

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



**ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO
DE LA FUNCIÓN MEDIADORA EN LA JUSTICIA
PENAL GUATEMALTECA**

MIRIAM NOEMY GUERRA LEMUS

GUATEMALA, MAYO DE 2009

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

**ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA FUNCIÓN MEDIADORA
EN LA JUSTICIA PENAL GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MIRIAM NOEMY GUERRA LEMUS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2009



**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 Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Luis Artemio Tánchez Mérida
Secretario:	Lic. Byron De la Cruz López
Vocal:	Lic. Jorge Santos Sarmientos

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Jaime Hernández
Secretario:	Lic. Menfil Fuentes
Vocal:	Lic. Luis Alfredo Reyes

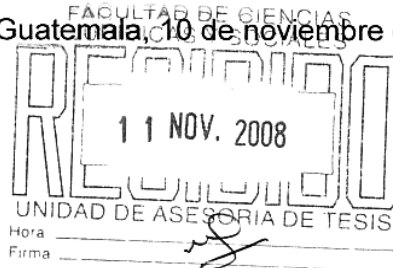
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LIC. EDGAR ALLAN TAYLOR SANTOS
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 5622



Guatemala, 10 de noviembre de 2008

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Distinguido licenciado Castro Monroy:

En atención a providencia de esa dirección, se me nombra Asesor de Tesis de la bachiller: Miriam Noemy Guerra Lemus, quien se identifica con el carné estudiantil 198414917, quien elaboró el trabajo de tesis intitulado **“ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS ALTERNATIVAS A LA FUNCIÓN MEDIADOR EN LA JUSTICIA PENAL GUATEMALTECA”**. Habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

Al recibir el nombramiento, se establece comunicación con la bachiller Miriam Noemy Guerra Lemus, con quien procedí a efectuar la revisión de los planes de investigación y de tesis, los que se encontraban congruentes con el tema a investigar, y en consenso con la ponente del tema, se decidió sobre la manera de elaborarlo, y a la vez le indique modificar el título del tema de tesis en lo cual no hubo inconveniente alguno ya que el tema propuesto era **“ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS ALTERNATIVAS A LA FUNCIÓN MEDIADORA EN LA JUSTICIA PENAL GUATEMALTECA”**. Dicho tema se propone con el título de **“ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA FUNCIÓN MEDIADORA EN LA JUSTICIA PENAL GUATEMALTECA”**.

Durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis, la bachiller Miriam Noemy Guerra Lemus, tuvo el empeño y atención cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis, el cual tiene un amplio contenido científico, utilizando la ponente un lenguaje altamente técnico acorde al tema desarrollado; donde la ponente denota el uso en forma precisa del contenido científico sobre la metodología; dado que aplica el método deductivo en la parte doctrinaria, asimismo, se advierte el adecuado empleo del método inductivo al abstraer el tema de la investigación, que finaliza con una riguroso análisis y síntesis sobre las alternativas a la mediación. También, en la nutrida y actualizada bibliografía la bachiller Guerra

LIC. EDGAR ALLAN TAYLOR SANTOS
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 5622



Lemus, muestra el uso de las técnicas de investigación utilizadas, lo que se ve reflejado en las conclusiones y recomendaciones que se mencionan en el trabajo las cuales son congruentes con el tema.

Se estima favorable y se considera de parte de su servidor que el tema es de mucha importancia puesto que trata de las alternativas a la función mediadora en la justicia penal de Guatemala.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con cada uno de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, para ser discutido en el Examen Público, previo DICTAMEN del señor Revisor.

Atentamente,

Lic. Edgar Allan Taylor Santos
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Colegiado 5622

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, doce de noviembre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) CARLOS RAMIRO LEMUS RECINOS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **MIRIAM NOEMY GUERRA LEMUS**, Intitulado: "ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA FUNCIÓN MEDIADORA EN LA JUSTICIA PENAL GUATEMALTECA".

