

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a saint or scholar, seated and holding a book. The figure is surrounded by various symbols, including a crown, a lion, and architectural elements like columns and arches. The Latin text "UNIVERSITAS ORBIS CAROLINA" is inscribed around the top inner edge of the seal, and "SACRA ACADEMIA COACATECENSIS" is inscribed around the bottom inner edge.

**VULNERACIÓN AL DERECHO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LA VÍCTIMA
AL APLICAR EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD REGLADO A ADOLESCENTES
PROCESADOS POR DELITOS GRAVES**

JAIME ERNESTO RIVERO ARIZANDIETA

GUATEMALA, MARZO DE 2023

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

**VULNERACIÓN AL DERECHO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LA VÍCTIMA AL
APLICAR EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD REGLADO A ADOLESCENTES
PROCESADOS POR DELITOS GRAVES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JAIME ERNESTO RIVERO ARIZANDIETA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, marzo de 2023

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Licda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

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



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 03 de mayo de 2022.

Atentamente pase al (a) Profesional, JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS

_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante

JAIME ERNESTO RIVERO ARIZANDIETA, con carné 9117115,

intitulado VULNERACIÓN AL DERECHO DE TUTELA JUDICIAL, EFECTIVA DE LA VÍCTIMA AL APLICAR EL
 CRITERIO DE OPORTUNIDAD REGLADO A ADOLESCENTES PROCESADOS POR DELITOS GRAVES.

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

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

CARLOS EBÉRTITO HERRERA RECINOS
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 08/05/2022

Licenciado
Jaime Rolando Montealegre Santos
 Abogado y Notario
 Asesor(a)
 (Firma y Sello)





Lic. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col 4713
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
5ª. Ave. 14-62 zona 1 Oficina 307 Comercial Esmol
Teléfono 54066223

Guatemala, 16 de junio de 2022

Doctor:
Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la unidad de asesoría de tesis
Facultad de ciencias jurídicas y sociales
Universidad de san Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Respetable Doctor Herrera:

De conformidad con su oficio de fecha tres de mayo de dos mil veintidós me permito informar a usted que he asesorado el trabajo de tesis del estudiante JAIME ERNESTO RIVERO ARIZANDIETA, trabajo de tesis titulado: **VULNERACIÓN AL DERECHO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LA VÍCTIMA AL APLICAR EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD REGLADO A ADOLESCENTES PROCESADOS POR DELITOS GRAVES**, establezco que con el estudiante no existe relación de parentesco alguna.

El estudiante **JAIME ERNESTO RIVERO ARIZANDIETA**, en su trabajo de tesis enfoca con bastante propiedad y con el apoyo en la doctrina y en el derecho positivo y vigente, lo referente al derecho de tutela judicial. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrinas para la conclusión discursiva, así como regulación legal en Guatemala, apoyando su exposición con fundamentos en normas constitucionales y el derecho comparado aplicable a nuestro derecho positivo y por ende, en normas vigentes, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad técnica y científica a quién esa clase de información necesite.

Al trabajo de tesis se le hicieron algunas recomendaciones, las cuales fueron atendidas fielmente por el estudiante **JAIME ERNESTO RIVERO ARIZANDIETA**, el autor aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios que lo enriquecen, los cuales se encuentran fundamentados, pues son fundamentos serios y ordenados, que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la regulación y la necesidad de reforma a las leyes procesales vigentes guatemaltecas.

a) **La metodología y técnicas de la investigación:** Para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la observación, que es fundamental de todo proceso investigativo, en la cual se apoyó el sustentante

LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col 4713
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
6ª. Ave.14-62 zona 1 Oficina 307 Comercial Esmol
Teléfono. 54066223

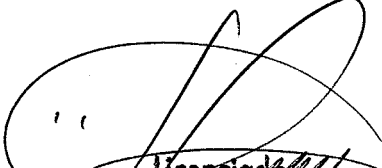


y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las cuales se estudio el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis planteada estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente cómo resolver ese problema en la práctica y legal;

b) La redacción: La estructura formal de la tesis está compuesta de cuatro capítulos, se realizó en una secuencia ideal empezando con temas generales para finalizar en orden lógico con el fenómeno en particular;

c) La conclusión discursiva: La tutela judicial efectiva es un elemento esencial para la afirmación de un estado de derecho, de tal manera que esta prerrogativa no se hace efectiva sin que se de la protección de los derechos e intereses legítimos de las personas. vale decir que este derecho no se garantiza con el simple hecho de acceder a un juez o tribunal imparcial, por el contrario, se trata de un derecho fundamental de configuración legal; es decir, fundamental, porque tiene un contenido constitucionalmente declarado. Por lo que se propone que los tribunales de justicia juvenil lleven a cabo la ponderación constitucional para aplicar la ley en función de priorizar la tutela judicial efectiva, en los casos en donde se demuestre fehacientemente la participación activa de los adolescentes en delitos graves.

En conclusión y atendiendo a lo indicado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que APRUEBO, ampliamente la investigación realizada, por lo que, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero el tema un importante aporte.


Licenciado
Jaime Rolando Montealegre Santos
Abogado y Notario

LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col 4713

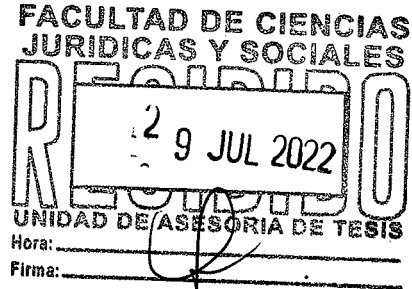


USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Guatemala, 29 de julio de 2022

DOCTOR CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS:

Por este medio me permito expedir **DICTAMEN EN FORMA FAVORABLE** respecto de la tesis de **JAIME ERNESTO RIVERO ARIZANDIETA**, la cual se titula **VULNERACIÓN AL DERECHO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LA VÍCTIMA AL APLICAR EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD REGLADO A ADOLESCENTES PROCESADOS POR DELITOS GRAVES.**

El estudiante realizó todos los cambios sugeridos, por lo que, a mi criterio, la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el Normativo respectivo para que le otorgue la **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente.

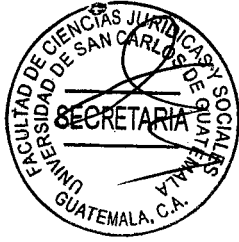
Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Marvin Omar Castillo García
 Docente Consejero de la Comisión de Estilo



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
 Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 – Guatemala, Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y la Universidad de Sociales de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veintiocho de febrero de dos mil veintitrés.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JAIME ERNESTO RIVERO ARIZANDIETA, titulado VULNERACIÓN AL DERECHO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LA VÍCTIMA AL APLICAR EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD REGLADO A ADOLESCENTES PROCESADOS POR DELITOS GRAVES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/SAQO

[Handwritten signature]

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 FAC. DE D.C., J.J. Y S.S.
 UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
 GUATEMALA, C. A.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 DECANO
 GUATEMALA, C. A.

[Handwritten signature]

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 SECRETARIA
 GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Porque a pesar de todos mis errores has sido incondicional y no dudo que seguirá siendo así por tu amor. Amén.
- A MIS PADRES:** Los amo y con profundo agradecimiento, por la educación plasmada en mi persona, les dedico mi recompensa con este triunfo, anhelada, con mis esfuerzos y sacrificios, mil gracias por esperar pacientes este momento y que Dios los bendiga.
- A MIS HERMANOS:** Gracias por el apoyo y amor brindado durante todo este tiempo, los amo y cada uno sabe cuán importante es este momento de mi vida.
- A MIS AMIGOS:** Porque muchas veces su amistad y consejos me hicieron seguir adelante gracias por su sincera amistad.
- A:** Los profesionales, en especial a mi asesor de tesis gracias por su colaboración y paciencia. Y a todos los buenos catedráticos que con lealtad, fidelidad y honorabilidad nos impartieron día a día cada asignatura a cursar.
- A** Usted especialmente, porque me ha acompañado en el proceso y ahora en mi etapa profesional, gracias por estar aquí.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricenaria Universidad de San Carlos de Guatemala. Por brindarme los conocimientos que hoy me convierten en un profesional y donde me fue dado el pan del saber.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, alma máter que albergó durante todo este tiempo mis sueños de estudiante y superación gracias por haberme permitido el honor de forjarme en sus gloriosas aulas.



PRESENTACIÓN

El trabajo de tesis es una investigación cualitativa que pertenece a la rama del derecho penal juvenil, pues trata de exponer la manera en que se aplica de manera incorrecta el criterio de oportunidad a menores en conflicto con la ley penal que han cometido delitos de alto impacto lo cual va en contra del principio de tutela judicial efectiva para la víctima y favorece la impunidad de los menores.

El contenido diacrónico de la investigación se realizó en el período de cinco años, desde el año 2017 al año 2021, mientras que el sincrónico se investigó sobre las causas que determinan el quebrantamiento de la tutela judicial efectiva a la víctima al aplicarle indebidamente el criterio de oportunidad a menores transgresores que han cometido delitos graves, lo cual les fomenta su práctica delictiva al considerar que pueden quedar impunes a partir de su minoría de edad.

Los sujetos de estudio fueron: los adolescentes en conflicto con la ley penal y las víctimas de delitos graves cometidos por estos menores; mientras que el objeto de estudio fue establecer la manera en que se puede garantizar que los jueces prioricen el principio de tutela judicial efectiva sobre la visión errónea de otorgarles criterio de oportunidad por ser menores, sin importar la gravedad del delito que cometieron.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Luego de haber realizado el trabajo de tesis y someter a prueba la hipótesis, la misma fue confirmada, para lo cual se utilizó el método deductivo y el inductivo, porque se estableció que para que ya no continúen los jueces violando el derecho de una tutela judicial efectiva a las víctimas de delitos graves por parte de menores en conflicto con la ley penal, se propone que el sistema de justicia lleve a cabo la ponderación constitucional para aplicar la ley en función de priorizar la tutela judicial efectiva, en los casos en donde se demuestre fehacientemente la participación activa de los adolescentes en delitos graves, en el sentido de que el criterio de oportunidad solo debe aplicarse cuando los delitos son de mínima incidencia social, el sindicado ha cometido un delito de este tipo por primera vez y que también resulte afectado por la realización del ilícito, pero que en ningún caso se aplique en los delitos de alto impacto para evitar la impunidad de las conductas delictivas.



HIPÓTESIS

Para que ya no continúen los jueces violando el derecho de una tutela judicial efectiva a las víctimas de delitos graves por parte de menores en conflicto con la ley penal, se propone que el sistema de justicia lleve a cabo la ponderación constitucional para aplicar la ley en función de priorizar la tutela judicial efectiva, en los casos en donde se demuestre fehacientemente la participación activa de los adolescentes en delitos graves, en el sentido de que el criterio de oportunidad solo debe aplicarse cuando los delitos son de mínima incidencia social, el sindicado ha cometido un delito de este tipo por primera vez y que también resulte afectado por la realización del ilícito, pero que en ningún caso se aplique en los delitos de alto impacto para evitar la impunidad de las conductas delictivas.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. El criterio de oportunidad como medida desjudicializadora propia de un derecho procesal penal democrático.....	1
1.1. El criterio de oportunidad.....	1
1.2. Definición del criterio de oportunidad.....	3
1.3. La implementación del criterio de oportunidad.....	4
1.4. Limitantes para otorgar el criterio de oportunidad.....	5
1.5. Objetivos del criterio de oportunidad.....	6
1.6. Análisis legal del criterio de oportunidad.....	8

CAPÍTULO II

2. La tutela y la tutela judicial efectiva.....	15
2.1. La tutela.....	16
2.2. Fundamento legal de la tutela.....	17
2.3. Elementos de la tutela.....	21
2.4. Clasificación de la tutela.....	25

CAPÍTULO III

3. El derecho y el derecho penal.....	33
3.1. El derecho.....	33
3.2. Derechos garantizados por el Estado.....	35
3.3. Surgimiento del derecho penal.....	37



3.4. El derecho penal como ciencia jurídica.....	41
3.5. Naturaleza jurídica del derecho penal.....	42
3.6. Características del derecho penal.....	45

CAPÍTULO IV

4. Tutela judicial efectiva hacia la víctima para evitar que se fomente la impunidad de los menores delincuentes en Guatemala.....	51
4.1. La regulación material de la acción penal.....	56
4.2. La víctima de un delito.....	59
4.3. El derecho del afectado.....	62
4.4. Análisis y propuesta de solución a la problemática.....	63
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	65
BIBLIOGRAFÍA.....	67



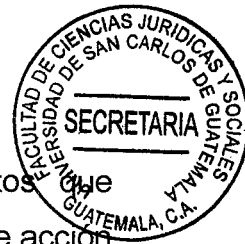
INTRODUCCION

La tutela judicial efectiva es un elemento esencial para la afirmación de un Estado de derecho, de tal manera que esta prerrogativa no se hace efectiva sin que se dé la protección de los derechos e intereses legítimos de las personas. vale decir que este derecho no se garantiza con el simple hecho de acceder a un juez o tribunal imparcial, por el contrario, se trata de un derecho fundamental de configuración legal; es decir, fundamental, porque tiene un contenido constitucionalmente declarado, por lo que el legislador puede establecer requisitos o condiciones para ejercerlo, sin desconocer las pautas constitucionales. el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva no puede comprenderse en la actualidad, sin acudir a la labor interpretativa que se caracteriza por ser amplia; es decir, aunque a simple vista parece ser un derecho univoco, se han derivado del mismo, vertientes con contenidos específicos que pasan a ser derechos autónomos, con contenidos que le otorgan ciertos derechos a los particulares, cuando estos acuden ante un juez.

