

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

GESTIÓN DE CONFLICTIVIDAD CON ENFOQUE A LOS MÉTODOS
ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CLAUDIA VERONICA AVILA RAMIREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2008.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
Vocal II: Lic. Gustavo Bonilla
Vocal III: Lic. Erick Rolando Huitz Enriquez
Vocal IV: Lic. Hector Mauricio Ortega Pantoja
Vocal V: Br. Vinicio Villatoro López
Secretario: Lic. Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Lic. Víctor Atulfo Taracena Girón
Secretario: Lic. Jorge Leonel Franco Morán
Vocal: Lic. Benicia Contreras Calderón

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Secretario: Licda. Eloisa Mazariegos Herrera
Vocal: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez

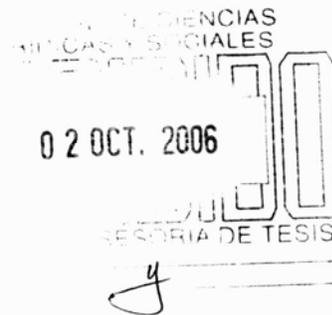
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Corporación Jurídica
Alvarado, Alvarez & Monachella
10°. Calle 6-37 Zona 1. Oficina No. 502 Edificio Bearn. Ciudad de Guatemala
Teléfonos: 22 20 42 13, 22536259



Guatemala 26 de Septiembre de 2006.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria



Licenciado Castillo Lutín:

De conformidad con lo ordenado en resolución de fecha 7 de junio del 2006, en que se me nombró como asesor de la Bachiller **CLAUDIA VERONICA AVILA RAMÍREZ**, a quien presté la asesoría correspondiente, por la cual me permito dictaminar de la manera siguiente: la Bachiller Claudia Verónica Avila Ramírez, presentó como punto de tesis **GESTIÓN DE CONFLICTIVIDAD CON ENFOQUE A LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**.

Dicho plan de tesis supervisado así como el trabajo desarrollado bajo mi inmediata dirección la sustentante atendió las sugerencias que le fueron formuladas, las cuales en un momento dado dieron lugar a modificación de forma que no incidieron en los planteamientos formulados por la bachiller **CLAUDIA VERONICA AVILA RAMÍREZ**.

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con el normativo para la elaboración de la tesis del artículo 32 de la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Atentamente,


LIC. EDUARDO ISAAC ALVAREZ PAREDES
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Eduardo Isaac Álvarez Paredes
Abogado y Notario
Colegiado Activo No. 6515



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, dos de febrero de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) SAMUEL ALBERTO DUARTE PÉREZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **CLAUDIA VERONICA AVILA RAMIREZ**, Intitulado: **"GESTIÓN DE CONFLICTIVIDAD CON ENFOQUE A LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Duarte, Guevara & Salguero

Abogados y Notarios Asociados



Guatemala 21 de junio de 2007.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria



Respetable Licenciado Castillo Lutín:

Tengo el honor de dirigirme a usted para informarle que en cumplimiento de la resolución de fecha dos de febrero del año en curso, procedí a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller CLAUDIA VERONICA AVILA RAMIREZ, intitulado: "GESTIÓN DE CONFLICTIVIDAD CON ENFOQUE A LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS".

Dicho trabajo aporta un estudio profundo del tema, señalando que las conclusiones, recomendaciones y bibliografía son congruentes con la investigación. Los métodos, técnicas y el contenido científico de la misma, responden a los requerimientos que para este tipo de trabajo deben ser empleados.

Por lo que en cumplimiento de la resolución relacionada y para los efectos consiguientes, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito dictamen favorable.

En virtud de ello, opino que el presente trabajo satisface los requisitos normativos respectivos, para que en su oportunidad en el Examen Público de graduación profesional de la sustentante pueda ser discutido.

Sin otro particular, me suscribo atentamente.

Lic. Samuel Alberto Duarte Pérez
Abogado y Notario
Colegiado 2,980

Samuel Alberto Duarte Pérez
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, quince de abril del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CLAUDIA VERONICA AVILA RAMIREZ, Titulado "GESTIÓN DE CONFLICTIVIDAD CON ENFOQUE A LOS METODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico de Tesis.

MTCL/sllh



ACTO QUE DEDICO:

- A Dios: Que me ha guiado y protegido, gracias por su bendición, misericordia e iluminación para alcanzar este triunfo.
- A mi madre: Gloria Esperanza Ramírez Aguirre. Que los títulos que hoy obtengo sean un regalo y un orgullo a sus esfuerzos, amor y honra, ya que ha sido padre y madre en mi vida.
- A mi abuela: Por su apoyo incondicional y la bendición que ha sido a lo largo de mi vida.
- A mis hermanos: José Roberto Ávila Ramírez, Damaris Eunice González Ramírez y Daniel Esteban González Ramírez. Porque siempre confiaron en mí y por el gran amor que les tengo.
- A mis tíos: Nery Antonio Aguirre, Walter Oswaldo Salguero Aguirre, Lilian Yaneth Salguero Aguirre de Duarte y Mirna Nineth Salguero Aguirre de Zepeda. Por su apoyo y amor incondicional.
- A mis amigos y amigas: Gracias por el apoyo brindado e incondicional motivación.
- A mis compañeros de trabajo: Gracias por su amistad y apoyo.
- A la Universidad de San Carlos de Guatemala: Casa de estudios que me ha formado, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La gestión de los conflictos.....	1
1.1. Formulación gestión de conflictividad.....	4
1.2. Configuración de la gestión de conflictividad.....	4
1.3. Modelos de política criminal.....	5
1.4. Principios del modelo de política criminal.....	8
1.4.1. Política criminal autoritaria.....	8
1.4.2. Política criminal democrática.....	9
1.5 Política criminal y gestión de la conflictividad.....	10
1.6 La necesaria gestión de la conflictividad.....	11
1.7 Dos paradigmas, el orden y la gestión de conflictividad.....	12
1.7.1 Presupuestos del paradigma del orden.....	13
1.7.2 Presupuestos del paradigma de la gestión de la conflictividad.....	13
1.8 Políticas públicas y gestión de conflictividad.....	14

CAPÍTULO II

2. Resolución alternativa de conflictos	
nuevo modelo de justicia.....	19
2.1 Conflicto y sistema penal.....	19
2.2 El conflicto.....	20
2.2.1 Conflicto y delito.....	21
2.2.2 Conflicto penal y respuesta estatal.....	22
2.3 Modelo de justicia imputado, justicia, sociedad.....	24
2.3.1 Castigar y reparar, alternativas al sistema penal actual.....	24
2.4 Otras repuestas al conflicto penal.....	25

2.4.1 Mecanismos espontáneos no violentos.....	26
2.4.2 Derecho consuetudinario indígena.....	26
2.5 Métodos alternativos de resolución de conflictos.....	26
2.6 Resolución alternativa de conflictos.....	28
2.7 Análisis del conflicto.....	28
2.7.1 Conflicto.....	29
2.7.2 Forma como se da un conflicto.....	29
2.7.3 Violencia.....	30
2.8 Conflicto y violencia.....	30
2.9 Autoridades y conflicto.....	31
2.10 Verdades sobre el conflicto.....	31
2.11 Como analizar conflictos.....	32
2.12 Mapa del conflicto.....	33
2.13 Rueda del conflicto.....	33

CAPÍTULO III

3. La víctima y el sistema de justicia penal.....	35
3.1 La reparación en el derecho penal material.....	37
3.1.1 Reparación como sanción penal independiente.....	39
3.1.2 Propuesta alternativa sobre reparación penal.....	43
3.1.3 Reparación y compensación.....	43
3.1.4 Relación de reparación, pena y paz jurídica.....	46
3.1.5 La reparación del daño en el derecho penal guatemalteco.....	48
3.2 Construcción de un modelo de reparación.....	49

CAPÍTULO IV

4. Métodos alternativos de resolución de conflictos.....	55
4.1 Principios de la Conciliación.....	56
4.1.1 La conciliación debe ser voluntaria	56
4.1.2 Igualdad entre las partes.....	57
4.1.3 Propósito de la conciliación.....	58

4.1.4 Imparcialidad y neutralidad.....	59
4.1.5 Autonomía y confidencialidad.....	59
4.2. Materias no conciliables de la conciliación.....	59
4.3 Procedencia de la conciliación.....	61
4.4 Casos en que no procede la conciliación.....	68
4.5 Autoridad competente.....	68
4.6 Sujetos en el proceso de conciliación.....	69
4.7 Oportunidad.....	70
4.8 Proceso de conciliación.....	70
4.9 Elementos de la negociación.....	73
4.10 Audiencia de conciliación.....	75
4.10.1 Sobre el clima de confianza.....	75
4.11 Acuerdo y seguimiento.....	82
4.12 Enfoque político criminal de la reparación penal.....	83
4.12.1 Técnicas para la reparación.....	84
4.12.2 Requisitos.....	84
4.13 La reparación del daño, en el derecho penal guatemalteco.....	84
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91

INTRODUCCIÓN

El conflicto es algo natural en toda sociedad, se da básicamente como consecuencia de las necesidades por satisfacer y los escasos recursos existentes, en ese sentido dependiendo del lugar donde se viva y las condiciones propias de existencia de ese lugar y momento, existirán necesidades específicas para el grupo humano que conviva que no se pueden satisfacer, esto ocasionará conflictos, tomando en cuenta la conflictividad de la convivencia humana, la tarea esencial del Estado debe ser prevenir conductas o situaciones que pudieran causar un desorden tal que impidiera la convivencia de acuerdo a las reglas establecidas por normas e instituciones. Consecuentemente el Estado toma en cuenta las conductas que podrían ocasionar esa clase de conflictos y decide prohibirlas.

Si las conductas prohibidas ocurren expresando un conflicto, entonces el Estado intervendrá a través de un proceso y decidirá sobre la conducta con la intención de solucionar el conflicto. De acuerdo a lo analizado, es evidente la necesidad de intervención del Estado para la gestión de la conflictividad. Esta gestión se puede realizar partiendo de dos paradigmas: El primero de orden y el segundo de la gestión de la conflictividad.

El paradigma de orden parte de la idea antes expuesta, que la conflictividad es mala, por lo tanto la sociedad va a funcionar bien si esta ordenada; si cada elemento de la sociedad ocupa el lugar que le corresponde en una gran maquinaria de cooperación social, como si fuera una biblioteca en donde cada libro tiene su lugar, sin tomar en consideración que algunos libros pueden no estar conformes con el lugar que se les asignó.

La hipótesis gira alrededor de cuál es la razón por la que el Estado de la República de Guatemala, en su Política de Gestión de Conflictividad no la ha enfocado hacia los métodos alternativos de resolución de conflictos, por que los aplica únicamente como mecanismos no violentos y no como medios para satisfacer

los intereses de las partes, si en nuestro sistema de justicia se propicia una cultura que aplique los MARCS para alcanzar acuerdos que permitan la salida del sistema legal de una gran cantidad de conflictos que puedan ser solucionados de manera negociada se resolverán los conflictos atendiendo a los intereses de las partes.

Ahora bien, uno de los principales objetivos de la presente investigación es demostrar que la gestión de conflictividad genera mecanismos y métodos alternativos de resolución de conflictos para que se gestionen los propios conflictos y se disminuya la violencia, estos métodos permiten encontrar solución a los conflictos criminalizados (delitos) sin la utilización de medidas coercitivas como lo es la sanción penal.

Dicho objetivo no solamente representa un alto grado de dificultad por la relatividad que conlleva el término, sino por que carece de eficacia en cuanto al fin último que persigue o debería perseguir el sistema de justicia: resolver los conflictos entre las personas. Por todo ello, ha surgido la necesidad imperante de revisar el método adversarial o litigioso para buscar otros métodos que permitan al Estado gestionar adecuadamente los conflictos para encontrar soluciones a los conflictos por sobre el interés subjetivo de encontrar o averiguar la “verdad”, que por más que se llame verdad real, verdad material, verdad histórica; no deja de ser una utopía pues un tercero jamás podrá llegar a conocer con certeza toda la verdad de un hecho.

El movimiento a favor del uso de los MARCS dentro del sistema de justicia penal mundial deberá tener incidencia en las distintas reformas procesales penales, tal el caso de Guatemala donde se ha incorporado en materia legal las medidas que legitiman y buscan que el Estado resuelva la mayor parte de los conflictos criminalizados que ingresan a su sistema. Lamentablemente, aún se puede observar que en nuestro sistema no se ha podido propiciar en el sistema de justicia una cultura que propicie la aplicación de los MARCS para alcanzar acuerdos que permitan la salida del sistema legal de gran cantidad de conflictos que pueden ser solucionados de manera negociada.

En realidad la cultura del litigio no solamente ha sido implementada en los profesionales del derecho, incluso, en la sociedad misma, que ante la aparición de cualquier tipo de conflicto corren al sistema de justicia para tratar de encontrar en él la resolución judicial que le confirme su derecho, la solución de los conflictos mediante otros mecanismos no violentos siempre ha existido, de tal manera que no es un tema novedoso el uso de los MARCS.

Lo que relativamente es novedoso, es que los MARCS pueden utilizarse para encontrar soluciones negociadas entre la víctima y su victimario en los conflictos criminalizados, lo que implicará la importancia de los métodos alternativos de resolución de conflictos criminalizados estriba en la participación que se le otorga a las partes del conflicto es decir, el imputado y la víctima, para que con el apoyo de un funcionario del sistema penal arriben a un acuerdo negociado que responda a los intereses y necesidades de todos.

En general, la utilización de los MARCS, es una de las mejores respuestas que se le puede dar al conflicto, ya que permiten satisfacer de mejor manera los intereses de las partes y adquirirán más importancia aún en la presente investigación al determinar que el proceso penal no “resuelve “ los conflictos, sino que únicamente los “redefine” en términos de menor violencia y, muchas veces, los intereses de las partes, especialmente de la víctima, no son tomados en cuenta, con lo que implicará que la utilización de los MARCS son más simples, más rápidos, más efectivos, y en muchos casos más baratos y directos que la tramitación de un caso a través del sistema de justicia ordinario. El trabajo de investigación contiene cuatro capítulos, en el primero se desarrolla: La gestión de conflictos; Configuración de la gestión de conflictividad; Modelos de política criminal; Principios del modelo de política criminal; Política criminal y gestión de la conflictividad; La necesaria gestión de la conflictividad; Dos paradigmas, el orden y la gestión de conflictividad y Políticas públicas y gestión de conflictividad. El segundo capítulo contiene: Resolución alternativa de conflictos nuevo modelo de justicia; Conflicto y sistema penal; El conflicto; Modelo de justicia imputado, justicia, sociedad; Otras respuestas al conflicto penal; Métodos alternativos de resolución de conflictos; Resolución alternativa de conflictos; Análisis del conflicto; Conflicto y violencia; Autoridades y

conflicto; Verdades sobre el conflicto; Como analizar conflictos; Mapa del conflicto y Rueda del conflicto. El tercer capítulo abarca: La víctima y el sistema de justicia y la Construcción de un modelo de reparación. El último capítulo se refiere a: Métodos alternativos de resolución de conflictos; Principios de conciliación; Materias no conciliables de la conciliación; Procedencia de la conciliación; Casos en que no procede la conciliación; Autoridad competente; Sujetos en el proceso de conciliación; Oportunidad; Proceso de conciliación; Elementos de la negociación; Audiencia de conciliación; Acuerdo y seguimiento; Enfoque político criminal de la reparación penal y La reparación del daño, en el derecho penal guatemalteco.

CAPÍTULO I

1. La gestión de los conflictos

“La política criminal, es el conjunto de mecanismos que utiliza el Estado, para hacer frente o para dar respuestas al fenómeno criminal”.¹ En esta definición se utilizan varios términos, que es necesario definir o aclarar.

Por una parte, aparece el poder penal, que es el poder del Estado de castigar, de restringir los derechos de los ciudadanos a través de medidas violentas. El Estado, tiene muchas formas de responder a los conflictos sociales, entre estas el derecho penal es la más grave de todas, ya que implica la posibilidad de privar de los derechos a los ciudadanos.

El segundo término, que aparece es el fenómeno criminal. A lo largo de la historia, las diversas culturas han definido de distinta manera que se entiende por fenómeno criminal. Si analizamos un poco nuestra realidad, observamos como conductas que antes eran lícitas, ahora se encuentran prohibidas. Por lo que la definición de fenómeno criminal es una definición relativa, pues el concepto de crimen, se configura a partir de múltiples criterios de modo diferente en cada sociedad. Es necesario tener claro que la política criminal “es la que decide llamar crimen en sentido amplio a determinados conflictos sociales. Por ello, siempre existirán diferencias de criterio, tanto en sentido sincrónico entre una y otra sociedad, como en sentido diacrónico entre una y otra época”.²

Ahora bien, si la definición del fenómeno criminal es relativa, esto significa que existe un proceso de selección de aquellos conflictos que van a ser criminalizados o definidos como delitos. Así, el sistema penal puede orientar toda su energía a aquellos conflictos de gran trascendencia social, ya sea porque afecten bienes jurídicos fundamentales,

¹ Arango Escobar, Julio Eduardo. **Metodología de la investigación criminal y derechos humanos.** Pág.25

² Binder Barizza, Alberto. **Política criminal.** Pág. 12

como la vida, o la libertad en el caso de los secuestros, o porque tienen graves repercusiones para la vida social, como las conductas contra el medio ambiente, que pueden afectar la salud de toda una población.

Sin embargo esto no ha sido siempre así, porque la definición de fenómeno criminal se realiza en un determinado contexto político, donde confluyen distintos intereses y es el resultado de la lucha entre distintas fuerzas políticas, la que define que conductas van a ser definidas como delitos. Lo que demuestra el carácter político de la definición de los delitos así como su relatividad.

Finalmente, con relación al fenómeno criminal, es necesario mencionar, que detrás de cada conducta que es definida por la ley como delito, existe un conflicto, es decir, existe una contradicción entre dos o más personas que ha generado respuestas, que por su gravedad, son prohibidas por la ley bajo amenaza de pena.

Un delito, es un conflicto no atendido oportuna y efectivamente, lo que significa que las repuestas generadas, no lograron satisfacer los intereses de los involucrados y que en su evolución espiral, generó una respuesta criminalizada.

El tercer término utilizado en la definición criminal, la respuesta al fenómeno criminal, como la propia definición del fenómeno criminal, también es relativa. El Estado, no siempre ha utilizado los mismos mecanismos para responder ante los delitos. Si analizamos las penas a través de la historia, confirmamos que no siempre han sido las mismas, ni tampoco han tenido la misma intensidad. No obstante, es posible afirmar, que la repuesta más común al fenómeno criminal, es la privación de libertad. Precisamente, se entiende como delitos, aquellas conductas que el Estado sanciona con una pena, que regularmente es la cárcel. En otras palabras, la principal respuesta del Estado a los conflictos criminalizados es el castigo.

A través de la reforma al sistema procesal penal guatemalteco, el legislador previó que existieran otras respuestas a los conflictos criminalizados, que no involucran la

pena, tales como la conciliación, que persigue la reparación del daño causado y la satisfacción de los intereses de las partes frente al castigo.

