

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



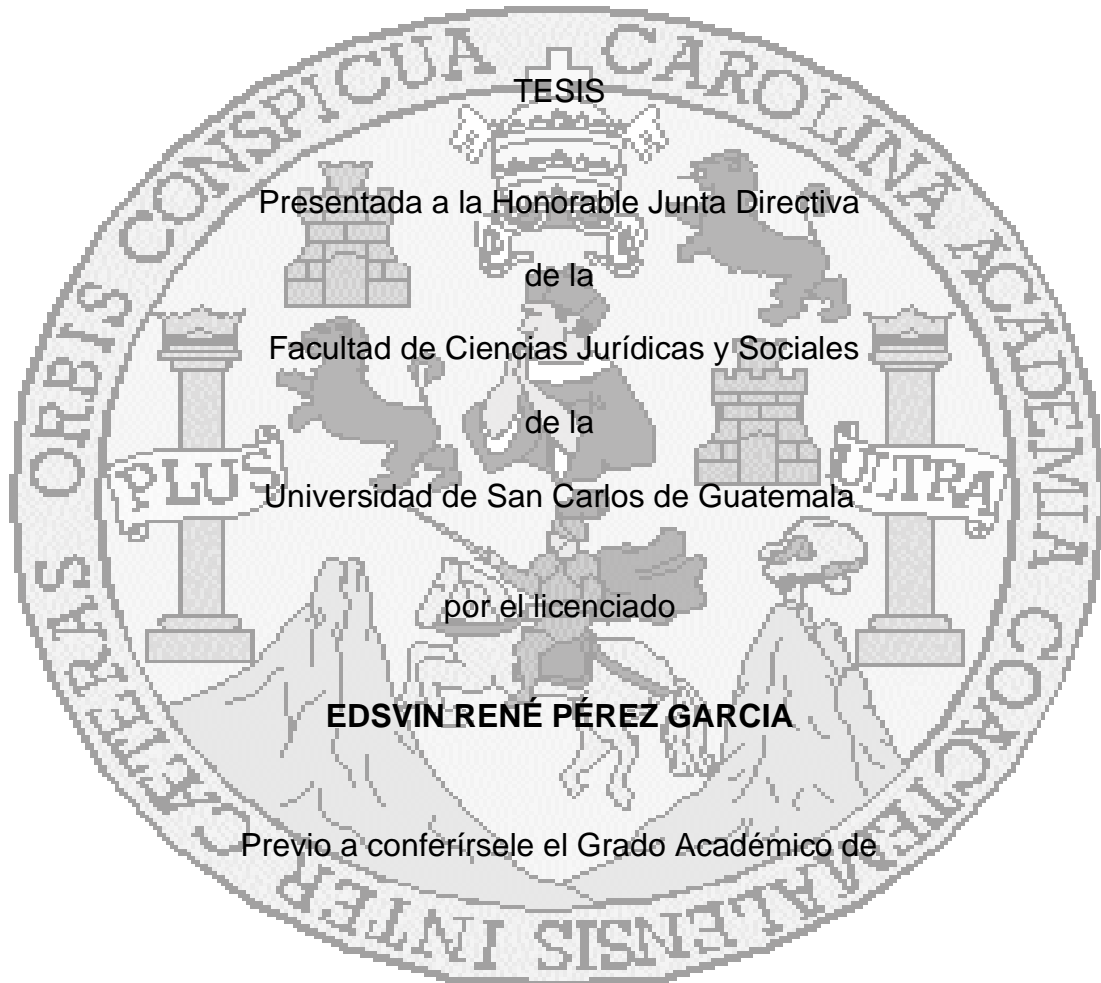
**LA REPARACIÓN DIGNA EFECTIVA COMO UNA POSIBILIDAD PARA DISMINUIR  
LA PENA**

**EDSVIN RENÉ PÉREZ GARCIA**

**GUATEMALA, JULIO DE 2020**

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

**LA REPARACIÓN DIGNA EFECTIVA COMO UNA POSIBILIDAD PARA DISMINUIR  
LA PENA**



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

**EDSVIN RENÉ PÉREZ GARCIA**

Previo a conferírsele el Grado Académico de

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

Guatemala, julio de 2020

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

DECANO:	M. Sc.	Gustavo Bonilla
VOCAL I	Licda.	Astrid Jeanette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	M. Sc.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V:	Br.	Abidan Carías Palencia
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO:	M. Sc.	Gustavo Bonilla
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dr.	Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE:	Dra.	Sonia Doradea Guerra
VOCAL:	Dr.	Augusto Eleazar López Rodríguez
SECRETARIA:	M. Sc.	Sandra Marina Ciudad Real

**RAZÓN:** “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada” (Artículo 5 del Normativo 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).

## **DEDICATORIA**

### **A DIOS**

Porque su amor y gracia han hecho posible seguir adelante y superar cada obstáculo.

### **A MI FAMILIA**

Porque son quienes inspiran la realización de mis metas y me dan la fuerza para seguir adelante cada día. Sin ustedes nada de lo que hago tendría sentido. Especialmente a Nahomy, Diego y Zaíd.

### **A**

La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala. Especialmente a la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por abrirme sus puertas y contribuir en mi formación profesional.

## ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

### **CAPÍTULO I** **Teoría del delito y de la pena**

1. De la teoría del delito	
a. Generalidades	1
b. Concepto de teoría del delito	2
c. Concepto de delito	3
d. Elementos del delito	
i. Acción	8
ii. Tipicidad	20
iii. Antijuridicidad	28
iv. Culpabilidad	32
v. Penalidad	36
2. La culpabilidad y su relación con pena	37
3. Causas que modifican la responsabilidad penal	40
a. Atenuantes	42
b. Agravantes	42
4. De la teoría de la pena	43
a. Concepto de pena	44
b. Fines de la pena	45
c. Principios para la determinación de la pena	46
d. Teorías absolutas	47
e. Teorías relativas	48
5. Las atenuantes y las agravantes y su relación con la determinación de la pena	50
6. Las medidas de seguridad	52

### **CAPÍTULO II** **La víctima y el derecho a la reparación digna**

1. Victimología	54
-----------------	----

a. Breve reseña de la victimología	55
b. Victimización y sus grados	57
c. La victimización en el sistema de justicia penal	59
d. El papel de la víctima en el derecho penal	61
<b>2. La víctima y el derecho a la reparación digna</b>	<b>65</b>
a. Concepto de víctima	69
b. Reparación digna	69
c. Derechos de la víctima del delito	70
d. La restitución	71
e. Rehabilitación	72
f. Indemnización	73
<b>3. La reparación en la legislación de otros países</b>	<b>74</b>
<b>4. La reparación como una tercera vía del derecho penal</b>	<b>80</b>
<b>5. La reparación en el derecho maya</b>	<b>82</b>
<b>6. La reparación en la jurisdicción boliviana y colombiana</b>	<b>85</b>
<b>7. La justicia restaurativa</b>	<b>89</b>

### **CAPÍTULO III**

#### **La reparación digna como una posibilidad para disminuir la pena**

<b>1. La disminución de la pena por la efectiva reparación digna</b>	<b>92</b>
a. Justificación desde la Ley Penal y teoría de la pena	92
b. Justificación desde la victimología	105
<b>2. Casos concretos de reparación digna en el proceso penal guatemalteco</b>	<b>107</b>
<b>3. Forma de reducir la pena por la efectiva reparación digna</b>	<b>112</b>
Conclusiones	114
Bibliografía	115

## INTRODUCCIÓN

La reparación digna es un derecho de la víctima y debe entenderse no solo como la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del delito, que normalmente se hace con dinero, sino comprende otros alcances tales como buscar una reparación más adecuada a la situación de la víctima. En la mayoría de casos, aunque sea declarada en sentencia, no se hace efectiva, en el año 2011, con las reformas realizadas al Código Procesal Penal guatemalteco, se vislumbraba una oportunidad de devolverle a la víctima los derechos que le han sido afectados por la comisión de un delito en su contra de una forma más ágil y dentro del mismo proceso penal. Sin embargo, ha quedado solo en una expectativa de dignificación, porque en la práctica la gran mayoría de sentencias que declaran la reparación digna en favor de las víctima no se hacen efectivas, lo que ha provocado aún más frustración en las víctimas.

La presente investigación se realiza con la finalidad de presentar una propuesta para que la reparación digna sea efectiva y dignifique a la víctima, buscando que el responsable del daño causado tenga una motivación para repararlo, porque al reparar el daño tendría la posibilidad de atenuar la pena que corresponde al delito cometido. Dicha propuesta se encuentra fundamentada desde la teoría de delito, teoría de la pena y de la victimología.

El capítulo I está dedicado al estudio de la teoría del delito y de la pena. En la teoría del delito se desarrollan las generalidades y el concepto de teoría del delito, como aquella parte del derecho penal, que analiza las características comunes de una conducta para que esta sea considerada como delito. También se desarrolla el concepto de delito como la acción, típica, antijurídica, culpable y punible. Estos elementos del delito son desarrollados desde las teorías causalista, finalista y funcionalista con la finalidad de establecer el desarrollo histórico de cada uno de los elementos mencionados. La culpabilidad es analizada en cuanto a su relación con la pena, dado que, dependiendo del grado de culpabilidad, así será la intensidad de la pena. En este apartado se hace especial referencia a la orientación político criminal que la culpabilidad debe tener en la determinación de la pena, esto atendiendo a los estudios que ha realizado el profesor alemán de derecho penal, Claus Roxín. También se desarrollan las causas que modifican

la responsabilidad penal, siendo estas las agravantes y las atenuantes, tema que es de importancia para la investigación, derivado que es a través de la figura de la atenuante que se justifica la disminución de la pena cuando se ha hecho efectiva la reparación digna. En la teoría de la pena se establece el concepto de pena como la consecuencia jurídica por haber realizado el supuesto de hecho de un tipo penal, se desarrollan los fines de la pena y las teorías que justifican las mismas, así como los principios para su determinación. Al analizar las atenuantes y agravantes se establecen que están íntimamente ligadas con la determinación de la pena, pues dependiendo de la concurrencia de estas, la pena puede ser disminuida o aumentada, conforme a los principios que determinación judicial de la pena. También se hace mención de las medidas de seguridad como otra de las vías de reacción ante el delito, estableciendo que las mismas se imponen cuando se establece peligrosidad en el autor del delito.

El capítulo II está dedicado a la víctima y el derecho a la reparación digna que tiene. Por dicha razón, se conceptualiza a la victimología como la disciplina que estudia a la víctima desde el punto de vista científico, para lo cual se hace una breve reseña de su nacimiento y desarrollo. Se estudia la victimización y sus grados, es decir, la victimización primaria, secundaria y terciaria. También se estudia el papel de la víctima en el derecho penal, desde una perspectiva histórica y la influencia que esta tiene en la actualidad en esta rama del derecho. La reparación digna es un derecho de la víctima y debe entenderse no solo como la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del delito, que normalmente se hace con dinero, sino comprende otros alcances tales como buscar una reparación más adecuada a la situación de la víctima; se conceptualiza a la víctima y el derecho a la reparación digna. También se desarrollan los derechos de la víctima conceptualizando las formas en que se presentan esos derechos, que son la restitución, la rehabilitación y la indemnización. Se menciona la reparación en la legislación de otros países, tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo, mencionado la legislación de Argentina, Chile, España, Austria y Suiza. Se desarrolla brevemente la reparación como una tercera vía del derecho penal, dado que una parte de la doctrina penal se inclina por esta posibilidad. Se incluye, además, cómo se aplica la reparación en el derecho maya y en la jurisdicción boliviana y colombiana, para finalmente abordar la justicia restaurativa como una forma de responder al



comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes.

Finalmente, en el capítulo III, se desarrolla la reparación digna como una posibilidad para disminuir la pena, que es la propuesta de la investigación. Se aborda desde el punto de vista de la ley penal que tiene su razón de existir en la necesidad de la protección de bienes jurídicos a través de la sanción de conductas que lesionan o ponen en peligro algún bien jurídico, justificándose la disminución de la pena atendiendo a los principios del derecho penal: intervención mínima, humanidad y culpabilidad, que se basan en que imponer penas elevadas a quienes han cometido un delito, no resuelve el conflicto que se ha generado entre victimario y víctima. También se aborda la justificación desde el punto de vista de la teoría de la pena, a través de la cual se establece que para que la pena no pierda sus fines, la reparación debe ser tomada únicamente como atenuante. Es decir, como aquella circunstancia que modifica la intensidad de la pena que se impone a la persona penalmente responsable de la comisión del delito.

El otro punto de vista que se analiza es la justificación de la disminución de la pena desde la victimología, la idea de reparar el daño atiende a la posición de la víctima en el derecho penal y las necesidades de esta y así se explica, justificándose la aplicación de la atenuante como una política criminal en pro de la reivindicación de la víctima ante el daño sufrido por la persona penalmente responsable. Se analizan cuatro casos concretos donde se hace efectiva la reparación digna dentro del proceso penal guatemalteco, estableciéndose que las personas penalmente responsables de los hechos conocidos, obtuvieron un beneficio penal, lo que motivó a que hicieran efectiva la reparación digna. Se explica, además, la forma de reducir la pena por la efectiva reparación digna, que tal como se ha desarrollado, la propuesta se inclina por otorgar, a la reparación digna, una categoría de atenuante cualificada, tal como es aplicada en otros países, hecho que tiene como consecuencia que el juez tenga la facultad de disminuir la pena, lo cual es de beneficio tanto para la persona penalmente responsable como para la víctima.

# CAPÍTULO I

## Teoría del delito y de la pena

### 1. De la teoría del delito

#### a. Generalidades

A lo largo de la historia del derecho penal uno de los temas que más se ha estudiado es la teoría del delito que es, sin duda, de interés especial para la presente investigación. Durante ese tiempo, ha sido tratada desde diferentes teorías, siendo estas: la teoría causalista, la teoría finalista y en los tiempos actuales desde una perspectiva funcionalista. Esta última corriente se basa en darle a las categorías de la teoría del delito una perspectiva político-criminal.

No obstante las críticas que han recibido estas corrientes doctrinales de la teoría del delito, cada una ha hecho un aporte importante a la construcción de ese pilar fundamental del derecho penal que es la teoría del delito; sin el aporte de cada una de ellas no se podría analizar de manera coherente. La construcción dogmática denominada teoría del delito tiene como finalidad aplicar los conocimientos científicos para establecer si concurren los elementos que esta desarrolla para considerar si se ha o no cometido un delito.

Cada una de las categorías del delito es de interés fundamental para la presente investigación, siendo necesario referirse a esos elementos: acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y penalidad, porque desde esta perspectiva, podremos darle una justificación teórica y doctrinaria a la propuesta que la presente investigación presenta. Cada uno de esos elementos ha sido concebido de diferente manera y esto se debe a las distintas teorías que la han estudiado. Para propósitos prácticos se analizarán las más importantes teorías y de esta manera de una forma sintetizada, comprender la evolución de dichas teorías.

El autor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (1996) indica:

El delito en el derecho positivo, no contiene ninguna definición de delito y su lenguaje resulta bastante impreciso al designarlo, toda vez que en ocasiones emplea la voz 'acto', en algunas 'conducta', en otras 'delito' y, las más, 'hecho'. De esta terminología es muy poco lo que se puede extraer.

Dada esta falta de precisión en el vocabulario legal, se ha distinguido entre delito *stricto sensu* y delito *lato sensu*. Por delito *stricto sensu* se ha entendido el que presenta todos los caracteres a que nos referiremos en el desarrollo de esta parte, en tanto que delito *lato sensu* sería la conducta típica o la conducta típica y anti-jurídica -que llamamos “injusto penal”, es decir, la conducta que- no es delito en sentido estricto, sea porque le faltan la antijuridicidad y la culpabilidad o la culpabilidad solamente.

Los dos conceptos del delito (en sentido amplio y en sentido estricto) y su adecuada distinción de otros hechos humanos con relevancia penal, no surgen directamente de la terminología del código, sino que a partir de ella debemos construirlos dogmáticamente, atendiendo al funcionamiento armónico de las disposiciones del texto legal (p. 13).

Al revisar el Código Penal guatemalteco, vemos que, efectivamente, no se encuentra en ninguno de sus artículos una definición de delito, sin embargo, en su articulado sí se encuentra lo que en la doctrina se conoce como elementos negativos del delito, tal como se irá analizando en el desarrollo de esta investigación, de lo cual se infiere la existencia de los elementos positivos.

#### **b. Concepto de teoría del delito**

Se concibe a la teoría del delito como aquellos conocimientos científicos del derecho penal, que se aplican de manera ordenada para establecer si una conducta es constitutiva de delito, es decir, es una construcción dogmática que se realiza paso a paso para llegar a determinar si ha, o no, ocurrido un delito.

Según Peña y Almanza (2010): “La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana” (p. 19).

Para Muñoz Conde (2010) La teoría general del delito “estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) para ser considerada delito, sea esta en el caso concreto de un homicidio, una estafa, una agresión sexual o una malversación de caudales públicos (p. 1).

Algunos autores guatemaltecos también se ha referido al concepto de teoría del delito. Entre ellos se encuentra el doctor Girón Palles (2013), que nos indica que la teoría del delito es:

Un procedimiento por medio del cual se analizan las características comunes, o bien aquellas que diferencian a todos los delitos en general para establecer su existencia y determinar la imposición de una sanción si así corresponde. Se denomina teoría del delito “a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito” (Girón Palles, 2013, p. 3).

Coinciden todos los autores en que la teoría del delito analiza las características comunes de una conducta para ser sea considerada como delito, en la práctica esta construcción dogmática ha facilitado el rol que cada abogado realiza en el ámbito penal, ya que, con su aplicación práctica, el defensor, el fiscal y el juez hacen posible encuadrar cada conducta en un delito determinado o en su caso determinar la inexistencia de un delito.

### **c. Concepto de delito**

El concepto de delito a lo largo de la historia ha ido evolucionando; en la actualidad la mayoría de autores coinciden en los elementos que componen este concepto y la función que cada uno de esos elementos tiene en la construcción del mismo, siendo estos la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la penalidad o punibilidad. El autor alemán Claus Roxin impulsa la incorporación de una nueva categoría a la que ha denominado responsabilidad penal, la cual se tratará, más adelante. Refiriéndonos a este autor, Roxin (1997) afirma que:

En la moderna dogmática del derecho penal existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad. Por tanto, toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a los cuales puede añadirse aún en algunos casos un ulterior presupuesto de la punibilidad” (p. 194).

En la construcción del concepto de delito, se toman en cuenta factores objetivos y

subjetivos, es decir, aquellos que son propios del acto y aquellos que son propios del autor de ese acto que se cataloga como delito. En ese sentido, Muñoz Conde (2010) se refiere de la siguiente manera:

De un modo general, el concepto de delito responde a una doble perspectiva que, por un lado, se presenta a) como un juicio de desvalor que recae sobre la conducta, y, por otro, b) como un juicio de desvalor que se hace sobre al autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama ilicitud o antijuridicidad. Al segundo, culpabilidad o responsabilidad. Antijuridicidad es la desaprobación del acto; mientras que la culpabilidad es la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo (p. 2).

Sobre el concepto de delito después de una somera descripción sobre la composición de los elementos del delito Muñoz Conde (2010) indica que se puede definir el delito:

Como la conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible. Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación, va aumentando a medida que pasa de una categoría otra (de la tipicidad a la antijuridicidad, de la antijuridicidad a la culpabilidad, etc.) teniendo, por tanto, que tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma” (p. 4).

Ello conlleva a que se deban analizar cada una de esas categorías, las cuales también a lo largo de la historia han ido evolucionando. Evolución que, someramente, se tratará, para comprender, ante todo, cada uno de los elementos de esta categoría que como veremos tienen influencia sobre la pena, siendo este uno de los temas centrales de la investigación. Es esa evolución la que obliga a tratar a grandes rasgos, el desarrollo histórico del concepto de delito, que va desde el sistema clásico, neoclásico, la teoría final de la acción y el sistema racional-final o teleológico (funcional) del derecho penal, que en la actualidad se está desarrollando.

Nos referimos primeramente al sistema clásico, que es el primer sistema de derecho penal Roxin (1997), brevemente, explica que en este sistema el delito se basaba en la hipótesis de que injusto y culpabilidad se comportan entre sí como la parte externa y la interna del delito, la culpabilidad se concebía como el compendio de todos los

elementos subjetivos del delito el dolo se consideraba desde la perspectiva de esa teoría como forma de la culpabilidad.

Peña y Almanza (2010) desarrollan el sistema clásico como teoría del causalismo naturalista y coinciden en que se distingue entre elementos objetivos (tipicidad y antijuridicidad) y subjetivos (culpabilidad) del delito. El tipo, dicen estos autores:

Se limita a elementos de carácter externo, negando la posibilidad de justificar alguna acción, cuya valoración jurídica solo puede tener cabida dentro del análisis de la antijuridicidad, y siempre desde un punto de vista objetivo. En la culpabilidad se analizan elementos subjetivos y psíquicos del agente, siendo la imputabilidad el presupuesto de esta (p. 22).

Posterior al sistema clásico, surge el sistema neoclásico como una nueva propuesta ante la insuficiencia del sistema anterior de explicar el injusto solo con elementos objetivos y la culpabilidad únicamente como elementos subjetivos y así lo explica Roxin:

La decadencia de esa teoría del delito especialmente clara y sencilla fue iniciada por el sistema 'neoclásico'. La causa de la reestructuración del concepto de delito operada por el mismo radicó en el hecho de reconocer que el injusto no es explicable en todos los casos solo por elementos puramente objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos. El entendimiento de la culpabilidad como 'reprochabilidad' es lo que caracteriza al denominado concepto normativo de culpabilidad, que se ha impuesto de modo general y solamente en los últimos tiempos está siendo sometido a modificación y ulterior desarrollo (Roxin, 1997, p. 199).

El otro sistema y aún más innovador pues cambia totalmente el contenido de la acción, del tipo y el de la culpabilidad es el conocido como teoría final de la acción; este sistema, impulsado por Welzel, cambia totalmente la concepción del delito que se manejaba en la época:

Su punto de partida es un concepto de acción distinto del de las anteriores concepciones sistemáticas y mucho más rico en contenido. Para esta teoría la 'esencia' de la acción, que determina toda la estructura sistemática, estriba en que,

mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia un determinado objetivo. De ahí se deriva como consecuencia sistemática que el dolo, que en el sistema clásico e incluso en el neoclásico se había entendido como forma de culpabilidad y del que también se consideraba componente necesario la conciencia del injusto, ahora aparece en una forma reducida a la dirección causal y se considera ya como componente del tipo (Roxin, 1997, p. 199).

En la actualidad, tiene influencia en esa construcción dogmática el sistema que se conoce como racional-final o teleológico (funcional) o simplemente funcionalismo. Dos son sus exponentes, uno radical, Günther Jakobs, y otro más moderado, Claus Roxin, ambos de nacionalidad alemana. Uno de sus principales aportes es la teoría de la imputación objetiva, que contiene una fórmula netamente valorativa para atribuir a una persona la comisión o no de un hecho tipificado como delito.

Aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de desarrollar un sistema 'racional-final (o teleológico)' o 'funcional' del derecho penal. Los defensores de esta orientación están de acuerdo —con muchas diferencias en lo demás— en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal (Roxin, 1997, p. 203).

Para explicar ese giro, en la concepción de la relación de causalidad entre acción y resultado, presenta una serie de argumentos que básicamente son un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas las cuales son las que determinan si existe relación entre la acción y el resultado. La otra innovación es la ampliación a la categoría de responsabilidad la cual estaría compuesta por la culpabilidad y necesidad de la pena.

Aquí basta con aludir a dos piezas centrales de esta concepción, especialmente importantes por sus consecuencias prácticas, y que en parte se han impuesto ya, pero en parte son objeto de una polémica especialmente viva. La primera es la teoría de la imputación al tipo objetivo, el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la "realización de un

peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma”, sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas. Una segunda innovación central del sistema racional-final o teleológico en la forma aquí defendida lo constituye la ampliación de la ‘culpabilidad’ a la categoría de la ‘responsabilidad’ “en cuanto que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y solo conjuntamente dan lugar a la “responsabilidad” personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena” (Roxin, 1997, p. 204).

Peña y Almanza (2010) explica la posición de Jakobs y de Roxin. El primero, como se ha mencionado, presenta un funcionalismo radical y el segundo un funcionalismo moderado; la diferencia básicamente es que Jakobs no toma en cuenta las tendencias de política criminal en la construcción de la teoría del delito, sino que la construcción de la misma debe ser para estabilizar el sistema y la teoría de los roles.

El funcionalismo sociológico o radical, considera al derecho como garante de la identidad normativa, la constitución y la sociedad, cuyo objeto es resolver los problemas del sistema social. Al igual que el funcionalismo moderado reconoce como punto de partida al finalismo, sin embargo, en este ya no están presentes las tendencias de política criminal, pues las categorías que integran al delito tienen como fin solo estabilizar al sistema. La obra de Günther Jakobs constituye una crítica a las concepciones naturalistas del derecho penal, que construyeron la teoría del tipo sobre la base de la causalidad, como fue en las teorías causalistas. Jakobs afirma que los conceptos básicos del derecho penal no pueden ser extraídos del derecho natural; este sistema debe elaborarse a partir en la forma como está organizada la sociedad. La sociedad no puede ser entendida como un sistema que tiende básicamente a la protección de bienes jurídicos, sino que se debe dar a partir de una creación de roles señalándole a cada persona un determinado status en la vida de relación, por lo que el hombre no debe ser considerado individualmente, sino como portador de un rol. Si un ciudadano se comporta dentro de esos parámetros, no defraudaría las expectativas sociales así



lesione o ponga en peligro bienes jurídicamente tutelados. La pena está al servicio del ejercicio de la fidelidad al derecho, esto es, a lo que hoy se llama “prevención general positiva”, y la elaboración conceptual penal se realiza conforme a exigencias preventivo generales (Peña y Almanza, 2010, p. 53).

La teoría que impulsa Roxin se fundamenta en la orientación político-criminal de cada uno de los elementos de la teoría del delito y principalmente en la aplicación de la pena, fundamento para ampliar una categoría de la teoría del delito a la que denomina responsabilidad.

“El funcionalismo moderado reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), pero con una orientación político-criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados por los fines del derecho penal, por lo que estas categorías jurídicas no son sino instrumentos de una valoración político-criminal. Sustituye la categoría lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a valoraciones jurídicas; pues la imputación de un resultado depende de la realización de un peligro dentro del fin de protección de la norma La culpabilidad se limita con la necesidad de prevención y juntas originan el nuevo concepto de responsabilidad, que es la base de la imposición de la pena. La teoría de los fines de la pena será la que orientará las características del sistema penal” (Peña y Almanza, 2010 p. 45).

Sobre este aspecto se ampliará en el apartado la culpabilidad y su relación con la pena, por considerarlo tema principal de la investigación.

#### **d. Elementos del delito**

##### **i. Acción**

La primera categoría de la teoría del delito es la acción la cual como brevemente se mencionó, ha sido estudiada desde la perspectiva de diferentes teorías, de esa cuenta que cada una de ellas tiene su definición acerca de esta categoría del delito, así por ejemplo Muñoz (2010) indica que:

Es pues la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que convierten esa conducta en punible. El derecho penal es un derecho penal de acto y no de autor (p. 7).

La Constitución Política de la República de Guatemala consagra esta postura doctrinaria, al establecer en el artículo 17 que “no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración” (Const., 1985. art. 17), es decir, que nos regula que el derecho penal guatemalteco debe ser de acto y no de autor.

Los tipos penales se refieren a conductas en general, donde se abarcan tanto los comportamientos activos como omisivos. La conducta o acción en sentido amplio, es todo comportamiento derivado de la voluntad del hombre; y la voluntad implica siempre finalidad; acción es, por eso, siempre ejercicio de una voluntad final. La dirección final de la acción se realiza en dos fases, una interna que ocurre siempre en la esfera del pensamiento, en donde el autor se impone la realización del fin, y selecciona los medios, y otra externa u objetiva, en la que realiza lo planeado en el mundo externo (Díez Ripollés, José Luis. Giménez-Salinas i Colmer, Esther, 2001, p. 143).

El autor alemán Claus Roxin presenta su concepto de acción a través del cual excluye aquellas acciones que son producidas por fuerzas naturales o por animales y las que son indominables por la voluntad humana. En estos, se dice que hay falta de acción y, por ende, falta el elemento básico de la teoría del delito, con lo cual resulta innecesaria una valoración del resto de categorías.

Según la opinión más extendida, acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica. No son acciones los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que —como p. ej. los movimientos reflejos o los ataques convulsivos— son sencillamente indominables para la voluntad humana (Roxin, 1997, p. 194).

Los autores Peña y Almanza (2010) brindan un concepto de acción y lo hacen en un sentido finalista, al establecerse que la acción está dirigida a un fin u objetivo. “Acción es la conducta voluntaria que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo, de vulnerar una norma prohibitiva que está dirigida a un fin u objetivo” (p. 102).

Zaffaroni (1998) en su definición de acción incorpora dos elementos de la acción, uno interno y el otro externo y lo explica de la siguiente manera:

Este comportamiento humano (conducta, acción, acto o hecho) tiene dos aspectos, el querer y la voluntad, de los cuales surgen dos fases, la interna o sea el querer o desear realizar una conducta que aún está en el pensamiento a la que pertenece la proposición de un fin, y la selección de los medios para su obtención (p. 343).

