

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



**LA INCLUSIÓN DEL RESARCIMIENTO A LA
VÍCTIMA COMO PENA EN EL
DELITO DE HOMICIDIO DOLOSO**

RANDOLFO ISAÍ HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

Guatemala, enero de 2019

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

**LA INCLUSIÓN DEL RESARCIMIENTO A LA VÍCTIMA COMO PENA
EN EL DELITO DE HOMICIDIO DOLOSO**

TESIS

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

Por el Licenciado

RANDOLFO ISAÍ HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

Previo a Conferírsele el Grado Académico de

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

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

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

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

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTA:	M. Sc.	Ana María Rodríguez Cortez
VOCAL:	M. Sc.	Edgar Alberto Pérez Cifuentes
SECRETARIA:	M. Sc.	Wendy Angélica Ramírez López

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 23 de Junio del 2018.

Director
Dr. Ovidio David Parra Vela
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Dr. Parra Vela:

Según Acta del Consejo Académico de la reunión Ordinaria celebrada el 31 de mayo del 2017, en el Acta No. 02-2017, Punto CUATRO, inciso 4.3 y de la Acta No. 13-2017, contenida en el Punto CATORCE, inciso 14.10, de fecha 27 de junio del año 2017, se hace de su conocimiento que se ha guiado, elaborado, tutoriado y revisado el informe final de tesis titulado "**La inclusión del resarcimiento a la víctima como pena en el delito de homicidio doloso**" del estudiante Licenciado Randolpho Isai Hernández Enríquez, la cual se enmarca dentro de los contenidos teóricos y metodológicos de la Maestría en Derecho Penal, cuyo proceso se realizó durante los meses de enero a junio de 2018.

Tomando como base el reglamento de tesis de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, este informe cumple con los requisitos establecidos en él, por lo tanto extendiendo el dictamen de aprobación para que el Licenciado Randolpho Isai Hernández Enríquez, pueda continuar con el proceso de tesis.

Así mismo los criterios vertidos en la presente tesis son responsabilidad exclusiva del autor, atentamente,



MSc. Jesús Amparo Herrera López
Docente Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
USAC.



MSc. Dennis Billy Herrera Arita
Docente Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
USAC.

Guatemala, 14 de enero de 2019.

MSc. Luis Ernesto Cáceres
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**LA INCLUSIÓN DEL RESARCIMIENTO A LA VÍCTIMA
COMO PENA EN EL DELITO DE HOMICIDIO DOLOSO**

Esta tesis fue presentada por el Lic. Randolph Isaí Hernández Enríquez, de la Maestría en Derecho Penal de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiada 5456

Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 11 de febrero del dos mil diecinueve.-----

En vista de que el Lic. Randolpho Isai Hernández Enríquez aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 118-2018 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA INCLUSIÓN DEL RESARCIMIENTO A LA VÍCTIMA COMO PENA EN EL DELITO DE HOMICIDIO DOLOSO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

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

Índice



Introducción.....
Capítulo 1
1 Aspectos generales acerca de las penas.....	5
1.1 Contemplaciones preliminares	5
1.2 La pena	8
1.3 Principios que rigen la pena	9
1.3.1 Principio de legalidad.....	10
1.3.2 Principio de proporcionalidad de las penas	14
1.3.3 Principio de humanidad de las penas	16
1.4 Teorías que justifican la pena	18
1.4.1 Teorías absolutas de la pena	19
1.4.2 Teorías relativas de la pena	20
1.4.3 Teorías mixtas o unificadoras de la pena	24
1.4.4 Teoría agnóstica de la pena	26
1.5 Características de la pena.....	27
1.6 Medidas de seguridad.....	34
1.6.1 Finalidad de las medidas de seguridad	35
Capítulo 2.....	36
2 Resarcimiento a la víctima	36
2.1 Victimología.....	36
2.1.1 La moderna victimología.....	38
2.1.2 Objeto de estudio de la moderna victimología	39
2.2 Victimización	40
2.2.1 Víctimas del proceso penal.....	41
2.2.2 La víctima en el derecho procesal penal guatemalteco	42
2.2.3 La pretensión reparadora	46
2.3 El resarcimiento a la víctima	47
2.3.1 El resarcimiento a la víctima en la doctrina y la legislación internacional ...	50
2.3.2 El resarcimiento a la víctima en la legislación guatemalteca	54
Capítulo 3.....	65
3 Sistema de penas de Guatemala	65
3.1 Penas principales.....	65



3.1.1	La pena de muerte	86
3.1.2	La pena de prisión	86
3.1.3	La pena de arresto	86
3.1.4	La pena de multa	86
3.2	Penas accesorias	86
3.2.1	Inhabilitación absoluta	86
3.2.2	Inhabilitación especial	87
3.2.3	El comiso y la pérdida de los objetos o instrumentos del delito	87
3.2.4	Expulsión de extranjeros del territorio nacional	89
3.2.5	Pago de costas y gastos procesales	90
3.2.6	Publicación de la sentencia	91
3.3	Penas neutralizantes	92
Capítulo 4	95
4	Homicidio doloso y la inclusión del resarcimiento a la víctima como su sanción penal	95
4.1	Delito de homicidio doloso	95
4.1.1	Particularidades del delito de homicidio doloso	99
4.1.2	Elemento subjetivo del delito de homicidio doloso	101
4.1.3	Tipo objetivo del delito de homicidio doloso	103
4.2	El resarcimiento a la víctima como tercera vía del derecho penal	105
4.3	El resarcimiento a la víctima en el derecho comparado	110
4.3.1	Legislación colombiana	111
4.3.2	Legislación costarricense	112
4.3.3	Legislación chilena	113
4.3.4	Legislación mexicana	114
4.3.5	Legislación española	115
4.4	El resarcimiento a la víctima como sanción penal en el delito de homicidio doloso	116
4.4.1	Formas de resarcimiento a las víctimas	121
Conclusiones	123
Recomendaciones	125
Referencias	127
Apéndice	134

Introducción



La investigación del tema: “La inclusión del resarcimiento a la víctima como pena en el delito de homicidio doloso” es novedoso, dado que en Guatemala no se ha hecho ningún estudio al respecto. Además, conlleva una amplia explicación, análisis y desarrollo de la acción resarcitoria, utilizándose para el efecto elementos teóricos que la fundamentan y el examen sucinto de algunas legislaciones de derecho comparado.

Es un tema aplicable en el entorno nacional, atendiendo a que no se escapa de la realidad jurídica-penal guatemalteca, que busca trascender progresivamente, en favor del Estado y mayormente de sus habitantes; su aceptación también incide en el hecho de no contravenir ningún precepto constitucional.

Aunado a ello, la necesidad científica de estudiar el presente tema lo constituye el que, en Guatemala, el sistema de penas no ha llenado las expectativas buscadas, se ha perdido el rumbo respecto de la finalidad de las penas, con lo que, el Estado no satisface su función, en cuanto para la víctima es difícil obtener la reparación del daño sufrido. Ante ello, el presente trabajo trata de brindar un aporte valioso, que permitirá conocer cómo influye en el derecho la reparación digna, si se produjera la inclusión del resarcimiento a la víctima como pena en el delito de homicidio doloso.

Ese derecho es aquel cuya finalidad consiste en que la víctima de un delito obtenga la reparación del daño sufrido, efectivizándose en la actualidad, por medio de una acción, que puede ser ejercitada en el marco de un proceso civil o bien dentro del propio procedimiento penal. Ese resarcimiento en el medio guatemalteco, de acuerdo con la normativa adjetiva penal, es conocido como “reparación digna”.

Pese al reconocimiento de la reparación digna a que tiene derecho toda víctima dentro del proceso penal guatemalteco, esta no se hace efectiva, merced de la forma como se encuentra estructurado su ejercicio. Puesto que, la víctima tiene que acreditar el monto de su indemnización, o en su caso los daños y perjuicios, conforme a las reglas probatorias; he allí uno de los impedimentos, por el que generalmente no se ejercita su

cumplimiento, pues las víctimas no son asesoradas por el Ministerio Público para la probanza del monto de indemnización pretendido. Otro aspecto que imposibilita la materialización, lo constituye la situación económica del responsable a reparar el daño; es por ello, que los jueces sentenciadores optan por dejar expedita la vía civil para su ejercicio.



Dicha situación solo empeora, pues, si dentro del proceso penal no puede ejercitarse el derecho a la reparación digna, es menos probable que se haga en la vía civil, especialmente, porque en esa vía la víctima necesita cubrir honorarios profesionales y el trámite se torna más engorroso. De ello emana la importancia del presente estudio, que brindará lineamientos para el efectivo ejercicio del derecho reparador, no como acción per se, porque necesita de un trámite posterior de quien tiene el derecho a ejercitar, sino que emane del propio sistema de penas.

La doctrina por su parte, en atención a lo anterior, ha hecho evolutivo el sistema de penas, en tal contexto, se han creado las penas resarcitorias. De manera que, así como la prisión sustituyó en gran parte la pena de muerte, las resarcitorias superan a aquellas que tienen por objeto la privación de libertad y buscan el resarcimiento a la víctima.

Si bien es cierto, que las diferentes penas buscan el castigo para el responsable de un ilícito penal, Guatemala no es la excepción, pues su sistema de penas regulado en los artículos del 41 al 61 del Código Penal, persigue lo mismo. Sin embargo, no contempla ninguna pena resarcitoria a la víctima, en tal virtud, se desconocen las incidencias que traería su inclusión, por lo que se hace necesario establecer en qué ayuda a las víctimas y al propio sistema penal guatemalteco la inclusión del resarcimiento como pena, específicamente, para el delito de homicidio doloso.

La hipótesis planteada en la presente investigación es: La inclusión del resarcimiento a la víctima como pena en el delito de homicidio doloso, garantizará que las víctimas del delito, obtengan la efectiva restauración del derecho afectado; más, su reincorporación social y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho delictivo.

En ese sentido, el objetivo general fue realizar un estudio jurídico penal para establecer si la inclusión del resarcimiento a la víctima como pena en el delito de homicidio doloso, garantiza que las víctimas del delito obtengan la efectiva restauración del derecho afectado. Asimismo, su reincorporación social y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho delictivo.



Los objetivos específicos de la investigación, se desarrollan en los cuatro capítulos de este trabajo, de la manera siguiente: el capítulo 1, trata aspectos generales acerca de las penas; abordando ciertas contemplaciones preliminares, el tema de la pena, los principios que la rigen, las teorías que la justifican y las características de la pena; asimismo, respecto de las medidas de seguridad.

El capítulo 2, contiene el resarcimiento a la víctima; la victimología y su objeto de estudio, la victimización en términos generales y en el derecho procesal penal guatemalteco. Igualmente, el resarcimiento a la víctima, este último, desde dos enfoques: desde la doctrina y legislación internacional, hasta la legislación guatemalteca.

El capítulo 3, revela el sistema de penas de Guatemala; iniciando por las principales: muerte, prisión, arresto y multa; continuando con las accesorias: inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso y la pérdida de los objetos o instrumentos del delito, expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales y publicación de la sentencia; y finalmente, las penas neutralizantes.

El capítulo 4, puntualiza el tema del homicidio doloso y la inclusión del resarcimiento a la víctima como su sanción penal; pormenorizando, al delito de homicidio doloso, sus particularidades, su elemento subjetivo y el tipo objetivo del delito. También señala, el resarcimiento a la víctima como tercera vía del derecho penal, el resarcimiento a la víctima en el derecho comparado y el resarcimiento a la víctima como sanción penal en el delito de homicidio doloso, enumerando las formas de resarcimiento a las víctimas.

Este último capítulo es de suma importancia, por ser la parte total de esta investigación. También, dadas las circunstancias, pues a pesar del expreso reconocimiento del derecho a la reparación digna, como se comprobó, su efectividad es casi nula, por las circunstancias procedimentales actuales, lo que conlleva a la tesis formulada, para que la víctima del delito de homicidio doloso, no siga soportando únicamente los efectos del delito, sino, que siempre se le restablezca lo más próximo posible, al estado en que se encontraba previo al hecho delictivo.

En la elaboración del presente trabajo se emplearon los métodos generales: analítico, sintético, inductivo y deductivo. Asimismo, respecto del método en el área del derecho se recurrió al realismo, que permitió percibir y analizar, lo que ocurre en relación al tema estudiado, tal como sucede en la realidad.



Capítulo 1

1 Aspectos generales acerca de las penas



1.1 Contemplaciones preliminares

Toda consecuencia penal o sanción está contenida en una norma jurídica, creada principalmente para regular la conducta humana y con la visión de permitir la convivencia entre las distintas personas que conforman la sociedad. Ello porque se toma en consideración que las personas no pueden vivir aisladas en sí mismas, puesto que para alcanzar sus objetivos y satisfacer sus necesidades, necesitan del apoyo de otras personas.

Sin embargo, esa convivencia muchas veces se torna impulsiva, y para controlar la convivencia, surgen normas de cumplimiento obligatorio para todas las personas, que les permite establecerse como miembros de determinada comunidad. El respeto de esas normas es el requisito sine qua non para la convivencia, que debe prevalecer frente a la necesidad del placer, que incita al ser humano a satisfacer por encima de todo y de todos sus inclinaciones. De modo que, el respeto a las normas creadas para tal finalidad, significan los límites a sus instintos y la posibilidad de tener en cuenta a los demás.

La regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad, que se consuma a través de una relación estructural que en la sociología moderna se denomina con el nombre de expectativa (Muñoz, 2001, p. 41).

Lo que significa que cualquier persona espera que otra actúe en el marco de la ley y viceversa. Entonces, la convivencia pacífica se regula a través de un sistema de expectativas, plasmadas en una norma o conjunto de normas jurídicas; no obstante, tales expectativas no siempre pueden ser cumplidas, derivándose de ello el problema de cómo pueden solventarse esas frustraciones, para asegurar la convivencia pacífica. Es allí

donde emerge el sistema sancionatorio a través del sistema jurídico, que será aplicable al momento de provocarse el incumplimiento normativo.



Una parte de esas normas jurídicas se encargan de las conductas que perjudican la convivencia social, sancionándolas por el medio más duro de que dispone el aparato represivo del Estado, la pena. Es entonces donde tiene cabida la norma penal, que espera que no se realice ninguna conducta contemplada como prohibida, y si la misma no es acatada; por el contrario, se realiza la conducta prohibida, busca reaccionar con la imposición de la pena prevista en ella.

En el sentido más aceptado, el derecho penal se conforma de la anexión del conjunto de normas que regulan los supuestos y consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad. Entre sus postulados se describen principalmente las descripciones de conductas delictivas, como el homicidio, las lesiones, el robo, etc., pero también las disposiciones que eximen de responsabilidad penal, de las que se concluye cuando una conducta encuadrable en un tipo penal conlleva la imposición de sanciones penales. Entre las consecuencias se encuentran los preceptos sobre sanciones, que asientan la disposición o configuración de la pena y de la imposición y acatamiento de las medidas de seguridad.

Pena y medida son por tanto el punto de referencia común a todos los preceptos jurídicos penales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones -pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos-, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad (Roxin, 1997, p. 41).

Efectivamente, el objetivo del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos tutelados a través de la norma, por ello al ser lesionados, actúa mediante la imposición de sanciones, tales como una pena o una medida de seguridad. Pues, no todas las personas son meritorias de la misma sanción, aunque la conducta y lesión del bien jurídico sea el mismo, depende de la capacidad o incapacidad del infractor penal.

En cuanto a las penas, las hay de dos categorías: las principales y las accesorias. Las primeras pueden imponerse por sí solas, mientras que para la aplicación de las segundas, es menester la condena por una pena principal, de modo que si alguien es penado por un delito que tiene como consecuencia una pena principal y otra accesorias, obligatoriamente debe ser sancionado por ambas.



Dentro del derecho penal es determinante el contraste existente entre sus dos grandes consecuencias jurídicas –pena y medida de seguridad-, que, relegando instantáneamente los puntos en disputa respecto de la función de cada una, radica en lo siguiente: toda pena admite culpabilidad del sujeto que cometió un hecho en el pasado, por el contrario la medida de seguridad reconoce peligrosidad del sujeto hacia el futuro.

No obstante, debe contemplarse la culpabilidad como presupuesto de la pena. En el delito, la culpabilidad es el reproche que se hace a la persona que ha incurrido en una conducta típica y antijurídica, siempre que tenga la capacidad de determinarse por sus actos, que tiene la potestad de comprender su accionar, si es mayor de edad y se encuentra en el goce de sus facultades mentales y volitivas.

La palabra culpabilidad en el derecho penal tiene varios significados; primero, desde el punto de vista dogmático es una categoría de la teoría del delito integrada por la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de la conducta. Segundo como presupuesto de la pena, o sea con la imposición de la pena y la ponderación de la sanción. Y finalmente como concepto político criminal (Girón, 2012, p. 2).

El conocimiento de la antijuridicidad dispone que se conozca y comprenda la prohibición contemplada en una norma penal. Por su parte, la exigibilidad de la conducta, impone al autor del tipo penal el deber de no actuar en contra de lo que dispone el derecho. Derivado de ello, se entiende que se configura el concepto del delito, solo cuando exista capacidad de culpabilidad -comprensión de la conducta-, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de la conducta. Por el contrario, si no se reúnen esos tres elementos no puede haber delito y mucho menos consecuencia jurídica, pues, la

conducta puede ser típica y antijurídica, pero si la persona no tiene la capacidad de comprender su conducta, si desconoce el contenido de la norma y no le es exigible actuar de forma determinada, de aplicarse una pena, no cumpliría sus fines.



1.2 La pena

Al momento de preguntar sobre la noción de pena se plantea la dificultad de un concepto serio. Pena es el castigo que impone el Estado por la comisión de un hecho delictivo. Lo anterior no denota nada sobre cuál es la naturaleza de ese castigo o por qué o para qué se aplica, la respuesta a esto es uno de los problemas más discutidos de la ciencia del derecho penal.

La pena no nace caprichosamente solo para sancionar la lesión de un bien jurídico protegido, por ello, es necesario encontrar su sentido y objeto, entre otras tantas cosas. Como afirma Muñoz (2001): “Si se quiere conseguir algo de claridad en este asunto, deberán distinguirse, desde el principio, tres aspectos de la pena: su justificación, su sentido y su fin” (p. 70). Lo anterior tiene gran acepción, porque no es suficiente la imposición de una pena sin entender hacia dónde va o para qué se impone, resulta claro justificarla y tener presente su finalidad.

La comisión de un delito por parte de un sujeto que resulta culpable, es lo que determina la responsabilidad penal, pero es de advertir que además de la pena pueden surgir otras consecuencias de la comisión de un delito con ocasión del mismo como es el caso de las medidas de seguridad. Estos no tienen relación con la culpabilidad sino con otros juicios preventivos y también las consecuencias civiles que se derivan del hecho catalogado como delito.

En el derecho penal, la pena es una de las consecuencias jurídicas para las personas imputables y para las inimputables las medidas de seguridad. Otra de las consecuencias, entendida por muchos como una tercera vía, es la reparación a la víctima directa o a sus familiares de sus derechos afectados por el hecho delictivo, pudiendo ser material (el pago de daños y perjuicios), o inmaterial (reparación del daño moral). La pena

es la consecuencia lógica del delito y radica en la privación o restricción de ciertos derechos del trasgresor, debiendo estar anticipadamente establecida en la ley y que es impuesta a través de un debido proceso, en atención del mal causado.



Radica en la privación de derechos a la persona declarada penalmente responsable de un delito. “Consiste la pena en una privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal” (Landrove, 1996, p. 17).

La noción de pena se adecua a la naturaleza misma de la sanción y se encuadra irreprochablemente dentro de los postulados de la Constitución Política de la República. Esta contiene diversas disposiciones relativas a la sanción penal y refiere también la garantía de no ser sometido a cumplir pena que no esté establecida en ley con anterioridad, ni ser condenado en proceso penal sin antes haber sido citado, oído y vencido en juicio.

1.3 Principios que rigen la pena

El principio es la base, fundamento o directriz para la creación, interpretación y aplicación del derecho penal en un Estado de derecho. En Guatemala, los principios que rigen las penas tienen su fundamento en la Constitución Política de la República, en los tratados o convenciones en materia de derechos humanos, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Lo importante resulta ser que el principio impone el deber a todos los sujetos de la comunidad de actuar respetando el valor jurídico contenido en el mismo; su mandato jurídico se traduce en la imposición de un genérico deber de carácter negativo, que prohíbe actuar en contra del valor por el consagrado (Villalta, 2008, p. 8).

Una vez que los principios reflejan en sí esos valores o postulados que la sociedad ostenta en un tiempo y en un espacio determinado, y que rigen un ordenamiento jurídico,

se positivizan en normas jurídicas; lo que implica su incorporación en el derecho fundamentales o en garantías de los mismos. Estos principios, según se indicó, no deben confundirse con las normas jurídicas, por amplias que estas sean, pues tanto las normas como los principios son generales, pero una norma jurídica se establece para un número determinado de actos o hechos y solo rige para ello, por el contrario, un principio comporta una serie indefinida de aplicaciones.

La pena es la consecuencia jurídica del delito, resultado del poder punitivo del Estado, por lo que para evitar injusticias dicho poder es limitado por los principios del derecho penal y de derechos humanos. No obstante, el derecho penal como máxima expresión del poder punitivo del Estado no puede ser absoluto, debe contener límites, en aras de garantizar los derechos de los miembros de la sociedad, para mantener el status de un verdadero Estado de derecho, los que son emanados de la Constitución. Por ello, la Constitución es la primera norma penal, de la cual se deriva el derecho penal garantista o derecho penal de acto y la política criminal del Estado.

De esa cuenta, los principios son el soporte de la seguridad jurídica, no en vano se define a las garantías en un sentido lato, como una especie de cobijo de la dignidad humana, donde cada garantía protege al individuo de la no misericordia de la persecución penal como poder del Estado de reprimir el delito, por lo que en una sociedad democrática, los derechos de la persona, aquellas garantías y el Estado de derecho, conforman un conjunto orientado a favorecer al individuo. Entonces, el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el poder punitivo del Estado se encuentra en la Constitución, denominándosele principios, de lo cual se deriva la importancia de conocer; ¿cuáles son los principios que orientan y limitan el poder punitivo del Estado respecto de la pena? ello para entender cómo funcionan y el momento en que su aplicación puede ser claramente efectiva.

1.3.1 Principio de legalidad

El sometimiento del Estado a la ley representa el elemento fundamental del Estado de derecho. De ese modo se rompió con la idea esencial del Estado absoluto, frente al



poder personal o gobierno de hombres, emerge el gobierno de leyes, siendo su eje el principio de legalidad que somete el ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley, quedando de esa cuenta sujeto el Estado al derecho.



Dentro del derecho penal guatemalteco, el principio de legalidad sustantivo es un enunciado de la democracia, toda vez que, por el principio de reserva de ley, solo el organismo legislativo puede crear leyes penales, debido que como representante del pueblo es el único facultado por la ley para la creación de los tipos penales, incluyendo sus penas.

Está claro que otros organismos del Estado pueden emitir disposiciones legales, pero cuando se trata de normas que prohíban conductas y a cuyo incumplimiento esté asignada una sanción, solo el organismo legislativo tiene esa función. En ese orden de ideas, la única fuente de la ley penal es la ley, soslayando otras fuentes como la jurisprudencia y la costumbre; naciendo de ello, la garantía penal formal que por reserva de ley solo el Estado por medio del organismo legislativo puede crear delitos y penas.

Este principio garantiza que la pena solo puede ser consecuencia de un delito, el mismo debe estar plasmado en una ley con anterioridad a la perpetración del hecho, dado que no pueden asignársele penas a hechos que no constituyan delitos. Solo después de discutir la existencia del delito, por ende la responsabilidad penal, el tribunal colegiado o juez unipersonal de sentencia, puede discutir e imponer la pena.

En ese sentido, juzgar y promover la ejecución de lo juzgado es facultad exclusiva del Organismo Judicial, por lo que las penas solo pueden imponerse por jueces imparciales, independientes que no reciban ningún tipo de presión de los otros organismos del Estado, siempre y cuando se haya respetado el debido proceso. Sobre la ejecución de lo juzgado, esto se hace hasta que la sentencia se encuentra firme, ejecutoriada, al haberse agotado todos los medios de impugnación procedentes o cuando

se ha consentido la sentencia, pasa el plazo de interposición de recurso de amparo y el uso de ellos.



Sirve de freno de la arbitrariedad, control de la tiranía y de los abusos del poder del Estado, está plasmado en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que refiere la no punibilidad de acciones u omisiones que no están calificadas como delito o falta y penas por una ley anterior.

Se puede presentar de dos modos distintos: el primero que los ciudadanos se encuentran en posición de sujeción pasiva frente a la ley, segundo por el contrario, los poderes públicos se hallan sujetos activamente a la ley, es decir, no solo deben no infringirla, sino que deben actuarla, desarrollarla y cumplirla (Villalta, 2008, p. 20).

Lo anterior denota que opera como manifestación de la seguridad jurídica, puesto que sirve de contrapeso a lo incierto, al sostener que no hay delito ni pena sin ley anterior, es aceptado históricamente como una representación de lucha por el derecho. Este principio se origina de una legalidad y del imperio de la misma ley, debiendo responder también a la Constitución y que en materia punitiva debe ser escrito, previo, promulgado a rango de ley y por ende exigible, derivado de lo que la gran mayoría de Constituciones lo establece.

a) Principio de determinación, de certeza y taxatividad

A su vez, puede dividirse en tres. No está específicamente regulado en la legislación guatemalteca, pero del artículo 17 de la Constitución Política de la República, se colige su existencia, puesto que establece que los delitos y las penas deben estar plasmadas en ley, siendo de ese modo alcanzan la efectividad o certeza para ser aplicables de tal manera. “La determinación de las conductas y las penas son garantía de claridad y precisión que deben tener las leyes penales para que no sean inciertas y arbitrarias” (Girón, 2012, p. 8).

La observancia de este principio en todo su contexto, permite al legislador contemplar claramente las conductas calificables como delictivas y sus consecuencias jurídicas, que se traduce en la pena o sanción a imponer. En ese sentido, las normas penales deben tener certeza con la “máxima precisión (lex certa) que defina el principio de taxatividad, tanto en la determinación de la conducta (...), como de la pena a imponer y por la otra, dirigido al juez, exigiendo una aplicación estricta (lex stricta) a la ley cierta” (Gómez, Arroyo, Ferré, Serrano y García, 1996, p. 236).

De modo que el mandamiento de taxatividad presupone la exigencia que el nivel de determinación de la conducta típica sea tal, para que lo prohibido pueda ser conocido por el destinatario de la norma. La aplicación de este principio, impone a los juzgadores el no utilizar la analogía para crear otros tipos penales o penas que no estén reguladas en la ley.

En ese orden de ideas, para el legislador también es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica; esta representación no es otra cosa que el tipo penal, el que debe estar claramente manifestado. Para determinar la tipicidad de una conducta, se debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de determinación, de certeza y taxatividad, para la reclamación de un contenido comprensible, concreto y correcto en la tarea de tipificación de la ley. Puesto que la concepción típica no debe ser vaga, imprecisa, abierta e incompleta, para no permitir ningún tipo de arbitrariedad en su aplicación.

b) Prohibición de analogía

La prohibición de analogía es una derivación del principio de legalidad, robustecida con el principio de reserva de ley, cuya especialidad no permite a los juzgadores la creación de tipos penales, ni aplicar otras sanciones, solo las previstas en la ley penal. Pese a ello, hay casos donde los jueces imponen sanciones no determinadas taxativamente en la ley y se inclinan por aplicar una pena similar, siendo así hay analogía en perjuicio del imputado.

La ley sustantiva penal guatemalteca expresamente prohíbe oponiéndose a la creación de figuras delictivas y aplicación de sanciones no descritas en la ley penal, a este tipo de analogía doctrinariamente se le conoce como *analogía ad malam partem*, pues opera en perjuicio del imputado. Pero sí reconoce la *analogía ad bonam partem*, porque favorece al imputado, en la atenuación de la pena. La exclusión de analogía es necesaria, pues de lo contrario se permitiera la aplicación de sanciones arbitrarias e inhumanas y el abuso de poder.

1.3.2 Principio de proporcionalidad de las penas

La proporcionalidad en sentido preciso exige al juez realizar un juicio de ponderación para la imposición de la pena, observando determinados aspectos como: gravedad de la conducta, grado de afectación del bien jurídico protegido, categoría del bien jurídico afectado, antecedentes del imputado y categóricamente el fin que persigue con esa pena. Ello con el afán, de no aplicar penas que resulten desproporcionadas con la gravedad del hecho.

A ese respecto Carbonell (1999) refiere:

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. Se trata por emplear expresiones propias del análisis económico de derecho, de no aplicar un precio excesivo, para obtener un beneficio inferior (...), no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta (p. 201).

Cobra especial relevancia entender que el derecho penal por principio no puede hacerse extensivo a todos los ámbitos de la vida social donde existan ilícitos. Por el contrario, siendo que se trata del más riguroso instrumento de que dispone el Estado para imponer su ejercicio punitivo, su aplicación está limitado y restringido a aquellos espacios en los que es inevitable su función, a fin de garantizar la adecuada protección de los bienes jurídicos. Por ello, el derecho penal y por ende las penas privativas de libertad constituyen la última *ratio*, a ello debe acudir solo cuando se haya descartado la posibilidad de obtener el fin perseguido a través de medios menos graves.



La proporcionalidad de la pena tiene dos momentos; el primero, cuando el legislador hace la norma, ha de prever que la sanción sea proporcional a la gravedad de la conducta y al daño causado al bien jurídico, y el segundo momento, cuando los jueces después de probada la culpabilidad, ponderan la pena a imponer (Girón, 2012, p. 10).



El criterio anterior denota mucha proximidad con la realidad de la pena, sin embargo, el punto álgido lo constituye la ponderación de la pena atendida por los jueces sentenciadores, al momento de emitir su fallo previa acreditación de la culpabilidad del imputado, por ello el principio analizado es determinante para este momento, en especial, si se hace aplicación de las circunstancias atenuantes o agravantes. Puesto que el legislador al convertir en delito determinada conducta, solo hace una gradación atendiendo al bien jurídico que protegerá la norma, determinando la pena entre un mínimo y un máximo.