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, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

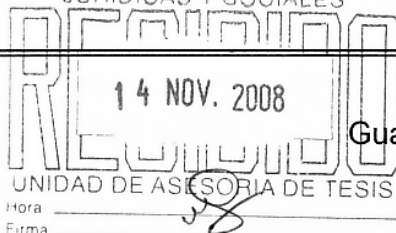

LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm

Licenciado Carlos Ramiro Lemus Recinos
Abogado y Notario

Colegiado No. 2,051

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES



Guatemala, 13 de noviembre de 2008



Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Distinguido Licenciado Carlos Castro:

De conformidad con el nombramiento emitido por dicha dirección, de fecha doce de noviembre de año dos mil ocho, procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller: Miriam Noemy Guerra Lemus, intitulada: **“ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA FUNCIÓN MEDIADORA EN LA JUSTICIA PENAL GUATEMALTECA”**.

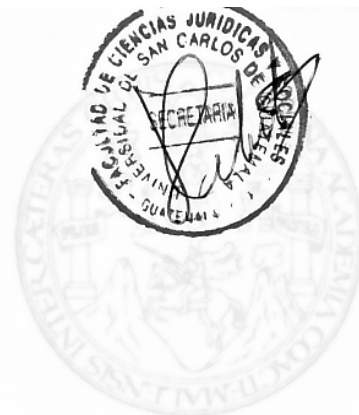
He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias; para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico - social de actualidad, la recolección de información realizada por la bachiller Miriam Guerra; fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En tal

Licenciado Carlos Ramiro Lemus Recinos
Abogado y Notario
Colegiado No. 2,051



sentido, el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación he estado apegado a las pretensiones de la autora, en virtud cumpliendo con los requisitos establecidos de forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis; de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a la investigación realizada por la bachiller Mirian Noemy Guerra Lemus, la cual cumple con la metodología y técnicas de investigación, así con una redacción adecuada, siendo las conclusiones, recomendaciones y bibliografía acordes al tema relativo a la importancia de la utilización de extranjerismos al redactar la ley.

Me suscribo con muestras de alta estima y consideración.

A large, stylized handwritten signature in black ink, which appears to be 'C. Ramiro Lemus Recinos'.

Lic. Carlos Ramiro Lemus Recinos
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado No. 2,051

CARLOS RAMIRO LEMUS RECINOS
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MIRIAM NOEMY GUERRA LEMUS, Titulado ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA FUNCIÓN MEDIADORA EN LA JUSTICIA PENAL GUATEMALTECA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



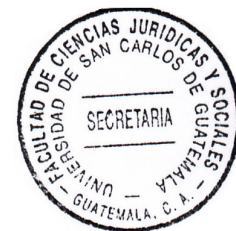


DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser la fuente de mi quimera, que cada día me dio aliento para concluir mi carrera.
- A MI PADRE:** JUAN GUERRA LEMUS (Q.E.P.D.), que el producto de mi esfuerzo sea de su complacencia en su morada celestial.
- A MI MADRE:** LIDIA ELIZABETH LEMUS MAGAÑA, por ser una mujer especial, visionaria y transformadora de nuestras vidas. Disfruta los éxitos profesionales de tus hijos; pues somos la extensión de lo que un día soñaste.
- A MI ESPOSO:** GILBERTO ANÍBAL MORALES RODRÍGUEZ, por su amor y el apoyo incondicional a lo largo de mi carrera profesional.
- A MIS HIJOS:** NANCY BETZABÉ, GILBERTO ANÍBAL y MIRIAM YAZMIN. Amados hijos no cesen de soñar porque no hay montaña que no haya sido vencida por el espíritu humano, atesoren sus experiencias y disfruten sus logros.
- A MIS HERMANOS:** DAVID, ELDER OBED, GLEN AMPARO, LORENA, HEYDI XIOMARA y DANIEL EDUARDO (Q.E.P.D.) de quienes siempre he sentido su amor, respeto y complacencia. En especial ELDER OBED, por siempre pensar y creer en mí; además de darme ánimo en todo momento. Te quiero.
- A MIS SOBRINOS:** DAVID ESAÚ, KORA ELIZABETH, JUAN LUIS, LAURA LUCÍA, CLAUDIA ESTEPHANIE, CRISTINA ELYZABETH, JOSE MARIANO, KATHERINE LORENA, NATHALIE SOFÍA, KRISTHAL JANICE, ANDREA MARIEL y JAVIER IVÁN. Con cariño fraternal.
- A MIS SUEGROS:** GILBERTO MORALES CORDÓN (Q.E.P.D.) y RUTH ESTER RODRÍGUEZ SAGASTUME, con mucho aprecio.
- A MIS CUÑADOS (AS):** Con cariño.