El Código Penal guatemalteco usa indistintamente actos, hechos, figuras delictivas, para referirse a esta categoría del delito, así lo analiza Hurtado Pozo (2010):

Al consagrar el principio de legalidad, en el art. 17 de la Constitución, se habla de 'acciones u omisiones'. Se emplea el término 'hechos', en el art. 1 del Código Penal, así como en su art. 3. Tanto en la Constitución como en el Código Penal, se trata de los comportamientos humanos que deben ser calificados como delitos o faltas. El término hecho es más amplio que las palabras acción u omisión. Estas últimas suponen necesariamente que son obra de una persona, ya que a estas están dirigidas las normas legales. Por hecho puede entenderse igualmente un fenómeno de la naturaleza; pero es evidente que el legislador ha utilizado este vocablo con la finalidad de abarcar las dos formas de acción (acciones y omisiones). Siendo disposiciones referidas al principio de la legalidad, es de entender que se hace alusión al comportamiento en tanto delito completo. Por el contrario, el término 'hechos' es empleado en un sentido más restringido en el art. 10 referente a la relación de causalidad. En este caso, se alude al resultado previsto en las 'figuras delictivas', que deben ser consecuencias de una 'acción u omisión'. Esta misma ambigüedad se encuentra en el art. 12, donde se dice que el "delito es culposos con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal...". Así, se distingue entre acciones y resultado (mal), para luego afirmar que "los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley". Aquí 'hechos culposos' es sinónimo de 'delitos culposos'. En el art. 25, se ha preferido utilizar la palabra hecho y en el art. 27 se emplea indistintamente delito y hecho (inc. 2: "ejecutar el hecho con alevosía"; inc. 4: "ejecutar el hecho por medio de explosivos; inc. 8: "ejecutar el hecho empleando vehículo; pero, inc. 5 aprovechar para la ejecución del delito"). Sin duda, a ambas palabras se les da el mismo contenido. Por último, señalemos que a veces se ha empleado el término

‘acto’, es el caso del art. 24, inc. 3 “quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley...” (p. 103).

Siguiendo este análisis realizado por el autor Hurtado Pozo, se encuentra que la Ley Contra la Delincuencia Organizada en su artículo 1 emplea el término conductas, para referirse a la acciones u omisiones, establece esta norma: “Artículo 1. Objeto y naturaleza. La presente ley tiene por objeto establecer las conductas delictivas atribuibles a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales; el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal así como todas aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada de conformidad y con lo dispuesto en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Guatemala, y leyes ordinarias” (Decreto 21-2016, art. 1).

También puede ocurrir que, si bien exista una modificación del mundo exterior, no se califique a esa modificación como acción, es decir que no se entra al ámbito del derecho penal y ello en razón de las circunstancias en que ocurren esos hechos. A esto la doctrina le ha denominado ausencia de acción. Muñoz (2010) sobre este aspecto refiere:

“Puesto que el derecho penal solo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad. Sucede en tres grupos de casos:

a) Fuerza irresistible: La fuerza Irresistible es una condición de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente. El agente opera como una masa mecánica.

b) Movimientos reflejos: Los movimientos reflejos, tales como las convulsiones epilépticas, no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlados por la voluntad.

c) Estados de inconsciencia: También la falta de acción en los estados de inconsciencia, tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc. En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes” (p. 15).

Dependiendo de la teoría que estudie el concepto de acción como una categoría del delito, así es la explicación que se brinde de la misma, así, toca estudiar cómo ese concepto ha ido evolucionando, atendiendo a cada una de las teorías que la han estudiado. Esto porque la categoría de acción tiene influencia en casi todas las instituciones del derecho penal y así lo explica Dona (1995) quien indica que:

El concepto de acción, resulta, pues, imprescindible desde esta posición, no solo para poder estructurar la teoría del delito, y desde luego la ubicación de sus elementos, sino para poder deducir conceptos fundamentales, como el dolo y sus distintas clases; el de culpa, tanto en la teoría del tipo penal como en la teoría de la antijuridicidad, y las causales que excluyen al dolo, específicamente si se trabaja con los elementos subjetivos. Ni qué hablar del concepto de autor, de partícipe o instigador. Tampoco escapa al tema del problema de la tentativa. Es decir, desde el concepto de acción se maneja, sin duda alguna, toda la teoría del delito.

El concepto hegeliano de acción, era de tal complejidad que abarcaba tanto la realización del acto como su motivación; esto es, lo que la dogmática moderna comprende como la teoría de la culpabilidad de manera estricta (Dona, 1995, p. 4).

Desde la perspectiva de la teoría causal de la acción, el contenido de la voluntad no era un factor que perteneciera a la acción, esta se determinaba en la culpabilidad, lo que interesaba en esta teoría, era la transformación en el mundo exterior, era posterior el análisis de la voluntad del sujeto que causó esa transformación en el mundo exterior. Así lo explica el autor Dona (1995) al afirmar:

El concepto causal de acción, solo tenía importancia la causalidad, esto es, la causa que produjo el resultado, sin el elemento subjetivo. Este concepto de acción atiende solo al resultado y a la forma en que se produjo. El sistema cerraba desde el inicio: todo lo objetivo al injusto, todo lo subjetivo a la culpabilidad. Este esquema, aunque después fracasó, fue el que impuso una primera etapa de la dogmática penal. El concepto de lo causal predominó en las doctrinas argentina y española (p. 6).

El Código Penal de Guatemala, que data del año 1973, recoge parte de esta corriente y eso se determina al establecer, por ejemplo, que la fuerza exterior sea una causa de inculpabilidad, cuando en realidad es un elemento negativo de la acción, es

decir, es falta de acción.

Del sistema finalista o teoría final de acción se ha estructurado toda la dogmática penal moderna; de ahí la importancia de analizar esta teoría. La idea central de Welzel, quien fue el creador de este sistema, dice Donna (1995):

Consiste en que el derecho debe respetar la estructura lógico-objetiva que se va a regular, y uno de sus elementos es la acción. Esta es algo más que una relación causal; dentro de ella existe la finalidad del autor, que dirige, guía, la relación causal. En otras palabras, la voluntad que apunta en un fin dirige la causalidad dentro de los límites posibles, motivo por el cual el contenido de la voluntad es parte del concepto de acción (p. 8).

Así lo conciben Peña y Almanza (2010), quienes indican que “en la teoría de la acción finalista, la acción es un comportamiento humano sometida a la voluntad orientada hacia un resultado determinado” (p. 96).

Roxin, en cambio, plantea que el concepto final de acción ha perdido ampliamente la gran importancia que antes tuvo, esto porque no pudo solucionar los problemas que se presentan al momento de analizar los delitos de omisión y los delitos imprudentes o culposos como se conocen en nuestro medio, los que según nuestro Código Penal son cometidos por imprudencia, negligencia o impericia. Es decir, no existe una voluntad de la acción, de ahí que la teoría final de la acción sea insuficiente para explicar esta clase de delitos. Dice Roxin (1997):

Tal concepto no es adecuado como elemento base del sistema jurídico penal, ya que no se acomoda a los delitos de omisión; pues, como el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final. Con ello, la teoría final de la acción vuelve a estar en la bipartición del sistema, que ya Radbruch desde la perspectiva del concepto natural de acción reconocía que era inevitable. Y, en efecto, Welzel se limita a mencionar como supra concepto a la ‘conducta’, o sea, “la actividad corporal o pasividad del ser humano sometida a la capacidad de control final por la voluntad”, pero la aludida ‘capacidad de acción’ no puede constituir un elemento común y de unión de comisión y omisión en el concepto de conducta, porque la capacidad para realizar una acción es algo distinto de la acción misma, y por tanto comisión y

omisión siguen estando separadas. Otro finalista, Stratenwerth, rechaza también el concepto final de acción como elemento base. “El mismo... caracteriza al actuar humano (activo), y nada más”. Y finalmente, el discípulo de Welzel, Armin Kaufmann, le niega incluso a un concepto de acción previo al tipo toda función como elemento básico, de enlace y de límite (p. 240).

Desde las investigaciones de Niese los finalistas han caracterizado el hecho imprudente como acción final, atendiendo no al resultado producido, sino al objetivo perseguido por el autor: si, al limpiar una escopeta, por descuido se escapa un tiro y mata a una persona, ello ciertamente no es una acción final de matar, pero sí una acción final de limpiar, que cae bajo el concepto común de acción. De ese modo se produce en efecto mediante la finalidad un elemento base común al actuar doloso y al imprudente; pero esa finalidad del hecho imprudente es tanto más inidónea como elemento sistemático de enlace, pues el objetivo perseguido por quien actúa imprudentemente es totalmente irrelevante a efectos jurídico penales y por ello tampoco puede ser portador de los predicados típico, antijurídico y culpable, que se deben más bien a la falta de cuidado causante del resultado, pero esta no tiene sitio alguno en la estructura de la finalidad. Con ello el concepto final acaba regresando al concepto natural de acción: solo importa si el agente ha querido algo, cualquier cosa; el contenido de su voluntad es indiferente. “Así pues, la empresa de Niese termina con una completa capitulación del concepto final de acción ante la imprudencia (p. 241).

No obstante, las críticas que se han dado a la teoría final de la acción, es importante resaltar que esta teoría ha dado novedosos aportes al derecho penal las que son analizadas por Dona (1995), indicando cuáles son los logros de la llamada teoría final de la acción:

- 1) Se llega a la teoría del ilícito personal, mediante la cual el dolo y la culpa dejan de pertenecer a la culpabilidad y pasan a integrar el tipo. El dolo será un requisito subjetivo del ilícito del delito doloso. Para ello, la violación al deber de cuidado, en tanto el resultado sea previsible, pertenece al elemento subjetivo del delito culposos.
- 2) Se separa el dolo de la conciencia del ilícito y con ello se adopta la división entre error de tipo y de prohibición.
- 3) Esta doctrina repercute en la teoría de la participación, especialmente en el tema de accesoriedad con respecto al dolo.
- 4)

El delito culposo sufre una variante de importancia al estudiar el problema de la violación del deber de cuidado en el tipo (p. 11).

La crítica principal formulada al concepto final de acción, como ya se había mencionado, es que no da una respuesta satisfactoria en los delitos imprudentes. Así lo indica Cauhapé-Cazaux (2006) poniendo un ejemplo de esta situación, “si Lázaro se salta un semáforo en rojo por simple distracción y atropella a Rubén, produciéndole la muerte, es difícil concebir en estos casos una acción dirigida a un fin. Asimismo, el concepto final de acción, al igual que el causal, tienen problemas en explicar la acción en los delitos omisivos (p. 10).

El sistema funcional o el de teoría de la acción social, con sus postulados, intenta superar los problemas que presentó la teoría final de la acción, al no explicar cómo se podía aplicar esta teoría a los delitos culposos y los delitos omisivos, incorporando al concepto de acción el comportamiento humano socialmente relevante. Así lo explica Dona (1995): “La teoría social de la acción: es de aplicación a la teoría causal, como a la teoría final de la acción, define a la acción como un comportamiento humano, socialmente relevante” (p. 9).

Otros autores como Peña y Almanza (2010) refieren que “la teoría de la acción social, es el criterio común que permite elaborar un concepto único de acción, comprensivo del hacer y del omitir, es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano” (p. 101).

Sobre este punto Roxin (1997) indica que:

El concepto social de acción se remonta en sus comienzos a la época anterior a la teoría final de la acción, pero solo en los últimos 20 años ha adquirido su actual significación, de tal modo que históricamente en cuanto a sus efectos debe ordenarse tras el finalismo. Las ventajas de un concepto así saltan a la vista: se nos ofrece como elemento base, ya que todas las manifestaciones de conducta delictiva se pueden caracterizar sin violencia alguna como fenómeno social, y en cuanto elemento de enlace o unión también parece mucho más adecuado que el concepto natural y que el final de acción, ya que las valoraciones jurídico penales se pueden conectar de modo más convincente al acontecer social existente en cada caso que a los ‘movimientos musculares’ o a la finalidad, inexistente en las



omisiones e irrelevante en los hechos imprudentes (p. 245).

Cada una de las teorías brevemente citadas ha aportado a la ciencia del derecho penal, puesto que, como se ha mencionado, estas corrientes doctrinarias han tenido mucha influencia en la elaboración de los códigos penales de cada país. De esa cuenta que, en Guatemala, haya resabios de la teoría causal de la acción y lo vemos al darle una lectura al artículo 25 del Código Penal vigente, que establece: “Artículo 25. Son causas de inculpabilidad: ...Fuerza exterior 2.º Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él” (Decreto 17-73 art. 25), hecho que en la actualidad no se analiza así, ya que la fuerza exterior como se ha indicado, es ausencia de acción, es decir, que ya no se continuaría con ese análisis progresivo para determinar la inexistencia del delito, dado que desde el primer peldaño de la estructura del delito se estaría descartando esa posibilidad, sin embargo como se encuentra legislado en la actualidad, se debería llegar hasta la categoría de culpabilidad para determinar la inexistencia del delito.

Entre la acción y el resultado existe un vínculo, a este vínculo se le ha denominado relación de causalidad, que en el Código Penal guatemalteco se encuentra regulado en el artículo 10, establece este artículo lo siguiente: “Artículo 10. Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta” (Decreto 17-73 art. 10).

Muñoz (2010), al referirse a la relación de causalidad e imputación del resultado indica:

En los delitos de resultado o de consecuencias dañosas (homicidio, daños, lesiones, etc.) debe mediar una relación de causalidad entre la acción y el resultado, es decir, una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. Ello naturalmente sin perjuicio de exigir después la presencia de otros elementos a efectos de deducir una responsabilidad penal. La relación de causalidad entre acción y resultado, y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado, son, por tanto, el presupuesto mínimo para exigir en los delitos de

resultado una responsabilidad por el resultado producido (principio de causalidad) (p. 20).

La relación de causalidad ha sido estudiada desde diferentes teorías, cada una de estas ha tratado de resolver los grandes desafíos que representa el atribuirle a una persona el resultado de una acción. En palabras de Muñoz Conde, citado en el párrafo anterior, se establece que este autor se inclina por la imputación objetiva, que como ya se mencionó, es uno de los conceptos pilares, introducidos por el funcionalismo, no obstante lo anterior, también analiza según sus palabras, tres de las más importantes teorías que estudian la relación de causalidad.

Para resolver casos tan complicados se han elaborado diversas teorías. Entre muchas de las existentes Muñoz (2010) cita las tres más importantes: la de equivalencia de condiciones, la teoría de la causación adecuada o de la adecuación y la teoría de la causa jurídicamente relevante:

Para la primera, es causa toda condición de un resultado concreto que, suprimida mentalmente, daría a lugar a que ese resultado no se produjese. Para esta teoría, todas las condiciones del resultado son equivalentes. Concluye Muñoz Conde que es evidente que este concepto de causa es inservible, no solo para el derecho penal, sino también para otras muchas ciencias, sociales y naturales, que operan con un concepto de causa mucho más restringido, limitado a su interés a una parcela de la realidad acotada temporal y especialmente (p. 21).

Sobre esta teoría Peña y Almanza (2010) en su obra *Teoría del delito, manual práctico* para su aplicación en la teoría del caso, se pronuncian en el mismo sentido, indica que:

En la teoría de la equivalencia o de la *conditio sine qua non* hay un conjunto de causas y condiciones. El derecho penal tiene que fundar la imputabilidad y por ende la responsabilidad criminal en una sola causa o condición. Esta teoría dice que si un sujeto ha puesto una de las condiciones o causas para un resultado antijurídico es responsable criminalmente no solo de esa causa sino del conjunto de causas. De ahí el nombre de equivalencia. Un sujeto hiere a otro, pero no mortalmente. La víctima es llevada en una ambulancia que, en su trayectoria a un hospital, vuelca aparatosamente y se produce la muerte del herido. El autor de la

herida es homicida porque si no le hubiese herido no hubiera sido llevado en la ambulancia El autor es responsable del conjunto de causas y condiciones que llevaron a tomar la ambulancia (p. 111).

La otra teoría citada por Muñoz (2010) es la teoría de la adecuación. Lo relevante de esta teoría es que se incorporan conceptos como condición es solo aquella que produce el resultado y la diligencia debida, así lo analiza el autor indicando:

Para la teoría de la adecuación, por el contrario, no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino solo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado. Una acción será adecuada para producir un resultado cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría probablemente. Pero previsible objetivamente lo es casi todo. Por eso la teoría de la causación adecuada recurre a otro criterio limitador de la causalidad, el de la diligencia debida, ya que, si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible el resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno. Previsibilidad objetiva y diligencia debida son, por consiguiente, los dos criterios selectivos que sirven para precisar cuándo una acción es adecuada para producir un resultado y, por tanto, es causa del mismo (p. 22).

La legislación guatemalteca sigue la corriente de la causalidad adecuada o adecuación desarrollada en el artículo 10 CP, pues al referirse a una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso, o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta. Así lo indica Girón (2013).

La última de las tres teorías que Muñoz Conde considera importantes es la teoría de la causa jurídicamente relevante; al referirse a esta y en consonancia a lo citado en la teoría de la adecuación indica:

La teoría de la causa jurídicamente relevante, diferencia entre la determinación de la causalidad y la cuestión de si una causa es o no relevante para el derecho penal. Ciertamente, desde el punto de vista causal ontológico o naturalista, toda condición es causa de un resultado en sentido natural o lógico. Pero, desde el

punto de vista jurídico, esta causalidad natural debe ser limitada con ayuda de criterios jurídicos, de tal forma que el problema causal se convierte en problema jurídico a incluir dentro de la categoría de la tipicidad. Desde ese punto de vista, 'matar' no sería ya el simple 'causar muerte', sino causarla con una acción que pueda ser considerada relevante jurídicamente y, por tanto, ser subsumida en un delito de homicidio (Muñoz, 2010, p. 22).

Para Muñoz Conde es un problema establecer los criterios considerados relevantes para determinar los factores que han causado el resultado, de ahí que en los últimos años se han venido complementando con criterios normativos, introduciendo así la teoría de la imputación objetiva, la cual por la gran influencia que tiene en el derecho penal contemporáneo debe ser analizada. El autor guatemalteco doctor Girón Palles (2013) analiza la imputación objetiva y la describe de la siguiente forma:

La imputación objetiva: en los delitos de mera actividad no hay ningún problema, pues basta con encuadrar el hecho con los elementos del tipo. No sucede lo mismo con los delitos de resultado. Conforme esta teoría, "la cuestión jurídica fundamental no consiste en la comprobación del nexo causal". La doctrina dominante coincide que, para imputar objetivamente, en el ámbito jurídico, un resultado a una persona que lo causó, son necesarios tres criterios: 1. La creación de un riesgo no permitido. 2. La realización de ese peligro o riesgo en un resultado. 3. La producción del resultado dentro del ámbito de protección de la norma (p. 21).

Muñoz (2010) sigue esta tendencia y explica los elementos que conforman la teoría de la imputación objetiva y como debería ser su aplicación práctica, indicando que:

De un modo general se puede decir que toda conducta que suponga la creación de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo ya existente más allá de los límites de lo permitido es ya suficiente para imputar el resultado que suponga realización de ese riesgo no permitido. Sin embargo, y en algún caso excepcional, la creación de un riesgo no permitido puede ser irrelevante penalmente si no entra dentro del ámbito de protección del precepto pena que provea esa conducta como delictiva. La creación de un riesgo no permitido, lo que ya supone por lo menos una falta de diligencia, la consiguiente realización de ese peligro o riesgo en un resultado y la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la

norma infringida son, pues, los criterios que hay que aplicar para, a partir del establecimiento de una conexión causal, imputar objetivamente en el ámbito jurídico un resultado a la persona que lo causó (p. 24).

## ii. Tipicidad

La segunda categoría de la teoría del delito es la tipicidad. El análisis de esta categoría, atendiendo a las diferentes corrientes doctrinarias que la han estudiado, ha ido cambiando de contenido conforme ha pasado el tiempo; de vital importancia resulta analizarla y dejar claro cuál es la función del tipo, dado que al analizar su estructura vemos que tiene mucha influencia en la investigación, esto derivado, que a partir de la incorporación al tipo de elementos subjetivos, tiene mucha influencia en la determinación de la pena.

Al ser una categoría del delito, se ha escrito lo suficiente sobre la misma, sin embargo, se citan los autores más destacados de la actualidad para comprender su contenido y función de esa estructuración dogmática del delito. De esa cuenta, se cita a Muñoz (2010) quien define la tipicidad como:

La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho hace la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad, en su vertiente de *nullun crimen sine lege*, solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales (p. 39).

De ese concepto de la categoría del delito analizada, surge otro concepto que es necesario desarrollar, siendo este el tipo penal, el cual como veremos está compuesto de diferentes elementos los cuales se irán desarrollando progresivamente:

La diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes. Esa figura puramente conceptual es el tipo. Tipo es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal (Muñoz, 2010, p. 40).

Para entender la función del tipo y su contenido, es necesario incorporar conceptos que han sido desarrollados por diversos autores, y ese mismo sentido se pronuncia Donna (1995) al indicar que:

Solo las conductas que quedan atrapadas en el tipo penal son delictivas y, por tanto, las únicas que podrán ser sancionadas con pena. Toda otra conducta, aunque sea perjudicial a los bienes jurídicos, si no está descrita en la forma antes vista no podrá ser sancionada penalmente. De esta forma, el tipo penal aparece como concreción a las conductas que son desvaliosas para el bien jurídico. De ahí la importancia de la parte especial, y la forma como se estructuran las conductas que lesionan un determinado bien jurídico. El legislador estructura, basándose en los bienes jurídicos, toda una serie de formas de conductas, que pueden ir desde sancionar solo las acciones dolosas -o en algunos casos agregar elementos subjetivos especiales en el tipo penal- hasta llegar a punir acciones que se ejecuten en forma negligente o imprudente. Analícese, por ejemplo, la distinta forma de regulación de los delitos contra la vida, en donde las conductas negligentes o imprudentes son sancionadas, dado el alto valor del bien jurídico en comparación con los tipos penales que afectan a la propiedad, donde el legislador ha entendido que no era necesario el caso de las acciones culposas.

Al revisar el origen del tipo como elemento de la estructura de la teoría del delito, se establece que es introducida por el sistema clásico del delito, específicamente por Beling, así lo explica Donna (1995):

Fue Beling en 1906, con su ya tradicional obra *Lehre Vom Verbrechen*, quien funda la teoría del tipo penal. Con anterioridad a él existía un cierto acuerdo en la ciencia en conformarse con la acción antijurídica y conminarla con pena. Esta comprendía la acción y propiamente dicha, la falta de causales de justificación y la culpabilidad. Para Beling, en cambio, el tipo es una parte del delito. Esta parte del delito es una especie de tipificación guía, que el legislador crea libre de todo elemento de antijuridicidad. Pero, además, el tipo penal, tal como lo consideró Beling era totalmente objetivo, sin ninguna consideración a los elementos subjetivos. Bien se sabe que, en este esquema, los elementos subjetivos nada tenían que hacer en el tipo, quedando relegados a la culpabilidad, específicamente como especies de ella

(p. 65).

En el sistema clásico del delito tanto el tipo de delito doloso como el tipo del delito culposo no tenían ninguna diferencia, dado que como ya se ha mencionado solo importaba en ese sistema la modificación que sufría el mundo exterior derivado de una acción, porque la voluntad de quien realizaba dicha acción se analizaba hasta la culpabilidad.

Al analizar el tipo en el sistema neoclásico se establece que este únicamente incorpora elementos normativos a la composición del tipo y el descubrimiento de otros elementos subjetivos distintos al dolo. Así lo explica Díaz-Aranda (2000) al referirse al tipo en el sistema neoclásico:

En el sistema neoclásico el tipo describía una conducta a la cual correspondía una pena no solo por ser una lesión causal de un interés sino porque esa acción por su general tendencia procura más daño que beneficio al Estado y sus miembros. Al igual que su antecesor, el sistema neoclásico siguió manteniendo la fundamentación del tipo objetivo en las teorías causales, aunque rectificadas, y el cambio más relevante radica en la inclusión de los elementos normativos, con lo cual el tipo objetivo quedaría conformado de elementos descriptivos (causales) y elementos normativos. Empero, el cambio fundamental radicó en el descubrimiento de los elementos subjetivos distintos al dolo, los cuales dieron origen a la inclusión del tipo subjetivo (p. 24).

En la teoría final de la acción el tipo sufre su mayor cambio, pues es en esta teoría cuando el dolo deja de ocupar un lugar en la categoría de la culpabilidad y se posiciona en el tipo, es decir, que como lo indica Díaz-Aranda (2000):

El tipo ya no solo se conformaba de elementos objetivo-descriptivos y excepcionalmente de elementos subjetivos distintos del dolo, sino que en todos los tipos penales existe un tipo subjetivo que se conforma por el dolo, o en su caso, por la culpa. A partir de este momento hasta nuestros días queda sentada la conformación del tipo por un tipo objetivo y un tipo subjetivo (p. 50).

Un cambio que plantea Roxin en cuanto al tipo en la teoría funcionalista es que este interpreta las conductas descritas en los tipos penales en función de la necesidad

abstracta de la pena para un supuesto regular, y no basado en la personalidad del sujeto en concreto o de la concreta situación de la actuación.

Al tipo le confiere la función de llamada, pues está dirigido a su captación intelectual por el ciudadano para que, de acuerdo con la norma primaria que subyace en la norma penal, guíe su conducta hacia la no realización de la conducta prohibida (delitos de acción) o bien hacia la conducta ordenada para salvaguardarla de un bien jurídico en peligro (delitos de omisión). De igual forma, el tipo establece una pena a imponer a quien realice la conducta en él descrita. De esta suerte, el individuo es advertido de la pena que le será impuesta si realiza la conducta típica, a dicha amenaza se le conoce como prevención general negativa, cuyo fin es disuadir o causar temor al sujeto para no cometer delitos. Por ello se puede sostener que el tipo penal no está dirigido a simples procesos causales naturales si no a un individuo que asimila a través de su raciocinio, proceso cuya finalidad político-criminal es la de evitar los riesgos socio-políticamente intolerables para el particular y la sociedad. El tipo así concebido obedece a los lineamientos generales de un derecho penal preventivo general (Díaz-Aranda, 2000, p. 83).

Para ir comprendiendo el contenido de la tipicidad, se incorporan ahora conceptos sobre la tipicidad. El autor guatemalteco Girón Palles (2013), al tratar la tipicidad como segunda categoría de la teoría del delito explica tres conceptos que es la acción típica, la acción atípica y la tipicidad, refiere:

La acción típica es la conducta humana tanto de acción u omisión que encuadra en uno de los tipos penales vigentes. La acción atípica: Es toda acción u omisión que no está calificada como delito o falta anterior a su ejecución. En este caso, la conducta no encuadra o no se puede adecuar en ningún tipo penal. Tipicidad: Es la característica o cualidad que tiene una conducta (acción u omisión) de encuadrar, subsumir o adecuarse a un tipo penal. Ahora bien, tipificar es la acción de encuadrar la conducta en un tipo penal. Este acto de tipificar lo realiza el fiscal, la defensa, la policía o el estudiante; sin embargo, cuando lo hace el juez se le denomina tipificación judicial (p. 29).

Indica este autor que el tipo posee funciones siendo estas: una seleccionadora, una de garantía y por último una motivadora, cada una de ella será analizada, atendiendo a los diferentes autores que se vienen citando.



Función seleccionadora, por medio de la cual el Estado selecciona solo las conductas penalmente relevantes, es decir, las más graves y violentas, y donde previamente hayan intervenido otras ramas del derecho. Por medio de esta función se aplica el principio de protección de bienes jurídicos.

Función de garantía, sirve para proteger al ciudadano del ejercicio de poder arbitrario de parte del Estado. Se desarrolla por medio de los principios no hay pena sin ley anterior (*nullon poena sine lege*) y no hay proceso sin ley anterior (*nullon proceso sine lege*).

Función motivadora, por medio del conocimiento del tipo penal se incentiva al ciudadano a realizar o abstenerse de ejecutar determinadas conductas por las consecuencias que conllevan. En los aeropuertos o en lugares turísticos, hay letreros o anuncios en donde está descrito el tipo penal, por ejemplo: tráfico, comercio de drogas, y se indica la cantidad de años de prisión y la multa que se aplica en caso de que alguien trafique esas sustancias. Otro ejemplo, cuando el presidente del tribunal advierte al testigo o al perito sobre el delito de falso testimonio, y explica la pena que trae aparejada. Esto se hace para motivarlo a no mentir y decir la verdad (Girón, 2013, p. 30).

Para el autor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (1996): “El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas)” (p. 167).

El tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: la tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio (p. 172).

Peña y Almanza (2010) indican que:

Tipo penal es la descripción de un acto omisivo o activo como delito establecido en el presupuesto jurídico de una ley penal. Los tipos penales están compilados en Parte Especial de un Código Penal. El tipo penal es el concepto legal. El tipo penal es la descripción de las acciones que son punibles y se las compila en un código. Tipicidad es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el

sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. La adecuación debe ser jurídica, no debe ser una adecuación social (p. 132).

El tipo está integrado como ya se citó, de elementos, los que deben ser objeto de análisis particular, así, Girón Palles (2013) indica que el tipo se compone de los elementos básicos del tipo son: los sujetos, el bien jurídico y la acción.

Olga Islas y Elpidio Ramírez, es citada por Díaz-Aranda por su obra *La Lógica del tipo en el derecho penal*. Esta obra, para analizar el tipo penal bajo la premisa, de aplicar la matemática en beneficio del derecho penal, como se hace en casi todas las ramas del saber, estudió diversas corrientes doctrinales de la teoría del delito, que, según lo analizado, incluyó la teoría causalista y finalista. Islas y Ramírez (1970) indican:

El derecho entendido como ordenamiento jurídico, es la unión de todas sus ramas: constitucional, administrativo, mercantil civil, penal, etc. Los conceptos invariantes del derecho penal, son sintácticamente, análogos a los de las restantes ciencias jurídicas particulares; esto es, tales conceptos son comunes a todas las ciencias del derecho.

El precepto, la sanción y la responsabilidad son esas nociones que configuran la zona común entre todas las ciencias del derecho, existen otras también que son comunes en la ciencia del derecho; a saber: el deber jurídico, los sujetos, la conducta, etc. Si al precepto, la sanción y la responsabilidad se les aplica un determinado proceso de especificación semántica, adoptan expresiones específicas en una rama particular del derecho. Dentro de la rama penal tales conceptos corresponden, bajo el mencionado proceso, al tipo, la punibilidad y la culpabilidad.

El tipo, la punibilidad y la culpabilidad, relacionados entre sí, permiten construir el sistema de la ciencia jurídico penal (p. 13).