Ésta, da apertura a nuevas formas de responder al fenómeno criminal, que obedecen al reconocimiento de que la persecución penal, es una actividad estatal que involucra grandes recursos del Estado y de la cual se espera un resultado concreto:

1. La disminución de la violencia social en su conjunto
2. Dar respuesta a las necesidades de tutela de la víctima
3. Limitar la intervención del Estado sobre el ciudadano infractor

Como es de esperar, la actividad penal, se ve desbordada por una cantidad de conflictos, muchos de los cuales, no conllevan la gravedad suficiente para ingresar al sistema. Por ello, la actuación del sistema penal, tiene que optimizar sus recursos a través de un proceso de selección racional que oriente el sistema penal a los conflictos más graves. De esta manera, la política criminal, contemplada en nuestro ordenamiento procesal penal dos premisas:

La primera, que el procedimiento procesal penal común, está contemplado para los conflictos más graves, en los que político-criminalmente, no es viable una salida alterna, pues pone en grave riesgo, el efectivo preventivo del derecho penal.

Y la segunda, que invita a reparar el daño material o moral causado por el delito en los delitos leves, a manera de resolver el conflicto, a través de la conciliación o la mediación, abandonando la idea de que la única respuesta a una infracción penal es la imposición de una pena carcelaria.

1.1. Formulación gestión de conflictividad

La política criminal como fenómeno social, se encuentra integrada por diversos momentos, que se “definen en la formulación y la configuración de la política criminal”.³ Las formulaciones se dan en el momento inicial en que una decisión de política criminal, sea objetiva dando comienzo a un proceso social. “Este momento está integrado fundamentalmente, por la elaboración de los distintos cuerpos normativos:

1. La Constitución Política de la República de Guatemala
2. Código Penal
3. Código Procesal Penal”⁴

Fundamentalmente, son los legisladores los encargados de la formulación de la política criminal, ellos son quienes determinan las conductas consideradas como delitos y las penas a imponer. Pero puede ser que otros entes del sistema formulen también la política criminal; por ejemplo, el Fiscal General puede diseñar las líneas de política criminal que debe desarrollar el Ministerio Público, las cuales estarían en la etapa de formulación. Al respecto, debe enfatizarse, en que el poder sancionador del Estado se encuentra atado indefectiblemente a la legitimidad del mismo, otorgada por la ciudadanía que representa, en tal sentido, es necesario que esta fase de formulación, respete los pilares fundamentales de libertad y justicia que la sociedad reclama.

1.2. Configuración de la gestión de conflictividad

Configuración, es el momento en el cual se aplican las grandes líneas de política criminal, es decir, el momento en el que se aplican decisiones concretas, a casos de la realidad cotidiana. La configuración de la política criminal, se realiza a través de las cesaciones y los actos de los funcionarios de justicia. “Porque las características

³ Binder Barizza, Alberto. **Iniciación al proceso penal**. Pág. 21

⁴ Crf. Heinz, Zipf. **Introducción a la política criminal**. Pág. 9

distintivas de la decisión original se irán definiendo a través de este proceso y no solo en aquella formulación inicial”.⁵

Así por ejemplo, cuando un juez de paz decide aplicar un criterio de oportunidad o concilia un conflicto, está llevando esas grandes decisiones de la política criminal a casos concretos; en otras palabras: está configurando la política criminal.

De esta manera, al describir la política criminal de un determinado Estado, en un momento histórico específico, es necesario tomar en cuenta ambos momentos. Es posible que al analizar su formulación, las directrices que se encuentran en su constitución sean bastantes democráticas; es probable, que la legislación procesal penal también responda a esta orientación.

Sin embargo, podría ser el caso, que al analizar la configuración de esta política criminal, es decir, cual es el resultado de la aplicación cotidiana de las normas procesales, el resultado esté muy alejado de los fines propuestos por las normas.

1.3. Modelos de política criminal

En general, al hablar de un modelo, se hace referencia a un diseño teórico, que trata de representar en forma esquemática una realidad. En el caso de la política criminal se han elaborado distintos modelos para explicar y analizar las distintas formas en que se manifiesta la política criminal, en cada época y en cada lugar.

“Es necesario tener en cuenta que los modelos de política criminal, como todo modelo, nunca coinciden exactamente con la realidad ya que se trata solamente de una aproximación a lo observado”.⁶

⁵ Ibid

⁶ Delmas Marty, Mireille. **Modelos de política criminal.** Pág. 49

Así, por ejemplo, se puede afirmar que en Guatemala, durante la década de los ochenta, existió un modelo de política criminal autoritario, a pesar de que existían algunas normas que consagraban garantías, como el principio de legalidad. Sin embargo, al realizar un examen global de la forma como opera el sistema penal, se puede establecer que las garantías estaban seriamente limitadas o no operaban en la práctica.

No obstante, esta diferencia entre modelo y realidad, son sumamente útiles ya que brindan herramientas teóricas que facilitan el examen de la forma en que opera la política criminal.

Por otra parte, los modelos de política criminal además de ser necesarios para describir o analizar la forma en que opera la política criminal, pueden construirse para diseñar el tipo de política criminal que aspiramos que exista, un modelo ideal, que sirva como referente para impulsar los cambios necesarios en la política criminal existente.

Por lo que un modelo de política criminal “puede servir tanto para explicar la realidad como para criticarla con referencia al modelo elaborado. En el caso de Guatemala, al construir este modelo ideal de política criminal es ineludible partir de la constitución, porque esta establece los fines del Estado y del derecho, la Constitución Política de la República, es la norma que regula tanto la forma de producción de las leyes como su contenido y los fines que deben perseguir”.⁷

En este sentido, la norma fundamental es clara, al establecer en el Artículo 1 que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona. Así, la Constitución Política de la República, concibe el Estado no como un fin, sino como un medio. Como garantizador los derechos de las personas, lo que significa que la totalidad de la configuración del Estado, de la actividad de la administración ha de configurarse y aplicarse desde este sentido. Con ello, al Estado le está asignada en relación a la persona, no una misión de dominio sino de servicio; también toda la autoridad del

⁷ Binder Barizza, Alberto. **Iniciación al derecho proceso penal.** Pág. 8

Estado sobre la persona, ha de estar por ello fundamentada y justificada en el servicio a la persona.”⁸

De aquí resulta un concepto instrumental de Estado, “este ya no se presenta como un portador de un contenido trascendente, sino como una forma de organización”,⁹ con un sentido específico, proteger a los ciudadanos y sus derechos fundamentales.

La política criminal no se puede apartar de este sentido y el modelo ideal debe también tener como fin la protección de la persona, fundamentalmente, a través de dos mecanismos, a saber: a través de la prohibición de determinadas conductas, con amenaza de la imposición de penas, porque de esta manera las personas se abstienen de realizar ciertos comportamientos que lesionan bienes jurídicos fundamentales; y, a través de las penas, porque el Estado al ejercer con exclusividad el poder coercitivo, reacción frente al delito, previene la venganza individual o colectiva, protegiendo al mismo inculpaado de reacciones informales, arbitrarias, injustas o desproporcionadas.

Es así, como la Constitución Política de la República, establece los fines que debe perseguir la política criminal, en cuanto a la prevención del delito y a la prevención de la venganza, así como los límites que restringen su utilización, las garantías penales y procesales.

Desde este modelo de política criminal, es posible examinar el funcionamiento real del sistema de administración de justicia y establecer hasta donde cumple los fines propuestos por el texto constitucional, y hasta donde respeta las garantías. Este examen es fundamental, para poder realizar propuestas que acerquen cada vez más la realidad al modelo constitucional.

⁸ Ibid.

⁹ Larrauri Pijoan, Elena. **Crítica y reparación, penas alternativas a la prisión.** Pág. 44

1. 4. Principios del modelo de política criminal

Algunos de los principios que conforman un modelo de política criminal democrática son los siguientes:

1. La transparencia en el ejercicio del poder penal, esto es la prescripción y lucha contra el sistema penal oculto.
2. La restricción del uso del poder penal a los casos verdaderamente graves.
3. El irrestricto respeto al principio de legalidad, es decir, que no se pueden castigar las conductas que no estén calificadas como delitos o faltas por ley anterior a su perpetración.
4. El reconocimiento de los principios de juicio previo y presunción de inocencia.
5. El trato humanitario a los presos.

A los principios enunciados, aunque no son los únicos, sí son fundamentales, para la construcción de esa política criminal democrática y en ese sentido constituyen aportes conceptuales que orientan la utilización de los métodos alternativos en el ámbito penal.

1.4.1. Política criminal autoritaria.

El abandono o la vulneración de algunos de los principios anteriores, implicaría el deslizamiento hacia un modelo de política criminal autoritaria. Son expresiones de un modelo de política criminal autoritaria:

1. La falta de transparencia en el ejercicio del poder penal.
2. La existencia de un sistema penal oculto.

De la misma manera, si el Estado no restringe el uso del poder penal a los casos verdaderamente graves y sanciona, como delitos, conductas de escasa relevancia social, o persigue hechos que pueden resolverse de mejor manera a través de

respuestas no penales, estamos frente a un modelo de política criminal autoritaria. En este punto, adquiere especial relevancia los métodos alternativos de resolución de conflictos, que en muchas ocasiones, brindan una respuesta más efectiva y permiten que los recursos humanos y materiales del sistema de administración de justicia, se oriente hacia aquellos de mayor gravedad.

Otra expresión de un modelo de política criminal autoritaria, es cuando la persecución penal se orienta de acuerdo con las características de las personas: tatuajes, estrato social, formas de vestir, conductas sexuales, ideología política o religiosa, etc. (derecho penal de autor), en lugar de ocuparse de hechos externos que lesionen bienes jurídicos de trascendencia social: La vida, la integridad física, la libertad, el medio ambiente, etc. (derecho penal del hecho).

Un ejemplo en nuestra legislación, son los estados peligrosos, establecidos en la legislación como base para la aplicación de medidas de seguridad y en la práctica policial, como lo es la persecución de jóvenes por tener tatuajes.

Finalmente el sistema inquisitivo, donde se vulnera el derecho a un juicio previo y el principio acusatorio, es otra manifestación de un modelo de política criminal autoritaria. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, el modelo normativo optó, por un modelo de política criminal respetuoso de los principios constitucionales que definen el debido proceso. Sin embargo, la utilización excesiva y arbitraria de la prisión preventiva, son prácticas que aún persisten como reflejo de la inercia cultural autoritaria, que impera en algunos sectores del sistema de administración de justicia.

1.4.2. Política criminal democrática

Existen distintos niveles para poder determinar, si en un país y en una época determinada, el sistema penal responde a un modelo de política criminal democrática o a un modelo de política criminal autoritaria. Un nivel está compuesto por la legislación, por lo que es necesario examinar si la Constitución Política de la República de

Guatemala y las leyes ordinarias, recogen los principios enunciados. En este punto estamos ante la formulación de la política criminal democrática. El otro nivel se integra por el funcionamiento cotidiano del sistema de administración de justicia, como actúan los funcionarios de justicia frente a los casos concretos.

Aún contando con una Constitución, desarrollada en materia de derechos individuales y un sistema normativo que materialice estos principios, las prácticas cotidianas de los funcionarios del sistema de administración de justicia, suelen por diversas causas, apartarse sustancialmente del modelo normativo estipulado, situación que no puede seguirse justificando.

1.5. Política criminal y gestión de la conflictividad

Los conflictos “Son contradicciones, intereses que se contraponen, deseos que no se cumplen, expectativas que no se completan, fuerzas contrarias. Es posible definir al conflicto como la contradicción existente entre dos o más personas propiciada por factores del contexto, que impulsa a los involucrados a dar respuestas que favorezcan la satisfacción de sus intereses, en un espacio y tiempo que les son comunes”.¹⁰

En oportunidades, se asocia delito con conflicto, por lo que el conflicto, es un fenómeno más amplio que el delito, el cual es esencialmente una acción prohibida. Como se señaló, todos los delitos tienen tras de sí un conflicto, pero no todos los conflictos se constituyen en un delito. Por ejemplo, el robo de un carro, es un delito porque es una conducta prohibida por la ley bajo amenaza de pena, y es, a la vez, un conflicto entre dos personas: una que quiere usar un vehículo y que tiene un título que lo ampara como propietario y otra que no tiene y quiere usar el mismo vehículo.

La sociología tradicional tenía una visión negativa del conflicto, la cual aún se comparte por la mayoría de la población. “El conflicto se vincula a lo negativo, al desorden a la violencia, a la negación, es algo que funciona mal. Fue el sociólogo

¹⁰ Ormachea Choque, Iván. **Manual de conciliación**. Pág.21

Darendori, quien en los años 60, en el artículo más allá de la utopía, afirma que la sociología ha quedado atrapada por la idea de la bondad de una sociedad sin conflicto. Y una sociedad sin conflicto es una sociedad muerta, una sociedad que ya no puede avanzar más”.¹¹ Al reflexionar un poco sobre la historia, se hace evidente el peso de estas afirmaciones, sino hubieran conflicto viviríamos en una sociedad en donde las personas se pueden comprar y vender, en donde las mujeres no tendrían derecho a voto, en donde es legítimo torturar. Se trataría de una sociedad que no puede evolucionar, donde las generaciones futuras, tendrían que aceptar incuestionablemente los valores de sus abuelos. De esta manera, es posible afirmar que el conflicto efectivo y sin violencia del conflicto, puede ser considerado un factor de desarrollo.

1.6. La necesaria gestión de la conflictividad

Ahora bien, si se acepta que el conflicto es connatural a toda la vida social y que en sí mismo no posee una valoración negativa o positiva, es necesario plantearse, si un sistema político puede ignorar los conflictos sociales.

Para responder a esta pregunta, el primer elemento a considerar, es que si se permite que el conflicto se guíe por su propia dinámica, el resultado es que siempre se impondrá el más fuerte. En este caso, el conflicto no se resuelve o se termina, al contrario, se crea un nuevo conflicto de mayor gravedad.

Por ello, el Estado, como representante de la sociedad, y el gobierno, como representante del Estado, debe velar por la consecución del bien común, privilegiando el interés social sobre el interés particular.

De esta manera, si el sistema político desatiende los conflictos, genera dos fenómenos, uno que el más fuerte se imponga, lo que constituye un abuso de poder, y

¹¹ Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales de Guatemala. **Técnicas de Conciliación y Reparación** Pág. 39

otro que los conflictos aumentan o se vuelvan más intensos o se utilice la violencia, lo que genera exclusión.

Frente a esta situación el Estado puede asumir dos posiciones, o interviene a través de las políticas públicas de gestión de la conflictividad, o la deja abandonada a su propia dinámica.

En el segundo de los casos, no existe una ausencia de política criminal, por el contrario, el no hacer, es una de las políticas más violentas que hay. Esta política de “no hacer” se ha utilizado en Guatemala, por ejemplo, en las cárceles: El Estado permitió, que algunos reclusos tuvieran el control de los centros, lo cual suponía, que los conflictos se resolvieran a través de la violencia y el abuso de poder.

1.7. Dos paradigmas, el orden y la gestión de conflictividad

De acuerdo a lo analizado, es evidente la necesidad de intervención del Estado para la gestión de conflictividad. Esta gestión, se puede realizar partiendo de dos paradigmas:

1. Paradigma de orden.
2. Paradigma de la gestión de la conflictividad.

El paradigma del orden: Parte de la idea antes expuesta, que la conflictividad es mala, por lo tanto, la sociedad va a funcionar bien si esta ordenada, si cada elemento de la sociedad, ocupa el lugar que le corresponde en una gran maquinaria de cooperación social, como si fuera una biblioteca en donde cada libro tiene su lugar, sin tomar en consideración que a algunos libros pueden no estar conformes con el lugar que se les asignó.

Asimismo, el paradigma del orden, supone que una persona o grupo de personas saben cual es el orden necesario para la sociedad y pueden imponerlo. Se trata de una construcción unilateral y no una construcción colectiva de sociedad.

El paradigma de la gestión de la conflictividad, parte de que la conflictividad puede ser buena o mala y el Estado lo que debe hacer es generar cauces, mecanismos, reglas, formas de gestión para que los propios conflictos generen nuevas formas de desarrollo sin caer e el abuso de poder en la violencia o en la exclusión.

1.7.1. Presupuestos del paradigma del orden

1. Ahoga las funciones positivas de la conflictividad, presupone que hay que acabar con el conflicto, cosa que no solo es imposible sino que ahoga la función positiva del conflicto, porque hay conflicto bueno.
2. Presupone que alguien tiene una idea clara, la cual es el mejor orden para la sociedad que el socialismo, otro dirá que el liberalismo, otro el feudalismo, otro el fascismo, no importa, esto es adhesión valorativa.

1.7.2. Presupuestos del paradigma de la gestión de la conflictividad

1. Parte de la idea de que la conflictividad puede ser buena o mala, dice que la conflictividad puede ser buena, por lo tanto, toda política que se haga, tiene que ser política lo suficientemente abierta, como para tratar de minimizar los efectos negativos de la conflictividad y maximizar los efectos positivos.
2. Presupone que no hay un orden que construir, sino que de lo que se trata es de evitar, de modificar la dinámica propia del conflicto que va a llegar a la forma de abuso de poder, es decir, a la violencia o a la exclusión, tienen que ser sistemas inclusivos y que busquen la pacificación; que el orden resulte, eso es otra cosa,

porque nunca va a haber un orden, siempre va a haber alguien que está criticando a la sociedad.

Un sistema democrático, tiene políticas de gestión de la conflictividad de orden democrático, cuando no funda esas políticas en un paradigma del orden, sino en la gestión misma y las reglas de encauzamiento de la gestión de la conflictividad que tiene seguridad del estado y deben ser políticas que permitan gestionar la conflictividad, evitando la violencia y evitando la exclusión.

1.8. Políticas públicas y gestión de conflictividad

Todo sistema político tiene cuatro políticas básicas:

1. La política económica
2. La política educativa
3. La política de salud y
4. La política de gestión de la conflictividad.

Todas estas políticas se relacionan y sostienen una influencia recíproca, pero es necesario diferenciarlas a partir de sus objetivos. La política de gestión de la conflictividad tiene como objetivo que una sociedad democrática pueda manejar, gestionar, hacerse cargo de esa conflictividad evitando la violencia, el abuso de poder, de esa manera va reduciendo los elementos negativos de esa conflictividad.

El objetivo de las otras políticas no es este, el objetivo de la política económica es producir y distribuir la riqueza, de la educativa es realizar una cultura, educar, el de la salud es estar en un ambiente sano. Por ejemplo, la construcción de una carretera puede disminuir la conflictividad en una zona, pero no ha sido construida con ese objetivo, sino con el propósito de mejorar la distribución de mercaderías y reactivar la economía en una zona.

Por otra parte, no hay que suponer que si existen buenas políticas educativas, económicas o de salud, la política de gestión de la conflictividad es innecesaria, porque mientras más cambios se intentan hacer, por ejemplo para lograr un orden más justo, más conflictos se generan.

Dentro de las políticas de gestión de la conflictividad, se encuentran la política de la seguridad y la política criminal. Estas pueden actuar frente a los conflictos de distintas maneras: pueden prevenirlos, disuadirlos, intervenirlos y transformarlos.

Las políticas preventivas tienen como propósito evitar que algún conflicto aparezca o que alguna manifestación del mismo se manifieste.

Por ejemplo: Una campaña de prevención sobre el uso de plomo en las gasolinas para evitar los delitos ambientales, es una política preventiva. El control de velocidad de los vehículos en la carretera, es una política preventiva. Toda política preventiva tiene relaciones difusas con las políticas de fondo y esto es muy importante para distinguir y poder pensar en términos específicos, por otra parte, toda la política preventiva, necesita una muy clara identificación del problema que quiere prevenir, buena parte de las dificultades que tienen los programas de prevención, es que no tiene claros los problemas que quieren evitar.

