o de seguridad de las personas, el código tenía definida sus propias medidas y procedimientos independientes, por lo que el solicitante no estaba sujeto a contragarantías ni garantías, salvo en los casos que resultara evidentemente necesario, con lo cual el actor civil, ante su imposibilidad económica podía mantenerlas.	Dentro del presente código el ejercicio de las medidas de coerción y embargos, se encuentran supeditadas al tratamiento del Código Procesal Civil y Mercantil, en el cual, el sindicado con las medidas de embargo, arraigo, secuestro, anotación de demanda, puede pedir garantías, como una medida legal para poder dejar sin efecto las mismas.
Las sentencias dictadas por los jueces eran ejecutadas conforme la sentencia, el Código Penal, demás leyes y reglamentos, por el juez de primera instancia penal.	La ejecución de la responsabilidad civil, se ejecuta ante los juzgados del orden civil, salvo algunos criterios de los jueces de ejecución que lo han tramitado en esa instancia, en la vía de los incidentes.



REFERENCIAS



- (1967). *Sistemas de derecho privado*. En D. Barbero. Buenos Aires: Editorial EJEÁ.
- (1967). *El daño moral*. En R. H. Brebbia. Buenos Aires: Editorial Orbir.
- (1976). *Compendio de Derecho Civil español*. En F. Puig Peña. Madrid: Ediciones Pirámide S.A.
- (1983). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil*. En A. Alessandri Rodríguez. Santiago: Ediar Editores.
- (1984). *Tratado de las obligaciones*. En A. Von Thur. Madrid: Editorial Reus.
- (1986). En J. Zamora Pierce. *Derecho Procesal Mercantil. El fraude contractual*. (4ª ed.). México: Cárdenas, Editor y Distribuidor.
- (1994). En A. Bustamante Ledesma. *Derecho administrativo colombiano*. Medellín: Editora Jurídica de Colombia Ltda.
- (1997). *La Reparación Del Daño Ex delito*. En M. B. Sainz Cantero. Granada: Editorial Comares.
- (2005). *El derecho de Obligaciones*. En A. G. Osman. Guatemala: Impresos Serviprensa S.A.
- Beccaria, C. (2003). *De los Delitos y de las Penas*. (3ª ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.



- Benavides, L. A. (2010). *La reparación del daño a víctimas de violaciones a los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. Derechos Humanos, México: Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos.
- Bustamante Alsina, J. (1993). *Teoría General De La Responsabilidad Civil*. (8ª edición ampliada y actualizada ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo- Perrot.
- Cuello Calón, E. (1980). *Derecho Penal*. Tomo I. Parte General. (18ª ed. Vol. I). Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A.
- Diccionario el pequeño larousse ilustrado*. (2010). México D.F. Ediciones Larousse.
- Figueroa Sarti, R. (2007). *Código Procesal Penal, Concordado y anotado*. Guatemala: F&G Editores.
- Galain Palermo, P. (2005). *¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de claus roxín*. URUGUAY. REDUR/2005.
- Giron Palles, J. A. (2015). *Módulo de la reparación digna*. Guatemala: Comisión Nacional para el seguimiento y apoyo al fortalecimiento de la justicia.
- Goldstein, M. (2008). *Consultor magno diccionario jurídico*. Buenos Aires: Circulo latino austral.
- Juristas, C. C. (2007). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Bogotá: Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).
- López Contreras, R. E. (2005). *La reparación del daño a la víctima del delito*. Guatemala: Editorial Estudiantil FENIX.



Muñoz Conde, F. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia.

Ossorio y Florit, M. (1987). *Diccionario de ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliastra .S.R.L. .

Petit, E. (2008). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña.

Rousset Siri, A. J. (2011). *Revista Internacional de Derechos Humanos*. Argentina.

Roxin, C. (1992). *Fin y Justificación de la Pena y de las medidas de seguridad*. Traducción del original Alemán *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München.

Ruiz Rodriguez, V. (1995). *Legislación de derechos humanos a partir del 1945*. México: Universidad Iberoamericana.

Vera Piñeros, D. -A. (Agosto 2008). *Desarrollo internacional de un concepto de reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones Al Derecho Internacional Humanitariocomplementos a la perspectiva de la ONU*.

Von Liszt, F. (1995). *La Idea Del Fin En El Derecho Penal*. (Programa de la Universidad de Marburgo ed.). Granada Colección Los Argonautas.

Zafaronni, E. R. (1997). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (6ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Editora Comercial, industrial y financiera.