Como ciencia el derecho penal está integrado por la teoría de la ley penal, la teoría del delito y la teoría de la pena y medidas de seguridad, como ordenamiento jurídico se compone de una parte general y una especial.

Para Islas y Ramírez (1970):

El tipo en ese modelo es un predicado invariante del derecho penal, cumpliendo con dos funciones fundamentales: una función de garantía y una función fundamentadora. Se proponen tres niveles de conceptualización del tipo: a) el tipo b) el tipo de tipo c) el tipo típico. El tipo es uno de los tres predicados invariantes del derecho penal. Estructuralmente es una clase definida en el derecho penal y caracterizada por los siguientes subconjuntos:

1. El deber jurídico penal
2. El bien jurídico
3. El sujeto activo
4. El sujeto pasivo
5. El objeto material
6. El kernel
7. La lesión o puesta en peligro del bien jurídico
8. La violación de deber jurídico penal.

De lo expuesto por estos autores, hacemos mención de algunos conceptos de interés para la investigación, que a pesar del transcurso del tiempo se mantienen vigentes y son de aplicación cotidiana en el estudio del derecho penal contemporáneo, siendo estos: “El bien jurídico: definido como el concreto interés social, individual o colectivo, protegido por el tipo”. “El sujeto activo: es toda persona que concretiza el específico contenido semántico de cada uno de los elementos incluidos en el particular tipo”. “Sujeto pasivo: es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro en el caso particular”. “Lesión o puesta en peligro del bien jurídico: es la destrucción, disminución o comprensión del bien. Peligro de lesión es la medida de probabilidad asociada a la destrucción, disminución o comprensión del bien jurídico”.

Estos elementos son uno descriptivos y otros normativos. Los descriptivos son cuando el legislador se refiere a seres, objeto o actos que en general son percibidos por los sentidos, en los elementos normativos, en cambio, se debe hacer un juicio de valor. El juez se debe remitir a normas y padrones valorativos extraños al tipo penal, que se encuentran en otros ordenamientos de orden jurídico, como la ética social vigente en la sociedad o en los usos y costumbres, tal como lo indica Donna (1995).

También existe clasificación del tipo penal. Esta clasificación se realiza con base en diversos criterios, sin embargo, únicamente se tratan los más importantes. Muñoz Conde realiza una clasificación atendiendo al sujeto activo, a la conducta y al bien jurídico. En relación con el sujeto activo Muñoz (2010) refiere:

Sujeto activo: El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquel que precisamente realiza la acción prohibida u omite la acción esperada. Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como 'el que' o 'quien'. En algunos tipos delictivos se plantean, sin embargo, algunas cuestiones en relación con el sujeto activo. En primer lugar, están los delitos plurisubjetivos, en los que el tipo exige la concurrencia de varias personas, bien concurriendo uniformemente para la consecución del mismo objeto, como sucede en los delitos de convergencia... como en los delitos de encuentro... En algunos casos la ley exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito. Nos encontramos entonces con los llamados delitos especiales, donde el sujeto activo solo puede serlo aquella persona que, además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo (por ejemplo, 'deudor'... 'funcionario público'. Los delitos especiales se dividen en delitos especiales propios e impropios (p. 47).

En relación con la clasificación atendiendo a la conducta, Muñoz los clasifica en delitos de mera actividad y delitos de resultado, simples y compuestos; los compuestos se dividen en complejos y mixtos. También los divide en función de la relación psicológica entre el autor y su acción o resultado, surgiendo así los delitos dolosos y los delitos imprudentes.

En cuanto al bien jurídico los clasifica en de bienes jurídicos individuales y bienes comunitarios también llamados supraindividuales. Por otra parte, muy importante es hoy en día el concepto de víctima o perjudicado del delito, que ha dado lugar al nacimiento de una rama de la criminología, la victimología, preocupada por la debida atención y asistencia a las personas sobre las que recaen los efectos negativos del delito (p. 49).

Para pasar a la siguiente categoría del delito, se hace mención de lo que Donna (1995) indica al referirse al enlace que puede existir entre el tipo y la antijuridicidad, ya que se dice que la tipicidad es un indicio de antijuridicidad. El tipo penal permite un juicio

provisional sobre la antijuridicidad del hecho, ya que por ser acciones encerradas y seleccionadas –sistema discontinuo de ilicitudes- para que garantizan la seguridad jurídica, dan un primer panorama sobre la antijuridicidad. Como normalmente se sostiene, la tipicidad es un indicio de antijuridicidad, que se afirma, de manera concluyente, en el caso de no existir ninguna causa de justificación.

### **iii. Antijuridicidad**

La tercera de las categorías de la estructura de la teoría del delito es la antijuridicidad; esta categoría también ha sido conceptualizada de diferentes maneras por las distintas corrientes doctrinarias, sin embargo, todas coinciden en que antijuridicidad es la conducta contraria a derecho.

En cuanto a la antijuridicidad manifiesta Donna (1995) que:

El tipo en la teoría de Beling, estaba claramente purificado de todo momento relativo a la antijuridicidad. Esta simpleza de Beling cede cuando se descubren los elementos normativos del tipo, con lo cual, en este punto, la teoría también vio dificultades. De todas formas, la antijuridicidad tenía un contorno normativo ajeno al concepto naturalista del sistema. De modo que, para que coincidiera con el positivismo que imperaba en la época, la antijuridicidad no era otra cosa que lo que contrariaba al derecho positivo, lo que la caracteriza como formal. De todas maneras, el sistema era sencillo, ya que solo había que constatar la ausencia de las causas de justificación. Según Schünemann, las ideas de Welzel no solo amplían las categorías de la teoría neokantiana había logrado, sin que se subjetiviza el injusto, de tal modo que se exige también el tipo subjetivo en las causas de justificación, que conllevan como mínimo, que el sujeto tenga voluntad de defenderse. Con la teoría de Roxin, la antijuridicidad toma otro camino, de modo tal que, como los otros escalones de la teoría del delito, ellas estarían influenciadas por la política criminal (p. 122).

La construcción dogmática de la teoría del delito es progresiva y al verificarse que una acción es típica, el siguiente paso es establecer si esa acción es antijurídica y en ese sentido se manifiesta Muñoz (2010) quien indica:

Una vez afirmada la tipicidad, del caso real concreto, es decir una vez comprobado que el caso es subsumible en el supuesto de hecho del tipo de delito previsto en la norma penal, el siguiente paso, en orden a la averiguación de, si ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la antijuridicidad, es decir la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito. El termino antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuridicidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo” (p. 81).

Sobre los conceptos de antijuridicidad e injusto penal, en el derecho penal e emplean como términos que significan lo mismo, sin embargo, Muñoz (2010), nos aclara que no es de esa manera como deben emplearse estos términos, indicando:

Ambos términos deben diferenciarse. La antijuridicidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción calificada como antijurídica: lo injusto es, por tanto, la conducta antijurídica misma (p. 82).

La antijuridicidad tiene dos manifestaciones, una formal y otra material, así lo refiere Muñoz (2010) y en el mismo sentido se manifiesta Donna (1995). Ambos coinciden en que a la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuridicidad formal, en cambio, la antijuridicidad material tiene que ver con el bien jurídico protegido por la norma. La esencia de la antijuridicidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción.

Muñoz (2010) refiere que la ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuridicidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido por dicho tipo. Pero, junto a la lesión, en el derecho penal, se castiga también la puesta en peligro de bienes jurídicos. En el moderno derecho

penal, se tiende a dar mayor importancia al desvalor de la acción, haciendo recaer el acento en la peligrosidad.

Girón Palles (2013) indica que la antijuridicidad tiene tres funciones, siendo estas:

A) Función del juicio de antijuridicidad se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir, a la determinación de si concurren o no alguna causa de justificación. B) Modificación del injusto penal por la disminución de responsabilidad penal, y se desarrolla en el artículo 26 incisos 2o y 14o del Código Penal. En el primer caso hay una causa de justificación incompleta, y en el segundo, una incompleta por analogía. C) La graduación de la responsabilidad penal de manera genérica en todas las atenuantes y agravantes contempladas en los artículos 26 y 27 del Código Penal (p. 55).

Las causas de justificación que el Código Penal guatemalteco regula son: Artículo 24. 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 impedir la 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 concurren 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 (Decreto 17-73, art. 24).

Sobre este punto, Donna (1995) refiere que:

En principio la norma es incondicional, pero debe tenerse en cuenta las condiciones valorativas, por lo cual no se exige la vigencia absoluta en todas las situaciones de conflicto que se den en la realidad. Dicho en términos más claros, la norma solo se aplica incondicionalmente en los casos de normalidad. La norma se aplica en todos los casos normales. En algunos casos, el bien jurídico, renuncia a la protección normativa o retrocede ante la presión que ejercen sobre él intereses más importantes en el caso concreto. El bien que deja de ser merecedor de protección atrae la norma hacia sí y con ello la norma retrocede: ella ya no exige seguir protegiendo al bien jurídico, ni tampoco mantener el juicio de desvalor para el caso de ataque a este. El tipo deja entonces de tener el indicio de antijuridicidad que cargaba y pasa a ser una forma hueca; como consecuencia la acción es lícita (p. 128).

Esto sucede porque existe una causa de justificación que así lo establece y en ese sentido se pronuncia Muñoz (2010):

El ordenamiento jurídico no solo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan a realizar un hecho, en principio, prohibido. En algunos casos concretos el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan, en estos casos, el indicio de antijuridicidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación, es decir, por una causa de exclusión de la antijuridicidad que convierte el hecho, en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico (p. 89).

Para que pueda configurarse el concepto de delito, es necesaria la existencia de una conducta humana traducida en acción u omisión, que encuadre en uno de los tipos penales regulados en la legislación y que sea antijurídica en la que no concurra alguna causa de justificación.

Las causas de justificación son condiciones que justifican el actuar de la persona en una conducta inicialmente prohibida, pero que al concurrir situaciones justificantes su



actuar es lícito. Este acto justificado prácticamente es un permiso del orden jurídico para obrar como lo hizo.

El fundamento de las causas de justificación estriba en ser el medio para alcanzar el fin de convivencia que el Estado regula. Al respecto, Zaffaroni, indica: “Es difícil señalar un fundamento para todos los tipos permisivos, aunque la teoría del ‘fin’ puede ser un indicador: el fin de coexistencia demanda que en ciertas situaciones conflictivas se concedan derechos a realizar conductas antinormativas, los que tiene por límite el propio fin que emergen”.

Girón Palles (2013) indica que las causas de justificación tienen elementos, siendo estos, el elemento objetivo y el elemento subjetivo:

El primero es la existencia objetiva de la situación justificante, el segundo se refiere a que es necesario que el autor la conozca y actúe en congruencia con ella para repeler o evitar el mal. Este elemento es parecido al dolo, pues se requiere conocimiento y voluntad. El desconocimiento de alguno de los elementos, ya sea objetivo o subjetivo, tiene sus efectos en la graduación de la culpabilidad, ya sea por tratarse de una causa de justificación incompleta o un error de prohibición, que serán tratados en el tema de la culpabilidad, pues los efectos son la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal (p. 60).

#### **iv. Culpabilidad**

La cuarta categoría de la teoría del delito es la culpabilidad, es la categoría del delito que quizá más controversial ha sido, atendiendo a las corrientes doctrinarias que la han analizado.

Como se ha mencionado, la construcción progresiva de la existencia o no del delito conlleva a establecer que, si una acción es típica y antijurídica, se tendrá que analizar si la misma es culpable, es decir, que quien la ha cometido reúna las condiciones para ser declarado de esa manera. Hurtado (2000) lo explica de la siguiente forma:

La constatación de la tipicidad y de la antijuricidad de un acto no implican necesariamente la punición del agente: este debe ser declarado responsable. La responsabilidad significa que el autor es culpable y que la sanción penal es

necesaria de acuerdo con la necesidad de prevención deducida de las condiciones previstas en la ley. Actúa culpablemente quien comete un acto ilícito (típico y antijurídico) y que, en la situación concreta, era un destinatario capaz de comprender el mandato contenido en la norma y capaz de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. Esto significa que tenía, en principio, la posibilidad de comportarse conforme a derecho (p. 268).

Siguiendo con el análisis de esta categoría del delito, autores como Muñoz (2010) indican que la culpabilidad:

Es una categoría cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos referidos al autor de delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, son también necesarios para la imposición de una pena. Se emplea la expresión culpabilidad como el conjunto de condiciones que permite declarar a alguien como culpable o responsable de un delito. Actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico tipificado en la ley penal como delito, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir conforme a derecho (p. 120).

El autor guatemalteco doctor Girón Palles (2013) hace un análisis de la culpabilidad, básicamente en el mismo sentido que los autores anteriormente citados, esto atendiendo a la forma en que se analiza en contenido y función a esta categoría del delito, refiere que:

Actualmente, la culpabilidad puede definirse como un juicio de reproche, siempre y cuando el sujeto tenga capacidad para motivarse o determinarse de acuerdo con la comprensión de sus acciones, que además tenga conocimiento de la antijuridicidad de la conducta realizada, y que al sujeto le era exigible obrar de otro modo, y no como lo hizo. Cumpliendo estas circunstancias, se puede imponer una pena a la persona.

En sentido contrario, la conducta puede ser típica y antijurídica, pero si la persona no tiene la capacidad para motivarse por no comprender su conducta (caso de los inimputables), si el sujeto no conoce el contenido de la norma, y no le es exigible obrar de determinada conducta, los fines de la pena no se cumplirían en el condenado, y se debilita el Estado de derecho por violar el principio de culpabilidad como fundamento de la pena.

Los elementos de la culpabilidad son: a. Capacidad de culpabilidad b.

Conocimiento de la antijuricidad c. Exigibilidad de la conducta. Si concurren estos elementos de la culpabilidad, la consecuencia será la responsabilidad penal para la imposición de una pena por una conducta que se denomina derecho penal de acto, en donde se juzga y se impone la sanción que corresponde por lo que el sujeto hizo, no por lo que es (p. 74).

Al realizar un análisis histórico del concepto de culpabilidad se establece que ha sido concebida de distinta manera en cada uno de los sistemas que se han venido mencionando.

En el sistema clásico la influencia de la corriente naturalista condujo al desarrollo del concepto psicológico de culpabilidad, de acuerdo con el cual el dolo constituye una forma de culpabilidad y no solo un elemento de la misma. De esta guisa las formas de culpabilidad eran dos: culpabilidad dolosa y culpabilidad culposa. Si había identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado, es decir si el autor había conseguido provocar el resultado deseado, su culpabilidad era dolosa, la cual se consideraba la especie más perfecta de culpabilidad, porque supone la relación psíquica completa entre el hecho y su autor. En cambio, a la culpa se le consideraba como una conexión síquica imperfecta con el hecho (Díaz-Aranda, 2000, p. 10).

Al analizar la culpabilidad en el sistema neoclásico se establece que esta tuvo un cambio en su composición, al incluirse un juicio normativo, Díaz-Aranda (2000) indica acerca de la culpabilidad en el sistema neoclásico.

El sustento psicológico de culpabilidad fue modificado, al incluirse, además, un juicio de carácter normativo. De esta suerte el sustento de la culpabilidad era mixto: psicológico y normativo. Por ello, el dolo, cuyo contenido es psicológico ya no podía seguir siendo el único fundamento de la culpabilidad y pasaba a ser solo uno de sus elementos. El significado de culpabilidad se reinterpreto y pasó a conformarse de tres elementos: a saber: la imputabilidad, entendida como capacidad de culpabilidad, es decir, como presupuesto de una voluntad defectuosa reprochable. El dolo o la culpa como voluntariedad defectuosa. El conocimiento propio del dolo, o su posibilidad en la imprudencia, para ser defectuosos han de referirse tanto a los hechos como a la significación antijurídica. Ausencia de causas de exculpación

(como estado de necesidad exculpante), cuya presencia impediría la reprochabilidad de la voluntad defectuosa por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a derecho (p. 30).

En la teoría final de la acción, la culpabilidad fue concebida como un juicio puramente normativo. Así lo refiere Díaz-Aranda (2000):

En dicho juicio normativo había una doble relación: 1) La acción del autor no es la exigida por el derecho 2) el autor pudo comportarse conforme a lo dispuesto por la norma. Por ello se habla de un reproche personal contra el autor, quien no se comportó conforme a la norma pese a haber estado en condiciones de hacerlo. En palabras de Welzel “objeto del juicio de reproche de la culpabilidad es la resolución de voluntad jurídica; esta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de su acción y en que dicha conciencia podía convertirse en un contramotivo determinante del sentido”. Por ende, los elementos que conforman a la culpabilidad son: la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, la falta de excluyentes de la culpabilidad. Esta estructura tiene como consecuencia sistemática que la concurrencia del dolo o la culpa no presuponen la existencia de la culpabilidad, pues tanto el dolo como la culpa se analizan y conforman el tipo. Por ello, el autor puede haber realizado una conducta típica dolosa y, sin embargo, no ser culpable por no tener la conciencia de antijuridicidad de su conducta (p. 60).

El funcionalismo ha innovado la culpabilidad y la amplía a la categoría de responsabilidad la cual se compone de culpabilidad y necesidad de imposición de la pena. Es sobre esta categoría del delito en la que Roxin propone un cambio, indicando que sobre esta categoría deben aplicarse criterios político-criminales. En ese sentido, Díaz-Aranda (2000) indica:

- a) Culpabilidad. El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho.
- b) Necesidad de la pena. Indudablemente la mayor aportación de la teoría

funcional es la dirección política criminal que ha dado a la pena, la cual marca una directriz de interpretación dogmático-jurídica y no al revés como se venía realizando. Es decir, si antes importaba más el análisis de los elementos del delito y la determinación de la pena era una cuestión secundaria, ahora se debe tener en cuenta primero cuáles son los fines de la pena para determinar si la interpretación dogmática que se realiza es acorde a sus resultados con dichos fines.

#### **v. Penalidad**

La última de las categorías de la teoría del delito es la punibilidad. Algunos autores indican que la pena no parte integrante de la misma, indican que aún sin que se imponga una pena, una vez haya una conducta, típica, antijurídica y culpable, habrá delito, aunque no se imponga una pena, esto derivado de otra institución penal, conocida como excusas absolutorias.

Girón Palles (2013) al respecto indica:

Denominada también penalidad, no se incluye dentro de los elementos del delito, como la acción típica, antijuricidad y culpabilidad. La punibilidad se refiere a una serie de circunstancias necesarias para la imposición de una pena, o bien excluyen la sanción penal pese a tratarse de una conducta típica, antijurídica y culpable. Estas circunstancias o situaciones tienen un fundamento político criminal en un no merecimiento de la pena, en casos específicos.

Estas circunstancias o situaciones de penalidad se pueden clasificar en condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias.

Las condiciones objetivas de punibilidad son: determinados requisitos que se refieren al aspecto material del tipo penal, sin pertenecer al tipo penal o al dolo, condicionan en determinados tipos penales la imposición de una pena, e incluso, la persecución penal que tienen los mismos efectos.

Las excusas absolutorias son: son circunstancias personales relacionadas con el parentesco, o con la función que desempeñan determinadas personas en donde se considera innecesaria la imposición de la pena (p. 92).

Es necesaria una categoría donde se puedan incluir elementos adicionales y excepcionales que son necesarios analizar, pero que no se incluyen en las otras

categorías del delito, atendiendo a que se trata de una función político-criminal, es categoría es la penalidad o punibilidad como otros autores la llaman.

Muñoz (2010) refiriéndose a esta categoría del delito indica que:

La penalidad es, por tanto, una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del derecho penal, pueden exigir o para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que solo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, solo se exigen en algunos delitos concretos (p. 158).

## **2. La culpabilidad y su relación con pena**

La culpabilidad como se ha mencionado, se relaciona con la pena, dado que, dependiendo del grado de culpabilidad, así será la intensidad de la pena, así lo han concebido las diferentes corrientes doctrinarias que hasta aquí se han estudiado. Sin embargo, como lo indica Díaz-Aranda (2000), la culpabilidad sirvió hasta antes del sistema funcional como criterio de medición de la pena:

Hacia arriba (el monto máximo de merecimiento de la pena) y hacia abajo (el mínimo a imponer). Por ello suponía que una vez confirmada la culpabilidad se debía imponer necesariamente una pena, aunque fuera mínima. Con el funcionalismo, en cambio, la culpabilidad sigue siendo la medida de la pena hacia arriba (no puede pasar el máximo de su culpabilidad) pero deja de ser determinante hacia abajo. Me explico: una conducta puede ser típica, antijurídica y culpable y sin embargo no ser punible cuando los fines de la pena así lo indican, quedando excluida, por tanto, la responsabilidad como categoría del delito.

Por ejemplo, cuando se trata de un pequeño robo, de un sujeto que no necesita ser resocializado; es más, su reclusión crearía más perjuicio que beneficio tanto a él como a la sociedad, resultaría que la prevención especial quedaría excluida y también lo sería la prevención general negativa si esa conducta, además, no causa alarma social y por tanto no resulta necesaria su sanción para confirmar la observancia de dicha norma por el resto de la sociedad. Ante supuestos como este, el sistema funcional opta por acudir a otro tipo de penas, como pudieran ser las económicas y administrativas, y reducir al máximo la imposición de la pena de

prisión (p. 108).

Con el concepto anterior sobre el criterio político-criminal de la pena es que surge la propuesta de que quien ha cometido un delito, al realizar la reparación a la víctima del daño causado por la comisión del delito, pueda disminuirse la pena. Esta es la propuesta central de esta investigación, ya que como es sabido, muchas veces reos primarios han cometido un delito y se reúnen todos los presupuestos para ser condenados por reunirse todos los elementos del delito que se les ha atribuido, no obstante lo anterior, la imposición de una pena de prisión resulta ser más perjudicial para esa persona, porque prácticamente esa persona no necesita ser resocializada o readaptada a la sociedad, porque su participación en el hecho es mínima y al ser sometido a una pena de prisión, en vez de readaptarlo a la sociedad se le esta desocializando, alejándose en la práctica de los fines que la pena debería tener en esa persona.

Al respecto, Donna (1995) indica que:

Se debe analizar la culpabilidad como base para medir la pena, esto es, que al momento de la pena no solo se deben aplicar según criterios de prevención sino que, por principios constitucionales y por los tratados de derechos humanos, actualmente de jerarquía constitucional, la culpabilidad debe ser analizada en función de la relación del autor con su hecho, la forma de comprender lo desvalioso del acto y la internalización de las normas (p. 182).

Roxin es quien ha transformado el concepto de culpabilidad llevando ese concepto más allá de lo que hasta en la teoría finalista se había estudiado, incorporándolo en una nueva categoría a la que denomina responsabilidad:

Esta categoría responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto. Pues bien, el legislador –al igual que el juez interpreta su voluntad- solo puede deducir esa respuesta de los postulados de la teoría del fin de la pena, pues desde el punto de vista de una teoría racional de la imposición de la pena no puede haber otra base distinta para la decisión. El grado de la responsabilidad es, por tanto, el ámbito en el que la política criminal referida al autor penetra directamente en la dogmática del derecho penal. En la medida en que el contenido de los fines de la pena es determinado conjuntamente por conocimientos criminológicos, sociológico-jurídicos y filosófico-

jurídicos, tropezamos aquí con esa estrecha relación entre dogmática y ciencias básicas, sin cuya consideración una obra articulada se petrifica muy fácilmente, convirtiéndose en lógica conceptual formal. Pues bien, por lo que se refiere a la teoría del fin de la pena, hoy con todas las diferencias de opinión que por lo demás existen, la concepción dominante, de modo casi general, es que solo cabe imponer una pena cuando ello sea imprescindible por razones de prevención especial o general para mantener el orden social pacífico.

También los defensores de un derecho penal de la culpabilidad parten, pues, de la base de que la culpabilidad del autor es una condición necesaria, pero en modo alguno suficiente para imponer una pena. Es cierto que la mayoría de las veces este punto de vista se emplea como directriz para establecer los tipos penales bajo aspectos legislativos predogmáticos; pero también ha de tener la misma validez exactamente a la hora de decidir sobre la punibilidad del autor que actúa injustamente, porque sin su concreción en el caso concreto la teoría del fin de la pena sería ineficaz, en definitiva (Roxin, 1981, p. 73).

El mismo autor Roxin (2000) indica:

La culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena. Si se comprueba, en efecto, que el actuar del autor era erróneo desde el punto de vista de la regulación social de conflictos, queda todavía responder para la labor dogmática la ulterior cuestión de si la conducta merece una pena (p. 89).

Jakobs, Günther (1992) también se pronuncia en el mismo sentido, indicando que:

Como fundamento de la necesidad de vincular la legitimidad de la pena a un reproche, esto es, como razón del principio de culpabilidad, se aduce que solo de esta manera puede evitarse la instrumentalización de la persona al imponerle una pena. En este sentido, se argumenta que quien impone una pena sin que la persona que va a ser castigada merezca un reproche por el hecho cometido, o en todo caso, cuando merece un reproche menor que el que correspondería a la medida de la pena, incluye a aquella persona -a diferencia de lo que ocurre en el caso de la pena merecida- entre los objetos del derecho de cosas. Dicho de otro modo: se argumenta que la pena no debe regirse exclusivamente por la utilidad



pública que se espera de ella, sino que debe mantenerse dentro del marco de la culpabilidad del autor (p. 1052).

Jurídicamente esto tiene un sustento y se encuentra en el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, entendiéndose esto, como la función que la pena debe cumplir en las personas condenadas.

### **3. Causas que modifican la responsabilidad penal**

Las causas que modifican la responsabilidad penal, básicamente, tienen influencia en la determinación de la pena, ya sea para aumentarla o para disminuirla entre los límites permitidos por la ley, algunas afectan la categoría de la antijuridicidad, otras de la culpabilidad y algunas otras han sido incorporadas por razones de política criminal de cada uno de los Estados.

Muñoz (2007) respecto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal indica:

Las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal son elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito, sino solo la gravedad de su pena. Es decir, no son aspectos que hagan cambiar la sustancia del delito. Al fin y al cabo, este existe de igual forma se aprecien o no. Por eso podemos decir que se caracterizan por su accesoriedad o accidentalidad, que repercute sobre la menor necesidad de reacción punitiva del *ius puniendi*. Las circunstancias modificativas son pues, situaciones que rodean (*circum-stare*: estar alrededor) a la realización del hecho o que suponen la concurrencia de especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable. Por tanto, su toma en consideración exige, obviamente la previa comprobación de la existencia del delito con todos los elementos (p. 473).

Rodríguez Collao (2011) cita a Rivacoba, en cuanto a intentar definir esta institución jurídico penal e indica:

Es tan escasa la atención que ha merecido el tema de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, que prácticamente no existe una

definición que logre expresar su verdadero sentido. Si bien la doctrina registra un número importante de definiciones, la mayor parte de ellas no consigue distinguir con claridad el plano material, representado por el antecedente fáctico en que se funda cada una de las circunstancias, y el plano jurídico, es decir, el relativo al papel que ellas desempeñan y a los efectos que producen, los cuales generalmente aparecen confundidos.

Desde el punto de vista material, las circunstancias, según explica Cerezo Mir, consisten en un hecho, relación o dato concreto, que el legislador tiene en cuenta para los efectos de graduar la responsabilidad penal.

El componente fáctico de esta clase de circunstancias, en efecto, no siempre está relacionado con la conducta delictiva, ni consiste en un acto voluntario de las personas que toman parte en su ejecución, sino que en muchos casos está constituido por una situación o relación preexistente al delito, o incluso posterior a él; y, en general, por cualquier antecedente que tenga la virtud de traducir los propósitos de concreción de la responsabilidad penal. Desde un punto de vista jurídico, ahora, es efectivo que estas circunstancias no se proyectan sobre el ámbito de la infracción delictiva, sino sobre el de sus consecuencias (p. 406).

En el análisis, se encuentra que clasifica las circunstancias modificatorias, atendiendo a diversos puntos de vista, Rodríguez Collao (2011) indica:

Si bien, en términos generales existe consenso en cuanto a las categorías que derivan de tales clasificaciones, no ocurre lo mismo con la terminología utilizada para designarlas. Así, por ejemplo, es corriente el empleo del término especial para referirse tanto a aquellas circunstancias que tienen un ámbito de aplicación restringido a determinados delitos, como también para designar a aquellas que producen un efecto, de mayor intensidad en cuanto a la atenuación o agravación de la pena, que el común de las circunstancias. Sin duda el principal esquema de clasificación es aquel que atiende a los efectos que dichas circunstancias producen sobre la pena. En este sentido, se acostumbra a distinguir entre circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas, según aumenten o disminuyan la intensidad de la reacción sancionatoria, reservándose la última denominación para

aquellas figuras que producen alternativamente, uno y otro efecto, dependiendo de la naturaleza del delito al cual acceden (p. 411).

El mismo autor, Rodríguez Collao (2011) realiza la clasificación de estas circunstancias, atendiendo a diversos factores, siendo las siguientes:

Desde el punto de vista de su aplicación: generales y específicas; atendiendo a sus efectos: comunes y especiales; para determinar su comunicabilidad o incomunicabilidad: personales y materiales; atendiendo al momento en que ocurre el hecho o situación: antecedentes, concomitantes y consiguientes.

En cuanto a su naturaleza, desde el punto de vista dogmático indica que el fundamento de las circunstancias modificatorias no debe buscarse en factores extrajurídicos, sino en conceptos vinculados con los propios elementos de la estructura del delito –especialmente en la mayor o menor magnitud de lo injusto y de la culpabilidad– o bien, en factores político-criminales, generalmente incorporados a la sistemática del delito a través de la inclusión en ella de la categoría de la punibilidad (p. 413).

#### **a. Atenuantes**

El Código Penal guatemalteco (Decreto 17-73 art. 26) desarrolla las circunstancias atenuantes, siendo las siguientes: inferioridad psíquica, exceso de las causas de justificación, estado emotivo, arrepentimiento, reparación del perjuicio, preterintencionalidad, presentación a la autoridad, confesión espontánea, ignorancia, dificultad de prever, provocación o amenaza, vindicación de ofensa, inculpabilidad incompleta y atenuantes por analogía.