Junto a las políticas preventivas se encuentran las políticas disuasivas. Es importante la diferencia entre prevenir y disuadir, en prevenir de alguna manera estamos tratando de provocar que el conflicto no aparezca o que una manifestación de ese conflicto no aparezca, pero no por temor, no por contención, sino removiendo el hecho desencadenante de esa manifestación o de ese conflicto, cuando hablamos de disuadir, no actuamos sobre las causas o sobre los hechos desencadenantes en el conflicto, sino que generamos condiciones para que el conflicto no aparezca, porque ese conflicto no aparece en tanto el Estado está haciendo esa acción concreta.

Es distinto que esté disuadiendo, porque ese conflicto o esa manifestación de conflicto no va aparecer mientras se mantenga la acción disuasiva, al aparecer la acción disuasiva y el conflicto desaparece, en la acción preventiva se busca que la causa del conflicto desaparezca, por lo tanto, incluso cuando la acción preventiva ha dejado de ejercerse el conflicto no se desarrolla

Muy distinto es el efecto que producen las acciones disuasivas de las preventivas, una acción disuasiva lo que hace es que cambia el eje del conflicto, si se tiene una enemistad, se sabe que cuando jueguen Municipal y Comunicaciones se van a golpear las aficiones, una acción disuasiva sería mantenerlas separadas, una acción preventiva sería trabajar para demostrar que el deporte no es una guerra, generar vínculos de amistad, darse cuenta que tienen un cometido común, evitar que los dirigentes usen eso, eso es acción preventiva, pero si yo pongo a la policía a que las mantenga separadas, eso es disuasivo porque cuando la policía se vaya seguramente se volverán a pelear.

Una acción disuasiva podría ser, un registro respecto a las pandillas o maras, una acción preventiva podría ser, que el Estado los contratara para que sean agentes ecológicos o para que pinten la ciudad.

En síntesis, la diferencia entre éstas, es que en la medida disuasiva, el efecto no se produce en tanto el estado mantenga la medida, en la medida preventiva, la acción del estado remueve el hecho desencadenante o remueve la causa.

Una forma de enfrentar los conflictos es a través de la intervención o resolución. Se trata de encontrar mecanismos que busquen satisfacer los intereses de las partes y alcancen una reparación efectiva. Tales como la negociación, la mediación y la conciliación. Cuando el Estado a través de sus funcionarios, interviene ante un conflicto puede hacerlos en cualquiera de las formas que acabamos de mencionar en forma preventiva, en forma disuasiva o en forma de conciliatoria que permita la solución con base en los intereses de las partes. Cada una de ellas tiene sus complejidades, pero

sin duda la forma conciliatoria representa la mejor opción ante la mayor parte de conflictos interpersonales.

Por ejemplo, en el conflicto que se genera con reiterados insultos entre dos personas vecinas el juez de paz puede:

- Imponer el paradigma del orden, por ejemplo: ordenar el arresto de ambas personas durante un tiempo para que escarmienten. Esta medida no solucionara el conflicto porque no lo aborda como tal.
- Tratar de prevenir futuros insultos; por ejemplo tratar de que los vecinos ya no se comuniquen entre si. Tampoco va a solucionar el conflicto porque tampoco lo aborda con base en los intereses de las partes.
- Tratar de disuadir futuros insultos; amenazar con una multa a la persona que inicie el insulto la próxima vez. Tampoco resuelve el conflicto de fondo porque no aborda sus causas.
- Tratar de conciliar a las partes para que encuentren una solución a su conflicto. Es la manera mas efectiva que puede encontrar para solventar de una vez por todas las diferencias que entre ellos existen y que producen tales insultos.

CAPÍTULO II

2. Resolución alternativa de conflictos nuevo modelo de justicia.

El modelo actual de justicia en muchos casos no satisface los intereses de las víctimas. A continuación se analizará un nuevo modelo de justicia, a partir del conflicto, en el cual participan la víctima y el infractor y de los distintos mecanismos que existen para solucionarlo.

2.1. Conflicto y sistema penal.

El conflicto es algo natural en toda sociedad. Se da básicamente como consecuencia de las necesidades por satisfacer y los escasos recursos existentes. En este sentido, dependen del lugar donde se viva y las condiciones propias de existencia de ese lugar y momento, existirán necesidades específicas para el grupo humano que conviva que no se pueden satisfacer, lo que ocasionara conflictos.

Por ejemplo, existen regiones desérticas en el mundo donde la mayoría de conflictos tienen que ver con la forma de cómo se obtendrá el vital líquido, el agua. En otras partes donde han avanzado tecnológicamente y la mayoría de la población se dedica al diseño, producción y comercialización de productos tecnológicos, la mayoría de conflictos se darán en cuestiones relacionadas con el uso de los mismos.

Tomando en cuenta la conflictividad de la convivencia humana, la tarea esencial del Estado debe ser prevenir conductas o situaciones que pudieran causar un desorden tal que impidiera la convivencia, de acuerdo a las reglas establecidas por normas e instituciones.

Consecuentemente, el Estado toma en cuenta las conductas que podrían ocasionar esa clase de conflictos y decide prohibirlas a través de una ley que conocemos como Código Penal. Si las conductas prohibidas ocurren expresando un conflicto, entonces el

Estado intervendrá a través de un proceso y decidirá sobre las conductas prohibidas, este proceso se encuentra regulado en el Código Procesal Penal, entonces si se da una conducta prohibida por una ley, el Estado intervendrá y a través de un proceso decidirá sobre la conducta con la intención de solucionar el conflicto. Como por ejemplo, en Guatemala la mayoría de los habitantes se dedican al cultivo de la tierra, por lo tanto la tierra es un bien valioso con una extensión limitada y definitivamente escaso. Aunado a esto existe una distribución desigual de la misma, dándose el fenómeno de que unos pocos tengan propiedad sobre la mayoría de la mejor tierra cultivable y en sentido inverso, la mayoría de la población no posee tierra propia para cultivar.

Lógicamente, estas circunstancias de la realidad socioeconómica guatemalteca, propiciarán conflictos constantes, tanto como invasiones, despojos, problemas de linderos. Sobre los cuales quienes legislan han tomado y seguirán tomando decisiones político criminales.

Solo aquella parte de la conflictividad social que en su desarrollo llega a generar violencia o sea a afectar derechos considerados fundamentales, es abordada por la política criminal y en consecuencia por el sistema penal.

2.2. El conflicto

Los conflictos tienen un carácter de proceso, es decir su historia. La forma en que se manifiestan, y que podemos describir de la siguiente manera:

1. Contexto: Es la realidad que se vive en condiciones favorables o desfavorables.
2. Contradicción: Las necesidades por satisfacer en relación con la realidad.
3. Respuesta: Acciones de los seres humanos, para satisfacer sus necesidades y mejorar su condición.
4. Efectos: Consecuencias de las acciones de los seres humanos para resolver el conflicto entre las necesidades y la realidad.

El conflicto es la contradicción de intereses y necesidades entre los seres humanos, ocasionada por condiciones de la realidad o contexto y los lleva a buscar respuestas para satisfacer sus intereses, en un espacio y tiempo determinado. Así por ejemplo en el caso de la situación expuesta, respecto a la propiedad sobre la tierra con vocación agrícola, las circunstancias de esa realidad socioeconómica guatemalteca son el contexto que irremediablemente confrontara los intereses y las necesidades de las partes en conflicto los con tierra y los sin tierra. A estas confrontaciones de intereses, se les denomina contradicción que es el conflicto mismo.

Toda vez sucedido el conflicto o la contradicción, las partes harán algo por intentar satisfacer sus necesidades o intereses a esto se le llama respuesta. Con respecto a estos problemas en Guatemala generalmente las partes toman medidas de hecho, ya sea invasiones o desalojos y, bueno esas respuestas ocasionan consecuencias, generalmente, dolor, sufrimiento, frustraciones que no llegan a solucionar los conflictos sino lo agravan, a este resultado se le llama efecto.

2.2.1. Conflicto y delito

Todas las personas tienen conflictos a diario no obstante la forma de reaccionar o responder a ellos es diverso. Algunas veces se responde violentamente cuando ello ocurre, generalmente se afectan derechos humanos de otras personas, con reacciones violentas como son maltrato verbal o físico, amenazas, lesiones y homicidios.¹²

Para continuar con el ejemplo citado de la propiedad sobre la tierra cultivable, cuando las partes (los con tierra y los sin tierra) entran en conflicto y como respuesta realizan desalojos o invasiones, es común que dañen bienes materiales y a personas. Por lo tanto las autoridades intervienen.

Debido a que el Estado debe controlar los niveles de violencia social, para mantener un orden predeterminado por la Constitución y las leyes, elige las conductas

¹² Larrauri Pijoan, Elena. **Crítica a la reparación, penas alternativas a la prisión.** Pág. 25

consideradas dañinas por afectar derechos fundamentales y les prohíbe, amenazando con imponer una sanción por la infracción. Un delito puede entenderse como un conflicto criminalizado, a partir de sus respuestas violentas, que lleva a recorrer el procedimiento (proceso penal) que decidirá la imposición de una sanción por parte del Estado.

Se debe considerar, que no todos los conflictos llegan a desarrollar respuestas criminalizadas y los que si lo hacen, no todos son conocidos por las autoridades de justicia. Por lo que el Estado no puede absorber toda la conflictividad social, que evoluciona hacia la comisión de delitos, quedando fuera de su conocimiento una gran parte de ellos.

Cotidianamente somos víctimas o autores de hechos delictivos y cotidianamente en la mayoría de casos omitimos hacerlo del conocimiento de las autoridades por infinidad de razones, entre las que se podrían citar: desconfianza, comodidad, imposibilidad, desconocimiento de la obligación o porque conocemos y creemos en otras formas de solucionarlo.

2.2.2. Conflicto penal y respuesta estatal

La respuesta estatal, puede interpretarse como una intervención artificial en el conflicto, que de no darse se considera podría afectar el orden existente.

En este contexto, parece necesario diseñar un modelo de justicia penal con carácter más humano y realista, que perciba el suceso criminal como un conflicto interpersonal e histórico que enfrenta generalmente a dos partes, víctima e imputado y en el que la primera, la víctima, no se conciba como sujeto pasivo o titular abstracto del bien jurídico, sino como protagonista del drama criminal, sujeto de derechos y destinatario final del sistema, a quien este debe proteger.

En este sentido, la respuesta estatal requiere de ritos y símbolos como leyes, jueces, que en su aplicación, alejan a las partes de respuestas pasionales como venganza. El peligro consiste en despersonalizar la respuesta estatal, es decir, separarla de las necesidades de la víctima y del contexto de imputado delincuente y olvidando la verdadera función de la justicia, que es resolver un conflicto, darle respuestas, e incomunicándola de la sociedad.

Un enfoque más profundo del conflicto criminalizado obliga a considerar también su aspecto comunitario. El delito no enfrenta simbólicamente al infractor y al estado, sino, expresa un conflicto entre tres protagonistas: imputado, víctima y comunidad, cuyo marco de expectativas recíprocas reclaman solidaridad y costos sociales razonables.

Por el lado del infractor, no se puede dejar fuera de consideración, que la respuesta punitiva genera por sí misma graves costos individuales como:

1. Estigma para el infractor
2. Pérdida de su empleo y contexto social
3. Sufrimiento, desintegración y desprotección a su familia, entre otros.

El costo social, se refiere básicamente a los daños causados por los delitos, el mantenimiento de un sistema de justicia y de prisiones, programas de rehabilitación y pérdida fuerza laboral.

Por el lado de la víctima, es evidente que la actual respuesta estatal, no satisface las demandas de reparación real del daño sufrido, significa un proceso de victimización secundaria y costos individuales como sufrimiento y daño psicológico, ausencia laboral, pérdida de salud y bienes.

2.3. Modelo de justicia imputado, justicia, sociedad

Un modelo de justicia, que se adecua a las necesidades sociales, requerirá de ser comunicativo, propiciando el diálogo y el reencuentro entre el infractor y la víctima en los casos donde esta sea viable y positiva. Debe también orientarse más al ser humano que a la simple y mecánica aplicación de la ley, resolviendo efectivamente los conflictos.

Tiene que ofrecer soluciones desde el punto de vista de la víctima y la comunidad, significando que la reparación del daño se convierta en uno de sus objetivos prioritarios.

2.3.1. Castigar y reparar, alternativas al sistema penal actual

Castigar, es actualmente una demanda social, en el sentido de hacer justicia contra el infractor, pero, generalmente, no resuelve el conflicto criminal:

1. La pena no resuelve las necesidades de la víctima;
2. Es inútil en el infractor porque no rehabilita; y,
3. Tiene un elevado costo social para la comunidad.

Desde ese punto de vista de la reparación conviene a la víctima, contribuye a la rehabilitación del infractor, como baja en el costo social que paga la comunidad.

Reparar el daño¹³, no significa únicamente indemnizar a la víctima, pues ni los efectos más perniciosos del crimen son de naturaleza económica, ni la compensación pecuniaria, es la única modalidad reparatoria. El catálogo de consecuencias jurídicas penales debe ampliarse acogiendo en su actual inventario las prestaciones personales a favor de la víctima.

¹³ Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales de Guatemala. **Técnicas de conciliación penal y reparación.** Pág.32

Una pena privativa de libertad de corta duración tiene escasa utilidad (en algunos casos ni se cumple pues puede ser conmutada). Sin embargo, su sustitución por medidas reparatorias puede expresar mejor los postulados de adecuación y congruencia entre el delito y la pena, repercutiendo en beneficio colectivo.

En consecuencia, el derecho penal, se debe limitar a aquellos casos de mayor trascendencia social, donde las partes no pueden llegar a un entendimiento y la única vía posible para disminuir la violencia social sea la sanción penal, traducida es privación de la libertad.

2.4. Otras repuestas al conflicto penal

Como se ha dicho anteriormente, el Estado no puede atender ni conoce todos los conflictos penales que suceden en la realidad. En general, todas las personas a lo largo de su vida, han sido parte de uno o más conflictos penales a los cuales le han dado respuestas distintas a la establecida por el Estado, ya sea, porque este no ofrece las condiciones, o porque existen otras formas de respuesta que se consideran conflictos penales más graves, a los cuales le han dado respuestas distintas a las establecidas por el Estado, ya sea porque este no ofrece las condiciones o porque existe otras formas de respuesta que se consideran mas apropiadas para resolver el conflicto.

Nos interesa tener en cuenta especialmente tres¹⁴:

1. Mecanismos espontáneos no violentos
2. Derecho consuetudinario indígena
3. Métodos alternativos de resolución de conflictos.

¹⁴ Ormachea Choque, Iván. **Manual de Conciliación**. Pág. 17

2.4.1. Mecanismos espontáneos no violentos

Cuando hablamos de mecanismos espontáneos no violentos, nos referimos a formas que tienen las personas de llegar a un arreglo informal y rápido. En algunos delitos en donde el daño es mínimo, su uso es frecuente. Por ejemplo, el arreglo entre las partes de un accidente de tránsito de menores consecuencias, a través de un seguro o negociar comportamientos en el vecindario, hechos que no constituyen delitos.

2.4.2. Derecho consuetudinario indígena

El derecho consuetudinario indígena en el caso de Guatemala, se refiere¹⁵, especialmente, al sistema basado en la identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas, los cuales poseen sus propios valores y procedimientos que expresan su comprensión de lo criminal, así como la respuesta para el mantenimiento de su orden social. Es importante reconocer, que se trata de todo un sistema diferente al estatal que merece respeto, como un mecanismo legítimo para la solución de conflictos. Este sistema, ha sido reconocido en Guatemala a través de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que regula a pueblos indígenas y tribales, que constituye una ley vigente en nuestro país.

2.5. Métodos alternativos de resolución de conflictos.

Los métodos alternativos de resolución de conflictos, parten del estudio e investigación de las formas como los seres humanos, hemos resuelto nuestras diferencias a lo largo de la historia. Por lo general se conocen como métodos alternativos a la:

1. Negociación
2. Mediación

¹⁵ Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales de Guatemala. **Memoria de Labores**. Pág.5

3. Conciliación
4. Arbitraje

Aunque los métodos alternativos se encuentran en forma natural en nuestras relaciones humanas, la formulación de criterios, procedimientos y técnicas que permiten su aprendizaje y logro de mejores respuestas frente a los conflictos, son un resultado de los estudiosos del tema.

En el conflicto criminalizado o delito, los métodos alternativos se usan a partir de que en el sistema penal, se contemplan mecanismos legales que siguen un procedimiento diferente a la privación de la libertad y que vale para determinados casos.

Se espera que en la medida que los métodos alternativos, sean conocidos tanto por funcionarios de justicia como por la sociedad civil, muchos casos que actualmente llevan un procedimiento largo y costoso, puedan tener salida más rápida y efectiva para las partes involucradas, permitiendo a la vez que el sistema penal pueda dedicarse a casos mas graves. Para ello es necesario conocer o crear instancias que prestan el servicio de negociación, mediación conciliación y arbitraje.

Estas son por ejemplo:

1. UPRECO: Unidad Presidencial de Resolución de Conflictos, que depende de la Secretaria de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia y esta conformada por distintas instituciones encargadas de velar por la protección de Derechos Humanos, como la Comisión Presidencial de Derechos Humanos.¹⁶
2. A nivel departamental han surgido algunas iniciativas como: CEDAC, Comisión Departamental de Atención a Conflictos, en Huehuetenango, Mesa de Tierra, en Las Verapaces, UPRECO departamental en Retalhuleu.

¹⁶ Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales de Guatemala. **Memoria de Labores**. Pág.10

Las cuales han dado tratamiento a algunos conflictos resolviéndolos satisfactoriamente.

2.6. Resolución alternativa de conflictos

Para intervenir en un conflicto, es necesario partir de ciertas pautas de comportamiento humano frente a una situación conflictiva. ¿Cómo actuamos frente a un conflicto? Cada persona asume un patrón de comportamiento influenciado por el contexto, es decir la realidad de vida constituida por un tiempo, lugar y condiciones materiales de existencia particulares. El cúmulo de aprendizajes de cada persona es su caja propia de herramientas y de ellas se sirve para actuar ante un conflicto.

Lo anterior, implica partir de la diferencia, es decir, apartándonos de valoraciones inútiles respecto a comportamientos buenos o malos, debemos observar las diferencias existentes entre las partes de un conflicto, respecto a su forma de actuar frente a el, para definir con propiedad la estrategia de intervención con respeto a cada parte en particular y de ambas al relacionarse.

2.7. Análisis del conflicto

Intervenir efectivamente en un conflicto, implica su comprensión, lo primero que habrá de hacerse, es proceder el análisis de la situación. En ese sentido, se comparte la siguiente herramienta de análisis, conocida como los cuatro pasos que conlleva lo siguiente: Contexto, contradicción, respuesta y efectos.

El contexto se toma en cuenta como es la realidad en el lugar donde se esta dando el conflicto. Historia, geografía, producción, organización, etnias, lingüismo y cultura. ¿Cómo es la situación económica de las partes? ¿Cómo es la situación social de las partes?. Contradicción en la que debemos hacernos las siguientes preguntas: ¿En que no están de acuerdo las partes?, ¿Cómo concibe cada parte el problema?, ¿Cuál es la causa del problema según cada parte?, ¿Qué quiere cada parte?

Respuesta, debemos tomar en cuenta lo siguiente: ¿Qué ha hecho cada parte para tratar soluciones el conflicto?, ¿Por qué han actuado así? Efectos que implica lo siguiente: ¿Qué efectos o resultados han provocado y obtenido?, ¿El conflicto se ha complicado?

