

**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 shield with a figure, possibly a saint or a historical figure, holding a staff. Above the shield is a crown. The shield is flanked by two figures, possibly angels or saints, holding a banner. The entire emblem is surrounded by a circular border containing Latin text. The text at the top reads "UNIVERSITAS CAROLINA ACQUILITANA" and at the bottom "SACRIS LITTERIS CONDITA SIBI CONSPICUA".

**LA MEDIACIÓN PROCESAL Y SU APLICABILIDAD A TRAVÉS DEL CRITERIO DE  
OPORTUNIDAD EN DELITOS PATRIMONIALES**

**MILDRED YADIRA SANDOVAL OCHOA**

**GUATEMALA, JUNIO DE 2019**

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

**LA MEDIACIÓN PROCESAL Y SU APLICABILIDAD A TRAVÉS DEL CRITERIO DE  
OPORTUNIDAD EN DELITOS PATRIMONIALES**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**MILDRED YADIRA SANDOVAL OCHOA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, junio de 2019

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

**DECANO:** Lic. Gustavo Bonilla

**VOCAL I:** Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

**VOCAL II:** Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

**VOCAL III:** Lic. Juan José Bolaños Mejía

**VOCAL IV:** Br. Denis Ernesto Velásquez González

**VOCAL V:** Br. Abidán Carías Palencia

**SECRETARIO:** Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Licda. Sandra Elizabeth Girón Mejía

Vocal: Lic. Wilian Armando Vanegas Urvina

Secretario: Lic. Henry Ostilio Hernández Gálvez

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez

Vocal: Lic. David Sentés Luna

Secretario: Lic. Héctor Rene Granado Figueroa

**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 del Examen General Público).

UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12  
Guatemala, C. A.



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, nueve de febrero del año dos mil nueve.

**ASUNTO:** MILDRED YADIRA SANDOVAL OCHOA, CARNÉ NO. 199917633. Solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 1213-08.

**TEMA:** "LA MEDIACIÓN PROCESAL Y SU APLICABILIDAD A TRAVÉS DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN DELITOS PATRIMONIALES".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina de que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor (a) de tesis al (a la) Licenciado (a) Carlos Leonel Robles Pérez, Abogado (a) y Notario (a), colegiado (a) No. 5,597.

  
**LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS**

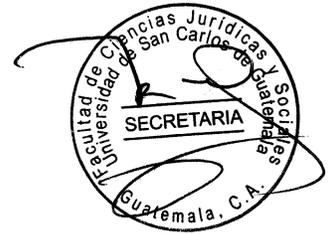


Adjunto: Nombramiento de Asesor  
c.c. Unidad de Tesis  
CMCM/nmmr.

**Lic. Carlos Leonel Robles Pérez.**

Lote No. 100 Colonia Kanajuyu Zona 16

Tel. 5306-5916



Guatemala 13 de Abril de 2010

Lic. Marco Tulio Castillo Lutin  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Presente.



Licenciado Castro Monroy:

Cumpliendo con la resolución dictada por esa Unidad de Asesoría de Tesis, procedí a Asesorar el trabajo de tesis de la Bachiller MILDRED YADIRA SANDOVAL OCHOA, titulado "LA MEDIACION PROCESAL Y SU APLICABILIDAD A TRAVES DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN DELITOS PATRIMONIALES", y luego de haber sido debidamente analizado, tanto su estructura como su contenido, al respecto me permito;

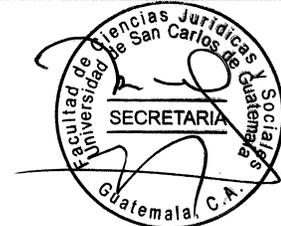
**OPINAR:**

- Que la investigación realizada por la Bachiller MILDRED YADIRA SANDOVAL OCHOA, ha sido discutida y conforme las sugerencias resultantes de su estudio y análisis; contiene desde mi particular punto de vista un contenido científico aplicable, el cual incluye las técnicas de observación, reglas para el razonamiento y la predicción, así como las ideas sobre la experimentación planificada y los modos de comunicar los resultados experimentales y teóricos toda vez que se han utilizado para su desarrollo, tanto la metodología, como las formas demostrativas y variantes del mismo extraídos de una bibliografía adecuada, de la cual se ha realizado las consultas y citas correspondientes.
- Desde su proyecto inicial la presente investigación ha cumplido con los lineamientos trazados y la Bachiller MILDRED YADIRA SANDOVAL OCHOA, ha demostrado su capacidad investigativa, logrando complementar los métodos utilizados, con las técnicas de investigación adecuadas, que han redundado en permitir un perfecto ajuste entre métodos y técnicas utilizadas.

**Lic. Carlos Leonel Robles Pérez.**

Lote No. 100 Colonia Kanajuyu Zona 16

Tel. 5306-5916



- En cuanto a la redacción del presente trabajo, es prudente decir que se ha observado las técnicas gramaticales, con lo cual se ha logrado brindar definiciones, análisis, analogías, formas comparativas y estudio de causa y efecto, para lograr con ello, una presentación acorde al tecnicismo gramatical.

Por lo antes expuesto y derivado del nombramiento relacionado a usted presento el siguiente:

**DICTAMEN:**

- El presente trabajo investigativo constituye un aporte científico para el desempeño de la normativa jurídica y en general para que el planteamiento realizado pueda ser considerado como beneficio para el sistema y como tal puesto en práctica en el desarrollo de la aplicación del Proceso Penal guatemalteco, a la vez que contiene conclusiones que congruentemente se ajustan al contenido de su trabajo, por lo que considero que reúne en general los requisitos establecidos en **Artículo número 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público.**
- Que es procedente continuar con el trámite del presente trabajo, por considerar que el mismo reúne los requisitos establecidos en el Normativo de Elaboración de Tesis de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, previo a optar a los títulos profesionales de Abogada Notaria.

Sin más en particular, me suscribo de usted, atentamente.

Lic. Carlos Leonel Robles Pérez.

Abogado y Notario

Asesor de Tesis

Colegiado Número 5597

*Licenciado*  
*Carlos Leonel Robles Pérez*  
*Abogado y Notario*



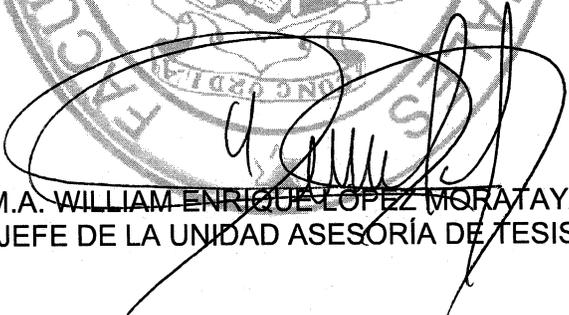
**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
 Guatemala, 15 de junio de 2016.

Atentamente, pase a la LICENCIADA MARIELA DEL ROSARIO HERNÁNDEZ FUENTES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante MILDRED YADIRA SANDOVAL OCHOA, intitulado: "LA MEDIACIÓN PROCESAL Y SU APLICABILIDAD A TRAVÉS DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN DELITOS PATRIMONIALES".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultada para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

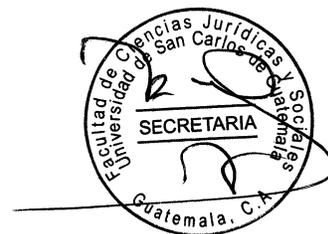
  
 M.A. WILLIAM ENRIQUE LÓPEZ MORATAYA  
 JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis  
 WELM/darao.



**Licda. MARIELA DEL ROSARIO HERNÁNDEZ FUENTES.**  
**BUFETE JURÍDICO**  
**12 calle 10-17 zona 1, Guatemala**  
**Tels. 57179578**



Guatemala, 14 agosto de 2018

Licenciado: Licenciado Roberto Fredy Orellana Martínez.  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Por este medio me dirijo a usted muy atentamente y en atención al nombramiento de Revisor de Tesis de fecha quince de junio de dos mil dieciséis, de la bachiller **MILDRED YADIRA SANDOVAL OCHOA**, intitulado **“LA MEDIACIÓN PROCESAL Y SU APLICABILIDAD A TRAVES DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN DELITOS PATRIMONIALES”** informo, que dicha tesis, cumple con todos los requisitos y formalidades que establece el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Y para el efecto hago constar los siguientes aspectos:

La metodología observada y técnicas de investigación utilizadas, son las siguientes: La síntesis que integra el objeto de la investigación; dando congruencia al informe final, de acuerdo a la doctrina y a la legislación vigente en Guatemala. El análisis fue indispensable para estudiar los temas de investigación. En cuanto a la técnica de investigación de tesis, la bachiller utilizo fichas bibliográficas que recopilan fuentes de investigación doctrinal y de legislación las cuales se reflejan en la bibliografía en el informe final.

En mi opinión sobre la redacción utilizada en dicho trabajo de investigación por la bachiller, es un trabajo aceptable y acorde a lo establecido en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y la Real Academia de la Lengua Española.

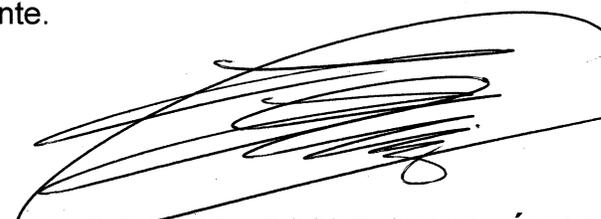


El contenido científico y técnico de este trabajo de tesis, es de importancia ya que se concretizan análisis y razonamientos jurídicos adecuados con la temática propuesta. La técnica de recopilación de datos son coincidentes con lo escrito en forma lógica deductiva.

A la bachiller en mención se le brindo la asesoría adecuada al tipo de trabajo de esta naturaleza, el contenido de la misma comprende un primer capítulo sobre La Política Criminal, el segundo se refiere a la evolución histórica de los medios de resolución de conflictos, el tercero trata sobre la Mediación penal una solución alternativa, y el cuarto la mediación procesal, y el último capítulo aborda el tema la mediación procesal y su aplicabilidad a través del criterio de oportunidad en delitos patrimoniales. Enfoque acorde a la doctrina e inspiración del ordenamiento jurídico actual.

La bibliografía utilizada por la sustentante es puntual y enfocada de acuerdo a los objetivos planteados. Arriba como corolario a las conclusiones y recomendaciones correspondientes. En consecuencia al llenar dicho trabajo los requisitos mínimos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales se emite dictamen favorable debiendo continuar con el trámite correspondiente.

Deferentemente.

  
*Licenciada  
Mariela Del Rosario Hernández Fuentes  
Abogada y Notaria*  
**Licda. MARIELA DEL ROSARIO HERNÁNDEZ FUENTES.  
ABOGADA Y NOTARIA**



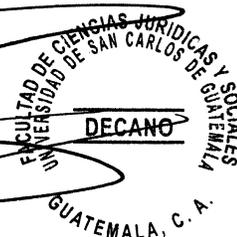
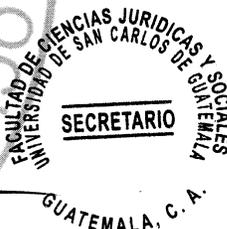
**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 06 de marzo de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MILDRED YADIRA SANDOVAL OCHOA, titulado LA MEDIACIÓN PROCESAL Y SU APLICABILIDAD A TRAVÉS DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN DELITOS PATRIMONIALES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Nuestro Señor, por permitir este momento en mi vida y bendecir mi camino en todo momento para llegar a compartir una meta tan especial con mis seres queridos.
- A MIS PADRES:** Enrique Sandoval y Lidia Ochoa de Sandoval, por el apoyo y consejos brindados en toda mi vida y durante la lucha para culminar este momento especial.
- A MIS HERMANOS:** Walter, Wilfred y Brenda Sandoval Ochoa por su amor, cariño y ser parte de mi vida.
- A MI ESPOSO E HIJA:** Elmer Alexander García Caal, Sofía Yadira García Sandoval por llenar de amor, alegría mi vida y llegar en el momento justo de ésta etapa.
- A MIS AMIGOS:** El agradecimiento por su amistad y el apoyo en la culminación de mi carrera.
- A:** La Universidad San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, gracias por la oportunidad y enseñanza que me brindo de realizar mis estudios superiores.
- A USTED:** Gracias por acompañarme en este preciado momento.



## ÍNDICE

**Pág.**

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

### CAPÍTULO I

|  |    |
|--|----|
| 1. La política criminal .....                          | 1  |
| 1.1. Elementos básicos de la política criminal .....   | 1  |
| 1.1.1. Poder y asistencia penal .....                  | 2  |
| 1.1.2. Política criminal .....                         | 3  |
| 1.2. El conflicto como enfoque político criminal ..... | 5  |
| 1.2.1. Fenómeno y conflicto .....                      | 6  |
| 1.2.2. Fenómeno criminal .....                         | 7  |
| 1.2.3. El conflicto .....                              | 9  |
| 1.2.4. Delito y conflicto .....                        | 10 |
| 1.2.5. El conflicto penal y su respuesta estatal ..... | 12 |

### CAPÍTULO II

|  |    |
|--|----|
| 2. Evolución histórica de los medios de resolución de conflictos .....       | 15 |
| 2.1. Formas de terminación de los conflictos .....                           | 16 |
| 2.2. Evolución histórica .....   | 18 |
| 2.3. Definición de los medios alternativos de resolución de conflictos ..... | 20 |



|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 2.4. La negociación.....        | 21 |
| 2.5. La mediación.....          | 22 |
| 2.6. La conciliación.....       | 25 |
| 2.7. El arbitraje.....          | 29 |
| 2.8. La evaluación neutral..... | 32 |

### CAPÍTULO III

|  |    |
|--|----|
| 3. Mediación penal una solución alternativa.....                     | 41 |
| 3.1 La pena y su dilema.....   | 42 |
| 3.2. El conflicto y su falta de resolución.....                      | 44 |
| 3.3 Crisis del sistema y sus soluciones mágicas.....                 | 45 |
| 3.4 La forma más natural de entender el dialogo.....                 | 46 |
| 3.5 Historia.....  | 48 |
| 3.6. Mediación.....  | 49 |
| 3.6.1. Víctima, mediación y legalidad.....                           | 51 |
| 3.7 La mediación penal y los principios procesales.....              | 53 |
| 3.8. El procedimiento de conciliación.....                           | 57 |
| 3.9. Definición e importancia del procedimiento de conciliación..... | 59 |
| 3.10. Procedencia del procedimiento de conciliación.....             | 60 |
| 3.11. Sujetos del procedimiento de conciliación.....                 | 62 |
| 3.12. Ventajas del procedimiento conciliatorio.....                  | 64 |

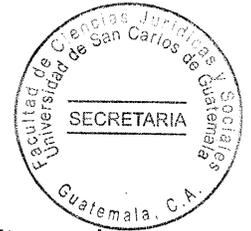


## CAPÍTULO IV

**Pág.**

|  |           |
|--|-----------|
| 4. La mediación procesal y su aplicabilidad a través del criterio de oportunidad en delitos patrimoniales..... | 67        |
| 4.1. Aspectos generales de la mediación procesal.....  | 67        |
| 4.2. Diferencias entre la mediación y otros métodos.....   | 71        |
| 4.3. Principio de oportunidad y legalidad.....   | 73        |
| 4.4. Ventajas de la mediación penal para la víctima .....  | 80        |
| 4.5. Ventajas de la mediación penal para los victimarios .....   | 82        |
| 4.6. Ventajas de la mediación penal para la comunidad .....  | 83        |
| 4.7. Ventajas para el sistema judicial .....   | 84        |
| 4.8. Limitaciones de la mediación víctima-victimario.....  | 86        |
| <b>CONCLUSIONES.....</b>   | <b>89</b> |
| <b>RECOMENDACIONES .....</b>   | <b>91</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>   | <b>93</b> |

## INTRODUCCIÓN



En la actualidad se hace necesario dentro del proceso penal guatemalteco, la utilización de mecanismos que permitan imponer una pena en la cual permita resarcir el daño de los bienes tutelado y llegar conciliaciones mediante la mediación procesal con el agraviado sin que esto sea resultado de un procedimiento necesariamente punitivo.

Se debe considerar que la figura del criterio de oportunidad permite a la administración de justicia aplicar la ley en otra medida no tan grave económicamente para el Estado permitiendo resolver el conflicto y desjudicializar el proceso, por la utilidad de la misma, se debe considerar su aplicación en delitos en donde los bienes jurídicos tutelados puedan resarcirse, como los son los delitos patrimoniales y en especial los que tienen una pena menor a los cinco años de prisión, contemplados en el Código Penal guatemalteco.

Es entonces fundamental analizar la importancia de la mediación procesal, al aplicar una medida desjudicializadora en delitos patrimoniales, delitos que no contemplan esta opción y que en buena parte podría ayudar a impartir justicia al Estado, de formas mucho más viables que las actuales;

La determinación de la utilización de la mediación procesal dentro del proceso penal, específicamente en el criterio de oportunidad es importante, pues se tendría que tomar en cuenta el resultado de la investigación que realiza el Ministerio Público, ya que al ser viable desjudicializar no será necesario que los operadores de justicia, orienten demasiados recursos, que son siempre escasos en la administración de justicia, hacia procesos que son considerados de alto impacto social; es imprescindible al mismo tiempo realizar una evaluación del actual sistema penal en donde se deja fuera del ámbito de aplicación del criterio de oportunidad delitos que califican perfectamente para un resarcimiento del daño eficiente, lo que resultaría en una pena eficaz y que respondería especialmente a sus fines sin necesariamente tener que llegar a una pena de prisión.