#### **b. Agravantes**

El Código Penal guatemalteco (Decreto 17-73 art. 27) desarrolla las circunstancias agravantes, siendo las siguientes: motivos fútiles o abyectos, alevosía, premeditación, medios gravemente peligrosos, aprovechamiento de calamidad, abuso de superioridad, preparación para la fuga, artificio para realizar el delito, cooperación de menores de edad, interés lucrativo, abuso de autoridad, auxilio de gente armada, cuadrilla, nocturnidad y despoblado, menosprecio de autoridad, embriaguez, menosprecio al ofendido, vinculación con otro delito, menosprecio del lugar, facilidad de prever, uso de medios publicitarios, reincidencia, habitualidad.

También existen circunstancias mixtas, estas las regula el Código Penal guatemalteco en el artículo 31. Podrán ser apreciadas como circunstancias atenuantes o agravantes, según la naturaleza, los móviles o los afectos del delito: ser el agraviado cónyuge o concubinario, o pariente del ofensor por consanguinidad o por afinidad dentro de los grados de ley; así como las relaciones del respeto, amistad, gratitud, dependencia u hospitalidad que existan en el imputado con respecto al ofendido.

En caso de error en persona, para la sanción no se tomarán en cuenta las circunstancias agravantes que provengan de la naturaleza del ofendido o de vínculos con este. Las circunstancias atenuantes concurrentes si el delito lo hubiere cometido en la persona, contra quien se lo había propuesto, se apreciarán en favor del responsable (Decreto 17-73 art. 31).

#### **4. De la teoría de la pena**

Es tal la importancia de la pena en el derecho penal que se han desarrollada diversas teorías sobre la misma, de forma sintetizada se hará mención de cada una de ellas. Este tema es de vital importancia para la presente investigación, porque la propuesta incide directamente en su determinación, ya que si se establece la reparación de daño como una atenuante muy calificada, el juez al momento de imponer a pena pueden disminuirla, aplicando esa atenuante.

Roxin (1993) indica al referirse a la pena como el pilar principal, sobre la cual se pretende controlar el comportamiento del ser humano en sociedad indica:

Que la tarea del derecho penal, esto es, las normas penales, debe ser distinguida de la finalidad de la pena a imponer en el caso concreto. Si el derecho penal debe servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, y de este modo, al libre desarrollo del individuo y al mantenimiento de un orden social basado en este principio, mediante esta determinación de tareas, en principio, solo se establece qué conductas pueden ser amenazadas con pena por el estado (p. 15).

Roxin (2000) indica que la prevención de delitos debe ser el principal fin de la pena, es decir que única y exclusivamente tendrá justificación si se enfoca en ese sentido, indica Roxin:

El fin de la pena se desplaza en esta fase de la retribución a la prevención. La idea metafísica de que la culpa puede expiarse mediante la retribución es sustituida

ahora por la tarea social de la prevención de delitos. Característico de esta tendencia, que naturalmente solo se impone en la legislación y jurisprudencia de una forma tímida que aglutina los distintos aspectos de la pena, es el Proyecto Alternativo de 1966, redactado por catorce profesores jóvenes en aquella época, que en su párrafo 2, apartado 1 afirmaba de forma programática: «Las penas y las medidas de seguridad sirven a la protección de bienes jurídicos y a la reinserción del autor en la sociedad» (esto es, a la prevención general y especial) (p. 18).

En se mismo sentido se pronuncia Ríos (2013) quien indica que:

Las teorías de la pena son propuestas legitimantes del derecho penal, teorías de la función de este y de su legitimación pues a través de ellas se intenta dar respuesta a la pregunta de para qué y bajo qué condiciones es legítima la imposición de una pena. El derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación de las leyes penales conforme a la Constitución y su legitimación material viene de la mano de las teorías de la pena (p. 26).

#### **a. Concepto de pena**

Al buscar conceptos sobre pena, se encuentra que el autor guatemalteco doctor Girón Palles (2015) indica que:

Son sinónimos del vocablo pena, la aflicción, preocupación, sufrimiento, castigo, como estados emocionales o físicos de una persona, que no difieren del concepto pena criminal como resultado o consecuencia jurídica por haber realizado el supuesto de hecho de un tipo penal. En la estructura de la norma penal, es la consecuencia jurídica.

En el derecho penal, una de las consecuencias jurídicas son las penas criminales para las personas imputables y las medidas de seguridad para las inimputables. Otra de las consecuencias jurídicas es la reparación a la víctima o sus familiares de sus derechos afectados por el delito, que puede ser material como el pago de daños y perjuicios, e inmateriales para reparar el daño moral ocasionado.

La pena criminal estriba entonces, en una privación de derechos impuesta a la persona que fue declarada penalmente responsable (p. 6).

## **b. Fines de la pena**

La pena debe responder única y exclusivamente a esa tarea estatal que consiste en proteger los bienes jurídicos. En ese sentido, manifiesta Ríos (2013) al indicar que:

Cualquiera fuere el parecer acerca de sus fines, indiscutiblemente la pena permite responder convenientemente ante los comportamientos que hacen peligrar o lesionan la relación armoniosa dentro de la sociedad. Por su carga o contenido negativo, por ejemplo, la privación de libertad, la pena debe estar suficientemente fundamentada como igual debe estarlo la función que ella cumple y los fines que persigue. La fundamentación se refiere a su justificación, legitimación o esencia, y su función a la finalidad última e ideal para la que ella se impone, y sus fines a los objetivos empíricos e inmediatos a los que para cumplir su función se halla dirigida, lo que permite afirmar que la función de la pena es tutelar o proteger jurídicamente bienes e intereses y sus fines la prevención general y especial, como también, en algún tiempo, la retribución. La pena se legitima por ser necesaria socialmente, en tanto, aún atribuyéndole una fundamentación ética, es un control social y una institución imprescindible que da una solución efectiva a los conflictos sociales (p. 81).

Claro está, que la pena tiene características propias que fundamentan su aplicación, de esa cuenta que diversos autores han estudiado esas características las cuales son de importancia mencionar. Ríos (2013) señala que:

La pena reúne o debe reunir ciertas características, tales como; de ser personal, necesaria y suficiente, pronta e ineludible, e individualizada. Personal porque importa que ella solamente puede afectar a la persona que cometió el delito. La necesidad atañe a que la pena debe no solo ser merecida por haberse cometido un delito sino que, asimismo, ser necesaria para alcanzar cuáles son sus fines, sin que estén en consecuencia justificadas penas inútiles, y la suficiencia permite encuadrar las penas en unos contornos que no siempre coinciden con el criterio de necesidad, pudiendo la pena necesaria tener déficit de suficiencia por exceso o bien porque no alcanza una medida determinada. Como la pena no se impone a hechos sino a personas concretas, se exige su individualización, la que consiste en un proceso tendente a tomar la pena abstracta y mediante sucesivas concreciones adaptarla a las necesidades suscitadas por el caso en cuestión (p.

82).

### **c. Principios para la determinación de la pena**

Los principios para la determinación de la pena también ha sido estudiados por diversos autores. A continuación se citan algunos que, en términos sencillos y prácticos, brindan una explicación a esos principios determinantes de la pena. Rios (2013) por ejemplo, indica que

Son principios informadores de la pena los de legalidad, este en cuanto a las garantías penal, jurisdiccional y de ejecución, proporcionalidad, resocialización y humanización. Por el principio de legalidad, en virtud de la garantía penal, solo puede el juez disponer pena en tanto esté ella legalmente establecida antes de la comisión del delito. Conforme al principio de proporcionalidad, la pena debe ser la más idónea para cumplir sus fines, lo que obliga a elegir la que resulte más adecuada como también resolver con igual criterio la conveniencia de que intervengan otros órdenes sancionatorios menos gravosos. Por el principio de resocialización, la pena exige un compromiso de la Administración para favorecer la reinserción pacífica y libre del condenado en la sociedad jurídica o bien, cuando ello no es factible, buscar los medios a través de los cuales se puedan neutralizar los efectos negativos de las penas, lo que se materializa cuando se establecen, por ejemplo, penas alternativas, tiempos mínimos de duración de algunas penas. Por el principio de humanización, la pena no tan solo ha de ser proporcionada, sino que ha de ser igualmente lo menos dolorosa para el condenado (p. 83).

Girón (2015) desarrolla otros principios, adicionales a los que ya se citaron, siendo estos:

Principios de determinación, de certeza y taxatividad. Estos principios no están específicamente regulados en la legislación guatemalteca, sino que se infieren del artículo 17 constitucional. La determinación de las conductas y las penas son garantía de claridad y precisión que deben tener las leyes penales para que no sean inciertas y arbitrarias. Las normas penales deben tener certeza con la máxima precisión (*lex certa*) que denominamos principio de taxatividad, tanto en la determinación de la conducta, o tipicidad, como de la pena a imponer y por la otra, dirigido al juez, exigiendo una aplicación estricta (*lex stricta*) a la ley cierta. Prohibición de analogía. Como una derivación del principio de legalidad y por el

carácter de reserva de ley, los jueces y fiscales no pueden crear tipos penales, ni aplicar sanciones que no estén previstas en el tipo (p. 10).

#### **d. Teorías absolutas**

Girón (2015) indica que “las teorías absolutas son las que definen a la pena como una retribución o castigo que se impone al delincuente por el daño causado al bien jurídico” (p. 16).

En el mismo sentido se pronuncia Ríos (2013):

En las doctrinas absolutas, la pena se legitima en el delito cometido constituyendo «la condigna retribución de la violación del derecho cometida por el delincuente». La pena no tiene una función social sino una razón de justicia, se castiga *quia peccatum est* o porque se ha delinquido. La ocurrencia de un delito basta para que sea aplicada una pena, independientemente de que esta sea útil o no. La pena no es un medio y se entiende como un fin en sí misma, no siendo necesario referirla a objetivos prácticos o resultados concretos para justificarla y, en consecuencia, se retribuye el mal por el mal, *malum propter malum, bonum propter bonum*, y de ahí el nombre de retribucionismo para significar estas doctrinas.

Roxin (1993), al referirse a las teorías absolutas, manifestando su total rechazo a estas teorías, dado que en la actualidad, según su postura, no son sostenibles porque desde esta perspectiva la pena no estaría ejerciendo su función de protección de bienes jurídicos, dice:

La concepción de la pena como una retribución compensadora es conocida, en su objeto, desde la Antigüedad, y permanece vigente en la conciencia del lego, en cierta medida, como obvia: la pena debe ser justa, y esto presupone que en su duración e intensidad se corresponda con la gravedad del hecho dañoso, la pena compensa. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el antiguo principio del Tallón -ojo por ojo, diente por diente-. Considerada también históricamente, describe el desarrollo de la pena en forma absolutamente correcta, en tanto en el transcurso del desarrollo de las culturas, la pena estatal reemplazó a la venganza privada y a las luchas entre familias y tribus, de tal modo que el derecho de retribución fue trasladado a una instancia de autoridad que procede mediante reglas formales, neutralmente, y así, logra la pacificación.

De todos modos, la teoría de la retribución hoy ya no es sostenible científicamente.



Si tal como se mostró en párrafos anteriores, la misión del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de esa tarea, no puede servirse de una pena que prescinda de toda finalidad social. La idea de la retribución fomenta la pena también allí donde no es necesaria por razones de protección de los bienes jurídicos (p. 19).

#### **e. Teorías relativas**

Respecto a las teorías relativas, manifiesta Girón (2015):

Son lo opuesto a las teorías absolutas que ven a la pena para realizar la justicia como un fin en sí misma, y a la vez proteger a la sociedad, es decir un medio de prevención. La sanción tiene una finalidad tanto en la persona del delincuente como para la sociedad. Se clasifican en prevención especial que se refieren a las personas que ha cometido uno o varios delitos, y teorías de la prevención general van dirigidas a las personas que no han cometido delitos, por ejemplo, a la sociedad colectiva, o comunidad de personas (p. 17).

Al analizar la teoría de la prevención especial que tiene variante negativa y positiva, como se analiza más adelante, Roxin (1993) establece que esta es una postura opuesta a la teoría de la retribución, al respecto indica:

La teoría de la prevención especial es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución consiste en la concepción de que la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. El fin de la pena es, de acuerdo con esto, la prevención, dirigida al autor individual (especial). Por ello, según esta opinión se habla de “prevención especial” como el fin de la pena. A diferencia de la concepción de la pena retributiva “absoluta”, la teoría de la prevención especial es una teoría “relativa”, porque está referida a la finalidad de la evitación del delito (relativo viene del latín, *referre*, referirse a). Su principal sostenedor fue Franz von Liszt (1851-1919), el político criminal alemán más importante. Según su concepción, la prevención especial se puede llevar a cabo en tres formas: asegurando a la generalidad frente al autor penal mediante su encierro, intimidando al autor mediante la pena para la no comisión de otros hechos punibles, y mediante su mejoramiento, protegiéndolo de la reincidencia (p. 21).

De una forma sencilla, Ríos (2013) explica la variante de prevención especial negativa, e indica lo siguiente: “La prevención especial negativa supone que la pena actúa

sobre quien ya delinquiró cumpliendo un fin de evitar que este cometa, futuros delitos” (p. 126).

Para conceptualizar la prevención especial positiva, se cita al autor guatemalteco, doctor Girón (2015), quien indica que la “prevención especial positiva, en donde la pena es un bien para la persona que delinquiró, porque tiene como finalidad resocializar, rehabilitar, o reeducar al condenado” (p. 18).

También la teoría de prevención general es analizada por el autor guatemalteco doctor Girón (2015), quien indica que:

La prevención general no va dirigida de manera especial hacia la persona del delincuente, sino a la sociedad o comunidad, para que mediante la norma penal y la ejecución de la pena se abstengan de cometer delitos y a la vez se afiance la confianza en el sistema penal” (p. 18).

Sobre la prevención general, se divide en positiva y negativa, brevemente se analiza la diferencia entre cada una de ellas, Ríos (2013) indica:

La prevención general negativa supone que la pena, con la amenaza de su mal, coacciona a la generalidad de los ciudadanos que no han delinquirado para disuadirlos de hacerlo, es decir, mediante la amenaza e imposición de la pena se intimida a potenciales infractores de la ley.

La prevención general positiva (o *prevención de integración*) supone que la pena continuamente recuerda y hace presente la vigencia efectiva de las normas penales, ya que se contrapone al delito, que es una expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. La pena fortalece la convicción colectiva acerca de la vigencia de las normas penales, y promueve y dirige los lazos de integración social ante posibles infractores y asegura la confianza en el sistema (p. 111).

También existen teorías mixtas o de la unión, para explicarlas se recurre al autor Ríos (2013), quien indica lo siguiente:

Las teorías mixtas pretenden responder satisfactoriamente a las exigencias de justicia de las teorías absolutas y de prevención de las teorías relativas, afirmando en ello que la pena se justifica si es una retribución proporcional al mal que causa el delito y no una pura retribución de este y, además, se orienta a otros fines de prevención general y especial, como ser, respectivamente, la prevención de futuros delitos y la resocialización del autor, es decir, la pena tiene legitimidad si

es justa y útil. En estas teorías, la pena que contempla la ley o que se aplica al infractor despliega una pluralidad de funciones porque tanto retribuye como previene, a más que puede resocializar (p. 137).

#### **5. Las atenuantes y las agravantes y su relación con la determinación de la pena**

Como se mencionó brevemente al tratar el tema de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, es decir, las atenuantes y las agravantes, estas tienen mucha influencia en la determinación de la pena, algunas de estas circunstancias tienen relación con la antijuridicidad, otras con la culpabilidad y algunas otras el legislador las ha incorporado por razones de política criminal, no obstante, todas ellas son un factor que se toma en cuenta para determinar la pena. Basta darle una lectura al artículo 65 del Código Penal para saber que es así, entre los factores que el juez debe apreciar se encuentran las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia.

Rodríguez Collao (2011) sobre este tema indica lo siguiente:

En el ámbito del derecho penal, uno de los puntos que mayor dificultad ofrece en orden a su tratamiento legislativo, es el de la configuración de los criterios de atenuación y agravación de la responsabilidad criminal. En pocas materias, como en esta, el legislador se ve enfrentado al imperativo de conciliar el resguardo de los derechos personales con la necesidad de dotar a los jueces de un cierto margen de libertad que les permita adoptar decisiones justas, basadas en la realidad de cada caso concreto que les corresponda resolver (p. 420).

Indica Rodríguez que las circunstancias modificatorias se les coloca en un sistema y que cada legislación adopta uno específico, atendiendo a la configuración de tales circunstancias y a los efectos que se les asigna en el proceso de determinación judicial de la pena.

Los factores que permiten perfilar un sistema de configuración son, fundamentalmente el mayor o menor grado de libertad que se entrega a los jueces tanto en orden a los hechos específicos a los cuales pueden atribuir efecto atenuante o agravatorio, como en orden a la magnitud de tales efectos, y el mayor o menor grado de taxatividad con que la ley configura y expresa los criterios de

medición de la pena (p. 420).

Sobre la base de lo manifestado, Rodríguez realiza un esquema de los principales sistemas vigentes indicando:

a) El sistema denominado de ausencia de regulación expresa, que consiste en omitir cualquier referencia a un parámetro de medición de la responsabilidad penal basado en factores circunstanciales. En este caso, el legislador se limita a establecer el máximo de la pena que los jueces están facultados para imponer, sin especificar cuáles son los criterios que estos pueden utilizar en el proceso de determinación de la magnitud del castigo.

b) El sistema denominado de regulación genérica, que, al igual que el anterior, prescinde de señalar detalladamente un catálogo de circunstancias, pero ofrece, en cambio, ciertas pautas generales, cuya concreción para cada caso particular queda entregada de modo exclusivo al órgano jurisdiccional.

c) El sistema denominado de regulación específica, o de *numerus clausus*, que consiste en señalar en forma precisa y taxativa las circunstancias modificatorias, quedando cerrada la posibilidad de que el tribunal pueda, por vía analógica, dar cabida a cualquier otro criterio que no sean aquellos que expresamente menciona la ley.

d) El sistema denominado mixto, o de *numerus apertus*, que consiste en señalar, al igual que en el caso anterior, un catálogo de circunstancias modificatorias, el cual aparece complementado con una o más circunstancias generales, cuya amplitud permite al tribunal tomar en consideración otros factores aparte de los que figuran de modo expreso en el texto de la ley (p. 420).

Esta información respalda la propuesta de la presente investigación, ya que como se ha venido señalando, de nada sirve imponer penas de prisión de largo plazo a quien ha cometido un delito, si finalmente, el postulado de readaptación social y reeducación de los reclusos, que la Constitución Política de la República de Guatemala señala en su artículo 19, no se cumple, por eso se apuesta a que la reparación digna efectivamente realizada o la reparación del perjuicio como actualmente lo regula el Código Penal guatemalteco, sea una atenuante que atendiendo a un factor político-criminal, en pro del delincuente primario y de la víctima, sirva para reducir la pena de prisión a la persona que resulte responsable de la comisión de un hecho delictivo.

## **6. Las medidas de seguridad**

Se considera de importancia para la investigación incorporar el tema de las medidas de seguridad como otra institución del derecho penal, la cual también es una consecuencia del delito. Sin embargo, están destinadas en su aplicación a personas a quienes no se les puede imponer una pena.

Cuando el Código Penal regula las penas y las medidas de seguridad, se establece que se está ante un sistema dualista, las penas dirigidas a quien es declarado culpable y las medidas de seguridad dirigidas a quien es declarado peligroso. Es decir, se dice que es un sistema dualista porque a través de las penas y las medidas de seguridad se previene y reprime el delito.

En ese sentido Muñoz (1985) indica que: “Desde un punto de vista formal, se llama culpabilidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor del delito; se llama peligrosidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una medida” (de seguridad) (p. 52).

También Ríos (2013) se manifiesta en el mismo sentido, indicando que:

La pena es la sanción tradicional que caracteriza al derecho penal, y continúa siendo su arma tradicional, mientras que las medidas de seguridad tienen otra naturaleza porque no suponen la amenaza de un mal si se comete un hecho previsto como delito, sino que un tratamiento dirigido a evitar que el sujeto peligroso e infractor, que demostró ya su peligrosidad, contravenga otra vez la ley penal, diferencias entre penas y medidas de seguridad que tampoco pueden ocultar los importantes puntos de contacto entre ambos conceptos, en especial en cuanto a la afcción de derechos básicos que similarmente ambas pueden importar para una persona.

De la manera concebida, puede sostenerse que son derecho penal las normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencias jurídicas. Por lo mismo, igual que la pena, la medida de seguridad también está sujeta a principios, estos, concretamente, los de legalidad, irretroactividad y proporcionalidad, lo que se traduce, respectivamente, en que se aplica la medida solo si concurre el presupuesto previamente establecido por la ley.

En el Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 las medidas de seguridad están

reguladas a partir del artículo 84, en el que se regula el principio de legalidad, finaliza la regulación de las mismas en el artículo 100.

También la Ley contra la Narcoactividad Decreto 48-92, en el artículo 23 sobre las medidas de seguridad, establece este artículo:

Artículo 23. Presupuestos. Se impondrán medidas de seguridad y corrección:

a) Cuando concurren condiciones que imposibilitan la aplicación de una pena por causa de inimputabilidad.

b) Cuando la reiteración de los delitos a que se refiere esta ley hiciere presumir, fundamente la continuación de prácticas delictivas, o la realización de actividades delictivas que ponen en peligro a la sociedad, y a los bienes jurídicamente tutelados por la presente ley (Decreto 48-92, art. 23).

De la lectura del artículo se desprende que la inimputabilidad es una causa que origina la imposición de una medida de seguridad, situación que también está regulada en el Código Penal en el artículo 87 numeral 1º. Este artículo regula además de la inimputabilidad 8 situaciones más en las que se debería imponer una medida de seguridad.

La ley contra la narcoactividad en cuanto a la duración de las medidas de seguridad sí regula un plazo, al menos en su revisión, al establecer en el artículo 24 que las medidas de seguridad deben ser revisadas cada año, contrario a lo que regula el artículo 85 del Código Penal que establece que aplicarán por tiempo indeterminado.

También la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto 97-96 en el artículo 7 regula sobre las medidas de seguridad. Establece que: además de las contenidas en el artículo 88 del Código Penal, los tribunales de justicia, cuando se trate de situaciones de violencia intrafamiliar, acordarán cualquiera de las siguientes medidas de seguridad. Se podrá aplicar más de una medida... regulación que contiene una imprecisión teórica y que está alejada del fin de las medidas de seguridad que regula el artículo 88, pues como ya se analizó, están destinadas a la persona que ha sido declarada peligrosa.

## CAPÍTULO II

### La víctima y el derecho a la reparación digna

#### 1. Victimología

Al iniciar este capítulo es necesario referirse a la victimología, pues ella explica a la víctima desde el punto de vista científico, con todas sus características. La presente investigación conlleva una propuesta de respuesta efectiva a la víctima en la reparación digna a la cual tiene derecho por el daño ocasionado por la comisión de un delito en su contra, es necesario estudiarla y de ahí la importancia de referirnos a la victimología.

Esta disciplina surge al ser evidente el abandono que la víctima ha tenido a lo largo de la historia en los procesos penales y la necesidad de dejar a un lado esa práctica, la que solo en los últimos años ha ido cambiando, dándole a la víctima un papel más activo en los procesos penales. Laguna Hermida (2008) indica que “ni siquiera la victimología, que en sus primeras andaduras estuvo más preocupada por estudiar la posible participación de la víctima en el hecho criminal, se ocupó de cubrir este vacío como consecuencia de la predominancia, por aquel entonces, de arraigados planteamientos criminológicos” (p. 12).

Según Rodríguez Manzanera (2002) se concibe a la victimología como “el estudio científico de la víctima, entendiendo por “víctima” a todo aquel que sufre un daño por acción u omisión propia o ajena, o por causa fortuita” (p. 14).

El primer Simposio sobre Victimología, celebrado en la ciudad de Jerusalén, entre el 2 y el 6 de septiembre de 1973, definió a esta como: “La disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito”.

En la actualidad, se considera a la victimología como una disciplina autónoma derivado a que tiene un objeto, un método y una finalidad propia. La que se puede conceptualizar como: “Una disciplina causal-explicativa que se interesa por el origen, personalidad, carácter, sexo, edad, religión, espiritualidad y características corporales del sujeto pasivo del delito” (Reyes y Leon-Dell, 2002, p. 173).

### **a. Breve reseña de la victimología**

Dado que el derecho penal en sus inicios se enfoca en el delito como un ente jurídico, la victimología aparece hace relativamente poco tiempo. Así lo indica Rodríguez Manzanera (2002):

La escuela clásica de derecho penal centra su interés en el delito como ente jurídico, importa básicamente el hecho delictuoso y la justa retribución al responsable del mismo. Aquí tenemos, de entrada, un problema de niveles de interpretación; a la escuela clásica le interesa el nivel conductual y por lo tanto se desinteresa por el nivel individual, es decir se centra en la teoría del delito, dejando en un segundo plano al delincuente, y con mayor razón a la víctima (p. 2).

Desde los inicios del derecho penal la víctima no ha sido de su interés, porque su campo de estudio han sido el delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad, esto ha tenido como consecuencia el abandono de la víctima tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo penal. Indica Rodríguez (2002) que la víctima ha sido históricamente olvidada, que se pueden recordar con facilidad los nombres de famosos delincuentes, pero no el de sus víctimas. Incluso, en algún momento de la historia cuando la reacción social se enfocó en contra de brujos, hechiceros o sacerdotes, se olvidó a la víctima, puesto que a estos se les castigaba por la ofensa contra la divinidad, es decir, no existía víctima concreta y ese castigo se hacía en nombre de la misma divinidad. Este autor hace este breve recuento para evidenciar que el objeto de estudio de la victimología ha existido desde hace mucho tiempo, sin embargo, ese olvido en el que siempre ha estado, generó que no se hicieran estudios científicos sino solo en los últimos años.

En la tercera edición del libro *Victimología* del doctor José Adolfo Reyes Calderón y Rosario León-Dell, ambos autores guatemaltecos, se refiere brevemente al origen de la victimología, indican que: “La actual victimología nace como reacción a la macro victimización de la II Guerra Mundial y en particular, como respuesta de los judíos versus el holocausto hitleriano/germano, ayudados en la reparación positiva del pueblo alemán, a partir de 1945” (Reyes y León-Dell, 2002, p. 4).



La década de los setenta es el período de consolidación de la victimología como una disciplina científica. En este sentido, la celebración del I Simposio Internacional de Victimología (Jerusalén, 1973) al cual muy pronto siguieron otros, atrajo la atención de especialistas de distintas procedencias y, sobre todo, permitió un reconocimiento internacional para la victimología. Ahí se decidió, además, que estas reuniones se celebrarían en el futuro cada tres años.

Surgieron, asimismo, diversas entidades e instituciones destinadas a la asistencia de las víctimas, por ejemplo, NOVA (National Organization of Victim Assistance); el Comité de Asuntos Científicos de la OTAN patrocinó un Instituto Internacional de Estudios sobre Victimología, en Bellagio, Viena, 1976. La victimología pronto contó con una publicación periódica especializada denominada *Victimology*, en 1976; en 1980 se crea la Sociedad Mundial de Victimología.

En la primera etapa de la victimología no se abordaba a la víctima de manera integral, sino de manera aislada, sobre este tema Arias (2005) indica:

Los aportes de Von Hentig y Mendelsohn son fundamentales en lo que se podría denominar la primera etapa de la victimología, que se caracteriza por un análisis individualista de las relaciones entre víctima y delincuente; una tenencia a considerar a la víctima como responsable y una tendencia a concentrarse en el delito común (p. 326).

La victimología indica Arias (2005):

Ha centrado su atención en cuestiones tan relevantes, que hoy prácticamente se dan por establecidas, pero a las que subyace toda una evolución. Por ejemplo, las indemnizaciones a las víctimas de los hechos delictivos, la elaboración de programas de ayuda y tratamiento, el fenómeno de la revictimización, la predisposición victimal, todo lo cual conduce a una mejor comprensión del fenómeno criminal en función de la actividad de la víctima.

Con ello, se ha ido incorporando a las diferentes legislaciones sustantivas y adjetivas penales, que progresivamente buscan dignificar a la víctima y reducir las secuelas que dejan la comisión de un hecho delictivo sobre su integridad o propiedad. Tanta es la influencia de la victimología, que incluso han surgido propuestas para

establecer la reparación a la víctima como una tercera vía del derecho penal, es decir, una tercera forma de reacción del Estado ante el fenómeno del delito, lo cual será analizado en otro apartado de la presente investigación.

### **b. Victimización y sus grados**

El rol de la víctima en el proceso de victimización ha sido estudiada por la victimología. Esta ha establecido una clasificación atendiendo a la etapa de la comisión del delito, siendo estas la victimización primaria, victimización secundaria y victimización terciaria. Leyton (2008) las explica de la siguiente manera:

*Victimización primaria:* Es la etapa más estudiada, y dice relación con el momento mismo en que la víctima sufre el daño a raíz de la comisión de un delito teniendo a esta como sujeto pasivo de aquel. Así, han surgido innumerables clasificaciones de los tipos de víctimas existentes, variando estas desde variables meramente etiológicas, como las realizadas por los positivistas de los años 40, y las más modernas, que clasifican en razón de pertenencia a determinados grupos (p. 69).

En cuanto a la victimización secundaria o revictimización, se indica que en muchos casos derivado de esta clase de victimización, las víctimas prefieren dejar de denunciar o provocar que el sistema de justicia inicie a operar derivado de la comisión de un hecho delictivo, que exponerse a trámite largo que el proceso penal conlleva. Leyton (2008) indica:

Está referida al sentimiento vivido por las víctimas del delito en razón de lo experimentado durante la tramitación del procedimiento, a los posibles traumas que podrían experimentar debido a la demora del aparato burocrático judicial y a que la investigación, sea fiscal o judicial, está más centrada en buscar la culpabilidad del imputado que de salvaguardar la indemnidad de las víctimas (p. 69).