- A MIS PARIENTES:** En especial a mi abuelita PRUDENCIA MAGAÑA CALDERÓN, por ser una mujer digna y ejemplar; a mis tíos y primos, con especial afecto.
- A MIS CATEDRÁTICOS:** GUSTAVO MOLINA, DAVID OVIDIO PARRA VELA, RONALD MANUEL COLINDRES ROCA, ELBA AVILÉZ DE PAÍZ, OMAR BARRIOS, LUIS CÉSAR LÓPEZ PERMOUTH y RAFAEL GODÍNEZ BOLAÑOS; por compartir sus conocimientos y ser un ejemplo a seguir.
- A MIS COMPAÑEROS:** En especial a JUNY TORRES, JAQUELINE DE PAZ, ESPERANZA ALVARADO, ADELA VALLE y HÉCTOR PEDROZA, HILDA ORTÍZ, GLORIA FUENTES, ILEANA GÓNGORA y GLENDA MUX; con cariño.
- A MIS AMIGAS:** CAROLINA RUANO de ESCOBAR, MAGDA MARROQUIN Vda. de GORDILLO, CLAUDIA SANTIAGO y PATRICIA ARRAZOLA DE MORALES, con especial cariño.
- A MI ASESOR Y REVISOR DE TESIS:** Lic. EDGAR ALLAN TAYLOR SANTOS y al Lic. CARLOS RAMIRO LEMUS RECINOS respectivamente, por su dedicada asistencia técnica en la elaboración de mi trabajo de tesis.
- A:** Lic. Fredy Orellana, por su cuidadosa corrección y depuración del estilo de esta tesis.
- A MIS PADRINOS DE GRADUACIÓN:** Lic. GILBERTO ANÍBAL MORALES RODRÍGUEZ.
Lic. ELDER OBED GUERRA LEMUS.
Licda. GLEN AMPARO GUERRA LEMUS.
C.P.A. ROSA LORENA ESQUIVEL LEMUS.
Licda. HEYDI XIOMARA ESQUIVEL LEMUS.
- A:** La TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA y especialmente a la FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, por permitirme enriquecer mi vida con conocimientos científicos, jurídicos y sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1 Derecho penal	1
1.1 Concepto	1
1.2 Definición de derecho penal	7
1.3 Naturaleza jurídica del derecho penal	9
1.4 Partes del derecho penal	11
1.4.1 Parte general del derecho penal	11
1.4.2 Parte especial del derecho penal	12
1.5 Ramas del derecho penal	12
1.5.1 Derecho penal material o sustantivo	12
1.5.2 Derecho penal procesal o adjetivo	13
1.6 Fines del derecho penal	14
1.7 Características del derecho penal	15
1.8 El derecho penal como ciencia social y cultural	16
1.9 El derecho penal contemporáneo	20

CAPÍTULO II

2 De los delitos y las penas	27
2.1 Definición	27
2.2 Análisis doctrinario	37
2.3 La antijuricidad del delito	39
2.4 Tipicidad del delito	40
2.5 Imputabilidad del delito	42



Pág.