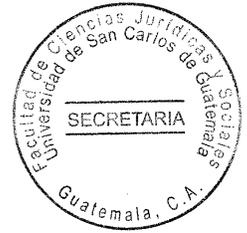
La hipótesis planteada en la investigación fue en lo relativo a que la mediación procesal aplicada al criterio de oportunidad en delitos patrimoniales con una pena mayor a los cinco años es un mecanismo desjudicializador eficaz que se basa en la efectividad de este tipo de desjudicialización, haciendo posible el planteamiento en donde pueda resarcirse el daño y exista consentimiento del agraviado, y que presente circunstancias especiales para su implementación.

El objetivo general planteado fue demarcar obstáculos que no permiten desarrollar una política de aplicación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, así como analizar la aplicación de mecanismos desjudicializadores como la mediación procesal dentro del sistema penal.

El estudio se encuentra dividido de la manera siguiente, capítulo uno, la política criminal, con los elementos básicos y el conflicto como enfoque político criminal; en el capítulo dos, se señala, la evolución histórica de los medios de resolución de conflictos, con las formas, algunas definiciones, la negociación, la mediación, conciliación, arbitraje y la evaluación neutral; en el capítulo tres, se hace mención a la mediación penal una solución alternativa, con la pena y su dilema, el conflicto, la crisis del sistema y sus soluciones mágicas, historia, la mediación, la conciliación; en el capítulo cuatro se presenta, la mediación procesal y su aplicabilidad a través del criterio de oportunidad en delitos patrimoniales.

Los métodos de investigación utilizados fueron el analítico, el consistió en descomponer el todo en sus elementos o partes para estudiar cada una de ellas por separado con la finalidad de determinar el fenómeno; el sintético, este permitió integrar las diversas partes en un todo significativo; el inductivo, a través de este se obtuvieron propiedades generales; el deductivo, sirvió para analizar en general la problemática que surge de la falta de positividad en las leyes penales. Dentro de las técnicas empleadas, se encuentran la bibliográfica, y la del fichaje.

## CAPÍTULO I



### 1. La política criminal

Cuando se hace énfasis a la política criminal, se debe tener presente que esta es considerada como el estudio de aquel conjunto de medidas empleadas por los órganos estatales, para hacer frente a la criminalidad que afecta a una sociedad en su conjunto, con la finalidad de plantear soluciones que sean acordes y efectivas en la disminución de los niveles de delincuencia, siempre y cuando se respete el estado de derecho de las personas.

#### 1.1. Elementos básicos de la política criminal

En lo que respecta a los elementos en mención, se debe tomar en cuenta que este tipo de políticas tienden a basarse principalmente, como: "Un sector de las políticas que se desarrollan en una sociedad, predominantemente desde el Estado, que constituyen un conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos."<sup>1</sup>

De lo antes señalado, se debe considerar como una influencia sobre determinado sector de la realidad reevaluando sus elementos, que en contexto aborda como el conflicto con la ley penal y el Estado como ente soberano y administrador del poder público.

---

<sup>1</sup> Binder, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Pág. 42.



### 1.1.1. Poder y asistencia penal

Interesante señalar antes del tema objeto de análisis lo relativo al proceso penal de la manera siguiente: “El modo legalmente regulado de realización de justicia, que se compone de actos que se caracterizan por su tendencia hacia la sentencia y su ejecución definitiva, como concreción de la finalidad perseguida que es la de realizar el derecho penal material.”<sup>2</sup>

Como forma de concreción del poder coercitivo del Estado que a través de los órganos de justicia hace práctica la política criminal que se basa principalmente en los distintos procedimientos regulados en una normativa específica, para el caso de Guatemala el Código Procesal Penal, el cual debe seguirse a cabalidad.

Asimismo, se hace mención a lo siguiente: “Como un sector de políticas, que se desarrollan en la sociedad y que predominan desde el Estado, constituyendo un conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio del ius puniendi, hacia determinados objetivos, es una influencia sobre determinado sector de la realidad, reevaluando sus elementos que en contexto aborda como el conflicto con la ley penal, el Estado como ente soberano y administrador del poder público con sus repercusiones sociales en la violencia como último elemento, es decir, que el conflicto se enmarca como componente social, dentro de ésta se identifica al Estado, al que se le delega el poder de regular la conflictividad y violencia social, este poder implicar imponer (poder público

---

<sup>2</sup> Moras Mom, Jorge. **Manual de derecho procesal penal**. Pág. 29.



coercitivo) a través de la fuerza (violencia) sus decisiones que es donde se define el fenómeno criminal y sus respuestas en conclusión, cuál será la política criminal del Estado.”<sup>3</sup>

### 1.1.2. Política criminal

La política criminal orienta o determina los criterios de enjuiciamiento penal, en función de los objetivos sociales que se persiga alcanzar con el uso del poder coercitivo del Estado, ésta se encuentra en el sentido estricto del concepto de seguridad pública, su importancia se basa en ser la guía para el diseño de las estrategias y acciones que se plasman en programas concretos para solucionar la demanda de seguridad en su vertiente estricta.

Política criminal, es una de aquellas expresiones en derecho penal que tiene tantos significados, en lo que respecta a su origen en la palabra política en la medida en que ella: “Es extraordinariamente amplia y abarca cualquier género de actividad directiva autónoma, ahí surgen capacidad de funcionalidad legitimante y configurativa. Entre más vaga sea una palabra en el sistema penal, entendiendo por sistema la unidad de diversos conocimientos bajo una idea o simplemente una serie de ideas sobre un determinado objeto, será más funcional en la tarea configuradora, emprendida por el poder punitivo, del sistema penal.”<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Binder. **Op. Cit.** Pág. 45.

<sup>4</sup> Gonzales Gúill, Julio Alexander. **La acusación alternativa una manifestación de la política criminal del Estado y la doble persecución penal en su aplicación.** Pág. 21.



La política criminal es una especie de la política de justicia, la cual, es un área de estudio de la ciencia política o, lo que es lo mismo, la política criminal es un fenómeno que está articulado al campo más amplio de las políticas o de la política general.

Los hechos delictivos, su combate, difusión y vivencia, han hecho que el tema de seguridad pública hoy en día, tenga uno de los primeros lugares en la agenda de gobierno. Es en ese sentido, que se hace necesario el diseño de programas, acciones y estrategias para lograr dar seguridad a la sociedad, se menciona la falta de una política criminal seria, que permita alcanzar el anhelado triunfo para la comunidad, de sentirse seguros en el resguardo de las personas y sus bienes.

Sin embargo, el concepto de la seguridad pública se ha visto reducido a la simple lucha del bien contra el mal, policías contra ladrones y bajo esta concepción, la política criminal se entiende sólo como el aumento de penas, incremento de policías, más operativos, estigmatización de ciertos sectores sociales, todo con el único fin de reducir el índice de denuncias.

Con el objeto de poder hablar de política criminal es necesario, primero, ubicarla en un concepto real de seguridad pública, ya que sólo así se puede entender el rol que juega en esta búsqueda de seguridad, no hacerlo, permite dar continuidad a lo que hasta ahora, ha mostrado su ineficacia y por ende mucho más desconfianza para la sociedad guatemalteca, en cuanto al respeto en las entidades a cargo de brindar de cierta forma seguridad a la sociedad en su conjunto.



Es en tal escenario, donde la búsqueda del castigo y de la prevención de los fenómenos antisociales encuentra su razón de ser y por tal, concentra el término seguridad pública en el ideal de la política criminal con sentido represivo, lo principal es el resguardo del Estado; ya que él, es el que puede contener los efectos de los hechos delictivos y en esos términos, dar protección (seguridad) a la sociedad. En esta escena es donde la seguridad pública se comprime a policías y cárceles, el sentido de venganza social se agudiza y el reclamo al Estado de los satisfactores sociales se pierde en la penumbra de la lucha contra la delincuencia.

El carácter preventivo, administración de riesgo, surge de la consideración del verdadero sentido del derecho penal; su simbolismo, que precisamente dota de contenido a principios rectores de la materia punitiva como ultima ratio, subsidiariedad y de la consideración de las consecuencias, entre otros. Esto es relevante, porque define y ubica al derecho punitivo en su contexto real, dejando a la prevención como el elemento inicial para resolver los conflictos sociales, hecho que permite vincular al sentido estricto de la seguridad pública con el amplio; esto es, la interrelación entre políticas sociales y criminales, para dar seguridad a los gobernados.

## **1.2. El conflicto como enfoque político criminal**

Como se indicó anteriormente, lo que se busca es determinar las distintas formas o mecanismos que se han planteado para minimizar la delincuencia en el país, sin embargo, se debe tomar en cuenta que existen conflictos desde el punto de vista



económico, social, como institucional, razón por la cual se considera de importancia hacer mención a algunos aspectos de interés.

### 1.2.1. Fenómeno y conflicto

El fenómeno y el conflicto con la sociedad son aspectos con sus repercusiones sociales en la violencia, como último elemento, es decir en otras palabras que el conflicto se enmarca como componente social donde se identifica al Estado, al que se le delega el poder de regular la conflictividad y violencia social, este poder implica imponer (poder público coercitivo) a través de la fuerza (violencia) sus decisiones que es donde se define el fenómeno criminal y sus respuestas en conclusión, cuál será la política criminal del Estado.

Con respecto al procedimiento común se hace referencia a lo siguiente: “Comienza por enfrentarse a un hecho social, a un conflicto, del que se sabe muy poco. Sin embargo, por alguna vía, las autoridades a quienes el Estado ha confiado la investigación de los delitos deben averiguar, en primer lugar, si ese hecho conflictivo ha existido en realidad.”<sup>5</sup>

Derivado de lo anterior, es importante señalar el procedimiento común se divide en cinco etapas, siendo estas, la etapa preparatoria, la intermedia, la de juicio oral y público, la de impugnaciones y la de ejecución.

---

<sup>5</sup> Binder. *Op. Cit.* Pág. 21.



### **1.2.2. Fenómeno criminal**

El rigor penal excesivo del sistema penal tiene carácter criminológico, es decir, contribuye a la generación y reproducción de la criminalidad. A este último respecto cabe observar que mediante los mecanismos de las detenciones policiales, la inmensa mayoría de las cuales afecta a sospechosos, muchas veces primerizos, de infracciones sin mayor relevancia, como ebriedad y consumo de drogas; de la prisión preventiva, que se aplica en la práctica como la regla general a los procesados a los que, por otra parte, se presume inocentes; y el abuso de la pena de cárcel, prevista para toda clase de delitos y de autores, sin consideración a la gravedad de las infracciones y a las necesidades y características de los condenados.

Es el propio funcionamiento del sistema el que contribuye a estigmatizar a los imputados de delitos como delincuentes y al ponerlos en contacto muchas veces innecesariamente con los establecimientos de detención y prisión, con el consiguiente riesgo de la desocialización y del contagio criminal, a que un porcentaje de estas personas alcanzadas por el sistema penal ingresen a la carrera criminal o refuercen su decisión de mantenerse en la misma.

Los delitos afectan algunos de los más importantes derechos de las personas, cuya protección constituye un deber del Estado impuesto tanto por la Constitución Política de la República de Guatemala, como por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en el país. De ahí que surja a la vez el deber del Estado de

desarrollar una política criminal eficaz, dirigida a la prevención y sanción de la criminalidad.



Debe tenerse presente en primer lugar que el sistema penal es sólo uno de los instrumentos, de última ratio, de que disponen el Estado y la sociedad para enfrentar el fenómeno de la criminalidad. Un instrumento que, por lo demás, llega demasiado tarde, por lo que el énfasis debe estar puesto en el diseño e implementación de políticas públicas de carácter preventivo relacionadas con las variadas áreas del quehacer social (económicas, educacionales y capacitación, familiares, urbanas, de recreación, entre otras), que tienen incidencia en el fenómeno de la delincuencia.

En lo que respecta al sistema penal, debe tenerse claridad sobre sus posibilidades y limitaciones, con el fin de utilizarlo adecuadamente y no hacerse falsas expectativas a su respecto. En este sentido hay que destacar que el objetivo del sistema penal no es la erradicación o supresión de la delincuencia, sino que uno más modesto, su disminución, o cuando menos, su control y de esta manera contribuir en la seguridad hacia la población.

El delito es un fenómeno inevitable como la enfermedad y la muerte, consecuencia como es de la imperfección de la sociedad y del ser humano. La sociedad debe, por tanto, acostumbrarse a vivir con una dosis inevitable de criminalidad, sin perjuicio, por cierto, de hacer los máximos esfuerzos, compatibles con las garantías penales propias de un estado de derecho, para disminuirla en la medida de lo posible.

Cabe observar a este respecto que la única doctrina que ha planteado como meta la supresión de la delincuencia es el marxismo ortodoxo, por cuanto, de acuerdo con dicha posición, la ideal conformación de las relaciones sociales que se alcanzaría con el comunismo haría desaparecer las contradicciones que originan la delincuencia.



### 1.2.3. El conflicto

Como lo regula el Artículo 332 bis del Código Procesal Penal guatemalteco, el escrito de acusación debe contener los datos que sirvan para realizar la identificación o individualización del imputado, el nombre del defensor así como el lugar para notificarles; la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible atribuido al acusado junto con su calificación jurídica.

Los fundamentos resumidos a la imputación, expresando los medios de investigación realizados y que ayuden a determinar la participación del imputado en el delito, así como su responsabilidad; la calificación jurídica del hecho punible, razonándose el delito de cada uno de los imputados, su participación, grado de ejecución y la existencia de circunstancias que modifiquen la responsabilidad penal, así mismo indicará cual será el tribunal competente para la realización del juicio claro.

Para el efecto, en un análisis del sistema oral se indica, que: "Se tiende a lograr, dentro de la actividad procesal, que se desarrolle con la menor economía del trabajo, de energía y de costo o sea, la obtención del mayor resultado con el mínimo esfuerzo,

para posibilitar simplificando el procedimiento, la más rápida decisión final, o de las cuestiones que eventualmente deben verse en el curso, lo esencial es que el proceso asegure la celeridad.”<sup>6</sup>, desarrollando así la imputación del conflicto en el proceso penal.



Si se analiza, la situación actual de la sociedad guatemalteca, lejos de paz, ha obtenido innumerables repercusiones sociales por el solo hecho de su convivencia, el conflicto no se limita con la firma de acuerdos, contrario a esto, se desarrollan nuevas formas en las que se manifiesta, ya que el conflicto, como se apuntaba anteriormente, es parte integral de la sociedad, es inconcebible una sociedad alejada de éste, ya que es parte de su crecimiento, la sociedad se estancaría.

El conflicto es una forma de desarrollo, no obstante, juntamente a él, deben establecerse formas de control que permitan resolverlo, implementado políticas de intervención y con fundamentos prácticos, que delimiten su raíz y los métodos necesarios para su resolución.

#### **1.2.4. Delito y conflicto**

Haciendo uso de una analogía, el derecho penal, tal como se entiende, podría asimilarse a la medicina clínica, pero fue necesario abandonar esa hipótesis inicial, y reconocer que: “Es un conjunto de prescripciones políticas, decisiones económicas,

---

<sup>6</sup> Rubbianes. **Ob. Cit.** Pág. 141.



reglamentos institucionales, modelos de enseñanza, como un conjunto de descripciones; que en todo caso éste no podía abstraerse de aquéllos, y que la enunciación descriptiva no era más que una de las formulaciones presentes en el gran discurso clínico del delito y del conflicto.”<sup>7</sup>

Contrariamente a lo que pareciera ser el sentir generalizado de la población, lo que corroboraría una vez más que en materias penales no se cumple el adagio de que la voz del pueblo es la voz de Dios, el exceso de rigor penal no es un mecanismo eficaz en la lucha en contra de la delincuencia. Investigaciones criminológicas realizadas en diferentes países muestran que no existe correspondencia entre, por una parte, los grados de represión de los sistemas penales, y, por la otra, las tasas de criminalidad.

No es efectivo que el aumento de la represión produzca el efecto de disminuir la delincuencia. Otros países desarrollados socioeconómica y culturalmente que cuentan con distintos sistemas penales, unos más severos, otros más liberales, ostentan similares niveles de delincuencia.

Ello se explica porque el delito es la expresión aguda de conflictos personales y sociales complejos y el sistema penal, atendidas sus limitaciones, sólo capta una parte del conflicto penal, sin alcanzar el trasfondo social y personal, de tan variada naturaleza, que ha incidido en la comisión del ilícito penal. A esto debe añadirse, como lo saben desde hace mucho tiempo los criminólogos, y debieran tenerlo en cuenta los

---

<sup>7</sup> Faucault, Michel. **Vigilar y castigar**. Pág. 58.



responsables de la política criminal, que el delincuente a lo que verdaderamente teme no es tanto a la pena (de la que espera escapar), sino a ser descubierto, esto es, a la eficacia del sistema penal.

El exceso de rigor penal no consigue el fin perseguido lo muestra el tratamiento penal que tienen tipos penales como el hurto y el robo en el país.

### **1.2.5. El conflicto penal y su respuesta estatal**

La principal convicción de política criminal del Estado guatemalteco, pareciera ser la irracional confianza en la eficacia en el rigor penal del Estado. Llama la atención, esta desvalorización sociocultural de la política criminal dentro del conjunto de las políticas públicas, debido que a pesar que existen leyes que protegen a la sociedad, pareciera que las mismas no son respetadas.

Mientras existen y han existido tradicionalmente, buenas o malas políticas públicas en las restantes áreas del quehacer político-económico y sociocultural, ello no ha ocurrido, curiosamente, con la política criminal. Ha habido y hay política económica, de salud, educacional, agraria, minera, laboral, internacional, etcétera, pero nunca se ha contado con una política criminal. A nadie se le ocurriría, por ejemplo, legislar e implementar medidas de todo orden de carácter económico que no partieran de presupuestos técnicos determinados y persiguieran el logro de ciertos objetivos en coherencia con dichos presupuestos.