Para evitar este tipo de victimización se han tomado medidas que se explican más adelante, enfocadas todas, en minimizar los daños de revictimización. Sin embargo, pese a esos esfuerzos la percepción es que el proceso penal no brinda el auxilio o satisfacción a las víctimas de los delitos. Algunas de estas medidas son las siguientes: a) Cuando la víctima de un delito se dirige a la Policía debe ser tratada de tal forma que no sufra ningún

daño psíquico adicional; b) Se le den las posibilidades de recibir en instituciones públicas o privadas ayudas materiales, médicas y psicológicas; c) Se le debe informar sobre sus derechos de reparación contra el delincuente y, en su caso, contra el Estado; d) A lo largo del procedimiento, la víctima debe ser interrogada de forma cuidadosa y considerada, sin que en modo alguno se pueda lesionar su honorabilidad; e) Los niños solo podrán ser interrogados en presencia de sus padres, tutores o guardadores.

En el Acuerdo de Fiscalía número 74-2004, el fiscal general de la República y jefe del Ministerio Público de Guatemala, Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Oficinas de Atención a la Víctima de las Fiscalías Distritales, define la victimización secundaria como los daños psicológicos, emocionales, económicos y patrimoniales que sufre la víctima de un delito, provocados por deficiencias del sistema penal y comportamientos indebidos de operadores y administradores de justicia (Acuerdo 74-2004, art. 5).

El último de los grados de victimización es el que se denomina victimización terciaria o desvictimización. Leyton (2008) respecto a este grado de victimización indica:

Este es un estadio ya posterior al de la comisión del ilícito y al del juicio o proceso penal. Es la victimización sufrida por la víctima ya no cuando el victimario está cumpliendo su condena, de hecho, esto pasa a ser un antecedente más; sino más bien es aquel estado por medio del cual la víctima pasa a reinsertarse en su entorno social, laboral o familiar, luego de haber ya experimentado los dos escenarios anteriores (p. 74).

En esta fase es donde se debe brindar a la víctima todas las oportunidades posibles para que recobre el estado en el cual se encontraba al cometerse el delito. Respecto a este proceso Ortiz (2008) indica:

La víctima requiere de un proceso de capacitación, rehabilitación y reconstrucción personal, familiar y social, mediante el cual pueda recuperarse de los efectos del delito, proceso que Cerezo Domínguez denomina “proceso de desvictimización”. También tiene la necesidad de afrontar el hecho, porque es parte de su proceso de recuperación y sanación, necesita entender los motivos del autor para eliminar los temores hacia una nueva victimización (p. 195).

El Protocolo para la Atención de la Niñez y Adolescencia Víctimas Directas o Colaterales aprobado por el fiscal general de la República y jefe del Ministerio Público de Guatemala, mediante Instrucción General 09-2008, establece que la victimización terciaria, surge directamente del etiquetamiento y estigmatización que hace la sociedad contra la víctima, provocándole un sufrimiento añadido.

### **c. La victimización en el sistema de justicia penal**

La parte sustantiva y adjetiva penal se construyó sobre la base de normar el poder estatal que se ejerce sobre aquellos que con su actuar lesionan bienes jurídicos. Estos bienes jurídicos son protegidos por la ley penal, porque el legislador ha considerado que son merecedores de su protección. Ello significa que existe una persona titular de ese bien jurídico, que es conocido en la teoría del delito como sujeto pasivo del delito, constituyéndose en consecuencia en víctima de la lesión o de la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma. No obstante ese reconocimiento dogmático, el sistema de justicia penal se diseñó como una manera de controlar o contener el poder estatal que se ejerce sobre el sujeto activo del delito, es decir, aquella persona que ha lesionado o puesto en peligro ese bien.

A partir de esa premisa se ha construido todo el sistema de justicia penal, lo cual no es del todo malo, porque se garantiza a la población, en general, que si comete un delito, será procesada con reglas claras que lo protegen del poder estatal.

En la construcción del sistema penal, el Estado se olvidó de la contraparte, que es la persona sobre quien recae los efectos del delito, siendo en este caso la víctima directa y de quienes de alguna manera se ven afectados colateralmente por ese hecho. Incluso, se dice, que al hacer propia esa facultad de castigar, se produjo una neutralización a la víctima, tan así que solo en los últimos años se han tomado acciones para hacerla partícipe del proceso penal.

El sistema de justicia penal en Guatemala está constituido por diferentes instituciones, cada una de las cuales ejercen una función esencial para su funcionamiento. Estas instituciones son la Policía Nacional Civil, el Ministerio Público, el Organismo Judicial, la Defensa Pública Penal, el Sistema Penitenciario, el Instituto Nacional de Ciencias Forenses. También en el año 2016, el Congreso de la República

aprueba la Ley Orgánica del Instituto para la Asistencia y Atención a la Víctima del Delito, Decreto Número 21-2016 instrumento legal que le da vida al Instituto de la Víctima, con la finalidad de brindar asistencia y atención a las víctimas del delito, para lograr la reparación digna a la cual tienen derecho.

La víctima, en busca de una respuesta estatal al conflicto en el que ha sido introducida por el victimario, en determinado momento tiene contacto con estas instituciones quienes deben responder a esa demanda. Sin embargo, muchas veces esa respuesta estatal conlleva que la víctima sea expuesta a diferentes tratos, los cuales en ocasiones la afectan o dañan aún más. A este daño se le conoce en la doctrina como victimización secundaria que ya fue explicada.

Para minimizar los efectos de la victimización secundaria, en el caso de Guatemala se ha legislado y se han tomado acciones concretas por parte de las instituciones vinculadas a la administración de justicia penal, con las cuales se ha favorecido la atención integral de las víctimas de delitos. En el caso del Ministerio Público hay diversos acuerdos de Fiscalía emitidos por el fiscal general y jefe del Ministerio Público, así como instrucciones generales que regulan acciones concretas para la atención de las víctimas en general, así como de grupos más vulnerables tales como la niñez y mujeres víctimas.

A través del Acuerdo 34-2003 se aprobó el reglamento de organización y funcionamiento de la red nacional de derivación para atención a víctimas, promovida por el Ministerio Público. Esta tiene por objeto estrechar los vínculos interinstitucionales ya establecidos, a nivel local y departamental, entre las diferentes organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, que apoyan en la atención a víctimas. La Red Nacional de Derivación facilita y agiliza la remisión de casos y asistencia a víctimas a través de mecanismos formalizados y consensuados. La Red de Derivación es el conjunto de organizaciones multidisciplinarias, gubernamentales y no gubernamentales que proporcionan su apoyo y sus servicios especializados a todas las personas que hayan sido víctimas.

A través del Acuerdo de Fiscalía Número 74-2004, El fiscal general de la República y jefe del Ministerio Público, crea el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Oficinas de Atención a la Víctima de las Fiscalías Distritales y Municipales. A través de este acuerdo se establece que la Oficina de Atención a la Víctima estará integrada por

una coordinación, área psicológica, área social y área médica, quienes deberán prestar atención a las víctimas directas y colaterales, y brindar orientación a las víctimas para el uso de la red de derivación.

A través del Acuerdo 41-2002 el fiscal general de la República y jefe del Ministerio Público de Guatemala, crea el Reglamento para el uso de Cámara Gessel dentro del proceso penal, como una herramienta para mejorar la persecución penal, así como la reducción de la victimización secundaria para garantizar el bienestar de la víctima del delito. Ello tiene como principios la dirección funcional, la no revictimización, interés superior del niño, acceso a la justicia, igualdad y debido proceso. El uso de la cámara Gessel está enfocado para a grupos vulnerables como niños, adolescentes, víctimas de delito sexual, maltrato infantil, violencia intrafamiliar, trata de personas, en casos excepcionales a personas de la tercera edad. Es así como se ha tratado de minimizar la victimización secundaria, dándole a la víctima una atención más digna, durante la tramitación del proceso penal.

#### **d. El papel de la víctima en el derecho penal**

La víctima ha sido neutralizada por el Estado al arrogarse este el derecho de castigar o imponer la pena por la comisión de delitos, paulatinamente, esa neutralización se dio, porque la forma de resolver los crímenes antes era a través de la venganza privada, que conllevó cometer arbitrariedades con el fin de obtener justicia. Luego se emitieron las leyes taliónicas para balancear el conflicto y de esta manera se buscaba establecer un sistema de compensaciones que era negociado entre víctima y victimario. Al atribuirse el Estado la exclusividad de castigar la comisión de delitos, se neutraliza por completo a la víctima, pasando a ser la administración de justicia, competencia exclusiva del Estado. Sin embargo, se abandonó totalmente a la víctima y todo el aparato estatal se enfocó en el sujeto activo del delito, lo cual se consideró un error porque finalmente existe una parte que sufre las consecuencias del hecho criminal y esa es la víctima. Para subsanar ese error se han tomado acciones para darle el papel que debe tener en el sistema de justicia penal.

En el desarrollo histórico del derecho penal se estableció el concepto de bien jurídico, lo que trajo consecuencias negativas para la víctima, así lo explica Ortiz (2013):

El concepto de bien jurídico consiguió el anonimato de la víctima, convirtiéndola en un “objeto” que el Estado puede proteger por medio del derecho penal, por medio del cual también se protege de la desobediencia y controla los comportamientos que hacen peligrar la paz jurídica dentro de un sistema de organización social. Esto trajo como consecuencia expropiar a la víctima de su conflicto, quien pierde su caso en manos del Estado, convirtiéndose en una especie de perdedora por partida doble: primero frente al infractor y segundo frente al Estado, al serle denegado el derecho a la plena participación en el proceso penal, lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida (p. 106).

La protección a la que se alude se ejerce a través de la imposición de la pena. Esta es orientada desde necesidad de prevención general y de resocialización del victimario, lo que hace que la neutralización de la víctima sea aún mayor, porque no se toman medidas con base en las necesidades de la víctima sino en base a las necesidades apuntadas.

Desde el ámbito procesal, en los últimos años, se han tomado medidas legislativas en favor de la víctima, ejemplo de ello son la aprobación de reformas al Código Procesal Penal, mediante el Decreto 7-2011 del Congreso de la República. En su segundo considerando este Decreto establece: “Que el acceso a la justicia exige el ejercicio de la acción penal y la atención oportuna de las denuncias de las víctimas de delitos, que resuelvan los conflictos penales para prevenir hechos delictivos y sancionar a los responsables, en el marco de los principios que garantizan el debido proceso”.

Este decreto reforma el artículo 5 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92, dándole a la víctima la calidad de sujeto procesal y a quien se le debe brindar una tutela judicial efectiva.

También reforma el artículo 124, incorporando el derecho a la reparación digna, estableciendo que la reparación a que tiene derecho la víctima comprende: a) la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias como sujeto de derechos contra quien recayó la acción delictiva, hasta las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la

medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, b) la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito.

También estableció las reglas para el ejercicio de este derecho, por lo cual deben observarse en este trámite las siguientes: 1) La acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria. El juez o tribunal que dicte la sentencia de condena, cuando exista víctima determinada, en el relato de la sentencia se convocará a los sujetos procesales y a la víctima o agraviado a la audiencia de reparación, la que se llevará a cabo al tercer día. 2) En la audiencia de reparación se deberá acreditar el monto de la indemnización, la restitución y, en su caso, los daños y perjuicios conforme a las reglas probatorias y, pronunciarse la decisión inmediatamente en la propia audiencia. 3) Con la decisión de reparación, y la previamente relatada responsabilidad penal y pena, se integra la sentencia escrita. 4) No obstante lo anterior, en cualquier momento del proceso penal, la víctima o agraviado podrán solicitar al juez o tribunal competente, la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar los bienes suficientes para cubrir el monto de la reparación. 5) La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme. Si la acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil.

Se aprobó también el Decreto 21-2016 Ley Orgánica del Instituto para la Asistencia y Atención a la Víctima del Delito, publicado en el Diario Oficial, el miércoles 6 de abril de 2016, esta ley tiene por objeto crear el Instituto de la Víctima con la finalidad de brindar asistencia y atención a las víctimas del delito, para lograr la reparación digna a la cual tiene derecho. Modifica el Decreto 51-92, Código Procesal Penal en la forma siguiente: “Modifica el numeral 7 del artículo 82 con respecto a la intervención del querellante en la audiencia, el numeral 1 del artículo 117 con relación a la víctima y suprime el numeral 2 del mismo artículo, modifica el artículo 118. Oportunidad y el primer párrafo del artículo 497. Revocación de la libertad condicional”. Modifica el Decreto 22-2008 de la forma siguiente: “Modifica el artículo 17. Fortalecimiento Institucional, modifica el artículo 19. Asistencia legal a la víctima y suprime la literal g) del artículo 21. El Instituto de la Defensa Pública Penal deberá seguir prestando el servicio de asistencia legal en forma gratuita a la víctima o a sus familiares, conforme lo determina el artículo 19 del Decreto 22-2008.



Estas reformas solo han sido enfocadas en el papel de la víctima en el proceso penal, sin embargo, a nivel sustantivo no se han emitido reformas en las cuales se incentive a quien ha sido declarado penalmente responsable de la comisión de un hecho delictivo, a realizar la reparación digna. Ello, en la práctica procesal, ha resultado en que la reparación digna que los jueces de sentencia declaran en la sentencia que la víctima tiene derecho, únicamente sea una declaración ya que en la mayoría de casos esa reparación digna no se cumple.

Un concepto que incide en el papel de la víctima en el derecho penal es la victimodogmática que busca incorporar a la estructura general del derecho penal algunas propuestas que surgen de la interacción, delincuente-víctima. Laguna (2008) indica:

La victimodogmática parte de la premisa de que algunas víctimas contribuyen a la propia victimización; ya sea de forma dolosa o imprudente, influyen en la responsabilidad del delincuente, pudiendo darse el caso de que la participación de la víctima fuera tal que erradicase por completo dicha responsabilidad. Se trata por tanto de indagar en la posible corresponsabilidad de la víctima con objeto de eximir al autor o atenuarle la pena, rechazando cualquier posibilidad de que esa interacción víctima-delincuente pueda suponer el efecto contrario, es decir, agravar las consecuencias de la acción delictiva. Se trataría de encontrar en el comportamiento de la víctima una categoría de carácter dogmático, que implique un principio a tener en consideración en todo delito y no solo con relación al consentimiento o la provocación.

Sin embargo, este concepto no ha sido desarrollado tan ampliamente y son pocos los países como Alemania o Italia donde el consentimiento del ofendido viene a desempeñar funciones atenuantes y eximentes.

Las tendencias victimológicas también han incidido en el cambio de paradigma respecto a los fines de la pena. Una de las propuestas es reorientar la sanción penal en razón de la víctima, para mejorar sus posibilidades de recibir una prestación, sea o no económica, por parte del autor, en vez de limitarse a proteger a las víctimas potenciales o posibles futuras víctimas en abstracto mediante la amenaza penal, pues el sistema de sanciones, como se estructura actualmente, solo se preocupa por evitar que el infractor vuelva a delinquir y no, como sería

deseable, en que la víctima obtenga una satisfacción individual (Ortiz, 2013, p. 193).

Desde la victimología se han realizado estudios a través de los cuales se ha establecido que la víctima en la gran mayoría de casos no desea que el victimario sea castigado, cuando este ha reparado el daño causado. “Más que un deseo de venganza, las víctimas buscan la dimensión simbólica de la pena, es decir, el sentido que se le atribuye en cuanto a reprobación social del hecho” (Ortiz, 2013, p. 199). Esos mismos estudios indican que en los delitos pequeños y medianos se podría prescindir totalmente de la pena o se la podría atenuar considerablemente en caso de una reparación voluntaria.

## **2. La víctima y el derecho a la reparación digna**

La reparación debe entenderse no solo como la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del delito, que normalmente se hace con dinero sino comprende otros alcances tales como buscar una reparación más adecuada a la situación de la víctima. Para ello se adoptan diferentes formas de reparación, como lo indica Ortiz Samayoa (2013):

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que, dado que no es posible la reparación de daños inmateriales, para efectos de procurar una reparación integral, los mismos pueden compensarse tanto por medio de un pago pecuniario, como mediante la realización de actos y obras de repercusión pública, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad, el consuelo de sus deudos, la transmisión de un mensaje de reprobación de los hechos, y de un compromiso para que no hechos vuelvan a ocurrir (p. 23).

Para comprender el alcance de la reparación se debe analizar que se entiende por reparar y en ese sentido se dice que:

Reparar es básicamente, deshacer lo hecho, procurar llevar las cosas al estado en el cual se encontraban antes del delito o en el estado en que previsiblemente se encontrarían de no haberse producido el delito. El principio de *restitutio in integrum* se ha aplicado históricamente respecto a la reparación, e implica la plena

restitución, lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior al delito y la reparación de las consecuencias que se produjeron, incluyendo los daños no materiales, como el daño moral (Ortiz Samayoa, 2013, p. 20).

De lo manifestado por Ortiz (2013) se abstrae que la reparación incluye la prestación de disculpas; medidas económicas, como la restitución, compensación o indemnización; y medidas materiales, como la prestación de un servicio a favor de la víctima. Es decir, que no son limitadas, sino que como se ha mencionado deben atender a la situación de la víctima y en la medida de lo materialmente posible, llevar a la situación anterior de haberse cometido el delito, a la víctima.

El Proyecto Alternativo sobre Reparación Penal alemán define la reparación como “la compensación de las consecuencias del hecho delictivo a través de una prestación voluntaria del autor. Su objeto es servir al restablecimiento de la paz jurídica. La reparación deberá realizarse preferentemente a favor del ofendido; si ello no fuera posible, no pudiera preverse un buen resultado o por sí sola no fuera suficientes, cabría admitir una reparación a favor de la generalidad o reparación simbólica (Ortiz Samayoa, 2013 p. 25).

En Guatemala, las acciones estatales en pro de la víctima han sido más de índole procesal y en menor escala en el ámbito sustantivo. Sin embargo, estas acciones pueden ser agrupadas en corrientes doctrinarias. Así lo explica Arias Madrigal (2005): “Las tendencias político-criminales que sirven de fundamento a los modernos programas de reparación y conciliación víctima-delincuente, han sido agrupadas en las siguientes corrientes: tesis despenalizadoras, tesis victimológicas, tesis resocializadoras y tesis abolicionista” (p. 96).

Cada una de estas corrientes tiene un abordaje diferente de la reparación o la conciliación entre la víctima y el victimario. En ese mismo sentido Arias Madrigal (2005), indica que:

Algunas propuestas son tan radicales que abogan por un conciliar en lugar de juzgar, o comunicación en lugar de intimidación, ya que se trata de sustituir un sistema sancionatorio de contenido punitivo por uno que restituya, restaure y compense. Con total, parcial o simbólica del daño producido por el delito, la

víctima obtiene un beneficio mayor que con la imposición del encierro al delincuente que le genera desafortunadas consecuencias, entre ellas, la dificultad para la indemnización (p. 99).

La propuesta que la presente investigación presenta, es que si se abre la posibilidad para el victimario de reparar a la víctima, este preferirá hacer efectiva la reparación digna que cumplir un largo encierro. Asimismo, la víctima quedará en una posición más pacificadora, porque se le ha reparado en el daño causado.

La legislación sustantiva penal guatemalteca, establece algunas disposiciones de la reparación o indemnización en favor de la víctima. El artículo 47 del Código Penal regula que el trabajo de los reclusos es obligatorio y debe ser remunerado, el producto de la remuneración será inembargable y se aplicará 1º a reparar e indemnizar los daños causados por el delito (Decreto 17-73 art. 47).

Otra disposición relacionada a la reparación del daño se encuentra en el artículo 80, que se refiere al régimen de libertad condicional. Este artículo establece que 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 concurren, además las circunstancias siguientes ... 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. Resulta inoperante en la práctica esta regulación, toda vez que exige la reparación, pero hasta transcurrido mucho tiempo después de la sentencia.

A partir del artículo 112 al 122 del Código Penal, se regula la responsabilidad civil. De las disposiciones que contiene este apartado se considera de importancia lo regulado en el artículo 119 que establece que comprende la responsabilidad civil, siendo: la restitución, la reparación de los daños materiales y morales, la indemnización de perjuicios. La restitución según el código en su artículo 120, deberá hacerse de la misma cosa, siempre que fuere posible, con abono de deterioros o menoscabos a juicio del tribunal y aunque la cosa se hallare en poder de un tercero que la haya adquirido legalmente, salvo derecho a repetir contra quien corresponda. Esta disposición no es aplicable cuando la cosa sea irreivindicable de poder de tercero, por haberla adquirido en

la forma y con las condiciones que establecen las leyes civiles. La reparación del daño material de conformidad con el artículo 121 se hará valorando la entidad del daño material, atendiendo el precio de la cosa y el de afección del agraviado, si constare o pudiere apreciarse. Respecto al daño moral que regula el artículo 119 no se hace mención, sin embargo, en doctrina encontramos una definición respecto al daño extrapatrimonial:

El daño extrapatrimonial tradicionalmente ha sido definido, en términos etimológicos estrictos, como aquel perjuicio que no puede clasificarse entre los patrimoniales o económicos, podríamos decir que el mismo está constituido por los efectos perjudiciales de un hecho lesivo que no tienen una entidad tangible (como el dolor, el sufrimiento moral, los complejos), o que, teniéndola, no admiten equivalencia exacta en dinero (como el daño a la salud o al perjuicio fisiológico); con prescindencia en ambos casos de los eventuales efectos patrimoniales negativos (Koteich Khatib, 2012, p. 20).

Es de aclarar, que la actual legislación penal, en cuanto a la responsabilidad civil se refiere básicamente a las responsabilidades que se deben tramitar con base en las leyes civiles. No obstante, la reforma realizada en el año 2011, al Código Procesal Penal en donde se pretendía que la reparación fuera más rápida, esta no ha sido funcional, toda vez que se queda en una mera declaratoria y al trasladarse esa pretensión a la vía civil, se lleva a través de un proceso de larga duración por lo que deviene en que la víctima, se vea frustrada en busca de hacer efectiva esa reparación a la que definitivamente tiene derecho.

En los delitos contra el patrimonio y la propiedad el resultado es unánime. Las víctimas de esta clase de delitos se interesan especialmente por la reparación de los daños y quedan satisfechas si la logran, aunque sus necesidades no sean solo económicas.

### **a. Concepto de víctima**

A pesar de los esfuerzos de la victimología, a la fecha no existe un acuerdo para conceptualizar o definir qué es víctima, toda vez que este concepto se construye atendiendo al lugar o época en que se haga. El concepto de víctima puede ser concebido desde diferentes puntos de vista, incluso si se busca su origen, se establece de acuerdo a lo que Rodríguez Manzanera (1999) indica “que la palabra víctima proviene del latín y que, originalmente se refería a la persona o animal destinados al sacrificio” (p. 61).

El Acuerdo 34-2003, emitido por el fiscal general de la República y jefe del Ministerio Público de Guatemala, toma la definición de víctima la contenida en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia relativos a las víctimas de delitos y del abuso de poder de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1985. Este indica quienes son víctimas, estableciendo que son: personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluidos 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 vigente de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización (Acuerdo 34-2003, art. 2).

En el Acuerdo de Fiscalía número 74-2004, el fiscal general de la República y jefe del Ministerio Público de Guatemala, Reglamento de organización y funcionamiento de las Oficinas de Atención a la Víctima de las fiscalías distritales y municipales, encontramos algunas definiciones de víctima siendo las siguientes: a) Víctima directa: persona que, individual o colectivamente, haya sufrido daños inclusive 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. b) Víctima colateral: ascendiente, descendiente, cónyuge o conviviente de la víctima y otras personas afectadas indirectamente por el ilícito penal (Acuerdo 74-2004, art. 5).

### **b. Reparación digna**

La reparación digna es un concepto que ha sido introducido a la legislación procesal penal, con las reformas realizadas al Código Procesal guatemalteco, en el año

2011, mediante el Decreto 7-2011, teniendo por ende una naturaleza netamente penal, respecto a la definición Girón (2015) indica que, desde la óptica jurídica, reparación digna es:

Un derecho que tiene la víctima o agraviada de ser reconocida 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 delito (p. 8).

Este mismo autor desarrolla respecto al concepto de reparación digna, cuatro características, indicando que es postdelictual, reconocimiento de la víctima como persona con dignidad e igualdad, el derecho de la víctima a demandar la reparación, el resarcimiento a la víctima en todos sus aspectos.

### **c. Derechos de la víctima del delito**

En el Código Procesal Penal guatemalteco se encuentra regulada la institución de la reparación digna, en el artículo 124 se describe el contenido de la reparación, estableciendo: derecho a la reparación digna. La reparación a que tiene derecho la víctima comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias como sujeto de derechos contra quien recayó la acción delictiva, hasta las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito.

De lo regulado en este artículo se establece que la víctima definitivamente tiene derecho a la reparación del daño sufrido por la comisión del delito en su contra. Esta reparación puede darse de diferentes formas, el artículo indica que puede ser por restauración del derecho afectado (restitución), alternativas para su reincorporación social y la indemnización.

Las formas de reparación que regula el artículo citado han sido agrupadas en la doctrina y de esa cuenta que Ortiz (2013) las explica de la siguiente manera:

Nos encontramos ante tres supuestos distintos: a) los casos donde el bien jurídico lesionado es de contenido material, fungible, donde la restitución puede materializarse con la devolución del objeto material del delito, lo que a la vez restituye el derecho a la propiedad sobre dicho bien; b) los casos en que se refiere a la propia restitución del derecho conculcado en sí mismo, y c) los casos donde la restitución es imposible, por el tipo de bien jurídico conculcado, que no tiene un referente material, como cuando se trata del bien jurídico vida (p. 28).

Estas medidas tratan de llevar la situación al estado anterior a la comisión del hecho delictivo, sin embargo, no en todos los casos se puede lograr esa aspiración por la naturaleza del daño sufrido. Por eso es que se han desarrollado mecanismos para intentar reducir los efectos del daño causado. Ortiz (2013) explica cuáles son esas formas de reparación de la siguiente manera:

La reparación es el conjunto de medidas materiales e inmateriales, incluidas las simbólicas, que buscan devolver las cosas al estado en que probablemente se encontrarían de no haberse producido el delito, que puede comprender todas o algunas de las siguientes medidas: a. La restitución; b. La rehabilitación; c. La indemnización: daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño al proyecto de vida; d. garantías de no repetición (p. 26).

Estas formas de reparación se encuentran reguladas tanto a nivel de derecho nacional como internacional, la mayoría enfocadas desde el punto de vista de la víctima. Sin embargo, hay posturas doctrinarias que ven a la reparación como una consecuencia del delito y el autor guatemalteco, doctor Girón Palles (2015), así lo desarrolla. Él indica que la reparación digna vista desde un punto de vista penológico “al igual que la pena, las medidas de seguridad, las costas procesales, es una consecuencia del delito, pues toda persona responsable penalmente de un delito, lo es también civilmente” (p. 8).

#### **d. La restitución**

Busca que la víctima recupere la situación en la que se encontraba antes de la comisión del delito. Ortiz (2013) dice: “Comprende el restablecimiento de la situación, bienes o derechos conculcados, ya sea mediante la restitución la situación social, la vida



familiar, el retorno a su lugar de residencia, ciudadanía, la reintegración en su empleo, la devolución de sus propiedades y similares” (p. 26).

En los casos donde el daño recae sobre un bien patrimonial o la propiedad de la víctima, la restitución es la forma más adecuada de reparación y efectivamente la aspiración es recuperar el objeto que ha sido dañado o sustraído. Sin embargo, deben tomarse en cuenta los ingresos que la víctima dejó de percibir por no tener en su poder el bien patrimonial dañado o sustraído. A esta parte es lo que la doctrina denomina como lucro cesante y el daño emergente, es el valor que el bien tenía al momento de la comisión del hecho delictivo. Es decir, que los jueces deben tomar en cuenta ambos aspectos para que la reparación sea efectivamente realizada.

La doctrina también reconoce que en algunos casos la restitución debe hacerse en pro del bienestar general, por lo que se determina que el responsable del hecho delictivo, realice trabajos en pro de la comunidad, porque el bien jurídico dañado o puesto en peligro es colectivo.

#### **e. Rehabilitación**

Los daños que no pueden ser cuantificables por la naturaleza del bien dañado o puesto en peligro presentan una complicación adicional para determinar la forma en que deben ser reparados, por ello se han creado mecanismos a los que se les ha denominado de rehabilitación. La rehabilitación indica Ortiz (2013), “busca aproximarse al *status quo ante*, aunque no pueda lograrse en la misma forma que un daño con referente material, por la naturaleza del bien, no siendo posible la restitución íntegra del menoscabo sufrido” (p. 28).

Para comprender qué incluye la rehabilitación, es necesario hacer mención de los mecanismos que se han creado en pro de la víctima dentro de esta forma de reparación: estas son la atención médica, fisiológica, psicológica, psiquiátrica, servicios jurídicos y sociales, así como cualquier otra medida tendiente dignificar a la víctima del delito. Mecanismos que son de aplicación en el ámbito penal guatemalteco, tal como ya se ha hecho mención.

## **f. Indemnización**

Cuando no es posible la restitución del bien jurídico, la forma de reparación se realiza a través de la indemnización. Ortiz (2013) indica que:

A pesar de que la indemnización en dinero está concebida como excepcional frente a la restitución, es la forma de reparación más utilizada a nivel general. Consiste en una prestación pecuniaria que es entregada a la víctima a fin de cubrir los daños derivados de la lesión al bien jurídico. Es una institución que el derecho inventa para reparar abstractamente aquellos daños que, por su naturaleza, solo pueden repararse por medios inventados (p. 31).

El doctor Giron Palles (2015) brinda el concepto de indemnización en el mismo sentido que el autor anterior, indicando que “consiste en el derecho al pago de una cantidad de dinero por el daño material o daño moral causado” (p. 12).

Es decir, básicamente la indemnización es entregar a la víctima una cantidad de dinero para que en cierta medida el daño que se le ha causado por la comisión del hecho delictivo sea reparado. La esencia de la indemnización se da cuando el daño ha recaído sobre un bien que económicamente cuantificable, sin embargo, en aquellos bienes jurídicos que no son cuantificables se hace algún tipo de estimación en dinero para reparar el daño, todo bajo el principio de que la víctima pueda ser restituida en la situación en la que se encontraba con anterioridad a la comisión del delito. Sobre este principio se han desarrollado una serie de categorías que son base para cuantificar ese daño en dinero. Estas categorías contemplan aspectos como daño al plan de vida de la víctima y sus familiares, daños a la salud, daños a la propiedad, entre otros aspectos.