CAPÍTULO III

3 De las alternativas a la acción penal	47
3.1 Antecedentes	47
3.2 La acción penal	55
3.3 Alternativas a la acción penal	56

CAPÍTULO IV

4 La función mediadora en la justicia penal	69
4.1 Principio de oportunidad	69
4.2 La función mediadora en la justicia penal	74
CONCLUSIONES	87
RECOMENDACIONES	89
BIBLIOGRAFÍA	91



INTRODUCCIÓN

El propósito de la investigación es realizar un estudio de los sistemas tradicionales de organización de justicia penal, los cuales han mirado con recelo los métodos de resolución negociada de conflictos, mientras que en el campo del derecho privado e, incluso, en el derecho público, éstos se han potenciado en la actualidad, por la evidente incapacidad de la administración de justicia para responder a la crisis del sistema penal. Ante esa crisis, la función mediadora de la justicia penal, genera respuesta alternativa a la acción penal, para lo cual se ha recurrido a planteamientos como la desjudicialización de los procesos que no son de alto impacto social y que, únicamente bloquean la posibilidad de que exista una justicia pronta y cumplida. Por lo que se considera de gran utilidad analizar estas propuestas y compararlas con las tradicionales para ver sus aportes y así lograr que en Guatemala haya una verdadera justicia penal pronta y cumplida, que tenga como eje de su actuar el interés de la víctima y la subsanación del daño que se le ha ocasionado con el ilícito del cual fue objeto.

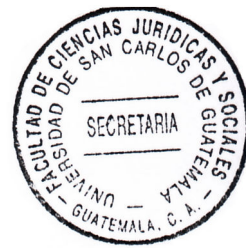
La llamada justicia reparadora como alternativa a la resolución del conflicto surge, no de un deseo de aumentar las garantías jurídico-penales del infractor o las finalidades de la prevención sino, antes bien, de un mayor interés por la figura de la víctima.

Para la realización de este trabajo de tesis, se usó la técnica de fichas bibliográficas; los métodos inductivo, deductivo, analítico y sintético; que permitieron comprobar la hipótesis, determinar los supuestos establecidos y alcanzar los objetivos.



Se estructuró la tesis en cuatro capítulos: En el primero, se desarrolla lo relacionado al derecho penal, sus antecedentes, su evolución y tendencia; en el segundo, se aborda el tema de los delitos y las penas, determinando la importancia del *ius punendi* del Estado, así como la configuración formal y objetiva de los delitos, las penas y las medidas de seguridad en el Código Penal guatemalteco vigente; en el tercero, se analizan las distintas propuestas teóricas de las alternativas a la acción penal, para conocer sus fundamentos jurídicos y de esta manera explicar la importancia de las alternativas a la acción penal; por último, en el cuarto capítulo, se expone la función mediadora de la justicia penal en Guatemala, así como la forma en que se encuentra regulado el principio de oportunidad y las distintas opciones que el Código Procesal Penal legitima. Luego del desarrollo de la tesis se presentan las conclusiones y recomendaciones.

En este trabajo de tesis se hace un análisis comparativo entre las respuestas tradicionales y las alternativas de la función mediadora en la justicia penal, para determinar sus similitudes y diferencias; que permitirá distinguir su significado y aporte para la resolución de conflictos y el desfogue de casos dentro del sistema procesal penal de Guatemala; lo cual permitirá establecer la importancia de la reparación ante un conflicto de trascendencia penal, sin que deba venir inevitablemente de la mano de la imposición de una pena, pues a ésta y a la medida de seguridad hay que añadir una tercera respuesta de naturaleza penal: la reparación extrajudicial.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

1.1. Concepto

El delito responde a un tipo descrito en el Código Penal, cuerpo legal que, en la mayoría de los países, contiene la esencia y el grueso de las leyes penales. La antijuridicidad no se da ante supuestos de una causa de justificación: legítima defensa o estado de necesidad.

Los actos delictivos han de ser voluntarios y fruto de negligencia o del propósito de conseguir el resultado contemplado por la ley. Las penas, que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva (de compensación del mal causado) y de prevención (intimidación para posibles delincuentes futuros). Preventivas son también las medidas de seguridad: reclusión de locos o dementes, confinamiento, confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores y otras.

“No hay pena sin delito y no hay delito sin una actividad consciente llevada a cabo por la persona del delincuente. La pena o sanción es, pues, la consecuencia obligada del delito y de ahí la importancia de ese elemento, que ha llegado a adjetivar la rama del



derecho en la que es objeto de estudio”¹.