El derecho penal se asume desde la perspectiva del conflicto en sí, en la cual los sujetos involucrados son, por un lado, el individuo convertido inicialmente en sospechoso, luego en imputado y acusado y eventualmente, condenado y por otro, los operadores del sistema penal en una acepción muy amplia: constituyentes, legisladores, policía judicial, fiscales, jueces y funcionarios de ejecución penal. La construcción como sujeto de todos los actores que participan en el sistema penal. Hay algunos cuya conformación ya debería haber sido estudiada, especialmente, en los cursos de constitucional: el ciudadano, el constituyente, el legislador, el funcionario público que es el policía judicial, el fiscal y el juez.

Hay un sujeto eventual en el proceso penal, que cada día adquiere más importancia y que requiere, debido a cierta ideología que podría hoy considerarse dominante, una atención especial, la víctima del delito.

En Guatemala, se quiere por algunos pretender reducir el conflicto a la víctima y el victimario, pero eso no debe hacer perder de vista que el conflicto ha enfrentado y sigue enfrentando básicamente al individuo y al Estado, éste último portador de una determinada moral, de un supuesto interés general o simplemente como el acto privilegiado en ciertas formas de dominación que se expresan en la utilización del derecho penal guatemalteco, para crear, conservar o restituir un orden.

La puesta en escena del acusado y la víctima no se hace bajo la perspectiva del positivismo, porque no se trata de aproximarse a ese sujeto con el objeto de mirar cuál



es su naturaleza, su carácter, las peculiaridades que lo harían diferente del resto de las personas, sino para apreciar detalladamente, cuáles son los mecanismos, institucionales y sociales, por los cuales se constituye como sospechoso, imputado, procesado, acusado y condenado.

Respecto de la víctima, se deberá observar, obviamente, los mecanismos de su creación o por lo menos de su reconocimiento. Hoy en día resulta particularmente importante este tema debido al cambio que parece ocurrir dentro de los sistemas penales, con la protección de intereses cada vez más difusos y universales. La víctima se ha potenciado en muchos aspectos.

El agraviado, cada vez tiene mayor incidencia en el proceso penal pero en algunos delitos, narcotráfico, delitos contra el medio ambiente, ciertas formas de terrorismo, corrupción, etcétera, el problema de la víctima se llena de discursos, se victimiza a la humanidad, la civilización a las futuras generaciones y aun no se han encontrado nuevas formas de disminuir brindar la seguridad al país.

El papel que desempeñan estos actores sociales no es posible comprenderlo si no tenemos en cuenta el contenido que los convoca a un escenario común, el hecho punible y la supuesta peligrosidad de algunos grupos de personas como los jóvenes, desempleados, desplazados, minorías políticas, sociales y étnicas, ciertas situaciones y ciertos lugares, como lo predica hoy en día la teoría de la prevención situacional y su correspondiente ideología de tolerancia cero.

## CAPÍTULO II



### 2. Evolución histórica de los medios de resolución de conflictos

Una de las funciones esenciales del Estado de derecho de cualquier país es garantizar la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, como lo establece la ley. Con esa finalidad, dentro del derecho público, se encuentra el derecho procesal, que debería establecer y aplicar los distintos mecanismos de resolución de conflictos, que aplican al caso concreto, la norma sustantiva correspondiente (derecho civil, penal, mercantil, laboral, etc.), para resolver la controversia jurídica de fondo planteada por las partes.

Para el efecto, se debe tomar en consideración, aspectos con respecto a los medios de resolución de conflictos como los siguientes: “La jurisdicción debería quedar reducida a la solución de controversias que no se puedan solucionar por otros mecanismos alternativos, por no ser materia de libre disposición, o cuando los sistemas autocompositivos han fracasado.”<sup>8</sup>

El aumento progresivo de litigios en los últimos años, ha agudizado el retraso jurisdiccional que se ha mencionado previamente, con procesos lentos y costosos para el Estado y las partes litigantes. Las reformas procesales en el ámbito jurisdiccional han aportado soluciones parciales para agilizar la jurisdicción, pero hace falta

---

<sup>8</sup> San Cristóbal Reales., Susana. **Sistemas alternativos de resolución de conflictos**. Pág. 52.



complementarlas con otros sistemas alternativos, que garanticen la convivencia social, absorbiendo gran parte de la litigiosidad, dejando esta como un último recurso en la aplicación de la ley.

## 2.1. Formas de terminación de los conflictos

En lo que respecta al tema objeto de análisis, se darán a conocer varias formas, siendo estas la autotutela, la autocomposición y la hetercomposición, de las cuales se hará mención a continuación para comprender cada una de ellas.

- Autotutela: En lo relativo a esta forma de terminar con el conflicto, se deben tomar en cuenta la acción directa de quien hace justicia por su propia mano, así como la solución al conflicto depende de quién es el depositario del mayor poder. Algunas formas de autotutela permitidos excepcionalmente son la defensa posesoria inmediata, que se lleva a cabo en materia civil y la legítima defensa en el ámbito penal.
- Autocomposición: en lo que respecta a estos mecanismos alternativos: “Descargan de trabajo a los tribunales, optimizando los recursos jurisdiccionales. Además, si fracasan, el litigio puede retomar la vía judicial o arbitral.”<sup>9</sup> Los sistemas autocompositivos se caracterizan porque son las propias partes contendientes las

---

<sup>9</sup> Torres Escámez, Salvador. **Pasado, presente y futuro de la mediación como sistema de solución de conflictos**. <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-30/1243-pasado-presente-y-futuro-de-la-mediacion-como-sistema-de-solucion-de-conflictos-0-34713324471109847>. (Consultado, 10 de agosto 2018).



que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo o transacción para resolver su conflicto. Consecuentemente, a través del consenso entre las partes se resuelve el conflicto. Cumplen una función cívica, al permitir a los ciudadanos evitar o resolver sus conflictos de forma privada.

Los sistemas autocompositivos, son especialmente convenientes cuando las relaciones entre las partes deben continuar tras el litigio, como es el caso de las controversias familiares, o entre vecinos, socios, alumnos, o empresas con vinculaciones más o menos permanentes.

Por otra parte, se indica que tiene sus desventajas: “Cuando una parte es económicamente más fuerte que la otra, e impone a la más débil las condiciones para resolver el conflicto, esgrimiendo los altos costes que supondría para la otra parte la vía judicial o arbitral, logrando de esta manera, transacciones más ventajosas para ella.”<sup>10</sup> Derivado de lo anterior, se debe tomar en cuenta que son mecanismos de solución de conflictos autocompositivos, la negociación, conciliación y mediación.

- Hetercomposición: Se debe tomar en cuenta esta forma de terminación de los conflictos, en la cual quienes pueden hacerlo, para el efecto se indica: “Son sistemas heterocompositivos tanto el arbitraje como la jurisdicción. En ellos, el tercero imparcial, actúa supra partes, imponiendo su decisión. Es indispensable la

---

<sup>10</sup> Beloso Martín, Nuria. **Un paso más hacia la desjudicialización.** file:///C:/Users/Downloads/23739-76423-1-PB.pdf (Consultado el 10 de agosto 2018)



presencia de un tercero neutral e imparcial que defina el conflicto suscitado entre las partes.”<sup>11</sup>

Los sistemas heterocompositivos, se caracterizan porque una persona individual (juez o árbitro), o colegiada (tribunal o colegio arbitral), e imparcial, va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada (sentencia o laudo).

## 2.2. Evolución histórica

Los medios alternativos de resolución de conflictos -MASC- se han convertido en un tema recurrente en las discusiones jurídicas en Guatemala, pues, aunque se considera una forma novedosa para la atención de litigios fuera de lo exclusivamente el proceso judicial.

Para el efecto, se indica que es: “Un ejercicio recurrente entre los juristas determinar cuáles son los conflictos que tienen características jurídicas y que requieran la participación del derecho para su resolución. Surgen conceptos como controversia, juicio y litigio.”<sup>12</sup>

De lo anterior, se debe tomar en cuenta que los medios alternativos de resolución de conflictos, dan lugar como reflexión a la polémica moderna acerca de los límites de la

---

<sup>11</sup> San Cristóbal Reales. **Op. Cit.** Pág. 41.

<sup>12</sup> Vado Grajales, Luis Octavio. **Medios alternativos de resolución de conflictos.** Pág. 369.



acción del Estado, en particular de quien debe administrar justicia, ya que se debe comprender que de conformidad con la ley se ha dado lugar a nuevas formas para la resolución de los conflictos entre las partes.

Al respecto de los medios alternativos de resolución de conflictos en un intento de sistematización puede hacer referencia a tres posiciones, dos radicales y una intermedia.

- Teoría del monopolio estatal judicial: Sostiene que la administración de justicia es un servicio público que de manera exclusiva brinda el Estado, por tanto, de forma irremediable los particulares deben someter a ella todas sus controversias y resolverlas en los tribunales creados para el efecto.
- Teoría de la judicatura como actividad únicamente privada: Esta considera que la justicia debe ser administrada por particulares y no por el Estado, de modo que la población debe resolver sus conflictos por ellos mismos de acuerdo a su propia necesidad y criterio, o en su caso acudiendo a la intervención de un tercero que puede ser un órgano estatal.
- Teoría de la alternativa jurídica-estatal y privada: Estima que es posible la existencia análoga ya sea por parte de la administración de justicia que brinda el Estado o una privada que es través de los medios alternativos de resolución de conflictos.



Es de señalarse que en Guatemala se ha optado por esta posibilidad, haciendo factible que las personas puedan recurrir de modo alternativo a la negociación a la mediación y al arbitraje, a la conciliación extrajudicial como vía previa al proceso judicial y a la conciliación aun en el mismo proceso judicial, ello con la finalidad de minimizar la carga en los tribunales respectivos.

### **2.3. Definición de los medios alternativos de resolución de conflictos**

Los medios alternativos de solución de conflictos, pueden definirse todo en sentido amplio como en sentido restringido. En sentido amplio, los medios alternativos de resolución de conflictos, son aquellas atribuciones, alternativas al sistema judicial oficial, que permite la solución privada de los conflictos y que por ende no afecta de ninguna forma a las partes dentro del mismo, sino que, más bien se encuentran soluciones que benefician a ambas.

En sentido restringido, los medios alternativos de resolución de conflictos, son los procedimientos que buscan la solución a los conflictos entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas o mediante la intervención de un tercero imparcial como son los casos de la mediación, la conciliación y el arbitraje, lo cual a la vez permite que estos se resuelvan de una forma mucho más rápida.

Existen diferentes formas de clasificar los medios alternativos, pero se debe tener claro que no se trata de una renuncia a la justicia sino de la aplicación de distintos



mecanismos para conseguirla, una de las formas más adecuadas para clasificarlas es la que menciona Vado, en la que la señala a partir del menor poder del tercero para decidir e intervenir e incluyendo al proceso para tener una mejor comparación, señala:

En cuanto a los medios alternativos de solución de conflictos, se puede dar la intervención del tercero, la cual se puede resolver de varias formas, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

- Nula a través de la negociación.
- Facilita la comunicación, a través de la mediación.
- Facilita la comunicación y formula propuestas de arreglo a través de la conciliación.
- decide el litigio, pero no ejecuta la decisión y esto se puede realizar con el arbitraje.
- Decide litigio y ejecuta su decisión a través de un proceso o evaluación neutral.

#### **2.4. La negociación**

La palabra negociación proviene del latín *negotiatio* que significa acción y efecto de negociar. Para el efecto, se hace referencia a que: “La negociación es un proceso de comunicación dinámico, en mérito del cual dos o más parte tratan de resolver sus diferencias e intereses en forma directa a fin de lograr con ello una solución que genere mutua satisfacción de intereses. Estas diferencias deben ser resueltas por las partes



aprovechando los distintos valores que cada una de ellas asigna a la toma de decisiones.”<sup>13</sup>

Existen ciertas características institucionales y estructurales de las situaciones de negociación que pueden facilitar la táctica del compromiso, o hacerla más accesible a una de las partes que a la otra o afectar a la posibilidad de un compromiso simultáneo o de un punto muerto.

Para el efecto, se considera de importancia, tomar en cuenta dentro de la negociación es necesaria la utilización de un agente negociador, en especial porque este debe mantener en secreto todo lo que se les señale, asimismo, dichas negociaciones deben ser entrecruzadas y a la vez continuas para que este pueda ser efectivo, para lo cual se debe utilizar una agenda en la cual se establezcan los puntos a tratar, para así poder llegar a un acuerdo, en cual desde luego se encuentra el resarcimiento de los daños.

## **2.5. La mediación**

En lo que respecta a este tema, se indica lo siguiente: “La mediación constituye una variante del proceso de negociación. Si bien aplica a esta las mismas reglas generales, difiere de la negociación en que entra en escena un tercero denominado mediador. El rol del mediador es el de un facilitador, quien recoge inquietudes, traduce estados de ánimo y ayuda a las partes a confrontar sus pedidos con la realidad. En su rol, el

---

<sup>13</sup> Flint Blanck, Pinkas. **Negociación integral. Herramienta eficaz para la resolución de conflictos y la creación del valor.** Pág. 48.



mediador calma los estados de ánimos exaltados, rebaja los pedidos exagerados, explica posiciones y recibe confidencias.”<sup>14</sup>

Como se observa, el papel que tiene el mediador dentro de un proceso es esencial, pues por medio de él, las partes dan a conocer sus alegatos así como alguna forma de resolución del conflicto y este les indica la forma correcta en que deben actuar con la finalidad de minimizar el conflicto y que el mismo que no afecte a ninguna de las dos partes, es decir, que todos salgan beneficiados.

Asimismo, a continuación se presenta otra definición con respecto a la mediación, señalando lo siguiente: “Un sistema de resolución de conflictos mediante el cual dos o más partes con intereses contrapuestos se comunican para llegar a un acuerdo, cediendo en algo cada una de ellas. Es frecuente que las partes o al menos una de ellas, intente llegar a un acuerdo antes de acudir a la vía jurisdiccional o arbitral, por lo que suele ser el primer sistema de resolución de conflictos al que acuden las partes. Incluso, iniciado el proceso judicial o el arbitral, es posible que las partes decidan intentar una negociación para resolver de forma más rápida y barata el litigio.”<sup>15</sup>

Lo anterior, hace mención a que no importa en qué fase del proceso se encuentre el conflicto si las partes deciden que la negociación es lo que desean hacer, lo pueden hacer, pues ante todo lo que deben buscar es minimizar el conflicto y a la vez encontrar soluciones viables.

---

<sup>14</sup> Flint Blanck. **Op. Cit.** Pág. 49.

<sup>15</sup> San Cristóbal Reales. **Op. Cit.** Pág. 60.



## - **Características**

Al igual que en la conciliación, al mediador lo escogen o eligen las partes o un tercero, misión que deberá recaer en una persona que cuente con los conocimientos necesarios para hallar y proponer las soluciones a un problema que las partes por iniciativa propia no están en capacidad de hacerlo.

Constituye un sistema intermedio de solución de conflictos entre la conciliación y arbitraje, una puja adicional que permitirá a las partes inmersas hallar en familia, y de manera directa, la solución que no ha sido posible aun materializarse.

La negociación podría ser exitosa si se cuenta con un buen mediador, para el el efecto se indica: "La mediación, en general, es un sistema voluntario e informal en el que un tercero neutral ayuda a que dos partes hallen libre y pacíficamente, por sí mismas, la solución a un conflicto. Cuando un acuerdo entre dos partes es alcanzado con la asistencia de ese tercero neutral, el acuerdo se ha logrado a través de la mediación."<sup>16</sup>

Las características que debe tener el mediador son:

- El mediador debe ser independiente de las partes que están involucradas en el conflicto, pues lo que se busca es que este no tenga ninguna preferencia entre las partes, es decir, debe ser imparcial.

---

<sup>16</sup> Jaramillo, Mario. **Justicia por consenso. Introducción a los sistemas internos a la resolución de conflictos.** Pág. 68.



- Debe ser neutral e imparcial. Imparcialidad, es la actitud no sesgada de quien interviene, es decir, la ausencia de preferencias por una de las partes; y por neutralidad se entiende el: "Comportamiento o la relación entre quien interviene y las partes en disputa".<sup>17</sup>
- Las partes deben sentir respeto por el mediador.
- Debe generar confianza entre las partes.
- Debe conocer el conflicto.
- Debe identificar qué buscan las partes.

En atención a la importancia del mediador en el proceso de mediación que se adelante en conjunto con las partes y en razón a que su participación es clave en la búsqueda de soluciones satisfactorias del conflicto, es importante referirse a un plan o estrategia que el mediador debe seguir para resolver una disputa, es decir, a la manera como el negociador pretende manejar el caso, las partes y los asuntos, este no es un aspecto fácil, sin embargo, sí se cuenta con los conocimientos necesarios, quienes serán los beneficiados serán las partes.

## **2.6. La conciliación**

Para comprender de una mejor manera lo relativo a la conciliación, se considera de importancia presentación el siguiente criterio: "La mediación comprende a la conciliación y añade una parte más activa al mediador pudiendo intervenir en las

---

<sup>17</sup> Valenzuela, Pedro. **Intermediación y resolución de conflictos violentos.** Pág. 8.



discusiones, hacer sugerencias e incluso formular recomendaciones con vistas a un acuerdo.”<sup>18</sup>

Derivado de lo señalado anteriormente, se debe comprender que la mediación es de suma importancia, en especial que, quien actué como mediador, sea una persona idónea y con los conocimientos necesarios para su actuación.