Como se puede deducir de las categorías que contempla esta forma de reparación, algunas son difícilmente comprobables a través de documentos u otro tipo de prueba. Para solventar ese desfase se ha desarrollado un método de valoración del daño. Ortiz (2013) lo explica así:

Para valorar estos daños se utilizan diversos métodos, entre los que destaca el sistema de valoración discrecional del juez, método muy difundido debido a la pluralidad de conceptos indemnizatorios, y a la dificultad de traducir a dinero los

daños no estrictamente patrimoniales, unido a la necesidad de atender las particularidades de cada caso concreto (p. 37).

Sin embargo, no existe uniformidad en la valoración debido a la discrecional del juez, por lo que ha sido necesario desarrollar otros métodos. La misma autora Ortiz (2013) se refiere al sistema de baremos o tablas, indicado que:

Muy utilizado por las compañías de seguros, que permite homogenizar las indemnizaciones en casos similares, pues respeta el principio de igualdad, lo que apareja una mayor seguridad jurídica y genera certidumbre beneficiosa para la víctima, que conoce de antemano la indemnización a que tienen derecho. Este sistema tiene muchas ventajas, pues es objetivo y trata de establecer una correspondencia entre un determinado daño y la indemnización procedente, a pesar de la heterogeneidad existente entre un daño físico y el dinero. Contempla además factores de corrección para adaptar la indemnización a las circunstancias subjetivas de la víctima, pues toma en consideración para aumentar la cantidad los perjuicios económicos excepcionales y las circunstancias sociales u ocupacionales relevantes; y para su disminución, la concurrencia de culpa de la víctima y el incumplimiento de medidas de precaución (p. 38).

### **3. La reparación en la legislación de otros países**

Al analizar la reparación en el derecho comparado se establece que esta ha sido considerada como uno de los requisitos para beneficiar al imputado con medidas alternativas a la pena, ya sea en su imposición o en su ejecución, como se verá a continuación:

**Argentina:** El Código Procesal Penal, pretende claramente mejorar la situación del ofendido en el procedimiento penal, se prevé una extensa regulación de la reparación civil del ofendido la inclusión en el procedimiento penal de un tercero civilmente responsable, el deber del tribunal de decidir, aun en una sentencia absolutoria. Sobre lo atinente a la responsabilidad civil (Ley N° 23.984 Arts. 87 al 103).

El Código Penal establece los casos de procedencia de la reparación de perjuicios contemplando entre ellos: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias,

2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba. 3. El pago de las costas. Establece también el Código preeminencia de la reparación sobre otras obligaciones que se adquieren por la comisión del delito tales como decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa (LEY 11.179, arts. 29 al 33).

Regula también en el artículo 11 que el producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará simultáneamente. 1º A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos.

Ninguna de las leyes citadas hace referencia a rebajar la pena cuando la víctima ha sido reparada en el daño causado por la comisión del hecho delictivo.

**Chile:** El Código Penal chileno regula en el artículo 11 las circunstancias atenuantes, en el numeral 7º de este artículo establece: 7º Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias. La concurrencia de esta circunstancia tiene efecto en la determinación judicial de la pena, ya que el artículo 62 del Código Penal, establece que: Las circunstancias atenuantes o agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes. Los artículos 64, 65, 66, 67 y 68 establecen las reglas para la imposición de la pena cuando concurren atenuantes o agravantes, de interés para la investigación es lo regulado en el artículo 68 BIS, ya que es a través de lo preceptuado en este artículo que la reparación del daño como una atenuante muy calificada o cualificada, incide en la disminución de la pena, establece este artículo: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores, cuando solo concorra una atenuante muy calificada el tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito”.

**España:** El Código Penal español en el artículo 21 regula las circunstancias atenuantes, estableciendo la atenuante 5ª: “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”. Al igual que el Código Penal chileno, esta atenuante es considerada como muy calificada y tiene incidencia en la determinación judicial de la pena, ya que el tribunal al observar que concurre esta atenuante puede disminuirla en uno o dos grados. Así lo establece el

artículo 66. 1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 2.<sup>a</sup> Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes (Ley Orgánica 10/1995, art. 66). La reparación total del daño es una atenuante cualificada, lo que implica la disminución de la pena en uno o dos grados.

**Austria:** bajo el concepto de estímulos materiales para la reparación del daño, así lo explica Eser (1992) quien indica:

La reparación por el daño causado en el procedimiento penal, el nuevo derecho austríaco conoce, sobre todo, dos estímulos materiales para la reparación del daño, los cuales son sostenidos más a partir de la idea de “reparación en vez de pena” que de la reparación como sanción adicional. De una significación especialmente importante es, al respecto la regulación del § 167 del Código Penal austríaco (Cpaust) del “arrepentimiento activo”. De acuerdo con este, el autor puede evitar la pena en prácticamente todos los delitos patrimoniales cometidos sin violencia (incluidos delitos contra la propiedad), si él, “sin ser obligado a ello” realiza una reparación completa antes de que su responsabilidad sea conocida por el órgano encargado de la persecución penal. Esta prescripción resarcitoria tiene un amplio campo de aplicación, extendido aún más por la ley de reforma penal de 1987, con sus diferentes modalidades (p. 34).

Según esta regulación se evita incluso la pena en los delitos que tiene señalada prisión hasta por diez años. De acuerdo con lo indicado por Eser, la aplicación de esta forma resarcitoria es frecuente, ya que existen gran número de resoluciones judiciales que así lo indican y su recepción ha sido positiva en la resolución de conflictos.

**Suiza:** bajo el mismo concepto utilizado en Austria que se denominan incentivos materiales a la reparación, los cuales van enfocados siempre en reparar a la víctima del delito, Eser (1992) explica:

Es necesario hacer referencia en primer lugar a la regla del art. 4 1. inc. 1, Nro. 1 del Código Penal suizo (CP suizo), según la cual el *resarcimiento* del daño constatado judicialmente o por acuerdo -en la medida de lo exigible al condenado- es condición indispensable para la suspensión (condicional) de la pena. El derecho suizo llega en este tema más lejos que la disposición alemana del § 56, párrafo 1ro., OPP, la cual menciona al comportamiento del autor “después del hecho” solo como uno de los múltiples criterios facultativos a tener en cuenta para decidir acerca de la suspensión condicional de la. Pena. Otro incentivo para que el autor repare el daño causado se encuentra en la circunstancia atenuante general del ejercicio del *arrepentimiento sincero* (art. 64. inc. 8 del CP suizo). El resarcimiento del daño, que es mencionado expresamente como caso típico conduce a una disminución de la pena, si bien no obligatoria, no alcanzando con ello la amplitud del campo de aplicación de los 142 y 167 del CP austríaco. Finalmente, se debe mencionar, con relación al tema, los arts. 77 y 78 del CP suizo que establecen como condición indispensable para la rehabilitación judicial la restitución del daño ocasionado (p. 36).

También, al igual que el Código Penal de la República de Argentina, el Código Penal suizo regula la realización de trabajo en pro de la víctima, con lo cual también se incentiva el reparar el daño ocasionado a la víctima por la comisión del hecho delictivo, que como ya se señaló, podría tener como beneficio la disminución de la pena.

En las legislaciones de Italia y Francia existen también normas que regulan la reparación a la víctima. Sin embargo, estas son más de índole procesal y no tienen consecuencia sobre la disminuir la pena si se repara el daño, propuesta central de esta investigación.

Al analizar las legislaciones citadas, se concluye que los legisladores que se han inclinado por una reducción de la pena al concretarse la reparación del daño lo han hecho desde el punto de vista político criminal en apoyo de las víctimas para que estas puedan mitigar los efectos que el delito cometido contra su persona o patrimonio causó.

**Guatemala:** En Guatemala, solo en la propuesta del nuevo Código Penal, presentada en octubre del 2017 por el diputado Cornelio García, presidente de la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales, aparecen algunas reformas que buscan hacer

efectiva la reparación en favor de la víctima del delito, en la exposición de motivos de esta propuesta en el apartado justificación de la necesidad de un nuevo Código Penal para Guatemala, se establece que:

El catálogo de penas establecido por el conjunto de la legislación penal actual es muy limitado, en relación con la complejidad y la diversidad de figuras delictivas reguladas y se basa, fundamentalmente, en la pena de prisión. No existen suficientes mecanismos alternativos a esta, y, los que existen, no están adecuadamente diseñados para cumplir con el fin fundamental de resocializar a las personas condenadas (p. 4).

Efectivamente, el Artículo 65 del Código Penal, actualmente vigente, contiene factores muy discrecionales para la determinación judicial de la pena y aunque se verifique la atenuante de reparación del daño el juez únicamente puede imponer la pena mínima según su discrecional criterio. Es decir, se sigue privilegiando la pena de prisión, lo que conlleva a que quien resulte responsable penalmente de la comisión de un delito es enviado a centros carcelarios, que no cumplen con lo establecido en la Constitución Política de la República, que es resocializar a las personas condenada, ya que incluso existen centros carcelarios preventivos que son utilizados para cumplimiento de condena y, en todos estos, existe sobrepoblación.

Destaca también en la exposición de motivos de esta propuesta la visión que se tiene de la política criminal que el actual Código Penal posee, indicando que es de corte autoritaria y represiva, lo cual resulta incompatible con los valores democráticos y los postulados fundamentales de una política criminal democrática y sobre la víctima reconoce que las víctimas de los delitos se encuentran desprotegidas por el derecho penal, ya que ni siquiera están reconocidas como verdaderos sujetos de derechos y de atención integral, pretendiendo esta propuesta subsanar este aspecto.

Sobre la imposición de la pena, se indica que la propuesta busca establecer un sistema objetivo para fijar la pena de prisión basado en las circunstancias propias de la realización del hecho criminal, y abandona el modelo actual estructurado para la prevención y sobre la peligrosidad social. Establece, como salida alternativa a la pena de prisión, los sustitutivos penales y sanciones diferentes para los delitos menos graves. Es decir, que no se propone una sustitución de la pena, sino una forma de ejecución y

cumplimiento diferente a la prisión que es una de las corrientes doctrinarias respecto a los sustitutivos penales. Otras de las corrientes respecto a los sustitutivos penales es la que los consideran como supuesto de no necesidad de pena. Es decir, desde una perspectiva de prevención especial, en donde si se considera que el sujeto no merece pena, se prescinde de ella.

En el desarrollo de los artículos, la propuesta establece en el artículo 45, indicando que atenuarán la responsabilidad penal, entre otras circunstancias. Reparar el daño causado. 1º. Reparar espontáneamente el daño ocasionado o disminuir sus efectos; cambiando la regulación actual del artículo 26 que establece reparación del perjuicio 5o. Si el delincuente, a criterio del tribunal, ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado antes de dictarse sentencia.

En la propuesta se adopta el sistema de cuartos para la determinación judicial de la pena y la reparación del daño como atenuante, si no existieren agravantes, serviría para que el juez imponga la pena en el uno mínimo.

Al igual que el actual Código Penal, la propuesta no contempla que la atenuante de reparación del daño debidamente realizado pueda disminuir la pena, sino únicamente determinarla dentro del uno mínimo y en el vigente únicamente la imposición de la pena mínima a criterio del juez que imponga la pena.

Lo que la propuesta pretende es equilibrar el alcance del poder punitivo del Estado con el respeto a los derechos humanos fundamentales. Se reprimen, drásticamente, los delitos graves, elevándose las sanciones para los delitos de corrupción y de crimen organizado; y se reivindica la figura de la víctima, priorizándose la reparación digna por sobre la pena de prisión. Confiere protección especial a las personas vulnerables como eje transversal de todas sus disposiciones, regulando para ello en el artículo 90 la institución de la suspensión condicional de la pena de prisión (definición y requisitos). Al dictar sentencia, los jueces o tribunales podrán suspender, condicionalmente, la ejecución de la pena; suspensión que podrán conceder por un tiempo no menor de dos (2) ni mayor de seis (6) años, si concurrieren los requisitos siguientes: 1º. Que, la pena del delito consista en privación de libertad que no exceda de seis años. 2º. Que, el condenado haga efectiva la reparación digna en los términos establecidos por el presente Código. 3º. Que, antes de la perpetración del delito, el beneficiado haya observado buena



conducta, haya sido un trabajador constante y no haya sido condenado anteriormente por delito doloso.

De alguna manera, la eventual aprobación de la propuesta a las que se ha venido haciendo referencia, da importancia a la reparación digna, es decir, ya los ponentes han visto la necesidad de crear mecanismos que dignifiquen a la víctima.

En cuanto a los sustitutivos penales la propuesta busca favorecer a quienes hubieren acreditado, previo a la comisión del delito o la falta, una buena conducta y, a quienes, hubieren cumplido con la reparación digna. Tendrán, como finalidad, sancionar de forma alternativa a las personas, evitando la prisión y disminuir la sobrepoblación y el hacinamiento carcelarios. Los delitos que, permitirán la aplicación de los sustitutivos penales, serán aquellos con una pena máxima de seis años de prisión.

#### **4. La reparación como una tercera vía del derecho penal**

En el capítulo anterior se abordó las dos formas en que el Estado reacciona ante el delito, siendo estas la pena y las medidas de seguridad. La pena dirigida a quienes son declarados culpables y las medidas de seguridad a quienes son declarados peligrosos. Sin embargo, existe una corriente de pensamiento que propone a la reparación como una tercera vía de reacción ante el delito. Para comprender los fundamentos teóricos del fin de la pena se menciona lo que Ortiz (2013) indica respecto a la pena:

La doctrina mayoritaria exige que la pena intente prevenir futuras conductas delictivas, pero también que sea justa, proporcionada al delito y a la culpabilidad del autor, que reafirme la validez de la norma y que su ejecución procure la resocialización del autor. La teoría actual no se pregunta qué es una pena, sino en qué condiciones es legítima una pena. La reparación no es una pena. La pena consiste en la privación de un bien jurídico impuesta al culpable por la infracción cometida; mientras que la reparación es el remedio al mal causado a la víctima (p. 113).

Sobre esa premisa es que se fundamenta la propuesta de la presente investigación, toda vez que no se pretende sustituir la pena por la efectiva reparación digna, sino únicamente reducirla, cuando el culpable ha reparado el daño causado a la víctima del delito, tomando a la reparación como un atenuante de la responsabilidad

penal. Es decir, que la pena continuaría ejerciendo las funciones que cita la autora. Sin embargo, la reparación tendría una función y esta sería “busca lograr un impacto en el delincuente, en la medida que se enfrente a las consecuencias de sus hechos y asuma su responsabilidad, pudiendo lograr una función preventiva hacia el futuro” (p. 100).

Según Ortiz (2013) existe una base filosófica en las teorías que propugnan la sustitución de la pena por la reparación del daño, indicando:

Parten de la base del pensamiento aristotélico, que indica que el delito ha roto la igualdad entre los hombres y la justicia debe restablecerla. En esta línea, el juez es el guardián de la igualdad y debe quitar la ganancia ilícita a aquella parte que se ha fortalecido a través del acto injusto y devolverla a quien lo ha sufrido.

El tratamiento de la reparación como homóloga de la responsabilidad civil derivada del delito, se debe a que la doctrina y la jurisprudencia existente en materia de reparación, se han desarrollado a partir de analogías con el derecho civil, pero su contenido va más allá del patrimonio (p. 97).

La postura de incluir a la reparación como una tercera vía del derecho penal ha sido criticada por una parte de la doctrina penal, partiendo estas críticas de las teorías que explican la pena y las medidas de seguridad que fueron desarrolladas en el capítulo I de la presente investigación. Ortiz (2013) al referirse a esta posibilidad indica:

Incluir a la reparación como tercera vía del derecho penal, como una consecuencia autónoma del delito, junto a la pena y las medidas de seguridad sigue teniendo resistencia. La objeción más fuerte que se hace en contra de la reparación se basa en su poca capacidad de lograr el fin de prevención general (p. 285).

Otras críticas se fundamentan en que, al tomar la reparación como una tercera vía del derecho penal, se estaría enviando el mensaje de una justicia blanda y en lugar de ese efecto de prevención general que se le atribuye a la pena, sería gravoso al orden social, que el derecho penal busca mantener. Sin embargo, hay posturas que afirman que la reparación puede cumplir con los fines de la pena desde el punto de vista preventivo general, así como el preventivo especial y por ende propugnan su incorporación como una tercera respuesta del Estado frente al delito. Sobre este aspecto Ortiz (2013) indica:

El hecho de que el autor se ocupe personalmente del daño, piense y actúe en una lógica próxima a la víctima, lo obliga a enfrentarse con su acción y en esta confrontación puede llegar a entender el dolor de la víctima, lo que produce un efecto pedagógico, que puede servir al autor para activar un mecanismo de consternación psicológica que tenga un efecto resocializador en su vida futura (p. 293).

Como se puede establecer, existen posturas que propugnan la incorporación de la reparación como una tercera vía del derecho penal y otras que se oponen a ella por considerar que el fin preventivo del derecho penal se reduciría a cero al aplicar la reparación en vez de una pena o de una medida de seguridad. Nuestra postura es que la reparación debe seguirse tomando como una atenuante, que puede reducir la pena, pero no sustituirla, postura que será explicada en otro apartado.

## **5. La reparación en el derecho maya**

Desde la época de la Colonia la reparación ha sido aplicada en el sistema maya, es decir, ha existido un sistema de delitos y penas. De Fuentes y Guzmán, citado en el texto *Breve historia jurídica y análisis sobre la institucionalidad, el derecho maya y el derecho de los pueblos indígenas de Guatemala*, indica que existía el resarcimiento de los daños, la conmutación de las penas y una graduación de la pena en caso de reincidencia para ciertos delitos. En el caso de incendio de una casa, era considerado un delito muy grave, de riesgo peligroso, que era sancionado con la pena de muerte, secuestrados todos sus bienes para el resarcimiento del daño y en su caso, el resto para el rey.

También se tomaba en cuenta la reincidencia para graduar las penas, principalmente cuando se trataba de delitos patrimoniales.

Rosales (2006) explica cómo se graduaban las penas:

Los ladrones a la primera infracción eran condenados a resarcir el daño, pagando al dueño el justo valor y una multa en matas y plumas para el rey, a la segunda infracción. A la segunda infracción, le duplicaban ambas penas; pero a la tercera le correspondía la pena de muerte. Pero si era familia rica y le compraba el calpul a donde pertenecía, pagando por él todos los hurtos que le probaban y en otra cantidad

para el erario y depósito del rey quedaba libre; mas si después era aprehendido por el mismo delito era condenado a muerte por despeñadero (p. 58).

En la actualidad el sistema de justicia maya, aplicado por las autoridades elegidas por la comunidad, privilegia la composición y la reparación del daño, teniendo un procedimiento para la solución de los conflictos que ocurren en cada comunidad. Este procedimiento se determinó es de aplicación casi generalizada en todas las comunidades mayas. De acuerdo con Rosales (2006), el primer paso es el a) aviso, consiste en poner en conocimiento de la autoridad encargada la existencia de algo que rompe con la armonía y la paz de las personas, la familia o la comunidad. A partir del aviso se continúa el siguiente punto que es b) el análisis para determinar si se interviene o no, luego, c) la convocatoria, d) hablar, e) la dualidad de la verdad o mentira, f) conocimiento, g) aproximación entre las partes, h) intercambio, i) aconsejar, llamar la atención, llamar a la reflexión, j) crear y practicar ideas, k) reconocimiento de la falta y pedir perdón, l) juntar ideas, opiniones y comentarios, m) definición, n) acto de olvidar, ñ) juntarse de nuevo, o) pagar la culpa, p) agradecimiento y q) seguimiento.

En la etapa denominada acto de olvidar Rosales (2006) indica que:

Las partes se ponen de acuerdo en la forma en que han de olvidar las heridas causadas. Se define la reparación de daño y perjuicios ocasionados. La reparación se hace mediante hechos concretos e inmediatos, acciones que demuestran a la parte afectada que el ofensor tiene voluntad de equilibrar o armonizar de nuevo sus relaciones (p. 90).

En la etapa de pagar la culpa, adicionalmente a la imposición de la sanción que corresponda, se determina también la reparación del daño, siendo el afectado quien propone o sugiere la sanción que corresponde. En la mayoría de casos únicamente pide el arrepentimiento y la reparación de los daños. Como se puede establecer, el sistema de justicia maya privilegia la composición armoniosa de los conflictos que se generan en la comunidad y se busca principalmente la reparación del daño que la acción causó en la víctima, dejando satisfacción en las partes involucradas.

La aplicación del derecho penal indígena (maya) ha sido reconocido por el derecho oficial, de esa cuenta que se encuentra el caso conocido dentro de la carpeta judicial

identificada con el número E.312.2003 Of. 6to. del Juzgado de Primera Instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán en la cual se emitió auto de sobreseimiento con fecha 25 de junio del año 2003, resolviendo el juez a cargo:

En el presente caso el juzgador al tomar en cuenta una de las principales características del derecho indígena (maya) es que es conciliador porque a diferencia del derecho oficial, contempla las secuelas del “conflicto” sobre los implicados y la comunidad, por ello privilegia la conciliación, el acuerdo mutuo sobre la simple aplicación de la sanción al victimario, busca la reparación del daño ocasionado tanto espiritual como materialmente, contemplando tanto la situación de la víctima como la del victimario, lo que contribuye a restaurar según unas tesis, la armonía entre ambos (CENADOJ, 2004 p. 31).

En la misma resolución el juzgador ordenó el sobreseimiento del proceso en favor de los sindicatos, realizando un amplio análisis sobre el derecho indígena, concatenándolo con las normas penales y procesales aplicables al caso. Se estableció que para arribar a dicho fallo tomó en cuenta el acta realizada por las autoridades indígenas en las que se concilió y se acordó la reparación en favor de las víctimas. Indicó el juzgador:

Al analizar el acta de fecha veinticinco de junio del año dos mil tres suscrita por las autoridades comunitarias de Chiyax de este municipio y departamento, se concluye en la misma a través de la sanción en ella descrita, que no contraviene disposiciones relativas a derecho internacional en materia de derechos humanos ni la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que deviene pertinente su aprobación y reconocimiento legal y con base en tales extremos y las consideraciones de hecho y de derecho anteriormente enunciadas las cuales al analizarse conjuntamente con los principios de no intervención o de mínima intervención del derecho penal, que establece en esencia que el mismo debe intervenir en *ultima ratio*, es decir, cuando las demás instancias legales hubiesen fracasado, cosa que no sucede en el presente caso ya que se dio una efectiva y legal aplicación del derecho indígena en la solución del presente conflicto y al concatenarse dicho principio con el de NON BIS IN IDEM el cual en esencia establece que una persona no puede ser juzgada más de dos veces por el mismo hecho, y que de aplicarse también una sanción oficial o de los contenidos

en el Código Penal se estaría contraviniendo dicho principio rector y ante la imposibilidad de emitir una sentencia definitiva ya fuese condenatoria o absolutoria en su caso, pertinente resulta ante tal imposibilidad material de juzgar y siendo una causal objetiva de procedencia del sobreseimiento penal procedente resulta declararlo en las presentes actuaciones por falta de legitimidad en el ejercicio de la acción penal y pública por parte del Ente Fiscal por ausencia del monopolio de la acción ya que la misma fue asumida íntegramente por las autoridades comunitarias de la comunidad de Chiyax (CENADOJ, 2004, p. 32).

## **6. La reparación en la jurisdicción boliviana y colombiana**

En el caso de Colombia se ha obtenido avances para comprender que la reparación del daño no solo era económica, sino que podía abarcar otros aspectos, de esa cuenta que según indica Cárdenas (2015):

Los primeros pasos para abandonar el entendimiento de la reparación solo en sentido económico se dieron gracias a las sentencias C-228 de 2002 y C-014 de 2004. La primera de ellas posibilitó que las víctimas acudieran al proceso penal con pretensiones de reparación sin contenido económico y que, al mismo tiempo, pudieran plantear sus pretensiones dinerarias y que se constituyen en parte civil por fuera del proceso penal, cuando antes estaban en la disyuntiva de acudir a uno u otro proceso de manera excluyente, lo que causó que, en ocasiones, cuando los regímenes de responsabilidad civil eran objetivos, se prefiriera acudir a la reparación económica por la vía civil aunque se sacrificara la participación en los procesos penales y, por lo tanto, los derechos a la verdad y a la justicia (p. 321).

Según Cárdenas, otro avance significativo es que el Consejo de Estado ha aclarado que las medidas de justicia restaurativa son la forma más adecuada para buscar la reparación *in natura* o *la restitutio in integrum* de las víctimas y que solo excepcionalmente se puede ordenar una indemnización cuando no es posible o no es idóneo acudir a estas medidas.

En sentencia del 28 de agosto de 2014 (Consejo de Estado, 2014, Expediente 05001-23-25-000-1999-00163-01(32988)) la Sala plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció que para que un daño sea indemnizable debe ser cierto, actual, real,

determinado o determinable, anormal y protegido jurídicamente, pero también señaló que no es suficiente la simple verificación de la lesión de un derecho o de un interés legítimo, pues se requiere la constatación de “los efectos derivados de la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial, los cuales son injustamente padecidos por la víctima”. Entonces, la indemnización depende de las consecuencias que el daño produce en la víctima.

Cárdenas (2015) indica que la jurisdicción colombiana, reconoce la existencia del perjuicio inmaterial, haciendo la diferencia entre el daño moral, daño a la salud y otros intereses que merezcan protección. Sentencias de la Sala Plena de la misma sección de septiembre 14 de 2011 (Consejo de Estado, 2011, Expedientes 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222) & 05001-23-25-0001994-00020-01(19031)).

Este mismo autor también analiza cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ordenado la reparación del daño en los casos que se han tramitado contra el Estado colombiano. Para ello, analiza el contenido del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que indica: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. A partir de lo regulado en dicho artículo Cárdenas (2015) indica:

Aunque parezca que la norma solo se refiere a la reparación de las consecuencias que produce el daño, podría afirmarse que el sistema de declaración de responsabilidad en las sentencias involucra el concepto de daño evento, pues la Corte, en sus sentencias de reparaciones se ocupa, en primer lugar, de identificar a la parte lesionada; posteriormente determina las indemnizaciones en categorías genéricas de daños materiales e inmateriales y contempla dentro de los primeros los rubros tradicionales de daño emergente y lucro cesante y, en los segundos, categorías que incluyen los daños morales, la afectación al proyecto de vida, el daño existencial y en nuestro concepto, el daño evento. Estas reparaciones económicas se fijan en equidad de acuerdo con las particularidades y gravedad de cada caso (p. 332).

Concluye Cárdenas que la jurisprudencia nacional (colombiana) se ha abierto camino la reparación del daño en sí mismo considerado o daño evento, que se repara gracias a la adopción de medidas de justicia restaurativa y excepcionalmente con una compensación económica, sobre todo en relación con los daños a la vida y a la salud, cuya teorización ha servido para jalonar este debate jurídico. Sin embargo, no puede perderse de vista que hay que buscar mecanismos idóneos para que estas medidas tengan una eficacia real y sirvan para reparar realmente a las víctimas.

En la sentencia C-228 de 2002, indica Mejía (2014):

La Corte, con el fin de consolidar su posición frente al rango de constitucionalidad que goza la participación de las víctimas en el rito penal, alude que no es concebible que el factor económico sea el único camino que tiene la víctima para participar en el proceso penal, toda vez que la protección de los derechos que prevé la Constitución, tales como las acciones populares, la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción de inconstitucionalidad, entre otras, no necesariamente buscan una solución de orden económico, toda vez, que dichas acciones tienen la finalidad de proteger y efectivizar la dignidad y los derechos de las personas; y no necesariamente remedios pecuniarios (p. 18).

Es decir, que la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana amplía los factores a que la víctima tiene derecho por la comisión de un delito en su contra, lo cual es razonable puesto que el daño causado no solo se limita a un daño material, sino como lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, abarca otros como el daño moral e inmaterial, debiendo los Estados aplicar diferentes fórmulas para lograr una verdadera reparación.

Otro caso es el señalado en la sentencia C-454 de 2006, que indica cuáles son las formas de realizar la reparación, Mejía (2014) indica:

A la vez la sentencia C-454 de 2006 respecto del bloque de constitucionalidad, manifiesta que el derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución,



(ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas (p. 66).

Como se puede establecer, la jurisdicción colombiana adopta los principios de reparación que la actualmente son tendencia en la mayoría de legislaciones penales, basados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la Constitución boliviana el artículo 113-I se reconoce que: La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna, pero que todavía no fue desarrollado normativamente o institucionalmente.

El Código de Procedimiento Penal se limita a la restitución e indemnización sin prever la rehabilitación, las medidas de satisfacción y menos las garantías de no repetición como parte integrante de la reparación, por lo que la misma no es integral.

Estivariz (2016) analizando la naturaleza de reparación en la jurisdicción boliviana indica analiza una sentencia por el Tribunal Constitucional boliviano en el año 2010 e indica: “La naturaleza del debido proceso está reconocida por la misma Constitución en su triple dimensión: como derecho fundamental de los justiciables, un principio procesal y una garantía de la administración de justicia” (p. 10).

Se ha establecido que la reparación es un derecho constitucional en Bolivia, lo que ha conllevado a que algunos procesos lleguen al tribunal constitucional, para que ahí se resuelvan en definitiva. De esa cuenta que el Tribunal Constitucional de Bolivia mediante Auto Constitucional de Calificación de Daños y Perjuicios 09/2000-CDP de 20 de noviembre de 2000, estableció que el contenido del derecho a la reparación debe circunscribirse a lo siguiente: “...1) la pérdida o disminución patrimonial que haya sufrido la parte damnificada como consecuencia del acto ilegal cometido en su contra, 2) los gastos que la recurrente ha tenido que efectuar para lograr la reposición del derecho conculcado”. Dicho criterio fue reiterado en el auto Constitucional 0004/2014-CDP del 1

de septiembre de 2014, es decir, los criterios que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido no son aplicables en la jurisdicción boliviana.