El objetivo del estudio de la presente investigación se orientó a determinar los efectos jurídicos de la vulneración al derecho de tutela judicial efectiva de la víctima al aplicar el criterio de oportunidad reglado a adolescentes procesados por delitos graves; también se orientó a exponer los elementos jurídicos que informan al derecho penal de menores; de igual manera se explicó lo relativo a la víctima y los derechos que el proceso penal democrático les reconoce en su calidad de sujeto pasivo del delito.

Para el desarrollo de la investigación, la metodología utilizada incluyó varios métodos, como técnicas para alcanzar los objetivos establecidos el método analítico, el método deductivo, la técnica documental bibliográfica, la recopilación y selección adecuada de la información relacionada, para sustentar la investigación, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis.

El contenido de esta tesis se integra por cuatro capítulos; el primero se expuso el sentido jurídico del criterio de oportunidad como medida desjudicializadora propia de un derecho



procesal penal democrático; en el segundo se describieron los elementos que determinan la tutela judicial efectiva y su importancia para la víctima de delitos de acción pública en Guatemala; en el tercero, se ponderaron los derechos constitucionales, para que se aplique en cada caso el derecho más adecuado en función de la protección estatal de la sociedad guatemalteca; mientras que en el cuarto se trató de los fundamentos jurídicos para discutir la ponderación del derecho a la tutela judicial efectiva hacia la víctima cuando se demuestre la participación de los adolescentes como sujetos activos en delitos graves para evitar que se viole ese derecho a la víctima y se fomente la impunidad de los menores delincuentes en Guatemala.

La hipótesis, que fue debidamente confirmada, se orientó a exponer que para que ya no continúen los jueces violando el derecho de una tutela judicial efectiva a las víctimas de delitos graves por parte de menores en conflicto con la ley penal, se propone que el sistema de justicia lleve a cabo la ponderación constitucional para aplicar la ley en función de priorizar la tutela judicial efectiva, en los casos en donde se demuestre fehacientemente la participación activa de los adolescentes en delitos graves, en el sentido de que el criterio de oportunidad solo debe aplicarse cuando los delitos son de mínima incidencia social, el sindicado ha cometido un delito de este tipo por primera vez y que también resulte afectado por la realización del ilícito, pero que en ningún caso se aplique en los delitos de alto impacto para evitar la impunidad de las conductas delictivas.

CAPÍTULO I

1. El criterio de oportunidad como medida desjudicializadora propia de un derecho procesal penal democrático

El criterio de oportunidad es conocido en la doctrina como principio de oportunidad. En sentido estricto, se puede definir como la facultad de los titulares de la acción pública, para resolver no investigar o abandonar las investigaciones ya iniciadas de lo que se conoce como insignificancia o criminalidad de bagatela, con independencia de que se haya acreditado la existencia del hecho punible cometido por un autor determinado.

1.1. El criterio de oportunidad

Oportunidad significa la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se le recomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicional o incondicionalmente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales.

Es decir, oportunidad y legalidad circulan por veredas distintas que recuerdan que mientras en un régimen, la oportunidad es una excepción a la legalidad, en los sistemas anglosajones, la disponibilidad de la acción por ejercicio de criterios de oportunidad es la regla; por ello, de acuerdo al sistema legal del que se trate y la intensidad con la que se



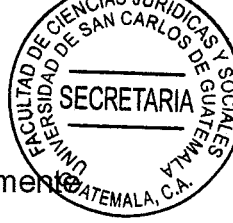
aplique este principio podemos hablar de legislaciones que poseen este principio como regla, y otros como excepción.

“El principio de oportunidad pretende hacer frente al aumento de la pequeña y mediana criminalidad que se considera causa esencial del colapso de la administración de justicia consiguiendo a su vez, agilizar y simplificar el proceso penal. El principio de oportunidad, aunque es un tema aún polémico, parte de su contraposición de la legalidad, por tanto, si éste significa que el órgano de la acusación está obligado a ejercitar la acción por todo hecho que revista caracteres de delito conforme a la ley, el de oportunidad debe referirse a cualquier excepción a esta obligación”.¹

En Guatemala, las medidas desjudicializadoras y el principio de oportunidad son introducidos al sistema por el actual Código Procesal Penal, por lo que al poderse despachar de manera más rápida los miles de expedientes sobre hechos de escasa incidencia social y recaer éstos, en su mayoría, en la competencia de los juzgados de paz o resolverse en la fase de instrucción o intermedia por los jueces de primera instancia, el Ministerio Público podrá dedicar tiempo y esfuerzos a la persecución de hechos criminales.

Al aludir a los casos previstos para prescindir de la persecución penal, conforme al criterio de oportunidad, obviamente debe partirse de que en esos casos el Ministerio Público

¹ Figueruelo Burrieza, Ángel. **El derecho a la tutela judicial efectiva**. Pág. 94.



debe considerar que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados.

1.2. Definición del criterio de oportunidad

Requerir el criterio de oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, bajo el control del juez, de dejar de ejercer la acción penal por la escasa trascendencia social del hecho, la mínima afectación al bien jurídico protegido, a las circunstancias especiales en la responsabilidad del sindicado o cuando el imputado sufre las consecuencias de un delito culposos.

Para que pueda aplicarse una figura desjudicializadora, es necesario que concurren una serie de condiciones, entre ellas, la colaboración del imputado con la justicia, lo que implica un reconocimiento o conformidad de los hechos que motivan el proceso; el resarcimiento de los daños y perjuicios provenientes del hecho delictivo y que la aceptación de la víctima de la aplicación del criterio de oportunidad; de igual manera, que no se trate de delitos violentos, graves, de compleja investigación, de criminalidad organizada o que amenacen o afecten la seguridad colectiva, por lo que se pueda prescindir de la pena, porque no es necesaria la rehabilitación.

El efecto preventivo de los delitos como razón de la pena, queda cubierto o satisfecho con la regla de conducta impuesta, la amenaza de continuar el proceso, en donde la culpabilidad del imputado sea atenuada o culposa, en todo caso, no caracterizada por circunstancias agravantes y el hecho no lesione o amenace la seguridad social.

1.3. La implementación del criterio de oportunidad

El criterio de oportunidad es una figura contemplada en el sistema procesal penal guatemalteco, que, en conjunto con otros preceptos creados, pretenden la mejora eficacia de la justicia penal, puesto que dicho criterio pretende realizar objetivos diversos, unos relacionados, en general, con el sistema de justicia y, otros, con el propio imputado de la comisión del delito; la suma o combinación de ambos objetivos, utilitarios y sociales, coadyuvará a la elaboración y ejecución de la política estatal en materia de delincuencia.

Sin embargo, la inadecuada, oscura o ilegal aplicación de los criterios de oportunidad podría ocasionar en la sociedad la percepción de creciente impunidad y desatención de casos y, en vez de que el sistema contribuya a mejorar la confianza de la ciudadanía en la procuración de justicia, puede producir mayor deslegitimación y desconfianza, junto con la implementación de este mecanismo hay que diseñar una política de control.

“El sistema de justicia penal actual, plantea un panorama completamente diferente, produce un cambio en su sustentación, siguiendo una tendencia evolutiva, a diferencia del sistema anterior en el que el eje de la justicia, es decir, sus principales protagonistas fueron los jueces, trasladando el protagonismo esencialmente a las partes, lo cual permite que el Ministerio Público ponga en práctica el principio de oportunidad mediante la aplicación de un criterio de oportunidad, este último es la forma en la que se hace tangible el principio de oportunidad en cada sistema jurídico”.²

² Alcalá Zamora y Castillo, Niceto y Levene, Ricardo. **Derecho procesal penal**. Pág. 41.

Los mecanismos de solución alternativos en Guatemala, encuentran vigencia con el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, el cual se orienta a aplicar mecanismos en casos menos graves y en los cuales el interés público no se encuentra afectado, permitiendo concentrar tiempo, recursos económicos y humanos en la persecución de delitos graves y crímenes organizados, utilizando para estos casos el procedimiento común u ordinario, mientras que en el caso de adolescentes en conflicto con la ley penal, procesados por delitos graves, debe tenerse en cuenta el interés superior del niño para decidir la manera en que resarcirá su culpa.

1.4. Limitantes para otorgar el criterio de oportunidad

El límite máximo de la pena con que está sancionado el delito concreto no exceda de cinco años de prisión; salvo en la suspensión condicional de la persecución penal cuando se trate de delitos culposos sin impacto social y el procedimiento abreviado, que procede cuando el órgano acusador considera que la pena de prisión a imponer no excede de cinco años, el juez en este caso sólo puede imponer una pena de hasta cinco años y si considera que procede una mayor, debe rechazar la vía abreviada.

No puede otorgarse más de una vez al mismo imputado por la afectación dolosa del mismo bien jurídico y, en algunos casos no puede aplicarse a funcionarios y empleados públicos por delitos cometidos en ejercicio o con motivo de su cargo; estos presupuestos hacen que previo a la aplicación de una medida desjudicializadora, se debe observar si se dan los requisitos establecidos en la ley para ello, debiéndose analizar en cada caso concreto la tipicidad de la conducta, el grado de amenaza o lesión del bien jurídico, la



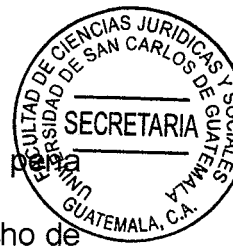
acción y la pena atribuida, el resultado provocado, la responsabilidad, la contribución en general la culpabilidad.

Es importante hacer notar que el Ministerio Público ha emitido una serie de instrucciones que regulan la política criminal a nivel institucional y dentro de ellas, con fecha uno de marzo del dos mil cinco, el Fiscal General de la República de Guatemala y Jefe del Ministerio Público, giró la instrucción número uno guión dos mil cinco, dirigida a agentes fiscales y auxiliares fiscales I y II, en la cual se reglamenta la política criminal en torno a la aplicación de mecanismos simplificadores del proceso penal.

En la justificación de esta instrucción se establece, entre otros puntos que el proceso penal acusatorio vigente en Guatemala desde 1994, reconoció la imposibilidad de adjudicar una respuesta punitiva a todos los conflictos penales que ingresan al sistema, e institucionalizó mecanismos que permiten la solución de los mismos por otras vías sin necesidad de llegar a un juicio.

1.5. Objetivos del criterio de oportunidad

Los objetivos son darle mayor protagonismo a la víctima en el proceso de solución de conflictos ante una eventual reparación y permitir a los operadores de la justicia, en especial al Ministerio Público, orientar sus recursos humanos y materiales hacia aquéllos que causan mayor impacto social; de esta manera, de acuerdo con lo planteado en el plan de política criminal del Ministerio Público, la racionalidad parte de tres principios fundamentales que inspiran el derecho penal y procesal moderno.



Este plan se fundamenta en el principio de subsidiaridad, el cual reconoce que la prisión no es la respuesta adecuada a la conflictividad y violencia social, por lo que el hecho de que ingresen casos al sistema de justicia penal ya constituye un fracaso de la respuesta social a los conflictos, de esta manera antes de recurrir al sistema de justicia penal, deberán privilegiarse respuestas menos violentas; el segundo principio lo constituye el de intervención mínima.

De igual manera, se tiene en cuenta que la cárcel, como respuesta central del derecho penal, siempre constituye un daño a la persona que la padece y, por tanto, aún dentro del sistema de justicia penal, deberán utilizarse mecanismos menos dañosos, y la tercera, se refiere al principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, es decir, que mientras no exista una afectación a los valores fundamentales reconocidos, la intervención punitiva será legítima.

Debe tenerse en cuenta que, como consecuencia de lo establecido en el plan de política de persecución penal, en cuanto a los beneficios que conlleva la utilización de los mecanismos relacionados, tanto para la víctima, el imputado, el Ministerio Público y la sociedad en general.

La fiscalía debe considerar de vital importancia incrementar la utilización de los procedimientos de salida previstos, de manera que, descargando a los fiscales de los casos de bajo impacto social, estos puedan dirigir sus esfuerzos hacia los casos graves, lo cual demanda la sociedad para que los delincuentes que actúan organizadamente no queden impunes.