En el mismo sentido, se define la conciliación como: “El acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquello susceptible de transacción y que lo permita la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello.”<sup>19</sup>

Con la conciliación lo que se pretende es que las partes, lleguen a acuerdos de forma voluntaria y que los mismos, como se ha hecho mención no sean perjudicados, sino más bien se exponga una forma que sea acorde para ambas partes y encontrar de esta forma soluciones acordes.

Por otra parte, para ampliar lo anterior se señala con respecto al tema objeto de análisis, lo siguiente: “La conciliación es un sistema destinado a prevenir y solucionar los conflictos constituido por un conjunto de actuaciones realizadas por las partes y el

---

<sup>18</sup> Touzard Hubert. **La mediación y la solución de conflictos**. Pág. 90.

<sup>19</sup> Junco Vargas, José Roberto. **La conciliación**. Pág. 105.



conciliador, que no tiene poder de decisión y ante el cual recurren los primeros en busca de un acuerdo.”<sup>20</sup>

La conciliación es, pues una forma de solución de una controversia que acelera su terminación definitiva a través de un acuerdo de las partes, asistidas por un tercero el conciliador, respecto de derechos que no tienen carácter de indisponibles, pues ambos deben estar abiertos a la negociación que se considere esencial, para la resolución del conflicto.

Es un proceso mediante el cual una tercera persona, neutral e imparcial, ayuda a las partes en conflicto a buscar una solución consensual, proponiendo si fuera necesario formulas conciliatorias que las partes pueden rechazar o aceptar y por ende que el proceso sea mucho más corto que un proceso normal, pues ante todo se debe tomar en cuenta que por medio de este mecanismo, lo ideal es que ambas partes se encuentran de forma voluntaria.

#### - **Características**

La conciliación es: “Otro mecanismo autocompositivo, por el que las partes, por la autonomía de la voluntad, y siempre que la materia sea disponible, pueden evitar el inicio de un pleito o poner fin al juicio ya comenzado, por consenso en la solución de su conflicto, alcanzado ante un tercero (juez de paz, o secretario judicial) antes del

---

<sup>20</sup> Ofray, Michel. **Tratado de ateologia**. Pág. 35.



proceso de declaración, o iniciado el proceso, en la audiencia previa del juicio ordinario, o en la vista del juicio verbal. El tercero no decide nunca, resuelven las partes.”<sup>21</sup>

Cuando se hace referencia a la conciliación se debe tomar en cuenta, que esta se debe conformidad con la legislación de cada país se debe llevar en una etapa específica, sin embargo, se debe tomar en cuenta que por regla general, esta se debe proponer por parte del juez antes de iniciar con el proceso respectivo, para así poder evitar iniciar un procedimiento largo y a la vez se disminuye el tramite dentro de los tribunales.

Por otra parte, se debe considera con respecto a la conciliación lo siguiente: “Dentro del ámbito del derecho procesal, la audiencia previa a todo juicio civil, laboral o de injurias, en que la autoridad judicial trata de avenir a las partes para evitar el proceso. No siempre se requiere que el intento conciliatorio sea previo, pues algunas legislaciones admiten, especialmente en materia laboral, que el juez pueda intentar en cualquier momento la conciliación de los litigantes.”<sup>22</sup>

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que para el caso de Guatemala, tanto en materia procesal civil, como laboral, el juez debe proponer la conciliación al inicio del proceso y la misma se puede realizar también en cualquier etapa del mismo. En doctrina se han discutido ampliamente las ventajas y los inconvenientes de que actúe de conciliador el juez que entiende en el asunto, pues no faltan quienes creen que su intervención conciliatoria prejuzga el asunto o coacciona a las partes.

---

<sup>21</sup> San Cristóbal Reales. **Op. Cit.** Pág. 72.

<sup>22</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 204.



## 2.7. El arbitraje

Este es un método de solución de controversias por medio del cual: “Las partes acuerdan (convenio arbitral), someter la solución de determinados conflictos que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica a la decisión (laudo arbitral), de uno o varios terceros (arbitro). La forma de nombramiento de los terceros también es acordada por las partes.”<sup>23</sup>

Derivado de lo anterior, se establece que para llegar al arbitraje, esta debe ser una decisión de las partes, misma que debe realizarse de forma voluntaria y por ende se determinan una solución mucho más rápida.

Asimismo, se hace mención con respecto al arbitraje que: “Es un sistema de solución de conflictos en que la voluntad de las partes, se somete a la voluntad de un tercero. En el fondo del arbitraje existe un pacto o convenio entre los litigantes en el sentido de que someterán sus voluntades a la convicción y al pronunciamiento del tercero, con el compromiso de cumplir con lo que por él se decida.”<sup>24</sup>

El arbitraje, comparte con el sistema judicial la característica de ser adversaria y adjudicativo, el tercero neutral no auxilia a las partes para que estas acuerden la solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo igual en sus efectos a una sentencia judicial.

---

<sup>23</sup> Calamandrei, Piero. **Institucionales del derecho procesal civil.** Pág. 167.

<sup>24</sup> Jaramillo. **Op. Cit.** Pág. 36.



## - **Características**

El proceso arbitral se desenvuelve conforme a etapas basado en determinadas formalidades propuestas por los poderes públicos, siendo por ese solo hecho, una respetable institución jurisdiccional, es por ello que el respeto de las leyes es esencial en cuanto a este proceso.

El laudo arbitral, será siempre una solución más que todo de conciencia, considerando que esta se emite conforme a las disposiciones legales, haciendo énfasis a la equidad, evitando por ello la realización de injusticias o afectando de forma desproporcionada a las partes que puedan figurar en el derecho, así como a las obligaciones las mismas en conflicto.

Es necesaria la existencia de un conflicto entre dos o más partes para que sea necesario recurrir a la institución arbitral y que las partes involucradas hayan decidido esta vía de solución, para cuyo efecto suscriben previamente un acuerdo denominado compromiso arbitral.

El árbitro, impone la solución privada del conflicto, en virtud de un convenio suscrito por los interesados en el que acuerdan, para determinadas materias, someterse a arbitraje, de modo que aplicando el derecho o la equidad, el árbitro va a declarar lo justo para el caso concreto, dictando un laudo. Sin embargo, el árbitro no tiene potestad ejecutiva, y solo tiene potestad cautelar declarativa.



No puede haber arbitraje si no hay un acuerdo previo de las partes para someterse a este sistema heterocompositivo. La característica principal y definitoria del arbitraje es su naturaleza convencional. Las partes son libres para someterse a este sistema de resolución de controversias, y lo pactarán voluntariamente, cuando lo consideren más conveniente a sus intereses particulares, en cuyo caso, sustituirán la justicia pública por la privada.

El procedimiento lo constituyen las diversas formalidades y trámites desde que se pone en marcha este sistema de composición hasta que se dicta y cumple la decisión que en él recaiga. La resolución, imperativa en todo caso, se denomina laudo o sentencia arbitral, y contiene el fallo del árbitro único o de los varios arbitradores, es decir, lo único que cambia es el nombre, pues el contenido es similar a la sentencia.

La decisión de someterse al arbitraje puede surgir de las partes en conflicto o estar resuelto así por el legislador. En el primer supuesto se está ante el arbitraje convencional, autónomo o libre, y en el segundo caso, ante el arbitraje obligatorio, imperativo o legal.

Por otra parte, es esencial señalar que en la esfera laboral, se denomina arbitraje obligatorio o impuesto, en contraposición entonces al arbitraje convencional o voluntario, el que resulta de inexcusable seguimiento como trámite y de ineludible acatamiento en su resultado.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Ossorio. **Op. Cit.** 96.



## 2.8. La evaluación neutral

Es el acto por el cual las partes acuden a un centro de conciliación para que un tercero, es decir, evaluador neutral, les aclare una situación litigiosa y les pueda facilitar un acuerdo conciliatorio.

Es absolutamente voluntario, no hay obligación de recurrir a este método. Las partes deben estar de acuerdo en solicitar la evaluación neutral. Para el efecto, se debe tomar en cuenta lo siguiente: “Busca que las partes tomen conciencia de sus posiciones a fin de que estén abiertas al dialogo y a la creación de opciones de solución que impliquen mutuos beneficios llegando así a un acuerdo.”<sup>26</sup>

El evaluador neutral solo da una opinión, no se involucra en el proceso de negociación. Otros medios alternativos de solución de conflictos, que aunque hasta hoy no han sido abordados con importancia en América latina, pero que si la doctrina y otras realidades las consagran estas son:

- “Mediación – arbitraje (med-arb)
- Arbitraje – mediación (arb-med)
- Tribunal multipuertas (multidoor court-house)
- Defensor del pueblo (ombudsman)
- Evaluación neutral previa

---

<sup>26</sup> **Ibid.** Pág. 204.



- Dictamen de expertos
- Grupo asesor circunscrito
- Juez de alquiler (rent a judge)
- Juicio abreviado (summary jury trial)
- Arbitraje delegado
- Mini trial.<sup>27</sup>

Asimismo, es importante señalar que los medios alternativos de solución de conflictos, pueden clasificarse en no adversariales y adversariales, para el efecto se hace mención a cada uno de ellos para así comprender más sobre estos y a la vez conocer la diferencia que existe entre los mismos.

- No adversariales: Conocidos también como autocompositivos. Son aquellos en los cuales las partes en conflicto retienen el poder de resolver directamente su discordia, algunas veces ayudados por un tercero, pero sin que este pueda decidir por una alternativa de solución determinada. En esta Clasificación están la negociación, la mediación y la conciliación.
- Adversariales: Estos son aquellos por medio de los cuales un tercero toma la responsabilidad de encontrar la solución a un conflicto, en sustitución de las partes interesadas. Típicamente, se puede señalar en este grupo el arbitraje y el proceso judicial del que se ha escrito previamente en este trabajo.

---

<sup>27</sup> Reyes Calderón, José Adolfo. **Diccionario de criminología y criminalística**. Pág. 138.



Como se ha señalado, los principales medios alternativos de solución de conflictos, son la negociación, la mediación, la conciliación y arbitraje, como características de ellos, se puede destacar las siguientes:

- En cuanto a la voluntariedad: La mediación, la negociación y el arbitraje son absolutamente voluntarios, en tanto que la voluntariedad de la conciliación extrajudicial está limitada a la decisión unilateral de la parte citada de asistir o no a la audiencia, puesto que como institución la conciliación extrajudicial pre-proceso es obligatorio.

Para el efecto, también se debe tomar en cuenta con respecto al tema, el aspecto siguiente: "Voluntariedad, que estriba en la autodeterminación de las personas para sujetarse o no a cualquiera de los mecanismos alternativos; sin vicios en su voluntad y decidir libremente sobre la información que revelan, así como llegar o no a un convenio o acuerdo."<sup>28</sup>

El principio de voluntariedad es la pieza clave para la aplicación de cualquier mecanismo alternativo de solución de controversias, pues ante la ausencia de voluntad no se podría siquiera imaginar que el conflicto pudiese ser susceptible de la aplicación de algún procedimiento de justicia alternativa, es por ella que las partes deben estar acordes con esta alternativa.

---

<sup>28</sup> Sánchez García, Gilda Lizette. Etal. **Juticia alternativa**. [http://www.stj-sin.gob.mx/assets/files/masc/articulos/Justicia\\_Alternativa\\_una\\_vision\\_panoramica.pdf](http://www.stj-sin.gob.mx/assets/files/masc/articulos/Justicia_Alternativa_una_vision_panoramica.pdf) (Consultado el 15 de agosto de 2018)



Toda vez que es necesaria la decisión voluntaria de las partes de someterse a alguno de los procedimientos, para que los especialistas puedan valorar si su conflicto podrá ser resuelto ya sea a través de la mediación, conciliación, negociación o el arbitraje. En otras palabras, la participación de los conflictuados en cualquier medio de solución de conflictos medios alternativos de solución de conflictos debe ser por su propia decisión y no por que exista una obligación o imposición.

- En cuanto a la formalidad: la mediación y la negociación no tiene una estructura formal determinada, en tanto que en el arbitraje y en la conciliación extrajudicial si tienen formas y etapas que cumplir.
  
- En cuanto al control de las partes sobre el proceso: en la mediación y en la negociación las partes ejercen sobre el proceso un control alto; en la conciliación extrajudicial ejercen un control medio y en el arbitraje un control menor, esto debido a que son ellas, quienes deben decidir que es lo que a su conveniencia es la mejor opción.
  
- En cuanto a la intervención de terceros neutrales: en la negociación no se produce la intervención de terceros neutrales (pues el negociador representa una de las partes), en tanto que en los otros medios alternativos sí, en la mediación al tercero neutral se le denomina mediador, en la conciliación extrajudicial se denomina conciliación extrajudicial y en arbitraje se le denomina árbitro.



- En cuanto a la duración del proceso: en la negociación y en la mediación la duración del proceso es también generalmente corta, dependiendo de las partes y del tercero neutral en tanto que en la conciliación extrajudicial la duración del proceso es corta, estando sujeta al legislador.
  
- En cuanto a la obligatoriedad de cumplimiento del acuerdo o laudo: en la mediación y en la conciliación extrajudicial el acuerdo es voluntario, de producirse este es: "Obligatorio, en tanto que en el arbitraje el laudo arbitral es decisión exclusiva del tercero neutral y es obligatorio para las partes."<sup>29</sup>
  
- En cuanto a la confidencialidad: en la mediación y en la negociación la confidencialidad está en poder de las partes, en la conciliación extrajudicial, tanto las partes como el conciliador deben guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto, en tanto que: "En el arbitraje la excepción a la confidencialidad se produce en el supuesto de que se pida la nulidad del fallo."<sup>30</sup>

En lo referente al principio de confidencialidad se debe entender en sentido amplio, es decir, absolutamente toda la información que se ventile en cualquier parte del procedimiento de algún medio alternativo de solución de conflictos es reservada. No podrán ninguna de las partes divulgarla por ningún medio, considerando que este es un acuerdo entre las partes y la misma voluntad conlleva a buscar el beneficio entre ellos y no perjudicarse en ningún momento.

---

<sup>29</sup> Fierro Ferráez, Ana Elena. **Manejo de conflicto y mediación.** Pág. 87.

<sup>30</sup> Pesqueira Leal, Amalia; Jorge Ortiz Aub. **Mediación asociativa y cambio social.** Pág. 98.



- En cuanto a la economía: en la negociación, salvo nombramiento de negociadores, es posible que no se produzcan desembolso alguno en efectivo en tanto no participa un tercero neutral, por otra parte en la mediación, en el arbitraje y en la conciliación extrajudicial intervienen terceros neutrales cuyos servicios privados son remunerados.

Asimismo, la economía, significa buscar la rapidez y el menor costo en la solución del conflicto, acción que es de gran beneficio para todas las personas, debido a ello la importancia de este mecanismo. Se puede ubicar principio de economía en dos vertientes:

La primera, como economía en tiempo, se refiere a que los medios alternativos de solución de conflictos permiten a las partes darle solución a su conflicto de una manera más rápida y ágil, gracias a que estos mecanismos son flexibles y sobre todo voluntarios. Con frecuencia varios autores han destacado este principio como una ventaja de estos mecanismos sobre los procesos judiciales, incluso lo han relacionado con la disminución de la carga de trabajo del sistema de justicia, dado que, al ser más prácticos, tienen un mayor margen de aplicación.

Es a través de estos que los ciudadanos cuentan con la opción de optar por ellos antes o durante el desarrollo de un proceso por vía jurisdiccional y, en consecuencia, esta disminución de carga de trabajo de los Tribunales permite que la atención de las autoridades se enfoque en los asuntos de mayor trascendencia social.



En la segunda vertiente, el menor costo en la solución del conflicto, se debe mencionar que es el ahorro del dinero su característica principal. “Los procesos de justicia alternativa son generadores de ahorro no sólo para los usuarios, sino también para el Estado, ya que la tramitación de los juicios lleva inmerso un gran gasto para el erario público.”<sup>31</sup>

Derivado de lo anterior, se indica que los medios alternativos de solución de conflictos, son necesarios y primordiales, mejor dicho en otras palabras, deben ser de obligatoriedad antes de iniciar un proceso civil ante los órganos jurisdiccionales, ya que hay una pérdida de tiempo y gastos y otros, en el caso de la conciliación extrajudicial, debe darse absolutamente obligatorio antes de iniciar un proceso vía judicial ya que en la realidad es más rápido y económico para nuestra sociedad, y que los costos del arbitraje, deben de ser reducidos que también sean accesibles a todas aquellas personas que quieran someterse a estos medios alternativos de solución de conflictos, ya que, por falta de publicidad y de conocer sus ventajas, finalidades, celeridad, economía, sea obligatorio para las partes, ya que estas son las protagonistas de la incertidumbre o intereses de conflictos, dando una solución más rápida y con trascendencia jurídica, si en los casos que una parte no cumpla se ejecutara en vía correspondiente.

Antes de inicio de un conflicto en las partes se deben informar sobre los medios alternativo de solución de conflictos, en los centros de conciliación y arbitraje, para

---

<sup>31</sup> Márquez Algara, María Guadalupe. **Evaluación de la justicia alternativa.** Pág. 21.



entender mejor y una pronta solución y satisfacción de las partes. Lo que se busca con estos medios, es la solución más rápida y dinámica que un proceso vía judicial ya que los costos a veces no son proporcionales con las partes en conflicto.

Existe una confidencialidad absoluta, con reserva de todo lo actuado y convenido, esperando con todo lo explicado sea de su ayuda y comprensión de que trata los medios alternativos de solución de conflictos con difusión y publicidad, este medio será de obligatoriedad para las partes antes de iniciar un proceso judicial largo y costoso y que a veces las resoluciones no están conformes con las partes, en cambio en los medios alternativos de solución de conflictos, ambos llegan a un acuerdo y este tiene la calidad de una sentencia judicial.