Como toda ciencia, el Derecho Penal tiene un objeto de estudio, en este caso es orientado hacia un tema específico, puesto que el derecho penal conoce y estudia al delincuente, el delito y la pena, pero no lo hace desde la perspectiva sociológica del ser, sino desde el enfoque jurídico del deber ser. El derecho penal es, pues, valorativo y no meramente enunciativo o descriptivo.

“El derecho penal se divide por lo común, tanto en la exposición doctrinal como en su expresión positiva, en dos partes:

1. La general, que examina el delito y la pena desde el punto de vista de los principios.
2. La especial, que describe los diversos delitos y faltas catalogados por el legislador. ”²

Lo importante de la parte general es que ella, además de los conceptos sobre delitos y faltas, se definen los responsables (actores, cómplices y encubridores), los grados de ejecución (proposición, conspiración tentativa, frustración, consumación); las circunstancias eximentes, atenuantes, agravantes o mixtas; las clases, duración contenido y naturaleza de las penas y aplicación de las mismas según los diversos

¹ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 97.

² De Mata Vela, José Francisco. **El delito eje fundamental del derecho penal**. Pág. 95.

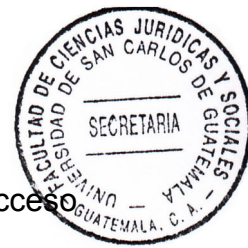


supuestos, la extinción de la responsabilidad penal y lo relativo a la de índole civil, en la parte especial, por títulos y capítulos, se agrupan las familias de delitos y luego en artículos e incisos, se determinan las figuras delictivas y las penas en cada caso. Las faltas suelen ser objeto de regulación más concisa y con mayor arbitrio para los tribunales.

En un principio, la reparación de las lesiones jurídicas experimentadas se entregaba a la iniciativa y a la reacción de las víctimas o los allegados supérstites. Cuando la cautela evasiva en el temeroso o prudente no evitaba la agresión, el que la sufría replicaba en la medida de sus medios y de su vehemencia. De perecer, eran los suyos, la familia o la tribu, los que asumían la venganza, casi siempre con superación desbordada y semillero de reacciones en cadena, que resulta fácil conectar con la “vendetta” arraigada en pueblos latinos.

A partir de esas conductas, se ha planteado que se estaba en la etapa de la venganza de la sangre, que conducirá a las atenuaciones de la composición que reducía la pena al resarcimiento económico de los que habían padecido la ofensa o el delito. Solamente la afirmación de Estados rudimentarios arrebatando poco a poco a los particulares la tutela represiva, encuadrada en el cauce lógico, aunque restrictivo en definitiva, del talión.

“Las figuras delictivas de creación primaria y que perduran, son aquellas que significan mayor alarma en lo patrimonial y mayor lesión en lo personal el robo y el homicidio con las variantes y agravaciones que se añadirían después del asesinato y el parricidio y la



aminoración del hurto. Los delitos de índole sexual, la violación, en tanto que acceso violento y el adulterio, el ilegítimo, no tardarán en asomar en el repertorio represivo. Por el contrario, se requiere la consolidación de las instrucciones estatales para que aparezcan las figuras que hoy se encuadran en las infracciones de índole política y administrativa: los atentados contra la seguridad exterior e interior del Estado y los delitos de los funcionarios públicos al abusar de sus cometidos peculiares.”³

Cuando las garantías individuales se reconocen en el siglo XIX, con la afirmación del constitucionalismo en todos los países, se tipifican fórmulas generales o concretas contra sus violaciones desde arriba hacia abajo. Los delitos de carácter económico privado o público se comienzan a encuadrar igualmente en época de madurez estatal y de ahí la represión específica de las quiebras y concursos fraudulentos, de todo género de malversaciones y de las estafas.

Debido a que las conductas de la prevaricación y el cohecho atentaban contra la institucionalidad de la justicia, fueron de las primeras que se catalogaron como delito; de igual manera se inscribieron en los códigos punitivos el perjurio y el falso testimonio aunque en la materia campea la mayor de las impunidades. Cada época va a tener sus figuras.