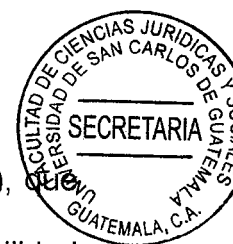
Es notorio que la finalidad de la utilización de los mecanismos alternos para solución de conflictos es agilizar la solución de los de poca trascendencia o de bagatela en cuanto a su impacto social, a la lesión del bien jurídico tutelado y al grado de peligrosidad del delincente; permitiendo canalizar la mayor cantidad de recursos a los hechos que realmente ponen en peligro o afectan el interés público o la seguridad ciudadana.

1.6. Análisis legal del criterio de oportunidad

El criterio de oportunidad se encuentra regulado en el Artículo 125 del Código Procesal Penal, en el cual se establece que, cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos regulados legalmente.

De esta manera, continuando con lo referente al criterio de oportunidad, en el Artículo 25 del Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, se establece que el Ministerio Público podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos siguientes:

- “1. Si se tratare de delitos no sancionados con pena de prisión;
2. Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular;
3. En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años, con excepción de los delitos tipificados en la Ley Contra la Narcoactividad”.



En ese mismo Artículo 25 del Código Procesal Penal, se encuentra el numeral 4), que regula que también se podrá aplicar el criterio de oportunidad cuando la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima, mientras que el numeral 5) regula que también se otorgará si el inculpado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada.

Los jueces de paz conocerán las solicitudes planteadas por el Ministerio Público o los síndicos municipales cuando la pena privativa de libertad del hecho imputado no supere los tres años de prisión. Cuando la pena a solicitar estuviere comprendida entre más de tres años hasta cinco, la solicitud a que se refiere este numeral será planteada al Juez de Primera instancia.

El criterio de oportunidad se aplicará por los jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas, así como en los casos de plagio o secuestro.

Durante el trámite del proceso, aquellas personas no podrán ser sometidas a persecución penal respecto de los hechos de que presten declaración, siempre que su dicho contribuya eficazmente a delimitar la responsabilidad penal de los autores de los mencionados delitos bajo estricta responsabilidad del Ministerio Público, lo que se establecerá en la efectiva investigación del fiscal.



En el caso de la responsabilidad del Ministerio Público, el juez de primera instancia está obligado a autorizarlo, aplicándose de oficio en esta oportunidad el sobreseimiento correspondiente; la declaración se recibirá con observancia de los requisitos de la prueba anticipada, procediendo el agente fiscal que tiene a cargo la investigación a determinar la forma adecuada de presentación ante el juez respectivo.

Si el fiscal tuviere que trasladarse, el juez de primera instancia que controla la investigación, con carácter urgente y conforme la ley, deberá en este caso, comisionar al juez competente que junto al fiscal deberá trasladarse al lugar donde la persona se encuentra para realizar la diligencia; sin embargo, el criterio de oportunidad a que se refieren los numerales del uno al cinco del Artículo 25 del Código Procesal Penal guatemalteco, no se aplicará a hechos delictivos cometidos por funcionario o empleado público con motivo o ejercicio de su cargo.

En Guatemala si a criterio del juzgador en base a la investigación realizada por el Ministerio Público puede proceder una pena mínima de cinco años, procede la aplicación de un criterio de oportunidad, tal como está regulado en el Artículo 25 del Código Procesal Penal.

El criterio de oportunidad se establece como un mecanismo desjudicializador regulado en el Código Procesal Penal para mantener dentro de la esfera jurídica aquellos casos en que el Ministerio Público no pueda dar una solución punitiva, a pesar de que en estos conflictos se implementaron mecanismos que le permitieran desjudicializar, esto traería como consecuencia no tener que llevar el proceso hasta la etapa de juicio oral y público.

Asimismo, el criterio de oportunidad permite incluir a la víctima del conflicto al ámbito procesal otorgándole la oportunidad de decidir a fin de que se pudiera reparar el daño, con lo que se permitiría a la administración de justicia, en especial al agente fiscal del Ministerio Público, dedicarse a realizar una mejor investigación en otros conflictos considerados de alto impacto social.

Según el Manual del Fiscal el “criterio de oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público de abstenerse de ejercer la acción penal, previa autorización judicial, debido a la escasa trascendencia social o mínima afectación del bien jurídico tutelado, a circunstancias especiales en la responsabilidad del sindicado o cuando éste sufre consecuencias de un delito culposo, como es el caso de la pena natural”³

Se advierte que los criterios de oportunidad implican la aplicación o materialización del principio de oportunidad, siendo éste la directriz que indica que algo se realice en la mayor medida posible, lo cual tiene su motivación en la problemática de la sobrecarga procesal del sistema de justicia penal, por lo que es labor del Estado brindar el o los mecanismos que permitan la reducción de los niveles de casos existentes en el sistema penal.

Es en este contexto donde se justifica la aplicación de los criterios de oportunidad, criterios de selección y depuración de aquellos casos que serán ventilados en el órgano jurisdiccional cuando el Ministerio Público ejerce la acción penal; pero esta selección no gira en torno a si existen o no indicios sobre la presunta comisión de un hecho delictivo.

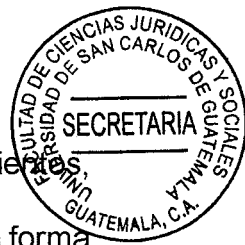
³ Ministerio Público de Guatemala, **Manual del fiscal**. Pág. 65.

Se trata ante todo de que el Ministerio Público debe partir de que, si los hechos que tomado conocimiento son delictivos, pero por su falta de gravedad o por la colaboración del indiciado o por la presencia de otros mecanismos de solución al conflicto penal, decide abstenerse de ejercer la acción penal, previa reparación de los daños generados por la comisión del ilícito penal, siendo este el origen y la justificación de los criterios de oportunidad.

“Existen dos niveles de criterios de oportunidad, es decir, el libre y los reglados. El primero consiste en que la facultad del Ministerio Público de aplicar el principio de referencia es discrecional y, por ello, no se encuentra sujeto a determinadas normas. El segundo es aquél en donde la facultad del Ministerio Público se encuentra sujeta a controles, es decir en la ley se consagran una serie de casos y condiciones para la aplicación del principio de oportunidad”.⁴

La principal ventaja que tiene la aplicación del instituto es que tiene como principal finalidad la de asegurar y concentrar los recursos efectivos del Estado para investigar y sancionar los delitos que mayor impacto tienen en una sociedad; por otra parte, el correcto redireccionamiento de recursos es muy positiva la lucha contra el crimen, ya que debe ser atacado de una forma eficiente pudiendo de este modo al menos, evitar su reproducción; por otro lado, la aplicación correcta, unánime y ordenada del principio de oportunidad por parte del Ministerio Público, supone la posibilidad de permitirle a infractores de la ley sin intención dolosa la oportunidad de redimirse legalmente.

⁴ Figueruelo. **Ob. Cit.** Pág. 95.



Esto, en realidad, es una muy buena noticia para la sociedad porque tener lineamientos horizontes y sobre todo razones fundadas para actuar en forma mancomunada y en forma ordena contra el crimen puede tener muy buenos resultados; de igual manera, exista un redireccionamiento de recursos que en la actualidad se utilizan ineficientemente, ya sea porque atacan delitos con éxito, pero con poca retribución en relación al costo que genera atacarlos o bien, porque es inútil su ataque.

A partir del momento en que esta herramienta se ponga en funcionamiento, la mala utilización o distribución de recursos judiciales quedará en plena responsabilidad del Ministerio Público Fiscal ya que ahora tendrá la posibilidad de ubicar las piezas para poder hacer frente al crimen en la manera más eficiente y así erradicarlo.

En favor del principio de oportunidad militan la posibilidad de ponderar, desde un primer momento, la pertinencia de sancionar ciertos comportamientos o a determinadas personas, tomando en cuenta la gravedad objetiva de aquéllos y las condiciones específicas de éstos; y la necesidad de reservar la persecución ante los tribunales, que implica grandes costos y pesadas cargas, para casos que revistan especial gravedad y ameriten, por lo tanto, un riguroso tratamiento punitivo; es decir, cuando los bienes jurídicos violados son de los que más valora la sociedad, puesto que su protección conlleva la sobrevivencia de la misma.

Así, el principio de oportunidad al consagrar legalmente una excepción al principio de la legalidad, que imperaba en el sistema inquisitivo y que, como tal, le imponía al juez el deber de investigarlo todo, tiene como finalidad descargar de un trabajo inútil y excesivo



a la justicia criminal, al liberar a los fiscales del ministerio público de la obligación de investigar las infracciones penales calificadas por la doctrina como “insignificantes o hechos punibles de bagatela; o sea, aquellos hechos que no comprometieren gravemente el interés público.

Ha quedado sin duda que frente al principio de legalidad están los criterios de oportunidad como alternativa a la persecución penal y de una cultura procesal penal negociadora, dejando a la decisión del fiscal si inicia una investigación, para lo cual procede a valorar si la conducta constituye un delito y si la prueba que se puede presentar en juicio sería suficiente para obtener una sentencia condenatoria, en contra de los sindicatos o al contrario implicaría una pérdida de recursos y tiempo, los cuales pueden canalizarse hacia la persecución de los delitos de alto impacto.

Si el fiscal del Ministerio Público, al realizar la primera valoración observa que ningún interés quedará satisfecho con la persecución del delito; el sospechoso ya está sujeto a otro procedimiento en otra jurisdicción y que existe un procedimiento alternativo de naturaleza no penal a la persecución y en su caso acusación, no tendrá que iniciar el procedimiento, puesto que la oportunidad representa así como disminución de la intensidad formal que el principio de legalidad significa, justificada por razones de prevención general y especial, ligadas a consideraciones profundas sobre la necesidad y conveniencia del castigo penal en el caso concreto.

CAPÍTULO II

2. La tutela y la tutela judicial efectiva

La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir su actividad jurídica; es decir, esta figura jurídica es aquella institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse a sí mismos.

La tutela es una institución jurídica, es decir, la integran un conjunto de normas y preceptos armónicamente enlazados y definitivamente establecidos, que estructuran ese designio importantísimo de la asistencia normal de los jurídicamente incapaces, esta institución es desde luego social, porque afecta a uno de los puntos más importantes del agregado humano que integra el cuerpo político, llenando uno de los vacíos que en el mismo se observan.

De igual manera, la tutela jurídica es también moral, por cuanto da solución a gravísimos problemas de conciencia en relación a los efectos que se le han causado a la víctima, los cuales requieren una respuesta punitiva estatal; es de matiz económico, porque gracias a ella se produce el cuidado de todo un patrimonio; pero ante todo es jurídica: nace en el campo del derecho, vive dentro de la ley y se matiza en el ramaje máspreciado del ordenamiento jurídico.

2.1. La tutela

La tutela es la responsabilidad de cuidar de la persona y administrar los bienes de quienes no tienen capacidad para cuidarse a sí mismos, ni tienen a nadie que ejerza sobre ellos la patria potestad; o la responsabilidad de administrar los bienes de quienes por ser pródigos o ebrios habituales no pueden administrarlos, por lo que puede ser definida como el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre unos u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para su proyección, bajo control judicial.

“Si se toma el vocablo en un sentido muy generalizado de la legislación de algunos países, la tutela es una institución creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados y de aquellas personas incapacitadas para gobernarse por sí mismas, pudiéndose dividir ente la que es para los menores no sometidos a la patria potestad y a la curatela para los mayores de edad incapaces de administrar sus bienes; o sea que la tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad que no está sujeto a la patria potestad y para representarlo en todos los actos de la vida civil.”⁵

En general, la tutela se puede considerar toda suerte de protección, amparo, defensa, custodia o cuidado y dirección de personas e intereses; en lo jurídico, la suplencia de la patria potestad, en cuanto a la capacidad de un menor de edad, por lo que por analogía se le denomina denominada curatela en los sistemas diversificadores, representación

⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 996.



jurídica y cuidado de un incapaz, aunque este sea un concepto restringido, proceden del derecho romano, basado en la diferencia con la curatela.

Con sentido unitario de protección y dirección personal del menor o incapacitado y de administración de sus bienes, la se entiende por tutela la autoridad que, en defecto de paterno o materna, se confiere para cuidar de la persona y de los bienes de aquel que por minoría de edad, o por otra causa, no tiene completa capacidad civil.

2.2. Fundamento legal de la tutela

Se entiende que el menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes; sin embargo, también quedará sujeto a tutela, aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres, siendo el tutor es el representante legal del menor o incapacitado.

La palabra tutela significa proteger, defender, amparar, aun cuando entre los escritores e investigadores del derecho civil, la tutela es un tema muy debatido, la atención que se le da obedece a razones elementales, pues constituyen un remedio jurídico para acudir en caso de que las personas no puedan valerse por sí mismas, estando limitados para ejercer derechos y obligaciones, ya sea por causa natural o legal.