En aplicación de este principio, se denota desproporcionalidad en sancionar con la misma pena un acto preparatorio y un delito consumado, constituyendo una barbaridad jurídica, pues, básicamente, se prevé aplicar una pena sin garantías de proporcionalidad; tal el caso del delito de Conspiración, regulado en el artículo 3 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, donde por la conspiración (acto preparatorio) de un delito de asesinato, el autor puede ser acreedor de la misma pena señalada para el delito conspirado, sin que se haya consumado el asesinato, sin haberse puesto en peligro el bien jurídico vida, pero el derecho penal arbitrario adelanta los hechos. Esto es considerado modernamente como derecho penal de tercera velocidad, al penalizar actos preparatorios de un delito con la misma severidad. Claro está, que la función del derecho penal es también preventiva, pero no debe ser con tintes de arbitrariedad.

Para Cancio (2003) esta clasificación de delitos corresponde al derecho penal simbólico, manifestado en su descendiente, el derecho penal del enemigo, donde el Estado dentro de su política criminal, tiene como objetivo dar la impresión tranquilizadora de estar atento y decidido ante la latente criminalidad, que lo conduce a criminalizar

meros actos de comunicación, es decir preparatorios, como los delitos de conspiración.



Es compartible el criterio anterior y aplicable al derecho penal guatemalteco donde no se legisla para una verdadera prevención, sino, para que la población observe que el Estado cumple con la emisión de leyes; haciéndolo con la creación de delitos cuyas penas son desproporcionadas e inhumanas, atendiendo al grado de afectación del bien jurídico, pues muchas de ellas como se apuntó con anterioridad, ni siquiera lo ponen en riesgo de padecer daño.

Guatemala no regula expresamente la proporcionalidad, pero la misma se encuentra plasmada en los artículos 2º de la Constitución Política de la República, que impone al Estado el deber de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad (en este caso la seguridad jurídica) de las personas, y 60 del Código Penal, que conmina a los jueces (unipersonales o tribunal colegiado) determinar ciertos aspectos al momento de fijar o señalar una pena. Lo lamentable es que violenta los artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en esencia sostienen que nadie puede ser sometido a penas crueles, degradantes o inhumanas, como en el caso de las penas desproporcionadas, cuyo ejemplo se citó con antelación.

1.3.3 Principio de humanidad de las penas

Quizá sea este el principio que en mayor medida caracteriza el origen y la evolución del contenido del sistema penal contemporáneo. Nacido de la mano de la reivindicación por la humanización del rigor de las penas previstas en el antiguo derecho penal. Fue parte central del evento de la Ilustración que concretó y representó César Beccaria, siendo fuente de inspiración de la evolución doctrinal posterior, derivado de lo cual gran cantidad de reformas penales se han producido bajo su observancia, por la iluminación de su corriente humanista.

De modo que también el desarrollo social, merced de cambios políticos y jurídicos ha moldeado la pena de diferentes formas, y como se apuntó, ello trajo a colación el análisis de las penas, tomando en cuenta principalmente que los delitos se cometen por seres humanos haciéndose acreedores de una pena. La misma debe ser humanitaria, haciendo prevalecer los derechos humanos, debiendo reconocer siempre que el imputado, es un ser humano con derecho a ser tratado como tal. En ese orden de ideas, la pena debe orientarse a la rehabilitación para que el infractor penal pueda reintegrarse a su comunidad como sujeto de pleno derecho.

El principio de humanidad de las penas orienta hacia un derecho penal humanitario, teniendo como justificante los derechos humanos. A partir de este reconocimiento, surgen los derechos fundamentales plasmados en las Constituciones de los Estados democráticos, más conocidos como derechos humanos, adoptados de tal forma en importantes normas internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos.

En ese sentido, Hernández (1995) afirma: “Por el aspecto negativo, no solo se excluyen las penas crueles infamantes o inhumanitarias, sino también las absolutas, o sea aquellas que no admiten redención o rehabilitación” (p. 466). Esto se ve reflejado en algunas legislaciones de otros países con la abolición de la pena de muerte y la minimización de la pena de prisión, por haberse entendido el carácter humanitario de la pena, cuyo fin principal es la reinserción social del delincuente.

En el caso guatemalteco, pese a regular la pena de muerte (ya no aplicable a ningún delito, por haber sido declarada inconstitucional, pero ansiada por muchos ante el aumento de la criminalidad), y penas privativas de libertad bastante elevadas, con su sistema de penas también busca la readaptación social y la reeducación de los reclusos, aunque sin lograr mayores resultados por su decreciente sistema penitenciario.



Ha habido abolición de penas absolutas como la de muerte, la de mutilaciones y la cadena perpetua, prohibiéndose las penas crueles y degradantes, bajo la premisa de tratar al delincuente como ser humano, evitando la realización de acciones denigrantes a su dignidad. De esa cuenta, en la mayoría de juzgados de primera instancia penal o tribunales de sentencia, se ha sustituido la aplicación de penas por el delito de homicidio culposo por la imposición del criterio de oportunidad; observándose también que en las penas de corta duración se le concede al procesado el beneficio de la suspensión condicional de la pena y en las de mediana duración, se aplica la libertad condicional y otros beneficios penitenciarios, como la libertad anticipada por enfermedad terminal, la reducción del cincuenta por ciento de la pena, etc.

En ese contexto, se promueve la transformación del sistema penitenciario, en el caso guatemalteco desarrollado en el artículo 19 constitucional y la Ley del Régimen Penitenciario, en donde al penado se le reconocen todos sus derechos establecidos en la ley, dentro de ellos el derecho de defensa aun y cuando esté cumpliendo la pena, tomando en consideración la igualdad de las personas frente a la ley y ante la pena y sus fines.

1.4 Teorías que justifican la pena

Mucho se ha estudiado de la pena, ha sido explicada en las corrientes penales de la Antigüedad. Hoy en día, en el moderno derecho penal la pena no ha encontrado su punto culminante; de lo que se han derivado diferentes teorías que justifican la pena. “Las teorías de la pena no son sino puntos de vista que, de una u otra forma, y con trascendentales efectos prácticos intentan legitimar o justificar racionalmente la existencia del derecho penal” (Zugaldia, 1995, p. 9).

Las justificaciones de la pena realizadas a lo largo de la historia han sido diversas y disímiles, a tal grado que uno de los esfuerzos de los penalistas modernos es el de poner orden entre las diferentes doctrinas y brindar con carácter preparatorio una clasificación racionada de las mismas. “Con arreglo a una útil distinción escolástica adelantada por los criminalistas del siglo pasado, las doctrinas de la pena (...) se pueden dividir en dos



grandes categorías: las teorías llamadas absolutas y las llamadas relativas (Ferrejon, 1995, p. 253). Estas teorías no pretenden explicar qué es la pena, sino bajo qué condiciones es legítima la pena, en otras palabras, cuál es el fin de la pena, se les conoce como teorías absolutas, teorías relativas, teorías mixtas y teoría agnóstica de la pena.



1.4.1 Teorías absolutas de la pena

Las teorías absolutas de la pena encuentran su fundamento y su sentido exclusivamente en la retribución. A través de la retribución se hace justicia al culpable de un delito. En este aspecto la pena se excluye de cualquier finalidad y se exterioriza exclusivamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida. Precisamente, esa negativa de disciplinar la aplicación de la pena a determinados fines, es la que ha motivado a considerar esta teoría como absoluta.

Esta fue la posición defendida, desde perspectivas diversas, por KANT y HEGEL. El primero concibió la pena como "imperativo categórico" y, como tal, una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria: la pena no se funda en que sirva a la sociedad, porque el castigo del individuo, que es "fin en sí mismo", no puede instrumentalizarse en favor de fines preventivos ajenos a la proporción con el mal causado. Para HEGEL el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la concordancia de la "voluntad general" representada por el orden jurídico con la "voluntad especial" del delincuente, concordancia quebrada por el delito (Mir, 2003, p. 49).

Lo dispuesto por Hegel también es retribución, la que se consigue negando con la imposición de la pena la negación de la norma; es decir, que el delito es la negación de la norma y la pena la negación del delito, por lo que la pena sería la negación de la negación de la norma. En este diseño la pena se admite solo como reacción que mira al pasado, exclusivamente al delito, y no como herramienta de fines posteriores (Mir, 2003).

Los seguidores de esta teoría consideran que no admite ninguna finalidad; esto no significa que no cumpla ninguna función, puesto que se le atribuye la función de realizar

justicia con el restablecimiento del orden jurídico, en igualdad de condiciones, es decir, que haya equivalencia entre el daño producido y la pena. Es partidaria de la justicia taliónica, pues, la retribución busca algo así como ojo por ojo, muerte por muerte y diente por diente. Lo que no se justifica, porque se combatiría violencia con violencia, sin ningún resultado positivo para el Estado y la sociedad.



Guatemala es partidaria de esta teoría, porque en su ordenamiento jurídico está vigente la pena de muerte y la pena de prisión de cincuenta años para determinados delitos. Constitucionalmente la pena de muerte se encuentra regulada en el artículo 18, y en el Código Penal se encuentra en el artículo 43 como pena principal. Penas consideradas crueles, degradantes y perpetúa en el caso de la prisión, con el efecto preceptuado en los artículos que contemplan la pena de muerte, que aquellas personas a quienes no se les aplique la pena de muerte, no gozarán de la rebaja de penas por ninguna causa.

Lo que denota que al contemplarse la pena de muerte y la no rebaja de la pena de prisión para los delitos de parricidio, asesinato, ejecución extrajudicial, plagio o secuestro y desaparición forzada, Guatemala aplica la teoría absoluta, porque la pena es retribución del daño causado. En este caso, se aparta de la rehabilitación del procesado, busca su muerte o el castigo en la prisión, inobservando los fines del sistema penitenciario plasmados, pese a tener rango constitucional.

1.4.2 Teorías relativas de la pena

Estas teorías se contraponen a las teorías absolutas, ven a la pena para realizar la justicia como un fin en sí misma, sirve al condenado y protege a la sociedad, por medio de la prevención. “La sanción tiene una finalidad tanto en la persona del delincuente como para la sociedad” (Girón, 2012, p. 27). Las teorías relativas son utilitaristas porque consideran y justifican la pena como un fin utilitario en la prevención de futuros delitos. Esta clase de doctrinas se ha dividido a su vez en dos subclases: de la prevención especial, que va dirigida a la persona que ha cometido delito; y de la prevención general,

dirigida a las personas que no han cometido delitos, a la generalidad de la sociedad para que no los cometan, influyendo temor a no delinquir por la consecuencia de la pena.



1.4.2.1 De la prevención especial de la pena

La teoría de la prevención especial, contrario a la teoría absoluta (retributiva) que considera a la pena como retribución por el daño causado por el delito, es una de las teorías relativas que supone que la pena tiene como fin la prevención de delitos, orientada a la persona del delincuente.

Esta tesis se perfeccionó en el tiempo de la Ilustración como teoría independiente de la prevención especial; más tarde fue arrinconada por la teoría de la retribución, pero hacia finales del siglo XIX la "escuela jurídicopenal sociológica" la reavivó de una manera muy influyente hasta hoy (Roxin, 1997, p. 85).

El vocero de dicha teoría fue el político criminal alemán Franz Von Liszt. Según su concepción, la prevención especial consigue asegurar a la sociedad frente a los delincuentes, con el encierro de estos, intimidar al delincuente por medio de la pena, para que no cometa futuros delitos, con lo que este obtiene su corrección y no cae en reincidencia.

Conforme a esto, Liszt, en su denominado Programa de Marburgo (1882), que fue fundamental para su trabajo posterior, exponía un tratamiento de los delincuentes, diferenciado según el tipo de autor: la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore; la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible (Roxin, 1997, p. 86).

Derivado de lo anterior, la tipología de las doctrinas utilitaristas se ha situado con una nueva distinción: la que media entre doctrinas de la prevención especial positiva y doctrinas de la prevención especial negativa. La prevención especial positiva, considera que la pena es un bien para la persona del delincuente, porque tiene como finalidad resocializarlo, reeducarlo o rehabilitarlo, consecuentemente la sociedad se beneficia de

ello, porque al recobrar su libertad el penado y reinsertarse en la misma persona, sin la intención de delinquir.



Por su parte, la prevención especial negativa orienta a la coacción impedir que el actor cometa nuevos actos delictivos. Busca el encierro del delincuente para apartarlo de la sociedad y permitir que esta viva tranquilamente; esta tiene la modalidad de ser considerada un mal para el que sufre la pena y un bien para la sociedad.

Complementando, la teoría preventiva especial, prevé cumplir exactamente el objetivo del derecho penal, porque vela por la protección del individuo y de la sociedad, pero a la vez busca ayudar al autor del delito, pretendiendo no expulsarlo ni marcarlo, sino por el contrario reintegrarlo, exigencias que se plantea el principio del Estado social. Claro está que para lograr tales objetivos, hay un largo, engorroso y a veces insoslayable camino que recorrer, y que no permiten su realización, merced de diferentes aspectos jurídicos, sociales y económicos.

Guatemala incluye en su ordenamiento jurídico la teoría de la prevención especial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y reeducación de los reclusos. Que en la práctica no se de esa finalidad es otro asunto, puesto que los condenados dentro de la prisión generalmente lideran crímenes que tienen lugar fuera de las prisiones y al momento de salir son más delincuentes que antes.

1.4.2.2 De la prevención general de la pena

Contrario a la prevención especial, esta no va orientada hacia la persona del delincuente en especial, sino a la sociedad en general, para que mediante la normativa penal, la pena y ejecución de la misma, se abstengan de incurrir en delitos, y a la vez busca la confianza en el sistema penal.

Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Su

principal representante fue FEUERBACH, consideraba la pena como una coacción psicológica” que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos (Muñoz, 2001, p. 71).



Como se observa esta teoría tiene su fundamento en la persuasión psicológica a través de la ley y la pena, por si el ser humano tiene el impulso de delinquir, aquello produce en la persona una sensación desagradable del mal que puede ocasionarle la pena; por una parte es una intimidación a la colectividad a no realizar delitos, por la otra, al ejecutar la pena en el delincuente, afianza la confianza en el sistema penal. Se le divide al igual que la prevención especial, en positiva y negativa.

La prevención general positiva tiene como función reforzar la creencia y confianza en el sistema penal. “De acuerdo con la cual la pena tiene la misión preventiva de mantener la norma como esquema de orientación, en el sentido de que quienes confían en una norma deben ser confirmados en su confianza” (Jakobs, 1998, p. 32). De acuerdo con Jakobs, esta teoría sirve para reforzar la confianza en el sistema social, porque aduce que la confianza que la sociedad tiene en la norma, solo es un derivado de la misma realidad social (Jakobs, 1998). La prevención general negativa, tiene como mecanismo atemorizar a la sociedad para que no cometa delitos. Tiene la función de conminar a la generalidad para que no realicen conductas que se opongan a la ley; no se le denomina prevención general porque tuviera efectos en gran número de personas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, porque es configuración de la comunicación.

Sin menor duda, Guatemala sigue la teoría de la prevención general negativa, puesto que con el aumento de años de prisión y cantidades de multa, que han sufrido varios tipos penales, se ha pretendido conminar a la sociedad para que algunos de sus integrantes no cometan delitos. Dentro de los delitos que han sufrido expansionismo de penas están los contemplados en la Ley de Armas y Municiones, la Ley Contra la Narcoactividad, Ley contra el Lavado de Dinero y otros Activos y la Ley Contra la Delincuencia Organizada, entre otros. Pero esta política de aumento de penas no ha producido el resultado esperado, es decir, reducir la criminalidad, sino por el contrario,

esta cada día va en aumento, problemática que de ningún modo ha caudado confianza en el sistema penal, por ello, se sostiene que la prevención general positiva no se da en el caso guatemalteco.



1.4.3 Teorías mixtas o unificadoras de la pena

Los seguidores de estas teorías denominan su entendimiento de la legitimación y del fin de la pena como "teoría de la unión", a través de ellas, se pretende unir diversos fundamentos de legitimación y fines. En su disposición principal se considera que la teoría de la unión media entre las teorías absolutas y relativas, dicho de paso, estas teorías consideran a la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena perseguidos en conjunto.

Esto es, combinar la retribución de culpabilidad mediante pena con la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en el autor concreto y la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en potenciales autores de tal modo que en el caso ideal todos los fines de la pena alcancen una relación equilibrada (Jakobs, 1998, p. 9).

De estas se derivan la teoría unificadora retributiva y la teoría unificadora preventiva. Para Girón (2012): "Son útiles para la discusión de la pena a imponer, excepto la unificadora retributiva, sirven de base para la argumentación y fundamentación de la sanción en la sentencia" (p. 29). Ello porque la unificadora retributiva hace acopio del castigo y no busca la prevención.

1.4.3.1 Teoría unificadora retributiva de la pena

Esta teoría persigue, en primer lugar, la retribución como consecuencia de la pena, con la que busca provocar intimidación en la sociedad para que no cometan delitos, en segundo lugar, la rehabilitación y aseguramiento conocido como prevención especial. Depone la finalidad del Estado que es la resocialización del individuo, a quien como

organización social tenía el deber de socializar y no lo consiguió, por ello no es responsable de rehabilitarlo o resocializarlo.



En virtud que esta teoría hace énfasis en la retribución o castigo, no se considera como teoría unificadora, puesto que vela por sus propios ideales, apartándose de los objetivos de la prevención general y especial. En ese sentido, la unificación tendría que actuar simultáneamente persiguiendo el mismo fin, a través de la retribución, la prevención general y la prevención especial.

1.4.3.2 Teoría unificadora preventiva de la pena

Su punto de partida es encontrar el equilibrio entre la prevención general y la prevención especial, para que juntamente examinen los fines de la pena, en aras de buscar el bienestar general y el individual, atendiendo a la función motivadora de la norma penal. “Como un fin exclusivamente preventivo de la pena, no hay conflicto en las prevenciones cuando el condenado acepta voluntariamente la resocialización y se somete a ella, sin embargo pudiera haber conflicto entre estas en la ponderación de la pena” (Girón, 2012, p. 29).

Como se recordará, la finalidad de la prevención general es atemorizar a la sociedad a no cometer delitos y reforzar la confianza en el sistema penal; por el contrario la prevención especial busca por la pena evitar que el actor cometa nuevos delitos y la resocialización y rehabilitación del mismo. En esta teoría la resocialización es el fin de la pena –prevención especial- y a la vez se cumple con la prevención general, no hay cabida a la retribución, pues la esencia de la pena no es retribuir con un mal, puesto que su fin es puramente preventivo.

De modo que al aplicar ambas prevenciones en un caso concreto, habría cierta vacilación por la finalidad de cada una, porque la prevención general exige aumento de pena, para insertar temor en la sociedad. Por el contrario, la especial busca resocializar y busca la pena justa; no obstante, para el caso guatemalteco debe prevalecer la prevención especial, derivado de lo que establece el artículo 19 de la Constitución Política

de la República, recordando que con ello siempre se cumple la prevención general porque no se quebranta la ley y se vigoriza la confianza en la sociedad.



1.4.4 Teoría agnóstica de la pena

A esta teoría se le denomina de tal forma, porque niega los fines de la pena, que hasta antes de ella le fueron atribuidos, tanto en las teorías absolutas como en las relativas.

Se reconoce que, en la gran mayoría de los casos, la pena no puede cumplir ninguna de las funciones manifiestas que se le asignan, y que sus funciones latentes no son conocidas en su totalidad, plegándose a una teoría agnóstica de la pena y del poder punitivo (Zaffaroni, 2002, p. 28).

Zaffaroni (2002) distingue a las teorías retributivas, preventivas –general y especial-, tanto positivas como negativas y mixtas o unificadoras, como teorías idealistas, porque no se materializa el fin de la pena, queda nada más en el tintero o como un aspecto mero teórico. Para él la pena es nada más una instrucción del *ius puniendi* del Estado, carente de todo fin retributivo o preventivo, porque no resocializa ni coacciona a través de la pena a la sociedad para que se abstenga de cometer cualquier clase de delitos; se trata de una medida que solo produce privación de derechos o castigo, que no restituye ni previene.

Esta teoría califica de forma negativa a la pena, es considera el camino a seguir porque permite incorporarse al objetivo del derecho penal y con ello hacer aplicación de las leyes penales, relegando todo lo negativo del derecho penal. Trata de explicar que el incremento de las penas no surte los efectos preventivos, caso contrario no existiera aumento de criminalidad, no cumple las funciones de prevención o rehabilitación, toda vez que las personas una vez condenadas, desde las prisiones dirigen el crimen que se realiza fuera de las cárceles.

No surte efectos la prevención especial negativa como la inocuización o separación de los delincuentes en beneficio de la sociedad, sino que son una carga para la misma

aun cumpliendo las penas que se les impuso. Porque la sociedad aparece de sufrir las consecuencias por la criminalidad que se dirige desde las prisiones, el Estado solo otorga fuertes cantidades de dinero para su funcionamiento, dejando de cubrir necesidades importantes de la colectividad.



No obstante, que la Constitución Política de la República le asigna a la pena un fin rehabilitador, tal situación que no se da, siendo necesario reorientar su función; pues aunque la rehabilitación tenga su fundamento en la Constitución, el Régimen Penitenciario se encuentra debilitado, por no contar con los recursos necesarios - especialmente económicos-, para llevar a la práctica un régimen penal progresivo, porque no existe la posibilidad de su incorporación al faltar los equipos necesarios para ello. Por dicha razón, la pena no cumple su fin rehabilitador o resocializador.

Esta teoría es dable en Guatemala, tomando en consideración la inseguridad existente en las prisiones de cualquier naturaleza, la corrupción que gobierna en cada una de ellas, que además de permitir la perpetración e impunidad de muchos crímenes, ha permitido también la fuga de varios condenados. Siendo el caso que como se ha señalado anteriormente, desde la cárcel los internos dirigen bandas del crimen organizado o bien se convierten en actores intelectuales de muchos actos delictivos.

Poniendo de manifiesto sin mayor análisis que las teorías que explican la pena, que han sido aplicadas en el medio, han quedado cortas, no han surtido ningún efecto, derivándose de tal circunstancia la teoría agnóstica o negativa de la pena; pues las penas en Guatemala han sido efecto del ejercicio punitivo del Estado, pero no ha habido ni retribución, ni prevención.

1.5 Características de la pena

Claro está que atendiendo al estado de una sociedad y su cultura pueden distinguirse varias características respecto de la pena, las que deben apreciarse de manera grupal, contemplan las teorías de la pena sobre las que se legisla y las sanciones

que ponderan los jueces cuando condenan. Además, se observa que la pena impone una relación con los principios del derecho penal, especialmente con los principios que rigen la pena.



a) Personal

A todas luces la pena es personal, pues solo se impone a la persona física, que ha cometido un delito, después de ser declarado responsable penalmente bajo la observancia del debido proceso y aplicación de garantías constitucionales y procesales. La pena no puede imponerse a los familiares o dependientes del infractor, aunque sus efectos sí son sensibles en los cónyuges y los hijos.

No puede ninguna otra persona representar al imputado dentro del proceso penal, aquí no rige la regla de representación legal, por el carácter personalísimo que tiene. Es cierto que el abogado defensor puede representar a su defendido, pero no puede hacerlo en todas las etapas del proceso; de allí, el sentido lógico de imponer medidas de coerción para asegurar la presencia del imputado en el proceso, puesto que sin él, el mismo no tendría lugar.

De tal suerte, la sanción de multa para las personas jurídicas contemplada en el artículo 5 de la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, 13 de la Ley Contra la Narcoactividad y 8 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, no reúne esta característica, pues la imputabilidad solo es atribuible a persona individual y física con edad cumplida de dieciocho años o más.

Aunado a lo anterior, la ley sustantiva penal guatemalteca en el artículo 38 regula, que en lo relativo a las personas jurídicas se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ella, con intervención en el hecho, sin la cual no se hubiere consumado este. Es de tal manera, pues no es justo ni puede imputarse por ejemplo a todos los socios de una sociedad anónima, una conducta típica realizada por el

representante legal de la misma, que se halle dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios, si ellos no tuvieron ninguna participación en el asunto.



En suma, únicamente el infractor de la ley penal, bien a título personal o en el contexto de una persona jurídica como se analizó con anterioridad, puede ser merecedor de la consecuencia jurídica de un delito, previo a ser declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada. Es decir, que no quepa ningún medio de impugnación u otra acción procesal, por el carácter personalísimo de la pena, puesto que la responsabilidad penal no es transmisible o delegable.

b) Útil

No debe confundirse la utilidad de la pena con los fines de la pena, para ello es menester interpretar de manera adecuada las teorías de la pena. Su utilidad radica en procurar que al momento de ejecutarse, la persona que se ha apartado de la norma penal, se convierta en alguien socialmente mejor, resocializado, rehabilitado o reeducado.

“Solo por razones de utilidad confiere el Estado al delincuente, a través del contrato de penitencia, el derecho a ser castigado, es decir, a comprar su permanencia en la comunidad jurídica, pagando con la prestación que implica la pena” (Von, 1994, p. 96). En ese sentido, la utilidad se orienta al individuo porque a través de ella se resocializa y rehabilita, y a la sociedad en primer lugar, porque le permite vivir confiada que el infractor penal es mejor, sin intenciones de volver a delinquir, en segundo lugar, porque sirve de ejemplo a sus integrantes para no contravenir la ley.

c) Necesaria y suficiente

La necesidad de la pena tiene su origen en las teorías de la prevención, desde el punto de vista de la prevención general positiva, si la pena de prisión es mínima no es necesaria, por lo que puede otorgarse un sustituto de la pena de prisión, como la suspensión condicional de la pena, la conmuta o las medidas desjudicializadoras para

evitar llegar a juicio oral y público; por el contrario, desde el punto vista de la prevención general negativa, persigue intimidar a la sociedad para evitar que se cometan delitos.



El término suficiente, no debe confundirse con la proporcionalidad de la pena, puesto que funciona respecto de la cuantificación de la pena dentro de un mínimo y un máximo, tiene que ver con el tiempo para que un penado pueda resocializarse o rehabilitarse, corolario de la prevención especial positiva.

En síntesis, la pena será necesaria y suficiente siempre que cumpla con su finalidad, aspecto en el que será considerada justa, y a ello deberán orientar su mirada las legislaciones modernas, caso contrario pena seguirá siendo sinónimo de castigo como argumento puramente intimidatorio. En ese contexto, no tiene sentido cuando se dispone una pena de prisión conmutable, al considerar innecesaria la pena de prisión, pero por insolvencia del penado, siempre guardará prisión.

d) Pronta e ineludible

El hecho de estar sometido a un proceso penal supone un perjuicio psíquico y económico en la persona del procesado, que se agrava en el supuesto que se le imponga una medida de coerción, por ello, es un derecho básico el que se resuelva su situación jurídica de manera expedita. Esta característica se deriva del principio de ser juzgado en un tiempo razonable, que significa que el procedimiento se dé sin retrasos ilegítimos, debe darse la tan anhelada justicia pronta y cumplida.

De modo que el sistema judicial debe procurar la pronta resolución de los procesos penales para cumplir con el plazo razonable para el juzgamiento de los procesados. De la misma manera, evitar que los condenados eludan las condenas por cualquier motivo que sea, tomando en cuenta las artimañas utilizadas hoy en día.

e) Individualizada

Esta característica tiene mayor relevancia cuando en el proceso se juzga a varios acusados por el mismo o diferente delito, puesto que no puede generalizarse la pena para todos, debe ser individualizada para cada uno. Es cierto que la ley sustantiva penal guatemalteca, regula la prisión dentro de un mínimo y un máximo, de manera general para todos; sin embargo, al imponerse la pena deberá ser individualizada a la persona declarada penalmente responsable.

De forma que en un juicio no debe generalizarse la pena para todos los acusados, pues ante la exigencia de la ponderación, se deben valorar ciertos aspectos personales para determinar la pena justa para cada uno, puesto que no se puede imponer pena igual al autor y al cómplice de un delito. De allí la exigencia de la individualización de la pena.

La ley penal, como toda ley, responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador tipifica hechos; no puede tener a la vista personalidades concretas. Pero como la pena no se impone a hechos sino a personas, y no a personas en abstracto, sino a individuos concretos, se exige su individualización (Mapelli y Terradillos, 1996, p. 52).

Lo anterior se adecua perfectamente al caso guatemalteco, porque el Código Penal en el artículo 65 dispone, que para la fijación de la pena dentro del máximo y el mínimo, debe tenerse en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias agravantes o atenuantes. Ante tal importancia, no podrá dictarse pena similar a cada individuo por la responsabilidad penal de un mismo hecho, si los elementos aplicables para la fijación de la pena, es disímil entre ambos.

f) Proporcionalada

En términos precisos, según las teorías de la pena, esta cumple un fin retributivo o preventivo; en atención al primero, la pena debe ser proporcional al daño causado, en



cuanto al segundo debe ser proporcional a la gravedad del delito. Ambos aspectos son tomados en consideración para la fijación de la pena, de la misma manera que los hechos tienen ventajas para el sujeto que la sufre por decirlo de una manera sencilla.



Al respecto Rojas (s.f.) afirma:

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el derecho penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico (p. 89).

No se comparte la totalidad del criterio de Rojas, puesto que para la sociedad, especialmente para los familiares de la víctima, la muerte dolosa como la muerte culposa tienen la misma trascendencia, en cuanto al grado de afectación al bien jurídico vida. Si la pena se ajustara a tal circunstancia sería desproporcionada para el hecho culposos, en el sentido que en este caso no hay intención de causar daño, porque el hecho nace por imprudencia, negligencia o impericia.

g) Jurídica y judicial

Esta es una consecuencia lógica del principio de legalidad, que promulga que no hay delito ni pena si no hay ley. Por el *ius puniendi* del Estado, debe existir una ley anterior, por el principio de reserva de ley emitida por el órgano legislativo correspondiente, públicamente conocida que determine con certeza y taxativamente la conducta típica y la consecuencia jurídica, dado que la pena es la principal consecuencia jurídica impuesta una vez probada fehacientemente la responsabilidad delictiva.