En este punto es necesario tener en consideración algunas verdades:

1. Ningún conflicto es igual a otro
2. Cualquier respuesta implica cambiar la realidad que se vive
3. No hay recetas mágicas para resolver conflictos, en la medida que se aplican las herramientas se adquiere el conocimiento y se enriquece la experiencia pero cada conflicto será siempre un desafío.
4. No hay expertos.

2.7.1. Conflicto

“El conflicto es la diferencia que se da entre dos o más personas, que surge con la necesidad de satisfacer determinados intereses”.¹⁷ Por lo que se deduce que es algo de todos los días y muy normal, es parte de nuestras relaciones humanas. Todas las personas tenemos diferentes formas de pensar y ver las cosas y por eso tenemos siempre que estar poniéndonos de acuerdo.

2.7.2. Forma como se da un conflicto

1. Darse cuenta que se da entre personas que estamos viviendo en un mismo lugar o que tenemos una misma realidad.
2. Darse cuenta que existe una diferencia sobre algún asunto donde dos o más personas tienen que ver, como ya se dijo las diferencias pueden ser, personas casadas, vecinas o líderes de la comunidad.

¹⁷ Ormachea Choque, Ivan. **Manual de conciliación**. Pág. 8

3. Es cuando se dice hacer algo frente al conflicto o sea las respuestas que damos. Podemos actuar para solucionar la situación, o podemos responder con enojo y agrandar el conflicto.
4. Este depende de lo que se haga frente al conflicto, es el resultado de las acciones. Si se trabaja conjuntamente para solucionar la situación el resultado será de mayor beneficio para quienes tengan que ver con el asunto.

2.7.3. Violencia

“La violencia se define como el acto de responder ante determinada situación, dañando los derechos que corresponden a otra persona o a un grupo de personas”.¹⁸ La violencia y el conflicto, son cosas diferentes, pues la violencia solo es una forma de responder a nuestros conflictos, que es la peor respuesta que se da a un conflicto, ya que causa mucho sufrimiento, a partir de que se dañan derechos humanos.

2.8. Conflicto y violencia

Entre más violencia usamos para responder a un conflicto, más cerca estamos de cometer lo que conocemos como delito. Cometemos un delito, cuando respondemos a un conflicto en forma violenta, por lo que llevamos a cabo una acción prohibida por la ley que daña el derecho de otra persona.

Si a un conflicto se le da una respuesta violenta, entonces se corre el peligro de cometer un delito. Si se comete un delito, entonces las autoridades participaran en el conflicto lo que quiere decir que decidirán la solución y no quienes tienen el conflicto.

Ante el conflicto, las personas también pueden hablar entre ellas y ponerse de acuerdo en una solución, sin tener que recurrir a la violencia, y por lo tanto sin que tenga que intervenir las autoridades.

¹⁸ **Ibíd.**

2.9. Autoridades y conflicto

Las autoridades son las que deciden sobre el conflicto y tenemos que hacer lo que ellas ordenen. Puede que concluya con un castigo y por lo tanto con resentimiento, lo que hace, que el conflicto se agrande ya que el castigo significa más violencia. Que más gente salga afectada, pues para hacer lo que las autoridades ordenen, tendremos que gastar dinero y ocupar tiempo, dañando la economía de nuestras familias.

Es importante que se resuelva el conflicto sin violencia, pues se corre el peligro de dañar los derechos humanos y también de cometer delitos, lo que hará que las autoridades intervengan. Por lo que se deduce que es mejor actuar sin violencia ya que resulta mejor para todas y todos.

2.10. Verdades sobre el conflicto.

Antes de entrar a conocer las herramientas básicas para analizar un conflicto se tiene que saber cuatro cosas fundamentales de estos, a las cuales llamaremos:

Las cuatro verdades sobre los conflictos.

1. Ningún conflicto es igual a otro: Es necesario darse cuenta que por muchos que se parezcan dos conflictos, no se puede esperar que la respuesta que le sirve a uno, también pueda servir para otro. Cada caso se tiene que comprender y analizar como si fuera el primero que se toca vivir. De todos modos, por mucho que se parezca, se tiene que recordar que cada persona es distinta y trae sus propias formas de ver la vida y que sus sentimientos son distintos.
2. Cualquier respuesta que se de, significará cambio en la realidad en que se vive. Muchas veces las personas que están en un conflicto, quisieran que las cosas volvieran al estado en que se encontraban antes de que surgieran las diferencias. Incluso se propone que la solución es que todo vuelva a ser como

antes. Pero esto ya no puede ser. Ya paso algo que se tiene que afrontar y aceptar.

3. No hay recetas: Todas las personas, quieren que para cada conflicto hubiera una medicina que lo resolviera y ya, pero no hay. Como ningún conflicto es igual, no se pueden dar las mismas soluciones. Si a alguien le funciona algo frente a un conflicto, se puede aprender de lo que hizo y de la forma como lo hizo, pero no se debe copiar lo que haya hecho, porque es muy probable que no resulte en el caso que tenga que atender.
4. No hay personas expertas: No hay personas que sepan resolver todos los conflictos. Lo que si se puede tener, son personas que estudian la forma de entender, analizar y resolver los conflictos, pero hasta ellas no pueden llamarse expertas, pues en cada caso tienen que aprender algo nuevo, para poder ayudar a resolver.

El comportamiento frente a los conflictos, debe ser siempre de ver, escuchar y aprender aunque se sepa mucho sobre los conflictos. Solo de esa forma se puede ayudar a resolver.

2.11. Como analizar conflictos.

Ya se ha hablado que para entender un conflicto se deben de dar cuatro pasos:

1. Primero, fijarnos en la realidad en que se da el conflicto.
2. Segundo, darnos cuenta de la diferencia que surge entre las personas que vivimos en esa realidad.
3. Tercero, ver que respuesta le hemos dado a nuestra diferencia.
4. Cuarto, observar cual es el resultado de nuestras respuestas a la diferencia y los cambios que provocamos a la realidad en donde vivimos.

2.12. Mapa del conflicto.

Esta herramienta consiste en hacer un mapa del conflicto desde tres puntos¹⁹:

1. Las personas: Es descubrir quienes están en el conflicto quienes son las partes interesadas.
2. El proceso: Es averiguar que ha pasado desde que surgió el desacuerdo, es decir la historia del conflicto.
3. El problema: Es tratar de saber qué es lo que las personas quieren, qué es lo que hace que tengan una diferencia ¿Qué analizamos cuando decimos personas?

En muchos conflictos, no se sabe quienes son todas las personas que tienen que ver en el conflicto. Solo se sabe de algunas o solamente se toman en cuenta las que se miran. A de recordarse, que se está haciendo un mapa del conflicto y se tiene que hacer de la forma más exacta posible, para mantenerse en el mismo camino.

2.13. Rueda del conflicto.

Hay otras formas de pensar sobre los conflictos, a la que se llamará, la rueda del conflicto. Este instrumento da también cuatro pasos, pero son diferentes al instrumento de los cuatro pasos que ya se vieron.

Los cuatro pasos de la rueda del conflicto son.

1. Ver los síntomas: Consiste en darse cuenta de los síntomas del conflicto. Es como si se fuera doctoras o doctores y nos llega a una persona enferma. Primero, se trata de averiguar si tiene fiebre, que color tiene la piel, como le late el corazón. Estos son solo síntomas pues la verdadera enfermedad no se ve todavía. Los

¹⁹ Vásquez Smerilli, Gabriela. **La reparación del daño Producido por un delito.** Pág. 22

síntomas en un conflicto, se pueden ver en lo que hacemos, lo que decimos y la forma como nos comportamos, es lo que vemos.

2. **Averiguar posibles causas:** Esta herramienta es averiguar las posibles causas del conflicto o sea lo que esta provocando los síntomas que ya vimos.
3. **Proponer posibles soluciones:** Significa pensar en las posibles respuestas que puedan darse a las causas encontradas.
4. **Pensar en que hacer o sea las acciones:** consiste en pensar que acciones podrían solucionar nuestra diferencia.

CAPÍTULO III

3. La víctima y el sistema de justicia penal

En este contexto, la participación de la víctima²⁰ en el proceso penal cobra fundamental relevancia y por ello, es un tema que ha generado un gran interés durante estos últimos años y su figura aparece como una preocupación central de la política criminal.

Los grados de participación de la víctima a lo largo de la historia han variado, de acuerdo a los modelos del sistema penal imperantes. De esta forma, el sistema que precedió a la centralización del poder político, durante la época del derecho local o feudal, postergaba la reacción autoritaria frente a la solución real del conflicto social concreto en sus protagonistas. Era la época en que reinaba el sistema acusatorio privado, en el que frente a un hecho delictivo, el poder de persecución quedaba en manos de la víctima exclusivamente.

Así, la forma de solución de los conflictos era la composición, es decir, el acuerdo de voluntades entre las dos partes fundamentales del conflicto (autor víctima), por el cual daba paso a la reparación económica. La meta del sistema consistía, en el regreso al orden pacífico comunitario, a través de un acuerdo pactado entre los protagonistas del conflicto.

En este contexto, el procedimiento penal cumplía un papel accesorio, solo se llevaba a cabo en caso de desacuerdo entre las partes, cuando fracasaba la composición y siempre por el reclamo de la parte interesada. Con la llegada de la inquisición, la víctima desaparece de la escena principal y el estado ocupa su lugar y expropia sus facultades. Surge la persecución penal pública, se hace obligatorio su ejercicio sin que sea necesaria la manifestación de la voluntad particular del ofendido para poner en marcha el aparato de persecución penal.

²⁰ Rodríguez Barillas, Alejandro. **Mecanismos de salida al procedimiento**. Pág. 12

El daño producido, ya no adquiere relevancia y surge la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central. El Estado, se apropia del conflicto social y transforma al derecho penal en un medio de control social. De esta forma, el derecho penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al statu quo ante o reparación del daño entre sus fines y solo se le concedió un papel secundario.

Así mismo, con este sistema surge un nuevo fin del procedimiento, la averiguación de la verdad. La búsqueda de la verdad histórica, se constituye en el objeto del procedimiento y la indagación, es el modo de llegar a esta verdad. De esta forma, el imputado se convierte en objeto del proceso para llegar a la verdad.

Así, el sistema inquisitivo hace desaparecer a la víctima y sus derechos de la escena y solo requerirá de ella para utilizarla como testigo, es decir para que legitime con su presencia la imposición de la pena estatal. Con el movimiento reformador, de la ilustración del siglo XVIII surge la figura del Ministerio Público, órgano estatal que tiene como función principal, la de perseguir e investigar los delitos, tiene a su cargo la persecución penal pública. De esta forma, el conflicto entre particulares se redefine como un conflicto entre el autor del hecho y la sociedad, y se expropia el conflicto que pertenece a la víctima.

Sin embargo, a partir de este momento histórico, la víctima comienza a tener un mayor grado de participación en el procedimiento. La víctima, puede actuar en el procedimiento penal como actor civil, o bien como querellante en los delitos de acción pública.

La institución del actor civil, significa la posibilidad de que la víctima reclame en el proceso penal una pretensión de derecho privado, que también podría reclamar en otro procedimiento. Esto se debe a razones de economía procesal y para lograr que la actuación judicial sea más ágil y expeditiva. Así se faculta el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, con el requisito de que los daños y perjuicios que se reclamen

hayan sido consecuencia directa del delito que se investiga. De esta forma, la acción civil es accesoria a la penal y por tanto, sigue la suerte de esta.

Por su parte, la participación como querellante adhesivo²¹ establece una participación subsidiaria de la víctima, ya que el Estado, es quien continúa teniendo la titularidad de la acción. Su participación, se extiende durante todas las etapas del proceso, hasta la fase de ejecución de la sentencia.

Por lo que, en los delitos de acción privada, la víctima es titular exclusiva de la acción penal, y se constituye en el proceso mediante querrela, denominándose querellante exclusivo a quien la interpuso. El querellante puede desistir del proceso en cualquier estado del procedimiento con anuencia del querrellado, sin responsabilidad alguna, y este puede cesar también por retractación oportuna, explicaciones satisfactorias, la renuncia del agraviado, u otra causa similar de extinción de la acción penal prevista en la ley, provoca inmediatamente el sobreseimiento tal como lo establece el Artículo 482 del Código Procesal Penal.

Junto a estos mecanismos tradicionales de participación de la víctima y como consecuencia de la crisis de legitimación del sistema penal, se han desarrollado otros mecanismos jurídicos a través de los cuales ingresan los intereses de la víctima entre ellos, la reparación del daño.

De esta forma, puede observarse que el papel de la víctima y sus derechos en el sistema penal, es un problema político criminal, al que el sistema penal en su conjunto, debe darle una salida.

3.1. La reparación en el derecho penal material

La reparación no representa una problemática nueva en el derecho penal. Como se ha mencionado anteriormente, en la organización social previa a la Constitución de los

²¹ Barrientos Pellicer, César. **Derecho procesal guatemalteco**. Pág. 34

Estados Nacionales, la composición, era la forma más común de reparar los conflictos sociales. Posteriormente, el positivismo criminológico incluyó a la reparación entre las funciones del derecho penal y la pena integral comprendía la reparación de los daños, la que era perseguible de oficio y sin consideración al interés real de la víctima.

Actualmente, la discusión radica en determinar de qué manera puede ser considerada la reparación de la víctima en el derecho penal material, en especial, en el sistema de las consecuencias jurídicas. “Entre los precursores de la reparación, se encuentran aquellos autores que quieren colocar la regulación de la reparación entre el autor y la víctima en lugar de la pena y desplazan no solo la reacción sino, en general, la aplicación del derecho penal. En este caso la composición privada del conflicto toma el lugar del procedimiento penal”.²²

Los abolicionistas sostienen la privatización del conflicto social, base del caso penal como una solución integral, pretendiendo reemplazar el derecho penal totalmente, como forma de solución de los conflictos sociales y por ello, no confunden la reparación con reacción penal, sino distinguen claramente, que ella es algo materialmente distinto a la pena como sanción estatal.

Otros autores colocan clase de delitos o ciertas penas fuera de acción, cuando se logra la composición entre autor y víctima y sobreviene la reparación. Se trata entonces, de la despenalización de ciertos comportamientos y se coloca la reparación delante de la pena.

La crítica a esta postura radica, en que la solución privada de los conflictos deja sin resolver una parte del conflicto, precisamente aquella que ocasiono su ingreso al campo del derecho penal y de la persecución penal pública. De ello se desprende el escaso valor, que el modelo otorga a la prevención general de la solución, en tanto el autor sepa que reparando el daño puede conseguir la impunidad del delito. Por otra parte,

²² Maier Julio B.J. **La víctima y el sistema penal.** Pág. 195

también se plantea la posibilidad, de que los poderosos sean los más beneficiados por este sistema.

3.1.1. Reparación como sanción penal independiente

Otro modelo considera a la Reparación como sanción penal independiente, aplicable junto con la pena convencional o sola, como consecuencia jurídica penal.

Este modelo plantea dos concepciones, la reparación como carácter de pena y la reparación como sanción.

Una concepción considera que la reparación tiene carácter de pena, en tanto que la consecuencia jurídica del hecho punible, amplía el catálogo convencional. El fundamento de esta concepción radica en que la reparación tiene efecto preventivo general.

Hirsch, sostiene que si bien, la reparación tiene también un efecto de prevención general, ello no respalda la idea de que la reparación sea calificada como pena, dado que la prevención general y el sufrimiento del mal se dan en todas las consecuencias jurídicas perjudiciales que afectan al individuo²³.

Así mismo, sostiene que el punto central es la diferencia esencial, entre resarcimiento del daño y pena; ya que en el derecho resarcitorio se trata de la compensación de los daños materiales e inmateriales producidos por el autor y por tanto, de la parte civil del hecho. En cambio, la pena, se trata de la imposición de un mal que va más allá de eso. Por su parte Maier, estima que esta solución acerca los extremos derecho penal y derecho privado. Y en el ámbito del derecho reparatorio, proveniente de un delito penal se amenaza con disolver la pretensión civil en una sanción penal.

²³ Arango Escobar, Julio Eduardo. **Metodología de la Investigación criminal y Derechos Humanos**. Pág. 57

La otra posición, sostiene que la reparación no es una pena, sino que constituye una sanción penal independiente y la considera como una tercera vía penal, junto a la pena y a las medidas de seguridad.

Esta posición doctrinal, es representada por Roxin quien señala: “Que la reparación del daño no es una cuestión meramente jurídica civil, sino que contribuye esencialmente a las consecuencias de los fines de la pena.”²⁴ Así la reparación debe incluirse en el catálogo de las consecuencias jurídicas penales en forma de una sanción independiente, en un posible instrumento preventivo del derecho penal.

De esta forma, sostiene que la integración de la reparación se deriva de los fines tradicionales de la pena. La prevención general positiva constituiría el punto de enlace y de ella se derivaría la prevención integrativa, que esta orientada al efecto de satisfacción que aparece cuando el delincuente se ha esforzado tanto, que la conciencia jurídica general se tranquiliza en relación al quebrantamiento de la ley y considera como solucionado el conflicto con el autor.

Así Roxin explica que: “la reparación en el sentido indicado puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivo general y especial”. Su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de partida aquí defendido, reprivatización alguna del derecho penal.

En esta postura doctrinaria, la reparación obtiene la legitimación político criminal, en el principio de subsidiariedad y en la necesidad de sustituir o atenuar la pena, sin resignar la realización de los fines de la pena para atender las necesidades de la víctima.

Maier afirma en este sentido que “No puede parecer irracional la propuesta de privilegiar, como reacción frente al delito, debe darse la restitución. En verdad, esta es teóricamente, la respuesta ideal. La reparación, en sentido amplio es así una meta

²⁴ Roxin, Cfr. **La Reparación en el Sistema de los Fines de la Pena**. Pág. 67

racional propuesta como tarea del Derecho penal, incluso para el actual bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere con los fines propuestos para la pena estatal, que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto”.²⁵

Otra consecuencia negativa señalada por el autor, es que la reparación no sirve para respetar el principio de última ratio, pues la solución reparatoria no es utilizada en todos los casos, sino solo en aquellos en los cuales ella resulta posible y adecuada para cumplir con los fines de la pena.

Por ello, señala que esta concepción puede representar una ampliación del control social jurídico penal si la sanción reparatoria en lugar de reducir la aplicación de la sanción penal tradicional se agrega a ella sin alterarla.

Así mismo, Maier sostiene que el imputado se ve sometido a una propuesta compensatoria bajo “la espada de Damocles” de la aplicación de una pena y la víctima se verá sometida a un enfrentamiento relativamente compulsivo con el presunto, que quizás no sea querido por ella²⁶.

Puede pensarse en la posibilidad de que durante el “procedimiento el imputado eventualmente, pueda evitar los efectos de una sentencia condenatoria, total o parcialmente, por apelación voluntaria al proceso compensatorio. También tenemos que la víctima, tiene la posibilidad de preferir el sistema absolutamente privado del litigio con el autor presunto por apelación a las reglas del derecho privado, siempre que su opinión no sea vinculante para la aplicación, por parte de la justicia penal, de esta tercera vía”. Por último, el otro modelo reconoce el carácter civil de la reparación, pero le asigna un papel dependiente dentro del sistema de consecuencias jurídicas penales, con su carácter civil inalterado.