“La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima. Si quien es nombrado tutor se rehusare sin causa legal a desempeñar su cargo

será responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resultare para el incapacitado. A más de esta sanción, el tutor testamentario que se excuse de ejercer la tutela perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado el testador por este concepto. El tutor que sin excusa o desechada la que hubiere propuesto no desempeñe la tutela, pierde el derecho que tenga para heredar al incapacitado que muera intestado y es responsable de los daños y perjuicios que hayan sobrevenido”.⁶

En igual pena incurre la persona a quien corresponda la tutela legítima, si habiendo sido legalmente citada, no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz; además la tutela es irrenunciable por ser un oficio considerado de interés público, quien está desempeñando la tutela no puede renunciarse a su cargo, sin causa aceptada por el juez, por lo que su renuncia injustificada traerá consigo sanciones.

Asimismo, la tutela es temporal, puesto que el tiempo de duración del ejercicio de la tutela es diverso según la persona que ejerce la tutela y con respecto también a las circunstancias del pupilo; si el pupilo es menor de edad, la tutela se extingue por alcanzar la mayoría, y así el tutor cesará en sus funciones.

El cargo de tutor del demente, idiota, imbecil, sordomudo, ebrio consuetudinario y de los que habitualmente abusen de las drogas enervantes, durará el tiempo que subsista la interdicción, cuando sea ejercitado por los descendientes o por los ascendientes; sin embargo, el cónyuge solo tendrá obligación de desempeñar ese cargo mientras conserve

⁶ *Ibíd.* Pág. 815.

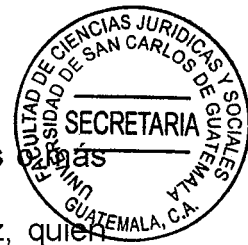
su carácter de cónyuge, pero no debe actuar en fraude de ley al divorciarse días antes de que se declare la incapacidad de su pareja, sabiendo que ya tenía esas condiciones de enajenación.

Las personas pueden excusarse válidamente del ejercicio de la tutela, si son empleados y funcionarios públicos, militares en servicio activo, si tienen bajo su patria potestad tres o más descendientes, los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia, los que, por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza e ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela, los que tengan sesenta años cumplidos y los que tengan a su cargo otra tutela, entre otros.

Las causas señaladas son simplemente enumerativas, no limitativas, pues es discreción del juez, cualquier otra circunstancia que pueda aducirse como excusa justificada para desempeñar el cargo de tutor; pero en todo caso, el tutor debe exponer sus razones ante la autoridad judicial y ser ésta quien declare sobre la justificación de la excusa.

La tutela es la institución jurídica que se confiere a un ciudadano en la plenitud de sus derechos para que ejerza a favor del menor de edad no sujeto a patria potestad o del mayor de edad declarado judicialmente incapacitado, el cuidado, protección, representación y administración de dichas personas y sus bienes; mediante ella además se establece una relación jurídica entre dos personas: el tutor y el tutelado.

Como característica de la tutela es que la misma es un cargo unitario lo cual significa que ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y de un curador

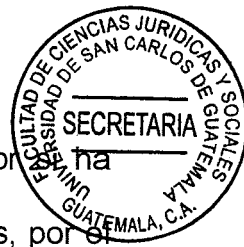


definitivos; aunque en ciertos casos, cuando existan intereses opuestos de dos incapaces sujetos a la misma tutela, el tutor pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces que él mismo designe, mientras decida el punto de oposición.

Si bien es cierto, que el incapaz no puede tener más de un tutor, también es verdad que el tutor puede serlo de hasta tres incapaces si éstos son hermanos o son coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor y un protutor a todos ellos, aunque sean más de tres, pero los nombramientos de tutor y de protutor de un incapaz deben recaer en personas distintas; es decir, que no pueden ser desempeñados al mismo tiempo por una sola persona, tampoco pueden desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado de la línea recta, o dentro del cuarto grado de la colateral.

El cargo de tutor será siempre con posterioridad a la declaración de interdicción del que va a quedar sujeto a ella, por lo que ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga la ley, por lo que el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella, salvo el caso de la tutela de administración.

Asimismo, legalmente la tutela es un cargo remunerado, por lo que el tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento y para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez.



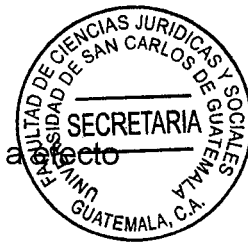
La declaración de estado de incapacidad puede pedirse por el mismo menor o por su representante legal; por su cónyuge; por sus presuntos herederos legítimos, por el albacea; por la Procuraduría General de la Nación; asimismo, pueden pedir la declaración de minoridad los funcionarios encargados de ello, siendo el cargo de tutor removable por haberse conducido mal, respecto de la persona o de la administración de los bienes del incapacitado, y no podrán ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo.

2.3. Elementos de la tutela

Dentro de los elementos que conforman la institución de la tutela, de manera general se puede mencionar que ésta se integra por el elemento subjetivo, objetivo y el formal; los cuales de manera concreta se integran así: lo subjetivo, los cuales son el pupilo, tutor, protutor y sujetos pasivos de la tutela.

En este informe se entenderá por autor a la persona que representa al menor, obra en su nombre, maneja y dirige su patrimonio, siendo el mismo nombrado para cuidar de la persona y de los bienes del pupilo, por lo que se constituye como su representante legal; mientras que el protutor es la persona que se encarga de las funciones de vigilancia de las acciones de representación y administración del pupilo y de sus bienes por parte del tutor; es decir, es el fiscalizador.

“En algunos sistemas de protección de los menores no sujetos a la patria potestad, así como de los incapacitados declarados como tales, no sólo se da la institución de la tutela o de la curatela, sino también las del consejo de familia y de la protutela. En cuanto a



esta última, su función especial consiste en vigilar los actos que realiza el tutor, a efecto de evitar posibles abusos”.⁷

Es de tener en cuenta que la protutela es desempeñada por el protutor, generalmente designado por el consejo de familia, aunque ésta institución ha sido muy discutida en la doctrina y rechazada por diversas legislaciones, como la Argentina, por entender que sólo sirve para complicar el engranaje tutelar, otras, contrariamente, estiman que tal institución es útil porque contribuye a la mejor garantía de los derechos del tutelado, ya que no son raros los casos en que los tutores o curadores no proceden con la necesaria honradez.

“Si bien es cierto que la vigilancia que ejerce el encargado de la protutela está atribuida en algunos países a determinados organismos judiciales, resulta más teórica que real, porque tales organismos por buena voluntad que tengan carecen de medios para reconocer cual es en cada momento la conducta de todos los tutores y curadores que desempeñan esos cargos, y que no siempre son afectos a sus pupilos.”⁸

Se entiende que el protutor es aquella persona que las leyes sitúan cerca del representante del incapaz para realizar una vigilancia concreta y específica de la gestión realizada por éste porque el juez de familia no puede realizar por sí mismo, pues, además de esta función inspectora, el protutor tiene la función de sustituir al tutor en caso de oposición de intereses con el menor o mayor tutelado, especialmente si este conflicto conlleva la amenaza de la subsistencia del tutelado.

⁷ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 127.

⁸ **Ibíd.** Pág. 128.



De igual manera, también tiene a su cargo la llamada función de intervención, que exige la concurrencia del protutor en aquellos casos de trascendencia en los que los fraudes son particularmente fáciles, como ocurre con la formación de inventario y la constitución de la fianza y las funciones de mediación entre el tutor y el juez de familia, cuya reunión debe promover para el nombramiento del nuevo tutor cuando la tutela quede vacante o abandonada, y al que debe llamar la atención cuando la gestión del tutor le pareciere perjudicial a la persona o a los intereses del menor.

“El cargo de protutor, igual que el de tutor, precisa de ciertas características y singularidades que lo matizan con singular relieve. La legislación y la jurisprudencia señalan las notas fundamentales siguientes: El cargo de protutor es personal, no pudiendo, por consiguiente, el protutor delegar sus funciones en persona extraña y mucho menos en persona que pertenezca a la misma línea del tutor; tan solo le está permitido valerse en su cometido de auxiliares de cumplimiento, encomendando a éstos la realización de operaciones materiales que no supongan nunca el traspaso jurídico de sus facultades de gestión e inspección”.⁹

El cargo de protutor es obligatorio y no renunciable sin justa causa, también es gratuito, toda vez que la ley a diferencia del tutor no señala retribución alguna para el protutor; asimismo, las mismas causas de incapacidad, excusa o remoción que la ley establece en cuanto a los tutores son aplicables a los protutores, a los que además afecta la incapacidad aludida, de no poder pertenecer a la misma línea del tutor.

⁹ *Ibíd.* Pág. 129.

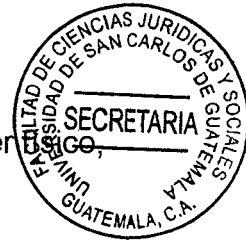


Por aparte, el pupilo es la persona menor sobre la que se ejerce la tutoría o protutoría es el menor que no se halle bajo la patria potestad o del mayor que haya sido declarado en estado de interdicción y sujeto a la tutela; aunque también se entiende como pupilo al huérfano menor de edad, en relación con su tutor, así como al huésped que abona hospedaje en casa particular, al colegial interno en un establecimiento de enseñanza elemental o secundaria, cuando, además de las clases, sólo permanece en el establecimiento durante la comida del mediodía, se le denomina medio pupilo o medio pensionista, aunque antiguamente, pupilo significaba niño de corta edad y comprendía en general a todos los impúberes.

“En el Código Civil español, el ocuparse de la tutela, desdeña esta voz y casi no emplea otra que la de menor; sin embargo, aparece en el texto al menos cuando se declara que la disposición testamentaria del pupilo a favor de su tutor, hecha antes de aprobadas las cuentas definitivas, no surte efecto, aun muriendo el testador después de la aprobación; mientras que el Código Penal español, se establece la responsabilidad civil subsidiaria de los tutores por los pupilos, salvo proceder muy diligente”.¹⁰

Es importante destacar que, siendo la tutela una institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad, se determina que los sujetos pasivos de la tutela son los incapacitados en general, pues la determinación de quienes se encuentran sujetos a tutela, tal como sucede con los menores de edad y los mayores de edad, con incapacidad

¹⁰ **Ibid.** Pág. 520.



o discapacidad originada por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico, psicológico o sensorial que les impida autogobernarse.

“La incapacidad por minoría de edad no requiere más que la prueba de la misma ante la autoridad judicial. Una prueba fehaciente es el acta de nacimiento expedida por el Registrador Civil; a falta de la misma, la prueba se obtendrá por el examen personal del menor de edad, por información de testigos, con o sin asistencia de la Procuraduría General de la Nación. El menor de edad que fuere demente, idiota, imbecil, sordomudo, ebrio consuetudinario o que habitualmente abuse de las drogas, estará sujeto a la tutela de menores, mientras no llegue a la mayoría de edad”.¹¹

Si al cumplirse la mayoría de edad, si ésta continuare, el incapaz se sujetará a nueva tutela, previo juicio de interdicción, en el cual serán oídos el tutor y el curador anteriores, esta interdicción no cesará sino por muerte del incapacitado o por sentencia definitiva que se pronuncie en el juicio correspondiente, por lo que, para que un mayor de edad sea declarado incapaz necesita llevar un juicio de interdicción en el que se seguirán todas las formalidades.

2.4. Clasificación de la tutela

En doctrina existe diversidad de clasificaciones en cuanto a la tutela, aunque casi todas en similar sentido, o con ciertas variaciones atendiendo al autor de que se trate. En cuanto

¹¹ Almagro Nosete, Estuardo. **Sistema de garantías procesales**. pág. 28.



al aspecto legal, en función de la legislación civil guatemalteca, en el Decreto Ley 13 que regulan los distintos tipos de tutela que pueden ejercerse, de acuerdo a su naturaleza con relación a la persona que va a ejercer tal función.

En primer lugar se encuentra la tutela testamentario, la cual se da en atención a la voluntad de los padres manifestada a través de tan solemne documento; en doctrina la tutela testamentaria encuentra cierta uniformidad en cuanto a los autores, porque parece ser que la primitiva forma de delación tutelar estaba integrada por la designación de los parientes; sin embargo, la tutela testamentaria adquiere un rango privilegiado, como consecuencia derivada del prestigio y significación de la patria potestad del derecho romano.

En esa época solo el *pater familias* era el que podía nombrar tutor testamentario a sus hijos, y ese nombramiento adquiriría condiciones de respetabilidad; más tarde, no obstante, se admite ya que pueden nombrar tutor en testamento otras personas distintas del padre; y entonces empieza a desconectarse la delación testamentaria de la potestad paterna.

“Tanto el padre como la madre pueden nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, siendo este derecho de los padres para nombrar a sus hijos tutor y protutor absoluto; siquiera en algunos casos no llega a tener efectividad hasta que las circunstancias previstas por el testador hagan necesario el cumplimiento de lo por él establecido, haciendo resurgir su voluntad sin consideración al tiempo transcurrido, como sucede cuando, por hallarse sometidos la madre y el hijo a expediente de



incapacidad, desaparece todo obstáculo para que los nombramientos hechos por el padre en su testamento tengan eficacia.”¹²

En el caso de Guatemala, Artículo 297 del Código Civil guatemalteco, establece que la tutela testamentaria se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad, por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo, y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo.