En ese orden de ideas, solo puede ser impuesta por jueces naturales en el ejercicio de la garantía jurisdiccional, luego de haberse realizado un proceso, de forma independiente e imparcial, respetando los derechos humanos, el debido proceso y el principio de la tutela judicial efectiva; puesto que la inobservancia del debido proceso, de los derechos, principios y garantías constitucionales y procesales, hace incurrir en

injusticia e inseguridad jurídica, resultado del cual una condena de tal naturaleza puede producir sus efectos frente al Estado y a todos los hombres.



h) Pública

Se da esta característica porque la pena nace como resultado del poder estatal dentro del ordenamiento público, constitucional, internacional, penal, procesal y penitenciario. De modo que tanto el legislador cuando crea la norma jurídica, los jueces que al impartir justicia imponen y controlan su ejecución y los miembros que conforman el sistema penitenciario, son funcionarios públicos sujetos a la ley, por ende, la pena es pública.

i) Aflictiva

Girón (2012) afirma: “Respetando los fines de la pena establecidos por las diferentes teorías que la explican, la pena no es premio para el condenado. Aunque la aflicción no es uno de los fines de la pena, sí surte efectos para el penado” (p. 20). Es el caso que aún en su concepción más benévola siempre habrá efectos negativos en la persona que la sufre, del mismo modo en sus familiares. Con el actual funcionamiento del sistema penitenciario, la situación del recluso se agrava por múltiples factores y la pena no cumple su fin rehabilitador; por lo que tampoco puede tenerse como un beneficio para la sociedad.

j) Costosa

Si el trámite de un expediente es oneroso para el Estado, cuanto más lo es la pena, especialmente la de prisión, pues en su ejecución además de la alimentación y otras atenciones para el condenado, debe invertir en los salarios de los funcionarios y empleados que velan por su cumplimiento.

Costo que se ve reflejado en la familia del condenado, porque al encontrarse las cárceles en condiciones de hacinamiento, insalubridad e inseguridad, hay falta de

atención hacia los reclusos, mala alimentación, etc., que ponen en riesgo su salud y seguridad y hasta la vida. Las familias se ven obligados a proporcionarles fondos para que reduzca aunque sea mínimamente esas falencias.



1.6 Medidas de seguridad

Las medidas de seguridad son otra consecuencia jurídica de un delito, distan de la pena, porque son aplicables a las personas inimputables, cuya conducta se encuadra en un injusto penal, pero por el carácter de inimputabilidad no pueden ser merecedoras de ninguna pena –de muerte, de prisión, de arresto o multa-, debido a su incapacidad penal, puesto que al no tener la capacidad de determinarse, en ellos la pena no cumple ningún fin.

Al tenor del artículo 23 del Código Penal de Guatemala, puede solicitarse la inimputabilidad de una persona que al momento de realizar la conducta padezca enfermedad mental, desarrollo psíquico incompleto y trastorno mental transitorio. Las medidas de seguridad tienen su fundamento en la peligrosidad; por ello, mientras la pena es la respuesta a la culpa del autor del delito, la medida de seguridad lo es frente a su peligrosidad, sabida como la posibilidad de que el agente cometa nuevos hechos delictivos. La legislación procesal guatemalteca dispone un procedimiento especial para la imposición de una medida de seguridad, por supuesto, que previamente se tendrá que probar que el autor del hecho realizó una conducta típica y antijurídica, pero no culpable por ausencia de capacidad, como elemento positivo del delito.

“Diferente es la peligrosidad como agravante, como causa para la imposición de la pena de muerte que regula el Código Penal de Guatemala” (Girón, 2012, p. 36). La peligrosidad a que aquí se refiere es relacionada a la inminente realización de una conducta típica y antijurídica que pueda realizar un incapaz o inimputable, por ello es necesaria la aplicación de una medida de seguridad para evitar que sea peligro para la sociedad.

Aquí no tienen cabida las teorías absolutas, sí las preventivas, puesto que buscan la prevención de un futuro daño, con la internación en un centro psiquiátrico, equiparable a la prisión, busca curar, equiparable con resocializar, persigue la tranquilidad y seguridad de la sociedad, para que ninguno de sus miembros sea víctima de una persona inapuntable.



1.6.1 Finalidad de las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad tienen su fundamento en las doctrinas relativas o utilitarias con finalidades preventivas, aunque, como se indicó con anterioridad no en el sentido literal de las mismas, es un efecto de equiparación. Pues al condenado por una medida de seguridad se le dará tratamiento en un hospital psiquiátrico mientras dure el estado peligroso, para curarlo de su enfermedad mental. Por ende, mientras dure en ese hospital estará aislado de la sociedad, por lo que esa medida es equiparable a la prisión; eso para evitar algún posible daño a la sociedad.

El fin de las medidas de seguridad es, por tanto, de tipo preventivo. Dentro del mismo, su cometido primario es en todo caso preventivo especial porque, con la ayuda de la medida de seguridad, se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por ella (...). Así, el internamiento preventivo o de seguridad manifiesta exclusivamente el componente asegurativo de la prevención especial, mientras que en el caso de los hospitales psiquiátricos se colocan ciertamente al mismo nivel los fines de aseguramiento y de resocialización (Roxin, 1997, p. 104).

En ese sentido, la finalidad de las medidas de seguridad es equivalente a la de las penas, pues ambas son consecuencia jurídica de un delito. De allí que la ley adjetiva penal guatemalteca les denomine medidas de seguridad por el fin asegurativo de la prevención especial negativa, y el término corrección por la prevención especial positiva, como efecto de la aplicación del tratamiento para corregir una enfermedad mental, comparable con la resocialización.

Capítulo 2

2 Resarcimiento a la víctima



2.1 Victimología

El tema de la víctima no es nuevo, pues desde el inicio de la humanidad han existido víctimas, por ello puede decirse que todos los seres humanos de una u otra manera, es decir de forma directa o indirecta, han sufrido las consecuencias de una violencia injusta, generalizada y en algunos casos exagerada. Siendo el caso que durante la historia de la humanidad, la víctima ha sido tratada de diferentes formas, teniendo en algunos tiempos un trato justo y en otras etapas un total abandono.

La victimología es la ciencia que estudia la víctima, “entendiendo por ‘víctima’ a todo aquel que sufre un daño por acción u omisión propia o ajena, o por causa fortuita” (Rodríguez, 2002, p. 25). En ese mismo sentido, víctima es la persona que ha resultado damnificada por las consecuencias de un delito, es el sujeto pasivo del delito, sobre quien recaen las consecuencias de un hecho criminal.

Como toda ciencia, no todo está dicho, debido que conforme se penetra más en sus confines, se observa que los límites son distantes. En tal sentido, hasta el propio concepto de victimología está en discusión, su lugar como ciencia autónoma, sus relaciones con las demás ciencias, etcétera.

Derivado de ello, Rodríguez (2002) divide a los autores de la victimología en tres grupos: en el primero agrupa a los tratadistas que otorgan a la victimología una total autonomía científica; en el segundo, a los que la consideran como parte integrante de la criminología; y en el tercero, a los que niegan la autonomía y aun la misma ciencia.

De esta forma, “hoy puede entenderse a la victimología, como a la nueva criminología y definirla como: la ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del crimen, del delincuente, de la víctima, de la política criminal y del control social del

comportamiento desviado” (Núñez de Arco, 2010, p. 40). Si bien es considerada como experimental, la misma ha abarcado amplio terreno alcanzando mucha aplicabilidad, especialmente por la inclusión que hace de la víctima.



Según Marchiori (2006) esta constituye una disciplina, cuyo objetivo principal es el estudio científico de las víctimas del delito, que se encuentra íntimamente relacionada con la criminología. Esta última ciencia que se caracteriza por estudiar y analizar unilateralmente al delito desde el punto de vista del delincuente, dejando por un lado la persona de la víctima, porque históricamente se ha estudiado al autor del delito, en su accionar delictivo y su peligrosidad.

Es compartible el criterio de Marchiori, porque en todos los estudios criminales, la víctima del delito no ha sido considerada, poniéndola en un abandono casi total, relevándola a la marginación y ocultamiento, olvidándose que ella es la persona con mayor resalte en el trío delincuente-delito-víctima. Por ello, en el contexto del moderno estudio criminológico, la victimología surge como una disciplina que se formula aspectos favorecedores orientados a las personas, que sufren el delito y sus consecuencias.

A nivel investigativo, la victimología ha desarrollado el estudio del proceso victimizador en tres aspectos fundamentales: la victimización primaria que viene a ser el proceso dañoso que sufre el ofendido a consecuencia directa del hecho criminal con la consecuencia de estigmatización social; la victimización secundaria consistente en la actuación de las instancias de control social que al intervenir en el caso multiplican o agravan el impacto del delito, y finalmente, la llamada victimización terciaria que involucra el efecto victimizador que el propio sistema penal produce en el infractor de la norma, convirtiéndolo a su vez en una especie de víctima (De la Cruz, 2010, p. 91).

En atención a lo anterior, también ha estudiado a la víctima desde dos categorías: la víctima directa, siendo aquellas personas sobre las que recae el delito y que soportan directamente sus consecuencias, que han sufrido algún daño o cualquier puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de

un hecho delictivo; y la víctima indirecta o colateral, son los familiares o agentes a cargo de la víctima directa que tienen relación inmediata con esta.



Penalmente solo se habla de los delitos, de quiénes los cometen y de cómo deben ser sancionados, poco se ha avanzado respecto del tema de la víctima. Entender que es la parte que sufre las consecuencias de un delito, peor aún, las secuelas de un proceso; no obstante, tímidamente se logra entender quién es la víctima, pero pareciera ser todavía un tabú.

El sistema penal está tan concentrado en el aspecto criminal, es decir, en juzgar al autor de un delito, que ligeramente aparta la mirada para observar a la víctima, como debería apoyarla, entenderla y principalmente como habría de rapársele el daño. Básicamente, se olvida que es la persona que ha sufrido el peso criminal, que enfrenta un trauma de dolor y sufrimiento, puesto que en su mayoría el delito siempre implica violencia, que puede provocar daños devastadores inclusive colaterales.

Como corolario, esta disciplina permite tanto el estudio como el tratamiento de víctimas y familiares de todo tipo de delitos, víctimas directas y colaterales, que la criminología usual ignoraba por centrar su atención en la persona del delincuente. De algún modo, es entendido que la victimología centra su atención primordialmente en las personas más vulnerables, a causa de un delito, por ende, son las primeras que necesitan que se estudie su experiencia traumática, su fuente de malestar y las posibles soluciones, para evitar llevarlas a una revictimización. Este hecho ha llevado a la creación de centros de atención victimológica, contribuyendo con la víctima directa y sus familiares, a ser atendidos por psicólogos y personal calificado, por medio de programas de asistencia.

2.1.1 La moderna victimología

Nace con la finalidad de orientar y hacer diferentes estudios con respecto a la víctima, puesto que la situación de la misma no puede cambiar para bien, si se sigue pensando como en la época de la venganza privada, tomando como base únicamente los elementos víctima-delincuente, o bien estudiarlo solo desde el punto de vista de uno

de ellos. Por ello, debe ser un estudio integral, que incluya a todas las instituciones estatales, así como a las organizaciones privadas y la comunidad en general.



En ese orden de ideas García-Pablos (1996) expone:

El movimiento victimológico persigue una redefinición global del estatus de la víctima y de las relaciones de esta con el delincuente, el sistema legal, la sociedad, los poderes públicos, la acción política. Identificar, en consecuencia, las expectativas de la víctima y la aportación que cabe esperar de los numerosos estudios científicos sobre la misma con pretensiones monetarias, representa una manipulación simplificadora que la realidad empírica desmiente (p. 41).

Lo anterior, porque en el comienzo era una ciencia que se dedicaba únicamente al estudio del delincuente-víctima, con el paso del tiempo fue mutando su campo de estudio, hasta que en la actualidad, no solo se encarga de la relación víctima-agresor, sino también sobre cómo es que una persona llega a convertirse en víctima de un ilícito penal, qué factores se dan en ese proceso y los daños que sufre una persona cuando es objeto de un delito. Del mismo modo, la relación de la víctima con el Estado, a través de las distintas instituciones con las que se relaciona y finalmente sobre el trato brindado por la sociedad.

2.1.2 Objeto de estudio de la moderna victimología

Como se ha venido señalando, la moderna victimología ha ampliado más su campo de acción, en ese sentido, persigue además de la justicia, que la víctima de un delito reciba su resarcimiento, minimizar los efectos del delito por medio de la ayuda psicológica u otra, la no revictimización y el apoyo estatal.

En esos mismos términos Arrecis (2012) expresa:

El objeto de la moderna victimología no consiste únicamente en el estudio de la víctima, sino que exista una reparación a la víctima, que se haga justicia, que se le preste ayuda psicológica, que se le escuche, su resocialización, la no revictimización, la creación de políticas estatales para la prevención del delito (p. 6).

Llama la atención que la moderna victimología busca también la creación de políticas criminales estatales, orientadas a la prevención del delito; con lo cual ya ha habido un avance significativo, dejando atrás la añeja usanza de estudiar al delincuente y de las causas que lo motivan a delinquir.



2.2 Victimización

En términos precisos, la victimización ha sido considerada como el resultado de una conducta antisocial, dirigida a una persona o grupo de personas, o como el medio por el que una persona puede convertirse en sujeto pasivo de un hecho delictivo. El fenómeno victimizante se ha concretizado exclusivamente a la victimización criminal. Puede darse en un determinado momento la autovictimización y también la victimización derivada de un hecho no constitutivo de delito; sin embargo, para efectos del presente estudio, se analizará lo relacionado con la victimización criminal.

Por victimización criminal entenderemos el fenómeno por el cual se deviene víctima por causa de una conducta antisocial. La victimización es un fenómeno por demás complejo, ya que implica un proceso y un resultado, y no puede considerarse en forma única; así, se han establecido tipos de victimización (Rodríguez, 2002, p. 89).

Los tipos de victimización a que se refiere Rodríguez (2002) son: “a) Victimización primaria, es la dirigida contra una persona o individuo en particular. b) Victimización secundaria, es la que padecen grupos específicos o sea una parte de la población. c) Victimización terciaria, dirigida contra la comunidad en general” (p. 90).

El criterio anterior no es compartible, pues se considera que la victimización primaria, es aquella que nace como consecuencia de un hecho delictivo, es la lesión o amenaza al bien jurídico tutelado sufrido por la víctima. Respecto de la victimización secundaria Larrauri (1992), sostiene que es la ocasionada por el sistema penal, al darle seguimiento a un proceso penal, por ello el Estado debe velar para que la víctima no tenga otras afectaciones que en un momento dado la empujen a no buscar justicia.

Por aparte, la victimización terciaria surge luego de finalizar el engorroso proceso penal, cuando la víctima busca la reinserción a su ámbito familiar, laboral y social, aunque pareciera ser lo más sencillo, puede llegar a ser aún más complicado que el mismo proceso.



2.2.1 Víctimas del proceso penal

En los Estados modernos, sus sistemas penales presentan dos peculiaridades: la persecución penal como obra del Estado *-ius puniendi-*, esto es la persecución penal pública de los hechos punibles. Y, además, el principio de legalidad procesal, que impone al ente acusador del Estado, en el caso guatemalteco, el Ministerio Público, atender todos aquellos casos en los cuales se tenga noticia o conocimiento de la comisión de un hecho punible, pudiendo actuar de manera oficiosa.

La persecución delictiva de oficio implica ser iniciada por el Ministerio Público, observando siempre el mandato constitucional, que el interés público prevalece sobre el interés particular. En ese contexto, la gravedad de un hecho calificado como delictivo y el temor a que se haga justicia por mano propia, han justificado la intervención estatal.

La consideración del hecho punible, como hecho que presenta algo más que el daño concreto ocasionado a la víctima, justifica la decisión de castigar y la necesidad de que un órgano estatal lleve adelante la persecución penal. Un conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre el autor del hecho y el Estado. De este modo se expropia del conflicto que pertenece a la víctima (Arrecis, 2012, p. 13).

Al tomar el conflicto como propio el órgano estatal, indirectamente deja a la víctima fuera de la posibilidad del ejercicio de sus derechos, muchas veces olvidándose de ella. De allí surge la denominación de víctimas del proceso penal, entendiéndose como tal a aquellas personas que sufren daño en sus derechos fundamentales, en su dignidad humana y en la obtención de la justicia, debido a la inoperancia del sistema penal.

Teniéndose como responsables directos de ello a los operadores de justicia y a los órganos auxiliares, entre ellos: la Policía Nacional Civil, el Ministerio Público, el Organismo Judicial, los peritos del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, el colapsado sistema penitenciario, etcétera.



2.2.2 La víctima en el derecho procesal penal guatemalteco

Reiterando, el ámbito del derecho penal tradicionalmente ha girado alrededor del imputado y de la justificación de la sanción penal, quedando la víctima relegada. Por ello, las corrientes modernas se han preocupado por los afectados del delito y de cómo pueden tener participación en el proceso.

En ese sentido, la víctima que interesa al presente estudio, es la persona afectada por la comisión de un hecho delictivo; se hace esta aclaración porque también víctima “es la persona que está un año en prisión preventiva y posteriormente es absuelta, o los familiares de un condenado que se ven afectados emocional, económica y psicológicamente por esta situación” (Ministerio Público [MP], 2001, p. 74).

Dentro de la categoría de las víctimas de un delito están: la persona directamente afectada en sus bienes jurídicos por la comisión del delito, la víctima puede ser una persona jurídica en casos de delitos patrimoniales o delitos contra el honor. Asimismo, los familiares de la víctima; estos tienen mayor importancia en los casos donde la víctima directa no puede intervenir personalmente.

Según el artículo 117 del Código Procesal Penal, víctima es la persona que ha sufrido daños, incluidas las lesiones físicas o mentales, el sufrimiento emocional y la pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de un delito. Se incluye además, en su caso, al cónyuge, a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa y/o a la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito, y a las personas que han sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

De la misma manera, la ley sustantiva penal guatemalteca considera como víctimas a los representantes de una sociedad por los delitos cometidos contra los socios respecto a los cometidos por quienes las dirijan, administren o controlen y a las asociaciones en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses.



En la definición legal de víctima el legislador se acerca a las definiciones más completas que aporta la doctrina, con la novedad de abarcar a toda aquella persona que sea alcanzada de forma directa o indirecta por los efectos del delito. Es más, hasta incluye a los terceros que pudieran resultar con daños al asistir a una víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Lo último se considera redundante, puesto que si una persona que procura socorrer a una víctima en peligro y es alcanzada por los efectos del delito, es decir que sufre daños, aunque el hecho no fuere dirigido a su persona; automáticamente se convertiría en víctima directa, por ende se le ubicaría en el primer supuesto de la definición legal citada, en atención a la figura del error en persona.

La norma analizada ubica a la persona que ha sido dañada por un delito, como víctima o agraviada. Establece que, aun cuando no se haya constituido como querellante adhesivo, tiene derecho a ser informada sobre los derechos que le asisten en el procedimiento penal y recibir asistencia médica, psico-social, o cualquier otra que tenga por objeto reducir las secuelas del hecho delictivo.

También, que el Ministerio Público escuche su opinión en el procedimiento, fundamentalmente antes de las decisiones definitivas o de las provisionales que implican clausura o extinción de la persecución penal. A ser informado, conveniente y oportunamente, de las decisiones fiscales y judiciales, e invitado a las audiencias en las que su opinión puede ser vertida.

Lo anterior no se cumple en la práctica, se considera que por el derivado de la excesiva carga de trabajo que soporta cada fiscal incumplimiento no hace incurrir en sanción alguna al fiscal renuente; y víctimas no participan activamente en la prosecución del proceso.



Además, tiene derecho a recibir resarcimiento y/o reparación por los daños recibidos; a recibir protección cuando su integridad física corra peligro, como consecuencia de la persecución penal en contra del sindicado; y a que existan mecanismos que disminuyan los riesgos de victimización secundaria durante el proceso penal. Es el Ministerio Público el obligado a garantizar los derechos de las víctimas antes descritos, por medio de sus órganos correspondientes, pudiendo consecuentemente realizar convenios con instituciones públicas o privadas para el efecto.

Por ello, el Ministerio Público debe dirigir sus acciones tomando en consideración los intereses de la víctima, debiendo brindarle asistencia y respeto. Siendo elemental que dentro de la investigación, el fiscal a cargo trate de tal forma a la víctima, para evitar que la misma se convierta en una segunda agresión en su contra, especialmente, al momento de declarar, para limitar el perjuicio emocional, al recordar hechos dolorosos y revictimizantes. La víctima además de ser escuchada, puede intervenir en el proceso penal interponiendo la denuncia en los delitos de acción pública, en los delitos de acción pública dependiente de instancia particular, la denuncia es requisito indispensable para que el Ministerio Público ejerza la acción penal.

Otras formas de participación las constituyen el hecho de prestar declaración como testigo e intervenir en otras diligencias de investigación, como por ejemplo, reconocimiento médico forense, reconocimientos judiciales, reconstrucción de hechos, reconocimientos en fila de personas, etcétera.

Igualmente, al solicitar la conversión de la acción penal pública en delito de acción privada, al delegar en el Ministerio Público el ejercicio de la acción civil, cuando la víctima sea incapaz o menor de edad, al objetar las instrucciones dadas por el superior jerárquico al fiscal encargado del caso, y objetando la desestimación de la denuncia ante juez

competente. En el procedimiento especial de averiguación, también una víctima colectiva puede constituirse como ente encargado de la investigación, de conformidad con el artículo 467 del Código Procesal Penal.



Del mismo modo, tiene participación al constituirse como querellante adhesivo, pudiendo hacerlo desde la audiencia de primera declaración del imputado, logrando intervenir en la audiencia a continuación del fiscal. En ese sentido, puede interrogar al imputado, pronunciarse sobre la posibilidad de ligarlo a proceso penal, sobre la necesidad de medidas de coerción y sobre el plazo razonable para la investigación, más que una participación un derecho de la víctima, que puede darse exclusivamente en los delitos de acción pública. Porque en los delitos de acción privada, el Ministerio Público no interviene, salvo que la víctima acredite no tener los medios económicos, donde sí obtendrá el patrocinio de dicha entidad. En este caso, la víctima tiene el monopolio de la acción, siguiéndose el procedimiento a través del juicio por delitos de acción privada.

Del contenido del artículo 116 del Código Procesal Penal, se infiere que el Estado también puede ser considerado víctima de algún delito, especialmente en los hechos contra el orden jurídico tributario, en tal virtud, la Administración Tributaria puede constituirse en querellante adhesivo. La función del querellante adhesivo es provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público y su misión es colaborar y coadyuvar con la investigación realizada por este ente.

Pudiendo solicitar cuando lo considere, la práctica y recepción de pruebas anticipadas así como cualquiera otra diligencia prevista en la ley, puede hacer sus solicitudes verbales o por simple oficio dirigido al fiscal a cargo, quien deberá considerarlas y actuar cuando fuere procedente.

En caso el querellante discrepa de la decisión del fiscal podrá acudir ante el juez contralor de la investigación, quien señalará día y hora para la celebración de la audiencia dentro de las veinticuatro horas siguientes para conocer de los hechos y escuchar las razones de ambos y resolver lo procedente sobre las diligencias a practicarse. Teniendo el juez facultad de remitir al Fiscal General y Jefe del Ministerio Público, asuntos relativos

a sustitución de fiscales en el proceso. Todo ello en aras de evitar conflictos entre el querellante, especialmente para evitar la victimización secundaria.



La norma citada, demuestra que el derecho a querellarse no es exclusivo de las víctimas, porque permite que tal derecho pueda ser ejercitado por cualquier ciudadano o asociación de ciudadanos contra funcionarios o empleados públicos que hubieren violado directamente derechos humanos en ejercicio de su función o con ocasión de ella, o cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos que abusen de su cargo.

Los órganos del Estado solamente podrán querellarse por medio del Ministerio Público, pero en la práctica todo ente que conforma el Organismo Ejecutivo, se querella a través de la Procuraduría General de la Nación. Respecto a delitos cometidos en áreas protegidas, se querella el Consejo Nacional de Áreas Protegidas y como ya se hizo notar, en relación con delitos que tengan que ver con lo tributario, se hace a través de la Superintendencia de Administración Tributaria.

La oportunidad de querellarse es siempre antes que el Ministerio Público requiera la apertura a juicio o el sobreseimiento, durante la audiencia intermedia programada para el efecto. Toda petición de acusador adhesivo hecha vencida esa oportunidad, será rechazada sin más trámite. El querellante adhesivo puede actuar únicamente en las fases del proceso hasta la sentencia, no puede actuar en el procedimiento para la ejecución penal.

2.2.3 La pretensión reparadora

La víctima también puede participar en el proceso penal desde un contexto civil, al momento de iniciar la acción civil, que nace del delito, conocida en el derecho penal guatemalteco como reparación digna, una vez dictada la sentencia condenatoria. Dicha acción podrá ejercitarla conjunta o separadamente, es decir, dentro del proceso penal o en la vía civil; pero la acción ejercitada dentro del proceso penal, será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme.

No obstante, es una situación que la mayoría de las víctimas ignoran. Asimismo, les afecta en el sentido económico, y en lugar de recibir compensación económica es sinónimo de gastos, porque para ejercerse la acción civil, tiene que llevarse a cabo un trámite formal y muchas veces burocratizado.



Aunque el artículo 301 del Código Procesal Penal estipule la delegación de la acción civil, desde la denuncia misma, para que el Estado asuma en su nombre el ejercicio de la acción civil proveniente del hecho punible, siendo ejercitada por medio del Ministerio Público no se le da cumplimiento a esta normativa. Ello puesto que son muy pocas las víctimas que saben de este derecho, porque no existen medios de divulgación del mismo, ni el Ministerio Público lo socializa, por lo que viene a ser ineficaz.

La acción reparadora se refiere al ejercicio realizado por la víctima de un delito, en contra del responsable dentro del proceso penal para que le repare el daño ocasionado a consecuencia del ilícito cometido. En la ley adjetiva penal guatemalteca, al instituto de la reparación digna se le denominaba acción civil reparadora, y se ejercitaba por el actor civil, bajo el ordenamiento civil dentro del proceso penal.

Este impulso por medio de la acción civil conllevaba una serie de requisitos para su ejercicio, pues, de conformidad con los artículos del 124 al 134 del Código Procesal Penal –en la actualidad, vigente únicamente el artículo 124 pero con interesantes reformas-, se debían cumplir exigencias para solicitar el pago de una indemnización en concepto de daños y perjuicios. Sin embargo, a partir de las reformas introducidas al Código Procesal Penal con el Decreto número 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, el procedimiento cambió en favor de la víctima del delito, puesto que de alguna manera se hizo más accesible y menos formalista, cumpliendo tímidamente con la obligación del Estado de proporcionar una tutela judicial efectiva.

2.3 El resarcimiento a la víctima

En el derecho penal guatemalteco al resarcimiento a la víctima, ejercitado por la víctima o agraviado a través de la acción reparadora para que se le repare el daño sufrido

como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, se le denomina reparación digna. En ese sentido, es primordial determinar qué es el daño. Al respecto Ossorio (2000) considera que daño, es el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que se causa, o bien el maltrato de una cosa. Además, que el causante del daño incurre en responsabilidad, pudiendo ser civil si se ha causado por un hecho fortuito, un mero accidente, que no conlleve culpa punible ni intención dolosa, o bien puede ser penal, si ha existido imprudencia o negligencia, conocida como culpa punible –en el caso guatemalteco a esta culpa se le agrega otro elemento como la impericia-, o si ha existido intención de producir el daño –dolo-.

Vale hacerse la aclaración que daño es considerado sinónimo de perjuicio, pero jurídicamente significan cosas distintas, “el daño se identifica con el menoscabo o detrimento que sufre en su persona o bienes jurídicos tutelados la víctima (...), el perjuicio son las ganancias lícitas que deja de percibir la víctima u ofendido por la acción dañina” (Coquis, s.f. p. 62).

Entonces, el daño puede considerarse como la destrucción, la ofensa o el dolor causado a una persona, en su patrimonio o valores morales y sociales, que llevan a esa víctima o agraviado por la comisión del delito a cambiar su estado existente antes de que se le haya causado el daño, afectando de tal forma su vida cotidiana y frente a la sociedad en general.

Analizado de un modo somero el concepto de daño, se desarrollará lo correspondiente a la reparación del mismo. De esa cuenta, Bunster (2005) sostiene que la reparación del daño es toda “pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el statu quo anterior y resarcir los perjuicios derivados de su delito” (p. 3307). El criterio anterior tiene mucha ponderación en la realidad guatemalteca, derivado que la reparación del daño, es integral, es decir que busca la reparación del daño y del perjuicio, pero también trata de restablecer a la víctima al estado en que se encontraba antes de la comisión del hecho delictivo.



Fernández (1972) sostiene que: “En los delitos, toda reparación del daño material moral debe resolverse por una indemnización pecuniaria que fija el juez, que hubiera lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito (p. 362). Regularmente, la reparación del daño es por medio de un pago económico que se entrega a la víctima directa o colateral, pues de otra manera no es posible suplir la gravedad del daño sufrido.

Por su parte, Ossorio (2000) expone que la reparación del daño es: “Obligación que al responsable de un daño le corresponde para reponer las cosas en el estado anterior, dentro de lo posible, y para compensar las pérdidas que por ello haya padecido el perjudicado” (p. 865). En tal sentido, la reparación del daño material a las víctimas del delito es como una especie de compensación, con la que algunas veces, se restituye las cosas al estado en que se encontraban antes del delito; todo ello, dependiendo del delito y del bien jurídico tutelado afectado.

Por su parte, López (2005) refiere que la criminología tradicional, estudia el comportamiento criminal, dejando expropiada a la parte afectada de ese comportamiento criminal, es decir a la víctima del delito. Sin embargo, menciona que es dentro de la moderna criminología donde tiene importancia la víctima, siendo merecedora del resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos y a la indemnización material e inmaterial, a que tiene derecho no solo por parte del responsable penalmente, sino también por parte del Estado, que debe responder solidariamente.