## CAPÍTULO III

### 3. Mediación penal una solución alternativa

No es novedoso afirmar que el sistema judicial en el país se encuentra totalmente colapsado. Entre las posibles causas que originan esta crisis se podría mencionar, la sobrecarga de los tribunales, el exceso de expedientes, las demoras, la burocratización, la falta de presupuesto, la ausencia de tecnificación, informatización, etc. Pero hay un factor fundamental que contribuye a esta crisis, el Código Procesal Penal guatemalteco.

La normativa procesal vigente mantiene presupuestos que no dan respuesta satisfactoria a la sociedad y que no contribuyen a solucionar ni a disminuir los conflictos.

Tampoco, es algo que el sistema penal pueda satisfacer verdaderamente, especialmente los intereses de las partes que se someten a un proceso judicial, es decir, no resuelve los conflictos. "Las personas son sujetos actores y protagonistas de actos, acontecimientos que se van entretejiendo a modo de redes de múltiples historias que se sostienen por mitos, creencias, argumentos e ilusiones cargadas a su vez de emociones y estas circunstancias se plasman muchas veces en los procedimientos judiciales. Éstos, suelen resultar costosos, penosos y extensos, asegurándose de esta manera el sufrimiento para ambas partes. Sumado a ello, existe una circunstancia que no puede dejar de mencionarse y es que, por sus propias características, el derecho



penal actúa en la mayoría de las ocasiones con total independencia de la voluntad de las partes de un proceso.”<sup>32</sup>

Ahora bien, más allá de las posibles causas de este fracaso, en el presente trabajo se hará lo posible de presentar una alternativa distinta a esta realidad, es decir, la mediación penal como solución de conflictos.

### 3.1 La pena y su dilema

La imposición de la pena hoy se encuentra en crisis total, durante muchos años se ha intentado definir cuál era su fin y así han surgido distintas teorías que trataron de legitimar la sanción penal pero que en definitiva no han dado una respuesta consensuada a tal problema.

En tal sentido, se explica que: “En los últimos decenios el sistema de penas trazado en época de las codificaciones ha entrado en profunda crisis. A esta crisis han contribuido múltiples factores: la creciente ineficiencia de las técnicas procesales, un aumento progresivo de la prisión provisional, la acción de los medios de comunicación, que ha conferido a los procesos, sobre todo a los seguidos por delitos de particular interés social, una resonancia pública que a veces tiene para el reo un carácter aflictivo y punitivo más temible que las penas, y la inflación penal”<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Apala, Diego Fernando. **Globalización es un factor decisivo en el cambio del sistema judicial colombiano**. Pág. 5.

<sup>33</sup> Ferrajoli, Ligi. **Derecho y razón**. Pág. 63.



Entre las teorías legitimadores de la pena se puede mencionar a la teoría retributiva de la pena en la cual se concibe a la pena como el fin en sí misma, cuyos máximos exponentes fueron Kant y Hegel.

Posteriormente, se fue dejando de lado el criterio absoluto de la pena por un relativo, en donde se comenzó a concebir una idea utilitaria de la pena, es decir, la pena deja de ser un fin en sí misma para pasar a ser un medio para un fin tanto dirigido a la persona que cometió el delito para que lo evite como hacia la comunidad para que se abstenga de cometerlo.

Para el efecto, se hace referencia a lo siguiente “Pero más allá de los esfuerzos desmedidos tendientes a dar legitimación a un sistema judicial que impone una pena, es decir una coerción que impone una privación de derecho o un dolor y que no repara ni restituye nada ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes, ninguna de las teorías antes expuestas ha podido lograr un consenso respecto de su finalidad.”<sup>34</sup>

Lo anterior, debido a que cada día se hace necesaria la inclusión de nuevos aspectos a la normativa para así poder brindar una mayor protección y seguridad a las personas y por ende lograr que todo se realice conforme a lo establecido en las leyes y a las penas que en ella se imponen y que las mismas sean acordes a la infracción que se cometa, situación que ha sido bastante difícil hasta la presente fecha.

---

<sup>34</sup> Zaffaroni, Eugenio. **Et.al. Comentario a derecho penal.** Pag.43.



### 3.2. El conflicto y su falta de resolución

Los conflictos entre las personas siempre han existidos, nacen con la propia naturaleza de la humanidad. Los seres humanos viven, nacen y mueren participando en ellos. Desde la propia célula de la sociedad, la familia, entre los padres, hijos, hermanos, amigos, conocidos, extraños, nace casi en forma permanente todo tipo de conflictos. En el proceso penal también existe el conflicto, entendido éste como una contraposición de intereses.

El problema es que la justicia penal no repara, sino que, en todo caso, lo que produce es un proceso que termina por re-definir el conflicto. Para el efecto, se indica: "El proceso penal es, antes que nada, un conjunto de trámites que conducen, en el mejor de los casos, a una decisión judicial."<sup>35</sup>

Se hace referencia a lo anterior, cómo solucionar un conflicto entre dos partes (víctima y victimario) si una de ellas es desoída, no se debe olvidar que en el sistema penal la parte damnificada salvo excepciones, participa en el proceso judicial como mero testigo es decir, realiza un aporte probatorio más en una causa judicial.

En tal sentido se expresa que: "El modelo penal, desde la confiscación irreversible del conflicto (del derecho de la víctima) y de consiguiente exclusión del sujeto pasivo del protagonismo procesal, reemplazado por un funcionario que dice representar los

---

<sup>35</sup> Binder, Alberto. **Justicia Penal y Estado de derecho**. Pág. 365.



intereses del soberano o por el mismo juez, es decir, desde el siglo XII, no es un modelo de solución de conflictos, sino un ejercicio de poder. La agencia judicial puede decidir en los conflictos que le llegan por selección de las otras agencias, pero no puede solucionar (resolver) esos conflictos, salvo por casualidad.”<sup>36</sup>

En las últimas décadas se encuentra en boga las llamadas teorías del conflicto que se basan en la idea central de que el proceso penal circunda en la idea del conflicto penal, como intento a dar respuesta a los conflictos

### **3.3 Crisis del sistema y sus soluciones mágicas**

Ante la crisis total del sistema judicial el legislador da soluciones, pero a través de la inflación de los tipos penales. Para calmar la demanda de la opinión pública ante determinados hechos actúan sancionando una cantidad de leyes que sabe, de por sí, no obtendrán los resultados requeridos. Es decir, en el proceso criminalización primaria se crean innumerables leyes penales que luego, en el proceso de criminalización secundaria, los autores de esas violaciones a las leyes serán seleccionados en virtud de que las agencias policiales y judiciales no pueden perseguir a la cantidad de infractores de las leyes penales sancionadas.

Es ahí cuando se decide seleccionar a algunas personas para que el sistema penal pueda ponerse en práctica de alguna forma, es decir, funcione. En este proceso

---

<sup>36</sup> Zaffaroni. **Op. cit.** Pág. 367.



selectivo generalmente los victimarios serán personas alejadas del aparato de poder, por ende más vulnerables. Lo cierto es que más allá de este proceso de selectividad innegable en el país, quizás por falta de oportunidades económicas, se ha incrementado los delitos contra la propiedad.

En consecuencia, siendo la sanción penal la respuesta se puede percibir un notable aumento de los detenidos en los establecimientos carcelarios y de los expedientes judiciales que implican mayores falencias en la atención de las personas privadas de libertad como así también de sus procesos judiciales.

### **3.4 La forma más natural de entender el dialogo**

El lenguaje hablado es el más natural y en consecuencia sencillo de utilizar, el contacto personal contiene una riqueza mucho mayor que la que pueden ofrecer de por sí las palabras. Los gestos, las expresiones, las miradas, conforman otra dimensión del lenguaje que enriquece al código de las palabras. Esta otra dimensión del lenguaje, pocas veces es reductible a códigos, es mucho más complejo y precisamente por ello es tal vez donde se manifiesta más propiamente lo humano.

Entonces, ¿por qué complicarlo y echar mano a otras formas de comunicación?. Basta adentrarse en los ámbitos tribunales como para comprobar lo burocráticos que son muchos procesos y lo dificultoso que resultan para las partes, utilizar y comprender el lenguaje jurídico. Sumado a ello, en la mayoría de los casos (sino todos) la víctima y el



victimario recién suelen verse en el juicio oral y público, o sea en la culminación del proceso. Un sistema jurídico que admite la mediación es un sistema laxo que pondera el entendimiento, el dialogo.

En la mediación penal las personas, el proceso y los problemas adquieren una dimensión distinta a la utilizada por un sistema penal coercitivo cuya única respuesta ante el conflicto es la sanción penal. Cambian los paradigmas de retribucionismo por el de la reparación, la mediación penal se dedica a hablar del futuro tratando de identificar las necesidades de las partes a partir del conflicto en cambio el sistema penal actual trata de establecer las culpas, mirando hacia el pasado y desoyendo a la víctima la cual no es parte en el proceso (salvo que se presente como querellante) dándole así un rol de colaborador en el proceso, pero no de persona con especial interés. No interesa infringir dolor al ofensor, sino que se trata de solucionar el conflicto mediante la aceptación de responsabilidad de este y una posterior reparación.

“Comunicándose oralmente, las partes pueden conocerse y también entender las circunstancias, las necesidades, las emociones, los principios, etcétera del otro que se encuentra frente a uno y que llegó a cometer un hecho que trajo aparejado un daño (un conflicto) y que para la ley ese delito se encontraría tipificado penalmente. En determinados delitos vemos que las víctimas necesitan entender al victimario, pero el proceso judicial no brinda los espacios necesarios para ello.”<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Cruz Marquéz, Beatriz. **La mediación en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de responsabilidad penal de los menores**. <https://criminologiainvestigativa.com>. (Comentado el 5 de agosto de 2018)



La posibilidad que brinda la mediación de realizar un dialogo entre la víctima y el ofensor, que dos partes que se encuentran enfrentadas por un hecho del pasado puedan hablar de él pensando en el futuro, configura no solo un verdadero acercamiento entre ellos sino también una contribución a la pacificación de la sociedad.

Si se analiza un poco la historia del país, se vería que por la ausencia de este tipo de dialogo, en varias ocasiones se han generado guerras, luchas, pugnas, divisiones, muertes, injusticias, etcétera. Quizás, si los protagonistas de esos conflictos hubieran tenido la posibilidad de efectuar un proceso comunicacional en sus disputas, la historia hubiera sido otra.

### **3.5 Historia**

La mediación como forma natural de resolución de conflictos por las personas, fue adoptada en distintas épocas por muchas civilizaciones. Existen registros que dan cuenta que éste método ha sido aplicado en varios países entre ellos, China, Japón, y algunas culturas del África. También en el Beth Din Judío, integrado por un grupo de rabinos que actúan como mediadores.

También hasta en el propio Nuevo Testamento, existe una mención de ella, (Corintio 6:1-4), en donde Pablo recomienda a la congregación, que no resuelvan los conflictos ante los Tribunales, sino que lo efectuaran mediante el nombramiento de personas de la comunidad para lograr así la conciliación.



### 3.6. Mediación

La mediación podría definirse como: "Un proceso informal en virtud del cual un tercero neutral, el mediador, ofrece un espacio dinámico a las partes para posibilitar la resolución de una situación conflictiva, utilizando estrategias cooperativas, comunicacionales y negociadoras, que ayuden a identificar las posiciones, los intereses y las necesidades de las partes, lo que a su vez permitirá la generación de acuerdos satisfactorios aceptados mutuamente."<sup>38</sup>

Este método alternativo de pena, trae innumerables ventajas, entre ellas se puede enumerar que, con la mediación penal se le devuelve a las partes, especialmente a la víctima su rol protagónico. No se debe olvidar que en el código ante una posible comisión de un delito el Estado, se introduce en el conflicto como parte, es decir, se apropia de los intereses de la víctima y resuelve el problema penalizando al ofensor.

Se puede comprobar a diario situaciones tales como, amigos o parejas que en un acto desafortunado se denunciaron penalmente y una vez iniciado el proceso éstas tuvieron la oportunidad de repensar el problema y se arrepintieron de haber efectuado la denuncia, pero pese a que en esos casos el conflicto fue resuelto, los sigue enfrentando el proceso penal, las partes no tienen la oportunidad de dar marcha atrás en virtud del principio de legalidad. Por ello dar un rol protagónico a la víctima significa que tendrá en su poder el decidir ir o no a una mediación y en el caso afirmativo serán

---

<sup>38</sup> Romero, Santiago. **Características generales de la mediación penal.** Pág. 175.



escuchadas sus necesidades y reclamos y no será tenida como un mero objeto dentro un proceso judicial útil para la averiguación de la verdad.

El carácter voluntario de la mediación implica, muchas veces, que en la práctica no se produce un proceso de carácter adversario, ya que las partes no se enfrentan entre sí sino que con la ayuda de un especialista se sientan a dialogar para intentar arribar a un acuerdo.

Otra virtud a tener en consideración es que el proceso de mediación es informal, flexible y confidencial, estas circunstancias resultan de suma importancia ya que se deja de lado un contexto judicial poblado de excesivas formalidades, burocratización, presiones, terceros imparciales (jueces) inaccesibles que provocan una impresión negativa de la justicia a los participantes del proceso.

En consecuencia, la mediación brinda un ámbito más íntimo, particular, informal, de mayor entendimiento entre las partes y el mediador que terminará por crear un contexto de mayor comodidad o menos traumático.

Por otro lado, hay un dato fundamental a tener en cuenta y este es su menor costo (en dinero y en tiempo), con la mediación penal se gastará menos dinero toda vez que si se llega a un acuerdo entre las partes y éste se cumple se evitará activar un proceso judicial con las implicancias económicas que ello tiene. Además, al llegar a un acuerdo entre las partes en una mediación penal muchas veces se habrá ahorrado tiempo y



energías, en muchos casos los procesos judiciales son prolongados y se exige que las partes concurren repetidas veces a los tribunales y revivan lo sucedido en el pasado.

También la mediación contribuye a un acercamiento empático sobre las vivencias, situaciones y problemas del otro. Con el espacio brindado en la mediación fluyen las sensaciones, sentimientos, necesidades y circunstancias de las partes que integran el conflicto

Por último, se debe mencionar la diferencia de roles de los terceros imparciales”, el juez y el mediador se mueven en órbitas totalmente distintas, el primero, decide las contiendas y el segundo, actúa como un facilitador de la comunicación entre las partes del conflicto, no puede resolver planteos atinentes a la competencia, ni hacer comparecer forzosamente a las partes o terceros a las reuniones de mediación.

#### **- Víctima, mediación y legalidad**

La dinámica de la realidad social del país, se indica que en la actualidad existe un mayor compromiso de los ciudadanos en relación a los conflictos que los aqueja. Ante una gran gama de disputas, en donde hoy en día los ciudadanos decidieron ser parte activa de ellas, con sólo observar algunas de las noticias exhibidas a través de los medios de comunicación, se observa como las personas se interiorizan y participan procurando defender sus derechos (aumento de tarifas, deudores hipotecarios, remates).



Los criterios de legalidad, indisponibilidad e irrectractabilidad de la acción penal, contribuyen a la expropiación del conflicto por parte del Estado.

Como se menciona la víctima sufre por partida doble, pierde ante el infractor y ante el Estado. No son escuchados sus intereses ni tampoco tiene una participación activa en el proceso dado que actúa como un mero denunciante. Por esta razón la víctima ocupa la peor parte del proceso, pues es quién ha sufrido las consecuencias del victimario y luego es despojada de sus derechos por el Estado y es alejada y excluida en el proceso penal.

Las partes, en un proceso, procuran demostrar lo que es relevante para ellas, pero la víctima no tiene esa posibilidad, por otra parte, los intereses de la sociedad en su conjunto, muchas veces difieren notablemente con los de la víctima. En efecto, la sociedad muchas veces influenciada por los medios de comunicación vigoriza sentimientos de desprecio, de odio, prejuicios, etc. busca el cumplimiento de la pena, y la maximización del castigo del inculpado. Pero la víctima busca otra cosa, ella es que se queda luego de la condena con un sentimiento de insatisfacción, de vacío. El castigo del infractor no restaura sus pérdidas, no le cierra las heridas, no le satisface sus propios intereses, no responde a sus interrogantes ni tampoco le ofrece disculpas.

Darle un mayor protagonismo a la víctima conlleva un cambio hacia la humanización del derecho penal. No se debe dejar de mencionar, que hoy en día, a través de distintos fallos, se vislumbra una transición con respecto al tratamiento de la víctima.



Asimismo, hay que destacar la creación, en el país, de centros de asistencia a la víctima, en donde esta institución se encarga de asesorar y brindar apoyo a las personas que resultan damnificadas de un hecho penal.

La mediación encuentra justificación normativa en principios constitucionales, especialmente en normas de los artículos 14 y 18 de la Constitución Política de la República de Guatemala y concordantes de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, específicamente la norma del Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

### **3.7 La mediación penal y los principios procesales**

Con respecto al tema en mención se hace referencia a lo siguiente: “Los principios procesales son máximas o reglas que dan forma, estructuran y limitan las diferentes fases del proceso de forma tal que se logre el reconocimiento de derechos consagrados en la norma substantiva.”<sup>39</sup>

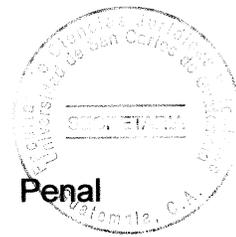
Derivado de lo citado anteriormente, se debe considerar que dentro de este tipo de proceso, se requiere una función protagonista, que se demuestre la iniciativa, que las cosas se decidan dialogando con las partes, como gestor social, incentivando la comunicación entre víctima y ofensor.