El Artículo 298 del Código Civil, regula que: “Los padres y los abuelos, en su caso, pueden nombrar un tutor y un protutor para todos o para varios de sus hijos o para cada uno de ellos. Pueden también nombrar varios tutores y protutores para que ejerzan el cargo uno en defecto de otro, respectivamente, en el orden de su designación.”

En el caso de la tutela legítima, se está frente a lo que establece la ley cuando falta de la tutela testamentaria, en el sentido de que ésta se defiende inmediatamente, no requiere de nombramiento, porque según la Ley de las XII Tablas, será tutor legítimo el pariente más cercano por la vía masculina, si hay varios en el mismo grado todos serán tutores.

En el caso de las personas de mala conducta o que no tuvieran manera de vivir conocida, resultan siendo una causa de inhabilidad que tiene lejana tradición y predicamento, la

¹² Puig. Ob. Cit. Pág. 532.



cual solo es relevante en la tutela legítima y en la testamentaria, ya que en la dativa no tiene utilidad enunciar como inhabilidad lo que el juez tiene facultades para valorar, puesto que se trata de un precepto que contiene dos supuestos, el desorden moral o mala conducta y la falta de solvencia económica; esto último contiene elementos de apreciación, la primera circunstancia era innecesaria.

El tutor legítimo no puede rechazar el cargo, aunque puede en derecho antiguo, ceder la tutela a otro pariente menos próximo, mediante una cesión tutelar, por lo que la tutela legítima, pone énfasis en la situación parental del tutor respecto al tutelado.

En el Artículo 299 del Código Civil guatemalteco, Se encuentra regulada. "Legítima. La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente: Al abuelo paterno; Al abuelo materno; A la abuela paterna; A la abuela materna; y a los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor de edad y capacidad.

La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio. Sin embargo, mediando motivos justificados para variar la precedencia, puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación, que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.

De acuerdo al derecho romano, la tutela legítima era la deferida a falta de tutor testamentario de acuerdo con el orden de llamamientos que regía en materia de sucesión



ab intestato; la tutela legítima se dividió en tutela patronal, la cual es creada por obra de la interpretación, sobre la base de la relación que media entre la tutela y herencia, puesto que dado que las XII Tablas nombran sucesores del liberto, al patrono y a sus hijos, se admitía por los juristas que el patrono y sus hijos venían llamados a la tutela de aquel.

También existe la tutela fiduciaria, lo cual surge a partir de que el que vendía a un hijo o nieto impúber con la condición de que luego le fuese emancipado y, una vez que esto ha ocurrido, lo manumite, se hace su tutor legítimo, pero muerto el padre, la tutela es deferida a sus hijos y recibe entonces el nombre de tutela fiduciaria; asimismo, en el derecho justinianeo no hay otros derechos fiduciarios que los hijos del que vendía al impúber, de los llamados a suceder en la tutela paterna sobre sus hermanos o hermanas o sobre los hijos emancipados por el abuelo.

De igual manera existe la tutela dativa, la cual fue introducida por la *Lex Atilia*, siendo extendida a las provincias, para atender en los casos en que faltase al impúber el tutor testamentario, por lo que el nombramiento del tutor se hacía por el pretor urbano, con la asistencia de la mayoría de los tribunos de la plebe y por el gobernador provincial.

“Otros casos que pueden producirse relacionados con la tutela legítima, son la tutela legítima de menores que tienen familiares, la cual se produce cuando los menores quedan sin quien ejerza sobre ellos la patria potestad y los que la ejercían no designaron tutor testamentario, la tutela corresponderá a los parientes del menor, para lo cual, la ley regula el orden en el cual son tomados en cuenta los parientes del menor, para ejercer el cargo de tutor y de esta forma el juez es quien designa a la persona; al igual que en el



caso de la falta temporal del tutor testamentario, cuando falta el tutor legítimo, el juez deberá proveer de un tutor”.¹³

También existe la tutela legítima de los mayores incapacitados, la cual, tratándose de la tutela de dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes, se ejercerá por el cónyuge, el padre y la madre, los hijos mayores de edad y los abuelos en el orden antes establecido, sin que ninguno de ellos pueda modificar esta regulación, puesto que solo pueden solicitar al juzgado respectivo cambios en lo sentenciado en el proceso de interdicción.

Los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando ellos han sido declarados en estado de interdicción y no posean cónyuge, tampoco tengan hijos para que puedan desempeñar el cargo de tutor; sin embargo, en caso de que los menores hayan sido acogidos por algún establecimiento de beneficencia, los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento.

De igual manera, también se encuentra la tutela judicial, la cual está regulada en el Artículo 300 del Código Civil guatemalteco, en el cual se regula que la tutela judicial procede por nombramiento del juez competente cuando no haya tutor testamentario ni legítimo, para este efecto, la Procuraduría General de la Nación y cualquier persona

¹³ *Ibid.* Pág. 533.

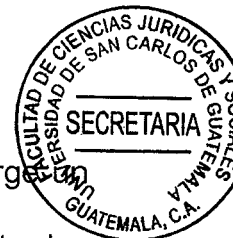


capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no provista para la designación de la persona del tutor, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias para la figura del tutor.

Aunque debe tenerse en cuenta que esta clase de tutela es, eminentemente supletoria, pues la razón de su existencia radica en el propósito del legislador de que la persona menor de edad o declarada en estado de interdicción, que carezca de los parientes más cercanos y de tutor nombrado en testamento, no quede sin la debida protección de la institución tutelar.

El Código Civil guatemalteco, en el Artículo 308 regula lo concerniente a este tipo de tutela, para lo cual establece que los directores y superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso y su cargo no necesita discernimiento.

En el caso de la tutela específica, la misma se otorga cuando existe conflicto de intereses entre los pupilos que se encuentran bajo la misma tutela; lo cual hace necesario nombrarles un tutor específico; el Artículo 306 del Código civil guatemalteco regula este tipo de tutela en los términos siguientes: "Tutores específicos. Cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, el juez les nombrará tutores específicos;" lo cual resulta muy importante teniendo en cuenta los intereses patrimoniales que pueden existir en juego, especialmente si el tutor no tiene ninguna relación afectiva con la persona objeto de tutela.



En el caso de la tutela especial, la misma es la que otorga el juez, cuando surge un conflicto entre los hijos que se encuentran bajo una misma patria potestad o, entre los hijos y los padres; siendo esta tutela establecida para un negocio especialmente determinado; es así que se designará tutor especial al menor, aun estando bajo la patria potestad, cuando sus intereses estén en oposición con los de sus padres o al menor que tiene tutor, cuando sus intereses económicos están opuestos a los del tutor, o a los de otro pupilo de su tutor, pero cuando el tutor es designado para actuar en juicio en representación del menor, toma el nombre de tutor *ad litem*.

“El tecnicismo *ad litem* sirve para englobar una serie de situaciones peculiares y que no entran dentro de las tutelas genéricas ni merecen tratamiento independiente, puesto que el nombramiento de los tutores respectivos, corresponde al juez en estos casos, entre lo cuales se encuentra que cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de sus padres cuando pierdan la administración de los bienes filiales; cuando los hijos adquieren bienes cuya administración no corresponda a los padres y cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de su tutor general o especial”.¹⁴

Esta figura aplica cuando los intereses de un menor o incapaz pugnen con los de otro pupilo sujeto al mismo tutor o con los del incapaz, del cual sea curador aquél, si se adquieren bienes con cláusula de ser administrados por tutor, si tienen bienes fuera de la jurisdicción del juez de la tutela, que no puedan ser administrados debidamente por el tutor; así como cuando hubiese negocios que exijan especiales conocimientos.

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 533.



CAPÍTULO III

3. El derecho y el derecho penal

Así como nació la propiedad privada y la lucha de clases, nació el derecho como la regla de conducta impuesta a los individuos que viven en sociedad, cuyo respeto se considera, por una sociedad y en un momento dado, como la garantía del interés común, cuya violación produce contra el autor de dicha violación una reacción colectiva.

3.1. El derecho

Las normas jurídicas son creadas por el hombre para vivir en sociedad por lo tanto el derecho es el conjunto de normas jurídicas que se aplican en un determinado tiempo y en un determinado territorio con la finalidad de regular el comportamiento de la sociedad, para esto las normas jurídicas junto con las normas religiosas de trato social, morales contribuyen en todo momento a la creación de un Estado de derecho.

Es decir que el derecho puede ser objetivo, el cual se puede entender como el conjunto de normas que integran los códigos y que, necesariamente se dirige a los valores u objetos tutelados por la ley, en cuya salvaguardia se interesa le hombre; por lo que tal conjunto de normas imperativas y atributivas otorgan facultades al mismo tiempo que imponen deberes correlativos, pero siempre dentro de una esfera determinada; siendo los preceptos que forman este derecho imperativo-atributivos pues imponen deberes y

conceden facultades, por lo que frente al obligado por una norma, siempre hay otra persona para exigirle el cumplimiento de la misma.

También existe el derecho subjetivo, el cual es el conjunto de facultades reconocidas a los individuos por la ley, para realizar determinados actos en satisfacción de sus propios intereses; es decir, es la facultad que tiene el sujeto activo de exigir el cumplimiento de la norma jurídica; o sea, el precepto atribuye su contenido a un titular denominado derecho-habiente quien tiene el reconocimiento suficiente para obtener del obligado la satisfacción que corre a cargo del último.

“No existe acuerdo entre los juristas acerca del concepto derecho y las discusiones entre los pertenecientes a diversas escuelas han sido extraordinarias en este punto, pero puede afirmarse que el derecho es una manifestación social producto de la cultura; por lo que si el derecho es un producto cultural, por la intuición que tienen los seres humanos de imaginar un orden que se basa en la relación armónica de todos los elementos del universo, en la que el ser humano es sólo un elemento más, la tierra es la madre tierra la vida, y el maíz un signo sagrado, eje de la cultura”¹⁵.

El derecho es resultado de los distintos contextos históricos, de las ideologías, de los intereses y conflictos predominantes en los mismos, por eso varía en sus contenidos en función de las circunstancias históricas y refleja los caracteres de esas circunstancias, por lo que el derecho se destaca por su naturaleza normativa, por lo que los modelos de

¹⁵. Ossorio, Manuel, **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Pág. 226.



conducta incluidos en un ordenamiento jurídico constituyen criterios de comportamiento a los que están sujetos los destinatarios de ese sistema; en este contenido se afirma que el derecho pertenece al mundo del deber ser.

3.2. Derechos garantizados por el Estado

El ordenamiento legal en la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce varios derechos iniciando en sus Artículos 1, 2, 4 y 29 relacionados con el fin supremo, libertad e igualdad, derecho de libre acceso a tribunales y dependencias del Estado; asimismo, garantiza la protección a la persona, el acceso a la justicia, la igualdad y a la libertad.

En dicho articulado se entiende que todo el Estado es una institución que es para la persona y debe proteger al individuo, que todos iguales, libres y que la persona tiene la libertad de acceso a los tribunales para hacer valer sus derechos y ejercer sus acciones como lo establece la ley, pero esto no queda restringido a solo un par de disposiciones de la Constitución Política de la República de Guatemala, bien garantizarle a todas las personas que habitan Guatemala, sin importar su credo, raza, color, etnia, estatus social o nacionalidad el acceso al aparato judicial del país, garantizándole así su derecho de defensa y su derecho de acción.

“El acceso a la justicia es un derecho humano básico, garantizado y encuadrado como garantía constitucional e individual de las personas, en la primera generación de los derechos humanos por parte de la Organización de las Naciones Unidas, donde podemos



hablar ya de la internacionalización de los derechos humanos o lo que podríamos agregar en un sistema internacional de protección de derechos humanos, con la entrada en vigencia de los pactos universales de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año de 1976, año que marca el verdadero nacimiento de éste sistema internacional”.¹⁶

Es por eso que el preámbulo de la Constitución Política de la República establece que el Estado es el responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, igualdad, justicia, para lo cual debe impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, así como el deber de velar porque este derecho de acceso a la justicia se cumpla a la mayor amplitud posible dentro de sus recursos propios, garantizándolo a toda la población, que podrán ser atendidos y encontrar una solución a sus problemas jurídicos.

En cuanto a la igualdad, el Artículo 4º de la Constitución Política de la República de Guatemala, se entiende que encargados de velar por la aplicación e interpretación de las leyes, actúen basados en que el derecho debe de imperar sin distinciones ni discriminaciones, es por eso que el Estado tiene la obligación de velar por el acceso de todas las personas que constituyen parte de éste mismo ente, y que como mandato constitucional, está coaccionado por su propio ordenamiento jurídico interno supremo a cumplir con dar acceso, que a su vez es el pilar clave o la estructura básica del sistema nacional de protección de los derechos humanos.