No obstante, de acuerdo con Estivariz (2016) uno de los valores recogidos de los pueblos indígenas que habitan el territorio boliviano es el “suma qamaña” que, de acuerdo con el estudio de este autor, tiene varias acepciones que se concretan básicamente a vivir con integralidad que explica la convivencia armónica entre el ser humano y la naturaleza, mediada por la espiritualidad. Comparando el valor indígena con el criterio del Tribunal Constitucional que: “El alcance del derecho a la reparación en acciones de defensas es totalmente contradictorio con el principio-valor “suma qamaña”, pues al únicamente circunscribir su ámbito de aplicación a los daños patrimoniales” (p. 54).

Concluye Estivariz (2016) lo siguiente:

No obstante, en el caso de la reparación integral en el contexto boliviano parece haber una directa relación entre el ámbito de justicia y el de eficacia; ello en la medida en la que al ser calificada esta como injusta ha empezado a quedar en desuso; es decir, la justicia del derecho a la reparación, en este caso, ha incidido directamente, o ha sido causal directa de su ineficacia (desde el punto de vista sociológico), pues el mensaje enviado por el “guardián” de la Constitución, a través de su jurisprudencia, es adoptado por la sociedad haciendo que esta ni siquiera reclame la tutela del derecho a la reparación (p. 58).

Similar circunstancia ocurre en Guatemala, porque, aunque los tribunales declaren el derecho a la reparación digna en favor de las víctimas, escasamente se hace realidad, es decir, se queda una mera declaratoria, sin que a la fecha existan mecanismos en favor de la víctima, para incentivar al penalmente responsable hacer efectiva dicha reparación.

## **7. La justicia restaurativa**

El Manual Sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2006) al referirse a la justicia restaurativa indica que es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes. Es un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en varios países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto. Esto se debe también a las dificultades para traducir de manera

precisa el concepto en diversos países, en los cuales a menudo se usa una gran variedad de términos.

La define como una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad. Los programas de justicia restaurativa se basan en el principio fundamental de que el comportamiento delictivo no solamente viola la ley, sino también hiere a las víctimas y a la comunidad. Cualquier esfuerzo para solucionar las consecuencias del comportamiento delictivo deberá, en la medida de lo posible, involucrar tanto al ofensor como a las partes ofendidas, y proporcionar la ayuda y el apoyo que la víctima y el delincuente requieren.

Se destaca entonces, que todas las acciones que el Estado tome para solucionar los conflictos desde el punto de vista de la justicia restaurativa deben involucrar tanto a la víctima como al victimario, es decir, buscar un balance entre ambas partes y solucionar el conflicto. El mismo manual define al proceso restaurativo indicando que es cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjunto de manera activa para la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador.

Se establece entonces que la justicia restaurativa vendría a ser una especie de derecho penal no tan severo, sino que busca solucionar los conflictos mediante otras opciones menos lesivas para el victimario y que favorezcan a la víctima al ser reparado el daño que se le ha causado. Así lo explica Ortiz (2013):

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos buscan lograr una relación más cercana de los órganos de justicia con la comunidad, ofreciendo mecanismos alternativos a la justicia formal, que sean ágiles y contemplen la participación directa de los interesados en la resolución de la infracción (p. 207).

La influencia de la justicia restaurativa en el derecho penal se basa en que no solamente la sanción sino la reparación del daño causado a la víctima puede contribuir al mantener el orden social:

El debate político criminal empieza a centrarse en que una adecuada política criminal considera que, el orden social no solamente se restablece por medio de una sanción al delincuente, sino también mediante la reparación a la víctima del delito, procurando que a la víctima le sean reparados los perjuicios que ha sufrido e intentar conseguir que recobre su integridad; considerando además los efectos que la reparación pueda producir en el ánimo del delincuente; es decir, incluir en la concepción de las sanciones penales la perspectiva de la víctima y orientar al delincuente a una actividad constructiva y llena de sentido (Ortiz, 2013, p. 209).

De las características de la justicia restaurativa se destaca que busca dar una respuesta más flexible al delito, respeta la dignidad humana, promueve la reparación a la víctima con mecanismos menos engorrosos, descongestiona el sistema de justicia penal, motiva al delincuente a reparar a la víctima y también lo hace recapacitar sobre su actuar y le da una oportunidad de reincorporarse a la sociedad en la cual se desenvuelve, dándole estabilidad social a la comunidad en general.

La Organización de Naciones Unidas, en el año 2006, realizó una evaluación de quince programas de justicia restaurativa, que arrojó como resultado, que a pesar de las objeciones, los programas restaurativos no lo hacen peor que la justicia penal convencional en términos de satisfacer las necesidades de las víctimas y los infractores, llegando a un grado de satisfacción del 95 %; y en términos de reincidencia, se aprecia una pequeña, pero significativa reducción, especialmente en infractores de bajo riesgo (Ríos, 2012, p. 40).

La justicia restaurativa busca también volver a la víctima al estado en el que se encontraba antes de cometerse el delito, buscando el equilibrio entre victimario, víctima y facilitar la reincorporación a comunidad de ambos, para evitar la revictimización.

En el Código Procesal Penal se encuentran algunas formas de justicia restaurativa, siendo ellas el criterio de oportunidad, la conciliación y la mediación, en las que sí se exige la participación de autoridades judiciales. Todas ellas con la condición de reparar el daño causado.

## CAPÍTULO III

### La reparación digna como una posibilidad para disminuir la pena

#### 1. La disminución de la pena por la efectiva reparación digna

En la actualidad el control social que ejerce el Estado se hace a través del derecho penal, ejerciendo de esta manera el *ius puniendi*, que se aplica a través de la consecuencia jurídica de la comisión de un delito, que es la pena.

Es esa la concepción actual del derecho penal: el control social. Ello impide que la reparación sea tomada como una tercera vía, es decir, que venga a sumarse a la pena y las medidas de seguridad, porque la reparación no cumpliría con los fines doctrinarios de la pena, ni las curativas de las medidas de seguridad, aspirando únicamente entonces a que la reparación efectivamente realizada, sea tomada en cuenta solo para disminuir la intensidad de la pena.

Dicha reducción puede ser explicada atendiendo a los principios de la ley penal, a los fines de la pena y al papel de la víctima en el proceso penal, siendo necesario que se analice cada uno de esos tres aspectos.

##### a. Justificación desde la ley penal y teoría de la pena

Se ha mencionado que el derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos a través de la sanción de conductas que lesionan o ponen en peligro algún bien jurídico. Hay autores que se pronuncian en favor de la existencia y aplicación de la pena entre ellos Mir Puig Ortiz (2013) citando a este autor indica:

La eficacia de la pena no debe medirse sobre la base de quienes ya han delinquido, pues para ellos la pena ha resultado ineficaz; sino en cuanto a su efecto preventivo general, entre los que no han delinquido y acaso lo hubieran hecho de no concurrir la amenaza de la pena, es decir, el poder preventivo de la pena se demuestra por aquellos ciudadanos que no delinquen (p. 168).

Se hacen críticas a los fines de la ley penal, ya que en busca de proteger esos bienes jurídicos se opta por imponer penas algunas veces inhumanas, vulnerando los principios del derecho penal que son: la intervención mínima, humanidad y culpabilidad, incluso se castiga severamente a quienes en algún momento se ven inmersos en algún delito como

autores del mismo y la imposición de una pena, resulta innecesaria e ineficaz, porque esa persona no necesita ser resocializada o porque resulta ser víctima de la estructura social del Estado. Desde esta perspectiva Ortiz (2013) refiere lo siguiente:

Es contradictorio reintegrar a un sujeto en un marco social cuyas desigualdades estructurales han tenido un papel determinante en la generación de la criminalidad, sería volver a colocarle en círculos criminógenos; y es igualmente contradictorio hablar de resocialización de sujetos que nunca estuvieron integrados. El delincuente, por lo general, carece de la socialización humana debida, carece de reconocimiento y gratificación social, carece de instrucción y educación, por lo que, sin negar su responsabilidad del delito, hemos de investigar hasta donde es él víctima del entorno. Mientras no se atiendan las causas del delito, este volverá a reproducirse (p. 165).

Al analizar este punto se plantea que la sanción penal respecto de los fines preventivos y resocializadores resulta ineficaz, tan así que se llega a cuestionar la utilidad de la pena. De ese cuestionamiento es que surgen propuestas abolicionistas del derecho penal, que se basan en que este no ha podido resolver los conflictos sociales. Ortiz (2013) citando a Roxin afirma:

La criminología ha puesto de manifiesto que un elevadísimo número de penados reinciden, lo que parece indicar que la aplicación del derecho penal es al menos corresponsable de la criminalidad reincidente. Las estadísticas de reincidencia merecen mayor atención, pero la ausencia de investigación posterior a un caso nos impide reconocer qué ha ocurrido con los fines de la pena. La reincidencia es un indicador de que el derecho penal no es tan efectivo como se quiere creer. En el caso de crímenes, a mayor represión del sistema penal, mayor cantidad de hechos violentos. El recuento de población carcelaria en muchos países es la prueba del fracaso del sistema penal. Estados Unidos es el país que envía más personas a prisión que cualquier otro país occidental, sin que el problema de la criminalidad haya mostrado alguna variante a lo largo de los años (p. 169).

De acuerdo con el análisis realizado por Ortiz (2013) respecto a la pena de prisión, se establece que:

La pena privativa de libertad sigue siendo la consecuencia jurídica reina del delito. En algunos países con legislación de corte represivo, como Guatemala, el 83.84 % de los delitos se castiga con pena privativa de libertad y los delitos que tienen como consecuencia una pena de multa se refiere a los ataques más leves a bienes jurídicos. En países con una realidad como esta, en el imaginario social pareciera que la única pena es la privativa de libertad (p. 166).

Estos datos confirman que imponer penas elevadas a quienes han cometido un delito, no resuelve el conflicto que se ha generado entre victimario y víctima, dejando una sensación de insatisfacción en esta última, puesto que, si bien se condena a cumplir un largo tiempo de prisión a su victimario, no se repara el daño que le fue causado. Por esa razón se considera que se justifica la propuesta de incorporar en el derecho penal guatemalteco, mecanismos que tiendan a disminuir la pena, cuando se ha reparado el daño causado por la comisión del delito, basados en los principios de intervención mínima, humanidad y culpabilidad.

En países desarrollados como Alemania se aplican diferentes criterios para el otorgamiento de beneficios al autor del delito. Ortiz (2013) indica que:

En Alemania se puede prescindir de la persecución penal, suspender condicionalmente el proceso y luego sobreseer cuando el presunto autor acepte llevar a cabo determinados comportamientos posteriores de reparación. De la totalidad de casos que ingresan al sistema el 46.1 % se desjudicializa. Esto se logra mediante la conciliación de casos que inician por querrela privada y por medio de la figura del sobreseimiento, donde el tribunal puede interrumpir el proceso a instancia del fiscal en casos de pequeña delincuencia, siempre que medie el consentimiento del acusado, cuando media una condición, previendo la reparación del daño, la entrega de una suma de dinero a favor de un organismo de interés público o el cumplimiento de prestaciones de interés general. Esta figura también puede aplicarse en caso de atentados contra la seguridad del Estado (p. 263).

La política criminal democrática del Estado de Guatemala, aprobada recientemente, contiene cuatro ejes que son la prevención, investigación, sanción y reinserción, enfocados en el tratamiento de la criminalidad en el país. Ejes que se fundamentan en los principios rectores de la misma, destacándose de todos ellos el

principio de preeminencia de la prevención que establece como principal herramienta para la atención de la violencia y la criminalidad la prevención, siendo que se enfatizan las acciones que reduzcan y eviten la comisión de delitos, lo cual permitirá al mismo tiempo evitar el colapso del sistema de justicia penal, por carecer de la capacidad para darle respuesta efectiva a los miles de casos que anualmente se presentan y el principio de intervención mínima. Este establece el carácter de la intervención del sistema de justicia penal como la última instancia de resolución de conflictos y solamente para los casos más graves, impidiendo además que se causen más daños. En este contexto, se reconoce el carácter social del fenómeno delictivo y los factores multicausales que intervienen.

Bajo esos principios se desarrollan los ejes antes mencionados, siendo necesario referirse al eje de sanción, como la consecuencia que se deriva de la infracción de la norma penal, que tiene incidencia en la convivencia social armónica, y que debe orientarse a remediar los efectos de dicha transgresión, atendiendo las condiciones particulares de quien realiza el hecho y en proporcionalidad a la afectación del bien jurídico lesionado.

Dentro de los objetivos de este eje se establece que se deben incluir sanciones penales alternativas orientadas a retribuir el daño causado a las víctimas del delito y el retorno al contexto social de la persona infractora de la ley penal, humanizar la imposición y cumplimiento de la sanción penal.

En cuanto a los lineamientos estratégicos destacan lograr imposición de penas proporcionales y certeras, inclusión de un catálogo de penas alternativas de prisión y fortalecer los mecanismos sancionatorios, para que cumplan con los fines rehabilitadores, de reinserción social y dignificación de las víctimas y adoptar mecanismos que aseguren que los derechos de las víctimas, en especial los que derivan de violaciones graves a los derechos humanos. Estas no estarán restringidos a la reparación económica, sino que deben incluir pretensiones de verdad, justicia, reparación integral y garantía de no repetición.

Sobre los resultados esperados de la política se establece que la población guatemalteca sea beneficiada por un sistema de sanciones que privilegia la reparación



del daño causado, toma en cuenta los intereses de las víctimas y promueve el retorno al contexto social de las personas infractoras de la ley penal, reduciendo la prisión.

Se establece, entonces, que desde la perspectiva de la ley penal, atendiendo a conceptos doctrinarios y a la misma política criminal democrática del Estado de Guatemala, se justifica la propuesta aquí planteada, ya que la reparación digna, efectivamente realizada, sería incorporada a la ley penal sustantiva como una atenuante muy cualificada, que permitiría la reducción de la sanción penal en beneficio tanto del sujeto activo del delito, como a la víctima puesto que ambos reciben un beneficio.

Como se estableció en el capítulo II, en la mayoría de legislaciones de otros países y en el Código Penal guatemalteco la reparación opera como una atenuante para la determinación judicial de la pena. Sin embargo, en otros países el reparar el daño si incide en la disminución de la pena, caso contrario en Guatemala ya que el juez solo podría imponer la pena mínima señalada para el delito que se cometió. Esto tiene como consecuencia que reparar el daño no sea algo que sea del interés a la persona penalmente responsable del delito, puesto que si hace efectiva la reparación del daño causado o no, podría recibir la misma pena, es decir la pena mínima, dado que es una práctica judicial casi generalizada imponer la pena mínima señalada por el Código Penal en cada delito.

Aquí es importante mencionar el tema de la culpabilidad que ya fue desarrollado en el capítulo I de la presente investigación, puesto que se encuentra en la doctrina posiciones que indican que la reparación del daño va de la mano respecto al grado de culpabilidad del autor del delito. Así lo indica Arias (2005):

Para la posición doctrinal mayoritaria, la culpabilidad y el daño civil no constituyen medidas equivalentes que permitan intercambiar la función de una y otra, de modo que la cuantía de la sanción penal sea igual en uno u otro caso. La reparación del daño si se quiere que tenga efectos penales deberá tomar en cuenta el injusto culpable.

Esto se explica de la siguiente manera: no se puede crear un criterio de culpabilidad respecto al daño causado puesto que en cada caso se presentan situaciones distintas, por ejemplo, en la tentativa no se consuma el daño, en otros delitos la víctima

no sufre daño y por el contrario hay delitos culposos en los que el daño es enorme y el autor del delito no actuó con intención de causar ese daño. En ese sentido continúa manifestando Arias (2005):

Por esta razón los partidarios de esta posición se decantan por la realización de la reparación dentro del proceso penal y asignar a la reparación del daño funciones atenuatorias, de renuncia a la pena y de sustitutivo penal, con lo que se salvaguarda la función garantística de la culpabilidad.

La doctrina ha desarrollado algunas formas que justifican en algunos casos que no se imponga la pena señalada en cada delito. Una de estas formas es el denominado principio de oportunidad, a través del cual se establece la posibilidad incluso de que el ente encargado de la persecución penal se abstenga de ejercer la acción penal que trae como consecuencia la no imposición de pena, mediante el cumplimiento de algunas reglas, siendo uno de los requisitos que se haya reparado el daño ocasionado. Este principio atiende a una política criminal no tan severa y privilegia la resolución del conflicto penal, a través de este procedimiento. Basándose en los principios del derecho penal, que antes se han mencionado. Ortiz (2013), al referirse a la actuación del sistema de justicia penal, aplicando el principio de oportunidad (criterio de oportunidad en el Código Procesal guatemalteco) indica:

De esta manera, la actuación estatal es medida y se basa en criterios tales como la adecuación de la sanción a los fines que la justifican; la necesidad de la sanción, que se concreta en el principio de intervención mínima; y la exigencia de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, la necesidad de un juicio de ponderación entre el daño producido por el hecho y el fin perseguido por la conminación penal. Cuando no existe una necesidad de castigo, este no debe imponerse (p. 271).

En el caso de Guatemala, este principio ha sido incorporado, incluso, en delitos que son cometidos por delincuencia organizada, bajo el denominado derecho penal premial. Claro, con circunstancias distintas, pero bajo el mismo principio, ya que la doctrina indica que esta figura de colaborador eficaz está enfocada en el interés punitivo del Estado no en pro de la víctima, no obstante, lo anterior dentro de las obligaciones que

asume el colaborador eficaz está la de reparar los daños ocasionados por los ilícitos cometidos, de acuerdo con su capacidad económica.

Para incorporar la posibilidad de reducir la pena, porque se realizan actos en pro de la víctima, se ha propuesto incluir la reparación como una atenuante, esto buscando una forma de dignificar a la víctima. Tal como se estableció anteriormente, está regulado ya en algunas legislaciones de otros países y en algunos otros existen propuestas para incorporarlas a la legislación penal, tal como lo indica Cafferata (1998) refiriéndose a la legislación argentina:

Aquella cooperación en el descubrimiento de la verdad no es concebida por esta posición como un modo excepcional de investigación, basado en una transacción previa con un delincuente que vende delación a cambio de libertad, sino como un atenuante por haber favorecido que la víctima o sus deudos puedan saber qué, cómo, por qué, quién y a veces cuándo. La atenuación no es por la eficacia para la punición sino por su eficacia para satisfacer aquel justo reclamo y su procedencia y alcances deberán ser resueltos en la sentencia definitiva. En 1997, Pedro David, Raúl Zaffaroni, Ricardo Gil Lavedera, León Arslanian y Andrés D'Alessio coincidieron en proponer, como agregado al art. 41 del Código Penal (argentino) una reducción así: "Cuando el sujeto se hubiere esforzado seriamente para evitar el resultado, reducir el daño causado o satisfacer a la víctima, o hubiere cooperado en la investigación". La escala penal aplicable se podrá disminuir del modo previsto para la tentativa (p. 228).

Otros autores vinculan la aplicación de la atenuante a la consideración de la reparación del daño como *actus contrarius* de rectificación. Ortiz (2013) indica:

Para este sector que defiende la fundamentación de la atenuante como un *actus contrarius* de reafirmación de la norma, la aplicación de la atenuante ha de venir condicionada en la medida en que suponga una forma de retorno del infractor a la esfera del orden jurídico del cual se alejó cometiendo el delito. Esta visión compatibiliza su interpretación con los fundamentos de prevención especial y general positiva, al entender que cuando el infractor repara el daño a la víctima en todo caso existe una menor necesidad de penar (p. 18).

La afirmación anterior se basa en que al hacerse efectiva la reparación digna, el victimario muestra cierto arrepentimiento y reconoce que se ha equivocado, que su comportamiento quebrantó una norma y al momento de reparar el daño que ocasionó: reafirma la validez de esa norma, por lo cual ya no es necesaria la imposición de una pena tan severa o incluso no imponerla, toda vez que no tiene necesidad de ser resocializado, cumpliéndose de esta manera los fines que la prevención general y especial de la pena.

En cuanto a ello, Arias (2005) explica detalladamente cómo se cumplirían esos dos fines, es decir, la prevención general y la prevención especial, indicando que:

Cuando se opta por la suspensión de una pena privativa de libertad se entiende que la pena, aún suspendida produce determinados efectos, los ciudadanos pueden confiar en que al delincuente primario se le remitirá o sustituirá la pena establecida para el delito, el autor del hecho, además conoce que si incumple las condiciones impuestas o delinque durante el plazo, el sustitutivo podrá modificarse o revocarse y con esto se envía un mensaje a la sociedad y al delincuente mismo, sobre los fines del derecho penal. Los sustitutivos por otra parte se justifican en el respeto a los principios limitadores del *ius puniendi*: el principio de legalidad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* y carácter fragmentario del derecho penal que integran el principio de mínima intervención, el principio de efectividad, el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad, el principio de humanidad de las penas y resocialización (p. 108).

Dado que la determinación judicial de la pena atiende a diferentes factores, regulados, en el caso de Guatemala, en el artículo 65 del Código Penal, es necesario dotar a los jueces de opciones que le permitan en primer lugar determinar la pena adecuada, atendiendo a las circunstancias atenuantes, que en el caso de estudio sería la reparación del daño y posteriormente que estos determinen si es o no procedente aplicar algún sustitutivo como lo es la suspensión de la ejecución de la pena, rebajarla o conmutarla. Respecto a este punto Ortiz (2013) manifiesta:

El castigo debe limitarse cuando las necesidades preventivas han disminuido o desaparecido, es decir, cuando la pena deja de ser útil, pues la única pena justa

es la que es necesaria para la protección de los bienes jurídicos. En este sentido, la reparación también tiene cabida dentro del derecho penal en instituciones que modifican la pena, como causa de conmutación o sustitución de la misma. La reparación también puede aplicarse como forma de suspensión condicional de la ejecución de la pena, antes de empezar a cumplirse, en forma de libertad condicional o libertad anticipada. Esta institución conjuga el juicio de desvalor expresado en el pronunciamiento penal y la llamada voluntad del reo, fortalecida por la amenaza de ejecutar la pena, para que se reinsera socialmente. La conducta posterior al hecho tendiente a buscar la reparación a la víctima suele ser considerada como condición para suspender la ejecución de la pena, mediante la imposición de una condición reparatoria que el reo se ve compelido a cumplir. Para la aplicación de esta figura deben considerarse otras características del delincuente que permitan pensar que la condición reparatoria será suficiente para lograr internalizar los valores protegidos por las normas penales (p. 273).

Se establece entonces, que existen diversos beneficios penales, cuando se ha reparado el daño causado por la comisión del delito, ya sea suspender la ejecución de la pena, que, en la propuesta del nuevo Código Penal guatemalteco, la contempla cuando la pena no supere los seis años de prisión. También está la posibilidad de conmutarla en el caso del Código Penal actual, es conmutable cuando no supere los cinco años de prisión debiéndose cumplir para el efecto, con algunos requisitos, dentro de los cuales no se contempla hacer efectiva la reparación digna. Sin embargo, en la práctica judicial en delitos de violencia contra la mujer los jueces previos a otorgar el procedimiento abreviado y conmuta la pena, solicitan que se haya reparado a la víctima.

Se puede también sustituir la pena como el caso del criterio de oportunidad y la suspensión condicional de la persecución penal, en el que no se impone una pena, sino que impone la obligación de realizar algunas actividades en beneficio de la comunidad.

En la fase de ejecución se tiene el beneficio de libertad condicional, donde sí se exige la reparación del daño. Sin embargo, estos beneficios deben ser otorgados bajo parámetros claramente establecidos. En ese sentido Ortiz (2013) indica:

El delincuente merece un beneficio penitenciario cuando su acción o comportamiento no ha sido especialmente grave, basándose en la cantidad de

reproche o culpabilidad o cuando existe un pronóstico social favorable, lo que significa un juicio hipotético de que el delincuente no volverá a cometer un nuevo delito. La peligrosidad criminal del delincuente puede tener importancia durante la ejecución de la pena, pero no antes, por ello opera en la ejecución de la pena pero no en su fijación o individualización autores como Durbán Sicilia recomiendan que se amplíen los supuestos de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en consideración a la conciliación entre víctima y condenado posterior a la sentencia, con el fin de incentivar la mediación también en esta fase del proceso (p. 275).

Sobre esto último, cabe mencionar que el actual Código Penal guatemalteco, cuando regula la reparación del perjuicio, establece que debe haberse reparado, restituido o indemnizado el daño causado antes de dictarse sentencia, es decir, que una vez se haya dictado sentencia no existe la posibilidad de tomarse en cuenta la reparación. Esto atiende a que es efectivamente al momento de dictar la sentencia donde los jueces establecen si concurre o no las agravantes o atenuantes. Sin embargo, ya en la fase de ejecución se exige para obtener el beneficio de libertad condicional que se haya reparado el daño, sin embargo, si no se cumple con este requisito, el condenado puede optar por otros beneficios, entre ellos la libertad controlada o la redención de penas, beneficios que se encuentran regulados en la Ley del Régimen Penitenciario.

Se considera que esta regulación es insuficiente para incentivar al victimario a reparar el daño que causó en la comisión del delito, porque como se ha mencionado, normalmente los jueces, se repare o no el daño causado, impondrán la pena mínima al autor de delito, si no concurren agravantes.

En cuanto a los fines de la pena, estos beneficios no restan eficacia a la prevención general ya que la pena mantiene el fin de disuadir a todos de la comisión futura de la conducta, ya que la reducción opera no en la determinación legislativa de la pena, sino en la determinación judicial. Es decir, ya en cada caso que llega a conocimiento de los jueces de sentencia y en la fase de libertad condicional ante los jueces de ejecución, son quienes determinan otorgar este beneficio.

En cuanto a la posibilidad de aplicar la atenuante de reparación del daño solo en los delitos leves existe un criterio que establece que no debiese aplicarse solo para estos

delitos, sino que, por el principio de igualdad, aplicarse a todos los delitos, refiriéndose a este punto, Ortiz (2013) indica:

La situación es diferente si lo que se propone es solamente que la reparación disminuya la pena. Tal parece que en el imaginario colectivo la sensación de restauración del orden social en delitos graves no sería posible si no se aplicará la pena, por lo que por razones de prevención general es aconsejable mantenerla, combinándola con la reparación, pues por razones de igualdad y equidad, no es justo que las víctimas de delitos leves puedan acceder a la reparación mientras que las víctimas de delitos graves, que han sufrido de mayores perjuicios, no puedan acceder a ella (p. 276).

Recomienda esta autora que, por el principio de igualdad, si se aplica la reparación para delitos leves, también debe aceptarse para delitos graves porque en ellos la víctima ha resultado más afectada, es decir, ha recibido un daño mayor. También indica que, por el principio de aplicabilidad universal, los efectos de la reparación pueden ser aplicados a cualquier delito; pues con el delito, el autor no solo ha tomado una ventaja sobre la víctima que ella no tiene por qué soportar, sino que ha desconocido su condición de sujeto de derechos, situación que el derecho penal debe reparar para el retorno del equilibrio de las relaciones en el seno de la sociedad.

En la práctica se ha establecido que la combinación de pena con reparación es más efectiva desde el punto de vista de los fines de la pena, ya que se reduce la reincidencia, y se genera satisfacción en la víctima. Eso permite la reincorporación a la comunidad de ambas partes, ya que como se mencionó, la víctima también debe pasar por ese proceso. Dona (2000), refiriéndose a otro principio del derecho penal, la resocialización, indica:

Las penas deben evitar la marginación del sujeto que es sancionado, pues el derecho a la participación de todos los ciudadanos en la vida social no se pierde al cometer un delito, solo se suspende y una vez cumplida la pena se debe dar una nueva oportunidad (p. 109).

Algunas propuestas de autores como Roxin son criticadas por EZER (1992), ya que en apariencia se trata de políticas en beneficio de la víctima, sin embargo, en realidad

se persigue una mayor restricción de la reacción penal frente al autor. La víctima constituye, para esta corriente, un punto de referencia que posibilita la construcción, pero ontológicamente se trata solo de un abolicionismo parcial encubierto. Por esa razón no se está de acuerdo con la propuesta que solo benefician al autor del delito y se olvidan de la víctima, dando solo una apariencia de beneficio, porque en realidad la reparación se debería realizar en la vía civil.

En cuanto a la reparación como tercería vía un grupo de autores indican que no debe ser aplicada la reparación como única consecuencia jurídica del delito, más bien se inclinan por la imposición de la pena y que la reparación funcione solo como atenuante de este, pues por un lado se mantiene la amenaza para la generalidad de la población con el mantenimiento de la pena y por otro incentiva el arrepentimiento del autor, al traerle beneficios penales. EZER (1992) indica:

La consideración de la reparación no debe conducirnos a que, en cierto modo, se invite a “sacar un crédito” por intermedio de hechos punibles, por ejemplo, en caso de delitos contra la propiedad y patrimoniales. Más allá de los intereses de la concreta víctima individual en la reparación de los daños producidos con el hecho punible, hay que tener en cuenta los intereses de futuras víctimas potenciales en la prevención de los delitos. La prevención general no puede ser sustituida por la invitación general. Por ello tampoco se acierta en el punto decisivo cuando en la doctrina se señala que, en los intentos de una composición autor-víctima ha quedado demostrado que las víctimas concretas de delitos contra la propiedad y el patrimonio se interesan, especialmente en la reparación de los daños y quedan satisfechas en general con su realización.