---

<sup>39</sup> Mediadores en red. **La mediación penal y los principios procesales**. 2012, <http://www.mediadoresenred.org.ar/publica/efectospsico/dermedpenal/medpenal/medpenal.html>. (consultado el 10 de julio de 2018)



- Principio de inmediación: Se debe tener presente la importancia que en el proceso penal es indispensable que el juez mantenga una comunicación directa entre las partes y a la vez que este verifique el buen cumplimiento de la normativa legal y esto solamente se puede cumplir con la intervención de este en todo el proceso.
  
- Principio de impulso procesal de oficio: Este es de importancia dentro de un proceso, ya que los mismo se llevan a cabo por etapas, estas mismas conllevan a la finalización de una y de inmediato al inicio de la otra, mismas que no se pueden cambiar a no ser que la misma ley se lo permita al juez competente.
  
- Principio de gratuidad: Este se refleja en dos hechos esenciales, primero, porque las gestiones que se lleven dentro de los tribunales no causarán impuesto ni gastos y segundo, que quienes no puedan pagar los servicios de un profesional del derecho el Estado les proporcionará uno a través del Instituto de la Defensa Pública Penal. Sin embargo, el Código Procesal Penal guatemalteco y la Ley Orgánica del Ministerio Público, plantean la posibilidad que se brinde asistencia jurídica integral a las víctimas de delitos.
  
- Principio de oralidad: El Código Procesal Penal guatemalteco en el Artículo 362 regula con respecto a este principio lo siguiente: “El debate será oral. En esa forma se producirán las declaraciones del acusado, de los órganos de prueba y las intervenciones de todas las personas que participen en él.” Lo anterior, claramente determina que en materia penal se debe llevar a cabo de esta forma.



- Principio de confidencialidad: De conformidad con el Código Procesal Penal guatemalteco, se debe comprender que el debate deberá ser público, sin embargo, cuando en el mismo se requiera la una excepción, es decir, este se llevará a cabo a puerta cerrada, asimismo, sobre el proceso solamente a la partes se les deberá informar sobre el mismo.

Asimismo, la confidencialidad radica, en: “La reserva absoluta de lo que se dice en las audiencias de mediación, lo único de lo que quedará constancia es del acuerdo; es decir , los documentos que se muestran, lo hablado por las partes, la realidad del hecho acaecido, es conversado, bajo la garantía absoluta de confidencialidad; que abarcará a todos los intervinientes en el proceso (víctima, victimario, Mediador, colaboradores eventuales), formalizándose mediante la suscripción del convenio de confidencialidad.”<sup>40</sup>

- Principio de flexibilidad de las estructuras: En cuanto a este tema, se indica lo siguiente para poder comprender el mismo de una forma mucho más clara y precisa: “Lo cierto es que debe dar margen a la flexibilidad, lo que vemos reflejado en la ausencia de plazos específicos para este proceso. El que como todos los procesos de conciliación reglados tienden a dar lugar al tiempo útil que es el que las partes toman como necesario para reflexionar sobre las posibilidades del sistema ante sus conflictos judicializados.”<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> **Ibid.**

<sup>41</sup> **Ibid.**



- Principio de bilateralidad y contradicción: Implica que cada parte tiene derecho a que se le conceda oportunidades para intervenir, defenderse y probar a su favor. La cantidad y calidad de posibilidades deben ser iguales, para que se cumpla con el principio en mención.
  
- Principio de congruencia: En las audiencias de mediación, el límite es la denuncia, sin perjuicio que en las reuniones privadas se traten temas conexos a fin de dar real solución al conflicto, los acuerdos se basan en los hechos de denuncia.
  
- Principio de economía procesal y la eficacia del proceso: Este guarda relación con el hecho de la concentración de las actuaciones y con el de celeridad del proceso.
  
- Principio del debido proceso: De conformidad con el código Procesal Penal guatemalteco, en el Artículo 4 se establece lo siguiente: “Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías prevista para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado. La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio.”

Se debe tomar en cuenta que este principio engloba también el derecho de acceder a la justicia, según la Constitución Política de la República de Guatemala.



- Principio de verdad procesal y de la valoración de la prueba: La verdad procesal o formal es aquella que resulta del proceso, es decir, es tener por cierto y verdadero lo que resulte del proceso, aunque dicha prueba está en contra de la realidad. Lo importante es que en los procesos modernos se busca la verdad real, o material del derecho a favor de una persona. De allí que nazca la prueba de oficio. Esclarecer de modo más completo en todos los aspectos, las circunstancias reales del asunto, así como también los derechos y obligué en el sistema de la prueba tasada era improbable.

Los principios procesales son comunes a todos los procesos, con ciertas excepciones y variantes cuya función es la de orientar al proceso a fin de obtener el reconocimiento del derecho consignado en la ley substancial. La aplicación de mediación penal, no obsta al cumplimiento de cada uno de los principios generales del derecho procesal general, ni penal en particular, siéndole absolutamente aplicables. Se ve claramente que las normas que rigen la mediación están en consonancia con los principios constitucionales que garantizan el debido proceso, el acceso a la justicia, la bilateralidad del proceso y la defensa en juicio.

### **3.8. El procedimiento de conciliación**

No es novedoso afirmar que el sistema judicial en el país se encuentra totalmente colapsado. Entre las posibles causas que originan esta crisis se encuentran la sobrecarga en los tribunales, el abarrotamiento de expedientes, la demora en la



resolución de conflictos, la burocratización, así como la falta de presupuesto ausencia de tecnificación y la escasa informatización procesal, entre otros aspectos.

Pero hay un factor fundamental que contribuye a esta crisis, el Código Procesal Penal guatemalteco; ya que dicha normativa procesal vigente mantiene presupuestos que no dan respuesta satisfactoria a la sociedad y que no contribuyen a solucionar ni a disminuir los conflictos.

El sistema penal guatemalteco, no satisface verdaderamente los intereses de las partes que se someten a un proceso judicial, es decir, no resuelve los conflictos, ya que las personas son sujetos, actores y protagonistas de actos, acontecimientos que se van entretejiendo a modo de redes de múltiples historias que se sostienen por mitos, creencias, argumentos e ilusiones cargadas a su vez de emociones; estas circunstancias se plasman muchas veces en los procedimientos judiciales, que suelen resultar costosos, penosos y extensos, asegurándose de esta manera el sufrimiento para ambas partes.

Se suma a lo anterior, la existencia de una circunstancia que no puede dejar de mencionarse y es que, por sus propias características, el derecho penal actúa en la mayoría de las ocasiones con total independencia de la voluntad de las partes de un proceso. Ahora bien, más allá de las posibles causas de este fracaso, se tratará en la presente tesis de presentar una alternativa distinta a esta realidad, que es la conciliación penal como solución de conflictos.



Se indica lo anterior, porque ¿cómo solucionar un conflicto entre dos partes (víctima y victimario) si una de ellas es desoída? Se olvida que en el sistema penal, la parte damnificada, salvo excepciones, por ejemplo el rol del querellante, participa en el proceso judicial como mero testigo, es decir, realiza un aporte probatorio más en una causa judicial.

En las últimas décadas se encuentra en boga las llamadas teorías del conflicto que se basan en la idea central de que el proceso penal circunde en la idea del conflicto penal. Como intento a dar respuesta a los conflictos en los años sesenta surgieron en los países anglosajones, principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica, luego en Europa y por último en los países iberoamericanos, lo que se conoce como resolución alternativa de conflictos o resolución pacífica de conflictos (*alternative dispute resolution*), la resolución de los conflictos mediante este tipo de forma, busca la solución sin coerción.

### **3.9. Definición e importancia del procedimiento de conciliación**

Los conflictos entre las personas siempre han existido, nacen con la propia naturaleza de la humanidad; los seres humanos viven, nacen y mueren participando en ellos. Desde la propia célula de la sociedad, la familia, entre los padres, hijos, hermanos, amigos, conocidos, extraños, nace casi en forma permanente todo tipo de conflictos, derivado de ello, la importancia de encontrar mecanismos por medio de los cuales se les pueda dar solución a los mismos.



La conciliación, tal como se está estudiando e intentando implementar, ahora es una práctica eminentemente basada, en modelos norteamericanos, esta práctica lleva ya algunos años y está basada en el deseo de proveer medios alternativos, no adversarios, de solución de disputas.

Su aplicación es exitosa en varios ámbitos comerciales, familiares, institucionales o comunales, al generar interacciones entre las partes que promueven la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables, es por ello que se ha optado por implementarla en aspectos jurídicos, pues es un forma mucho más fácil.

Es importante considerar que las prácticas sociales son creadas y desarrolladas dentro de cada contexto cultural, dentro del cual expresan y reproducen normas y valores importantes. La forma jurídica de la conciliación, tal como se ha introducido en Latinoamérica, es ya una parte de la cultura prevaleciente en los Estados Unidos, y como tal, se asienta en principios que para esa cultura son básicos y auto-evidentes.

### **3.10. Procedencia del procedimiento de conciliación**

Las partes podrán conciliar o transigir la litis en cualquier estado del proceso, antes de existir una sentencia ejecutoriada, el acuerdo de conciliación deberá redactarse por escrito, sea en escritura pública o en documento privado con firma legalizada por notario o bien mediante una solicitud escrita, dirigida al tribunal de conciliación, dejándose constancia en acta.



De conformidad con el Artículo 25 del Código Procesal Penal guatemalteco, se regula que el criterio de oportunidad tiene como procedencia los siguientes casos: "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; 4) Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima; 5) Que el inculgado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulta inapropiada; 6) el criterio de oportunidad se aplicará por lo jueces de primera instancia obligadamente..."

De lo antes señalado, se debe tomar en consideración aquellos delitos que no son sancionados con pena de prisión; delitos perseguibles por instancia particular, en los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años; 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.

Cuando la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima; y, que el inculgado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada; es decir, de los casos de procedencia del criterio de oportunidad.

Asimismo, de los de acción pública, cuyo límite máximo de la pena no exceda de cinco años de prisión, dentro de estos se encuentran el homicidio culposo, suposición de muerte, disparo con arma de fuego, rapto impropio, sustracción propia e impropia, entre



otros, los anteriores, son algunos de los delitos que se deben tomar en cuenta para conocer la diferencia que existe entre los mismos.

### **3.11. Sujetos del procedimiento de conciliación**

Toda persona tendrá el derecho a acudir a la conciliación penal ante los órganos jurisdiccionales, para plantear la demanda u oponerse a la acción promovida por otro. Para plantear una demanda o reconvención, es necesario tener interés en la misma y por ende tener la decisión de resolver el conflicto.

La figura de la conciliación se expresa diariamente a través de sostener la posibilidad de elegir entre varias opciones, aquella que mejor represente los intereses y deseos del individuo. Para lograr esto, se asume que la persona hará una búsqueda inteligente y concienzuda de los costos y beneficios de cada opción. Pero se lo tematiza de manera inequívoca, al aceptarse continuamente el derecho de las personas a elegir lo que quieran, y que para ello deben recibir toda la información necesaria para hacer una decisión informada.

Al fin y al cabo, es el mismo individuo quién pagará los costos de una decisión equivocada, por lo tanto, se le respetará el proceso de la decisión independiente hasta las últimas consecuencias. Se transmite a través de las familias, donde la aspiración de las madres es darles a sus hijos el máximo número de opciones posible, mientras simultáneamente se enseña a los niños la manera de analizar el costo/beneficio de cada opción, dentro de las mismas se encuentran, si haces esto, tienes el postre ahora,



pero pasa tal cosa; si haces lo otro, estas son las consecuencias, entre otras, que pueden ser de importancia para el interesado.

Para el efecto, se indica: “Lo que se respeta en este valor es el derecho de cualquier persona a hacer sus propias opciones, recibiendo la información necesaria. Es claro en casos quirúrgicos, donde a pocos cirujanos se les ocurriría abrogarse el derecho a decidir extirpar los ovarios de una paciente sometida a histerectomía, sin haberle preguntado antes a ella, y explicado las razones de la decisión.”<sup>42</sup>

Lo que la ética de ofrecer información no cubre, posiblemente lo suplemente la ley de mala práctica, pero es socialmente inaceptable hacer decisiones que afectarán los bienes de una persona, en su lugar, salvo casos de manifiesta incompetencia. Lo que la conciliación respeta escrupulosamente es la construcción mediada de un acuerdo que represente lo que las partes quieran y estén decididas a cumplir, es por ello que en varias ocasiones se ha hecho mención a que, lo que se busca es que ambas partes salgan beneficiadas.

El mejor acuerdo que el mediador pueda proveer es inferior al acuerdo que las mismas partes quieran, para ellos, las etapas dedicadas a recopilar información, hacen preguntas de manera especial, lo cual conlleva a abrir un torbellino de ideas y generar opciones, se dedican a ampliar la información que las partes necesitan para construir su acuerdo.

---

<sup>42</sup> Vado Grajales. **Op. cit.** Pág. 125.



El dilema ético que podría presentarse, es la existencia o no de una adecuada capacidad de las partes de representarse a sí mismas, una parte que, motivada por miedo consiente a un acuerdo que no representa sus mejores intereses, puede ser invitada entonces se ven en la necesidad de buscar el consejo profesional, es decir, un profesional del derecho, quien es la persona capacitada y con los conocimientos necesarios para plantear soluciones que sean de beneficio para las partes, ante todo respetando lo establecido en la normativa vigente.

### **3.12. Ventajas del procedimiento conciliatorio**

Este método alternativo de resolución de conflictos, trae innumerables ventajas. Entre ellas se puede enumerar que, con la conciliación penal se le devuelve a las partes, especialmente a la víctima, su rol protagónico. Ya que no se olvida que, en el Código Procesal Penal guatemalteco, ante una posible comisión de un delito el Estado se introduce en el conflicto como parte, es decir, se apropia de los intereses de la víctima y resuelve el problema penalizando al ofensor.

Se puede comprobar a diario situaciones tales como, amigos o parejas que en un acto desafortunado se denunciaron penalmente, judicializando así su conflicto y una vez iniciado el proceso éstas tuvieron la oportunidad de analizar el problema y se arrepintieron de haber efectuado la denuncia, pero pese a que en esos casos el conflicto fue resuelto, los sigue enfrentando el proceso penal, las partes no tienen la oportunidad de dar marcha atrás en virtud del principio de legalidad.



Por ello dar un rol protagónico a la víctima significa que tendrá en su poder el decidir ir o no a una conciliación y en el caso afirmativo serán escuchadas sus necesidades y reclamos y no será tenida como un mero objeto dentro de un proceso judicial útil para la averiguación de la verdad.

El carácter voluntario de la conciliación implica, muchas veces, que en la práctica no se produce un proceso de carácter adversarial, ya que las partes no se enfrentan entre sí, sino que con la ayuda de un especialista se sientan a dialogar para intentar arribar a un acuerdo.

Otra virtud a tener en consideración es que el proceso de conciliación es informal, flexible y confidencial, estas circunstancias resultan de suma importancia, ya que se deja de lado un contexto judicial poblado de excesivas formalidades, burocratización, presiones, terceros imparciales, jueces inaccesibles que provocan una impresión negativa de la justicia a los participantes del proceso.

En consecuencia, la conciliación brinda un ámbito más íntimo, particular, informal, de mayor entendimiento entre las partes y el mediador que terminará por crear un contexto de mayor comodidad o menos traumático, aspecto que es mucho mejor, a esperar un largo proceso, el cual no solamente conlleva a más tiempo, gastos económicos y el desgaste por parte de las personas, derivado de ello, la importancia, por qué las partes puedan optar a esta forma, la cual es mucho más sencilla y en ningún momento se afecta a las partes.



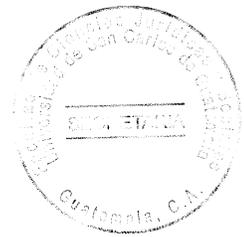
Por otro lado, hay un dato fundamental a tener en cuenta y éste es su menor costo, en dinero y en tiempo, con la conciliación penal se gastará menos dinero, toda vez que, si se llega a un acuerdo entre las partes y éste se cumple se evitará activar un proceso judicial con las implicancias económicas que ello tiene, además, al llegar a un acuerdo las partes, en una conciliación penal muchas veces se habrá ahorrado tiempo y energías.

Para el efecto, es necesario hacer referencia a que: “En muchos casos los procesos judiciales son prolongados y se exige que las partes concurren repetidas veces a los tribunales y “revivan” lo sucedido en el pasado.”<sup>43</sup>

También la conciliación contribuye a un acercamiento empático sobre las vivencias, situaciones y problemas de la otra parte, con el espacio brindado en la conciliación fluyen las sensaciones, sentimientos, necesidades y circunstancias de quienes integran el conflicto.

---

<sup>43</sup> **Ministry of justice. Restorative justice: the views of victims and offenders.** <http://www.restorativejusticescotland.org.uk/Restorative.justice.pdf>. (Consultado el 5 de junio de 2018)



## **CAPÍTULO IV**

### **4. La mediación procesal y su aplicabilidad a través del criterio de oportunidad en delitos patrimoniales**

Se enmarca el tema dentro del principio de oportunidad como una de las alternativas que puede ser ejercida por el Ministerio Público a fin de que los conflictos lo resuelvan las partes como protagonistas del mismo y a su vez concluir de este modo con causas penales con menor dispendio jurisdiccional y mayor celeridad.