Lo anterior es muy positivo respecto de la visibilización de la víctima. No obstante, en el medio guatemalteco, no existe forma que el Estado responda al menos solidariamente en la reparación del daño sufrido en las víctimas, pese a tener responsabilidad, en atención a que su política criminal no permite evitar la comisión de hechos delictivos, por ende, no cumple con sus deberes como lo ordena la Constitución Política de la República de Guatemala.

La clasificación del daño más aceptada es el dividirlo en: daños materiales y daños inmateriales. Por el primero se entiende el deterioro o menoscabo de la cosa afectada,



sea persona o cosa; según el bien jurídico afectado, pudiendo ser la intención física o moral, a través de una lesión un homicidio, o en cosas materiales como el hurto de un bien mueble. Por su parte, el daño inmaterial es aquel intangible, como el daño moral o el daño psicológico.



2.3.1 El resarcimiento a la víctima en la doctrina y la legislación internacional

La doctrina considera el resarcimiento o reparación como tercera vía del derecho penal. A ese respecto Roxin (1997) expone: “La legitimación políticojurídica de la reparación del daño como una ‘tercera vía’ de nuestro sistema de sanciones la proporciona el principio de subsidiariedad” (p. 109). Todo ello porque considera que la reparación del daño de alguna manera contribuye a cumplir los fines de la pena.

Al respecto Joachim (1992), expone:

Da más que hablar de sí, una opinión doctrinal, según la cual la reparación no sería una pena, pero, sin embargo, constituiría una sanción penal independiente. Se la debe considerar como ‘tercera vía’ penal, junto a la pena y a las medidas de corrección y seguridad (p. 62).

El autor anterior considera que la reparación es una tercera vía dentro del derecho penal, porque junto con la pena y las medidas de seguridad y corrección, constituyen la consecuencia jurídica del delito.

La reparación es digna porque además de tener una visión de la víctima o agraviado por el delito como una persona con dignidad y derechos, también se debe incluir dentro de la reparación el proyecto de vida y sus habilidades que hayan sido perjudicadas por el delito. La reparación como vocablo puede tener diferentes modalidades tales como la restitución y la indemnización (Girón, 2017, p. 10).

Parece adecuado lo dispuesto por el autor citado, pues de su contenido se desprende que no únicamente considera dentro de la reparación digna, lo relacionado con los daños y perjuicios, sino que también todo lo concerniente a la restitución de la

víctima o agraviado de alguna manera al estado en que se encontraba previo a sufrir el hecho delictivo, acorde a lo que dispone la legislación procesal penal guatemalteca.



En materia de resarcimiento o reparación nace esta institución de los Derechos Humanos, especialmente de las víctimas de violaciones a estos derechos. En ese orden de ideas, al suscribir los tratados, convenios y pactos los Estados quedan obligados a su cumplimiento y a insertar en la legislación interna el derecho a la reparación, dentro de ellas:

a) Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder

En el marco de la legislación de Naciones Unidas, esta declaración es el primer instrumento que reconoce y define a las víctimas. Asimismo, lo referente a la reparación del daño sufrido, que en sus artículos 1, 2 y 4 contempla que víctimas son las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros.

Asimismo, que en la expresión víctima se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

En el artículo 5 la misma declaración estipula, la obligación de establecer y reforzar, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. Según su artículo 8 ese

resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o perjuicios sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.



b) Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

En el artículo 19 de la declaración en referencia, se regula lo concerniente a la reparación e indemnización a que tienen derecho las víctimas de desaparición forzada y sus familiares. En caso de muerte de la víctima por la desaparición forzada, corresponde a su familia el derecho a la indemnización. Producto de esta declaración se penalizó la conducta de desaparición forzada en Guatemala, regulada en el artículo 201 Ter del Código Penal.

c) Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes

Guatemala aprobó esta convención el 12 de octubre de 1989, por el Decreto número 52-89 del Congreso de la República. Como corolario por medio del Decreto número 58-95 del Congreso del República, se introdujo el artículo 201 Bis al Código Penal guatemalteco, que regula el tipo penal de tortura, pero no le agregó al mismo el derecho a reparación para las víctimas del tal delito. No obstante, acorde al artículo 124 del Código Procesal Penal, la víctima directa o colateral de este delito, tiene derecho a la reparación digna. Según el artículo 14 de esta convención, los Estados parte deben incluir en su legislación, lo referente a la indemnización o reparación del daño, a las víctimas del delito de tortura, pero que la misma sea justa y adecuada. En caso de muerte de la víctima, las personas a su cargo tendrán derechos a la indemnización.

d) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Esta disposición internacional, comúnmente conocida como Estatuto de Roma, fue ratificada por Guatemala el 12 de abril de 2012. Contempla en el artículo 75, la reparación

a las víctimas, reconociendo el establecimiento a los principios aplicables la reparación incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes.



Sobre esa base, la Corte Penal Internacional, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda. Pudiendo dictar también la corte en referencia una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación.

e) Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional

Fue suscrita por la Organización de Naciones Unidas, el 12 de diciembre de 2000, en Palermo, Italia. Por ello es también conocida como la Convención de Palermo. Ratificada por Guatemala por el Decreto Número 37-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

De acuerdo a su artículo 25, todo Estado Parte debe tomar medidas para asistir y proteger a la víctima de los delitos comprendidos en la misma, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación. También, que cada Estado Parte debe establecer procedimientos idóneos que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la misma obtener indemnización y restitución.

f) Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones

Como lo señala Girón (2017), estos principios fueron aprobados por Resolución 2005/30 del Consejo Económico Social de Naciones Unidas, producto de los estudios

realizados por expertos en Derechos Humanos, así como del análisis de la normativa internacional sobre Derechos Humanos, que en el principio y directriz básica número 14 que lleva por epígrafe reparación de los daños sufridos, en los numerales 16 al 23, desarrolla lo relativo a la reparación de los daños sufridos como consecuencia de la violación de Derechos Humanos.



En el numeral 16 dicho principio establece: Los Estados han de procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones. Los numerales del 19 al 23 de dichos principios desarrollan las definiciones de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

En el caso guatemalteco, se ha cumplido con ello, al incluir a la Secretaría contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, como la encargada de administrar el fondo de resarcimiento a la víctima de dichos delitos, según lo regulado en el artículo 68 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

g) Convención interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

En el medio guatemalteco, es también conocida como Convención Belém do Pará. Esta regula en el artículo 7º que los Estados Partes convinieron en prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; y en materia de resarcimiento y reparación, señala el establecimiento de los mecanismos judicial y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo al resarcimiento o reparación del daño. Guatemala aprobó esta convención por medio del Decreto número 69-94 del Congreso de la República de Guatemala, de fecha 15 de diciembre de 1994.

2.3.2 El resarcimiento a la víctima en la legislación guatemalteca

Tal como sucedió hace cierto tiempo, la víctima era expropiada en el aspecto penal, donde tomaba importancia únicamente el imputado y la pena. Por este hecho, el Estado

guatemalteco no se apartó de ello y por muchos años, su legislación se orientó a permitir al procesado el goce de derechos y garantías, tanto de orden sustantivo como procesales. Sin embargo, de la víctima poco se había ocupado, de allí su invisibilización y el hecho de no ser tomada en cuenta dentro del proceso penal.



Como consecuencia de las reformas realizadas al Código Procesal Penal, a través de los Decretos números 18-2010 y 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, se ha incluido en la legislación guatemalteca una mayor protección a la figura de la víctima. El primer gran progreso realizado en amparo de la víctima, se encuentra regulado en el artículo 5 del Código Procesal Penal, con relación a los fines del proceso, que hace énfasis sobre el tratamiento de la víctima, al preceptuar que la víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos.

El contenido de la norma citada permite visualizar que la víctima tiene las mismas facultades que el sindicado, es decir, que se encuentra en posición de igualdad, claro desde perspectivas diferentes, porque la víctima busca justicia y resarcimiento del daño, en cambio, el procesado busca justicia y un debido proceso.

Lo anterior tiene su fuente en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 1º que refiere la protección de la persona y la realización del bien común, el artículo 2º que trata sobre los deberes del Estado, garantizando la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, el artículo 4º que contempla la libertad e igualdad entre todos los seres humanos y derecho a la tutela judicial efectiva que está regulado en el artículo 29, que faculta el libre acceso a los tribunales y dependencias del Estado.

Tutela judicial significa protección de los derechos de las personas a cargo de los jueces y tribunales. Y el término “efectiva”, que produce el efecto deseado, por lo que los derechos y garantías antes mencionados se ejercitan al realizar la petición por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de un ilícito penal.

De esta manera, el Decreto número 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, reformó el artículo 124 del Código Procesal Penal. En este instrumento se otorgó a la reparación digna, que contempla la restauración del derecho afectado, teniendo a la víctima como persona sujeta de derechos contra quien recayó la acción delictiva, a las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios.

Actualmente, la víctima o agraviado, ha cobrado dentro del proceso penal la notabilidad que antes no tenía, y dentro de esa relevancia obtiene la cobertura legal por parte del Estado, para el legítimo restablecimiento de sus derechos afectados y el ejercicio de los derechos procesales que la ley le otorga.

Ese es el criterio de Estrada (2016) al exponer:

Dentro de esa relevancia, va acompañada esa respuesta legal por parte de las autoridades tanto del Organismo Legislativo, al crear leyes en beneficio de ellas, como por parte del Organismo Ejecutivo, para crear una política criminal que aminore las penas de las víctimas, así también por parte del Organismo Judicial, que en última instancia, es a través de sus juzgadores, quienes deben otorgarle la indemnización y restitución que se merece, por haber sido despojada violentamente de sus derechos constitucionales, brindándole las garantías de un proceso penal que le proporcionará la reparación correspondiente a los daños sufridos (p. 31).

De lo anterior, únicamente es menester aclarar, que al tratarse el tema de aminorar las penas de las víctimas, no se refiere a una pena como tal, sino que a todas las consecuencias sufridas, merced de la comisión de un hecho delictivo.

Para Vásquez (2004): “Todo conflicto penal tiene su base en un conflicto social sin resolver, entre un agresor que delinque y una víctima, portadora de un bien jurídico que la norma penal protege” (p. 1). Tomando como base lo anterior, se deduce, que el bien jurídico que la norma penal protege, se extiende a la reparación del daño causado como consecuencia de un delito, sobreviniendo por el deber de cuidado que el Estado está



obligado a brindar a sus habitantes, dentro de una política criminal determinada en cada uno de sus organismos estatales.



2.3.2.1 Legislación guatemalteca aplicable

Según la legislación aplicable, la víctima puede solicitar un resarcimiento económico para su reincorporación social y la reparación de los daños materiales como indemnización, por los daños y perjuicios ocasionados en la comisión de un hecho delictivo, denominándosele doctrinariamente como daño emergente y lucro cesante. Así también, por los daños inmateriales dentro de los cuales están los morales, según el bien jurídico que se haya lesionado, para disfrutar lo más pronto posible del derecho afectado.

Anterior a las reformas realizadas al Código Procesal Penal, por medio del Decreto número 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, al resarcimiento a la víctima se le llamaba reparación privada, ejercitada como acción civil a través del actor civil, y en la actualidad reparación digna. Como se indicó, desde antes de las reformas referidas, ha existido normativa que contemplaba la reparación a los agraviados u ofendidos.

El sistema procesal penal guatemalteco previsto en el actual Código Procesal Penal, contenido en el Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, contemplaba la reparación privada en el Capítulo IV, describiendo la figura de la acción civil y del actor civil, regulados específicamente en los artículos del 124 al 134 -tales artículos están derogados a excepción del 124 que fue reformado y que contempla la figura de la reparación digna-.

En dichas normas se preceptuaba cómo debía actuarse, conteniendo ciertas restricciones dentro de ellas, si se ejercía la acción civil en el proceso penal, no podía ejercitarse posteriormente en la vía civil. Contemplaba el desistimiento y abandono por causas procesales, que estaba en detrimento de los derechos de las víctimas, lo cual quedó derogado en la actualidad, en beneficio de las víctimas; limitaba la actuación y facultades del agraviado dentro del proceso penal, con el agravante de hacer más

onerosa la actuación del actor civil, que debía ser bajo la dirección y propulsión de un profesional del derecho.



Con las reformas realizadas al Código Procesal Penal, se pone de manifiesto que el sistema de justicia anterior tenía sendas debilidades que debían ser resueltas. Ello tomando en cuenta que la aplicación de la justicia es un derecho humano en favor de las víctimas, a quienes también se debe brindar la atención efectiva y debida, tal como quedó plasmado en la reforma de la acción civil y desaparición de la figura del actor civil, al ser innovada a través de la reparación digna, que comprende la restauración del derecho afectado por el delito y la indemnización de los daños y perjuicios; por lo que actualmente se ha buscado cumplir con la atención a la víctima que el Estado está obligado a proporcionar.

Sin embargo, como actualmente se encuentra regulada la reparación digna, aún falta crear mecanismos específicos para ejecutar esa reparación dentro del proceso penal, para que los derechos humanos de las víctimas encuentren una verdadera aplicación de justicia. Por el momento, se debe abordar la legislación correspondiente al tema, dentro de ellos el Código Civil, por cuanto, en esa codificación, está normado lo relativo a los daños y perjuicios, que servirán de base, para las solicitudes dentro del proceso penal.

a) Código Civil

Según el artículo 1434 del Código Civil, los daños son las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse. Lo novedoso que contempla esta norma jurídica, es explicar en qué consisten los daños y perjuicios, para hacer una separación marcada de los mismos, está contenido en la división a que se hizo referencia con anterioridad, sobre el daño emergente y el lucro cesante, indicando que los daños son las pérdidas propiamente que se sufren por la comisión del delito, y los perjuicios son las ganancias que se dejan de percibir por haber sufrido ese daño.

De acuerdo al artículo 1645, de la misma norma legal, toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea doloso o culposo, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Este artículo va de la mano con la doctrina, que refiere sobre la responsabilidad del imputado, por dolo o culpa, enseñando que está obligado a reparar el daño, haciendo la salvedad que no será de esta manera, si el daño se produce por acciones negligentes de la víctima, es decir, que el agraviado haya dado causa al mal causado y que al actor por las circunstancias del hecho le fue imposible evitarlo.

Por su parte, dispone el artículo 1655 de la norma en referencia, que si el daño consiste en lesiones corporales, la víctima tiene derecho al reembolso de los gastos de curación y al pago de los daños o perjuicios que resulten, fijado por el juez en atención a las siguientes circunstancias: 1°. Edad, estado civil, oficio o profesión de la persona que hubiere sido afectada; 2°. Obligación de la víctima de alimentar a las personas que tengan derecho conforme a la ley; y 3°. Posibilidad y capacidad de pago de la parte obligada.

Claramente está fijado en la ley que la persona que cause perjuicio a otro, así como lesiones físicas o morales, está obligado a reparar el daño causado, bajo la observancia por parte del juzgador al momento de resolver respecto de la petición de daños y perjuicios, para preservar la igualdad que, como derecho constitucional, debe prevalecer en toda decisión judicial.

En muchos casos, a la víctima le es difícil demostrar los daños y perjuicios, por ejemplo, cuando acude a algún lugar donde no le proporcionan documentos válidos, como facturas contables para demostrar los gastos de curación. En ese sentido, el criterio debería ser más amplio, claro, siempre previendo que no se vaya a sorprender con la intención de obtener un enriquecimiento indebido.

En la legislación guatemalteca, en lo referente al pago de daños y perjuicios, es a solicitud del agraviado, que se determina el monto de la reparación, la cual debe estar respaldada con prueba debidamente incorporada al proceso, en la fase procesal oportuna, pudiéndose solicitar el daño emergente que es la disminución



del patrimonio ocasionada por los gastos realizados a consecuencia del delito y el lucro cesante, que es la privación de las ganancias lícitas dejadas de percibir (Estrada, 2016, p. 35).



Como afirma Estrada (2016), un ejemplo de responsabilidad civil, que da lugar a la reparación de daños y perjuicios, puede ser un accidente de tránsito, donde la víctima es un taxista que estando estacionado como corresponde es investido por otro vehículo, cuyo conductor pierde el control del mismo por el exceso de velocidad en que lo pilotea. En ese orden de ideas, el taxista tendrá derecho a ser resarcido del valor de los gastos de curación en que ha incurrido por las lesiones corporales o problemas psicológicos y por los daños sufridos en su vehículo -daño emergente-, pero también, se le deberá pagar el importe por los días que no pudo trabajar, o sea lo que dejó de percibir a causa de la colisión -lucro cesante-, en el caso en particular por ser un ingreso variable, tendría que ser en atención al promedio de ingresos diarios del taxista.

El ejemplo anterior, para ser aplicado al proceso penal, bastaría con agregársele el importe económico necesario para que la víctima se reinserte en la sociedad para ejercitar sus derechos como lo hacía hasta antes del suceso, que sumado a los daños y perjuicios, es lo que se conoce como reparación digna.

b) Código Penal

El Código Penal vigente está contenido en el Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, este contempla algunas normas en atención al tema estudiado. Es de hacer notar, que anteriormente, la legislación sustantiva penal, plasmada en el Decreto número 2164 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, también regulaba la reparación civil, estableciendo mecanismos que permitieran hacerlo en el mismo proceso, es decir, la reparación del daño y perjuicio provocado al agraviado por el hecho criminal.

El actual Código Penal recoge en su articulado el tema de los daños y perjuicios derivados de la comisión de un delito. De esa cuenta, en su artículo 112, establece que

64

toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente. Sustantivamente este artículo es el fundamento para que en el marco de un proceso penal, el imputado que obtenga una sentencia condenatoria, es decir, que fue declarado responsable penalmente de un delito, también esté obligado a resarcir a la víctima de los daños y perjuicios ocasionados por la comisión de ese hecho delictivo.

Según el artículo 113 de la norma citada, en caso de ser dos o más responsables civilmente de un delito o falta, se señalará la cuota correspondiente para cada uno. Sin embargo, los autores y los cómplices serán responsables solidariamente entre sí y responderán subsidiariamente de las cuotas que correspondan, no solo a los insolventes de su respectivo grupo, sino también de los insolventes del otro. Teniendo derecho la parte que pago, a repetir con los demás.

Acorde con lo preceptuado en el artículo inmediatamente citado, en el caso que el delito fuere cometido por más de una persona, estas deben responder de manera proporcional. Por ende, será el juez el encargado de fijar la parte alícuota que debe pagar cada uno de los responsables. Lo valioso de este artículo, es el hecho de ordenar que los autores y cómplices deben responder solidariamente entre sí, y que en caso de ser varios los autores y varios los cómplices, también responderán por todos, no importando si son de uno u otro grupo.

Resulta necesario un análisis objetivo de esta norma, porque en principio busca que la reparación civil sea efectiva, por ende en un delito cometido por varias personas, si solo uno tiene la solvencia económica, debe pagar las consecuencias del delito y posteriormente repetir contra los demás. Pretender aplicar en la práctica esto, es un verdadero problema, pues si el solvente cubre toda la responsabilidad civil, pero los demás copartícipes del delito nunca tienen solvencia, en qué momento podría repetir en su contra.

De acuerdo al artículo 119 del Código Penal, la extensión de la responsabilidad civil, comprende: la restitución; la reparación de los daños materiales y morales; y la indemnización de perjuicios. Se encuentra descrito en la norma referida, que la



responsabilidad civil derivada de la comisión de un hecho delictivo, abarca la restitución de la cosa dañada, la reparación de los daños materiales -traducidos en los gastos ocasionados derivados de esa conducta delictiva y dañosa- y los morales, que aunque son impalpables pueden requerirse; así como también la indemnización por los perjuicios originados. En relación con lo anterior, y según el artículo 121 de la misma ley, la reparación debe hacerse valorando la realidad del daño, atendido al precio de la cosa y la afección del agraviado, si constare o pudiere apreciarse. Esta norma conlleva la necesidad de demostrar los daños y los perjuicios, a manera de fijar su importe económico.

En relación con la normativa penal citada López (2005) considera, que el contenido de los artículos del 119 al 121 del Código Penal, le muestran al juzgador, el ensanchamiento de la responsabilidad civil y la medida a seguir, luego de comprobar la reparación del daño, valorando la entidad del daño material, atendiendo al precio de la cosa y la afectación del agraviado. Aunado a ello, las formas o el contenido de la responsabilidad civil, según la legislación penal, comprende la restitución, la reparación de los daños materiales y morales y la indemnización de perjuicios, considerando que la primera, hace referencia a la posibilidad de entregar el bien o la cosa al legítimo poseedor o propietario, con abono de los deterioros y menoscabos que se determinen, la segunda y la tercera, referidas básicamente al resarcimiento del daño ocasionado y a los efectos dejados de percibir.

Dicho autor comprende que la reparación del daño debe ser integral, por ende es indiferente si el imputado tiene o no bienes para responder, que ello no debe ni puede ser obstáculo para solicitarle que se haga responsable de los daños que ha ocasionado. No obstante, debe aplicarse el criterio legal de atender a la capacidad de pago y a las circunstancias personales y patrimoniales del culpable, para que exista un balance o igualdad entre los intereses del condenado y de la víctima.



c) Código Procesal Penal

En Guatemala, la acción civil ejercitada dentro del proceso penal ha sido normada en los anteriores códigos de procedimiento penal, de 1987, de 1889, de 1936 y 1963. Asimismo, en el actual Código Procesal Penal, que data de 1992, en los cuales se contemplaba que los daños y perjuicios correspondía a la reparación privada y se establecía la figura del actor civil.

Los conceptos tanto reparación como resarcimiento, fueron enfocados a ser ejercitados en el contexto del derecho civil, pese a provenir de actos delictivos, lo que significaba un procedimiento burocrático, costoso y oneroso para la víctima, quien además de sufrir un perjuicio material o moral, también tenía que soportar todas las incidencias y gastos que sobrelleva un juicio civil. Entre otros, debía costear los honorarios de un profesional del derecho para auxiliarse de él.

Era notoria la limitación sufrida por la víctima para ejercer la acción civil, aspecto que mejoró con las reformas contenidas en el Decreto número 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, las que tienen como basamento el visibilizar a la víctima y otorgarle una verdadera tutela judicial efectiva. Es así como por medio de dichas reformas, nacen considerables ventajas, traducidas en la obtención de la denominada reparación digna.

La presencia de la figura de la reparación digna, a través de la reforma al artículo 124 del Código Procesal Penal, constituye un hecho favorable para los agraviados, que en el propio proceso penal pueden ejercer la acción de reparación, para obtener la restauración del derecho afectado por el delito y en su caso la indemnización de los daños y perjuicios.

Respecto al ejercicio de la reparación digna, la norma citada establece: La acción reparadora podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria. El juez o tribunal que dicte la sentencia de condena, cuando exista víctima



determinada, en el relato de la sentencia se convocará a los sujetos procesales, a la víctima o agraviado a la audiencia de reparación, la que se llevará a cabo en tercera instancia.



En la audiencia de reparación se deberá acreditar el monto de la indemnización y restitución y, en su caso, los daños y perjuicios conforme a las reglas probatorias y, pronunciarse la decisión inmediatamente en la propia audiencia. Con la decisión de reparación, y la previamente relatada responsabilidad penal y pena, se integra la sentencia escrita.

No obstante lo anterior, en cualquier momento del proceso penal, la víctima o agraviado podrán solicitar al juez o tribunal competente, la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar los bienes suficientes para cubrir el monto de la reparación. La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme. Si la acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil.

Conforme el artículo 278 del Código Procesal Penal, el embargo de bienes, es la única medida cautelar aplicable que permite asegurar los bienes suficientes para cubrir el monto de la reparación digna a que hace referencia el artículo 124 de la ley adjetiva penal citada.

Capítulo 3

3 Sistema de penas de Guatemala



3.1 Penas principales

De acuerdo al artículo 41 del Código Penal, en Guatemala las penas principales son: la de muerte, la de prisión, el arresto y la multa. Estas se dividen según el bien jurídico que se afecta y son las que el legislador ha establecido como mecanismo directo de la penalidad, las mismas deben ser pronunciadas expresamente por el juez en su sentencia, de modo que debe expresarse de manera clara y precisa la naturaleza de la pena, así como también su duración.

Esta clasificación de penas principales se debe en gran manera a que históricamente son las más aceptadas por los Estados, según la naturaleza de cada hecho delictivo, el grado de afectación al bien jurídico protegido por la norma penal y demás aspectos con relación a los fines que persigue la aplicación de la pena.

3.1.1 La pena de muerte

Para Girón (2012) esta pena es un castigo consistente en la privación de la vida a la persona, declarada penalmente responsable por un delito que la incluya como consecuencia jurídica. Siendo de carácter retribucionista, pese a que algunos juristas o políticos la ubiquen en la prevención general, no pudiendo formar parte de ella, porque no influye de manera negativa en la sociedad para evitar la comisión de delitos, por el contrario, fomenta la violencia del Estado en contra del ciudadano.

Con respecto a la pena de muerte, el principio de humanidad impone su abolición en los países, (...) donde existe; pues ni sirve más que otras penas para proteger a la comunidad, ni permite ningún tipo de acción resocializadora sobre el delincuente, ni, desde luego, es necesaria para garantizar la paz (Muñoz, p. 2001, 133).

La pretensión de abolir la pena de muerte se da porque de ninguna manera cumple con algún fin, por el contrario el Estado se torna déspota y tirano ante la sociedad pues de aplicarla se combate mal por mal, aspectos contrarios a la resocialización del delincuente para su reinserción social.



En Guatemala esta pena se encuentra regulada en el artículo 18 de la Constitución Política de la República, que básicamente contempla los casos en que no puede ser aplicada, teniendo estrecha relación con los artículos 41 y 43 del Código Penal, que contemplan la figura de la pena de muerte. El primero la describe como pena principal, el segundo como pena extraordinaria aplicable única y exclusivamente en los casos contemplados en la ley, ejecutable solo después de haberse agotado todos los recursos legales, inaplicable para los delitos políticos, cuando la condena es fundada en presunciones, a varones mayores de sesenta años, a mujeres y las personas cuya extradición se haya concedido bajo esa condición.

En la Época Moderna, en todas las Constituciones de Guatemala se legisló sobre la pena de muerte o sobre situaciones conexas como el indulto y la conmuta a través del recurso de gracia de la pena mayor por la inferior inmediata en la escala de la penalidad cuando la conveniencia pública lo exigiera (Barquín, 2010, p. 95).

Lo anterior denota que el tema de la pena de muerte en Guatemala, desde hace más de un siglo, ha existido como sanción para algunos delitos considerados graves, puesto que la Ley Constitutiva de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 11 de diciembre de 1879, ya prevía la conmuta de la pena de muerte y los indultos, aunque de manera muy generalizada. Aunque legalmente no se ha abolido la pena de muerte, desde el año 2000 no se ha ejecutado con la pena capital a ninguna persona, a consecuencia del vacío legal respecto del recurso de gracia o indulto, porque la Carta Magna vigente no lo incluyó.

Algunos adeptos de la pena de muerte, pensando en la prevención general negativa, la ubican como una sanción que influye en la sociedad para que se abstenga de cometer delitos. Guatemala no se aparta de esto, derivado de ello, se da el aumento

de las penas de prisión y la imposición de la pena capital a otros delitos antes de la ratificación del Pacto de San José.



El expansionismo penal, el derecho penal autoritario y sus políticas de aumento de penas, se da por la reaparición del derecho penal del enemigo, derivado de ello, en Guatemala se reguló la peligrosidad como agravante en los tipos penales de asesinato, parricidio y ejecución extrajudicial. La peligrosidad como agravante para los delitos antes referidos y en caso de muerte de uno de los presidentes de los organismos del Estado, es una expresión del derecho penal autoritario, producto de un poder punitivo irracional. Las consecuencias jurídicas de tal peligrosidad es la pena de muerte.

Tipos penales como estos, aparte de violentar el principio de humanidad, y el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece que la finalidad del sistema penitenciario es la rehabilitación del condenado; de modo que, además de contravenir la norma constitucional citada, impide al condenado rehabilitarse, pues, es obvio que al imponerse la pena de muerte no tendría la oportunidad de rehabilitarse.

En buen momento, fue declarada inconstitucional la agravante de peligrosidad y la disposición que impedía que en caso no se aplicara la pena de muerte para los referidos delitos, no se concedería rebaja de penas; pues de conmutarse la pena capital por la de prisión durante su vigencia, también era inhumana, por considerarse perpetua, tomando en consideración los cincuenta años de duración y el promedio de vida de los guatemaltecos, que prácticamente fallecerían en prisión cumpliendo tal condena.

Esta pena no puede justificarse con la prevención general negativa, puesto que no ayuda a retraer a las personas para que no delincan, ni puede justificarse en la prevención especial negativa, porque la muerte del declarado penalmente responsable no es el medio oportuno, para separar al condenado de la sociedad. Resulta todo lo contrario, por ser una sanción violenta, que contraviene la prevención especial positiva, plasmada en el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque es una pena inhumana, degradante y cruel.

3.1.1.1 La pena de muerte en el Pacto de San José

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José, fue suscrita en el año 1969; sin embargo, Guatemala se adhirió a ella y la ratifica el 30 de marzo de 1978, por medio del Decreto número 6-78 del Congreso de la República de Guatemala, convirtiéndola a partir de tal fecha, como parte del derecho interno. Convención que en su artículo 4 regula el derecho a la vida, por ello, trata de forma abolicionista la pena de muerte, para limitar su imposición.

Contempla que toda persona tiene derecho a que se le respete su vida, la que debe ser protegida por la ley, desde el momento de la concepción, para que a nadie se le prive de manera arbitraria. Para el caso de los países, que al momento de la suscripción de la convención, no habían abolido la pena de muerte, les impuso candados, al permitir su aplicación únicamente para los delitos más graves, pero sin extender su aplicación a otros delitos a los cuales no se aplicase en el momento de su suscripción.

Prohíbe, también, el restablecimiento de la pena capital en los países que la han abolido. Otro aspecto relevante es la restricción que hace respecto a ciertos delitos, al vedar su aplicación a los delitos políticos y comunes conexos con los políticos. Tampoco permite que dicha pena recaiga en personas menores de edad o mayores de setenta años, ni en mujeres embarazadas. Centrando su atención, en imponer el derecho de toda persona condenada con esta pena, a solicitar amnistía, indulto o conmutación de la pena, lo que debe ser concedido en todo caso.