Disposiciones bizantinas plantean si hay delincuentes por existir delitos o si aquéllos provienen de las triplicaciones legislativas. No cabe duda de que la acción de los malhechores es la que ha abierto los ojos del legislador para encuadrar esas acciones u

³ **Ibid.** Pág. 106.



omisiones, que movilizan el repudio social, en determinaciones específicas, con la consecuencia de la pena en cada caso.

“En la actualidad, ante la formulación previa de las figuras penales, para poder enjuiciar y condenar, aparece indudable que la figura delictiva precede a la comisión o infracción. En el repertorio punitivo, la privación de la vida o de la libertad han sido las sanciones predominantes, para establecer luego las restricciones de esta última e instaurar después las económicas, con la multa, que representa el lucro estatal por enajeno delito.”⁴

Se tiene en cuenta que el Estado, en la actualidad, es el único investido de la facultad de juzgar e imponer una pena por el ilícito cometido. Como defensa de la sociedad éste determina las conductas que se pueden considerar delincuenciales mediante la regulación legal.

El *jus puniendi*: “Es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano (fundamento filosófico del derecho penal), es el derecho de determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes y a las medidas de seguridad en su caso. Si bien es cierto la potestad penal no es un simple derecho, sino un atributo de la soberanía estatal ya que es el Estado con exclusividad, a quien corresponde esta tarea, ninguna persona (individual o colectiva), puede arrogarse dicha actividad que viene a ser un monopolio de los Estados”⁵.

⁴ Ferrajoli, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** Pág. 23.

⁵ De León, Dubina. **El derecho penal como rehabilitador.** Pág. 23.



Puede distinguirse entre derecho penal objetivo y subjetivo. Derecho penal subjetivo es la facultad que tiene el Estado de definir los delitos y de determinar, imponer y hacer ejecutar las penas impuestas. Es, así, el *jus puniendi* o derecho a castigar, que hoy sólo el Estado ejerce y en algún caso la comunidad internacional, como la Corte Penal Internacional.

“El derecho penal objetivo o *Jus Poenale* se puede definir como: “normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado; y subjetivamente, en cuanto al *jus puniendi* o derecho de castigar, como la facultad estatal de establecer el concepto del delito como presupuesto de dicho poder, así como la responsabilidad del sujeto activo y de asociar a la infracción de la norma una pena o una medida de seguridad.”⁶

A partir de lo señalado es que se considera que el derecho objetivo es la facultad sancionadora del Estado, la cual se materializa en una ley penal donde se describen las conductas que la sociedad dada considera delitos; mientras que el derecho subjetivo es el derecho de castigar o sancionar la conducta antijurídica del sujeto activo.

Ésta es la parte del derecho penal que regula todas las conductas consideradas ilícitas, así como las respectivas penas impuestas para poder limitar aquellas acciones que se encuadran dentro de los criterios típicos, antijurídicos y culpables.

“Derecho penal, en sentido objetivo, es el conjunto de reglas establecidas por el Estado

⁶ Ferrajoli. **Ob. Cit.** Pág. 69.



que regulan las penas correspondientes a cada delito, pero que también definen el delito, su participación, sus circunstancias y la persona del delinciente.”⁷

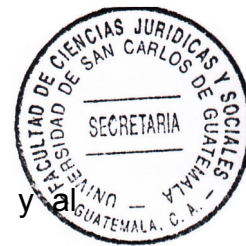
El delito es, entonces, desde el punto de vista objetivo, el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva que contiene el Código Penal, en el Artículo 1°. (*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*) y que se complementa con el Artículo 7° del mismo cuerpo legal (Exclusión de analogía).

En sí, se puede definir el derecho penal sustantivo o material (como también se le llama), como parte del derecho compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes cometen delitos o faltas.

1.2. Definición de derecho penal

El derecho penal, es la ciencia que determina el contenido de las facultades que corresponden al Estado como sujeto de la actividad punitiva; también se le puede considerar como el conjunto de aquellas condiciones que el derecho, que ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta a él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos a donde la violación llegó.