²⁵ Maier, Julio B.J. **La víctima...** Pág. 207

²⁶ Ibidem. Pág. 40

De esta forma, se plantea la posibilidad de un modelo que parte de una función dependiente de la reparación:

- a) El centro de gravedad de la reparación, se halla en la determinación de la pena y se tiene en cuenta a favor del autor, para la medición de la misma.
- b) La prestación resarcitoria, se conforma como causa de eximición de la pena de derecho material, artículo 167 Código Penal austriaco, en relación a los delitos contra la propiedad y patrimoniales. La crítica a esta postura, se base en que el autor, solamente arriesga con su acción la reparación a la que de cualquier modo estaría obligado civilmente.
- c) El proyecto alternativo del grupo de profesores que se menciona en el apartado siguiente, deja inalterada la pretensión penal, pero concede al autor que se exima de la pena, en caso de que se cumpla con la reparación, hasta el inicio de la primera audiencia.
- d) Otros sostienen que la solución adecuada de la reparación, hay que buscarla en la suspensión de la pena a prueba y en casos leves, en la amonestación con reserva de pena. De esta forma, con la suspensión de la pena a prueba, queda garantizado que la pena suspendida, pero ya impuesta, asegura la prevención general.

En cuanto a la amonestación con reserva de pena, existe la posibilidad practica de satisfacer los fines de la pena, por intermedio de la pena reservada, pero ya determinada y por otro, ejercer una presión sobre el autor a favor de los intereses de restitución del ofendido eligiendo la reparación como imposición.

3.1.2. Propuesta alternativo sobre reparación penal

Conforme se ha mencionado anteriormente, algunos autores proponen la creación de un procedimiento penal de restitución, independiente para otorgar autonomía a la reparación. En esta línea, se encuentra el proyecto alternativo sobre reparación penal, realizado por un grupo de trabajo de profesores de derecho penal alemanes, austriacos y suizos. Que el campo político criminal, se ha expandido más allá del sistema tradicional de sanciones y que se debe buscar caminos sustancialmente nuevos, para superar la comisión del hecho. Por ello, el proyecto alternativo sobre reparación, persigue el objetivo existente, para evitar la pena hasta donde sea posible, en atención a prestaciones de reparación del autor.

Por lo que se propone conceder a la reparación, un papel independiente y significativo, en la estructura de las reacciones imaginables a los delitos: por tanto, difieren de la división entre pena y mera indemnización de daños civiles mayormente en el derecho vigente.

3.1.3. Reparación y compensación

La reparación se define²⁷ como, la compensación de las consecuencias del hecho, mediante una prestación voluntaria del autor que sirve al establecimiento de la paz jurídica, que lleva lo siguiente:

1. Indemnización de daños frente al lesionado
2. Indemnización de daños frente a terceros, en especial aseguradoras a las cuales haya sido traspasada la pretensión del lesionado.
3. Otras prestaciones materiales, como pagos en dinero a instituciones de utilidad pública.

²⁷ Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales de Guatemala. **Técnicas de Conciliación Penal y Reparación**. Pág. 23

4. Regalos al lesionado o prestaciones inmateriales como disculpas o conversación de conciliación.
5. Prestaciones laborales en especial, trabajos comunitarios. Pueden ser efectuadas distintas prestaciones de reparación al mismo tiempo.

La finalidad de la reparación, es el restablecimiento de la paz jurídica, cuando la compensación entre el autor y el lesionado o el ordenamiento jurídico infringido, se ha conseguido totalmente a través de prestaciones de reparación y por consiguiente, no existen ya necesidades penales de prevención especial o general.

La reparación completa, conduce a la renuncia de la pena, en caso de mera determinación de culpabilidad, en particular cuando sin tener en consideración la reparación se aplicaría una pena privativa de libertad de no más de un año. En este ámbito de regulación de la reparación, la pena solo entra en consideración en los infrecuentes casos excepcionales, en los que sea imprescindible para influir sobre el autor o la generalidad.

La reparación incompleta, conduce a una atenuación obligatoria de la pena. El que no sea completa, puede deberse a que el autor haya indemnizado los daños completamente, pero no haya restablecido la paz jurídica, porque todavía hace falta una influencia preventiva sobre el autor o la generalidad. También puede ser incompleta porque el autor haya efectuado considerables prestaciones, pero no haya indemnizado los daños totalmente.

Cuando el autor, no está en posición de prestar una completa reparación de los daños en casos especiales, particularmente en casos de leve culpabilidad, la reparación de parte de los daños, puede ser considerada como reparación. La propuesta de política criminal, establece que se puede prescindir de la pena, si el autor ha reparado el daño, a menos que una pena sea imprescindible para influir sobre el autor o sobre la colectividad²⁸.

²⁸ Arango Escobar, Julio Eduardo. **Metodología de la Investigación Criminal y Derechos Humanos**. Pág. 94

Por lo que se estipula una atenuación de la pena, a pesar que la reparación resulta una pena al autor. Aquí se tiene en cuenta que los elementos reparativos y punitivos en la determinación de las consecuencias jurídicas, interactúan en una escala continua, desde la sustitución de la pena, mediante reparación hasta la pura pena. En este supuesto, se trata preponderantemente de criminalidad grave. En segundo lugar, se tiene en cuenta, los casos en los que si bien la reparación es empezada, sin embargo, no es lograda completamente.

Junto al principio de voluntariedad que establece el proyecto, se determina el principio de la prestación, dentro de un tiempo limitado. De esta forma, las consecuencias jurídicas sustitutivas de la pena o atenuantes, solo deben beneficiar al autor, cuando ya ha efectuado las prestaciones de reparación y cuando esto ha sucedido antes de la apertura del juicio oral.

Por otra parte se señala, que cuando la pena privativa de libertad siga siendo imprescindible, una reparación prestada por el autor, debe ser tenida en cuenta a favor más allá de la atenuación de la pena. Por ello, se establece que se suspenderá condicionalmente la ejecución de una pena privativa de libertad mas grave, que no supere los dos años, cuando conforme a una valoración total del hecho y de la personalidad del condenado, concurren circunstancias especiales que así lo aconsejan.

En países europeos como Alemania, en el caso de incumplimiento de la reparación, señala que el condenado no ha reparado el hecho, el tribunal puede imponerle obligaciones que sirvan de compensación de las consecuencias del hecho, sin embargo, no se le podrán formular existencias desproporcionadas al condenado²⁹.

En donde, el tribunal puede imponer al condenado que preste indemnización por daños y perjuicios según sus posibilidades y en tanto esto, no entre en consideración, puede obligarle a pagar una suma de dinero, a favor de una institución de utilidad social

²⁹ Vásquez Smerlli, Gabriela. **La Reparación del Daño Producido**. Pág. 15

o a efectuar otras prestaciones de utilidad social. Por último, el inciso 3 señala que si el condenado ofrece las prestaciones adecuadas, que sirvan a la compensación de las consecuencias del hecho, entonces el tribunal, por regla general, prescindirá de obligaciones cuando el cumplimiento de lo ofrecido sea de esperar. El proyecto también señala, la posibilidad de suspender el resto de la pena, en caso de compensación de las consecuencias del hecho.

En cuanto a la cuestión, de si la reparación debe ser establecida de forma específica según los delitos, los autores del proyecto alternativo sobre reparación penal, consideraron preferible la vía consistente en determinar los presupuestos y consecuencias jurídicas de la reparación en la parte general.

Sostiene que ni siquiera la gravedad de un delito, es un criterio generalmente apropiado de exclusión para gestiones de reparación, ya que aquí la asimilación de las consecuencias del hecho puede ser especialmente importante.

3.1.4. Relación de reparación, pena y paz jurídica

En este sentido, los autores consideran que la relación de la reparación respecto de la pena en el establecimiento de la paz jurídica no puede ser determinada de forma unidimensional y establecen distintos niveles de esta relación³⁰:

En un primer nivel de la criminalidad de bagatela, no es necesaria la pena ni la reparación, cuando la culpabilidad es mínima y falta el interés público en la persecución. La tercera vía, no debe conducir a una extensión de control jurídico penal.

En el segundo nivel de la criminalidad, no meramente insignificante, la dimensión de desvalor del hecho originalmente dada, puede ser reducida medianamente grave, en caso de reparación el tribunal puede, tras una declaración de culpabilidad, prescindir de la pena, cuando es superflua en atención al efecto preventivo.

³⁰ Ormachea Choque Iván. **Manual de Conciliación**. Pág.51

En el tercer nivel de la criminalidad medianamente grave, en caso de reparación el tribunal puede, tras una declaración de culpabilidad, prescindir de la pena cuando es superflua en atención al efecto preventivo.

En el cuarto nivel, por regla general en caso de criminalidad grave, y en el caso de que las necesidades de prevención especial o general no puedan ser satisfechas de otra manera, el tribunal debe finalmente recurrir a la pena, también cuando se haya producido la reparación a que se trata, sin embargo, de la cuestión hasta que punto la reparación atenúa la pena obligatoriamente, o en el marco de la determinación de la pena, y si también la suspensión de la pena y la ejecución de la pena dejan sitio para la reparación y compensación de las consecuencias del hecho.

En el ámbito procesal,³¹ se persigue como el objeto de posibilitar y fomentar una reparación relevante para la sanción en el proceso penal de cuatro maneras, sino por ello renunciar a las garantías del proceso penal que protege al acusado.

Por lo que prevé que, se realice una advertencia al acusado y, en casos apropiados también al lesionado, sobre las consecuencias relevantes para la sanción de la reparación y las figuras procesales que permiten tener en cuenta la reparación en el proceso. Con ello, se persigue que el acusado y el lesionado procuren una compensación durante o fuera del proceso penal.

Asimismo, se pretende permitir la detención del proceso, durante un plazo determinado y aplazar la presentación de la querrela pública, o la decisión acerca de la apertura a juicio para hacer posible la reparación durante ese lapso de tiempo.

La cuarta etapa, que se considera durante el procedimiento intermedio es, tras la presentación de la querrela y antes de la decisión sobre la apertura del juicio oral, una

³¹ Arango Escobar, Julio Eduardo. **Metodología de la Investigación Criminal y Derechos Humanos**. Pág.49

vista judicial de reparación, en la cual se puede realizar un convenio de reparación entre el acusado y el lesionado.

3.1.5. La reparación del daño en el derecho penal guatemalteco

En relación a la reparación, cabe destacar que el derecho penal guatemalteco no es extraño a la tercera vía y la incorpora de manera excepcional y limitada en su ordenamiento jurídico. Así se reconocen los delitos de acciones penales privadas, artículo 24 quater del Código Procesal Penal, con la posibilidad de someter el conflicto a centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia y establece mecanismos de simplificación del procedimiento.

El Código Penal, reconoce el cese de la tramitación del proceso por calumnias, injurias o difamaciones, si el acusado se retracta públicamente antes de contestar la querrela o en el momento de hacerlo y el ofendido aceptare la retractación, artículo 168 numeral 1º. . Y si tratándose de calumnias o injurias encubiertas o equivocadas el acusado diera explicaciones satisfactorias antes de contestar la querrela o en el momento de hacerlo, artículo 168, numeral 2º.

En estos casos, el perdón de la parte ofendida, extingue la responsabilidad penal o la pena en los delitos de calumnia, injuria y difamación contra particulares, circunstancias que permite concluir que se admite el valor de la reparación simbólica sobre la pena.

Por otra parte, cabe destacar, que en la práctica de los tribunales generales en los casos de delitos contra el patrimonio los casos suelen ser solucionados por acuerdos extrajudiciales, entre la víctima y victimario, que se plasman en un desistimiento de la querrela interpuesta.

De esta forma y en cuanto a la reparación como tercera vía, puede concluirse, que la misma se ha ido incorporando al proceso penal guatemalteco de una forma incipiente, pero es necesario conceder a la reparación, un papel independiente y significativo en la estructura de las reacciones a los delitos. De esta forma, la idea político criminal de la reparación se propone como un grado intermedio en la sistemática de consecuencias jurídicas, cuya finalidad es el establecimiento de la paz jurídica mediante la asunción voluntaria de responsabilidad.

3.2. Construcción de un modelo de reparación

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que al hablar del concepto de reparación, ésta no es entendida como indemnización de daños civiles, sino como equivalente para una lesión de tipos penales, que no solo incluye, la reparación de los daños materiales y morales, sino que importa también la reparación simbólica.

De allí, que podemos definir la reparación, como cualquier solución que, objetiva o simbólicamente, restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima. Ello significa, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, colocando el mundo en la posición que tenía antes de haberse cometido el hecho punible.

Sin embargo, esta reparación es, en algunos casos, imposible de cumplir, como por ejemplo, en el caso de un asesinato. En esta circunstancia, operan sustitutos de la reparación y que consisten generalmente, en un resarcimiento económico del daño, es decir la indemnización, no obstante lo cual, pueden existir otras formas de reparar el daño que satisfagan el interés de la víctima y el victimario.

Se trata entonces, de introducir la reparación al sistema de derecho penal de tal forma que auxilie realmente a la víctima, que colabore en la restitución y que, así mismo, reduzca la violencia de la reacción estatal frente al conflicto.

A tal fin, es preciso colocar la reparación delante de la pena, a fin de que esta no dificulte la compensación del daño causado, los acuerdos reparatorios y su cumplimiento. Así se privilegia la reparación antes que la pena como propósito político criminal y de esta forma se auxilia a los protagonistas del conflicto para llegar a una composición del mismo.

Maier sostiene que esta decisión significa colocar la reparación en lugar de la pena, total o parcialmente y que para ello, pueden existir varias vías³²:

1. Reparación como instrucción de la condenación condicional, o de la remisión de la pena (suspensión condicional de la pena).
2. Reparación como criterio favorable para la determinación de la pena (facultad=prescindencia de pena) o de extinción de la persecución penal (facultativa=criterio de oportunidad).
3. Reparación como criterio favorable para la determinación de la pena o como criterio abstracto de reducción de la escala penal amenazada.
4. Reparación que se computa para el cumplimiento de la pena.
5. Reparación como criterio para conceder beneficios durante la ejecución de la pena (libertad condicional).
6. Reparación como instrucción a cumplir durante el periodo de prueba de la suspensión del procedimiento para acceder a la extinción definitiva de la persecución penal.

Por otra parte, cabe destacar que la reparación debe basarse en la voluntariedad, de manera tal que se acentúe el principio de responsabilidad en el establecimiento de la paz jurídica. De esta forma, el modelo busca dar una respuesta al delito, teniendo en cuenta la solución conciliadora del conflicto, que el crimen exterioriza, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad por aquel y la propia pacificación de las relaciones sociales.

³² Rossner Dieter, Jiménez de Salinas Esther. **Equipo de Mediación del Departamento de Justicia**. Pág.67

De esta forma, un derecho penal orientado a la reparación, implica no solamente la reparación de la víctima, sino también un acto de arrepentimiento del autor. Así también tenemos que, “la doctrina alemana ha sostenido que cuando el autor repara, acepta públicamente la vigencia de las normas delante de la comunidad y se reafirma la prevención general positiva”.³³

En el ámbito procesal, es importante establecer un procedimiento que permita plantear la reparación durante la etapa preparatoria y la etapa intermedia, a pedido de cualquier interesado o por decisión de las autoridades de la persecución penal, o bien del propio tribunal.

La voluntariedad de la reparación, ofrece a la víctima la posibilidad de hacer valer sus intereses si lo desea. En cuanto al imputado, la vía de la reparación también es una oferta no obligatoria, cuyo rechazo no genera una consecuencia negativa en el proceso penal.

Así mismo y para minimizar estos riesgos, debería excluirse los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Por otra parte, resulta de fundamental importancia fortalecer el Instituto de la Defensa Pública Penal y establecer un sistema de asesoría de asociaciones intermedias, que conceda a quienes no puedan defenderse por si mismos, en relativa igualdad de condiciones con su adversario, la posibilidad de atenuar los efectos de la desigualdad entre víctima y autor.

Por otra parte, cabe destacar que la reparación está en estrecha relación con modelos extrapenales de resolución de conflictos, en este sentido, la mediación adquiere un papel relevante.

Por un lado, devuelve a la víctima un rol dinámico en la respuesta del delito y facilita la efectiva reparación del daño causado. En este caso, debe entenderse que la

³³ Rossner Dieter, Jiménez de Salina Esther. **Equipo de mediación del departamento de justicia.** Pág. 94

reparación, incluye también repuestas simbólicas, que permitan resolver el conflicto y buscar soluciones reparadoras en los casos en el que el ofensor no cuente con recursos económicos

El efecto pacificador, deriva de la idoneidad para satisfacer las pretensiones de todas las partes interesadas, al analizar la raíz propia del conflicto y la actitud de los implicados, cada parte puede tener un mayor entendimiento del significado del delito realizado por la otra parte, porqué ocurrió y su impacto. Así como, se establece una regulación de los conflictos socialmente constructiva en el derecho penal. “Sin embargo un problema central, es si la víctima esta dispuesta a participar en un proceso de mediación.

Por un lado este proceso le ofrece beneficios tanto psicológicos como económicos, en donde la oportunidad consiste, en redescubrir la identidad y la motivación del autor del hecho, recibir una disculpa, experimentar la apropiación del conflicto de oportunidad de contar su historia y prevenir posibles crímenes posteriores”.³⁴ Sin embargo, el encuentro con el ofensor, puede significar recuerdos dolorosos para la víctima o sentimiento de venganza que ella quisiera evitar.

Así también tenemos, que el autor se enfrenta con las consecuencias directas de su accionar y se confronta en forma personal e inmediata con la víctima. El autor constata, entonces en forma directa, las consecuencias reales de su accionar. Ello permite generar actitudes positivas en el infractor, se responsabiliza y se compromete a reparar el daño causado y solucionar el conflicto que ocasiono. En cuanto a la administración de justicia, estos programas permiten dar una respuesta flexible y singular a cada caso y por otra parte, descongestiona a los tribunales de asuntos que pueden solucionarse a través de otros mecanismos.

³⁴ Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales de Guatemala. Técnicas de Conciliación Penal y Reparación. Pág. 41

Desde el punto de vista social, la mediación “tiene efectos tanto en el conflicto desde los propios implicados y comprometerlos en la búsqueda de una solución sin imponer ésta de una forma coactiva y desde el marco normativo. Sin embargo, para que tenga lugar un procedimiento de mediación, es necesaria la existencia de una víctima individualizada y personal, el reconocimiento del hecho y la participación voluntaria del autor y la víctima en el proceso de mediación”.³⁵

La participación voluntaria en el proceso es una consecuencia de las garantías procesales (presunción de inocencia, derecho a un juicio justo) y exige una comunicación interpersonal entre ofensor y ofendido. Por ello, la mediación es participativa no confrontativa e intenta cambiar las nociones estereotipadas que las víctima y los ofensores desconocidos mantiene con frecuencia entre sí. Obviamente, las partes conservan el derecho de acudir a la justicia formal para resolver sus conflictos a partir de los mecanismos institucionales.

En estos casos, el rol del mediador es fundamental, porque impulsa el acuerdo entre las partes y garantiza la buena marcha del procedimiento. Si bien es un tercero neutral, su participación es activa en el proceso. El mediador debe entrar en contacto con el autor y la víctima para sondear las actitudes y disposiciones de ambas partes a la consecución de un acuerdo, que ayuda a las partes a identificar los puntos de controversia a explorar las posibles bases del acuerdo a las vías de solución. La ventaja, es que en la mediación existe voluntad para concluir un conflicto y por tanto, existe predisposición para cumplir el acuerdo. El Código Procesal Penal Guatemalteco incluyó la mediación para determinados delitos en el artículo 25 quater. En este supuesto, las partes pueden someter sus conflictos penales al conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia.

En este sentido, es importante hacer dos reflexiones. Por un lado, sería conveniente ampliar el ámbito de aplicación de la mediación para que los casos que no tienen un grave impacto social puedan tener una salida más rápida y efectiva para las

³⁵ Ídem

partes involucradas, permitiendo a la vez que el sistema penal, se dedique a los casos mas graves.