Al analizar el contenido del artículo de la convención citada, fácilmente se determina que el mismo tuvo influencia en la actual Constitución Política de la República de Guatemala, emitida por la Asamblea Nacional Constituyente de 1985, donde se incorporaron derechos humanos y garantías judiciales. En esa época estaba en pleno apogeo el conflicto armado interno, por lo que los derechos humanos se incorporaron en la Carta Magna, con mayor amplitud, como derechos fundamentales del ser humano.



Pese a ello, como se señaló con anterioridad, lo referente a la pena de muerte se reguló en el artículo 18 constitucional, indicándose en el mismo, en que **casos no será** procedente. Estableciéndose la admisibilidad de todos los recursos legales **contra la** sentencia que interponga la pena de muerte. No obstante, el Congreso de la República podrá abolir la pena de muerte.



La regulación de la pena de muerte a nivel constitucional, hace que sea uno de los temas más discutidos y aprovechada especialmente por políticos partidistas en época electoral, y especialmente por los que pretenden instaurar una política judicial eficientista están de acuerdo con dicha sanción (Girón, 2012, p. 76).

El criterio anterior es valedero, puesto que muchos políticos han ganado popularidad al mencionar dentro de sus planes de gobierno la aplicación de la pena de muerte, con la finalidad de obtener la aceptación social. Pese a que es un tema muy complicado, y en la actualidad aunque legalmente no esté abolida esta pena, ya no es aplicable, amén a las sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad, por lo que es como una abolición de hecho.

3.1.1.2 Situación actual de la pena de muerte

Como se apuntó anteriormente, la pena de muerte en Guatemala no se encuentra abolida legalmente, porque aún la regulan, tanto la Constitución Política de la República de Guatemala, como el Código Penal. No obstante, ya está abolida de facto, pues, no es aplicable a ningún tipo penal, ello, en atención a lo resuelto por la Corte de Constitucionalidad, en las sentencias de fechas 11 de febrero de 2016 y 24 de octubre de 2017, dentro de los expedientes 1097-2015 y 5986-2016, respectivamente, que declaró inconstitucional las frases que contenían lo referente a la pena de muerte, específicamente en los artículos 131, 132, 132 Bis, 201, 201 Ter y 383 del Código Penal, y 12 y 52 de la Ley Contra la Narcoactividad. La primera sentencia en referencia, declaró inconstitucional la frase referente a la pena de muerte del artículo 132 del Código Penal.

En cuanto a la vulneración al artículo 17 constitucional, (...) esta Corte estima que el término de peligrosidad contenido en la frase impugnada como elemento decisivo para la imposición de una pena, resulta lesivo al principio de legalidad, por cuanto solo pueden ser punibles las acciones calificadas como delito o falta y penas por ley anterior a su perpetración. Debido a que la peligrosidad constituye una característica endógena cuya naturaleza eventual inherente impide determinar con precisión cuál es el bien jurídico tutelado que podría ser lesionado, la sanción que se imponga estaría vinculada a una conducta hipotética, la que de acuerdo al postulado constitucional citado, no sería punible. Mayor gravedad entraña el que una circunstancia psicobiológica sea relevante para imponer una sanción de la magnitud de la pena de muerte, lo que reflejaría únicamente un serio retroceso en la humanización del sistema represivo de antaño, cuyas rigurosas teorías retributivas veían la pena capital como solución absoluta a la problemática delincencial, criterio que resulta desproporcionado e inaceptable dentro del modelo garantista actual de los derechos fundamentales. En ese sentido, la frase impugnada prevé la imposición de la pena capital con base en las circunstancias personales del imputado y no por el hecho punible concreto en que incurrió, lo que constituye un resabio de la escuela positivista que debe ser superado (Corte de Constitucionalidad [CC], 2016, p. 13-14).

La sentencia citada es pertinente, puesto que como estaba regulada la pena de muerte en el artículo 132 del Código Penal, vulneraba el principio de legalidad, plasmado en el artículo 17 constitucional, porque dejaba abierta la posibilidad, de imponer esa sanción no por el hecho cometido (de acto), sino en atención a la persona (de actor), operando en contra del principio de humanidad. En cuanto a la segunda sentencia en referencia, es la que declaró inconstitucional lo relacionado con la pena de muerte, en los artículos 131, 132 Bis, 201, 201 Ter y 383 del Código Penal, y 12 y 52 de la Ley Contra la Narcoactividad.

Y en tal sentido, la aplicación de la pena de muerte conforme el artículo 4, numeral 2 del referido instrumento internacional en materia de derechos humanos, no puede extenderse a la aplicación de la sanción principal indicada a delitos a los cuales no



se aplicaba antes de la ratificación de la Convención, es decir, existe prohibición de que dicha pena, se extienda en su uso y se imponga respecto a delitos para los cuales no estaba prevista con anterioridad a la ratificación de aquel instrumento, puesto que como lo determinara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Raxcacó Reyes versus Guatemala, (...) se había ampliado la aplicación de la pena de muerte a nuevas acciones no previstas anteriormente (...) Acotado lo anterior, se concluye que los párrafos, frases y literal, tachados de vicio de inconstitucionalidad, (...) para una mejor comprensión de la norma; y que no se pierda el sentido de la misma, al ser posteriores todos a la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y referirse a la pena de muerte, incumpliendo lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente el artículo 4, numeral 2 y por lo tanto, vulnerando lo regulado en los artículos 46 y 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala, deben ser expulsados del ordenamiento jurídico nacional (...) (Corte de Constitucionalidad [CC], 2017, p. 42-44).

Sentencias que tienen su fundamento en el principio de legalidad, plasmado en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en la Convención Americana de Derechos Humanos, que prohíbe la imposición de la pena de muerte a nuevos delitos, es decir, para los delitos no sancionados con dicha pena antes de la suscripción de la convención en referencia. Pese a que Guatemala dejó reserva para los delitos que ya la contemplaban, no significa que pudiese agregársele a otros delitos posteriores a la adhesión de la convención por parte del Estado guatemalteco.

Aunado a ello, también las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Ronald Raxcacó Reyes *versus* Guatemala y Fermín Ramírez *versus* Guatemala, influyeron para que se declarase inconstitucional las frases referidas de los artículos citados. Es por ello, que categóricamente puede aseverarse que la pena de muerte en Guatemala es inaplicable, por haber sido declarada inconstitucional en los delitos que la regulaban, muchos de ellos, estableciendo dicha consecuencia jurídica, posterior a la ratificación del Pacto de San José, en abierta contradicción a lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos.



Posterior a la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de Guatemala, se les impone la pena capital a algunos delitos que no la contemplaban. Por ello, al establecerse la pena de muerte en estos tipos penales, Guatemala contraviene lo dispuesto en el artículo 4.2 de la convención referida. En esta cuenta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Raxcacó Reyes versus Guatemala, ordena a Guatemala dentro de un plazo razonable, modificar el tipo penal de plagio o secuestro en donde asigna la pena de muerte sin muerte de la víctima.

En suma, es una sanción ya no aplicable, y por la prohibición de la Convención Americana de Derechos Humanos, Guatemala ya no podrá asignarla a otros delitos, salvo que decida ya no formar parte de la convención referida, por el carácter abolicionista de la misma; pero enfrentaría un problema, la comunidad internacional se le volcaría. En efecto, todas aquellas personas que estaban condenadas a pena de muerte, resultaron beneficiadas, puesto que con la interposición del recurso de revisión, tendrían la conmutación de la pena, a una pena de prisión.

3.1.2 La pena de prisión

La pena de prisión ha estado presente desde las antiguas civilizaciones, con la salvedad que no se utiliza como hoy en día. Antes era un encierro previo a ser juzgado para la aplicación de la pena de muerte u otras penas corporales; aquellas prisiones eran lugares de verdadero sufrimiento, eran como la prisión preventiva de la actualidad, porque el objeto era asegurar la condena del imputado.

Es común observar, que una vez superada la pena de muerte, en la mayoría de legislaciones penales, todo gira en torno a la pena de prisión o privativa de libertad, y solo en ocasiones excepcionalísimas se incluyen otras penas menos perjudiciales. Por ello, debe tenerse en cuenta que en la justificación de la pena no puede limitarse a una determinada modalidad, tiene que estar presente toda la clasificación de penas. Que las teorías de la pena se hayan preocupado casi en exclusiva de la pena de prisión y



desatendieran al resto de penas, denota que la discusión sobre la legitimación de la pena se ha centrado en la justificación de la ejecución de la pena de prisión.



Afirma Girón (2012), que la prisión surgió en el siglo XVIII, siendo una consecuencia jurídica del delito, consistente en la privación de libertad ambulatoria, por un tiempo determinado, que contempla como fines la resocialización de la persona condenada, cuyos fines pertenecen al mundo del deber ser, porque no se concretizan en nada positivo para la persona que la sufre. Guatemala contempla la pena de prisión como una pena principal, según el artículo 41 del Código Penal, extendiendo su duración desde un mes hasta cincuenta años, esta consiste en el encierro personal en una prisión destinada para el efecto. En el caso de las mujeres, según el artículo 46 de la norma citada, cumplirán su encierro personal en establecimientos especiales; pero cuando estuvieren embarazadas o dentro de los cuarenta días siguientes a su parto, y los centros de cumplimiento de condena para mujeres, no tuvieren las condiciones necesarias para atender a aquellas, serán remitidas a un centro de salud adecuado, bajo custodia por el tiempo que sea necesario.

Por su parte, el artículo 44 del Código Penal, describe en qué consiste esta consecuencia jurídica, su duración, asimismo, lo referente al derecho a obtener rebaja de pena, durante las tres cuartas partes de la condena, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma penal. En ese sentido, a una persona que cumpla condena, se le pondrá en libertad para gozar de dicho beneficio; sin embargo, si cometiere nuevo delito deberá cumplir el resto de la pena y la que corresponda al nuevo delito. Son merecedores de esa rebaja los reos que observan buena conducta, no cometen nuevo delito y no infringen gravemente los reglamentos del centro carcelario en que cumpla la condena.

3.1.2.1 Sustitutivos de la pena de prisión

Se les considera como alternativas de la prisión, son mecanismos contemplados en los códigos sustantivos o procesales, que por política criminal, sustituyen la prisión, pero así como la prisión sustituyó a la pena de muerte, por ello, se les considera alternativas

de las alternativas. El objetivo principal es evitar que las personas condenadas por delitos menos graves, vayan a prisión y en vez de resocializarse se criminalicen en muchos casos son aplicables para que la víctima obtenga el resarcimiento a sus derechos violentados, como consecuencia de la comisión del delito.



El modelo acusatorio implementado en Guatemala, contempla el principio de oportunidad, del que se derivan el criterio de oportunidad y la suspensión condicional de la persecución penal, como medidas desjudicializadoras. Estas, luego de indemnizar a la víctima de un delito, pueden aplicarse a un caso concreto, o cuando el agraviado sea el Estado o la sociedad, puede aplicarse también, imponiéndose en el caso del criterio de oportunidad ciertas reglas o prohibiciones, en el caso de la suspensión condicional de la persecución penal el cumplimiento de una condición, para lo cual se señala un determinado plazo de prueba.

El Código Penal en el artículo 72 contempla otra alternativa a la pena de prisión. Es la institución penal denominada suspensión condicional de la pena; esta se diferencia de la suspensión condicional de la persecución penal, porque en la primera, el beneficiado, necesariamente tiene que haber sido condenado, pero que la pena de prisión no exceda de tres años, suspensión que puede darse por un tiempo no menor de dos ni mayor de cinco años.

Este beneficio ha dado muy buenos resultados especialmente en los delitos que tienen asignada la pena de prisión, sin embargo, en la práctica cuando hay penas mixtas, algunos jueces ordenan que primero se pague la multa para que pueda gozar de la suspensión condicional de la pena de prisión (Girón, 2012, p. 88).

También en la Ley Contra la Narcoactividad, específicamente en el artículo 14, el legislador incluyó la suspensión condicional del cumplimiento de las penas, concretamente cuando la pena se torne inútil o inconveniente, pudiéndose agregar abstenciones. Aunque la ley no lo contenga expresamente, por analogía, podría aplicarse en beneficio de los condenados para los demás delitos que contemplan penas inclusive

menor que las contempladas en la norma referida, por supuesto velando por el cumplimiento de los requisitos del artículo 72 del Código Penal.



3.1.2.2 La conmuta de la pena de prisión

La conmuta es otra forma de sustituir la pena de prisión. Según el artículo 50 del Código Penal, la pena de prisión puede ser conmutada, pero para ser acreedora de la conmuta, la misma no debe superar los cinco años, esta, se regula entre un mínimo de cinco quetzales y un máximo de cien quetzales por cada día de prisión, atendiendo a las circunstancias del hecho y a las condiciones económicas del condenado. Este beneficio cobra importancia para la persona declarada penalmente responsable, porque no tendrá que perder su libertad, bastará hacer efectivo el pago de la conmuta, que generalmente se calcula en un mínimo de cinco quetzales por cada día de prisión; solo en casos excepcionales se calcula en el máximo de cien quetzales.

Tomando en consideración, que una de las características del derecho penal es el ser selectivo, para la conmuta se debería imponer la cantidad de dinero menor, salvo casos excepcionales, todo ello en atención a las personas de pocos recursos económicos. Lamentablemente, estas alternativas de la prisión, no siempre son aplicadas, porque la ley determina en qué delitos son aplicables; pero por el principio de humanidad y para evitar la criminalización, se debería ampliar su aplicación para la mayoría de delitos, con el requisito primordial, de cubrir previamente a la víctima lo relativo a la reparación por el daño sufrido, como consecuencia del hecho delictivo.

Pese a lo anterior, este beneficio de la conmuta es muy limitado; pues de acuerdo al artículo 51 del Código Penal, no puede otorgarse a los reincidentes y delincuentes habituales, a los condenados por hurto o robo, cuando la ley lo prohíba expresamente, cuando se establezca peligrosidad social en el penado, a los delitos sexuales y los delitos en contra el régimen jurídico tributario. Este artículo como bien lo señala Girón (2012), es derecho penal arbitrario, pues no aplica la conmuta en sustitución de la prisión, puesto que va dirigido a la persona y no a la conducta realizada, tal el caso de la reincidencia, la habitualidad y la peligrosidad social. En este último caso, en contra del mismo principio

de legalidad, pues no está establecida plenamente la conducta peligrosa que hace referencia; asimismo, olvidando que para el peligroso social están en juego la seguridad y no la prisión.



Por otra parte, la ampliación de tal prohibición para los delitos sexuales, concretamente: violación, agresión sexual, y para dichos delitos con agravación de la pena, estaba demás, pues, en tales delitos, a excepción de la agresión sexual, la pena mínima excede de cinco años de prisión. En el caso de los delitos contra el régimen jurídico tributario, obliga al penado a cumplir la condena con prisión, más al pago de la multa, lo que puede influir en la criminalización del penado, en relación con otros hechos en contra de la ley penal.

3.1.3 La pena de arresto

Como expone Fajardo (2007), al igual que las otras penas restrictivas de libertad, esta, también ha figurado a través de la historia. En el derecho romano, la práctica de este tipo de sanción, como una de las penas principales de la época, enseña cómo dicha pena se encontraba en esa legislación. El derecho germánico y el canónico regularon igualmente esta sanción. La política criminal, en su ferviente labor de erradicar poco a poco lo antiguo y desuso, se ha volcado en contra de las penas cortas de privación de libertad, y hoy nadie discute que las mentadas sanciones, más que beneficiar perjudican gravemente.

Pues, el ambiente hostil de los centros penitenciarios hace que las personas al entrar en ellos, en vez de corregirse, se vean influenciados por el mal vivir de otras personas consideradas profesionales en la criminalidad. De esa cuenta, las estadísticas demuestran que las reincidencias se dan principalmente en los casos de penas cortas. Sobre la pena de arresto Cuello (1975) expone: “Es la pena privativa de libertad que, como su nombre lo dice, tiende a privar al penado de su libertad de acción, recluyéndole y sometiéndole a un régimen determinado” (p. 329).

De acuerdo con el artículo 45 del Código Penal, la pena de arresto consiste en la privación de la libertad personal hasta por sesenta días; siendo aplicable a los responsables por la comisión de una falta, debiendo cumplirse en lugares distintos al cumplimiento de la pena de prisión. La Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 10 establece la separación de reclusos al garantizar que las personas aprehendidas por la autoridad no podrán ser conducidas a lugares de detención, arresto o prisión diferentes a los que están legal y públicamente destinados al efecto. Aunado a ello, establece que los centros de detención provisional serán diferentes a aquellos en los cuales han de cumplirse las condenas.

Sin embargo, es imperativo hacer notar que en Guatemala no existe aún una separación exhaustiva de los centros carcelarios, pues únicamente los aplica por razón de sexo, edad y de prisión preventiva y condena, lo cual favorece y estimula que las cárceles sean universidades del delito, y que en muchos casos en lugar de rehabilitar al delincuente influya o incluso estimule su antisociabilidad, ya que los condenados deben organizarse y recluirse según sus características, para lograr alcanzar los fines de la pena (Morán, 2010, p. 62).

Es palpable que, el cumplimiento de la pena de arresto, en lugares distintos no es aplicable, porque ante la falta de estos lugares, quienes son detenidos por la comisión de faltas, son llevados a los centros preventivos donde se guardan los detenidos por la comisión de hechos delictivos; poniendo en riesgo su criminalización. Esta pena se calcula por días, contrario a la de prisión que se computa por meses y años. Como se desprende de lo anterior, la pena de arresto es una sanción producto de un hecho tipificado como falta, cuya diferencia con la pena de prisión es más que el tiempo de reclusión del condenado.

El arresto también es conmutable, según el artículo 50 del Código Penal anteriormente citado, en caso el condenado a cumplir pena de arresto no hiciere efectiva la conmuta, deberá cumplir su pena en lugar distinto a los centros de cumplimiento de condena. La conmuta de la pena de arresto, se calcula de la misma forma que se hace con la pena de prisión, es decir dentro de un mínimo de cinco a un máximo de cien



quetzales por cada día de arresto. Esta pena por regla general se conmuta atendiendo a los aspectos económicos del que deba cumplirla, en contadas oportunidades se cumple con privación de libertad, cuando el condenado a dicha pena no tiene la posibilidad económica, para cubrir la conmuta.



Pena que por cuestiones de competencia por razón de la materia, le corresponde a los jueces de paz su aplicación, en atención a que ellos, son los llamados legalmente a juzgar las faltas, a través del procedimiento especial contenido en el Código Procesal Penal, el juicio de faltas, que tiene cierta semejanza con el proceso común, de manera que se tiene que respetar el debido proceso, el principio de legalidad y todos los demás aspectos legales. Además, otorgársele la oportunidad al infractor para que se defienda de la acusación, para respetar su presunción de inocencia y el derecho de defensa reconocidos en los artículos 12 y 14 de la constitución Política de la República de Guatemala; respecto de la prueba debe ser obtenida e incorporada al proceso por los mecanismos legales, y diligenciada como en el debate.

Para la determinación de la responsabilidad penal respecto de una falta, debe verificarse que la conducta se encuentre previamente contenida en una norma penal, pues al igual que los delitos, debe estar plasmada en la ley antes de la realización de la conducta que haga incurrir en ella, y traer la consecuencia jurídica, que es la aplicación de la respectiva sanción penal, es decir, la pena de arresto y su respectiva conmuta si fuere procedente. Dentro de las faltas, en las que más se incurre, es en el escándalo en vía pública y faltarle el respeto a la autoridad. En el caso de esta última, se incurre en ella, siempre que el hecho no sea de tanta gravedad, porque de lo contrario se incurriría en los delitos de atentado o resistencia.

3.1.3.1 Ejecución de la pena de arresto

La ejecución penal resulta siendo el medio adecuado para alcanzar los fines del derecho penal, tan importante dentro del proceso, como el juicio en sí, puesto que esta etapa procesal consiste en el cumplimiento de la pena por parte del condenado y la observancia de su cumplimiento por un juez, una vez emitida la sentencia condenatoria

por un juez natural y agotada toda solicitud procedente en esta etapa, incluida la revisión de revisión.



Aquí es donde el juez encargado, señala el establecimiento penitenciario al que el condenado, por una falta, debe cumplirla; esta última etapa del procedimiento se encuentra a cargo de órganos específicos, denominados Juzgados de Ejecución. De esta manera, se excluye a la defensa del condenado de la función de vigilar la ejecución, pero sin restringírsele su derecho de defensa; pues en cualquier momento puede valerse de él, para requerir reducción de la pena, la pena de arresto solo podrá ser ejecutada cuando la condena se encuentre firme. Lo anterior, de conformidad con las garantías constitucionales de publicidad, audiencia, de defensa y debido proceso, que hace prevalecer el mandato constitucional que nadie puede ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en juicio y ante juez competente.

El juez de ejecución es el encargado de finalizar el proceso iniciado por el juez de paz, luego de la fijación y determinación de la pena, la que deberá ser confirmada por el juez a cargo de la ejecución de la pena. En cuanto a la imposición de la pena, es un hecho que consiste en el análisis material que el juzgador hace de cada caso en particular, con el objeto de respetar el principio de legalidad, para así impartir una sanción justa a cada caso concreto.

El objetivo primordial de la pena de arresto, de acuerdo con la Constitución Política de la República de Guatemala y los principios en materia penitenciaria, consiste en la readaptación social del delincuente y la reeducación, aspectos que se encuentran inmersos y garantizados en el artículo 19 del citado cuerpo legal. No obstante, como se determina que el fin principal de las penas privativas de libertad, es lograr un cambio de actitud del penado, para que al volver al ámbito social, no reincida en la comisión de faltas o delitos y logre su reinserción social, es notorio que hoy por hoy en Guatemala ninguna de las penas privativas de libertad contempladas en el Código Penal es verdaderamente efectiva, mucho menos cumplir con sus objetivos psicológicos.

Considerando además que, el sistema penitenciario es la ocupación de condiciones e influencias que se organizan respecto a un grupo de condenados con características similares, para la obtención del fin de resocializar al penado, que previamente ha sido sancionado penalmente, resulta por demás redundante, ~~Feitear que~~ este objeto no es alcanzado por el medio penitenciario. Para lograr que el sistema penitenciario, cumpla su objetivo rehabilitador en el delincuente, debe haber una adecuada separación de reclusos con respecto al régimen penitenciario que le corresponde, pues un reo condenado al momento de cumplir su pena debe estar con reclusos que tengan relativamente la misma personalidad infractora.

En ese orden de ideas, al cumplirse la pena de arresto, debe ser en lugares donde se encuentren personas cumpliendo la misma pena, para que verdaderamente haya incidencia efectiva en la resocialización y reeducación. Consecuentemente, Guatemala necesita desarrollar centros destinados efectivamente al cumplimiento de la pena de arresto para cumplir con los fines que establece la Constitución Política de la República.

La peligrosidad social del recluso es un elemento de importante consideración para la aplicación de la pena de arresto, debido a que esta sanción debe ser cumplida en virtud de los ya anteriormente desarrollados principios de resocialización y reeducación, y si la misma no es cumplida en un lugar apto para alcanzar esos fines, pueden ser más los males y perjuicios que se causen que los beneficios que se obtienen de dicha experiencia (Morán, 2010, p. 74).

Los artículos 10 y 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala establecen que la pena de arresto debe ser ejecutada en lugares distintos. Sin embargo, de la forma como se cumple en Guatemala, se visualiza semejante incumplimiento a las normas citadas, en virtud del lugar donde se cumplen dichas condenas, porque tal como quedó establecido, la misma debe cumplirse en un lugar exclusivo para los sancionados con la misma pena privativa de libertad de arresto y no en los diferentes establecimientos destinados al cumplimiento de la prisión preventiva, que es donde realmente se cumple en la actualidad.



El fin del derecho es la conservación de la sociedad, en ese sentido los individuos que transgreden sus normas, atentan contra el orden social y necesariamente deben ser corregidos, para convertirlos en hombres útiles a la sociedad y respetuosos de sus leyes. Por lo general, la persona que vulnera la ley penal, por medio de la comisión de una falta, no necesariamente atenta contra el orden social, sino, simplemente vulnera ciertos bienes jurídicos menores protegidos por el Estado, a través de normas encaminadas a la existencia de una buena convivencia social, que no denotan un alto grado de peligrosidad por parte del infractor.

El arresto merece crítica en cuanto a su finalidad, ya que no mejora ni intimida al delincuente y con su breve estancia en prisión le hace perder el temor que implica la pena y lo coloca en una situación de contaminación derivada de su relación con los demás reclusos; por ello, se hace imperativa su supresión, especialmente en nuestro país que no cuenta con los recursos necesarios para la readaptación y capacitación laboral del delincuente y acudir a los sustitutos penales (...) (Menéndez, 2008, p. 15).

El Estado hace tímidos esfuerzos y tiene pocas alternativas para que una persona responsable de una falta, no vuelva a delinquir, dentro de ellas: la ansiada rehabilitación. Sin embargo, su logro es casi imposible, por los problemas complejos que se encuentran en su búsqueda, porque aunque este proceso debería llevarse a cabo conforme las necesidades de tratamiento individual de los infractores de las faltas, con todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de todas las formas de asistencia con las que se pueda contar, la realidad es otra, pues pareciera que al Estado únicamente le interesa cumplir con el *ius puniendi*, para dar a conocer que actúa, pero no tiene el mínimo interés en prevenir.

En suma, la pena de arresto idealmente debe ejecutarse en establecimientos diferentes. Se dice idealmente porque la realidad es otra. Basta visitar los centros de detención preventiva y los reclusorios o granjas de rehabilitación, para comprobar que no hay tal segregación y que se sitúa indistintamente en uno u otro lugar a los arrestados. En ese sentido, el objetivo de la prisión y el arresto solo es el castigo por medio de la



privación de libertad. La diferencia tan clara y categóricamente establecida en el Código Penal, queda anulada en su aplicación. El fin de esta pena es la reclusión en sí misma sin ningún programa de aplicación social.



3.1.4 La pena de multa

Consiste en una privación de derechos pecuniarios, concretizada con el pago de una cantidad de dinero indicada en el tipo penal. Al juez le corresponde fijar su valor entre el mínimo y el máximo, para lo cual debe atender a la capacidad económica del penado, sus ingresos económicos, su salario, sueldo, renta y en general otros ingresos que perciba; su aptitud para desempeñar empleo, cargas familiares debidamente comprobadas y todos los demás aspectos que pongan de manifiesto su situación y capacidad económica.

Para la determinación de esta pena es importante contar con un estudio socioeconómico del condenado, o por lo menos un estudio económico, pues no se puede establecer de forma arbitraria; esta pena será pagadera por el condenado dentro de un plazo no mayor de tres días, contado desde la fecha en que cobre firmeza la sentencia. Previo otorgamiento de caución real o personal, a solicitud del condenado, podrá autorizarse por el juez su pago por amortizaciones periódicas, cuyo monto y fechas de pago señalará el juzgador teniendo en cuenta las condiciones económicas del obligado, pero en ningún caso puede exceder de un año el término en que deberán hacerse los pagos de las amortizaciones.

Como afirma Girón (2012) allí radica la importancia de una defensa positiva y efectiva, en la determinación de esta pena, en cuanto a tener a la vista los peritajes realizados por el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, u otro órgano estatal o privado en su defecto. Sin embargo, nunca se debe hacer su cálculo de manera intuitiva o haciendo uso de la experiencia, porque de esa forma podría incurrirse en ilegalidades, debido a que, se dejaría al juzgador actuar a su libre arbitrio o conforme su leal saber y entender, pero si no conoce la realidad social, especialmente la del penado,

podría faltar a la objetividad en la determinación de esta pena, dentro de los límites legales, es decir, su mínimo y máximo.



Es una sanción de carácter patrimonial a favor del Estado, impuesta por la autoridad competente al sujeto responsable de la comisión de un delito o falta, catalogada en el Código Penal como pena principal, que se impone como sanción única o conjunta, o como alternativa en defecto de la privativa de libertad a juicio del juez o tribunal competente (Argueta, 2005, p. 19).

Efectivamente, la pena de multa está considerada en el Código Penal como una pena principal, la que puede imponerse de manera única, cuando solo ella constituye la consecuencia del delito, pero también podrá imponerse de manera conjunta con la privativa de libertad, en aquellos casos en que los tipos penales contemplen la pena mixta, es decir, privativa de libertad y pecuniaria. Su utilidad en Guatemala es alta, ante la existencia de muchos delitos que la contemplan.

La pena pecuniaria fundamental y clásica es la multa, que en el código se mantiene en su forma tradicional, esto es mediante la fijación de una determinada cantidad de dinero en conformidad a la gravedad del delito, ciertamente podría ser por su divisibilidad y su compatibilidad con la libertad. Sin embargo, ello no es posible con el actual sistema de aplicación, ya que resulta completamente discriminatorio, pues no atiende a la capacidad económica del sujeto (de allí que necesariamente tiene que llegarse a su sustitución por una pena privativa de libertad cuando el sujeto no puede pagar la cantidad fijada) (Bustos, s.f., p. 392).

La multa recae sobre el patrimonio real del condenado o en su defecto, sobre el patrimonio futuro cuando se le permite pagar a plazo diferido y en cuotas. La pena de multa propiamente dicha, no lleva consigo la pérdida de los derechos políticos para el que la sufre, durante el tiempo de la condena. La ley no es clara en cuanto a la conversión de la pena de multa con la privación de libertad, si en este caso se pierden los derechos políticos, por haber privación de libertad; pese a ello, se considera que no hay pérdida de

tales derechos porque la ley no lo dispone de esa manera, y por analogía se puede aplicar porque va en perjuicio del imputado.



La pena de multa contiene la particularidad de que opera privando al sujeto que la sufre de parte de su patrimonio. Se infiere de lo anterior, que la multa persigue prevenir y sancionar acciones delictivas, afectando el patrimonio del sujeto responsable de la comisión de un delito, sin olvidar que dicha responsabilidad debe ser proporcional a las condiciones económicas del sujeto.