¹⁶ Barrientos Pellecer, César. **Derecho procesal penal guatemalteco**. Pág. 37.

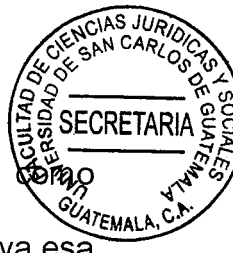
Como se aprecia, el acceso a la justicia es una excelente forma de protección de derechos humanos tanto básicos como generales, convirtiéndose en el pilar básico de suprema importancia porque como acceso a la justicia o sistema de justicia, se entiende a aquel conjunto de normas jurídicas, instituciones y procedimientos que, dentro de una determinada sociedad, sirven para la solución de los conflictos entre las personas y protección de los derechos de las personas e instituciones dentro de cada grupo social.

3.3. Surgimiento del derecho penal

El derecho penal, al igual que la mayoría de las ramas del derecho, no existió siempre, no estuvo presente en las épocas primitivas de la humanidad; es decir, los conceptos como delito, derecho, pena, entre otros no se usaron, por obvias razones de ignorancia cultural, en esas sociedades primitivas, puesto que en los remotos tiempos de la humanidad, en vez de delito se manejaba el criterio de daño.

Se trataba en este tipo de sociedades que todo aquello que afectaba de manera tangible a las personas, aquello que era molesto o causaba fastidio hasta el punto de irritar o exacerbar al hombre, provocaba como respuesta el acto reflejo de sus instintos, sin control y sin medida, lo cual llevaba a consecuencias como la muerte del que causaba esas condiciones de ánimo.

No existía intervención de autoridad alguna; de igual manera, no existía una individualización del sujeto víctima de la venganza, sino que la misma se aplicaba contra el individuo, su familia e inclusive sus descendientes; por lo que esta forma de



comportamiento en la escala de la evolución del derecho penal, se la conoce como venganza privada absoluta y como ejemplo de lo dicho que retratan de manera viva esa forma de actuar, son los enfrentamientos fratricidas que existían entre las distintas tribus para vengar una afrenta a uno de sus miembros.

El derecho penal es una ciencia que como rama del derecho es quizá la más antigua e importante de todas porque ha protegido bienes cuya importancia radica en la convivencia y paz social, bienes como la vida, la libertad, la seguridad, la justicia, la paz y la integridad personal.

“Aunque al principio hubo incipientes normas sociales que revestían el carácter prohibitivo, estas normas regularmente no estaban escritas, se transmitían por la tradición especialmente la tradición oral y la costumbre, sin embargo fueron el principio de la evolución del derecho y especialmente de la ciencia que nos ocupa del derecho penal, en la evolución misma de estas ideas se puede apreciar que han pasado por un camino largo y que en algunas épocas fueron sanguinarias las sanciones impuestas, hasta llegar a estos días, pasando por una serie de ideas penales que han servido para establecer un moderno derecho penal”.¹⁷

La división en la evolución de la justicia penal se orienta a establecer distintas etapas, tales como la de la venganza privada, la cual se destacó como la época bárbara, pues el que se sentía ofendido en sus derechos se defendía individualmente, haciéndose justicia

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 38.



con su propia mano, para frenar ésta justicia, dentro de dicha época aparecieron dos limitantes, a la primera se le denominó Ley del Talión, según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima, reconociendo así que el ofendido sólo tenía derecho a una venganza de igual magnitud al mal sufrido.

La segunda limitante en la venganza privada que se permitía en esta etapa de la justicia penal, se le denominaba la composición a través de la cual el ofensor o su familia entregaban al ofendido y los suyos cierta cantidad para que éstos no ejercitaran el derecho de venganza.

Luego vino lo que se conoce como la venganza divina, la cual sustituye la voluntad individual del vengador por una voluntad divina a la que corresponde la defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito, a partir de lo cual, la justicia penal se ejercita en el nombre de Dios, los jueces juzgan actuando en su nombre, por lo que generalmente eran sacerdotes, los que representando a la voluntad divina administraban justicia y las penas se imponían para que el delincuente expíe su delito y la divinidad deponía su cólera.

La siguiente fase se denomina de la venganza pública, la cual es una de las épocas más sangrientas, pues el poder público representado por el Estado ejercía la venganza en nombre de la colectividad o de los individuos cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro; la misma se caracterizó porque la aplicación de las penas era totalmente desproporcionada e inhumana con relación al daño causado, la pena era



sinónimo de tormento y se castigaba con severidad y crueldad a los supuestos delincuentes.

En un período más reciente, a finales del Siglo XVIII, surge el período humanitario, el cual comienza con el Iluminismo, siendo su impulsor el milanés César Bonesana quien lo argumentó en el libro de su autoría llamado de los delitos y de las penas, en la que se oponía al trato inhumano tanto en la aplicación de penas y las torturas para obtener confesiones; con esta obra se cierra el período antiguo, abriéndose la edad de oro del derecho penal, considerándose a este como ciencia.

En el Siglo XIX, surge la época científica del derecho penal, la cual subsiste hasta la crisis del derecho penal clásico, la que lo consideraba como una disciplina única, general e independiente, dedicada al estudio del delito, la pena desde un punto de vista estrictamente jurídico, debido a la labor de Francesco Carrara y otros.

En este período surge también la Escuela Positiva, la cual se opone a la visión dominante de la escuela clásica en este período, pues consideraba al derecho penal como una rama de la sociología criminal, siendo su método positivista o experimental, en oposición al lógico abstracto de la escuela clásica; poniendo de manifiesto factores antropológicos, físicos y sociales, considerándose una manifestación de la personalidad, y la pena un medio de corrección social o de defensa social; su precursor fue Enrico Ferri.

Frente a esas escuelas surge el derecho penal como ciencia jurídica, lo que se considera como la época moderna de esta rama jurídica, pues la misma está relacionada al delito,

el delincuente, la pena y las medidas de seguridad, así como con las ciencias penales criminológicas con el mismo objeto de estudio, lo hacen desde el punto de vista antropológico o sociológico.

3.4. El derecho penal como ciencia jurídica

El derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, principios doctrinarios, creados por el Estado para determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad; la ciencia penal comprende el estudio del derecho penal que tiene como fin el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido, por lo que es preventivo, rehabilitador y se encuentra investido de una serie de principios.

“Tradicionalmente se ha definido el derecho penal en forma bipartita, desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo, división aún sigue siendo válida. Desde el punto de vista objetivo, es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; desde el punto de vista subjetivo, es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano, es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso”.¹⁸

Como sector del ordenamiento jurídico, la función del derecho penal es regular las relaciones humanas y ordena el conglomerado social para hacer posible la convivencia,

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 39.

función que realiza protegiendo determinados intereses del individuo y de la comunidad mediante la conminación de sanciones penales para las conductas que atenten contra ellos; esta protección no la realiza el derecho penal sobre todos los intereses del individuo o de la comunidad, sino sólo sobre los que son fundamentales, cuya lesión o puesta en peligro resulta una perturbación intolerable para la convivencia pacífica de los hombres.

3.5. Naturaleza jurídica del derecho penal

Cuando se plantea la naturaleza jurídica del derecho penal, se debe averiguar el lugar donde éste surge y la ubicación que tiene dentro de las distintas disciplinas jurídicas, para determinar si el mismo pertenece al derecho privado, al derecho público o si pertenece al derecho social, que son los tres escaños en que se le ha tratado de ubicar, al igual que a las demás ramas de las ciencias jurídicas.

Al querer encontrar la naturaleza jurídica del derecho penal o la de cualquier materia del derecho, se debe establecer de dónde viene y a qué lugar pertenece dentro de las múltiples disciplinas de nuestra ciencia, puesto que uno u otro derecho pertenece al derecho privado, al derecho público o al derecho social, por lo que debe ubicarse en uno de ellos al derecho penal, conforme su naturaleza.

Sin presentar mucha dificultad, se puede afirmar que el derecho penal es de naturaleza jurídica pública, como es generalmente aceptado, porque sólo al Estado corresponde la potestad de penar e imponer medidas de seguridad y porque es la parte del derecho público que tiende a proteger los más fundamentales intereses individuales y colectivos;

por esas mismas razones, el derecho penal no puede ser derecho privado ni social, puesto que debe estar por encima de los intereses de grupos.

“Es una función típicamente pública la tarea de penar o imponer medidas de seguridad, la que sólo corresponde al Estado y que es una expresión de su poder interno derivado de su soberanía, argumentando además que la comisión de cualquier delito sea privado, público o mixto, genera una relación directa entre el infractor y el Estado, que es el único titular del poder punitivo, por lo que consideran que el derecho penal sigue teniendo naturaleza jurídica pública”.¹⁹

Para cumplir adecuadamente esta función, el ordenamiento jurídico atribuye al Estado la facultad de exigir a los componentes del grupo social comportarse de acuerdo con los mandatos y prohibiciones contenidos en las normas penales y la de imponer una pena o el cumplimiento de una medida de seguridad a los individuos que no se comporten de acuerdo con lo prohibido o mandado.

La imposición de una pena o una medida de seguridad constituye lo que tradicionalmente se viene llamando *ius puniendi*, el cual se concibe como un derecho subjetivo del que se deduce una relación jurídico-penal entre el Estado y el reo en virtud de la cual aquél tiene derecho a imponer a éste una sanción y el reo debe sufrirla, teniendo su origen esta potestad en la ley positiva, la cual debe estar revestida de las legalidades establecidas en la Constitución Política de la República y en los fundamentos jurídicos estatales.

¹⁹ De León Velasco, Héctor Aníbal y Juan Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 5.



De igual manera, el *ius puniendi* encuentra como presupuestos de su ejercicio la violación del mandato positivo o prohibitivo por una conducta humana y el reconocimiento del mismo por un órgano judicial a través de una sentencia firme, siendo los medios con que cuenta hoy el Estado para reaccionar contra los individuos que infringen el imperativo contenido en la norma penal la pena y la medida de seguridad.

La sentencia penal como tendencia tiene un carácter retributivo y se impone en relación a la culpabilidad del autor de la infracción; mientras que las penas y las medidas de seguridad, en principio tienen carácter preventivo, las cuales únicamente se aplican a las personas que ha cometido un delito, a quienes se les impone la pena de acuerdo a los criterios legales establecidos penalmente sobre la gradación de la pena.

“El derecho penal no puede ser otra cosa que una rama del derecho público, o sea, un derecho en que interviene directamente el Estado como persona de derecho público, pues el derecho penal protege bienes jurídicos contra conductas que los lesionan y que con ello menoscaban la seguridad jurídica”.²⁰

Como se puede apreciar, el derecho penal es autónomo y posee carácter normativo y sancionatorio, por la naturaleza comunitaria de los intereses que tutela, las relaciones que regula, que no son las que existen entre particulares, sino las del individuo con la sociedad, en donde el Estado somete al individuo por la fuerza a sufrir el castigo que la pena supone, pues no existe ninguna otra rama del derecho que esté dominada tan

²⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal parte general**, Pág. 24.



poderosamente por la necesidad de salvaguardar la paz pública ni donde el Estado tenga facultad de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones, con la finalidad de resguardar los bienes jurídicos tutelados.

Asimismo, la acción dirigida a la persecución de los delitos es siempre pública, aun en los casos en que debe ser instada por el particular, puesto que siempre se requiere de órganos públicos para llevar a cabo la justicia penal y ejecutar lo sentenciado, lo cual siempre es en contra de la voluntad del que pierde el proceso penal.

3.6. Características del derecho penal

El derecho penal, como todas las demás materias del derecho, es una ciencia eminentemente cultural pues su objeto de estudio es el deber ser de las conductas humanas en sociedad; esto es así porque esas conductas son reguladas con el propósito de alcanzar los fines que busca el derecho, y no con el propósito de determinar su causa y efecto; aunque se trata más de buscar los medios más adecuados para llegar a la consecución de sus fines; por lo tanto, hay una relación de medio a fin y no de causa a efecto.

Cabe afirmar que el derecho penal es normativo porque está compuesto por preceptos o normas que contienen mandatos y prohibiciones que regulan la conducta humana en sociedad, normas de conducta obligatorias que son expresión de lo que debe ser, lo cual no es necesariamente lo que es pues, siendo el derecho penal una ciencia cultural con un método teleológico, puede que se cumplan sus normas como también puede darse el

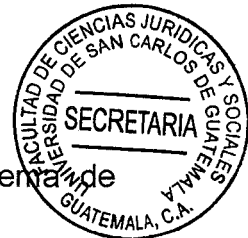
caso que se incumplan, dependiendo de la capacidad del órgano estatal encargado de la acción penal y el actuar de los jueces penales.