Por otra parte, sería importante reducir la intervención penal formal, para que todo aquello que pueda ser reparado fuera del sistema no entre en él. De esta forma se constata la importancia de la creación de otros centros de mediación independientes de la Corte Suprema de Justicia, que puedan ser expresiones de la sociedad civil organizada. Es así como, se brinda la posibilidad a las partes en conflicto, de optar por una respuesta extraoficial al conflicto, sujeta a un procedimiento y reconocida por la autoridad estatal.

Este reconocimiento de la autoridad estatal, es fundamental ya que si bien este procedimiento pretende sustituir la intervención legal o a establecer una repuesta menos agresiva al poder penal, se corre el riesgo de que no siempre contribuyan a una intervención mínima y que se consiga, por el contrario, una desmedida extensión de las redes de control social con mecanismo más flexibles y sutiles. Así mismo es necesario contar con una infraestructura adecuada y con personal capacitado par hacer posible este tipo de respuestas al conflicto penal.

CAPÍTULO IV

4. Métodos alternativos de resolución de conflictos

En términos generales, la conciliación “consiste en el proceso consensual de toma de decisiones en el cual una o más personas imparciales, conocidas como conciliadores asisten a personas, organizaciones o comunidades en conflicto a trabajar hacia el logro de un acuerdo efectivo”.³⁶

En el caso de la conciliación penal, el conflicto debe haber sido criminalizado, es decir, definido en la ley como delito y las partes de la conciliación son en consecuencia víctima y victimario. La conciliación es uno de los métodos alternativos de resolución de conflictos, los que se definen como todas aquellas formas de resolver conflictos, que pretenden satisfacer en forma pacífica los intereses de las partes involucradas.

La utilización de métodos alternativos, es una de las mejores respuestas que se le puede dar al conflicto, ya que permiten satisfacer de mejor manera los intereses de las partes. En el caso penal, la utilización de métodos alternativos adquiere más importancia porque, como es sabido, el proceso penal, “no resuelve los conflictos”, sino que únicamente los “redefine” en términos de menor violencia y, muchas veces, los intereses de las partes, especialmente de la víctima, no son tomados en cuenta.

Por otra parte, el poder judicial no puede resolver todos los conflictos calificados por la ley como delitos o faltas, por lo que sus recursos deberían orientarse a la resolución de los casos más graves, aquellos que causan un mayor impacto social. Asimismo, el trámite de un proceso legal requiere una gran inversión de tiempo y de recursos económicos de los cuales, generalmente, no disponen las partes. La utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos es, entonces, más simple, más rápido, más efectivo y, en muchos casos más barato y directo que la tramitación de un caso a través del sistema de justicia ordinario.

³⁶ Ormachea Choque Iván. **Manual de Conciliación**. Pág. 56

Basta en comparar los costos que conlleva la tramitación de un proceso judicial, con los costos de una conciliación. En el primer caso, la duración promedio de los procesos penales es de un año, durante el cual las partes tendrán que realizar innumerables viajes a los tribunales, en algunas oportunidades tendrán que pagar los servicios de un profesional abogado y, finalmente, la sentencia que pone término al proceso solo de forma excepcional satisface los intereses de la víctima. En el segundo caso, se trata de una audiencia de conciliación, con una duración mucho menor, que concluye con un acuerdo dirigido, precisamente a satisfacer los intereses de las partes.

Por estas razones Naciones Unidas desde 1985, recomendó la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos. En la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder, la Asamblea General dispuso: “7. Se utilizarán cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, la conciliación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctona, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas”.³⁷

4.1. Principios de la Conciliación

En la conciliación, existen los principios que se enumeran a continuación, los cuales se refieren a su utilización, su propósito y los requisitos del conciliador.

4.1.1. La conciliación debe ser voluntaria

El principio de voluntariedad “es la base de cualquier método alternativo de resolución de conflictos y, consecuentemente, también de la conciliación”.³⁸ Las partes deben haber aceptado voluntariamente la posibilidad de someter su conflicto a un proceso de conciliación. Una conciliación obligada no sólo es una contradicción a la

³⁷ Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales de Guatemala. **Técnicas de Conciliación Penal y Reparación**. Pág. 21

³⁸ Vásquez Smerelli Gabriela. **La reparación del daño producido por un delito**. Pág. 8.

naturaleza de este método alternativo sino además podría implicar una inversión inútil de tiempo y recursos, ya que si en algún momento las partes no pueden escapar del proceso, si pueden oponerse a llegar a un acuerdo. Y aún en el caso de llegar a firmar un acuerdo, donde las partes consideren que han sido, de una u otra forma obligadas, no se encontraran comprometidas a cumplir lo pactado en el acuerdo.

Asimismo, todos los puntos del acuerdo de reparación, deben haberse alcanzado libremente, sin que ninguna de las partes haya sido coaccionada o coartada de cualquier forma en su libertad. El principio de voluntariedad, rige para ambas partes, y tanto la persona víctima como el victimario o victimaria, deben prestar su consentimiento libre de error, dolo, simulación o violencia como se establece en el artículo 1257 del Código Civil.

4.1.2. Igualdad entre las partes

La igualdad o las diferencias de poder entre las partes, son elementos que influyen definitivamente en el desarrollo de la conciliación. Una relación desigual no hace más que promover una solución desequilibrada e inequitativa.

Por lo tanto, quien concilia debe “intervenir creando las condiciones para que las partes en conflicto sientan que participan en iguales términos en la discusión, expresan sus intereses y necesidades, influyen en la toma de decisiones, presentan alternativas, evalúan las consecuencias de las posibles soluciones y participan en el logro de la solución”.³⁹

La disparidad de poder entre las partes puede suceder porque una de ellas posea más información que la otra, una sea más hábil para negociar que la otra, se haya establecido una relación interpersonal abusiva entre las partes (como en el caso de la violencia intrafamiliar) y por las desigualdades sociales comunes como género, edad, posición social o económica.

³⁹ Ormachea Choque Iván. **Manual de Conciliación**. Pág. 60.

En cualquier caso, es imprescindible realizar un análisis de las condiciones de igualdad reales que se presentan en cada oportunidad, para determinar la conveniencia de aplicar un procedimiento de conciliación, o en su defecto, buscar una vía de intervención más adecuada.

4.1.3. Propósito de la conciliación

El principal objetivo de la conciliación, es la reparación del daño ocasionado, por lo que el concepto de reparación se convierte en un tema clave para entender la conciliación.

“La reparación es básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo; colocando el mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador, al mandar la realización obligatoria de una acción o al prohibir la realización de otra”.⁴⁰

Sin embargo, muchas veces es imposible volver atrás y colocar el mundo en la posición en que se encontraba antes de que surgiera el conflicto, por ejemplo, la muerte de una persona no se puede revertir, por esta razón, en muchas oportunidades solo se trata de sustitutos de esta, reparación ideal que se traducen en resarcimiento económico del daño es decir la indemnización u otro tipo de reparación, como en el caso de los delitos contra el honor que se prevé la retractación pública.

Asimismo, es necesario tener en consideración que en el caso penal, la reparación es mucho más amplia que en caso civil, ya que se realiza en los conflictos que por su gravedad han sido tipificados por la ley como delito, por lo que también deben tomarse en cuenta los intereses de la comunidad. Aunque en términos prácticos, los intereses que tienen más fuerza en el momento de llegar a un acuerdo son los intereses de las partes.

⁴⁰ Maier B.J. Julio. **La víctima y el sistema penal**. Pág. 218.

4.1.4. Imparcialidad y neutralidad

Respecto a quien concilia, este debe ser, al igual que el juez o jueza, imparcial y neutral regulado en el artículo siete del Código Procesal Penal. La imparcialidad esta referida a la actitud de la persona que interviene. Sus opiniones deben guardar equilibrio hacia las posiciones de las partes. La inclinación o preferencia hacia los comentarios o posturas de alguna de las personas litigantes, puede afectar la confianza que la otra parte pueda tener hacia el proceso.

Por otra parte, quien concilia debe ser neutral, es decir, que no debe tener ningún vínculo con las partes, una persona conciliadora que es amigo o amiga de las partes y desconocida por la otra resta neutralidad a su participación. Por lo tanto, en la conciliación también rigen las causas de impedimento, excusa o recusación establecidas en la Ley del Organismo Judicial en el Artículo 122, de tal forma que quien concilia debe eximirse de llevar a cabo la conciliación si tiene alguna vinculación o perjuicio contra una de las partes.

4.1.5. Autonomía y confidencialidad

El proceso de conciliación, no forma parte de la persecución penal y es independiente de la misma. Esto significa, que las manifestaciones de la persona imputada durante la audiencia de conciliación no pueden ser prueba en un debate, porque no constituyen una declaración formal, artículo 87 del Código Procesal Penal.

4.2. Materias no conciliables de la conciliación

En principio, en los casos en los cuales la ley autoriza la conciliación todos los puntos relacionados con el conflicto que se pretende conciliar pueden ser parte de un acuerdo. Así pues, las partes pueden convenir lo que estimen oportuno, en ejercicio de la libertad de acción que se encuentra en el artículo cinco de la Constitución Política de

la República de Guatemala. De tal manera que el acuerdo de conciliación es válido, e incluso implica el sacrificio de intereses de una de las partes o la renuncia de sus derechos. Por ejemplo, la víctima puede abdicar de cualquier pretensión indemnizatoria sin que esta abdicación afecte la validez de lo pactado.

Sin embargo, el Código Procesal Penal es claro al establecer un límite a las posibilidades de negociación: Por lo que el acuerdo no puede violar la Constitución Política de la República de Guatemala o Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que se encuentra en el artículo 25 Bis y Quater del Código Procesal Penal. Esta limitación implica que ninguno de los términos de un acuerdo de conciliación puede vulnerar la dignidad de la persona.

En caso de conflicto el juez o jueza debe, entonces, ponderar entre dos intereses:

1. Por una parte la libertad de acción, hasta donde llega la esfera de autonomía de las personas ciudadanas en la cual pueden tomar sus propias decisiones y disponer de los derechos que la ley le otorga.
2. El deber del Estado de tutelar los derechos fundamentales.

Esta ponderación debe efectuarse caso por caso, tomando en consideración, fundamentalmente, el grado de igualdad en que se encuentran las partes de la conciliación. Asimismo, debe tenerse presente que cada persona tiene derecho a formular sus propios juicios de valor y en una sociedad pluralista, como la nuestra, deberá tenerse siempre presente la cultura y las costumbres de las partes del acuerdo. Finalmente, es necesario tener en consideración que los criterios de legitimidad, varían en cada caso, los criterios de legitimidad establecen que deben resolverse en un parámetro justo para todos.

De cualquier manera, dentro de los derechos fundamentales existen ámbitos en los cuales la persona no puede disponer. El principal y más obvio es el derecho a la vida,

es totalmente ineficaz el consentimiento de una persona autorizando su propia muerte. Asimismo, la integridad física y moral se encuentra excluida de las materias sujetas a conciliación. Ninguna de las partes podría convenir en un menoscabo en su salud para reparar el daño ocasionado o como una medida tendiente a resolver en conflicto. De lo contrario, podría significar un retorno a las penas corporales. Tampoco podría aceptarse como resultado del acuerdo que una de las partes acepte un trato que afecte su integridad moral, es necesario subrayar, que tanto la Constitución Política de la República de Guatemala como los Tratados Internacionales en Derechos Humanos prohíben las torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Finalmente, una persona únicamente puede disponer de los bienes y derechos de los cuales es titular, por lo tanto un acuerdo de conciliación, no puede afectar los intereses de tercero que no hayan participado en el mismo.

4.3. Procedencia de la conciliación

En los supuestos en los que procede el criterio de oportunidad. La legislación procesal penal guatemalteca, prevé expresamente la conciliación para los casos en los que procede el criterio de oportunidad, de esta manera los siguientes supuestos podrían someterse a consideración:

1. Delitos no sancionados con pena de prisión: Estos supuestos se refieren a los delitos sancionados específicamente con multa. De conformidad con las reformas procesales introducidas a través del Decreto 79-97, los delitos sancionados con penas de multa son competencia de los jueces de paz y deben tramitarse a través de juicio de faltas.
2. Delitos perseguibles por instancia particular: Los delitos de instancia particular se encuentran establecidos en el Código Procesal Penal en el artículo 24 ter, estos supuestos son taxativos. En los delitos perseguibles a instancia particular no opera la limitación del número de años de la pena. De tal manera, que

procede el criterio de oportunidad y, consecuentemente, la posibilidad de llegar a una conciliación incluso en tipos penales como en el hurto.

3. Delitos de acción pública cuya pena máxima de prisión no sea superior a 5 años: En estos casos es necesario examinar el Código Penal y determinar si el máximo de la pena a imponer, para el tipo penal aplicable, supera los 5 años es decir, se analiza el marco penal en abstracto.

En este supuesto, es preciso tener presente que el Código Penal varía el marco penal aplicable dependiendo del grado de realización del delito y el nivel de participación en el mismo. Así, toda pena señalada en la ley para un delito debe aplicarse a la persona autora del delito consumado según el artículo 62 del Código Penal, mientras que para la persona autora de una tentativa y quien actúa como cómplice del delito consumado la pena se reduce en una tercera parte según el artículo 63 del Código Penal y para la persona cómplice de tentativa, en dos terceras partes según el artículo 64 del Código Penal.

Por ejemplo, al autor de usurpación agravada, le corresponde una pena entre 2 y 6 años según el artículo 257 del Código Penal. Obviamente, al autor de una usurpación agravada consumada no se le podría aplicar el criterio de oportunidad en base a esta causal, pero sí al cómplice o al autor de usurpación agravada en tentativa, por cuanto en esos casos la pena se reduce en una tercera parte quedando un máximo de pena de 4 años según los artículos 63 y 66 del Código Penal.

4. Casos en los que la responsabilidad de la persona sindicada o su contribución a la perpetración del delito sea mínima
 - a. Responsabilidad mínima: La legislación guatemalteca prevé distintos supuestos en los cuales la responsabilidad de la persona sindicada es mínima. Así, algunas de las circunstancias atenuantes enumeradas en el artículo 26 del Código Penal corresponden, con situaciones en las cuales la responsabilidad del sujeto se ha

disminuido hasta un punto en el cual no se hace aconsejable su persecución penal. A continuación se analizan estas circunstancias. La exposición se ha ordenado de acuerdo con la categoría de la teoría del delito, de tal manera que se analiza en primer lugar las situaciones que afectan el injusto o la antijuridicidad de la conducta y, en segundo lugar, las que se refieren al juicio de culpabilidad.

b. Casos en que concurre un mínimo de injusto. Para que un hecho pueda ser calificado como delito debe ser, en primer lugar, una acción típica, esto significa que debe coincidir con una de las descripciones de delitos contenidas en el Código Penal. Así, por ejemplo, “quien mediante una determinada acción, sustrae una cosa mueble ajena, realiza el tipo de hurto. En segundo lugar, se debe tratar de una acción antijurídica, o sea prohibida. Por regla general, lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador solo incorporará una acción tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida. Pero este indicio puede ser contradicho si en el caso concreto concurre una causa de justificación por ejemplo, si la persona actúa en legítima defensa.⁴¹

De acuerdo con la moderna dogmática penal el injusto, “es equivalente a la acción antijurídica o ilícita, es decir, a aquella acción que se encuentra enmarcada en un tipo penal y en la que no concurren causas de justificación”.⁴² El injusto se encuentra conformado por dos juicios de valor: El desvalor de la acción que se refiere al juicio sobre la conducta y el desvalor del resultado que recae sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

5. Casos de mínima responsabilidad: A continuación se analizan aquellas circunstancias en las cuales existe un mínimo de responsabilidad, ya sea porque el desvalor de resultado o el desvalor de acción carecen de la suficiente relevancia penal.

⁴¹ Roxin Claus. **Derecho penal, parte general.** Pág. 195.

⁴² Luzón Peña, Diego Manuel. **Curso de derecho penal, parte general.** Pág. 333.

1. Insuficiente desvalor del resultado: Se consideran como casos de mínima responsabilidad, aquellos en los cuales el desvalor de resultado sea mínimo. Para determinar cuando el desvalor de resultado es mínimo, debe apreciarse el grado de daño efectivamente producido en el bien jurídico penal. Así por ejemplo, en un hurto cuando el valor de la cosa sustraída apenas sobrepase el límite de cien quetzales establecido por la ley para distinguir entre el delito y la falta.
2. Insuficiente desvalor de acción: El desvalor de acción se encuentra fundamentalmente, integrado por el juicio sobre el elemento subjetivo de la conducta, es decir, si el sujeto actuó dolosa o imprudentemente. En este caso existirá un insuficiente desvalor de acción cuando el grado de imputación a título de dolo o culpa sea ínfimo, de manera que el sujeto realizó una acción con un dolo muy reducido es decir con dolo eventual. Por ejemplo en un delito de estupro, el autor creía que la víctima era mayor de edad, porque así se lo manifestó, pero si le paso por la mente la posibilidad que mintiera.

En el caso de los delitos culposos cuando la infracción al deber objetivo de cuidado sea muy pequeña según el artículo 26 numerales 6 y 11 del Código Penal. Por ejemplo, en un hecho de tránsito la persona que ocasionó el percance pasó el semáforo entre la luz amarilla y la luz roja, confiando que no venía ningún otro vehículo.

3. Causa de justificación incompleta: Esta supuesto se refiere a aquellos casos en los cuales el sujeto actuó dentro de una causa de justificación, pero excediéndose de los límites establecidos por la ley según el artículo 25 numeral 2 del Código Penal. Por ejemplo, la persona procedió en legítima defensa pero el medio empleado no era racional para impedirle, ya que la persona víctima le amenazó con los puños y ésta le respondió con un escopetazo.
4. Inimputabilidad incompleta: Se trata de los casos en los cuales el sujeto a sufrido una disminución en su capacidad de motivación, ya sea por causa de una

enfermedad mental, desarrollo psíquico incompleto o trastorno mental transitorio, sin que llegue a ser suficiente como para ser considerado inimputable y excluir su responsabilidad, artículos 23 y 26 numerales 1 y 3 del Código Penal.

Por ejemplo, la víctima se encontraba atemorizada por la agresión que había sufrido, lo cual le provocó una alteración psicológica de suficiente entidad para obrar en forma anormal, disparando varias veces sobre la persona agresora, por la excitación del momento.

5. Error de prohibición vencible: El error vencible de prohibición deja un grado de culpabilidad disminuido, que en nuestra legislación se encuentra comprendido en la atenuante de ignorancia según el artículo 26 numeral 9 del Código Penal. Cuando la ignorancia del sujeto ha sido un elemento esencial para la realización del injusto penal, ello puede producir una disminución tan grande del grado de la culpabilidad y de la responsabilidad, que hace que el hecho no amerite ser llevado a juicio.

Por ejemplo, una persona extranjera en cuyo país es lícito sostener relaciones sexuales con una persona menor de edad pero mayor de dieciséis años, podría alegar que ignoraba que este delito estuviera prohibido por nuestra legislación.

6. Inculpabilidad incompleta: Aquí se encuentran aquellos casos en los cuales, concurre una causa de inculpabilidad, pero esta carece de un requisito para excluir la responsabilidad. El Manual del Fiscal señala como ejemplo de esta causal, el caso de una persona que participo en un asesinato, pero coaccionada aunque no hasta el extremo de excluir la culpabilidad. Por no ser el hecho, el criterio determinante, sino las circunstancias de la persona autora, no existe el límite de los 5 años en cuanto a la pena prevista⁴³.