⁷ De León Velasco, Héctor Aníbal. **Resúmenes de derecho penal**. Pág. 323.



El derecho penal es la ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y al delincuente como sujeto activo y, por lo tanto, las relaciones que deriven del delito como violación del orden jurídico y de la pena como reintegración de ese orden. En consecuencia el derecho penal comprende la norma que se ha regulado para que no sea violada, de lo contrario el juzgador debe restablecerlas mediante la imposición de la pena, este derecho se caracteriza por el estudio del delincuente y de la pena.

También puede definirse al derecho penal como el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad, que el mismo establece.

“El derecho penal material o sustantivo se refiere a la sustancia misma que conforma el objeto de estudio de la ciencia del derecho penal, como es el delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad; y que legalmente se manifiestan, contemplados en el Decreto Número 17-73 del Congreso de la República (Código Penal) y otras leyes penales de tipo especial”⁸.

Este derecho comprende la normativa referente al delito, las penas impuestas por la comisión del mismo, como derecho sustantivo el derecho penal estudia la norma jurídica, el delito, al delincuente y las sanciones que se determinan en el Código Penal. En tal virtud este derecho se determina por la imposición de la pena por el ilícito cometido para prevenir los actos reñidos con la ley penal.

⁸ De Mata. **Ob. Cit.** Pág. 5.



El derecho penal también puede ser denominado derecho Criminal. Utilizando definición primaria es preferible, pues se refiere más exactamente a la potestad de penar; mientras que el derecho al crimen no es reconocible, aunque el adjetivo expresa en verdad derecho sobre el crimen, como infracción o conducta punible. Comprende los principios doctrinales y las normas positivas referentes al delito, al delincuente y a la pena.

El derecho penal o derecho criminal, como se la denominado, se refiere a la facultad de imponer una penal por el ilícito cometido, comprende además el estudio de las normas positivas, del delincuente y la conducta punible.

“Se entiende por derecho penal la rama del derecho que estudia el fenómeno criminal: el delito, el delincuente y la pena. Por lo mismo, podría denominarse, quizá con mayor propiedad, derecho delictual o derecho criminal. No obstante, el apelativo citado ha adquirido raigambre y no tiene interés su modificación. El derecho penal estudia el delito, al delincuente y la pena, se la ha denominado también derecho delictual o criminal, aunque en la actualidad prevale como derecho penal.”⁹

1.3. Naturaleza jurídica del derecho penal

Cuando se inquiera sobre la naturaleza jurídica del derecho penal, se trata de averiguar el lugar donde éste nace y la ubicación que tiene dentro de las distintas disciplinas jurídicas y así cabe analizar, si pertenece al derecho privado, al derecho público o si

⁹ Hurtado Aguilar, Herman. **Derecho penal compendiado**. Pág. 23.



pertenece al derecho social, que son los tres escaños en que se le ha tratado de ubicar.

El hecho que algunas normas de tipo penal o procesal penal, puedan dar cierta intervención a los particulares en la sustanciación del proceso o en la iniciación del mismo, por la clase de delito que se trate (instancia de parte interesada por ser delito privado, el perdón del ofendido y el sobreseimiento del proceso en ciertos delitos privados, etc.) no es ninguna jurisdicción válida para pretender situar al Derecho Penal dentro del derecho privado (derecho civil y el derecho mercantil).

La venganza privada, como forma de reprimir el delito, dejando a los particulares hacer propia justicia, ha sido formalmente desterrada del derecho penal moderno y si bien es cierto que aún pueden darse algunos casos en el medio guatemalteco, como ocurre con los linchamientos, esto no sólo es ilegal sino absurdo en una sociedad civilizada y jurídicamente organizada, donde solamente al Estado corresponde determinar los delitos y establecer las penas o medidas de seguridad.