#### **4.1. Aspectos generales de la mediación procesal**

En lo que respecta a la mediación procesal, se indica que es la forma de resolver el conflicto social generado por el delito mediante el acuerdo y conciliación esto de conformidad con el Código Procesal Penal guatemalteco, pues entre el autor del hecho y el agraviado, con la aprobación del Ministerio Público o en su caso el síndico municipal, estos podrán someter sus conflictos penales al conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados en la Corte Suprema de Justicia de Guatemala.

A continuación se hace referencia a algunas definiciones de autores nacionales en materia de la mediación procesal, con la finalidad de comprender de una mejor manera el tema en la presente tesis, asimismo, se hará mención a lo establecido por el Código Procesal Penal guatemalteco, ya que esta es la normativa que se ha utilizado en el transcurso de la presente tesis.



Para el efecto, se indica: “Es el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales que no ejercen jurisdicción del Estado, aíslan sistemáticamente lo problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los partícipes de tomar decisiones que influyen en sus vidas. Por tanto, constituye un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes (...) Tiene el propósito de resolver desavenencias y reducir el conflicto, así como de proporcionar un foro para la toma de decisiones. Incluso, en el caso de que no puedan resolverse todos los puntos de la desavenencia, la causa esencial del conflicto puede ser entendida por los participantes y reducirse a un nivel manejable.

Por tanto, algunos consideran que la etapa principal de la mediación es el manejo del conflicto y no la resolución de la desavenencia.”<sup>44</sup>

Derivado de lo anterior, se indica que la mediación procesal consiste en una negociación asistida por un tercero que, capacitado y entrenado a tal fin, mediante el empleo de técnicas específicas, ayuda a las partes a visualizar el problema, identificarlo, crear y considerar opciones y llegar a una solución aceptable para ambos y poner sus acuerdos por escrito, para que en el futuro no existan controversias sobre el mismo conflicto que se haya suscitado entre las partes, esa es la finalidad de la medicación.

---

<sup>44</sup> Reyes Calderón, José Adolfo. **Mecanismos alternativos de la justicia**. Pág. 58.



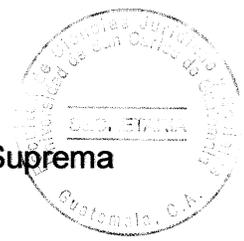
Por otra parte, se hace referencia a la mediación procesal, a que esta tiene dentro de las ventajas para el sindicado las siguientes: “a) permite que el infractor se responsabilice de sus actos; b) Evita: la estigmatización de la cárcel, la consolidación del proceso de incorporación en el mundo de la delincuencia y el proceso de socialización inverso. El proceso de resocialización inverso consiste, en que el condenado, al estar en prisión en lugar de incorporar aquellos valores que le permitirán relacionarse de mejor manera en la sociedad, va a hacer suyo los valores de la cárcel: la violencia, la marginación, el autoritarismo, etc.”<sup>45</sup>

Derivado de lo señalado anteriormente, se debe tomar en cuenta que la mediación procesal es esencial ya que las partes deben haber aceptado de forma voluntaria la posibilidad de someter su conflicto al mecanismos en mención, asimismo, la existencia de igualdad es esencial, pues como se ha hecho mención no se busca favorecer a una sola de las partes, sino más bien que ambas obtengan beneficios.

Por su parte, el Artículo 25 Quáter del Código Procesal Penal guatemalteco señala con respecto a la mediación aspectos que se consideran de importancia señalar, derivado de ello, se hace mención a una parte del artículo en mención, señalando para el efecto, lo siguiente: “Las partes, solo de común acuerdo, en los delitos condicionados a instancia particular, en los de acción privada, así como aquellos en los que proceda el criterio de oportunidad, excepto el número 6 del artículo 25, con la aprobación del Ministerio Público o del síndico municipal podrán someter sus conflictos penales al

---

<sup>45</sup> **Medidas desjudicializadoras.** Instituto de la Defensa Pública Penal. Pág. 46.



conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia...”

De conformidad con lo señalado anteriormente, se debe tomar en cuenta que previo a todo se firmará el acuerdo de confidencialidad, por lo tanto, todo lo que se diga en los encuentros no se divulgará por ninguna de las dos partes, pues esta es una obligación a la cual quedan sometidos todos, el mediador no podrá ser llamado como testigo en caso de un posterior juicio.

Asimismo, se debe tomar en cuenta que el mediador no decide, no resuelve, no juzga ni aconseja, son los participantes quienes deciden de forma voluntaria, ya que el mediador sólo conduce el proceso manteniendo con cada uno de los participantes una relación sin favoritismo alguno.

El proceso de mediación no incluye asesoramiento de tipo legal, económico, psicológico etcétera; el acuerdo puede ser parcial o final y como es lo que las partes han decidido hay un gran porcentaje de cumplimiento de los mismos, asimismo, preserva la autodeterminación de las partes.

No es necesario concurrir con asistencia letrada, al no tener plazos ni procedimientos ni formas, resulta económico, seguro, flexible y rápido, lo que no se consigue en otro tipo de resolución, asimismo, mejoran las relaciones humanas entre las partes en vez de dañarlas, mejorando la comunicación.



Es por ello que en la presente investigación se hace énfasis a la utilización de la mediación procesal, ya que con ella se evita en gran manera, no solo la economía desde el punto de vista económico sino también en el tiempo.

#### **4.2. Diferencias entre la mediación y otros métodos**

En la investigación se ha hecho referencia a varios aspectos sobre la mediación procesal, es por ello que se considera de importancia determinar que entre esta y otros métodos tales como la solución judicial, el arbitraje y la conciliación laboral, hay aspectos que marcan una diferencia con esta, mismos que se indican a continuación.

- La solución judicial: La sentencia define que en el pleito, hay vencedor y vencido, el Juez es quien decide sobre las pretensiones de las partes y las defensas y en base a las pruebas emana un fallo, generalmente no soluciona el problema de las partes, sus intereses pudieron haber variado desde que se inició la demanda. Aspecto que es todo lo contrario en la mediación, pues lo que se busca es el beneficio para ambas partes procesales.
  
- Arbitraje: Entre las diferencias que se deben tomar en cuenta se encuentra la siguiente: "Pueden ser de derecho cuando aplican el derecho o de amigables componedores cuando fallan conformes su leal saber y entender en base a la equidad."<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> Fierro Ferráez. **Op. Cit.** Pág. 247.



Derivado de lo anterior, se debe comprender que las partes, debieron haber dejado dentro de una cláusula de un contrato tal convenio de arbitraje, sin embargo, cuando se desea conciliar a través de la mediación, esto se hace antes de iniciar el proceso, no se requiere de un documento anterior, para llegar al mismo.

- Conciliación laboral: Se indica con respecto al tema: “Al mediador no le importa si la solución alcanzada constituye o no una justa composición del derecho y de los intereses de las partes. Ellos estarán facultados para pactar, siempre y cuando no excedan los límites impuestos por leyes imperativas o la moral y las buenas costumbres.”<sup>47</sup>

De lo citado anteriormente, se indica que conciliar es componer en este caso reducida al ámbito laboral y atendiendo a la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por las leyes de trabajo y de esto se encarga el mediador, pues este debe ser conocedor del derecho para actuar conforme a el.

La continuidad de la instancia conciliatoria depende de la decisión del conciliador, en este caso la ley no faculta a las partes a darla por terminada. Éste decide la prórroga o no del plazo de la conciliación. Lo acordado se homologa ante el Ministerio de Trabajo y Previsión Social que está facultado para rechazar el acuerdo. En mediación son las partes quienes pueden dar por terminado el procedimiento, no hay plazos, y lo acordado no necesita homologación si intervienen mayores capaces.

---

<sup>47</sup> Ibid.



### 4.3. Principio de oportunidad y legalidad

El derecho procesal penal reduce la vigencia del principio de legalidad entendido como: “Persecución penal necesaria y obligatoria apoyando a su opuesto, el principio de oportunidad aún en aquellos países que han defendido la legalidad. La ciencia empírica verificó hace tiempo la utopía práctica que se esconde tras el principio de legalidad, decisiones informales pero reales de los particulares y de los órganos de persecución penal del Estado; ello provocó la necesidad de racionalizar estas decisiones poniéndolas en manos de los órganos con responsabilidad política, a fin de evitar la persecución en aquellos casos en los que esa decisión resulte apoyada por algún fundamento plausible, determinado por la ley.”<sup>48</sup>

Por otra parte, se señala que resulta imposible para la organización estatal ocuparse de todas las infracciones reales a las normas penales que se cometen y con el mismo celo, razón por la cual, en aras de la eficacia de la persecución penal, en aquellos casos importantes que la merecen, la solución ha concluido permitiendo el funcionamiento de una decisión política responsable acerca de los casos en los cuales se puede evitar la persecución penal.

Ello, incluso, supera algunos inconvenientes de la aplicación de un sistema penal a casos límite de delincuencia o conducta desviada, pues cualquier descripción normativa por su carácter abstracto, supera el universo de casos pensados por el

---

<sup>48</sup> Carranca y Trujillo, Raúl y Raúl Carranca y Rivas. **Derecho penal mexicano**. Pág. 315.

legislador, evita contrasentidos en su aplicación y permite aplicar al transgresor medidas no penales que se adecuen mejor, en el caso para alcanzar los fines que persigue el derecho penal, provocando el menor daño posible al infractor.

Asimismo, se debe comprender en un sentido amplio, que el principio de legalidad es una de las más preciosas garantías constitucionales, la de que ningún ciudadano de la República puede ser penado sin ley anterior al hecho del proceso, lo que le da seguridad a los individuos.

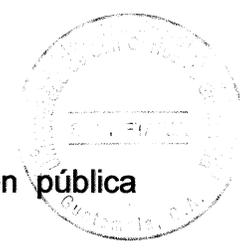
Por otra parte, se hace referencia: "Como sustraer al juez natural o al fiscal de frente a una ilicitud penal por mínima que fuese su gravedad del deber de investigación mediante el ejercicio de la acción pública, ya que se tiende a preservar el punto central del sistema; el principio de legalidad que es su correlato."<sup>49</sup>

Para el logro de la operatividad del principio de legalidad, el Estado al incautarse del conflicto penal toma para sí la investigación, persecución y condena de todo delito sin importar su gravedad, pero señala que la realidad demuestra en Latinoamérica que se seleccionan e investigan los delitos pequeños en detrimento de aquellos delitos no convencionales que tienen un costo social y económico mucho mayor.

Mediante el principio de legalidad el Estado se subroga en los derechos de los particulares que están imposibilitados de efectuar la investigación y ofrece la certeza de

---

<sup>49</sup> Neuman, Elías. **Medicación y conciliación penal**. Pág. 258.



que actuará para solventar la persecución de todos los delitos de acción pública cualquiera sea su gravedad.

El diseño del principio de legalidad ha quedado a merced de su irreductible y abrumador quebranto. La realidad de los hechos lo supera. Similar intensidad para todos y cada uno de los delitos no ha dado resultados en términos de eficacia que se esperaba en su persecución y sus consecuencias para el infractor, la víctima y la sociedad. Mediante este diseño difícilmente se repara a la víctima, nadie habla de ella, tampoco es oída en su voluntad resarcitoria o en su vana pretensión de que se haga justicia, se trata de una nueva victimización, esta vez legal.

El principio de legalidad implica dentro del derecho penal liberal una garantía que se caracteriza bajo el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*, que convoca a perseguir todos los delitos con similar intensidad. Para el efecto, se indica: “Se trata en fin de evolucionar no de destruir; y esa es la tendencia mundial que hoy se proyecta en las legislaciones reflexivas frente a las realidades concretas de la obligatoriedad de la acción pública.”<sup>50</sup>

Los defensores a ultranza del principio de legalidad ven en el resarcimiento y mucho más en la mediación penal, el arribo al planteo o poco menos de una justicia privada. El interés particular lesionado para este tipo de convicciones no puede dar lugar a un derecho resarcitorio de daños que sustituya o quite vigor a los principios motores del

---

<sup>50</sup> **Ibid.**



derecho penal liberal. Entienden que el modelo consensual de justicia no puede ni debe ir más allá de las garantías que el principio de legalidad e igualdad implican, pues estos se deben respetar a cabalidad.

Para los dogmáticos del derecho procesal penal daría la impresión que virar la mirada hacia el principio de oportunidad implica *ipso iure* falta de las garantías del debido proceso y de otros principios inmutables; que se carecería en los acuerdos a que pueden arribar las partes de la imparcialidad de un juez penal. “Este convencimiento no permite penetrar y debería advertir de una buena vez que, precisamente es la ley y sus designios la que ha puesto fuera de la realidad circundante, alejada de los sentimientos y vínculos de los hombres. Uno de los temores es que las víctimas ejerzan mediante la conciliación una suerte de sentimiento expiatoria y se abusen u obtengan beneficios injustos.”<sup>51</sup>

Existe un mediador templado y en muchos sistemas la presencia de un juez que si bien ha suspendido el juicio a prueba por mandato legal llegara a homologar como se ha llegado a ciertas decisiones entre las partes. Pero esa idea de exageraciones resarcitorias se basa en el desconocimiento de lo que en realidad siente la víctima. La ley regula lo relativo al resarcimiento material, pero las primeras experiencias en varios países llevan a demostrar que las víctimas no las mueve exclusivamente ese resarcimiento sino la necesidad de comprender, superar o sublimar el conflicto que han atravesado y las huellas de ese conflicto.

---

<sup>51</sup> López Faura, Norma. **La mediación penal con menores infractores**. Pág. 149.

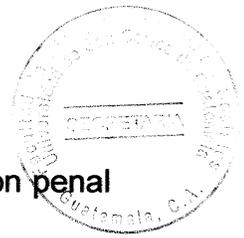


Sin embargo, se lo anterior se indica que los autores citados, coinciden en que **habrá** que apartarse del principio de legalidad frente al de oportunidad que permite prescindir de la apertura de juicios y de la acusación penal a ultranza, al existir facultad de no acusar y no llevar a cabo la investigación cuando se verifiquen ciertas y determinadas circunstancias de derecho o de hecho; la situación de primario del autor, que el asunto sea de poca gravedad u ofensa social o por razones de política criminal. También en casos en que opere el resarcimiento de los daños causados a la víctima.

Es decir, que por medio de la mediación como preliminar del procedimiento penal o aun por fuera de él se trata de que quienes ejercen la acción pública efectúen una selección de los hechos en que han de intervenir. Ello no objeta a que el principio de oportunidad pueda ser aplicado para no formular acusación en el campo procesal oportuno, derivar hacia la mediación e incluso proveer a la suspensión provisional o definitiva del proceso.

Por lo general estos hechos están reglados en la propia ley, aunque en ciertas oportunidades, se trata de una orden discrecional impartida por la máxima autoridad del Ministerio Público.

Desde el punto de vista doctrinal, el principio de oportunidad o de discrecionalidad de la acción pública, debe insertarse conceptualmente dentro del minimalismo penal y constituye un claro ejemplo para tener en cuenta en el futuro para delitos de mayor envergadura.



Para el efecto, se hace mención a lo siguiente: “El hecho de que la persecución penal pertenezca exclusivamente al Estado por imperio del interés público en la realización del derecho penal ha derivado en que la promoción de la acción penal constituya un imperativo para el Ministerio Público, lo cual implicaría el principio de legalidad, el que se enfrenta a un obstáculo que es la imposibilidad fáctica de investigar y perseguir todos los casos que ingresan al sistema.”<sup>52</sup>

Este obstáculo obliga a la implementación de mecanismos de selección que permiten el funcionamiento del sistema, al menos en forma aparente. Cuando dichos mecanismos revisten carácter formal y operan en virtud de facultades expresa o tácitamente otorgadas al órgano encargado de la persecución penal que se halla frente al principio de oportunidad.

Por otra parte, se debe tomar en cuenta que también existen existen dos modelos de oportunidad, mismas que se indican a continuación:

- a) “La oportunidad como regla: El sistema de enjuiciamiento penal estadounidense desconoce por completo el principio de legalidad. En él la oportunidad constituye la regla sobre la cual descansa todo el funcionamiento del sistema. Las facultades discrecionales del Ministerio Público son de una importancia tal que es el fiscal quien domina por completo el procedimiento. Estas facultades permiten que el fiscal desista de la acusación y también cubre un amplio espectro de actos intermedios

---

<sup>52</sup> Sánchez Velarde, Pablo. **El nuevo proceso penal**. Pág. 38.



como es la potestad del fiscal de plantear una reducción en los cargos sobre los cuales se ha basado la acusación.

- b) La oportunidad como excepción: Este es el sistema adoptado por la ordenanza procesal penal alemana, que consagra como regla el principio de legalidad, constituyendo la aplicación de criterios de oportunidad un supuesto de excepción a este principio general. En este sistema los poderes discrecionales del ministerio público se circunscriben a la posibilidad de renunciar a la persecución penal, no promoviendo la acción correspondiente o desistiendo de su ejercicio cuando esto es lo permitido si hubiera sido promovida.<sup>53</sup>

Derivado de lo anterior, es importante señalar que dentro de tal contexto, se ha puesto de manifiesto una tendencia racionalizadora del fenómeno penal, el cual tiene como finalidad esencial la reserva del derecho penal para los casos en que el enfrentamiento carece de alternativas en cuanto a una solución por medios diversos de política social, pues no siempre se protegen bienes jurídicos esenciales, se inserta así la despenalización de hechos de poco alcance social para sustituir la pena de prisión por formas más eficaces y menos costosas.

Asimismo, se debe tomar en consideración que existen otros criterios, dentro de los cuales se encuentran: "El abolicionismo hace especial hincapié en la respuesta incapacitada privativa de la libertad como el exponente más nocivo del sistema.

---

<sup>53</sup> Ibid.