⁴³ Pérez Agujera, Héctor Hugo. **Manual del fiscal. Ministerio Público de la República de Guatemala.** Pág.100

7. Participación mínima: Para determinar este supuesto debe hacerse una clara distinción entre personas autoras y partícipes. Son personas autoras, propiamente dichos, quienes realizan los elementos del tipo. En contraposición, son partícipes quienes sin realizar los elementos propios del tipo penal, contribuyen a la realización de los mismos por parte de la persona autora.

6. Pena natural: Procede también la aplicación del criterio de oportunidad, cuando la persona inculpada haya sido afectada directa y gravemente por las consecuencias del delito y la pena resulte inapropiada. Este supuesto es el que la doctrina denomina pena natural. La ley guatemalteca sólo lo admite en los casos de delitos culposos. Los casos más frecuentes se darán en el ámbito de los delitos de tránsito, como por ejemplo, cuando un padre que conduce de forma imprudente provoca un accidente que causa la muerte de su hijo. En los casos de pena natural no existe tampoco el límite de los 5 años.

7. Suspensión condicional de la pena: La suspensión condicional de la persecución penal recibe en otras legislaciones el nombre de probation, o puesta a prueba del sujeto y constituye un mecanismo a través del cual se interrumpe la persecución penal, sometiendo a la persona imputada a una serie de condiciones durante un tiempo determinado, que si se cumplen, producen la extinción de la persecución penal.

En estos casos, no se encuentra expresamente previsto por la legislación que proceda la conciliación. Sin embargo, es posible aplicarla ya que para este supuesto quien legisla también previó la posibilidad de suspender la persecución penal y se requiere, como uno de los requisitos para otorgarla, que se haya llegado a un acuerdo entre las partes.

Los supuestos en los cuales procede la suspensión condicional de la persecución penal son los delitos cuya pena máxima no exceda los 5 años de prisión y los delitos culposos según el artículo 27 del Código Procesal Penal es decir, que se amplía la posibilidad de conciliar en todos los delitos imprudentes.

7. Mediación: El Código Procesal Penal establece que las partes, de común acuerdo podrán por la Corte Suprema de Justicia someter sus conflictos penales a los Centro de Conciliación y Mediación, debidamente autorizados por la Corte Suprema de Justicia, en los delitos de acción privada y en aquellos casos en los cuales proceda el criterio de oportunidad. De tal forma que se amplía la posibilidad de conciliar a los delitos de acción privada

8. Los casos de conversión: La conversión supone la transformación de una acción penal de ejercicio público en un procedimiento por delito de acción privada, ejercitada únicamente por la persona agraviada. Los supuestos en los que puede convertirse la acción son los siguientes:

1. Cuando se trate de los supuestos en los que cabe el criterio de oportunidad pero este no se hubiese podido aplicar según el artículo 26 numeral 1 del Código Procesal Penal.
2. En los delitos que requieran denuncia o instancia particular según el Artículo 24 ter del Código Procesal Penal, a pedido del legitimado a instar según artículo 26 numeral 2 del Código Procesal Penal.
3. En cualquier delito contra el patrimonio, excepto los delitos de robo agravado según artículo 252 del Código Penal y hurto agravado según el artículo 247 del Código Penal, a pedido del legitimado a instar según el artículo 26 numeral 3 del Código Procesal Penal.

De esta manera se amplía la posibilidad de mediar y conciliar en los delitos contra el patrimonio, ya que al convertirse estos en delitos de acción privada, el proceso que les corresponde es el juicio por delito de acción privada que tiene prevista la posibilidad de mediación y conciliación según el artículo 477 del Código Procesal Penal.

El Código Procesal Penal expresamente exceptúa del trámite de conversión el hurto y el robo agravado según el artículo 26 numeral 3 del Código Procesal Penal, por lo que en estos delitos no procede la mediación y la conciliación.

4.4. Casos en que no procede la conciliación

No procede la conciliación en los casos en que existe prohibición de aplicar el criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la pena. Específicamente, cuando a criterio del Ministerio Público, el delito pueda afectar o amenazar gravemente al interés público o a la seguridad ciudadana, o en los delitos cometidos por personas funcionarias o empleadas públicas con motivo o en ejercicio de su cargo según los artículos 25 y 26 del Código Procesal Penal.

4.5. Autoridad competente

El Código Procesal Penal establece expresamente la competencia de los jueces para la conciliación. Estos podrán conocer de los procesos de conciliación, siempre que el delito no tenga señalada una pena superior a 5 años según el artículo 25 del Código Procesal Penal.

En el caso de los jueces comunitarios el Código Procesal Penal, también señala que pueden conocer de los procesos de conciliación en los casos en que proceda el criterio de oportunidad, salvo el numeral seis del artículo 25, en los delitos de acción privada y en los de delitos de instancia particular.

En el resto de casos mencionados, en los cuales existe la posibilidad de conciliar, el Código Procesal Penal no determina expresamente que esa facultad le corresponda al Juez de Instancia. Sin embargo, si los jueces de paz se encuentran autorizados a conciliar, no es posible entender que los jueces de instancia que poseen una competencia más amplia, no puedan hacerlo. Así pues, el juez puede iniciar la

conciliación entre las partes, ex officio y cuando exista una perspectiva de acuerdo, solicitar al fiscal que estudie la conveniencia de aplicar un criterio de oportunidad.

Si bien cualquiera de los sujetos procesales pueda instar a una audiencia de conciliación, no parece admisible que el juez pueda conceder el criterio de oportunidad si el fiscal se opone al mismo, por cuanto la Constitución Política de la República de Guatemala establece claramente que el ejercicio de la acción penal pública corresponde al Fiscal General. Por tanto podemos afirmar, que las partes podrán iniciar el procedimiento para la aplicación del criterio de oportunidad, pero será necesaria la aprobación por parte del fiscal.

Por su parte, el fiscal también podría dirigir procesos de conciliación y mediación. Aunque, como se señaló en virtud del principio de neutralidad, sería preferible que los procesos de conciliación fueran presididos por los y las jueces y los fiscales propiciaran la negociación entre las partes.

Finalmente, los centros de conciliación y mediación son competentes para conocer de los procesos de mediación en los casos de acción privada y en aquellos que proceda el criterio de oportunidad según los artículos 25 quater y 477 del Código Procesal Penal.

4.6. Sujetos en el proceso de conciliación

En el proceso de conciliación deben intervenir necesariamente la persona agresora y la víctima, pues son los protagonistas del conflicto. Asimismo, es evidente la necesidad de hacer partícipes en la conciliación a todos los sujetos del proceso, aunque no luego todos tendrán la posibilidad de hacer sus opiniones vinculantes. Tal es el caso del tercero civilmente demandado, que en algunos casos es garante de las acciones del imputado y por tanto el proceso de conciliación podría traerle consecuencias.

En el caso en que la conciliación se realice frente a un juez o jueza, es necesario determinar los alcances de la intervención del Ministerio Público, así como su

posibilidad de incidir en la eficacia de la negociación. Aunque, como se señaló, a él le corresponde aprobar el criterio de oportunidad, la situación ideal es que las partes tengan la mayor libertad posible para adoptar el acuerdo.

4.7. Oportunidad

La conciliación podrá verificarse desde que se tiene conocimiento del hecho delictivo hasta el comienzo del debate según el artículo 286 del Código Procesal Penal. Es preciso insistir que el criterio de oportunidad y por lo tanto la conciliación, también puede ser otorgado después de haberse admitido la acusación y remitido el expediente para el tribunal de sentencia. Si durante el lapso de la preparación para el debate según los artículos 346 al 352 del Código Procesal Penal, se logra un acuerdo de reparación y el fiscal considera que no existen intereses públicos en conflictos, el tribunal de sentencia podrá otorgar el criterio de oportunidad.

En el caso de los delitos de acción privado, el Código Procesal Penal señala que una vez admitida la querrela, el tribunal convocará a una audiencia de conciliación. Asimismo, señala que las partes podrán someter su conflicto a los centros de conciliación y mediación antes de acudir a la audiencia de conciliación según el artículo 477 del Código Procesal Penal.

4.8. Proceso de conciliación

Existen muchas propuestas doctrinarias referentes a las etapas o desarrollo del proceso de conciliación, las cuales resultan ser complementarias. Para efectos de simplificar el proceso de conciliación del juez o jueza, dada su limitada disposición de tiempo por la carga de trabajo, se determina que un proceso de conciliación efectiva debe llevar mínimo las siguientes etapas:

A. Bases para una conciliación efectiva:

1. Recopilación de información
2. Análisis del conflicto
3. Elementos de la negociación
4. Primer borrador de propuestas de solución

B. Audiencia de conciliación

1. Explicación del proceso de conciliación
2. Promoción de confianza y cooperación
3. Socialización del análisis del conflicto
4. Definición de cuestiones a discutir
5. Negociación final

C. Acuerdo y seguimiento:

1. Formulación de un acuerdo efectivo
2. Procedimiento de ejecución

D. Preparación, bases para una conciliación efectiva, lo que implicara llevar los siguientes pasos:

1. Recopilación de información: Conocimiento previo de mayor información que pueda recopilarse de las actuaciones respectivas. Una de las que más valoran las partes, es una opinión bien informada por parte de la o el juez conciliador, por lo que las propuestas de soluciones planteadas a la hora de la sesión conciliadora son tomadas muy en serio.
2. Análisis del conflicto: En principio entendemos al conflicto como algo inherente a toda convivencia y orden social. En algo natural y forma parte de nuestra

condición humana. En realidad la paz social y el desarrollo no se determinan por la ausencia de conflictos, sino por la capacidad de respuesta frente al mismo., es decir, por contar con formas no violentas de resolverlos.

3. Contradicciones: Son los intereses de cada una de las partes que necesitan ser satisfechos. Si podemos identificar claramente cuales son los intereses de cada una de las partes, podremos como conciliadores proponer opciones que efectivamente resuelvan el problema. Algunas preguntas que pueden facilitar la identificación de los intereses y necesidades de las partes, son las siguientes: ¿Cuál es la necesidad de cada parte? Material, valores (cultural-ideológicos), información y relación, ¿Cuáles necesidades son evidentes y cuales subyacentes, aun no visibles para las partes? Especial atención merece el comprender que lo evidente para quien conciliar será que el conflicto siempre toca al menos dos aspectos: el aspecto de la relación con sus emociones intrínsecas y el material.
4. Respuesta: Es la primera actitud que asumimos frente al conflicto, esta actitud depende en gran medida de la capacidad personal de cada individuo de enfrentar los problemas. En el caso de los conflictos criminalizados, se deduce que la respuesta ha sido violenta y a afectado a terceras personas en sus derechos fundamentales, por lo que resulta necesario la intervención estatal. Algunas preguntas claves son: ¿Cómo ha respondido cada parte ante el conflicto?, ¿Qué aspectos importantes han pautado su comportamiento frente al conflicto? Clasismo, racismo, género, adultismo, sexismo, autoritarismo.
5. Efectos: Es el producto de la respuesta utilizada para tratar un conflicto, permite determinar la situación actual de disputa a partir de la cual se hace necesaria la intervención del tercero para gerenciar el conflicto. Las siguientes preguntas son claves para identificar los efectos: ¿Actualmente cuál es la posición de esta parte frente al conflicto?, ¿Actualmente cuál es su situación frente a la otra parte dentro del conflicto?

A manera de conclusión, los beneficios de aplicar esta técnica de análisis permitirían contar con una visión integral del conflicto y consecuentemente criterios para determinar cual es la mejor manera de abordar la conciliación, prepararse para las posibles actitudes de las partes dentro de la sesión. Intencionar pautas que neutralicen el desborde de las emociones y sobre todo considerar los alcances posibles de sus esfuerzos dentro del caso en cuestión, toda vez que habrán situaciones no conciliables, por circunstancias ajenas de quien concilia.

4.9. Elementos de la negociación

La utilización de los 7 elementos de la negociación son instrumentos que utilizamos a lo largo de todo el proceso de conciliación y son los siguientes:

1. Comunicación: Se refiere a los sentimientos y percepciones que las partes generan entre sí y que pueden influir de manera determinante en el curso y resultado de la negociación.
2. Relación: Se establece a partir de tres mecanismos de exposición, escucha activa e indagación.
3. Intereses: Son las necesidades y deseos que las personas pretenden satisfacer dentro del proceso de conciliación. Estos pueden ser de tres clases: interés psicológico o emocional, de procedimientos y material.
4. Opciones: Son múltiples propuestas de solución que puede tener un conflicto, las cuales deben basarse en los intereses de las partes.
5. Alternativas: Son soluciones que las partes tienen alrededor del conflicto, y se refieren a las salidas que pueden utilizar en caso de no llegar a un acuerdo negociado.

6. Criterios de legitimidad: Son los datos, informaciones o principios aceptados por las partes en disputa, que permiten encuadrar la negociación dentro de parámetros justos de las partes. El o la juez conciliador debe tener en cuenta los criterios legítimos dependiendo de cada caso, pero los infaltables son los siguientes:
7. La ley: Que nos indica en que casos procede, ante quien, las personas que pueden intervenir, facultades del juez o jueza conciliadora, etcétera.
8. Código de Ética Profesional: Debe acatar principalmente los principios de confidencialidad, imparcialidad y neutralidad, objetividad, honestidad, entre otros.
9. Garantías constitucionales y procesales: Tal como si se tratara del procedimiento común. Estos criterios deben ser explicados a las partes por el juez o jueza.
10. Compromiso efectivo: Es el acuerdo dentro del proceso de conciliación que concreta el resultado del mismo. Se dice que es efectivo porque satisface al máximo los intereses de las partes, es realizable y verificable y no afecta los intereses de terceros.

Estos elementos son propios de los métodos de resolución de conflictos por lo que pueden ser utilizados en cada uno de ellos.

4.10. Audiencia de conciliación

Los problemas más frecuentes que se encuentran en las reuniones de conciliación son:

1. Cómo hacer para generar confianza desde el primer momento.
2. Cómo hacer para dejar claro el rol de quien concilia.
3. Cómo manejar las emociones de las partes que perjudican el proceso.
4. Cómo hacer par que las partes se centren en atacar el problema y no a ellas.
5. Qué indicadores dirán si se construyó un acuerdo efectivo.

Para el desarrollo de la junta, la cual tiene un estructura generalmente tres momentos que son la introducción, el desarrollo y el acuerdo. Quien concilia despliega una serie de técnicas de acuerdo al momento, la situación y las personas que intervienen en el proceso. Mencionaremos las fundamentales, de acuerdo a los obstáculos más frecuentes.

4.10.1. Sobre el clima de confianza

La confianza es como un puente que se construye, con base fundamentalmente en la buena comunicación. Se logra confianza cuando se escucha y retroalimenta sin juzgar. Generalmente cuando se tiene un conflicto se necesita ser escuchado, toda vez se logra que la persona expresó lo que siente, estará más abierta a conocer otros puntos de vista para luego tomar una decisión. En todo caso la confianza se va construyendo en todo el proceso.

El punto de partida para generar el clima de confianza, parte de hacer comprender a las partes sobre el rol de quien concilia, es decir, que no esperen ser juzgados, sino ayudados a encontrar soluciones. Es importante ofrecer certeza de confidencialidad sobre lo que ahí se discuta. Así como, aclarar los alcances y limitaciones del proceso, fundamentalmente que los buenos resultados dependen de la buena voluntad e ilustrar

las desventajas de escoger esta vía para encontrar una respuesta al conflicto. Motivarlos a reflexionar un momento y luego ofrecer el espacio para sus preguntas sobre lo expuesto, finalmente escuchar si existe buena disposición para intentar realizar el proceso.

Luego se informa sobre la necesidad de construir un marco de legitimidad, las reglas del juego por así decirlo, que van a regir el proceso, indicando pautas tales como: Respeto, saber escuchar, no interrumpir a quien hable, tener disposición al cambio y a construir una respuesta de común acuerdo, los derechos humanos, los demás derechos que de conformidad con la ley asisten a las partes, reglas de conducta aceptadas en la comunidad, dictámenes, informes, estudios, etcétera. Lo que se considere necesario para la viabilidad del proceso.

Recordar que con el análisis previo sobre el patrón de relacionarse las partes, se puede predecir con bastante certeza su forma de responder el conflicto, en ese sentido las pautas sugeridas deben ir encaminadas a deslegitimar estos patrones, con reglas objetivas que pongan a las partes en un plano de igualdad. Este es un primer acuerdo dentro del proceso de conciliación. Se hace referencia constantemente a que son sus propias reglas.

Se facilita el espacio para que las partes relaten lo que pasó, una a la vez sin interrupciones. Es importante aquí aplicar tres técnicas:

1. Técnica de la escucha activa, es sencillamente saber escuchar sin interrumpir y con la voluntad de entender el punto de vista de la persona que habla.
2. Técnica de la pregunta de afinamiento, permite ir de las percepciones a los hechos, con ello se procura obtener información más útil para el real y común entendimiento del conflicto. Es común que las personas: a) generalicen al exponer, por ejemplo aseverando “ellos tiene la costumbre de golpear” la pregunta sería ¿a quienes se refiere cuando dice ellos? b) no especifican los

hechos, por ejemplo “la forma en que se comportan me molesta” la pregunta sería ¿qué han hecho para molestarme? y c) hablar por otros, por ejemplo “todos en la comunidad los ven mal” la pregunta sería ¿y usted por qué les ve mal?.

3. Técnica de parafrasear, es repetir lo dicho con nuestras palabras buscando confirmación respecto a lo comprendido de la exposición, generalmente en términos de síntesis y con relación a dos cosas los hechos y las emociones generadas por los hechos. El parafraseo nunca debe incluir juicios de valor u opiniones sobre lo expuesto. Por ejemplo: el es un abusivo, se cree superior a uno, por eso no le importa los daños que causa y si no se le pone en su lugar saber que va a llegar a hacer. Parafraseando: lo que usted dice es que se siente molesto por la actitud de no responder por los daños ocasionados.

Todas estas técnicas ayudan a obtener información útil y pertinente para centrar la atención de las partes en las necesidades mutuas en contradicción, sin desatender el tener consideración y respeto hacia ellas como personas y sus emociones.

Recordemos que la confianza generalmente va de cero a más, es decir dentro del proceso se va propiciando que las preguntas acerquen a las personas, por cuanto se debe hacer énfasis en como los hechos afectan las emociones y estas a los hechos. En la medida que las partes intercambian sus puntos de vista respecto a lo ocurrido y sus efectos emocionales, se irán asumiendo como protagonistas capaces de ofrecer comportamientos negativos y positivos, sobre los cuales habrán de responder.

No obstante, al final siempre se debe hacer la separación entre las necesidades que constituyen el conflicto y las personas con los afectos o desafectos generados. Es decir por un lado se propicia la visualización de los daños emocionales, para que se interiorice la dimensión de los actos que ocasiona la distancia en la relación, pero sin permitir que esto ocupe la atención central, por cuanto, lo que han producido todos

estos, son las necesidades no satisfechas y entonces lo que interesa es saber como harán para satisfacer esas necesidades.

Dentro de la conversación pueden darse momentos difíciles, tales como llantos, insultos, amenazas o encerrarse en una posición impidiendo el avance de la negociación. Quien concilia con su visión integral, debe tener presente como se dijo anteriormente, que el conflicto al menos tiene dos aristas:

1. Emocional, ligada a la relación desgastada
2. Material, la necesidad por satisfacer. Si la parte emocional no se atiende adecuadamente, explicitándose las afecciones producidas por las respuestas de las partes, el conflicto no se resolverá totalmente.