“El derecho en general está formado por un conjunto de derechos y obligaciones para las personas que viven en sociedad y además determina las consecuencias que deben producirse si no se cumplen esas obligaciones o si se violan esos derechos. En ese sentido, como parte del subsistema del derecho, dentro del sistema de control social, el derecho penal también contiene normas que regulan la conducta humana en sociedad, pero fundamentalmente a través de prohibiciones y este debe ser considerado como la última defensa con la que cuenta el sistema social para proteger los bienes jurídicos más importantes para la sociedad, durante un período y sociedad determinada, de acuerdo a los valores culturales y sociales predominantes.”²¹

De igual manera, el derecho penal es positivo porque, en el ordenamiento jurídico, solo tiene la cualidad de derecho penal el que es formalmente dictado por el Estado; es decir, los particulares no tienen la facultad de ser creadores de normas penales, ni pueden ser creadas a través de la jurisprudencia u otras fuentes del derecho.

Esta característica proviene del principio de legalidad y de su consecuencia, la exclusión de analogía; dicho principio rige el derecho penal y constituye una verdadera garantía contra la arbitrariedad de la potestad punitiva del Estado o contra otras personas que de hecho quieran arrogarse la misma.

²¹ González Pérez, Jesús. **El derecho a la tutela judicial efectiva**. Pág. 5.



Asimismo, dentro de un sistema jurídico es necesario que exista un sistema de valoraciones que sirvan de guía para que la norma jurídica sancione la lesión a bienes jurídicos y condicione una conducta determinada; en ese sentido, ese sistema de valores está ordenado conforme una jerarquía, dentro de los cuales existen valores de mayor o menor importancia; por lo que, como consecuencia lógica, la norma jurídica tratará de dar una protección mayor a aquellos valores cuya realización sea más importante.

En el transcurso de la vida, con los cambios del derecho y los nuevos significados de la valoración de la justicia se ha logrado establecer y puede decirse, entonces, que el derecho penal es valorativo porque sus normas son elaboradas con atención al cumplimiento de sus propios fines, a través de una valoración previa de las conductas humanas en sociedad, y a que sus particulares sanciones solamente se pueden justificar porque mediante ellas son protegidos los más fundamentales bienes jurídicos que aprecia el ser humano.

De igual manera, el derecho penal debe asentar sus normas sobre la realidad para que sean más justas y eficaces; sin embargo, no constituye la realidad social el objeto preferente de las preocupaciones científicas del derecho porque éste está relacionado con conductas y, en consecuencia, tiene un carácter finalista, lo cual concuerda con la afirmación de que el derecho penal tiene como finalidad asegurar las condiciones de vida de la sociedad y establecer penas únicamente cuando son indispensables.

Según lo antes expuesto, el derecho penal es finalista porque busca dirigir las conductas humanas en sociedad de tal forma que no alteren o alteren lo menos posible el orden

social y jurídico establecido; este no debe ser considerado como una ciencia curativa del individuo ni de la sociedad, por lo que no se le debe atribuir tareas con las que no pueda cumplir como medio de curación o transformación social, sino que debe entenderse como el último recurso del que dispone el sistema de control social para resguardar los valores más fundamentales para el mantenimiento del orden social.

En función de sus fines propios, el derecho penal se orienta hacia garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, puesto que en la medida que es respetado la ciudadanía puede convivir pacíficamente; sin embargo, cuando es quebrantado es deber del Estado restituirlo o sancionar al que lo quebrantó para asegurar que nadie más tendrá la disposición de violarlo sabiendo que tendrá como consecuencia una pena o una medida de seguridad.

El derecho penal no es simplemente sancionador, pues la sanción es uno de los instrumentos de los que el derecho se sirve para cumplir con sus fines, sino que esta característica es esencial en él porque éste constituye la última defensa en contra de las conductas humanas antisociales a los valores más fundamentales para el ser humano; es por esos valores fundamentales que se distingue la sanción penal de las demás sanciones, porque sus dimensiones son proporcionales a la importancia de los mismos.

“Mientras exista el derecho penal, no puede dejar de ser sancionador porque jamás podrá prescindir de la aplicación de la pena, aún y cuando existan otras consecuencias del delito; pues si se acepta de esa manera, esas sanciones tan particulares del derecho

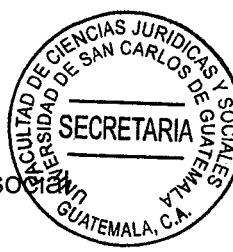
penal son necesarias para conservar el orden social y jurídico establecido, aunque estas no deberían imponerse a quienes se les puede aplicar alguna medida de política criminal más efectiva y menos dañina para lograr los mismos fines que persiguen ambas, ya que actualmente se busca darle también otro enfoque al derecho penal moderno.”²²

Desde hace ya algún tiempo, el derecho penal dejó de ser únicamente sancionador; es decir, dejó de ser una simple operación lógica jurídica que implicaba una retribución penal, muchas veces desproporcionada, a los sujetos que causaran un daño a la sociedad predeterminado por la ley, el delito. Se ha dicho que con el apareamiento de las medidas de seguridad que el derecho penal toma la característica de ser preventivo.

El derecho penal actualmente también pretende evitar el delito y es que, con toda razón, es válido afirmar que un sistema que busca mantener la paz y el orden social, o que estos se alteren lo menos posible, es mucho más eficaz si se anticipa a evitar y resolver las causas que puedan alterarlos, que si solo intenta mantenerlos con la amenaza general de un mal a las conductas antisociales contra ese orden jurídico establecido y con la aplicación particular de un mal, una pena, a quien realice esas conductas, pues históricamente solo con estas medidas no se ha logrado la consecución de los fines del derecho penal.

La característica del derecho penal de ser rehabilitador del delincuente tiene fundamento constitucional pues el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de

²² De León Velasco, **Ob. Cit.** Pág. 12



Guatemala 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”.

Además, está íntimamente ligada a la de prevenir el delito, pues si se logran modificar las conductas delictivas de las personas también se está previniendo que éstas continúen delinquirando o lo hagan en el futuro, por lo que la sociedad se beneficia al no alterarse la paz y el orden; pero, el bienestar de la sociedad no es la única motivación de la rehabilitación del delincuente, sino también la del bienestar del individuo pues este es muy importante en los fines del derecho, sobre todo del derecho penal, lo que diferencia a esta característica de la de prevención.

Entonces, así como el derecho penal busca proteger los valores más fundamentales del ser humano también tiene la responsabilidad de aplicar las sanciones más drásticas de todo el derecho, por lo que la atribución de penar no puede tomarse en ningún caso a la ligera y por ello es que adquieren aquí tanta relevancia para el cumplimiento de los fines que persigue el derecho penal, las medidas de seguridad y corrección.



CAPÍTULO IV

4. Tutela judicial efectiva hacia la víctima para evitar que se fomente la impunidad de los menores delincuentes en Guatemala

Los fundamentos del derecho procesal penal y de la victimología se orientan hacia la tutela judicial de la víctima de delitos de alto impacto, aunque los mismos hayan sido cometidos por menores de edad, pues la minoría de edad no debe ser excusa cuando se les aplique el criterio de oportunidad, puesta medida desjudicializadora no se orienta a promover la impunidad ni el derecho de los niños, niñas y adolescentes a delinquir, pues la misma se orienta a darle una oportunidad a quienes han cometido delitos de bagatela o de escaso impacto social.

La tutela judicial efectiva es un elemento esencial para la afirmación de un estado de derecho, de tal manera que esta prerrogativa no se hace efectiva sin que se dé la protección de los derechos e intereses legítimos de las personas. vale decir que este derecho no se garantiza; esto sucede, con el simple hecho de acceder a un juez o tribunal imparcial, pues se trata de un derecho fundamental de configuración legal; es decir, fundamental, porque tiene un contenido constitucionalmente declarado.

“El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva no puede comprenderse en la actualidad, sin acudir a la labor interpretativa que se caracteriza por ser amplia; es decir, aunque a simple vista parece ser un derecho univoco, se han derivado del mismo, vertientes con contenidos específicos que pasan a ser derechos autónomos, con



contenidos que le otorgan ciertos derechos a los particulares, cuando estos acuden ante un juez”.²³

La tutela judicial efectiva en el proceso penal tiene íntima relación con determinar el derecho del ciudadano de acceso a la justicia desde sus diferentes roles que pueda tener, por ejemplo, en el derecho penal como víctima necesitará de atención de parte del Ministerio Público en la investigación y asistencia a la audiencias, que señalen los órganos jurisdiccionales, así como derecho a ser informada de cada acción a seguir y la asesoría necesaria en materia de reparaciones.

Como imputado, el derecho a contar con un abogado estatal o de oficio si no tiene recursos económicos para pagar un abogado de su confianza, para realizar una defensa técnica y oportuna en todas las fases del proceso y en una dimensión más amplia que el Estado dentro del presupuesto general de la Nación otorgue los fondos económicos para que las diferentes instituciones puedan realizar su función para permitir el acceso a la justicia de los habitantes, dentro de ellas la implementación de nuevos juzgados tanto en su aspecto estructural como humano.

El derecho a la justicia no se trata únicamente, que los tribunales puedan emitir una sentencia en los asuntos sometidos a su jurisdicción, sino la aplicación, por ejemplo, del derecho consuetudinario, los métodos alternos en la solución de conflictos; de igual manera, en el caso de acceso a la justicia, desde un punto de vista práctico, resulta claro

²³ **Ibíd.** Pág. 13.



que la justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial cuando no se previsto recursos judiciales idóneos suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos en las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas que restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales.

Como se aprecia, la justicia no es un ideal irracional, sino simplemente un ideal o si se quiere, una idea regulativa; no una noción de algo, sino una noción para orientar la producción y la aplicación del derecho; por eso es que, para el jurista, el derecho positivo, como normas y criterios establecidos por las autoridades, es la senda que se ha de recorrer para alcanzar la justicia.

El operador del derecho no puede resolver ningún problema sirviéndose solo del derecho positivo, esto es, sin recurrir a juicios de valor, a juicios sobre lo justo o injusto que, por lo tanto, trascienden el derecho positivo, pues en el fondo de cada caso jurídico que no sea puramente rutinario, suele esconderse una cuestión moral o política de importancia, y ellos deben ser resueltos, con militante sentido de justicia, obviamente sin desbordar el cauce normativo, sin desconocer el mandato legal imperativo, sin transgredir el principio constitucional de la separación de poderes, base de la institucionalidad republicana.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que los procedimientos menos formales y alternativas de justicia auto compositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas; por ello,



mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos.

Es decir, aunque el sistema penal acusatorio provee una serie de métodos y mecanismos para alcanzar las legítimas pretensiones de la víctima y del imputado, sin que necesariamente se tenga que llegar a la sentencia, en su dimensión práctica se debe analizar si se aplican e implementan por las diversas instituciones relacionadas con el sistema de justicia penal y que no solo se puedan tener reformas procesales que satisfagan necesidades normativas que muchas veces en la práctica no se realizan.

“La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental regulado en las constituciones de estados democráticos. Consiste en ese derecho que tienen los ciudadanos de presentar sus pretensiones ante los tribunales para obtener una resolución que a la vez sea motivada y fundamentada, es decir que, en la misma, explique la decisión judicial para los justiciables. Es así que el acceso a la justicia, que es un derecho de los ciudadanos, se traslada en una obligación para el Estado de proporcionar los mecanismos adecuados para que toda persona –independientemente su condición socio económica y cultural– pueda acudir al sistema de justicia para la resolución de sus conflictos”.²⁴

El acceso a la justicia constituye un servicio público, por ser exclusivo del Estado y no delegable, en donde el mismo no puede dejar de prestarse por ningún motivo en todo

²⁴ Torres Del Moral, Juan. **Derecho a la tutela judicial efectiva**. Pág. 125.

tiempo, lugar, y que no se presenten obstáculos para el ejercicio de los derechos de los individuos; asimismo, debe buscarse la adaptación del servicio a las condiciones imperantes de la comunidad, pues este debe responder a necesidades concretas de los ciudadanos y garantizar la presencia física de las instituciones de justicia, además de reorientar recursos de la justicia hacia las necesidades locales

“En los últimos años se han dedicado importantes esfuerzos para promover el debate del acceso a la justicia en ámbitos nacionales, regionales e internacionales, con distintos alcances y propósitos. Al amparo de ese concepto se han discutido acciones, estrategias, métodos, procedimientos e instituciones tan diversas como la creación de un servicio público de asesoramiento y patrocinio jurídico a cargo del Estado; lo cual ha llevado a plantear reformas del Poder Judicial y de las normas que regulan el desarrollo de los procesos judiciales como estrategias desplegadas con el objetivo de mejorar el acceso a la justicia de una determinada comunidad”.²⁵

Aunque legalmente todas las personas gozan del derecho de igualdad en el acceso a la justicia, en la realidad existen condiciones estructurales que demuestran lo contrario, ante esto la administración de justicia debe procurar que estas condiciones de desigualdad se diluyan al momento de hacer efectivo el cumplimiento de la ley.

Asimismo, la gratuidad responde a la posibilidad de los individuos de acudir al sistema de justicia y defender sus derechos mediante una adecuada representación, que no

²⁵ *Ibid.* Pág. 126.



implique para el individuo un costo tal que convierta en negatorio el derecho de acceso a la atención; y, la celeridad se plantea con relación a la respuesta que debe dar el sistema de justicia en tiempo razonable.