Partiendo de la base de que toda limitación a la libertad ambulatoria es una pena desde el punto de vista ontológico.”<sup>54</sup>

De la cita anterior, se indica se señala que la mediación no se inscribe en la prohibición sino en un diverso tratamiento del delito, a partir de una cierta y parcial desjudicialización aun cuando el programa dependa de los tribunales o se conecta estrechamente con los jueces que lo utilizan. La idea de una solución alternativa de conflictos es en base a la búsqueda del descongestionamiento del aparato judicial, ya que se trata de un procedimiento distinto en el que participa la víctima, el victimario y la sociedad.

La mediación, se ve como un proceso para dar la solución a conflictos con la ayuda de una tercera parte neutral, es decir, un mediador quien facilita la comunicación entre las partes, esto permite que las personas en conflicto den a conocer el problema en la mesa de negociaciones y de esa manera puedan acordar sus diferencias de forma voluntaria, definitivamente la meta no es determinar la culpabilidad o inocencia sino arreglar sus diferencias de forma pacífica.

#### **4.4. Ventajas de la mediación penal para la víctima**

Anteriormente se ha hecho referencia a aspectos sobre la mediación, sin embargo, se considera de interés, señalar cuales son las ventajas que esta tiene dentro de un

---

<sup>54</sup> Highton de Nolasco, Elena Inés. **Mediación para resolver conflictos**. Pág. 312.



proceso, en especial para la víctima, razón por la cual a continuación se hace mención de las mismas:

- La posibilidad de que el infractor rectifique en la medida de lo posible que sea a la vez valiosa para la víctima, en especial cuando se trata de resarcir algún daño patrimonial que se le haya causado, por la comisión de un hecho que haya sido cometido sin intención alguna.
- La oportunidad para confrontar al autor con el verdadero impacto humano de la ofensa y a la vez para que la víctima exprese sus pensamientos y sentimientos al victimario.
- La opción de pedir y recibir una disculpa, aspecto que hasta la presente fecha no se lleva a cabo dentro de los tribunales.
- El motivo para ser visto como persona, en lugar de como blanco para el ataque, es decir, que se le permita a la parte, señalar cuales fueron los motivos por los cuales se cometió el daño, pues en algunas ocasiones estos no son con tal intención.
- El espacio para convertir al victimario en personalmente responsable ante la víctima, este es un aspecto de gran importancia, en especial porque se le da cumplimiento a lo que establece la ley de la materia, pues en tiempos anteriores a este no se tomaba en cuenta.



- La mayor probabilidad de que la indemnización se pague efectivamente, pues en muchas ocasiones esto no se lleva a cabo, derivado a que las partes nunca se logran tener algún tipo de comunicación, la cual les permita llegar a acuerdos que les permitan encontrar soluciones al conflicto.
- Un remedio para sentir que se ha hecho justicia, que es una tranquilidad que toda víctima busca encontrar.
- El medio de alcanzar un modo de conclusión que traerá paz entre las partes.

Como se observa, son varias las ventajas que se tendrían para la víctima con llegar a cabo la mediación, pues no solamente se ve desde el punto de vista de encontrar un solución al conflicto, sino más bien de que la víctima pueda expresar sus opiniones en cuanto al problema judicial.

#### **4.5. Ventajas de la mediación penal para los victimarios**

Asimismo, en la presente investigación jurídica también se hace mención a los victimarios, en cuanto a las ventajas que conllevaría la mediación penal, para el efecto se señala lo siguiente:

- La oportunidad para enmendarse y rectificar significativamente el mal infligido en vez de resultar meramente castigado, pues en muchas ocasiones solamente se le



acusa y no se establece cuáles fueron las razones que conllevaron a la realización de un daño.

- La posibilidad de participar en la decisión sobre que indemnización o qué modo de restauración se brindará a la víctima y de negociar un acuerdo de restitución y factible de cumplir.
- En casos apropiados, cuando el victimario no es peligroso a la comunidad la única oportunidad de evitar la persecución penal, el prontuario criminal o el encarcelamiento a cambio de rectificar el agravio a la víctima.

De las ventajas arriba señaladas, se establece que el victimario, también tiene derecho a ser escuchada por la víctima y poder llegar a un acuerdo por medio del cual ambos salgan beneficiados, en especial, cuando el daño que se causó no fue con la intención de cometerlo.

#### **4.6. Ventajas de la mediación penal para la comunidad**

Cuando se cometen delitos en contra de una persona, se debe considerar que también, se está afectando en gran manera a la comunidad, pues dentro de ella se empieza por generar determinada desconfianza, es por ello que se debe tomar en cuenta que también con la mediación penal existen ventajas para esta, para el efecto, se señalan las siguientes:

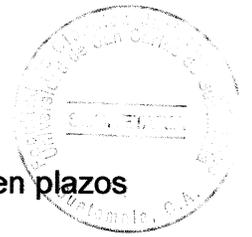


- La disminución del impacto de la delincuencia al aumentar la reparación de pérdidas.
- La reducción de la incidencia del crimen repetitivo a través de la comprensión de los victimarios acerca de lo que significa haber lastimado a una persona.
- El otorgamiento de un marco apropiado para mantener la paz en la comunidad en situaciones en que la ofensa se constituye en parte de una relación interpersonal de conflictividad continuada o en que es probable que la víctima y el victimario vuelvan a tener contacto en el futuro.

Se ha llegado a considerar que cuando se causa un daño solamente se lesiona a la víctima sin embargo, también se debe tomar en cuenta que la comunidad también sufre secuelas, pues solamente se da a conocer que la única forma de enmendar determinados errores es a través de la pena de prisión, pero, por medio de la mediación penal se puede determinar que existen otros mecanismos por medio de los cuales no solamente se puede resarcir el daño, sino también llegar a la comprensión que todas las personas son delincuentes.

#### **4.7. Ventajas para el sistema judicial**

Con la mediación también se beneficia y en gran manera al sistema judicial, pues cuando las partes deciden, utilizar este mecanismo a través del criterio de oportunidad,



se evitan iniciar con un proceso, el cual de conformidad con la ley penal existen plazos determinados, sin embargo, se tiene conocimiento que en la práctica no es así, pues los mismos sobrepasan el extremo.

- La importante disminución del tiempo que generalmente requiere procesar las ofensas penales dentro del sistema adversarial tradicional y desde luego, velar por otros casos de mayor trascendencia.
- El incremento de la comprensión y sentido de pertenencia de la comunidad respecto de su sistema de justicia criminal o juvenil, como resultado del compromiso y participación de víctimas y voluntarios.
- La justicia reformativa trasladada a la justicia de una ofensa contra una entidad abstracta como el Estado, hacia un completo encuentro humano entre la víctima, el victimario y la comunidad, de tal modo que las características significativas de la experiencia criminal puedan ser tratadas y asumidas adecuadamente.

Como se ha determinado, las ventajas de la mediación procesal son muchas, desde la víctima, el victimario, el sistema judicial hasta la comunidad, estos son aspectos que dan importancia, pues lo que se ha buscado es determinar que existe un lugar en la normativa penal guatemalteca, razón por la cual se debe cumplir a cabalidad, sin embargo, se debe tomar en cuenta que durante mucho tiempo, estos no eran tomados en cuenta en los procesos.



Así como dar a conocer a los guatemaltecos que la utilización de este mecanismo es de importancia para todos, en especial porque no solamente se soluciona el conflicto, sino también porque ambas partes, salen beneficiadas, siempre guiándose por lo que establece la normativa vigente en Guatemala.

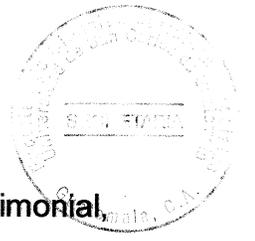
#### **4.8. Limitaciones de la mediación víctima-victimario**

La mediación no es apta para todas las víctimas y todos los infractores, no está destinada a solucionar masivamente la reincidencia, aunque algunos estudios muestran resultados positivos.

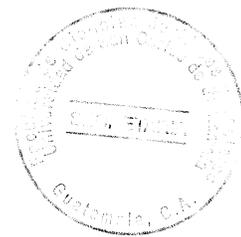
Requiere el adecuado entrenamiento de los mediadores, ya que deben tener clara conciencia de las consideraciones éticas y legales implicadas en la mediación de casos criminales, en virtud de los fuertes sentimientos referidos a la necesidad de castigar a los individuos que violan las leyes penales.

Sin embargo, en la presente investigación jurídica, se ha buscado ante todo dar a conocer la importancia de la mediación procesal, para lo cual se debe tener claro lo establecido en el Código Procesal Penal guatemalteco, en lo relativo al criterio de oportunidad.

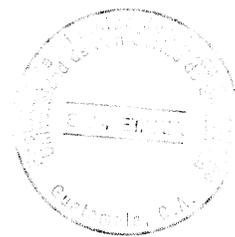
Un aspecto de interés, es que, como se hizo mención anteriormente, este no se brinda a delincuentes o personas que cometen crímenes, pues más que todo el criterio de



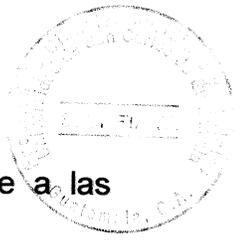
oportunidad está dirigido a aquellas personas que causan algún daño patrimonial, mismo que se puede resarcir, con el pago del mismo y para el efecto, esto no es necesario de pagarlo con pena de prisión, pues lo que se busca es que el mal causado se deje en el estado en el cual se encontraba y esto se hace con un pago económico.



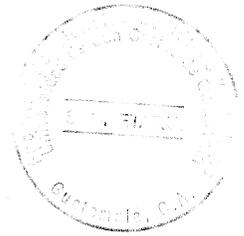
## CONCLUSIONES



1. En Guatemala, se le ha dado poca importancia a algunas normativas jurídicas, en especial a aspectos tales como el criterio de oportunidad, del cual se puede optar ya sea a la mediación o a la conciliación, las cuales serían de gran beneficio para las partes que han sido afectadas de una forma leve.
2. El criterio de oportunidad se encuentra inmerso dentro de las medidas desjudicializadoras que contempló el legislador plasmado en el Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, únicamente es necesario darle mayor aplicabilidad al mismo utilizando la mediación procesal instando el Ministerio Público de manera objetiva al juzgador para que resuelva en ese sentido.
3. Es importante señalar que muchas veces el ente investigador no aplica el criterio de oportunidad como medida desjudicializadora o salida alterna como se le llama porque solo le interesan las sentencias condenatorias y ofrecen muchas veces un procedimiento abreviado mismo que desnaturaliza el proceso penal, por ser delitos leves y que gozan de dicho beneficio, previamente a cumplir con los requisitos que la ley establece para poder optar a dicho beneficio.



4. El criterio de oportunidad tiene una función resocializadora, al otorgarle a las personas como bien su palabra lo dice una nueva oportunidad ante la sociedad, sin dejar registros y que a las personas no les aparezcan antecedentes penales, ni policíacos para poder volver a ser útiles y productivas ante la sociedad y desjudicializar los procesos y ahorrarle al Estado y a todo el sector justicia tantas audiencias por delitos menores.



## RECOMENDACIONES

1. Es necesario que las Universidades que cuentan con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, puedan transmitir a sus alumnos lo relativo a cuales pueden ser las medidas que ayudan a evitar que las personas tengan que pasar por un proceso penal, cuando el conflicto se puede solucionar a través del criterio de oportunidad.
2. Que el Ministerio Público tal y como le corresponde velar por la correcta aplicación de las leyes en el país, aplique de manera objetiva la mediación procesal hasta agotar la última instancia a manera de poder ofrecer salidas alternas al proceso penal y al mismo tiempo reducir su carga de trabajo en delitos menores y enfocarse en delitos de mayor trascendencia e impacto social en nuestro país tan necesitado de justicia.
3. El Organismo Judicial juega un papel crucial en la impartición de justicia en el país, por lo tanto debe implementar políticas serias que coadyuven a la reducción de la mora judicial en sus órganos contralores y de esta manera responder a esa exigencia de la población de una justicia pronta y cumplida, aplicando de manera objetiva desde las primeras audiencias salidas alternas a los procesos penales y evitar los altos índices de sobrepoblación en las cárceles del país.



4. Los órganos jurisdiccionales, deben velar por la efectiva aplicación de dicho beneficio ya que la misma ley establece requisitos previos y posteriores en cuanto a gozar del beneficio del criterio de oportunidad que las personas se comprometen a cumplir y deben darle a cabalidad el cumplimiento, de lo contrario el mismo puede ser revocado por incumplir con las reglas de abstención fijadas por el juez a cargo y ordenarse su inmediato ingreso a las cárceles del país.



## BIBLIOGRAFÍA

APALA, Diego Fernando. **Globalización es un factor decisivo en el cambio del sistema judicial colombiano.** Colombia: Universidad Mariana, 2012.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. **Un paso más hacia la desjudicialización.** file:///C:/Users/Downloads/23739-76423-1-PB.pdf (Consultado el 10 de agosto 2018)

BINDER, Alberto. **Justicia penal y estado de derecho.** Buenos Aires: Ed. Ed. Ad-Hoc, 2004.

BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal.** Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Institucionales del derecho procesal civil.** Buenos Aires: Ed. Librería del Foro, 1996.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carranca y Rivas. **Derecho penal mexicano.** México: Ed. Porrúa, 2014.

CRUZ MARQUÉZ, Beatriz. **La mediación en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de responsabilidad penal de los menores.** <https://criminologiainvestigativa.com>. (Comentado el 5 de agosto de 2018)

FERRAJOLI, Ligi. **Derecho y razón.** Madrid: Ed. Trotta, 2011.

FIERRO FERRÁEZ, Ana Elena. **Manejo de conflicto y mediación.** México: Ed. Oxford, 2011.

FLINT BLANCK, Pinkas. **Negociación integral. Herramienta eficaz para la solución de conflictos y la creación de valor.** Lima: Ed. Grijley, 2003.

FOUCAULT, Michell. **Vigilar y castigar.** Buenos Aires: Ed. Argentina, 2003.

GONZALEZ GÜILL, Julio Alexander. **La acusación alternativa una manifestación de la política criminal del Estado y la doble persecución penal en su aplicación.** Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, 2006.



HIGHTON DE NOLASCO, Elena Inés. **Mediación para resolver conflictos.** Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2005.

JUNCO VARGAS, José Roberto. **La conciliación.** Bogotá, Colombia: Ed. Jurídicas Radas, 2004.

LÓPEZ FAURA, Norma. **La mediación penal con menores infractores.** Buenos Aires: Ed. Depalma, 2008.

MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe. **Evaluación de la justicia alternativa.** México: Ed. Porrúa, 2012.

Mediadores en red. **La mediación penal y los principios procesales.** 2012, <http://www.mediadoresenred.org.ar/publica/efectospsico/dermedpenal/medpenal/medpenal.html>. (consultado el 10 de julio de 2018)

**Medidas desjudicializadoras.** Guatemala: Ed. Instituto de la Defensa Pública Penal. 2003.

**Ministry of justice. Restorative justice: the views of victims and offenders.** <http://www.restorativejusticescotland.org.uk/Restorative.justice.pdf>. (Consultado el 5 de junio de 2018)

MORAS MOM, Jorge. **Manual de derecho procesal penal.** Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 2004.

NEUMAN, Elías. **Mediación y conciliación penal.** Buenos Aires: Ed. Depalma, 2004.

ONFRAY, Michel. **Tratado de anteología.** Barcelona: Ed. ANAGRAMA, 2005.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2000.

PESQUEIRA LEAL, Amalia; Jorge Ortiz Aub. **Mediación asociativa y cambio social**. México: Universidad de Sonora, 2010.

REYES CALDERÓN, José Adolfo. **Diccionario de criminología y criminalística**. Colombia: Ed. Kompas, 2006.

REYES CALDERÓN, José Adolfo. **Mecanismos alternativos de la justicia**. Guatemala: Ed. CAUDAL, 1998.

ROMERO, Santiago. **Características generales de la mediación penal**. Buenos Aires: Ed. Depalma, 2002.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana. **Sistemas alternativos de conflictos**. Madrid: Universidad Antonio de Nebrija, 2013.

SÁNCHEZ GARCÍA, Gilda Lizette. Et.al. **Justicia alternativa**. [http://www.stj-sin.gob.mx/assets/files/masc/articulos/justicia\\_Alternativa\\_una\\_visión\\_panoramica.pdf](http://www.stj-sin.gob.mx/assets/files/masc/articulos/justicia_Alternativa_una_visión_panoramica.pdf). (Consultado el 15 de agosto de 2018)

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. **El nuevo proceso penal**. Perú: Fiscalía de la Nación del Ministerio Público, 2004.

TORRES ESCÁMEZ, Salvador. **Pasado, presente y futuro de la mediación como sistema de solución de conflictos**. <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-30/1243-pasado-presente-y-futuro-de-la-mediacion-como-sistema-de-solucion-de-conflictos-0-34713324471109847>. (Consultado, 10 de agosto 2018)

TOUZARD, Humbert. **La mediación y la solución de conflictos**. Barcelona: Ed. Herder, 1981.

VADO GRAJALES, Luis Octavio. **Medio alternativos de resolución de conflictos**. México: Ed. CEJAMERICAS, 2010.

VALENZUELA, Pedro. **Intermediación y resolución de conflictos violentos.**  
Colombia: Ed. Universidad Javeriana de Colombia, 1998.



VÁSQUEZ SMERILLI, Gabriela. **La reparación del daño producido por un delito; hacia una justicia reparatora.** México: Ed. Anagrama, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio. **Et.al. Comentario a derecho penal.** Parte General. Buenos Aires: Ed. Ediar. Año 2000.

### **Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea nacional Constituyente, 1986.

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

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

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