Según Pico (1988) la pena de multa tiene ventajas porque el que las sufre no se ve degradado ante la sociedad, no le impiden al penado, como en el caso de las penas privativas de libertad, vivir en el seno de su familia, atender la subsistencia de la misma y dedicarse a sus labores habituales. Esta es flexible y divisible, porque puede adaptarse como ninguna otra pena a la situación económica del condenado.

3.1.4.1 La conversión de la pena de multa

La multa puede convertirse en privación de libertad. En este caso, los penados con multa, que no la hicieron efectiva en el tiempo legal, o que incumplieren hacer las amortizaciones para el debido pago de la multa, o fueren insolventes, cumplirán su condena con privación de libertad, cuyo tiempo será regulado, de acuerdo a la naturaleza del hecho y las condiciones personales del condenado, entre cinco quetzales y cien quetzales por cada día. Conforme el artículo 499 del Código Procesal Penal, si el penado con la multa que le hubiere sido impuesta, no la hiciera efectiva, incumple su pago, trae como consecuencia que se le trabe embargo sobre bienes suficientes que alcancen a cubrirla. Pero si no fuere posible el embargo, por una u otra razón, especialmente la insolvencia económica del condenado, en ese caso la multa se transformará en prisión, ordenándose inmediatamente la detención del condenado y por auto se decidirá la forma de la conversión, regulándose el tiempo, entre uno y veinticinco quetzales por día.

El valor en que puede regularse el tiempo de la multa, según el artículo 55 de Código Penal, que contempla la institución de la conversión, puede ser entre cinco y diez quetzales por cada día, varía respecto de lo contemplado en la norma citada del Código Procesal Penal. En tal virtud, la aplicación debe ser la contenida en el Código Penal, porque es la que más favorece al condenado, pues hace que la pena privativa de libertad sea más corta, al darle más valor al día de prisión derivada del impago de la multa.

Esta figura legal se le denomina también prisión subsidiaria. Es una institución en sentido inverso de la conmuta, pues si el condenado no paga la multa impuesta, esta se le convierte en prisión y es un reflejo del derecho penal autoritario, pues hay muchos casos donde al penado se le impone pena mixta, es decir prisión y multa, donde cumple la prisión pero por ser insolvente no paga la multa. Y, el efecto, es que se le alarga la pena de prisión, siendo más nociva y perjudicial, evidencia de un derecho penal represivo y retributivo.

Para el caso de la conversión también el legislador debió incluir las condiciones del condenado, de la misma forma que se hace en el caso de la imposición de la multa, porque de esta pena se deriva la privación de libertad. En efecto, los jueces sentenciadores deben ser muy cuidadosos y al momento de imponer la multa, sea justa y atienda a los principios que rigen las penas, porque su incumplimiento se traduce en prisión. Por ello, debe aplicarse la mayor cantidad de dinero por cada día de prisión derivado del impago de la multa.

Queda claro que Guatemala tiene un sistema exageradamente rígido respecto de la conversión. Ello es así porque no deja más posibilidades que el pago de la multa de manera fraccionada o por abonos, salvo para los delitos tipificados en la Ley Contra la Narcoactividad, que en esos casos prevé la suspensión condicional de la pena de multa; por lo que como es beneficioso al penado, en estos otros casos debiera aplicarse por analogía a otros tipos penales, para evitar la prolongación de la pena de prisión.



3.2 Penas accesorias

Las penas accesorias son aquellas cuya existencia depende de una pena principal. En sentido genuino, las penas accesorias lo son respecto de otras penas principales. De acuerdo al artículo 42 del Código Penal son penas accesorias: la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial, el comiso y la pérdida de los objetos o instrumentos del delito, la expulsión de extranjeros del territorio nacional, el pago de costas y gastos procesales, la publicación de la sentencia. Adicionalmente, refiere como pena accesoria todas aquellas que otras leyes señalen.

“Ahora bien, con las penas accesorias, como su nombre lo indica, van adicionales, algunos autores han considerado a las penas accesorias, como verdaderas penas, es decir, como penas principales, sin embargo, el Código Penal las define como accesorias determinadas penas” (Gómez, 2007, p. 39). Resulta claro que en el caso guatemalteco, la pena accesoria sigue a la principal, pues se imponen de forma adicional a las principales, por ende no puede haber penas accesorias sin previa pena principal.

3.2.1 Inhabilitación absoluta

Esta clase de pena, como su nombre lo indica, consiste en la exclusión total para determinados derechos o actividades. La inhabilitación absoluta comprende: la pérdida o suspensión de los derechos políticos; la pérdida del empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque proviniera de elección popular; la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos; la privación del derecho de elegir y ser electo; y la incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor.

De todo lo que comprende la inhabilitación absoluta, algunos aspectos duran toda la vida, como en el caso de la incapacidad de ejercer la tutela o protutela, de acuerdo a lo establecido en el artículo 314 del Código Civil, que contempla la prohibición para el ejercicio de dichos cargos, quien hubiere sido penado por delitos del orden común que merezca pena mayor de dos años. Asimismo, para el ejercicio de un cargo o empleo público, tomando en consideración que hoy en día, en cualquier institución pública, previo



a contratar a una persona se le requiere solvencia de sanciones penales trabajo; y para los cargos de elección popular o de postulación, se debe acreditar conducta intachable.



3.2.2 Inhabilitación especial

La inhabilitación especial consiste en la imposición de alguna o algunas de las inhabilitaciones descritas en la inhabilitación absoluta; también en la prohibición de ejercer una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o rehabilitación. En los delitos cuyo bien jurídico protegido sea la administración pública o la administración de justicia, la inhabilitación especial será: la pérdida del empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque proviniera de elección popular o la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos. En el caso que se trate de personas jurídicas, la inhabilitación especial será la incapacidad para contratar con el Estado.

Respecto de la aplicación de la inhabilitación especial, en este caso se impone conjuntamente con la pena principal, cuando el hecho delictuoso se cometa con abuso del ejercicio o con infracción de los deberes inherentes a una profesión o actividad. En ese orden de ideas, para los delitos contra la administración pública y administración de justicia, conjuntamente con la pena principal, se impondrá la de inhabilitación absoluta o especial, pero no podrán ser inferiores a cuatro años.

3.2.3 El comiso y la pérdida de los objetos o instrumentos del delito

El comiso consiste en la pérdida a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho, este tercero no tiene que tener ningún tipo de vínculo con el delito. Cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito comercio, se acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del imputado.

Lo anterior, pone de manifiesto que si los objetos provenientes de un delito o falta pero que no sean de uso prohibido y fueren de lícito comercio, los mismos podrán devolverse en caso hubiere sentencia absolutoria. En caso se decomisaren objetos de lícito comercio, estos se venderán y el producto de la venta incrementará los fondos privados del Organismo Judicial. Claro está, que si en un momento determinado el juez o tribunal competente declarare la extinción de dominio conforme a la Ley de Extinción de Dominio, en estos casos no procederá el comiso.

El comiso también es llamado decomiso o confiscación, consistente en la privación definitiva de un bien o derecho padecido por su titular y derivado de su vinculación con un hecho delictivo. Esta privación y desplazamiento de la titularidad del bien o derecho que pasa a ser propiedad del Estado, se justifica en el ordenamiento jurídico penal por la comisión o participación en la ejecución de un delito o falta. La figura del comiso desempeña un papel secundario y siempre subordinado al de la pena principal.

Si se ahonda algo más en la institución del comiso, se determina la coexistencia de dos figuras bajo un solo nombre: por un lado, el comiso de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito o falta; y por el otro, el comiso de los efectos y de las ganancias o beneficios provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones experimentadas.

Respecto del comiso proveniente de la comisión de una falta, el artículo 480 del Código Penal, prevé que el comiso de los instrumentos y efectos de las faltas, será decretado por los tribunales, según las circunstancias. Como puede observarse, no solo en la comisión de un delito se puede dar la pena accesoria del comiso. De conformidad con la norma citada, puede darse también por la comisión de una falta, ¿pero dicha figura tendrá verdadera efectividad en el caso de las faltas?, lo más seguro es que no, por las circunstancias en que se cometen las faltas.



3.2.4 Expulsión de extranjeros del territorio nacional



Antes de conocer de qué se trata la pena accesoria de expulsión de extranjeros del territorio nacional, es menester entender quién es un extranjero. Al respecto, Larraz (2004) expone: “Extranjero es toda aquella persona que reside en un Estado que no es el de su origen. También lo describimos como aquella persona que conservándose súbdito de un Estado reside en otro” (P. 114). La definición anterior parece bastante completa; no obstante, es menester aclarar que la persona originaria de otro país, que haya obtenido nacionalidad en el país donde reside, pierde la calidad de extranjero. Aquí también tiene aplicabilidad la nacionalidad de los padres, porque de esa forma por el *ius sanguinis*, una persona puede adquirir la nacionalidad de sus padres aunque no hubiere nacido en dicho país.

Entrados en materia, se prevé que la pena accesoria en referencia no tiene regulación específica e independiente en el Código Penal guatemalteco, pues, únicamente se encuentra descrita en el artículo 42 de la norma citada; ante ello, se considera necesario determinar si para su aplicación debe seguirse un procedimiento específico, o únicamente imponerse como pena accesoria. La duda anterior nace a consecuencia de la antigüedad del Código Penal, que data de los años setenta, y en la actualidad con el cúmulo de normas internacionales contenidas en distintos instrumentos jurídicos en materia de Derechos Humanos, cabe preguntarse sobre su procedencia o no y si debe seguirse un procedimiento por parte de los jueces, pues es natural y evidente que los procesados extranjeros como seres humanos también gozan de determinados derechos.

Esta pena no conlleva hacer mucho esfuerzo para definirla y establecer en qué consiste, puesto que, como la misma lo establece, se trata de lanzar fuera del país a quien resulte condenado con la misma, la que se impondrá en atención al delito cometido por la persona condenada; hoy por hoy, es decidida por los jueces en la misma sentencia condenatoria, que ha impuesto otra pena principal. Esta pena no se encuentra expresamente contemplada para el delito de homicidio doloso.

3.2.5 Pago de costas y gastos procesales

Pese a que la ley penal contempla el pago de costas y gastos procesales, como pena accesoria, por su naturaleza, esta no debe ser considerada como tal, por ser un suceso que prevé el proceso penal, sobre el que se pronunciarán los jueces sentenciadores al momento en que se emita el fallo, según lo disponen los artículos 391 y 392 del Código Procesal Penal.

En efecto, las costas procesales o los gastos ocasionados por el proceso, como lo manda la ley, deben ser absorbidos por la parte vencida, que puede ser el imputado, el acusador exclusivo en los delitos de acción privada y el Ministerio Público, pero en el caso de este sujeto procesal, por mandato legal se encuentra exonerado de dicho pago. Pese a este pronunciamiento que deben contener las sentencias, en el caso de las sentencias condenatorias, generalmente los jueces utilizan la frase común, que no se condena en costas por la notoria pobreza, en el caso del procesado y deciden exonerarlo de dicho pago; pero no toman en cuenta, que como pena accesoria debe ser impuesta en la sentencia.

Las costas comprenden los gastos originados en la tramitación del proceso y el pago de honorarios regulados conforme arancel de los abogados y demás profesionales que hubiesen intervenido en el proceso. Cuando en la sentencia se pronuncien absoluciones y condenas, el tribunal establecerá el porcentaje que corresponde a los responsables. Los coacusados que sean condenados, responderán solidariamente por las costas. Las costas también podrá soportarlas la persona que es sancionada con una medida de seguridad y corrección, no necesariamente son para los penados por un delito.

Sobre la liquidación de costas, es juez competente el de primera instancia que haya fungido en el procedimiento intermedio; para el efecto, el tribunal de sentencia debe remitir las actuaciones con certificación de lo resuelto, inclusive la sentencia de apelación especial y la de casación si las hubiere. Si el procedimiento no llegare a la fase intermedia, la liquidación la practicará el juez que conoció el procedimiento preparatorio; la resolución que resuelva lo referente a las costas procesales, es apelable.



En el trámite de la liquidación de costas, el secretario del juzgado competente practicará un proyecto de liquidación en el plazo de tres días, regulando conforme a lo establecido en el artículo 100 del Código de Procedimiento Civil los honorarios que correspondan a los abogados, peritos, traductores e intérpretes durante todo el transcurso del procedimiento, incluso los recursos de apelación y casación. Presentado el proyecto, el juez dará audiencia por tres días a las partes, con lo dispuesto por estas o en caso de rebeldía, el juez resolverá en definitiva.

En los casos de conmutación de pena, sin perjuicio de ordenarse la libertad del condenado, el juez de ejecución, tomará las medidas necesarias para asegurar el pago de las costas procesales, por medio de fianza o garantía para su cumplimiento, calculando el valor de las mismas en forma aproximada. Si el condenado se encontrare libre bajo fianza o caución, podrá continuar en libertad, mientras se resuelve el incidente sobre regulación de costas, la resolución puede ser apelable.

Para los fines del presente estudio, se considera que esta pena no debería ser aplicable para el delito de homicidio doloso, puesto que su aplicación significaría dejar con menos posibilidades al condenado, de contar con el patrimonio necesario para el pago de la reparación digna, tomando en cuenta que la mayoría de la sociedad guatemalteca es de escasos recursos económicos y la situación económica del país no permite el acceso a un trabajo remunerado justo.

3.2.6 Publicación de la sentencia

La publicación de la sentencia es pena accesoria a la principal que se impone en el caso de los delitos contra el honor. Esta se impone a petición del ofendido o de sus herederos, quedando al prudente arbitrio del juez ordenar la publicación de la sentencia en uno o dos periódicos de los de mayor circulación en el país, por supuesto, que a costa del condenado o de los solicitantes subsidiariamente, siempre y cuando estime que la publicidad contribuirá a reparar el daño moral causado por el delito. Esta pena accesoria no podrá ordenarse por ninguna circunstancia, cuando afecte a menores o a terceros.

3.3 Penas neutralizantes

Como afirma Girón (2012), que la doctrina nomina a las medidas de seguridad como penas neutralizantes, nacen a consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, que se imponen a las personas sobre las que no se puede imponer otra pena, por su incapacidad penal o inimputabilidad, puesto que en estas personas la pena no cumple sus fines, porque no tienen capacidad de determinarse para realizar otra conducta que no riña con la ley penal. Rigen cuando existe estado peligroso; este estado peligroso en determinado momento es causa para imponer al condenado además de una pena una medida de seguridad. En ese sentido, estas medidas de seguridad son violatorias del principio *non bis in ídem*, porque pueden aplicarse tras el cumplimiento de una condena, y de allí su nombre de neutralizante porque se imponen además de la pena.

Guatemala les denomina medidas de seguridad, y se encuentran normadas entre los artículos 84 al 100 del Código Penal, que disponen, que para la aplicación de medidas de seguridad, debe observarse el principio de legalidad, puesto que sin disposición legal que las establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos en la ley, no se decretarán medidas de seguridad. Estas medidas se aplican por tiempo indeterminado, salvo determinación expresa de la ley en contrario. Solo podrán decretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria por delito o falta; sin embargo, en cualquier tiempo podrá reformarse o revocarse la resolución que la disponga, si se modifica o cesa el estado de peligrosidad del sujeto, pudiendo aplicarse más de una medida de seguridad cuando fuere compatible.

Resulta que las medidas de seguridad solo pueden aplicarse cuando se evidencia algún estado peligroso, se consideran como índices de peligrosidad: la declaración de inimputabilidad; la interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado; la declaración del delincuente habitual; en el caso de la tentativa imposible de delito, prevista en el artículo 15 del Código Penal; la vagancia habitual; la embriaguez habitual; la toxicomanía; la mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena y la explotación. Según el artículo 87 de la ley referida, se entiende por vago a la persona que, teniendo aptitud para trabajar de forma remunerada, no lo hace y se



mantiene en holganza, viviendo a expensas del trabajo de otros, en la menor edad o en medios de subsistencia conocidos.



Sobre la declaración de inimputabilidad, no se refiere propiamente a los menores, que la ley penal dispone que son inimputables, sino a los declarados inimputables por enfermedad mental, por existir alto grado de peligrosidad para la sociedad. Las medidas aplicables son el internamiento en un establecimiento psiquiátrico, en granja agrícola, centro industrial u otro análogo, también en un establecimiento educativo o de tratamiento especial; la libertad vigilada; la prohibición de residir en lugar determinado; la prohibición de concurrir a determinados lugares; caución de buena conducta y el uso de dispositivo de control telemático con el fin de verificar y asegurar el cumplimiento de medidas de seguridad.

Respecto de la aplicación de una o varias medidas de seguridad, pueden darse aunque se dicte sentencia de carácter absolutorio; pues estas, no son ninguna pena, sino se dictan con carácter preventivo. En el caso de los imputables, que en el momento de la acción u omisión, no posean, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, se ordenará su internación en un establecimiento psiquiátrico, hasta que por resolución judicial dictada con base en dictámenes periciales, pueda modificarse la medida, o revocarse si cesó el estado peligroso del sujeto.

Los declarados delincuentes habituales serán sometidos, según el grado de peligrosidad, al régimen de trabajo en granja agrícola, en centro industrial o centro análogo, esto cuando el penado cumpla condena y no se haya logrado su readaptación. En el caso de la tentativa imposible, también según el grado de peligrosidad mostrado, podrá internarse al sujeto en un establecimiento educativo o de tratamiento especial. Los peligrosos por vagancia que hayan cometido delito, serán sometidos al régimen de trabajo en granja agrícola, centro industrial u análogo, por un término no menor de un año ni mayor de tres.

Los ebrios habituales y toxicómanos, al condenárseles por delito cometido bajo influencia del alcohol o de droga alguna, se podrá disponer que después de cumplida la pena el sujeto sea internado en un establecimiento de tratamiento especial, hasta que se demuestre por medio de dictamen pericial, que puede ser sometido a otro régimen. En el caso de la libertad vigilada, esta no tiene el carácter de custodia, sino de protección, es aplicable a los ebrios habituales y toxicómanos, donde se confían al cuidado de su familia bajo inspección del Patronato de Cárceles y Liberados o la institución que haga sus veces.

La caución de buena conducta consiste en la garantía personal, hipotecaria, prendaria o de depósito de una cantidad de dinero prestada a satisfacción del tribunal y por el término descrito en la sentencia, de que el sujeto no cometerá nuevos delitos y que cumplirá las normas de conducta que le fueren impuestas, durante un periodo de prueba no menor de un año ni mayor de cinco.



Capítulo 4

4 Homicidio doloso y la inclusión del resarcimiento a la víctima como su sanción penal



4.1 Delito de homicidio doloso

El delito contra la vida humana por excelencia es el homicidio, pero también existen otros tipos penales que concuerdan en la protección de este bien jurídico. En verdad, concurren variadas figuras delictivas donde el bien “vida” tiene relevancia, pero que de manera usual no se incluyen entre aquellas que especialmente la protegen.

Hablar de homicidio es tratar también del bien jurídico tutelado vida humana, protegido y resguardado por el Estado. Según Cabanellas (2001): “La vida es la manifestación y la actividad del ser; dentro de una forma civil sería la facultad de gozar de todas las ventajas concedidas a los ciudadanos por las leyes del Estado, otorgándoles una capacidad jurídica de obrar” (p. 408). En atención a lo anterior, el Estado guatemalteco incluyó en el artículo 3º de la Constitución Política de la República, la protección de la vida humana desde su concepción; florece así este fundamento de vital importancia y esencia del que emana toda una serie de derechos tutelados, dando del mismo modo origen a una vida jurídica.

Es más, la valía de la conservación del bien jurídico vida, impone al Estado, el deber de garantizar a los habitantes de la república la vida. En la importancia del derecho a la vida, puede afirmarse que el homicidio es uno de los temas más debatibles, por atentar contra el bien jurídico más importante del ser humano, conducta típica sancionada con prisión según el grado de culpabilidad que tenga; consecuencia jurídica que no es producto de las legislaciones actuales, puesto que deviene de épocas antiguas, donde se aplicaba la ley del talión.

Homicidio es la realización de una acción encaminada a privar la vida de una persona dotada de vida independiente, con voluntad de ocasionar un daño grave, cuyo resultado es la muerte. Para Cuello (1961): “Es la muerte de un hombre cometido por otra

96

persona, o bien la muerte de un hombre voluntariamente causada por otro hombre (p. 400). Acción que se traduce en atentar contra el bien jurídico protegido que es la vida humana, bien superior del individuo. El tema es relevante debido a que para la consumación del delito, la acción debe dirigirse a una persona con vida, después de muerta la persona, ya no se podrá consumir el delito de homicidio porque no existirá el objeto de la acción. Por lo tanto, en un caso concreto, lo anterior determina la importancia de fijar el momento de la muerte de una persona, por medio del médico forense.

En ese sentido, Cabanellas (2001) considera que homicidio: “Es el hecho de privar de la vida a un hombre o mujer, procediendo con voluntad y malicia, sin circunstancia que excuse o legitime y sin que constituya asesinato, ni parricidio, infanticidio, ni aborto” (p. 189). Cabanellas como el caso guatemalteco reconoce la existencia de otros delitos, considerados doctrinariamente como homicidio calificado, que se producen en circunstancias diferentes al homicidio simple y otros en atención a la persona contra quien se dirige la acción. Esa privación de la vida humana independiente por la intervención dolosa de otra persona, es considerada doctrinariamente como acción de matar.

A ese respecto Donna (1999) refiere:

Se puede definir como la causación de la muerte de otra persona física, si bien parte de la doctrina también afirma que la acción de matar consiste en acortar la vida de otro, esto es adelantar la muerte en el tiempo. De todas formas, ambas ideas expresan sustancialmente la misma cosa (p. 25).

Indiscutiblemente, en el homicidio el bien jurídico protegido es la vida humana, siendo el bien más trascendental, no solo porque el atentar contra ella es irremediable, sino también porque tener vida es el estado imperioso para sentir su esplendor y complacerse de los demás bienes; de ahí que las leyes penales dispongan sus más graves penas al castigo de este injusto penal. Conforme lo estudiado respecto de las teorías que justifican la pena, la gravedad de la pena para este hecho, cobra relevancia también por el interés del Estado en cuanto a la seguridad de sus habitantes.

Se ha dicho con razón, que la historia del homicidio es, en el fondo, la misma historia del derecho penal. En efecto, en todos los tiempos y civilizaciones y en las distintas legislaciones, la vida del hombre fue el primer bien jurídico tutelado, antes que los otros, desde el punto de vista cronológico, y más que los restantes, tiene en cuenta la importancia de los distintos bienes (Levene, 1977, p. 13).



En relación con lo anterior y con la finalidad de proteger penalmente la vida e integridad física de las personas, el Código Penal contempla un régimen de tipos penales, cada uno de los cuales cumple una función específica de protección de la vida humana. Las figuras de delitos comprendidas en los capítulos I, II y III del título I del libro segundo del Código Penal, no agotan el listado de delitos contra la vida humana. Pues aparte de ellos también son delitos que atentan contra la vida humana el homicidio del Presidente o Vicepresidente de la República, así como de cualquiera de los Presidentes de los otros Organismo del Estado, de acuerdo al artículo 383 del Código Penal.

Aunado a lo anterior, existe un gran número de figuras delictivas que protegen la vida humana ante circunstancias de mero peligro, por ejemplo: la agresión y el disparo de arma de fuego; las lesiones; el abandono de niños y de personas desvalidas, la omisión de auxilio, etcétera. La expresión “homicidio” debe entenderse en un sentido amplio, como comprensiva de la totalidad de los delitos descritos en los capítulos I, II, y III, en referencia, es decir, del homicidio propiamente dicho y de los otros, pues estos, ya se les considere como delitos autónomos, ya como delitos dependientes, no son más que otras especies del homicidio. Como declara el propio Código Penal, al hablar de los otros homicidios, les agrega el nombre de calificados; en el caso del aborto, aunque el capítulo es específico, es otra forma de dar muerte a una persona, tomando en consideración la teoría ecléctica sobre la personalidad adoptada por el Estado de Guatemala.

El problema de la naturaleza jurídica que tengan los diversos delitos contra la vida humana tiene una gran trascendencia teórica. Pero como toda solución que se da a cualquier cuestión que se plantea como teórica en un primer momento, tiene también una gran trascendencia en el ámbito de las consecuencias prácticas (Barranco, s.f., p. 8).

En la práctica el delito de homicidio es considerado el genérico y los demás delitos como calificados, porque se derivan del genérico, pues aunque tengan características y elementos propios, al final de cuentas tienen como supuesto jurídico el fallecimiento criminal de una persona. De allí que, teóricamente, se le generalice como una clasificación del homicidio doloso.



En Guatemala, se entiende como homicidio el hecho de dar muerte a una persona, es la muerte de una persona por otra realizada injustamente. Según el artículo 123, en concordancia con el artículo 11, ambos del Código Penal, homicidio doloso es dar muerte a una persona, habiendo previsto con anterioridad dicho resultado, o cuando sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta la acción. En ese sentido, el hecho material del delito consiste en dar muerte a una persona mediante la voluntad del autor del hecho.

La acción, por tanto, de dar muerte a otra persona, describe el delito de homicidio simple como lo califica la norma penal guatemalteca; no obstante, si se utilizaren determinados medios para ejecutar la acción de matar a otra persona, (como la alevosía; precio, recompensa, promesa, ánimo de lucro; premeditación conocida; con ensañamiento, entre otras agravantes, previstas en el artículo 132 del Código Penal), se estaría en presencia de un delito de asesinato. En los supuestos donde la acción de dar muerte se realizare contra el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, encuadra en el delito de aborto.

De lo anterior se deduce que el propio Código Penal atribuye al homicidio simple la función de tipo básico de los delitos contra la vida humana. Los demás delitos considerados como homicidio calificado, serían variaciones dependientes de aquel. El asesinato, para esta concepción, es un tipo agravado del homicidio, y la inducción o ayuda al suicidio sería un tipo atenuado. Sin embargo, asesinato es, materialmente, la muerte de una persona, es decir, lo mismo que el homicidio, al que se añaden únicamente determinadas características agravantes. De acuerdo a cómo se encuentra estructurado el delito de homicidio en el Código Penal, tres son los elementos que lo componen: a) la acción de dar muerte a una persona, aspecto material del delito; b) el resultado típico, la

muerte de la víctima por la acción dolosa del autor; y c) la relación de causalidad entre la conducta homicida y el resultado muerte.



4.1.1 Particularidades del delito de homicidio doloso

El delito de homicidio doloso como cualquier otro delito principal, posee particularidades que lo hacen diferente, especialmente de los demás delitos contra la vida. Pese a ello, se encontrarán ciertas similitudes entre estos delitos, todo ello, en atención a que el homicidio simple es el delito genérico, del que se derivan los homicidios calificados y los restantes tipos penales que tutelan el bien jurídico vida.

a) Instantáneo

Puesto que el acto consumativo típico de privar de la vida a otro ser humano, queda perfecto en un solo instante, es decir, se tiene en cuenta la unidad de acción si con ella se consuma el delito, “o lo que es lo mismo, la consumación se agota en el mismo momento en que se han conjugado típicamente sus ingredientes constitutivos” (Escobar, 2013, p. 21). La idea nace en la mente del sujeto, se materializa el hecho y la vida se despoja en un momento.

b) De formulación libre

Por medio de la asociación de imágenes y objetos, y la conducta del agente, el resultado es producto de la libre determinación y conocimiento de la norma punitiva, sin embargo, se opta por dar muerte a otra persona.

c) Autónomo

La acción de privar de la vida a otro ser humano es una legítima imagen de un patrón de comportamiento adecuado exactamente a la conducta del agente, sin que sea necesario otra norma legal para completar su significado.



d) De resultado material

Al materializarse la acción criminal, la vida humana, que es el bien jurídico tutelado por la norma, queda abatida, pudiendo ser comprobable fácilmente con varios elementos de convicción probatoria, con las actas ministeriales y álbumes fotográficos de levantamiento de cadáver, informe de necropsia expedido por el Médico Forense del Instituto Nacional de Ciencias Forenses y el certificado de defunción extendido por el Registrador Civil del Registro Nacional de las Personas.

e) Doloso

El medio es el elemento volitivo, para su comisión, en otras palabras, cuando el resultado es previsto, o cuando se perseguirse ese resultado, pero pese a ello, se representa como posible en la mente del agente y este ejecuta el acto. En este caso se prueba la existencia de la intencionalidad de dar muerte, donde el autor tiene conocimiento del daño que puede causar, pero no interrumpe su acción.

f) De peligro

La acción realizada por el responsable causa efectos en la sociedad en general, porque altera el orden social al provocarse inquietud, quedando de manifiesto la peligrosidad del responsable, la que se traduce en una situación en la que existe la posibilidad de que vuelva a cometerse otro hecho similar.

g) De lesión

Ello porque en la gradación de valores, la vida humana es el bien jurídico de mayor estimación que se ha destruido, resultado de ello, se lesiona en forma directa a la víctima que pierde la vida y en forma indirecta a sus familiares, que resultan ser las víctimas colaterales, de acuerdo a la clasificación sobre la víctima que dispone el ordenamiento adjetivo penal.

h) Unisubjetivo y plurisubjetivo

En la ejecución del hecho delictivo puede intervenir un solo sujeto, también puede darse la concurrencia de conductas realizadas por varios sujetos para la realización del mismo fin, es decir, dar muerte a otro ser humano.



i) De persecución oficiosa

“Por el hecho de que cualquier persona puede poner en conocimiento a la autoridad investigadora de delito, esta debe inmediatamente intervenir” (Escobar, 2013, p. 22). Lo anterior tomando en consideración también lo dispuesto en el artículo 24 Bis del Código Procesal Penal, que serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público los delitos de acción pública, tal el caso del delito de homicidio, esta persecución penal oficiosa se hace en representación de la sociedad por mandato legal.

Para Levene (1977): “El homicidio es un delito instantáneo, de acción pública, de daño, material, y que se puede cometer por acción o por omisión” (p. 7). Cobra gran importancia establecer que algunos de los distintivos del delito de homicidio antes señalados, ya eran aceptados como tales desde hace cuatro décadas, es decir, que no son obra del derecho penal moderno, y pese a ello siguen sin mayor variación.