4.1. La regulación material de la acción penal

La regulación material de la acción penal comprende, entre otros puntos, lo concerniente a la titularidad de su ejercicio y a los requisitos correspondientes para llevarlo a cabo, por pertenecer a la punibilidad del delito, a la órbita legislativa del Congreso de la República, puesto que se trata de la obtención de una condena criminal, la cual no es susceptible de amparo en beneficio de los particulares y con fundamento en la Constitución Política.

Esta protección constitucional de la acción penal se debe a que el derecho que puede asistir al damnificado por un delito le permite concurrir con el Ministerio Público para exigirle el ejercicio de la acción pública, aunque esta no guarda relación directa e inmediata con la garantía de defensa en juicio, pues la misma supone la existencia de derechos de los interesados de cuya elucidación se trate; de allí que no siendo la facultad reconocida por la ley a los particulares de hacerse parte querellante en los delitos de acción pública un derecho de propiedad, sino una mera concesión legal.

En tal caso el acusador particular, es evidentemente el titular no sólo de la acción procesal sino también del derecho sustancial que le acuerda la ley de fondo, por lo que el privarle sin justa razón del derecho de acción afecta la garantía de la defensa en juicio; sin embargo y más recientemente parece insinuarse un cambio de orientación a partir del

pedido de condena realizado por el querellante por un delito de acción pública es idóneo para habilitar al tribunal de juicio para que dicte una sentencia condenatoria aunque el fiscal hubiere pedido la absolución.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporada al bloque de constitucionalidad guatemalteco, establece en términos generales la obligación del Estado de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado, siempre que este derecho les sea reconocido por la Constitución Política de la República de Guatemala, por esta Convención o las leyes penales vigentes en el Estado guatemalteco.

“Las llamadas condiciones de procedibilidad son circunstancias ajenas a lo injusto culpable de las cuales depende la celebración de un proceso penal; en realidad, la doctrina que admite la punibilidad como una categoría integrante del concepto del delito señala, además, que el reconocimiento de la punibilidad como categoría autónoma está en estrecha conexión con el establecimiento de la distinción entre las condiciones de punibilidad y los presupuestos procesales”.²⁶

Las condiciones de procedibilidad, entonces, podrían poner en tela de juicio, por tanto, el reconocimiento mismo de la punibilidad como una categoría más del delito, puesto que también estos elementos que son condiciones de procedibilidad serían ajenos a la fundamentación y a la exclusión de lo injusto culpable, de modo que la eventual

²⁶ *Ibíd.* Pág. 127.

identificación de una serie de circunstancias que son ajenas a la fundamentación y exclusión de lo injusto, así como al juicio de reproche de la culpabilidad es un requisito necesario, pero no suficiente para justificar la construcción de otra categoría del delito, la cual debe estar debidamente regulada en una ley penal vigente.

“La protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, que debe sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso y que no se agota en el libre acceso a ese recurso ni a su desarrollo, sino que requiere que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en la que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen y también que se garantice el cumplimiento, por las autoridades competentes”.²⁷

La protección establecida en la Constitución Política de la República de Guatemala y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos corresponderá cualquiera sea el agente a quien pueda eventualmente atribuírsele la vulneración, incluso cuando fuere un particular ya que en este último caso el Estado habrá incumplido su obligación de evitar que tal vulneración ocurra.

Es decir, nada hay que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos porque son esenciales del hombre esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad, sino que también pueden ser amenazados por agentes

²⁷ *Ibíd.* Pág. 128.

civiles con vínculos gubernamentales e incluso por grupos armados que a partir de su posición de poder tienen la capacidad de violar los derechos de las personas, especialmente a la libertad y a la vida.

La efectividad de la justicia penal exige que sea adecuado que la función del recurso en el sistema de derecho interno sea idónea para proteger la situación jurídica infringida y eficaz capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido; este es el llamado derecho a la tutela judicial efectiva que comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute.

4.2. La víctima de un delito

Un concepto de víctima implica el uso de un contenido más amplio que no siempre se coincide en el plano sustantivo con la noción de sujeto pasivo y que en el terreno procesal necesita de ser precisado en sus alcances, pues al lado de la figura de la víctima se encuentra la del ofendido; víctima y ofendido son entonces dos conceptos distintos que no se implican, aunque pueden ser coincidentes.

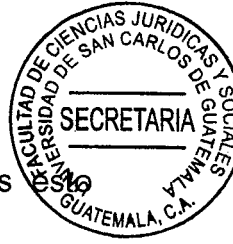
La víctima de un delito tiene el derecho, derivado simplemente de su condición de tal, de reclamar al Estado el enjuiciamiento del autor y de lograr la aplicación de las sanciones correspondientes previstas por la ley penal, principalmente porque el sistema

constitucional, pero sobre todo las interpretaciones de los organismos supranacionales sobre la normativa de derechos humanos incorporada aportan mucho a esta discusión, aproximándose paralelamente a nociones de protección penal de la víctima, por obra de un derecho penal protector.

Quienes postulan que la víctima de un delito tiene el derecho de reclamo al Estado argumentan desde antaño que, según los principios constitutivos y esenciales del derecho es preciso reconocer que, desde un punto de vista meramente abstracto, el derecho de promover querrela contra el agresor y de perseguirlo ante el poder público hasta que se obtenga su castigo, no puede admitir ni restricciones ni límites.

Este derecho es reconocido por la ley suprema que al concederlo otorga también, como contenido necesario de ese derecho, el poder tutelarlos, y por eso la facultad de perseguir judicialmente a quien viole tal derecho, es una emanación de esa ley suprema; por lo tanto la autoridad social sí es tiránica cuando en algún caso le niega al individuo la facultad de perseguir, inclusive de manera legal, las ofensas inferidas a su propio derecho; y es tiránica, porque despoja al derecho primitivo de su contenido necesario, es decir, de la potestad de defenderse.

También puede afirmarse que no hay nada más lógico, jurídico y moral que la admisión del querellante particular cuando el delito afecta un interés jurídico, sea patrimonial o moral, por lo que siendo ésta una cuestión directamente vinculada a los derechos y garantías personales que tienen su protección en la Constitución Política de la República de Guatemala, ante el Poder Judicial, los lesionados no pueden ser privados de ellas



atribuyendo exclusivamente al Ministerio Público el derecho de acusar, pues implicaría cercenar una garantía sin ningún motivo jurídico.

Los ordenamientos procesales tienen la obligación legal de incluir al querellante particular en los delitos de acción pública por tratarse de una garantía de un derecho individual con sustentación constitucional que afecta las relaciones del habitante de nuestro suelo con la justicia; es por esa razón que, la exclusión de esa figura es desacertada por ser propio de regímenes políticos distintos al sistema acusatorio inspirado en el modelo democrático de derecho, el cual prevalece en el sistema republicano de gobierno, que repele toda idea de monopolio estatal, en contra del derecho ciudadano al acceso a la justicia.

Como se aprecia, la participación del querellante es parte del derecho a la tutela judicial efectiva, conocida también como derecho a la jurisdicción, debido a que es un precepto constitucional que reconoce y protege el conjunto de derechos fundamentales, formulados como garantías procesales que tienden a que toda persona pueda acudir a la jurisdicción como instancia decisiva para la defensa y satisfacción de sus derechos e intereses legítimos.

Esta garantía de la tutela judicial no puede ser interpretada en forma aislada, pues se encuentra relacionada con otros derechos y garantías constitucionales, como el derecho de acceso a los tribunales, el derecho de petición, el derecho a ser tratados como inocentes, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y otros, por lo que debe ser interpretado y aplicado en sentido global, a partir de que si se hace únicamente en un aspecto pierde el sentido jurídico que debe dársele.

4.3. El derecho del afectado

El derecho del afectado está incorporado de algún modo en el bien jurídicamente protegido por la norma penal, razón por la que reconoce que es también un derecho del ofendido obtener la aplicación de la pena prevista en la ley para el caso de vulneración de aquél bien jurídico abstracto, derecho que se le reconoce sólo a él por su condición de tal; es decir, por haber sido lesionado en su interés o en su derecho concreto y no a cualquier persona, lo que sería un caso de acción popular en donde el ciudadano representa el interés general, no su propio derecho.

“No puede dejar de señalarse como la jurisprudencia supranacional de la región avanza luego extraordinariamente sobre estos conceptos al afirmar categóricamente que, cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice seriamente con los medios a su alcance a fin de identificar a los responsables y de imponerles las sanciones pertinentes. A este derecho se lo deriva del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.²⁸

Es preciso aceptar que en los sistemas que autorizan el acceso a la jurisdicción de la víctima de un delito, es porque este sistema lo tiene como un derecho fundamental del ciudadano, lo cual cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal o cuando expresan que en los sistemas en los que la víctima tiene el

²⁸ *Ibidem*. Pág. 129.



derecho de presentar cargos en una acción penal, tiene el derecho fundamental de acudir a los tribunales, o cuando en otros casos condicionan este derecho al previo reconocimiento por la ley procesal de la atribución de impulsar el proceso penal y llevarlo adelante.

4.4. Análisis y propuesta de solución a la problemática

Los efectos jurídicos que ocasiona la vulneración al derecho de tutela judicial efectiva de la víctima al aplicar el criterio de oportunidad reglado a adolescentes procesados por delitos graves, son la promoción de la impunidad entre los menores a partir de que constitucionalmente son inimputables, a pesar de tener claridad sobre que sus actos son delitos debidamente tipificados en el Código Penal, por lo que se las víctimas no reciben la tutela judicial efectiva y el Estado fomenta la impunidad de los delitos de alto impacto.

Ante la constante participación de adolescentes en delitos graves, el Estado guatemalteco a partir de los principios de inimputabilidad y de protección del menor de edad ha optado por llevar a cabo una política criminal hacia los menores de edad en donde se prioriza el criterio de oportunidad sobre la aplicación de penas privativas de la libertad.

Esta práctica del Estado guatemalteco en materia penal, ha determinado el incremento de acciones delictivas donde menores de edad son sujetos activos de las mismas, teniendo en cuenta que al saber que son inimputables y se les impondrá una medida sustitutiva pueden seguir delinquirando tranquilamente, lo cual ha fomentado la violación



al derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva, por lo que se propone que los tribunales de justicia juvenil lleven a cabo la ponderación constitucional para aplicar la ley en función de priorizar la tutela judicial efectiva, en los casos en donde se demuestre la participación activa de los adolescentes en delitos graves.



CONCLUSION DISCURSIVA

La tutela judicial efectiva es un elemento esencial para la afirmación de un Estado de derecho, de tal manera que esta prerrogativa no se hace efectiva sin que se de la protección de los derechos e intereses legítimos de las personas; vale decir que este derecho no se garantiza con el simple hecho de acceder a un juez o tribunal imparcial, por el contrario, se trata de un derecho fundamental de configuración legal y fundamental, porque tiene un contenido constitucionalmente declarado.

Por lo que se propone que los tribunales de justicia juvenil lleven a cabo la ponderación constitucional para aplicar la ley en función de priorizar la tutela judicial efectiva, en los casos en donde se demuestre fehacientemente la participación activa de los adolescentes en delitos graves, en el sentido de que el criterio de oportunidad solo debe aplicarse cuando los delitos son de mínima incidencia social, el sindicado ha cometido un delito de este tipo por primera vez y que también resulte afectado por la realización del ilícito, pero que en ningún caso se aplique en los delitos de alto impacto para evitar la impunidad de las conductas delictivas.



BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, NICETO y Ricardo LEVENE. **Derecho procesal penal**. Argentina: Ed Cono Sur, 1945.

ALMAGRO NOSETE, Estuardo. **Sistema de garantías procesales**. Ed. Dijusa, Madrid, 2008.

BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Ed. Hammurabi R.L. Argentina. 1989.

BARRIENTOS PELLECCER, César. **Derecho procesal penal guatemalteco**. Ed. Magna Terra Editores. Guatemala 1995.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Argentina Ed. Heliasta, 1976.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y Juan Francisco DE MATA VELA. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Magna Terra, 2013.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángel. **El derecho a la tutela judicial efectiva**. España: Ed. Tecnos, 1990.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela judicial efectiva**. España: Ed. Civitas, 2001.

Ministerio Público. **Manual del Fiscal**. Guatemala: Ed. Ministerio Público, 2010.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta, 2009.

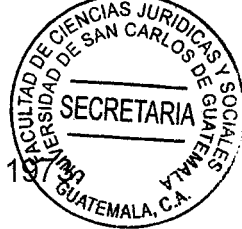
PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomos IV, Volumen I España: Ed Ediciones Nauta S.A., 2008.

TORRES DEL MORAL, Juan. **Derecho a la tutela judicial efectiva**. Ed. Colex, Madrid, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Argentina: Ed. Ediar, 1990.

Legislación

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



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

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