Si bien pareciera que la reparación cumpliría con la función de la pena, al analizar detenidamente los fines de la pena, se establece que se pondría en riesgo la prevención general atribuida a esta, dado que la generalidad, al ver que no se sanciona al autor del delito, podría tener un efecto adverso, puesto que se podría poner en riesgo la convivencia social y pacífica al no tener una amenaza de sanción a aquellos comportamientos que ponen en riesgo o lesionan los bienes jurídicos. EZER (1992) afirma:



Hay que saludar enérgicamente que la política criminal haya dirigido su atención nuevamente a la víctima. El debate en este contexto, extendido mundialmente, sobre la reparación en el derecho penal material, no es tan revolucionario como a menudo se ha pretendido. Las funciones del derecho penal no pueden ser ampliadas arbitrariamente, sino que están ontológicamente limitadas. Por ello conserva la reparación su carácter civil, incluso cuando se la incorpora al derecho penal. Así, solo se puede tratar de que el autor tenga la posibilidad de ganarse consecuencias jurídicas penales atenuadas con la reparación del daño. Esto redundaría en beneficio de la víctima, porque el otro castigo amenazante y no atenuado se presenta al autor como medio adicional de presión para que se ocupe de la reparación. Errada es la idea hoy difundida, de que después del fracaso del concepto de tratamiento, los conceptos de composición autor-víctima y reparación podrían ser los indicadores político criminales generales. Solo se trata de ámbitos marginales y, en los resultados, sencillamente, las ventajas para las víctimas son menores que las de los autores (p. 90).

La propuesta que hace Cafferata coincide con la plasmada en la presente investigación y que valida la que aquí se plantea, es decir, desde la teoría de la pena, el hecho que se repare el daño causado, es decir, que se haga efectiva la reparación digna que se reguló a partir del año 2011 en el Código Procesal Penal guatemalteco, es teóricamente válida, se aplica en otras legislaciones y Guatemala no debiese ser la excepción. Es una forma de dignificar a la víctima y se logra a través de incentivar al sujeto activo del delito a que repare el daño que causó con su conducta ilícita. Arias (2005) lo resume así:

La reparación del daño, como comportamiento post-delictivo positivo debe considerarse en la determinación de la pena en sentido amplio (también incide en la determinación en sentido estricto) que es donde se aplican los sustitutivos penales. El autor que ha realizado una conducta que rectifica y repara el daño se debe beneficiar con consecuencias o efectos expresamente considerados en la ley, tanto de atenuación, como en la aplicación de la suspensión y la sustitución de la pena o en el acortamiento de esta (libertad condicional), dentro de los límites legales de concesión del sustitutivo (p. 295).

En la presente investigación se propone que ese comportamiento post-delictivo, como atenuante muy cualificada, tenga como beneficio la atenuación o disminución de la pena, señalada para el delito, tal como se hace para la tentativa y la complicidad.

Se establece, entonces, que efectivamente a partir de la teoría de la pena justifica la atenuación de la misma cuando se ha reparado el daño. Esta atenuación también repercute en el ámbito procesal, ya que se podría optar a un procedimiento más rápido, por ejemplo, si se redujera la pena en una tercera parte como actualmente ocurre en los casos de autor de tentativa y cómplice de delito consumado, hay una gran cantidad de delitos que podrían conocerse en la vía del procedimiento abreviado, ya que con la rebaja no superaría la pena de cinco años de prisión, requisito que actualmente contempla el Código Procesal Penal guatemalteco, para poderse conocer los hechos en la vía del procedimiento abreviado. Esto descongestionaría la mora judicial y ministerial que en la actualidad se tiene, porque la resolución de los casos sería en un tiempo más corto.

#### **b. Justificación desde la victimología**

La victimología ha llevado a la víctima del delito a ser un importante sujeto de derecho dentro del proceso penal. A partir de esta concepción, el Estado ha tomado acciones que han dignificado a la víctima al crear modelos de atención que responden a las necesidades de la víctima, siendo la mayoría de estas acciones, curativas o de atención inmediata y poco se ha avanzado en facilitar la restitución de sus derechos y del daño ocasionado por el delito. Respecto a la atención de la víctima Ortiz (2013) indica:

La atención a la víctima del delito debe ser inmediata, con calidad, calidez y con pertinencia cultural, garantizando y respetando sus derechos humanos. El diseño de políticas institucionales e interinstitucionales de atención a la víctima del delito es fundamental para la reducción de la victimización secundaria y para que el sistema de justicia no excluya a la víctima y pueda ejercer su derecho a la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación digna e integral. Además, permite que la víctima se convierta en aliada estratégica en el proceso penal (p. 185).

Desde la perspectiva victimológica, la idea de reparar el daño atiende a la posición de la víctima en el derecho penal y las necesidades de esta. Desde la posición del derecho penal, como se analizó, siempre fue la olvidada y solo en los últimos años se le

ha dado una posición más activa y más dentro del proceso penal que en el ámbito sustantivo y, si bien se incorpora el derecho a la reparación digna dentro del proceso penal, esta no ha sido efectiva y la necesidad de reparación se mantiene vigente, sin que se hayan tomado acciones para reparar efectivamente a las víctimas. Por ello, es que la propuesta de la presente investigación busca dignificar a la víctima. Así, se propone que la atenuante de reparación tenga como efecto la disminución de la pena que el legislador ha establecido para cada delito. Ortiz (2013) refiriéndose a la reparación del daño en el Código Penal español indica:

Esta satisfacción de los intereses y derechos de la víctima forma parte de una línea político-criminal que aboga por ampliar el campo de tutela de las víctimas del delito. La doctrina jurisprudencial así lo ha declarado de forma contundente: “La atenuante de reparación del daño a la que hace referencia el art. 21.5º CP a partir de 1995, constituye un claro exponente de una política criminal orientada a la protección de la víctima, que se proyecta como la *ratio* y el fundamento último del contexto social y jurídico”. Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una *política criminal orientada por la victimología*, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal (p. 17).

Se establece que en el Código Penal español se opta por incorporar la reparación del daño como una atenuante a la pena. Esto busca incentivar al autor del delito a reparar el daño, es decir, es una política criminal incorporada al plano sustantivo penal, que tutela el derecho de la víctima del delito.

No obstante esta decisión legislativa, existen detractores quienes justifican su oposición en que se viola el principio de igualdad, ya que algunas personas que cometen delitos tienen mayor capacidad económica y fácilmente podrían reparar el daño y recibir el beneficio de disminución en la pena. Esto traería como consecuencia un efecto en la prevención general negativa y el otro argumento es en aquellos delitos en que el bien jurídico tutelado es difuso, es decir, aquellos delitos que afectan a la sociedad en general, tales como los delitos cometidos contra el medioambiente, la salud pública, la seguridad

colectiva, entre otros. Sin embargo, prevalece el criterio que se debe tutelar el derecho de la víctima. Así lo explica Ortiz (2013):

La víctima tiene derecho a ser considerada dentro de los fines de la pena con una expectativa de compensación o reparación del daño sufrido. El concepto amplio de reparación, desde la doctrina de los derechos humanos, tiene un doble sentido: es un derecho de las víctimas y un medio alternativo a la propia justicia penal. Más importante que encontrar al culpable de la victimización para sancionarle, es fomentar en todos nosotros el sentido de solidaridad hacia las víctimas (p. 193).

Práctica que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha realizado en diferentes sentencias emitidas en contra del Estado de Guatemala, pues ha impuesto la obligación de reparación, incluso en casos donde la víctima directa perdió la vida como consecuencia de un delito. Dicha reparación se ha establecido por las violaciones a los derechos humanos. Este es un ejemplo claro que la reparación puede aplicarse incluso en aquellos delitos considerados muy graves, pues se ha lesionado la vida, la integridad de la persona y su libertad sexual.

La víctima tiene derecho a que se tomen medidas para de reparación y la mayoría de autores coinciden en que estas medidas deben ser como mínimo las siguientes 1) La restauración o restitución del derecho afectado por el delito. 2) La reincorporación de la víctima a la sociedad. 3) Indemnización de daños y/o perjuicios. 4) Pago de costas y gastos procesales. 5) Dignificación de la víctima. 6) Medidas de no repetición. 7) Publicación de la sentencia condenatoria.

## **2. Casos concretos de reparación digna en el proceso penal guatemalteco**

En el proceso penal guatemalteco existen algunos ejemplos de casos en que se ha hecho efectiva la reparación digna, lo que ha conllevado a que la persona penalmente responsable en cada caso, haya obtenido un beneficio penal, con lo cual se pudo verificar que cuando se otorga un beneficio, se incentiva a la persona penalmente responsable a hacer efectiva la reparación digna. Se estableció que estos beneficios son el criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado con el beneficio de conmutar la pena de prisión y en la fase de juicio oral y público a través del hecho notorio el cambio a tipo penal con

el beneficio de conmutar las penas de prisión. Dichos casos se dan a conocer a continuación.

Dentro de la causa penal 04003-2018-000490 a cargo del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Chimaltenango, se formuló acusación en contra una persona por haber facilitado su cuenta bancaria para que en ella una víctima depositara la cantidad de 2800 quetzales, hechos ocurridos el 25 de noviembre de 2016, a la víctima a través de llamadas telefónicas bajo amenazas de muerte se le exigió entregar dicha cantidad. Durante la investigación se estableció que la persona sindicada recibió el dinero y posteriormente giró un cheque en favor de otra persona justificando el motivo de dicha transacción, razón por la cual el juzgador reformó el auto de procesamiento, inicialmente emitido por el delito de extorsión al delito de encubrimiento propio. En audiencia de etapa intermedia se otorgó el criterio de oportunidad, para lo cual se contó con la aprobación de la víctima, quien aceptó el procedimiento propuesto.

Como reglas del criterio de oportunidad se impuso a la sindicada reparar el daño causado a la víctima. Manifestó la víctima estar enteramente satisfecha con que se le reintegrara el dinero que en su momento fue depositado a la cuenta de la acusada, reparación que en efecto fue realizada, con lo cual la persona sindicada no fue sancionada con la pena señalada para el delito cometido y la víctima fue reparada del daño causado.

Dentro del proceso conocido como Construcción y Corrupción a través de un procedimiento abreviado, la jueza de Mayor Riesgo D, Erika Aifán, condenó a varios empresarios en abril de 2018, quienes se declararon culpables de pagar sobornos a Alejandro Sinibaldi, exministro de Comunicaciones durante el gobierno del Partido Patriota, a cambio del pago de una deuda que el Ministerio de Comunicaciones tenía con las empresas que dirigían dichas personas.

Fueron condenados a cinco años de prisión conmutables por el delito de cohecho activo y multas de Q500 mil y Q100 mil, así como la reparación digna e integral de justicia

-la cual ascendió a Q. 35,828,450.47 en favor del Estado guatemalteco en su calidad de víctima. Imponiéndose seis medidas de reparación, que incluyeron: ejecución de tramos carreteros, una escuela y equipos topográficos, entre otros. Se contempló en dicha reparación los criterios de reparación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido, con lo cual se benefició a la población guatemalteca principalmente: la Dirección General de Caminos con la donación de 5 estaciones totales de equipo topográfico Nikon, Pueblo Nuevo Viñas, Santa Rosa con una carretera, San Andrés Itzapa, Chimaltenango con una carretera y las personas sentenciadas obtuvieron el beneficio de conmutabilidad de la pena impuesta.

Ante el Tribunal Décimo Tercero de Sentencia Penal Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio y Departamento de Guatemala, actuando en forma unipersonal el 24 de mayo de 2019, se conoció a través de la vía del hecho notorio, la causa C-01159-2019-00001, en la que se juzgó a siete personas por el delito de incumplimiento de deberes y alternativamente por el delito de omisión de denuncia y en contra de una persona por el delito de asociación ilícita y alternativamente por el delito de encubrimiento propio.

La Procuraduría General de la Nación, que en concepto de reparación digna a favor del Estado de Guatemala solicitó la indemnización por la cantidad de quince mil quetzales por cada uno de los acusados que se depositaron en la Tesorería Nacional, Fondo Común, CHN, Cuenta número GT ochenta y dos CHNA cero uno cero uno cero cero cero cero diez, cuarenta y tres, cero cero dieciocho cero treinta y cuatro (GT82CHNA01010000010430018034) del Banco Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala, y como garantía de no repetición la impresión a su costa y distribución personal y no por tercera persona de ciento veinticinco volantes cuyo texto indique el número de proceso penal, el delito por el cual se les está condenando y los beneficios que se derivan de la denuncia, debiendo ser repartidos en el ingreso al Edificio de Torre de Tribunales y en la plaza de la Constitución conocido como parque central, ambos lugares de esta ciudad capital bajo la supervisión del personal de la

Procuraduría General de la Nación debiendo fijarse el día y hora de dicha diligencia por parte del juez ejecutor.

Los abogados defensores solicitaron la aplicación de la vía del hecho notorio de acuerdo al artículo 184 del Código Procesal Penal como consecuencia de una interpretación extensiva que beneficia a sus auxiliados y el principio propersona, prescindieron de la prueba ofrecida para demostrar el hecho ilícito endilgado a los procesados y estuvieron de acuerdo en que se declarara comprobado el mismo, además, solicitan que el tipo penal en que se encuadren dichas acciones antijurídicas sea en la calificación provisional alternativa que en el auto de apertura señaló la jueza contralora, siendo de omisión de denuncia para siete acusados y encubrimiento propio para el otro acusado. Como consecuencia jurídica, la aplicación de la pena de multa de mil quetzales a cada uno de los acusados por el delito de omisión de denuncia y seis meses de prisión inconvertibles por el delito de encubrimiento propio. Asimismo, la aplicación del beneficio de la suspensión condicional de la pena por dos años para este último, por reunir los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal. La juzgadora accede a la renuncia de los órganos de prueba e incorpora únicamente algunos medios, resolviendo el proceso por la vía del hecho notorio, con los beneficios expresados.

Ante el mismo Tribunal Décimo Tercero de Sentencia Penal Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio y Departamento de Guatemala, actuando en forma unipersonal, el 13 de septiembre de 2019, se tramitó la causa 01077-2016-00033 en la que se juzgó a una persona procesada por el delito de usurpación de calidad en forma continuada, uso de documentos falsificados en forma continuada y estafa propia en forma continuada.

La agraviada y querellante adhesiva solicitó el pago de cincuenta mil quetzales por los daños y perjuicios ocasionados a su labor profesional como médica y cirujana por la acusada. El Estado de Guatemala a través de la Procuraduría General de la Nación, solicitó el pago de setenta y seis mil quinientos ochenta y seis quetzales con noventa y tres centavos, divididos así: por los daños ocasionados al patrimonio del Estado por los

salarios devengados sin tener la calidad de médica y cirujana tanto en el Centro Médico Militar como en la Clínica del Despacho Superior del Ministerio de Energía y Minas la cantidad de cuarenta y seis mil setecientos ochenta y siete quetzales con noventa y un centavos y en calidad de perjuicios los intereses dejados de devengar siendo la suma de veintinueve mil setecientos noventa y nueve con dos centavos.

La defensa técnica de la acusada, solicitó la aplicación de la vía del hecho notorio con fundamento en el artículo 184 del Código Procesal Penal, el cambio de calificación jurídica a los delitos de usurpación de calidad, uso de documentos falsificados y estafa propia, tipos penales que de acuerdo con las constancias procesales subsumen la conducta de su patrocinada, la aplicación de la pena mínima de cada uno de ellos, conmutable a cinco quetzales. La acusada ofreció una disculpa a los agraviados y presenta una boleta original de depósito número trece millones trescientos cuarenta y cinco mil ochocientos once del Banco de Desarrollo Rural de fecha cinco de septiembre del dos mil diecinueve por el monto de cincuenta mil quetzales a favor de la cuenta de la agraviada. Asimismo, dos boletas de depósito monetario números sesenta y dos mil cuatrocientos diecisiete y sesenta y dos mil cuatrocientos dieciocho respectivamente extendidas por el Banco Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala, exclusivo para depósitos en cuentas de la Tesorería Nacional para abonar a cuenta No. GT ochenta y dos CHNA cero uno cero uno cero cero cero cero diez cuarenta y tres cero cero dieciocho cero treinta y cuatro depósito a la cuenta Tesorería Nacional, depósito Fondo Común CHN de fecha once de septiembre del año en curso por un monto de veintiocho mil ciento noventa y tres quetzales con cincuenta y cinco centavos y dieciocho mil quinientos noventa y cuatro quetzales con treinta y seis centavos respectivamente, que hacen un total de cuarenta y seis mil setecientos ochenta y siete quetzales con noventa y un centavos que corresponde a los daños que reclama la Procuraduría General de la Nación en nombre del Estado y que en calidad de perjuicios ofrece del pago de quince mil quetzales que se comprometió a pagar el día diecinueve de septiembre del presente año a la cuenta de la Tesorería Nacional Fondo Común del Banco Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala.

La agraviada y querellante adhesiva aceptó la disculpa ofrecida y la cantidad de



cincuenta mil quetzales que le fue depositada por la acusada, además solicitó que se hiciera constar en el fallo que quedaba liberada de responsabilidad penal y civil que, en su calidad de médica y cirujana de los actos realizados por la acusada, quien utilizó ilícitamente el número de colegiado que legítimamente le pertenece.

La juzgadora con base en los acuerdos alcanzados por los sujetos procesales accedió a la renuncia de los órganos de prueba e incorporó algunos de ellos, resolviendo el proceso por la vía del hecho notorio, con los beneficios expresados.

De los casos expuestos, se puede establecer que el responsable penalmente tiene una motivación para hacer efectiva la reparación digna, porque va a recibir un beneficio personal, está en la disposición de efectuarla y lo hace de esa manera, obteniendo un beneficio personal y dignificando a la víctima de sus acciones, a través de hacer efectiva esa reparación del daño que sus acciones causaron, sin embargo, es necesario que por el principio de legalidad, que nazca a la vida jurídica esa posibilidad, para que tanto sindicados como víctimas tenga la posibilidad de acceder a una justicia que satisfaga sus necesidades.

### **3. Forma de reducir la pena por la efectiva reparación digna**

Analizadas los puntos de vista anteriores se debe, ahora, abordar la forma en que la pena se reduciría por la efectiva reparación digna. Es necesario indicar que la principal pena que se impone en la justicia guatemalteca es la pena de prisión, lo que conlleva a que el autor del delito debe pasar confinado varios años de su vida en los centros carcelarios del país. La ley y la doctrina indican que la prisión no debiera producir un sufrimiento más que la privación de libertad, único derecho que se restringe con la sentencia. La pena debe ser orientada a la reeducación y reinserción del autor del delito, pero la forma en que se produce el cumplimiento de la condena impide que se cumpla con estos principios, de conocimiento general es la sobrepoblación de todos los centros carcelarios a cargo de la Dirección General del Sistema Penitenciario, con lo cual no se dan las condiciones para que la prevención especial tenga el efecto que teóricamente se le ha asignado.

También se ha establecido en la práctica que la reparación digna, que es declarada en sentencia en favor de la víctima, no resulta efectiva, porque en la realidad nunca se realiza y esto es porque la persona penalmente responsable no tiene un incentivo para poder reparar el daño causado y la víctima no la tramita en la vía civil porque es un proceso muy largo y en la mayoría de casos la persona contra quien se ejercería la acción no posee bienes que garanticen la reparación. En consecuencia, lo que hoy en día sucede es que la sentencia penal, únicamente declara el derecho de reparación quedando en una mera declaratoria, que al final no se hace efectiva.

Esta propuesta persigue brindar una oportunidad a la víctima para que alcance su pretensión legítima de justicia y reparación digna, también brindarle al autor del delito posibilidades de mejor reinserción a la sociedad por el conflicto que se causó al momento de la comisión del delito, porque si repara el daño, tendrá la oportunidad de reducir la pena que eventualmente le sería impuesta.

Se requiere, entonces, regular a la reparación digna o reparación del daño como una circunstancia de atenuación a la responsabilidad penal, es decir atenuante muy cualificada, para lo cual se debe regular en el Código Penal guatemalteco, que cuando se hace efectiva la reparación digna, el autor del delito tiene derecho a que se le rebaje la pena en una tercera parte o incluso hasta en la mitad de la pena señalada para cada delito. Sin embargo, deben tomarse criterios teóricos para su aplicación, como los que se desarrollaron en la presente investigación.

## CONCLUSIONES

1. La teoría del delito y de la pena respalda que la reparación digna, efectivamente realizada o reparación del daño causado por la comisión de un delito, pueda ser una atenuante cualificada, lo que permite que la pena pueda ser disminuida en la mitad o una tercera parte del total señalado por cada delito. Para ello, la persona penalmente responsable debe reparar el daño causado, antes de la celebración del juicio oral.
2. La víctimología respalda que la reparación digna sea aplicada en el derecho penal para reducir la pena. Esta busca incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, ya que la persona penalmente responsable repara el daño que la acción delictiva ha ocasionado para obtener un beneficio y la acción de reparación sirve para dignificar la posición de la víctima, reparación que debe hacerse efectiva bajo los estándares internacionales de derechos humanos.
3. Disminuir la pena por la efectiva reparación digna, constituiría una política criminal orientada a la dignificación de la víctima, que permitiría la solución efectiva de los conflictos generados por la comisión del delito y aportaría una oportunidad tanto para el penalmente responsable como para la víctima, de retomar las actividades cotidianas en el grupo social que se desempeñen. Con ello, incluso el sistema de justicia, que actualmente se encuentra saturado se liberaría, puesto que se abre la oportunidad de resolver los procesos en procedimientos más cortos, como es el procedimiento abreviado.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arias Madrigal, Doris M<sup>a</sup>. (2005). *Sustitutivos penales con especial referencia a la reparación del daño*, Tesis doctoral, Universidad de Alcalá de Henares, inédita, Madrid, España.
- Bolaños González, Mireya. (2005). *Imputación objetiva y dogmática penal*. Mérida – Venezuela. Universidad de Los Andes.
- Botero Bernal, Andrés. (2001). *La Teoría Unificadora Dialéctica de Roxin a la luz de beccaria*, Bogotá, Colombia. Telemática de Filosofía del Derecho.
- Cafferata Nores, José I. (1998). *La prueba en el proceso penal, con especial referencia a la ley 23.984*, Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma.
- Cafferata Nores, José I. (2000). *El proceso penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto s.r.l.
- Calderón Maldonado, Luis Alexis. (2011). *Manual del proceso penal*. Guatemala, Guatemala, Textos y Formas Impresas.
- Cárdenas Mesa, John Arturo. (2015). *La reparación del daño evento en Colombia*. Medellín, Colombia. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana.
- Cauhapé-Cazaux, Eduardo González. (2006). *Apuntes de derecho penal guatemalteco*, Guatemala, Guatemala. Fundación Myrna Mack.
- Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial (CENADOJ). (2004) *Recopilación de 24 resoluciones dictadas con fundamento en usos y costumbres indígenas en observancia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. Guatemala, Guatemala.
- Crespo Eduardo Demetrio. (2001). *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. Córdoba, Argentina, Jornadas Internacionales en homenaje al profesor Claus Roxin.
- Díaz-Aranda, Enrique. (2000). *Dolo causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*. México D.F. México. Editorial Porrúa.
- Díez Ripollés, José Luis. Giménez-Salinas i Colmer, Esther. (2001). *Manual de derecho*

- penal guatemalteco*. Guatemala, Guatemala. Artemis Edinter, S.A.
- Donna, Edgardo Alberto. (1995). *Teoría del delito y de la pena, imputación delictiva*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Durán, Mario. (2009). *Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional*. *Polít. crim.* N° 8, 2009, A1-8. Chile.
- Eser, Albin; Joachirn Hirsch, Hans; Roxin, Claus; Christie, Nils; J. Maier, Julio B., Bertoni, Eduardo Andrés; Bovino Alberto y Larrauri Elena. (1992). *De los delitos y las víctimas*. Buenos Aires, Argentina. Ad-Hoc S.R.L.
- Estivariz Loayza, Juan Carlos Agustín. (2016). *La reparación integral: fundamentos y realidad jurídica en el ordenamiento jurídico boliviano*. Quito Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Girón Palles, José Gustavo. (2015). *Modelo de reparación digna*. Guatemala, Guatemala. Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia.
- Girón Palles, José Gustavo. (2013). *Teoría del delito*. Segunda Edición. Instituto de la Defensa Pública Penal, Guatemala.
- Girón Palles, José Gustavo. (2015). *Teoría Jurídica de la pena y aplicada al juicio y su ejecución*, Guatemala, Guatemala, Centro de Impresiones Gráficas (CIMGRA).
- Guzmán Córdova, César Roberto. (2007). *La prueba penal*. Guatemala, Guatemala, Praxis División Editorial.
- Hurtado Pozo, José. (2000). *Nociones básicas de derecho penal de Guatemala*. Parte general. Guatemala
- Islas Olga y Ramírez Elpidio. (1970). *Lógica del tipo en el derecho penal*. México Distrito Federal, México. Editorial Jurídica Mexicana.
- Jakobs, Günther. (1992). El principio de culpabilidad. *Revista www.cienciaspenales.net*. ADPCP, Tomo XLV Fascículo III, pp. 1051 – 1083.
- Jakobs, Günther. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, España, editorial Marcial Pons.
- Jakobs, Günther. (1997). *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires,

- Argentina, Editorial AdHoc, R.L.
- Jesús-María Silva Sánchez. (2007). *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. Barcelona, España, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra.
- Koteich Khatib, Milagros. (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, Bogotá, Colombia, Universidad del Externado de Colombia.
- Laguna Hermida, Susan. (2008). *Manual de Víctimología*. Salamanca, Castillo y León España. Campus Miguel de Unamuno. Universidad de Salamanca, Gráficas Rigel, S.A.
- Leyton Jiménez, José Francisco. (2008). *Víctimas, proceso penal y reparación*. Tesis de grado. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, Chile.
- Luzón Peña, Diego Manuel. (1993). *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*. Revista <http://www.cienciaspenales.net>. ADPCP, T. XLVI, Fasc. I. pp 21-33.
- Mejía Gallego, Mateo. (2014). *La participación de las víctimas en el sistema penal acusatorio colombiano, una perspectiva desde la jurisprudencia de la corte constitucional*. Bogotá D, C. Colombia. Facultad de Derecho Universidad Católica de Colombia.
- Muñoz Conde, Francisco. (1985). *Derecho penal y control social*. Jerez de la Frontera, España. Fundación Universitaria de Jerez.
- Muñoz Conde, f./García Arán. (2007). *M. derecho penal, parte general*, Valencia, España. Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, Francisco. (2010). *Teoría general del delito*, Bogotá Colombia, Editorial Temis, S.A
- Obregón García, Antonio. (1998). *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*. Madrid, España, Editorial Dykinson.

- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2006). *Serie de Manuales sobre Justicia Penal, Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Nueva York. Estados Unidos de América. Naciones Unidas.
- Ortiz Samayoa, María José. (2013). *La reparación como tercera vía*. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, España.
- Par Usen, José Mynor. (1999). *El juicio oral en el proceso penal guatemalteco*. Guatemala, Guatemala. Centro Editorial Vile.
- Peña Gonzáles, Oscar y Almanza Altamirano Frank. (2010). *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Lima, Perú. Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.
- Pereira-Orozco, Alberto. (2010). *Introducción al estudio del derecho*. Guatemala, Guatemala. Ediciones de Pereira.
- Ramos Tapia, Ma. Inmaculada y Jan Woischnik. (2001). *Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad*. La Paz, Bolivia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la GTZ.
- Reyes Calerón, José Adolfo y León-Dell. (2002). *Victimología*. Guatemala, Guatemala. Tipografía Nacional.
- Ríos Arenaldi, Jaime Rodolfo. (2013). *Individualización judicial de la pena y doctrinas de la pena*, tesis doctoral, Universidad de Lleida, Lleida, Cataluña, España.
- Ríos Martín, Julián Carlos; Pascual Rodríguez, Esther; Segovia Bernabé, José Luis; Extebaria Zarrabeitia, Xavier; Bibiano Guillén, Alfonso; Lozano Espina, Francisca. (2012) *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Madrid, España. Editorial Colex.
- Rodríguez Collao, Luis. (2011). Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, pp. 397 – 428.

- Rodríguez Manzanera, Luis. (2002). *Victimología: Estudio de la víctima*. 7.<sup>a</sup> Edición. México D.F.: Editorial Porrúa S.A.
- Romero Goñi, Lidia. (2014). *La atenuante de reparación del daño. Especial referencia al fundamento de su aplicación*. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Navarra. España.
- Rosales Barrientos, Moisés Efraín. (2006). *Breve historia y análisis sobre la institucionalidad, el derecho maya y el derecho de los pueblos indígenas en Guatemala*. Guatemala, Guatemala. Tzujnel, Tob´nel, K´astajnel. Defensoría Maya.
- Roxin, Claus. (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia, España. tircint lo blllonch editora.
- Roxin, Claus y otros. (1993). *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, S.R.L.
- Roxin, Claus. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid, España, Instituto Editorial Reus, S.A.
- Roxin, Claus. (1997). *derecho penal, parte general, fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Madrid, España. Editorial Civitas, S.A.
- Roxin, Claus. (2000). *Política criminal y sistema de derecho penal*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi
- Roxin, Claus/Muñoz Conde, Francisco. (2000). *Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros, Lima.
- Zaffaroni Eugenio Raúl. (1996). *Tratado de derecho penal, parte general*. Buenos Aires Argentina, Ediar Sociedad Anónima Editora.
- Zaffaroni Eugenio Raúl. (1998). *Manual de derecho penal parte general*, Buenos Aires Argentina, Ediar Sociedad Anónima Editora.
- Zamora Grant, José. (2012). *Justicia penal y derechos fundamentales*, México D.F., México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.



## **Legislación**

Constitución Política de la República de Guatemala. (1985). Reformada por Acuerdo legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993.

Código Penal. (1973). Decreto 17-73.

Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar. (1996). Decreto 97-96.

Ley contra la narcoactividad. (1992). Decreto 48-92.

Código Procesal Penal (1992). Decreto 51-92.

Código Procesal Penal de la Nación Argentina (1991). Ley N° 23.984.

Código Penal de la Nación Argentina (1984). Ley No.11.179.

Código Penal de la República de Chile (1874). Ley No. 2561.

Código Penal de España (1995). Ley Orgánica 10/1995.

## **Casos Judiciales**

Causa 04003-2018-000490. (2019), Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Chimaltenango.

Caso Construcción y Corrupción. (2018), Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente con competencia para conocer procesos de mayor riesgo, grupo D, del departamento de Guatemala.

Causa 01159-2019-00001. (2019), Tribunal Décimo Tercero De Sentencia Penal Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio y Departamento de Guatemala.

Causa 01077-2016-00033, (2019), Tribunal Décimo Tercero de Sentencia Penal Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio y Departamento de Guatemala.