4.1.2 Elemento subjetivo del delito de homicidio doloso

Lo constituye el dolo, la intención de dar muerte, conocido doctrinariamente como *animus necandi*. Es el elemento esencial en torno al cual gira toda la imputabilidad penal del delito; es el ánimo o intención de privar de la vida a otro ser humano, expresada por el sujeto activo del delito. En ese sentido, refiere Levene (1977): “Diremos que existe el doloso cuando hay intención de matar; esta es llamada *animus necandi* o *animus occidendi*. De ahí la palabra occiso, o sea muerto” (p. 23). Lo anterior tiene mucha relevancia, respecto de la acción y el resultado, porque dependiendo cómo se haya realizado la primera y la manifestación del segundo, permitirá caberse la existencia de la intencionalidad de privar la vida humana.

El objeto del dolo comprende los elementos del tipo penal objetivo, los medios utilizados. De ese modo, el autor debe conocer que produce la muerte de una persona, y además, debe haber querido tal resultado. Se acepta tanto el dolo directo de primer grado, como el de segundo grado y el eventual, salvo los casos de homicidios agravados, en donde por la forma de comisión del hecho se exige el dolo directo (Donna, 1999, p. 27).



Debe tomarse en cuenta, que el dolo desaparece en el error de tipo, es decir, cuando el autor cree, verbigracia, que dispara su arma en contra de una fiera y resulta ser una persona, por ende dicho error por las circunstancias del hecho era imbatible. En caso el error fuere vencible, se estaría ante un homicidio imprudente. En el caso de error en la persona, cuando el autor quiere dar muerte a B y mata a C, el error es irrelevante dado los valores en juego, el bien jurídico vida; por ello, la equivalencia del valor de las personas hace que tal error sea irrelevante. Distinto será cuando se produzca dicho error en los casos en que el sujeto activo quiera dar muerte a otra persona, pero resulte dándole muerte a su padre.

El dolo es la conciencia y la voluntad de realización de una acción, dirigida a la producción de la muerte de otro, voluntad de realización, con el conocimiento de los elementos del tipo en el momento de la realización de la acción y previsión y demás elementos entre los que se encuentra la relación de causalidad entre la acción y el resultado (Diez, 1993, p. 237).

Lo anterior aplicado al delito de homicidio, conlleva determinar la existencia de un resultado dañoso, producto de la ejecución de una acción. Aquí el autor no ha limitado medios para su realización, basado en todo acto dirigido por su voluntad hasta la producción del resultado de muerte de otra persona, tomando en cuenta que el tipo subjetivo del homicidio está constituido por el dolo, es decir por la conciencia y la voluntad de realización de una acción dirigida a atentar contra el bien jurídico tutelado que es la vida.



4.1.3 Tipo objetivo del delito de homicidio doloso

El componente objetivo del tipo penal es una conducta exterior realizada por una persona y se expresa a partir de un verbo rector, para el delito de homicidio doloso es “dar muerte”; dentro de la fórmula “dar muerte a alguna persona” se distinguen tres elementos, el sujeto activo, el sujeto pasivo y el verbo rector.

a) Sujeto activo

El sujeto activo del delito de homicidio puede ser cualquier persona, naturalmente esta afirmación solo debe estimarse válida para los delitos de acción. Cuando se da muerte mediante una conducta activa, cualquier persona puede ser autora del delito de homicidio, sin distinción de sexo, edad u otra circunstancia.

b) Sujeto pasivo

De los propios términos de la ley penal “quien diere muerte a alguna persona”, se deduce que el sujeto pasivo de este delito debe ser otra persona viva, diferente del autor, por lo tanto el suicidio, es impune en la ley penal guatemalteca. En ese sentido, cualquier persona puede ser el sujeto pasivo del delito, o sea el titular del derecho a la vida.

c) Verbo rector

Este consiste en dar muerte a otra persona. La doctrina y muchas otras legislaciones, contrario al caso guatemalteco, contemplan como verbo rector del delito de homicidio, el hecho de “matar a otra persona”, siendo lo mismo, porque el resultado siempre es causar la muerte a otra persona, por acción u omisión. Se trata en consecuencia de un delito de resultado o material, no de un delito formal que se agote en una simple actividad.

Debe tenerse muy presente que la ley penal no ha definido lo que debe entenderse por persona, contrario a la ley civil que sí lo regula. Según el artículo 1 del Código Civil,

la personalidad inicia con el nacimiento y termina con la muerte; no obstante, se reconoce derechos al que está por nacer, que lo considera como nacido para todo lo que le favorece, pero debe nacer en condiciones de vivir. Claro está, para efectos de reconocer al sujeto pasivo del delito de homicidio doloso, se toma en cuenta al primer supuesto, es decir, a la persona con vida independiente. En caso contrario, el atentar contra el ser que está por nacer, la ley y la doctrina lo ubica como aborto, que es la interrupción de la vida fetal.

La referencia a un impúber vivo no debe llevar a exigir una determinada posición de vitalidad en el producto del parto para considerársele sujeto pasivo idóneo del delito de homicidio, puesto que la ley solo exige que se trate de una persona viva. Dar muerte al recién nacido que, por la conformación de sus órganos u otras circunstancias, está destinado irremisiblemente a morir dentro de poco tiempo, es homicidio. Igualmente, es homicidio dar muerte a un anciano moribundo, la exigencia es que la persona víctima sea un individuo, mejor dicho, un ser con vida independiente.

Por tal evento el *nasciturus* no puede ser considerado víctima del delito de homicidio, pues si bien es un ser vivo, no tiene vida independiente, por estar unido a su madre de modo natural y no por accidente, y su vida depende también de la vida de esta. Como se ha escrito, la vida del *nasciturus* está protegida por la ley constitucional y la ley penal, a través de las variadas figuras del delito de aborto, mas no por las figuras de homicidio. El límite entre los delitos de aborto y de homicidio, está constituido por el comienzo de la calidad de persona, que de acuerdo con la legislación civil, que contiene la definición legal, se adquiere con la autonomía de vida al convertirse la criatura parida en individuo.

Se colige entonces que legalmente la existencia de toda persona inicia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. Según esto, la calidad legal de persona se adquiere con el nacimiento, y este se identifica con la separación completa de la madre, siempre que el producto del parto sobreviva por lo menos un momento. Tradicionalmente, se ha considerado que la separación completa del ser, a que se refiere la normativa civil antes citada, es sinónima del seccionamiento del cordón umbilical, o al



menos, de la expulsión completa de dicho cordón, la placenta y sus anexos del interior del vientre materno.



Debe tenerse presente, que la norma civil no refiere el corte del cordón umbilical a la expulsión de la placenta, para considerar a un recién nacido como persona. De allí que se considera que la separación completa se refiere únicamente a la completa expulsión de la criatura del interior del vientre materno, puesto que, posterior a ello, la criatura recién nacida no está unida verdaderamente a su madre, sino al cordón umbilical y la placenta que no son parte integrante del organismo de la madre.

4.2 El resarcimiento a la víctima como tercera vía del derecho penal

Según Roxin (1997), últimamente se ha abierto el debate sobre algunos proyectos pilotos referidos a la reparación del daño, que pretenden reconocerla como otra forma de sanción penal, distinta de las clásicas sanciones: penas y medidas de seguridad, que pueden dar lugar a una tercera vía del derecho penal, puesto que el derecho penal vigente acoge ideas orientadas a la integración de la reparación del daño en el mismo. No obstante, en la práctica su utilización es relativamente poca, pese a ello, hay motivos decisivos que requieren la inclusión de la reparación del daño en el derecho penal.

Esta inclusión tiene mucha razón de ser, porque la prisión o la multa, no sirve de mucho a los intereses de las víctimas, únicamente satisfacen al Estado con la imposición del *ius puniendi*, por el contrario frustran una reparación del daño por parte del autor. En ese acontecer penal, se vislumbra una salida que más favorecería a las víctimas del delito, que en sí deben ser consideradas los sujetos procesales más importantes del proceso penal, siendo en consecuencia las víctimas colaterales para el caso del delito de homicidio doloso, ante la inexistencia de la víctima directa del hecho; esa salida es la plena inclusión del resarcimiento o reparación a la víctima dentro del derecho penal. Reparación del daño que se ha convertido en otra forma de reaccionar frente a un ilícito penal.

Como lo expresa Maier (1995):

El regreso de la reparación del daño al sistema penal -y, con el interés concreto de la víctima o de las víctimas del hecho punible y de los mecanismos de compensación [asunción voluntaria de obligaciones] y conciliación a la reparación concede un lugar- constituye una 'tercera vía' de reacción frente al ilícito penal culpable, al lado de las dos tradicionales hoy, la pena y las medidas de seguridad y corrección (p. 41).

La reparación del daño no debe ser considerada como una tercera vía, porque, si se le ve de esa forma, permite fijar una línea divisoria entre la pena y la reparación del daño, teniendo como consecuencia limitar el interés únicamente en la pena, por consiguiente deben ser consideradas una inherente a la otra, para que Estado-víctima obtengan lo que merecen. Dicho reconocimiento no debe ser considerado como tal, aunque por la importancia que merece es beneficioso notar su presencia dentro del derecho penal, pues podría darse el caso que al aplicarla de forma independiente, no tendría el resultado deseado.

Se afirma esto ante la presencia de esta nueva modalidad en las legislaciones penales modernas, que si bien es cierto la reconocen, pero no contemplan los mecanismos para su plena efectividad, tal el caso del Estado guatemalteco, que es permisivo en su aplicación en el proceso penal o en la vía civil. Su aplicación debiera ser diferente, teniendo en cuenta que "Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño (...), en casos de pequeña o mediana criminalidad" (Roxin, 1997, p. 109).

Es tan claro que a las víctimas de un delito les interesa el resarcimiento del daño, por ejemplo, a la víctima de un robo le interesa recuperar su patrimonio robado, a un lesionado le interesa cubrir el costo de sus medicamentos y el tiempo de incapacidad para el trabajo. En ese orden de ideas, es cuando conviene dirigir la mirada hacia la sociedad, para atender a sus necesidades y dar cumplimiento a los deberes del Estado,



porque el encarcelamiento o la multa, hoy por hoy en el medio guatemalteco no trae ningún provecho a las víctimas de delitos.



De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena. El Proyecto Alternativo de reparación del daño (1992) presenta una propuesta de ley muy elaborada, mediante la cual puede integrarse la reparación del daño en el sistema jurídicopenal de sanciones (Roxin, 1997, p. 109).

La propuesta de Roxin es para el Estado alemán, no obstante, tomando en consideración las problemáticas surgidas hoy por hoy en el sistema penitenciario guatemalteco, la situación económica del país, la violencia generalizada, entre otros tantos problemas sociales, es tentadora, para sentar las bases legales, en procura del funcionamiento de un proyecto que permita incluir la reparación del daño a la víctima en el sistema penal. Sin embargo, no como se contempla hoy en día, sino como una sanción, especialmente para el delito de homicidio doloso, por la importancia que merece el bien jurídico tutelado vida, ante la creciente ola de violencia, que a diario hace perder la vida a muchos guatemaltecos.

Lo que se considera plausible y necesario, derivado de algunos de los problemas actuales antes referidos, dado el caso que con el actual sistema penitenciario no se cumple con los fines del mismo, plasmados en la normativa constitucional, mucho menos lograr los fines de la pena de acuerdo a las teorías que la justifican, y peor aún, porque la víctima queda solo con la pérdida humana, material, moral y patrimonial.

En relación con el tema, Roxin (1992) refiere: “La idea de utilizar la reparación en el sistema de sanciones jurídico-penales como sustituto para la pena o, cuando menos, para su aminoración, no es, según se conoce, extraña al derecho vigente” (p. 131). Esta es otra propuesta doctrinaria, acertada de la realidad actual, pues con la inclusión del resarcimiento a la víctima no se busca abolir las clásicas sanciones penales, sino que,

permitir a la víctima el tener más reconocimiento y aceptación que le admira, mitigar los efectos del delito. Naturalmente es buscar la salida procesal a toda la problemática analizada, donde tanto el Estado como la víctima del delito de homicidio doloso, encuentren y reciban lo que pretenden y merecen.



El Estado, por ejemplo, acredita y garantiza el bien jurídico protegido vida, y la víctima puede obtener un resarcimiento; pero que sea digno, que cubra todos los aspectos padecidos, desde los daños y perjuicios, hasta ubicársele lo más cercano posible a la posición en que se encontraba previo al acaecimiento del hecho delictivo. Claro está, que esa víctima no es la directa, es la colateral, que generalmente son los parientes dentro de los grados de ley de la víctima directa, o bien su conviviente.

Por su parte, Jiménez (1997) expone que “las leyes aseguran también las pretensiones punitivas y reparadoras de la víctima, puesto que en ellas se consagra la responsabilidad penal y civil oriunda de los hechos punibles” (p. 93). Lo anterior está inmerso dentro del derecho penal guatemalteco; no obstante, pese a las corrientes modernas del derecho penal, tímidamente busca la reparación a la víctima, porque en la mayoría de casos estas no obtienen su resarcimiento, por distintas circunstancias no imputables a ellas, siendo obligación del Estado garantizar ese derecho.

Aunado a ello, Girón (2012) indica:

En el derecho penal, una las consecuencias jurídicas son las penas criminales para las personas imputables y las medidas de seguridad para las inimputables. Otra de las consecuencias jurídicas es la reparación a la víctima o sus familiares de sus derechos afectados por el delito, que puede ser material como el pago de daños y perjuicios, e inmateriales para reparar el daño moral ocasionado (p. 5).

Es compartible el criterio anterior, pues efectivamente otra consecuencia jurídica del delito lo constituye la reparación a la víctima directa o colateral, reparación que debe ser oficiosa y no a requerimiento de parte. En ese orden de ideas, Mori (2014) sobre la función del derecho penal indica que “la actividad del derecho penal no debe quedar en lo meramente ideal, sino que debe propender a cumplir una función reparadora,

ejerciendo tutela jurisdiccional efectiva a favor de los derechos patrimoniales del sujeto pasivo" (p. 97). Además de los derechos patrimoniales, debe repararse los bienes morales y materiales, en fin cada uno de los bienes jurídicos vulnerados.



Puesto que tal y como lo sostiene Jakobs (2003), “el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación” (p. 28); por ende, la víctima tiene el derecho a que se le repare el daño. Reparación que debe garantizar el Estado, es más, le corresponde buscar que se haga efectiva mediante un procedimiento oficioso y como parte de la sanción del delito, como ente obligado de buscar el bienestar de todos sus habitantes. Como puede observarse, muchos tratadistas hablan del tema de la reparación del daño causado por un ilícito penal, considerando esa reparación como una pena.

Al respecto Ferrajoli (1995) expone:

Giorgio del Vecchio considera un paralogismo la idea de la retribución del mal con el mal, y contrapone a la misma la de la retribución del mal con el bien, que sería la pena como arrepentimiento o como reparación civil del daño (p. 291).

Aspecto este, ideal para reconocer a la víctima como tal y resarcirle al menos en parte el daño causado, se dice en parte, porque atendiendo a la clase de delito, podrá obtener un resarcimiento, pero jamás volverán las cosas a su estado original. De modo que la propuesta de considerar la reparación como una “tercera vía”, nace del hecho de considerar que así como la medida de seguridad (considerada como la "segunda vía"), sustituye o complementa la pena, cuando esta, por el principio de culpabilidad, no puede, o solo limitadamente, satisfacer las necesidades preventivas especiales.

Del mismo modo, el resarcimiento del daño sustituiría como "tercera vía" a la pena, o al menos la atenuaría, cumpliendo con los fines de la pena y al mismo tiempo con las necesidades de la víctima. Como indica Roxin (1997), que verdaderamente esto hasta ahora no es nada concreto, es solamente un programa, y que solamente podrá existir un derecho penal de tres vías, en vez de dos como actualmente es, cuando se incluyan en las legislaciones penales, la reparación del daño en el sistema de sanciones de manera completamente distinta a como la incluyó actualmente el legislador.

Lo pretendido con esto es el mejor funcionamiento del sistema jurídico penal, que satisfaga los intereses del propio sistema penal, así como de la víctima del delito, puesto que no es provechoso para ninguno que una persona penalmente responsable tenga que purgar varios años en una prisión, tal como es en la actualidad, porque al perder su libertad no logrará la reinserción social, pues las condiciones actuales no permiten su rehabilitación penitenciaria. En efecto, ese es el sentir actual que busca modernizar de alguna manera el sistema que no ha permitido los fines que se prevé la pena, ni reconocer plenamente a la víctima.

Lo anterior no pretende que con la inclusión de este método como una tercera vía del derecho penal, haya abolicionismo de las penas, sino que el sistema de penas se reoriente a la concreción de un fin verdaderamente provechoso, principalmente para el dúo delincuente-víctima. Por un lado, porque el responsable del delito encontrará minimización de la pena, y la víctima el resarcimiento al daño, en procura de acercarla al estado en que se encontraba antes del hecho delictivo. Claro está, algunas legislaciones incluyen el resarcimiento al daño, pero sin separarlo del carácter civilista que siempre ha tenido, en tal sentido, no es tan relevante en la consecución de los fines de la pena.

4.3 El resarcimiento a la víctima en el derecho comparado

El derecho comparado es un método de estudio que compara las semejanzas y las diferencias de los sistemas jurídicos vigentes de los diversos países del mundo, con el propósito de entender y mejorar el sistema jurídico en un país. El derecho comparado sigue el principio de que el ordenamiento jurídico difiere de un país a otro; de allí, su importancia de estudio. Es una práctica de estudiar del derecho, especializada por diferenciar instituciones o figuras jurídicas de distintos ordenamientos con el fin de profundizar en el conocimiento del ordenamiento propio.

En ese orden de ideas, en este apartado se hará un análisis comparativo de los sistemas penales de algunos países, que incluyen en su legislación lo referente al resarcimiento a las víctimas de delitos, para establecer sus semejanzas y diferencias con el sistema penal guatemalteco, en procura que la víctima obtenga su reparación integral,

de tal forma que se satisfagan las necesidades que nacieron con la comisión del hecho delictivo.



4.3.1 Legislación colombiana

Dentro de las leyes colombianas vigentes, la figura de la víctima encuentra amparo en la Constitución Política de Colombia de 1991, en cuyo artículo 250 numeral 6, regula como un deber de la Fiscalía General de la Nación, brindar asistencia a las víctimas y solicitar ante el juez de conocimiento disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito. Por su parte, el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), dispone entre otros derechos, que las víctimas tendrán derecho a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o del tercero llamado a responder.

Respecto del tercero a que hace referencia la norma citada, se refiere al tercero civilmente responsable, figura equivalente a la del tercero civilmente demandado que contempla el Código Procesal Penal guatemalteco. La legislación colombiana en materia de reparación, es bastante similar a la guatemalteca, puesto que el derecho a la reparación integral como le llaman ellos, puede ejercitarse por medio de una demanda civil; de la misma manera, por un incidente de reparación integral en el contexto de un proceso penal, después de haberse dictado el fallo donde se declara la responsabilidad penal del acusado.

Como puede observarse, el ejercicio de la reparación en la legislación colombiana, es bastante similar al caso guatemalteco, claro está que con ciertas diferencias en cuanto a su procedimiento, pero lo que interesa contemplar es que la naturaleza jurídica es similar en ambos países, porque puede requerirse civilmente o en el proceso penal. En este último caso, posterior a que el acusado sea declarado penalmente responsable, decisión que debe ser incorporada a la de responsabilidad penal.

4.3.2 Legislación costarricense

La legislación de Costa Rica, contempla lo referente a la víctima en los artículos 70 y 71 del Código Procesal Penal (Ley N° 7594 de 10 de abril de 1996). El primero, describe quién es la víctima, el segundo, trata sobre los derechos de la víctima, en este, existe valiosa aceptación de la víctima; no obstante, tal admisión no es integral, pues falta mucho qué hacer, para que la norma tenga su pleno reconocimiento.

En materia de resarcimiento, el artículo 37 de la misma norma dispone, que la restitución del objeto materia del hecho punible y la reparación de los daños y perjuicios causados, puede ser ejercitada por el agraviado, sus herederos, sus legatarios y el beneficiario en caso de pretensiones personales, a través de la acción civil, dirigida contra el autor o partícipe del delito, y en su caso contra el civilmente responsable. Sin embargo, para el ejercicio de tal derecho, su titular previamente debe constituirse como actor civil, sin cuyo requisito no podrá actuar.

En el procedimiento penal, la acción civil resarcitoria solo puede ser ejercida mientras esté en trámite la persecución penal, si el procedimiento se suspende por alguna causa, se suspende también la acción civil; dejando expedita la oportunidad, para que el titular del derecho interponga demanda ante los tribunales civiles competentes. Lo novedoso que contempla esta norma, en contraste con el Código Procesal Penal guatemalteco, es sobre la posibilidad que tiene el tribunal de emitir pronunciamiento sobre la acción civil resarcitoria válidamente ejercida, aun habiendo sentencia absolutoria.

Dicha regla no podría ser aplicada al caso guatemalteco, por la prohibición tácita del Código Penal, que en su parte general establece que la persona penalmente responsable, lo es también civilmente. Con mayor razón, por el derecho de defensa y la presunción de inocencia establecidos en la Constitución Política de la República, pues, solo el vencido en juicio es responsable de un hecho y de cumplir la obligación que le hubiere sido legalmente impuesta.



En Costa Rica, no figura el resarcimiento a la víctima como tal, sino la reparación de los daños y perjuicios, que es, cosa distinta a la reparación de la víctima. Ante ello, se considera, que en relación con el caso guatemalteco, aquel país, se encuentra con un leve retraso, pues las corrientes victimológicas modernas, tienden al mayor protagonismo de la víctima dentro del proceso penal, de esa cuenta, pueda ser resarcida de manera total y no solo en cuanto a los daños y perjuicios causados por el hecho delictivo.



4.3.3 Legislación chilena

Según el artículo 6 del Código Procesal Penal chileno, el Ministerio Público es el obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del proceso penal. Tal responsabilidad la encomienda en el fiscal, que deberá promover durante el procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima.

Al igual que las demás legislaciones analizadas sobre esta materia, en Chile, de acuerdo al artículo 59 de la ley procesal citada, la víctima puede deducir acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, pudiéndolo hacer como demanda civil en el procedimiento penal. Por aparte, puede hacerlo ante tribunales civiles.

Esta legislación se asemeja a la de Costa Rica, en cuanto al ejercicio de la acción civil, al emitirse sentencia absolutoria. En la primera, el tribunal debe pronunciarse sobre la acción válidamente ejercida; y en la segunda, la absolución no impide que se dé lugar a la acción civil, si fuere legalmente procedente.

Dentro de las innovaciones contempladas respecto del resarcimiento a la víctima, están los denominados “acuerdos reparatorios”, consagrados entre los artículos 241 a 244 del Código Procesal Penal de Chile. Son pactos entre imputado-víctima, donde el primero resarce las consecuencias dañinas del hecho que se persigue penalmente, de modo que resulte satisfactorio para la víctima, debiendo ser aprobados por el Juez de Garantía; teniendo como efecto jurídico la extinción de la acción penal.

Los acuerdos reparatorios únicamente proceden cuando se trate de hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos. Estos convenios constituyen un avance para lograr una justicia que pueda satisfacer de mejor manera a las víctimas.



4.3.4 Legislación mexicana

El sistema penal mexicano contempla la sanción pecuniaria, según el artículo 24 del Código Penal Federal, describiéndola con mayor amplitud entre los artículos del 29 al 39 de la referida ley; sanción que comprende la multa y la reparación del daño. Sin embargo, por la especialidad del presente estudio, se tratará solo lo relativo a la reparación del daño, la que debe ser integral, adecuada, eficaz, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida, que entre otras condicionantes, debe permitir la rehabilitación de la víctima, a través de medios lo más completos posible, que le permitan, participar de forma plena en la vida pública, privada y social.

La reparación debe ser fijada por los jueces, en atención al daño que sea preciso reparar, con base en las pruebas obtenidas en el proceso y la afectación causada a la víctima u ofendido del delito, a petición del Ministerio Público, que está obligado a solicitar de oficio esta condena en todos los procesos penales, y el juez a resolver lo concerniente. Por ello, en todo momento, la víctima debe ser informada sobre la reparación del daño.

La reparación del daño proveniente del delito que deba ser hecha por el imputado, acusado y sentenciado, tiene el carácter de pena pública y será exigible de oficio por el Ministerio Público, una vez que la sentencia que la imponga cause ejecutoria, por medio del procedimiento económico-coactivo, notificando de ello a la persona en cuyo favor se haya decretado, o a su representante legal.

Esta pena es compatible con otra, es decir, puede imponerse pena de prisión, más pena pecuniaria. Además del responsable penalmente, puede ser exigible a un tercero. Una vez ejecutada la sanción pecuniaria, si su importe no alcanza a cubrirse con los

bienes del responsable o con el producto de su trabajo estando en prisión, el sentenciado al ser liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte. Cuando el derecho no se ejerciere en el proceso penal, por el no ejercicio de la acción o la abstención de investigar por parte del Ministerio Público, o bien, en caso de sobreseimiento o sentencia absolutoria, quien se considere con derecho a la reparación del daño, puede recurrir a la vía civil o administrativa.

Al analizar esta clase de pena, respecto de la legislación guatemalteca, que dispone la reparación digna, se establece que contempla ciertas similitudes: sobre lo que comprende la reparación digna; que puede ser ejercitada en la vía penal o en la vía civil; que es un derecho de la víctima y que el Ministerio Público tiene la obligación de informarle. Teniendo entre sus diferencias, que en Guatemala no está contemplada como pena.

4.3.5 Legislación española

En España existe un fondo de compensación, limitado a las víctimas del terrorismo, regulado por el Real Decreto 1311/1988 de 28 de octubre. En él se establece una indemnización para las víctimas del delito de terrorismo que hayan sufrido daños corporales, pero no se considera como un derecho a la víctima, sino como compensación del Estado.

Asimismo, la ley 29/2011, de 22 de septiembre, Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, dispone en el artículo 1, el reconocimiento de las víctimas del terrorismo y el establecimiento de un marco de indemnizaciones, ayudas, prestaciones, garantías y condecoraciones con la finalidad de reconocer y atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la acción terrorista en las víctimas y en sus familias o en las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de la acción terrorista.

Lo dispuesto en la legislación española, no es parecido con las legislaciones relacionadas con el resarcimiento del daño de los países analizados, mucho menos con las disposiciones legales guatemaltecas, puesto que, en España, se trata de un tipo de



indemnización que el propio Estado brinda a las víctimas, pero únicamente para determinados delitos, relacionados con el terrorismo. Contrario a lo dispuesto en las normativas de derecho comparado analizadas, que tratan la reparación del daño causado por el responsable penalmente, corriendo a cargo de este en favor de las víctimas de todos los hechos delictivos.



4.4 El resarcimiento a la víctima como sanción penal en el delito de homicidio doloso

Como se ha señalado durante el desarrollo del presente trabajo, las sanciones penales históricas no han logrado plasmar el objetivo deseado, siendo todo lo contrario, solo se han convertido en un simple daño, al retribuir mal por mal, donde la víctima no logra encontrar el resarcimiento al daño consecuencia de la acción delictiva. De ello se deriva, que importantes teóricos consideren la implementación de nuevos mecanismos para hacer frente a tal problemática, que pese al reconocimiento sistemático de la víctima, aún hay mucho trecho por recorrer, para que esta logre el restablecimiento del derecho afectado.

A ello se perfila Roxin (1992), al considerar:

El carácter jurídico de la reparación debería ser modelado en detalle por el legislador. Yo pensaría en la reparación como una sanción autónoma, en la cual se mezclan elementos jurídico civiles y penales. Ella pertenece al Derecho civil, en tanto asume la función de compensar el daño. Empero, debe ser modificada según proposiciones de metas jurídico-penales si, dado el caso, también los esfuerzos reparatorios serios habrían de ser considerados o si, en caso de delitos contra la generalidad, quizás también el trabajo de bien común pudiera ser aceptado como prestación reparatoria (p. 154).

Partiendo del punto de vista anterior, la reparación busca la minimización de la pena, que también podría ayudar al carácter preventivo general y especial, que pretende la pena, desde la teoría preventiva. Puesto que la reparación es una prestación social constructiva cuya imposición puede ser vivida por el mismo autor, de otra manera que la

pena privativa de libertad, dado que, por una parte permite resocializarlo, y por otra se aceptado por la sociedad. Derivado de ello, para conocer la viabilidad de la reparación a la víctima como sanción penal en el delito de homicidio doloso, en el área objeto de estudio, fue necesario requerir información en el Centro de Información, Desarrollo y Estadística Judicial, del Organismo Judicial, para saber la cantidad de sentencias condenatorias dictaminadas en el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Petén, por el delito en referencia, durante los años 2016 y 2017, y en cuántas de ellas se había acordado la reparación digna. Según el Sistema de Gestión de Tribunales, durante el año 2016 se dictaron diez sentencias condenatorias, y durante el año 2017 se pronunciaron el mismo número de sentencias condenatorias, es decir, la cantidad de diez, por el delito de homicidio (Centro de Información, Desarrollo y Estadística Judicial [CIDEJ], 2018), tipo penal que para efectos de este estudio, para mayor comprensión, se ha nominado homicidio doloso, para separarlo de los otros tipos de homicidio, que dispone el Código Penal guatemalteco.

Dado que en el informe en referencia no se dio a conocer en cuántas de las sentencias referidas, se había dispuesto la reparación digna, se realizaron visitas presenciales a la sede del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Petén, con sede en el municipio de San Benito, donde se dialogó especialmente con los señores jueces que lo conforman, y de la información verbal proporcionada se determinó que por distintas causas, en los procesos a los que pertenece la estadística proporcionada por el CIDEJ, en ninguno de ellos se ha dispuesto la reparación digna.