En esos momentos conviene sugerir la posibilidad de suspender por un momento la reunión. Esto con el fin de que la parte que se sienta afectada, se sienta considerada y a la vez comprenda la necesidad de observar un estado emocional lo más equilibrado posible para la buena marcha del proceso. Permitir se oxigene el ambiente y las personas, ofreciendo un receso para que tomen agua, se relajen y en este momento quien concilia debe acercarse con cautela, poniendo cuidado en hacer saber su real preocupación por los efectos emocionales del conflicto, pero insistiendo en que eso justifica aún más el enfrentarlo y procurar resolverlo.

Un posicionamiento es la actitud de una o las partes de aferrarse a una única solución, porque no tienen claro que su necesidad puede satisfacerse de muchas formas. Por ejemplo: parte B: yo lo único que quiero es que me pague dos mil quetzales por los daños y parte A: pero yo no tengo los dos mil quetzales, así que no pago. Cuando existe posicionamiento es probable que aún no se hayan visibilizado las necesidades, entonces es necesario proceder a la interrogación del por qué y para qué con el objeto de ofrecer diferentes opciones. Siguiendo el ejemplo anterior, convendría preguntar: ¿Por qué usted piensa que el pago en quetzales es la única salida?

¿Podríamos pensar en un pago en especie, por ejemplo con los cerdos que cría la parte A?

El posicionamiento también se da por el ofuscamiento, los recesos permiten un diálogo más sereno y abierto entre la parte posicionada y quien concilia, esto propicia posibilidades de desarme y apertura, si se logra que la parte posicionada separe el problema de las personas, entienda que es mejor un gana-gana que un gana-pierde. Por ello hay que poner énfasis en las ventajas de arribar a una solución negociada. En estos casos es más probable que se acerque a otras opciones con quien concilia que con quien negocia, en todo caso, el que se anime a visualizar otras salidas es positivo para el proceso, ya que asumiendo esas otras salidas podrá considerar de nuevo la negociación en términos de apertura.

Quien facilita constantemente tendrá que recordar el marco de legitimidad, esto permite mantener el nivel de respeto. También debe suministrar información y/o lanzar cuestionamientos que permitan superar argumentos basados en creencias o información errónea. En ese sentido siempre es fundamental, indagar sobre las bases de las argumentaciones, las solicitudes o posiciones, con el fin de mantener el nivel de la objetividad. Mantener la atención en explorar las causas contextuales del problema, esto ayuda mucho a despersonalizar el proceso. Ubicar la necesidad, se aprecie la diferencia entre la posición y la necesidad. Aquí es importante hacer explícito cualquier obstáculo propiciado por los patrones de comportamiento frente al conflicto manejado por las partes, y que a veces inconscientemente se manifiestan en actitudes de poca receptividad a la horizontalidad y cooperación.

En este caso, las dinámicas de relacionamiento dentro de la lógica de poder existente en el modelo de sociedad, muchas veces subyacen detrás de aptitudes y actitudes por lo que es necesario evidenciarlos para apartarlos y permitir que la lógica de la cooperación funcione dentro del proceso de negociación. Estos obstáculos pueden ser diversos, adultismo, (el poder que ejerce un adulto sobre un joven, simplemente por la diferencia de edad) clasismo, (poder que ejerce una persona con

recursos económicos sobre la que carece de ellos) autoritarismo, (poder ejercido por quien es más fuerte, sobre quien es más débil) patriarcado, (poder ejercido por el hombre sobre la mujer) racismo, (poder ejercido por una persona sobre otra por considerarla diferente e inferior debido a su cultura, idioma o procedencia étnica, color de piel o cabellos) por mencionar algunos⁴⁴.

El manejo de estos aspectos resulta difícil, pero es fundamental enfrentarlos, en términos de resaltar la mutua necesidad insatisfecha dentro del conflicto, en la cual habrá que ceder un poco para ganar ambas partes. En todo caso es función de quien concilia mantener la horizontalidad de la relación, por lo que parte de su trabajo consiste en hacer evidente la mutua dependencia de las partes, para alcanzar el acuerdo satisfactorio. Como ejemplo, podemos mencionar los casos en los que las partes son un hombre y una mujer cuya disputa está alrededor de violencia intrafamiliar ejercida de él hacia ella.

En este caso, el hombre considera legítima la violencia, porque, es el hombre de la casa, es decir él tiene el derecho de usar la fuerza, hacia la mujer que le pertenece. El patrón del machismo tiene que manejarse en el sentido de informar a las partes sobre los derechos humanos, las normas y mecanismos existentes para la protección de la víctima en este caso y las responsabilidades generadas como consecuencia de la vulneración al derecho a la integridad física y emocional de la persona. Revalorar el trabajo de la mujer en la casa y su importancia para la reproducción humana, para que se visibilice la mutua dependencia de las personas que conviven.

Generalmente, la parte débil necesitará refuerzo en el sentido de informarle sobre sus derechos de acuerdo a la ley. Por ello, quien concilia hará explícito en la mesa de negociación lo que de conformidad con la ley corresponde a cada quien para que sirva de insumo y parámetro dentro de la negociación. Sobre este aspecto debe tomarse en

⁴⁴ Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales de Guatemala. **Técnicas de Conciliación Penal y Reparación**. Pág. 56

cuenta lo señalado por las recientes investigaciones sobre la víctima de violencia intrafamiliar, la que se refiere a la teoría del miedo aprendido.

Esta se concretiza en que la víctima que ha sido maltratada constantemente, desarrolla como mecanismo de defensa al miedo sistemático que se le ha infundido el silencio cuando está frente al agresor. En el caso de la violencia intrafamiliar, que proporcionalmente en Guatemala se produce más en contra de mujeres, niñas y niños; esto produce que las víctimas que se animan a denunciar el caso se vean posteriormente en una audiencia de conciliación sometidas al silencio por el miedo que le causa estar frente al agresor.

Por ello, las condiciones de igualdad son completamente desventajosas y requiere de un gran esfuerzo por parte de la o el juez conciliador, para poder equilibrar a las partes mediante la generación de confianza para la víctima de la violencia intrafamiliar y la neutralización del poder que irradia el ofensor. Sin haberse logrado esta tarea, el o la jueza conciliadora no debe proseguir hacia el arribo de un acuerdo porque de lo contrario estaría favoreciendo un acuerdo desigual que no solucionará el conflicto y sobre todo, se estaría violando los derechos humanos de la víctima.

Finalmente, se indicó en las técnicas de una buena comunicación, con base en el escuchar activo, la pregunta de afinamiento y el parafraseo, se va delimitando el conflicto hasta arribar a la necesidad y es a partir de su descubrimiento y el acuerdo común de que esas son y no otras, que se puede empezar a construir opciones.

Teniendo claro cual es la necesidad por satisfacer a los intereses de cada parte, se propicia la reflexión para proponer soluciones sin llegar a valorarlas. Posteriormente se discuten las propuestas conforme los criterios de legitimidad, viabilidad de cada una y el nivel de satisfacción ofrecida para las partes.

En este punto quien concilia puede ofrecer sus opciones, con el fin de que las partes las consideren y esto ayude a la construcción de su acuerdo efectivo y satisfactorio para ambas.

4.11. Acuerdo y seguimiento

Para la formulación de un acuerdo efectivo, se requieren de requisitos como lo son, debe ser razonables pues su realización es realmente factible, debe ser eficaz porque satisface al máximo los intereses o necesidades de las partes, debe ser verificable debido a que permita que se pueda comprobar y medir su cumplimiento.

La redacción del acuerdo debe ser lo suficientemente claro, expresando las obligaciones de cada una de las partes, en plazos, cantidad, lugar, forma, garantía, etcétera; evitando interpretaciones erróneas que puedan producir un espiral del conflicto, posterior al incumplimiento del acuerdo.

El acuerdo debe resolver el conflicto inmediato y prevenir conflictos similares o relacionados con éste. Si el acuerdo es parcial, se deberá indicar en el acta los puntos y las razones.

Los acuerdos negociados son duraderos principalmente si, se realizó un adecuado análisis del conflicto, si se formuló una estrategia de intervención efectiva y realista. Incluyendo constantemente el ensayo y error, si se satisfacen los intereses de las partes, si las partes se encuentran comprometidas psicológica y estructuralmente con el acuerdo al cual llegaron.

Sin embargo, existen condiciones que hacen más susceptibles la no realización de un acuerdo, tales como el aumento del número de partes comprometidas, la elevación del nivel de tensión y desconfianza psicológicas y a extensión de los términos del acuerdo que es necesario ejecutar.

4.12. Enfoque político criminal de la reparación penal

Todo conflicto penal tiene su base “en un conflicto social sin resolver entre un agresor que delinque y una víctima, individual o colectiva, portadora de un bien jurídico que la norma penal protege, en el cual el ejercicio del poder estatal frente a la infracción de sus normas se impone para la convivencia pacífica y la existencia de la organización social.”⁴⁵

La formulación y configuración del conflicto social como un fenómeno criminalizado y su respectiva respuesta jurídica, dependerá del modelo de política criminal que adopte cada Estado. La construcción de una política criminal democrática, requiere de ciertos indicadores, tales como la restricción del uso del poder penal a los casos considerados como de grave impacto y alteración del orden social, así como la participación ciudadana en las instituciones encargadas del poder penal, entre otros.

No obstante, observamos frecuentemente una verdadera inflación penal que otorga mayores poderes penales a los operadores del sistema punitivo, con la pretensión de responder a los reclamos de seguridad del ciudadano. Sin embargo, la crisis de legitimidad del sistema penal y en especial, de la pena privativa de libertad y su probada incapacidad para reinsertar socialmente al autor del delito ha determinado la búsqueda de nuevos caminos para solucionar estos problemas.

El tema de justicia reparadora, nos plantea la necesidad de incorporar dentro del diseño de justicia penal, las necesidades y el derecho de las víctimas, a ser reparado el daño ocasionado por la comisión u omisión de un delito, esto trae como consecuencia varios indicadores propios del modelo democrático de política criminal, tales como la participación activa de las partes en la solución de un conflicto que ha sido criminalizado por el Estado, principalmente con el protagonismo que tiene la víctima, el reconocimiento y legitimidad al orden jurídico establecido, por parte de la víctima y el

⁴⁵ Vásquez Smerilli, Gabriela. **La reparación...** Pág. 1.

infractor de la ley, el logro de respuestas no violentas a los ilícitos penales menos graves, la racionalización de la violencia estatal frente al conflicto.

4.12.1. Técnicas para la reparación

Las técnicas que pueden utilizarse para una reparación efectiva son innumerables, sin embargo se ha demostrado que, además de ser los métodos alternativos herramientas por sí mismas, proponen técnicas, prácticas y funcionales para el logro de una reparación efectiva a la víctima.

4.12.2. Requisitos

1. Son elementos esenciales a tomar en cuenta, los intereses y requerimientos de la víctima.
2. Posibilidades reparadoras del infractor.
3. El acuerdo debe ser realista y viable.
4. Atender la normativa legal.

4.13. La reparación del daño en el derecho penal guatemalteco

La legislación penal guatemalteca, contempla la posibilidad de reparación en diversas oportunidades procesales y con distintos efectos jurídicos, que pueden agruparse en tres categorías.

En la primera categoría, se encuentran los casos en los cuales la reparación suspende la persecución penal, es decir, una vez suscrito el acuerdo de reparación, la acción penal es inhibida, ya sea de forma definitiva (como en el caso de los delitos de acción privada) o de manera provisional (como en la suspensión provisional de la persecución).

En una segunda categoría, se encuentran los casos en los cuales la reparación no suspende el proceso penal, sino que tiene como efecto extinguir la pena. Este es el caso de los delitos que admiten el perdón del ofendido según el artículo 106 del Código Penal, como en los delitos de calumnia, injuria y difamación contra particulares según el artículo 172 del Código Penal.

En una tercera categoría, se incluyen aquellos casos en los que la reparación no inhibe la persecución penal, ni substituye la pena sino la atenúa, ya sea dentro del marco de la determinación de la pena, como sucede con las circunstancias atenuantes de arrepentimiento eficaz y reparación de perjuicio según el artículo 26 numeral 4 y 5 del Código Penal o rebajado el límite máximo de la pena como sucede con la libertad condicional según el artículo 80 del citado Código.

De esta forma, puede concluirse que la reparación se ha incorporado al sistema penal guatemalteco de una forma gradual pero es necesario concederle un papel independiente y significativo en la estructura de las reacciones a los delitos. De esta forma, la idea político criminal de la reparación se propone como un grado intermedio en la sistemática de consecuencias jurídicas, cuya finalidad es el establecimiento de la paz jurídica mediante la asunción voluntaria de responsabilidad.

Lo que significa que la reparación desde una perspectiva de género debe atender a la desigualdad existente entre mujeres y hombres que coloca en desventaja a las primeras. En este sentido Andrea Diez investigadora del Instituto Nacional de Estudios Comparados de Argentina, afirma se “debe informar adecuadamente de todas las opciones de reparación posibles tomando en cuenta la magnitud del daño producido”⁴⁶. La reparación económica no debe ser excluida pero tampoco es la única.

Hay que considerar que los casos de violencia sexual, por el tipo de daño que provoca requieren de medidas específicas a diferencia de otros delitos criminalizados que no se limitan a las económicas. Así mismo, indica Se debe tomar en especial

⁴⁶ Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales de Guatemala. **Memoria de Labores**. Pág. 25

consideración que debe ser la víctima del delito sexual libre de coerción, quien decida la reparación y no sus familiares.

La justicia reparadora, surge como respuesta a la crisis en la que el sistema penal tradicional entro en la década de los setenta. Esto es la crisis de uso de las penas de prisión como única salida procesal ante un crimen y del desplazamiento de la persona víctima en el proceso. La crisis del sistema demostró que las medidas de internamiento en la prisión no han logrado la resocialización de la persona detenida y por ende no han conseguido evitar que la conducta vuelva a cometerse.

La discusión global sobre el tema, profundizada en la década de los noventa ha desarrollado lo que hoy se conoce como la construcción de un modelo alternativo la justicia reparadora o restaurativa. El cambio del paradigma a más grave el delito más tiempo de cárcel, hacia el de a mas grave el delito, más grande la oportunidad para la gracia que inspire la transformación de la resistencia a la tiranía hacia la compasión esta operando lentamente gracias a la globalización y a la apertura a la sabiduría oriental e indígena.

Cuando hablamos de justicia reparadora, debemos preguntarnos que es lo que se repara según Jonh Braithwaite, luego de un análisis de las diversas experiencias mundiales, lo que restaura es a la víctimas a las personas victimarias y a las comunidades afectadas por el delito cometido. Desde este principio general, los delitos que pueden ser atendidos no tienen limitante. En otras palabras, la reparación implica la restauración de la armonía en la comunidad conflictuada y reintegrar a la vida social tanto a la persona víctima como a la persona victimaria⁴⁷.

⁴⁷ Zúñiga Diéguez, Guillermina. **Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales**. Pág.72

CONCLUSIONES

1. La Constitución Política de la República, concibe el Estado como un medio y no como un fin, garantiza los derechos de las personas, lo que significa que la totalidad de la configuración del Estado, de la actividad de la administración ha de configurarse y aplicarse desde este sentido. Con ello al Estado le esta asignada en relación a la persona, no una misión de dominio sino de servicio; también toda la autoridad del Estado sobre la persona ha de estar por ello fundamentada y justificada en el servicio a la persona.
2. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos constituyen una justicia reparadora, no sustituye el modelo penal guatemalteco, pero otorga un medio para que las partes en un conflicto penal puedan abordar los conflictos desde este modelo, creando alternativas de reparación penal, donde juezas, jueces y fiscales, proporcionen métodos que brinden mejores espacios de solución al conflicto, que no involucren la pena, tales como la conciliación que persigue la reparación del daño causado y la satisfacción de los intereses de las partes frente al castigo.
3. Los métodos alternativos de resolución de conflictos son la mediación, conciliación y la negociación, son métodos que buscan la resolución de conflictos en forma pacífica y buscan la reparación efectiva del daño causado a la víctima.
4. Mecanismos de salida al procedimiento común y métodos alternativos son distintos, pues los métodos alternativos, son los pasos previos a aplicar los mecanismos de salida al procedimiento común.

RECOMENDACIONES

1. El Estado, debe aplicar los métodos alternativos de resolución de conflictos, para cumplir con el fin supremo que es el bien común y hacer valer garantías y derechos de las personas del país.
2. El Estado debe sensibilizar a los funcionarios de justicia en cuanto a resolver los conflictos a través de la conciliación, tomado en cuenta aquellos casos en los que es procedente conciliar para que con ello se repare el daño causado a la víctima.
3. El sistema de justicia debe llevar al procedimiento común, solo aquellos delitos más graves y de gran impacto, y para los delitos conocidos como de bagatela pueden resolverse a través de los métodos alternativos de resolución de conflictos o a través de los mecanismos de salida, al procedimiento común, los que implicarán no solo beneficio a la víctima, sino también al sistema de justicia, pues permitirán el descongestionamiento de todo el sistema de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. **Metodología de la investigación criminal y derechos humanos**. 5ª. ed.; Guatemala: Ed. Porrúa, 2000.
- BARRIENDO PELLICER, César. **Derecho procesal guatemalteco**. 2ª. Ed.; Guatemala: Ed. Magna, 1996.
- BINDER BARIZZA, Alberto Martín. **Política criminal, derecho penal y sociedad democrática**. 3ª. ed.; Guatemala: Ed. Unidos, 2005.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopedia de derecho usual**. 24ª. ed.; Argentina: Ed. Heliasta, 1996.
- GONZÁLES COUHAPÉ, Zaux Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Fundación Mirna Mack, 2003.
- Instituto de Estudios Comparados en Ciencia Penales de Guatemala “**Técnicas de conciliación penal y reparación**”. Revista Marzo. 2006.
- Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. **Memoria de Labores**. 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Unidos, Guatemala, 2004.
- LARRAURI PIJOAN, Elena. **Crítica a la reparación, penas alternativas a la prisión**. 4ª. ed.; Barcelona: Ed. Pirámide, 1997.
- LUZON PEÑA, Diego Miguel. **Curso de derecho penal, parte general**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Anbex, 2000.
- MAIER, Julio BJ. **La víctima y el sistema penal**. Buenos Aires: Ed. Gaucha, 1992.
- MONZÓN GARCÍA, Samuel Alfredo. **Introducción al proceso de la investigación científica**. 3ª. ed.; Guatemala: Ed. Oscar de León Palacios, 2003.
- OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta., 1981.
- ORMACHEA CHOQUE, Iván. **Manual de Conciliación**. Guatemala: Ed. Petit, 1999.
- PÉREZ AGUJERA, Héctor Hugo. **Manual del fiscal**. Ministerio Público de la República de Guatemala, 1996.

RODRIGUEZ, Alejandro. **Mecanismo de salida al procedimiento común.** 3ª. ed.; Guatemala: Ed. Unidos, 2005.

ROSSNER DIETE JIMÉNEZ, Salinas Esther. **Equipo de mediación del departamento de justicia.** 3ª. ed.; España: Ed. Contreras, 1999.

ROXIN, Claus. **La reparación en el sistema de los fines de la pena.** 2ª. ed.; Buenos Aires: Ed. Gaucha, 1992.

VÁSQUEZ SMERILLI, Gabriela. **La reparación del daño producido por un delito.** 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Unidos, 2005.

ZÚÑIGA DIÉGUEZ, Guillermina. **Técnicas de investigación en ciencias sociales.** Guatemala: Ed. Oscar de León Palacios, 1986.

LEGISLACIÓN

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

Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1986.

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

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

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala. 1994.