Según las personas informantes del tribunal en referencia, las causas por las que no se decide la reparación digna, en el proceso penal, son variadas. Son las de mayor incidencia: que el Ministerio Público, por medio de sus diferentes órganos, no cumple con el mandato legal que le ha sido encomendado, al no brindar la asesoría correspondiente a las víctimas, lo que repercute en la segunda causa mayoritaria; el desconocimiento generalizado que tienen las víctimas, sobre el derecho a la reparación digna, que les veda la posibilidad de ejercerlo. Observándose de ello, el incumplimiento del Ministerio Público



del artículo 309 del Código Procesal Penal, que lo obliga a verificar el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil.



En ese mismo sentido, la licenciada Julieta Calvillo, Jueza del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Petén, en conversación sostenida, relacionada a la presente investigación, manifestó, que otra de las consecuencias por las cuales no se plantea la acción reparadora, es por el temor a represalias por parte del procesado, que las víctimas temen que el condenado puede provocarles algún daño, si ellas ejercitan tal derecho. Manifestando también, que aunque se declare la responsabilidad civil, en el marco de un proceso penal, la misma no se concretiza, a causa de la situación de pobreza de los responsables penalmente; por ello es que se deja abierta la vía civil, para que las personas puedan ejercitar allí su derecho.

Lo anterior, ha permitido demostrar que la reparación digna en el proceso penal guatemalteco, en relación con el delito de homicidio doloso, sencillamente no se da; ello obedece a que, en ninguna de las veinte sentencias condenatorias en referencia, se haya decidido la reparación digna. La víctima como sujeto de derechos, especialmente el de tutela judicial efectiva, continúa estando al margen, sin vislumbrarse un horizonte mejor. No se ha encontrado el mecanismo oportuno para que la víctima sea favorecida con el restablecimiento del derecho afectado, por decirse de alguna manera, puesto que jamás se restablecerá la vida humana privada, por la comisión del delito de homicidio.

En ese orden de ideas, el restablecimiento de ese derecho solo viene a ser una forma de minimizar el daño; no obstante, de la manera como se encuentra estructurado su ejercicio en la ley, no hay garantía de ello; por lo que, el Estado debe asumir de una vez por todas, mayor protagonismo, con el fin de lograr que la víctima sin ningún trámite, adquiera su resarcimiento al daño. Ese acontecimiento lo logra, reformando las leyes pertinentes, para, no únicamente reconocer el derecho a la reparación digna en favor de las víctimas, sino que también, la víctima pueda sentir alivio, recibiendo lo que por derecho le corresponde, sin hacer gestión alguna.

Quizá habrá muchas personas, que se pregunten, ¿cómo puede ser que la víctima de homicidio doloso obtenga la reparación del daño? El sistema no se presta para ello, puesto que reconoce ese derecho, pero se queda nada más allí, porque aunque se declare la responsabilidad civil, el penado no la paga, a causa de su insolvencia. Por ello, el criterio de Roxin anteriormente citado, se presenta como la alternativa viable: convertir la acción reparadora y/o resarcitoria, en una pena para el delito analizado, con carácter autónomo, que pueda ser aplicable, sin importar la situación económica, de la persona que resulte penalmente responsable. “Asimismo es posible pensar, en caso de autores financieramente imposibilitados, en ofrecer un trabajo de bien común remunerado, cuyo producto debería, después, fluir hacia el ofendido” (Roxin, 1992, p. 154).

Roxin, resulta sensato con la salida que propone, porque, no por el hecho de estar imposibilitado económicamente el condenado, la víctima aparte de sufrir las consecuencias del delito, también debe tolerar las secuelas del sistema mal estructurado, que no le permite alcanzar el resarcimiento del daño sufrido. En ese andamiaje pro víctima, de aplicarse al caso guatemalteco, la idea parece ser muy alentadora; por ello se propone, que en los casos donde los penados sean insolventes, el Estado les provea un empleo remunerado, producto del cual, una parte de la remuneración mensual, debe destinarse para el resarcimiento de la víctima, hasta cubrir la totalidad de la reparación.

En virtud de lo anterior, se plantea la reforma de los artículos 41 y 123 del Código Penal. En cuanto al primero, para incluir el resarcimiento como pena autónoma y principal; respecto del segundo, para agregársele la pena resarcitoria y minimizar la pena de prisión que ya contempla, de cinco a quince años; con la variación que la prisión debe cumplirse, mientras el penado no se encuentre desarrollando sus actividades laborales. Al momento de estar laborando, debe aplicarse el dispositivo de control telemático, a que se refiere el Decreto número 49-2016 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Implementación del Control Telemático en el Proceso Penal, para el control de presencia y localización a distancia de la persona con ese tipo de libertad controlada. Respecto de la implementación del control telemático que se presenta, es preciso



adecuar la legislación de la materia, a estas variaciones, para que no pueda darse ningún tipo de antinomia.



De concretarse esta propuesta, y en caso al recobrar la libertad el condenado haya contribuido con la totalidad de la reparación, debe procederse algo similar, como el caso mexicano, continuar proporcionando el monto acordado, producto de su trabajo, hasta que cumpla satisfactoriamente con el resarcimiento acordado. Para el cálculo del resarcimiento debe atenderse a la esperanza de vida de la víctima directa del delito; personas que dependían de él; si él era la única fuente de ingresos para su familia; y la existencia de hijos menores; en este último caso, para que la pena resarcitoria se compute, hasta que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad.

De esa cuenta, en parte, se les colocaría a las víctimas en el estado en que se encontraban al momento del hecho delictivo, se les ubicaría nuevamente en el contexto social, y obtuvieran el resarcimiento de los daños y perjuicios. En cuanto a la rebaja de la pena de prisión propuesta, debería darse, porque el resarcimiento del daño debe ser considerado semejante a cumplir la mitad de la pena privativa de libertad; que permite la reinserción social del penado, de una manera más rápida; menos afectación en la familia del penado; y especialmente que el penado no se vea tan afectado con mucho encierro, tomando en consideración que, en los centros penitenciarios hay insalubridad, desatenciones generalizadas, mayor criminalidad, hacinamiento de personas, entre otras múltiples problemáticas.

Por ello, la implementación de este tipo de pena traerá beneficios para todos: la víctima será resarcida del daño; el penado tendrá menos privación de libertad y anticipadamente logrará reinsertarse en la sociedad; se minimizará el daño moral en la familia del penado; el Estado no invertirá recursos innecesarios, ya que, el tiempo de privación de libertad se acortará considerablemente, con lo cual disminuirá también el hacinamiento de presos. En general, la sociedad creerá más en el sistema; habrá prevención, pues, el penado no querrá delinquir más y la sociedad se abstendrá, porque ninguno pretenderá hacerlo y sufrir la pena de prisión y además reparar el daño provocado. Pero, especialmente, habrá justicia, derivado de que el Estado cumplirá su

fin, respetando el principio de tutela judicial efectiva, donde ningún sujeto procesal sea expropiado en sus derechos.



4.4.1 Formas de resarcimiento a las víctimas

Se ha acotado, con anterioridad, que el resarcimiento a la víctima comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, de modo tal, que esa restauración sea integral. En ese sentido, se toma en consideración que podría suceder que no todas las víctimas deseen recibir resarcimiento económico, sino de otra naturaleza, por ello, y en atención al Manual de Criterios Básicos para la aplicación de las Medidas de resarcimiento otorgadas por el Programa Nacional de Resarcimiento (PNR), se puntualizan las distintas formas de resarcimiento que las víctimas pueden esperar a consecuencia de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el enfrentamiento armado interno, adaptadas al delito de homicidio doloso.

a) Dignificación de las víctimas. Son todas aquellas acciones orientadas a promover y restablecer la dignidad de las víctimas directas del hecho delictivo, como: la recopilación y sistematización de los hechos más relevantes de su vida; la coordinación y/o acompañamiento en actividades que difundan, promocionen y dignifiquen su memoria; la promoción y acompañamiento en los trámites orientados a renombrar espacios públicos con sus nombres; el apoyo a la construcción de mausoleos, panteones o nichos para inhumar restos exhumados de víctimas; apoyo a eventos dirigidos a la sensibilización y prevención del delito; y manifestaciones públicas reivindicando los derechos de las víctimas.

b) Resarcimiento cultural. Consiste en la realización de acciones destinadas a que las víctimas colaterales del delito, obtengan acceso a programas de educación formal y no formal en los distintos centros educativos. Asimismo, al reconocimiento, impulso y promoción de expresiones y manifestaciones artísticas.

c) Reparación psicosocial. Consiste en acciones orientadas a la atención psicosocial de las personas que sufren afección de tal naturaleza a consecuencia del hecho delictivo.

d) Rehabilitación. Radica en el cúmulo de acciones que buscan la rehabilitación de las personas que sufren algún tipo de discapacidad física y/o mental a consecuencia del hecho delictivo.



e) Restitución material. Son aquellas medidas orientadas a restablecer o compensar las pérdidas o la situación material existente de las personas antes de la comisión del hecho delictivo. Para el delito de homicidio doloso son orientadas a las víctimas colaterales.

f) Resarcimiento económico. Es una medida de carácter simbólico que el responsable penalmente otorga a las víctimas colaterales del delito, por no ser posible la restitución. Este tipo de reparación del daño es el más reconocido y usado porque a través del mismo, se entrega una cantidad económica, que podría cubrir el importe de las demás formas de reparación y de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho delictivo.

En efecto, estas formas de resarcimiento pueden ser configurables al delito de homicidio doloso, como un medio de reinsertar a la víctima al estado en que se encontraba previo al hecho delictivo. Para ello es indispensable, que al acogerse la propuesta planteada por medio de esta investigación, se reforme el artículo 124 del Código Procesal Penal, para incluirlas dentro del resarcimiento de las víctimas, de modo que sean tomadas en cuenta al momento de emitirse la sentencia que responsabilice penalmente a un procesado; tomando como premisa el hecho que las víctimas pueden diferir en la forma de obtener su resarcimiento.

Conclusiones

Pese a los distintos principios que rigen las penas, estas, son un castigo para quienes las sufren. En ese devenir, ninguna de las teorías que las justifican, alcanza su objetivo, pues, ninguna de ellas resocializa al delincuente, mucho menos previene la comisión de hechos delictivos; bien sea por la forma como se dispone su aplicación, o por el fallido sistema penitenciario que las rige. En ese orden de ideas, la reparación del daño busca la minimización de la pena, en procura del carácter preventivo general y especial, que proyecta la pena.

La clasificación de las penas principales que rigen en Guatemala se debe en gran parte, a que históricamente es la más aceptada por la doctrina y los diferentes Estados, según la naturaleza de cada hecho delictivo. Sin embargo, han sido infructuosas respecto de sus fines provocando, consecuentemente, el expansionismo del derecho penal, sin garantizar el restablecimiento del derecho afectado a la víctima. Respecto de las penas accesorias, nacen, merced de las necesidades jurídico-penales del país, cuya aplicación sigue a la pena principal, de modo adicional, en atención al bien jurídico protegido por la norma penal y demás aspectos en relación con los fines que persiguen.

La reparación digna se orienta a permitir la plena restauración del derecho afectado, teniendo a la víctima como persona sujeta de derechos contra quien recae la acción delictiva, y busca las alternativas disponibles para su reincorporación social, a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho delictivo. No obstante, no basta con reconocer el derecho a la reparación digna, sino que se haga efectivo para que las víctimas, sin hacer gestión alguna, reciban lo que les corresponde, en atención a la forma de resarcimiento que para caso se adecue.

En Guatemala, el homicidio doloso es uno de los delitos de mayor asiduidad, por ello, el bien jurídico vida, se reconoce como el de mayor valía, al que le siguen los demás bienes jurídicos protegidos por la norma. De ahí, que la ley penal disponga una de sus más graves penas al castigo de este injusto penal, que a decir verdad, no sirve de mucho



a los intereses de las víctimas, únicamente satisface al Estado con la imposición del *puniendi*. Por ello, la inclusión del resarcimiento a la víctima como suspenso de la pena permitirá que la víctima sea resarcida del daño. También para que el penado tenga menos privación de libertad y tempranamente logre su reinserción social; se minimice el daño moral en la familia del condenado; que el Estado no invierta recursos innecesarios, pues, el tiempo de privación de libertad se acortará considerablemente, con lo cual menguará también el hacinamiento de presos; la sociedad creerá más en el sistema; y habrá prevención, ya que, el penado evitará la reincidencia y la sociedad se abstendrá, porque ninguno pretenderá hacerlo y sufrir aprisionamiento y además reparar de manera integral el daño provocado; especialmente brillará la justicia, derivado de ello, el Estado cumplirá su fin, empleando el principio de tutela judicial efectiva, para que ningún sujeto procesal sea despojado de sus derechos.

La investigación de campo realizada en el contexto del presente trabajo, permitió conocer que el derecho a la reparación digna no es ejercitado por las víctimas del delito de homicidio doloso, por las siguientes causas: el Ministerio Público no cumple con el mandato legal que le ha sido encomendado al no brindar la asesoría correspondiente; el desconocimiento generalizado sobre el derecho a la reparación digna; el temor a represalias por parte del procesado si se ejercita tal derecho; y la situación de pobreza de los responsables penalmente. En consecuencia, se comprobó la hipótesis formulada, porque al figurar la pena de resarcimiento a la víctima en el delito de homicidio doloso, toda víctima obtendrá la restauración del derecho afectado; más, su reincorporación social y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho delictivo.



Recomendaciones



El Estado por medio del sistema penitenciario, debe evitar que las penas continúen siendo un simple castigo, innovando el actual régimen penitenciario, dotándolo de herramientas, que le permitan dar estricto cumplimiento al artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Ello para lograr la readaptación social y la reeducación de los reclusos y cumplir con el tratamiento de los mismos.

Es menester que el Ministerio Público, por medio de sus distintos órganos, asuma la responsabilidad legal que le atañe, brindando asesoría y acompañamiento a todas las víctimas del delito de homicidio doloso, para viabilizar el ejercicio del derecho a la reparación digna. De tal manera, que puedan ser informadas correctamente de su participación en el proceso penal, para obtener la plena restauración del derecho afectado y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el ilícito penal.

El Estado de Guatemala debe evitar el expansionismo del derecho penal, por el contrario, procurar la minimización de las penas, buscando también, que en el mediano plazo la pena de muerte sea abolida; dando cabida a la mayor aplicación del principio de oportunidad, inmerso en las salidas alternas del proceso penal: criterio de oportunidad y suspensión condicional de la persecución penal. Con ello, se asegura mejor provecho presupuestario, menos hacinamiento carcelario y que las personas ingresen por delitos menores a corromperse criminalmente.

Dado que la vida es el mayor de los bienes que el ser humano posee, del que se origina el deleite de los demás, obligatoriamente el Estado, a través de los órganos correspondientes, debe implementar en todos los ámbitos, la efectiva prevención del delito de homicidio doloso, para la realización del bien común, y cumplir el mayor de los deberes que constitucionalmente le fue impuesto, la garantía de la vida a todos sus habitantes.

Que el Congreso de la República de Guatemala reforme los artículos 41 y 123 del Código Penal, a efecto de: en el primero, incluir la pena de resarcimiento a la víctima, como

principal; y en el segundo, minimizar la pena que actualmente posee, y añadir la pena de resarcimiento a la víctima. Con ello se logrará que las víctimas de dicho delito obtengan la efectiva restauración del derecho afectado, más su reincorporación social, y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho delictivo.



Referencias



- Argueta Mejía de Romero, M. C. (Noviembre de 2005). *La pena de multa conforme el Código Penal y la necesidad de que el juez, previo a decretarla se informe socioeconómico o psicológico en los delitos cuya sanción sea la multa.* Guatemala: s.e.
- Arrecis López, J. R. (Febrero de 2012). *Abandono de la víctima en el proceso penal guatemalteco.* Guatemala: s.e.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1996). *Código Procesal Penal.* San José, Costa Rica: Comisión del Poder Legislativo.
- Asamblea Legislativa de la República de Guatemala. (1936). *Código Penal.* Guatemala: Comisión Legislativa.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1879). *Ley Constitutiva de la República de Guatemala.* Guatemala: Comisión .
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Costitución Política de la República de Guatemala.* Guatemala: Junta Jurídica.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia.* Bogotá, Colombia: Comisiones.
- Barquín Durán, M. (2010). *Porque no a la pena de muerte.* Guatemala: Editorial Edición e impresión privada.
- Barranco Gámez, J. M. (s.f.). *El delito de homicidio.* (S. A. Intercontinentales, Ed.) s.e. Recuperado el 11 de Mayo de 2018, de <http://www.eumed.net/libros/libro.php?id=1643>
- Bunster, A. (2005). *Diccionario jurídico mexicano.* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ed.) México: s.e.
- Bustos Ramírez, J. M. (s.f.). *Manual de derecho penal, Parte general* (Tercera ed.). Barcelona: Ed. Ariel S. A.
- Cabanellas de Torres, G. (2001). *Diccionario jurídico elemental* (Decimoquinta ed.). Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Cancio Meliá, M. (2003). ¿«Derecho penal» del enemigo? En G. Jakobs, & M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo* (Primera ed., págs. 57-102). Madrid, España: Editorial Civitas Ediciones, S. L.

- Carbonell Mateu, J. C. (1999). *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*. Valencia: Editorial Tirant lo blanch.
- Centro de Información y Estadística Judicial. (13 de junio de 2018). *Informe de sentencia condenatoria por el delito de homicidio en todas sus manifestaciones de Sentencia de Petén*. Guatemala.
- Comisión Nacional de Resarcimiento. (2015). *Manual de Criterios Básicos para la aplicación de las Medidas de Resarcimiento otorgadas por el Programa Nacional de Resarcimiento (PNR)*. Guatemala: La Comisión.
- Congreso de la República. (2000). *Código Procesal Penal*. Chile: Congreso de la República.
- Congreso de la República. (2004). *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá, Colombia: Congreso de la República.
- Congreso de la República de Guatemala. (1973). *Código Penal*. Guatemala: Comisión Legislativa.
- Congreso de la República de Guatemala. (1992). *Código Procesal Penal*. Guatemala: Comisión Legislativa.
- Congreso de la República de Guatemala. (1992). *Ley Contra la Narcoactividad*. Guatemala: Comisión Legislativa.
- Congreso de la República de Guatemala. (2001). *Ley contra el Lavado de Dinero y otros Activos*. Guatemala: Comisión Legislativa.
- Congreso de la República de Guatemala. (2006). *Ley Contra la Delincuencia Organizada*. Guatemala: Comisión Legislativa.
- Congreso de la República de Guatemala. (2006). *Ley del Régimen Penitenciario*. Guatemala: Comisión Legislativa.
- Congreso de la República de Guatemala. (2009). *Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas*. Guatemala: Comisión Legislativa.
- Congreso de la República de Guatemala. (2016). *Ley de Implementación del Control Telemático en el Proceso Penal*. Guatemala: Comisión Legislativa.
- Congreso de la Unión. (1931). *Código Penal Federal*. México: Secretaría General.
- Coquis Velasco, A. (s.f.). *La reparación del daño material a víctimas del delito y la mediación penal en el Distrito Federal*. Recuperado el 17 de marzo de 2018, de



- Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Web site: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/382>
- Corte de Constitucionalidad. *Expediente 1097-2015* (Inconstitucionalidad general parcial 11 de febrero de 2016).
- Corte de Constitucionalidad. *Expediente 5986-2016* (Inconstitucionalidad general 24 de octubre de 2017).
- Cuello Calón, E. (1961). *Derecho penal parte general y especial* (Undécima ed.). Barcelona: Editorial Casa Ed. Bosch.
- Cuello Calón, E. (1975). *Derecho penal*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- De la Cruz Escobar, O. M. (Agosto de 2010). *Análisis jurídico y doctrinario de la reparación del daño a la víctima del delito en el proceso penal guatemalteco*. Guatemala: s.e.
- Diez Ripolles, J. L. (1993). *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Donna, E. A. (1999). *Derecho penal, parte especial*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal - Culzoni Editores .
- Escobar Cárdenas, F. E. (2013). *Compilaciones de derecho penal, Parte especial*. Guatemala: Editorial Magna Terra Editores.
- Estrada Rivera, M. D. (Marzo de 2016). *La reparación digna en el proceso penal*. Guatemala, Guatemala: s.e.
- Fajardo Cordón, J. R. (Noviembre de 2007). *La pena de arresto en el Código Penal*. Guatemala, Guatemala: s.e.
- Fernández de León, G. (1972). *Diccionario jurídico* (Tercera ed.). (Contabilidad Moderna, Ed.) Buenos Aires: s.e.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. (P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, & R. Cantarero Bandrés, Trads.) Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- García-Pablos de Molina, A. (1996). *Criminología*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Girón Palles , J. G. (2017). *Módulo de la reparación digna*. Guatemala de la Asunción: s.e.



- 
- Girón Palles, J. G. (2012). *Teoría jurídica de la pena aplicada al juicio* (Primera ed.). Guatemala: Editorial Cimgra.
- Gómez de la Torre, I. B., Arroyo Zapatero, L., Ferré Olivé, J. C., Serrano Piedecuestas J. R., & García Rivas, N. (1996). *Lecciones de derecho penal. Parte General*. Barcelona: Editorial Praxis S. A.
- Gomez Silva, W. Y. (Octubre de 2007). *Análisis jurídico y doctrinario de las penas accesorias: expulsión de extranjeros del territorio nacional emitidas por los tribunales y sus repercusiones negativas en el derecho internacional de los Derechos Humanos*. Guatemala: s.e.
- Hernández Carrasquillo, J. (1995). *Derecho penal fundamental* (Vol. II). Colombia, Colombia: Editorial Temis.
- Jakobs, G. (1998). *Sobre la teoría de la pena* (Primera ed.). (M. Cancio Meliá, Trad.) Colombia: Editorial CARGRAPHICS S. A.
- Jakobs, G. (2003). *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. En G. Jakobs, & M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo* (Primera ed., págs. 19-56). Madrid, España: Editorial Civitas Ediciones, S. L.
- Jefatura del Estado. (2011). *Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo*. España: Cortes Generales.
- Jefe del Gobierno de la República. (1963). *Código Civil*. Guatemala: Comisión revisora.
- Jiménez de Asúa, L. (1997). *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Sudamericana S. A.
- Joachim Hirsch, H. (1992). *La reparación del daño en el marco del derecho penal*. En A. Eser, H. Joachim Hirsch, C. Roxin, N. Christie, J. B. Maier, E. A. Bertoni, ... E. Larrauri, *De los delitos y de las víctimas* (E. Carranza, Trad., Primera ed., págs. 53-90). Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc S.R.L.
- Landrove Díaz, G. (1996). *Las consecuencias jurídicas del delito*. España: Editorial Tecnos S. A.
- Larios Ochaíta, C. (2004). *Derecho internacional privado*. (Séptima ed.). Guatemala, Guatemala: Editorial Litografía Nawal Wuj.
- Larrauri, E. (1992). *Victimología*. En A. Eser, H. Joachim Hirsch, C. Roxin, N. Christie, J. B. Maier, E. A. Bertoni, ... E. Larrauri, *De los delitos y de las víctimas* (Primera ed., págs. 281-314). Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Doc S.R.L.

- Levene, R. (1977). *El delito de homicidio* (Tercera ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediciones Depalma.
- López Contreras, R. E. (2005). *La reparación del daño a la víctima del delito*. Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix.
- Maier, J. B. (1995). *El ingreso de la reparación como tercera vía al derecho penal argentino*. En J. B. Maier, A. M. Binder, E. Bacigalupo, M. Barbero Santos, R. Bergalli, A. M. Binder, J. Bustos Ramírez, R. del Olmo, ... E. R. Zaffaroni (Edits.), *El derecho penal hoy, homenaje al Profesor David Baigún* (págs. 27-52). Buenos Aires, Argentina: Editorial Editores del Puerto s.r.l.
- Mapelli Caffarena, B., & Terradillos Basoco, J. (1996). *Consecuencias del delito*. Madrid, España: Editorial Grijalva, S. A.
- Marchiori, H. (2006). *Criminología, la víctima del delito* (Quinta ed.). México: Editorial Porrúa.
- Menéndez y Menéndez, S. M. (Septiembre de 2008). *Análisis jurídico del artículo 383 del Decreto 17-73, su contravención con los pactos internacionales y la necesidad de la subrogación de la pena de muerte*. Guatemala: s.e.
- Ministerio del Interior. (1988). *Real Decreto 1311/1988*. España: Consejo de Estado y Consejo de Ministros.
- Ministerio Público. (2001). *Manual del Fiscal* (Segunda ed.). (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Ed.) Guatemala, Guatemala: s.e.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. (J. C. Faira, Ed.) Editorial B de F.
- Morán Alvarado, C. (Febrero de 2010). *La necesidad de reformar la pena de arresto en materia de faltas para cumplir con el fin rehabilitador del derecho penal*. Guatemala: s.e.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al derecho penal*. (J. Faira, Ed.) Buenos Aires: Editorial B de F.
- Núñez de Arco Mendoza, J. (2010). *Victimología y violencia criminal un enfoque criminológico y psicológico* (Primera ed.). (A. B. Penales, Ed.) La Paz, Bolivia: s.e.
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París: Asamblea General.



- 
- Organización de las Naciones Unidas. (1955). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. Ginebra, Suiza: Primer Congreso.
- Organización de las Naciones Unidas. (1984). *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*. New York: Asamblea General.
- Organización de las Naciones Unidas. (1985). *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*. New York: Asamblea General .
- Organización de las Naciones Unidas. (1988). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Roma: Asamblea General.
- Organización de las Naciones Unidas. (1992). *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. New York: Asamblea General.
- Organización de las Naciones Unidas. (2000). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Palermo, Italia: Asamblea General.
- Organización de las Naciones Unidas. (2005). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. New York: Asamblea General.
- Organización de las Naciones Unidas. (s.f.). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. New York: Asamblea General.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos.
- Organización de los Estados Americanos. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*. Belém, Pará, Brasil: Asamblea General.
- Ossorio, M. (2000). *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales* (Vigésimo séptima ed.). Colombia: Editorial Heliasta S. R. L.
- Pico, J. M. (1988). *Las sanciones penales y la política criminal contemporánea*. Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L.
- Rodríguez Manzanera, L. (2002). *Victimología estudio de la víctima* (Séptima ed.). México D. F.: Editorial Porrúa, S. A.

- Rojas, I. Y. (s.f.). *La proporcionalidad en las penas*. Recuperado el 2 de Marzo de 2018 de http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/7_la-proporcionalidad-en-las-penas.pdf
- Roxin, C. (1992). *La reparación en el sistema de los fines de la pena*. En A. Hirsch, C. Roxin, N. Christie, J. B. Maier, E. A. Bertoni, . . . E. Larrauri, *De los delitos y de las víctimas* (págs. 129-156). Buenos Aires: Editorial Ed. Ad-hoc S. R. L.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, parte general* (Vol. I). (C. Roxin, Ed., D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conllevo, & J. De Vicente Remesal, Trads.) Madrid, España: Editorial Civitas, S. A.
- Vásquez Smerilli, G. J. (2004). *La reparación del daño producido por un delito* (Segunda ed.). Guatemala: Editorial Impresores Unidos S. A.
- Villalta, L. (2008). *Principios, derechos y garantías estructurales en el proceso penal*. Guatemala: s.e.
- Von Liszt, F. (1994). *La idea de fin en el derecho penal*. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed.) México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Editorial Ediar Sociedad Anónima, editora comercial, industrial y financiera.
- Zugaldia Espinar, J. M. (1995). *¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?* Granada: Editorial Comares.



Apéndice



Petén, mayo 25 de 2018

Licenciado
Rubén Berganza
Coordinador de Estadística
Corte Suprema de Justicia
Su despacho:

Distinguido Licenciado Berganza:

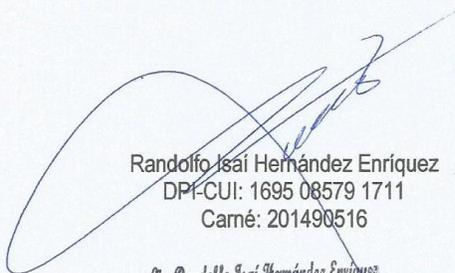
Me dirijo a usted deseándole toda clase de parabienes frente al cargo que dignamente desempeña en esa prestigiosa institución, y a la vez para molestar su atención en el asunto que a continuación expongo:

Tengo pensum cerrado de la **maestría en derecho penal**, en la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, actualmente me encuentro desarrollando mi tesis intitulada "**La inclusión del resarcimiento a la víctima como pena en el delito de homicidio doloso**", y por ser vital para mi trabajo de tesis con el debido respeto solicito que a la mayor brevedad posible se me proporcione la información siguiente:

1. Cantidad de sentencias condenatorias que por el delito de homicidio doloso se dictaron en el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Petén, durante los años 2016 y 2017, con su respectivo número único de expediente; y
2. Cantidad de las sentencias antes referidas donde se haya decidido el pago de la reparación digna, con su respectivo número único de expediente.

Sin otro particular, me suscribo de usted con muestras de consideración y alta estima.

Atentamente;



Randolfo Isai Hernández Enríquez

DPF-CUI: 1695 08579 1711

Carné: 201490516

Ric. Randolph Isai Hernández Enríquez
Abogado y Notario



CIDEJ

CENTRO DE INFORMACION, DESARROLLO Y
ESTADISTICA JUDICIAL

INFORME DE SENTENCIA CONDENATORIAS POR EL DELITO DE HOMICIDIO EN TODAS SUS MANIFESTACIONES DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA DE PETEN					
DEPARTAMENTO	DESPACHO	DELITO	2016	2017	Total general
PETEN	TRIBUNAL DE SENTENCIA, PETÉN	HOMICIDIO	10	10	20
		HOMICIDIO CULPOSO	3	2	5
		HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA	1	3	4
	Total TRIBUNAL DE SENTENCIA PETÉN		14	15	29
Total PETEN			14	15	29

Sistema de Gestion de Tribunales

Procesamiento de datos 13 de junio de 2018

NOTA: "Los interesados tendrán responsabilidad, penal y civil por el uso, manejo o difusión de la información pública a la que tengan acceso, de conformidad con la Ley de Acceso a la Información Pública y demás leyes aplicables según el artículo 15, La información se proporciona en el estado en que se encuentra en el Organismo Judicial".