El derecho penal es una rama del derecho público Interno que tiende a proteger intereses individuales y colectivos (públicos o sociales); la tarea de operar o imponer una medida de seguridad es una función típicamente pública que sólo corresponde al Estado como expresión de su poder interno, producto de su soberanía, además de que la comisión de cualquier delito genera una relación directa entre el infractor y el Estado que es el único titular del poder punitivo, en tal sentido, se considera que el derecho penal sigue siendo de naturaleza jurídica pública.



1.4. Partes del derecho penal

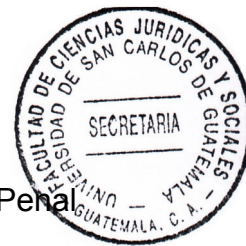
El derecho penal o la ciencia del derecho penal, para el estudio de su contenido (el delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad), tradicionalmente se ha dividido en dos partes, que coinciden también con la división de la mayor parte de códigos penales del mundo: parte general del derecho penal y parte especial del derecho penal.

La parte general del derecho penal comprende una normativa que se aplica todos los delitos cometidos, es generalmente la aplicación que hace el juzgador para aplicar el debido proceso, mientras que la parte especial se refiere a la normativa del delito y la aplicación de la pena.

Se entiende como parte general a la aplicación de los principios básicos en la comisión de cualquier tipo de delito o falta, es decir, que comprende las situaciones que se aplican en el juzgamiento del delincuente sea cual sea el delito por el cual se le juzga y la parte especial se refiere a la tipificación del delito y la pena que se impondrá ya determinada en la ley penal.

1.4.1. Parte general del derecho penal

La parte general del derecho penal se ocupa de las situaciones que se puedan dar en el procedimiento penal. “Ésta se ocupa de las distintas instituciones, conceptos, principios, categorías y doctrinas relativas al delito, al delincuente, a las penas y las



medidas de seguridad, tal es el caso del Libro Primero del Código Penal Guatemalteco.”¹⁰

El libro primero del Código Penal describe la aplicación que se hace en los delitos descritos en el mismo, en tal virtud el juzgador hace uso de la misma para que el procedimiento se ajuste a la norma legal en los delitos que conoce.

1.4.2. Parte especial del derecho penal

Esta parte del derecho penal comprende la conducta delincencial del sujeto activo, su normativa encuadrada en el Código Penal y las penas, sanciones o medidas de seguridad a imponer. Se ocupa de los ilícitos penales propiamente dichos (delitos y faltas) de las penas y las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes lo cometen, tal es el caso del Libro Segundo y Tercero del Código Penal de Guatemala.

En consecuencia los delitos deben estar plenamente identificados como figuras tipo y las sanciones deben estar debidamente reguladas en el Código penal.

1.5. Ramas del derecho penal

1.5.1. Derecho penal material o sustantivo

Esta rama del derecho penal se refiere a la sustancia misma, que conforma el objeto

¹⁰ De Mata Vela. **Op. Cit.** Pág. 134.



legal del estudio de la ciencia del derecho penal, como lo es el delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad, que legalmente se encuentran contemplados en el Decreto Número 17-73 del Congreso de la República (Código penal).

1.5.2. Derecho penal procesal o adjetivo

El fin del derecho penal procesal o adjetivo busca la aplicación de las leyes del Derecho Penal a través de un proceso, para llegar a la emisión de una sentencia y consecuentemente a la deducción de la responsabilidad penal imponiendo una pena o medida de seguridad y ordenando su ejecución, se refiere pues, al conjunto de normas y doctrinas que regulan el proceso penal en toda su sustanciación, convirtiéndose en el vehículo que ha de transportar y aplicar el derecho penal sustantivo o material y que legalmente se manifiesta a través del Decreto Número 51-92 del Congreso de la República (Código Procesal Penal).

“El proceso penal es el conjunto de pasos que se deben observar para el esclarecimiento del hecho, aplicando el principio del debido proceso, lleva consigo la aplicación de la pena mediante el análisis de la prueba. En sí el procedimiento penal conlleva una aplicación que regula el Código Procesal Penal, debiendo encuadrarse tal procedimiento a lo indicado en la norma y la aplicación de la pena mediante el análisis por medio de la sana crítica razonada.”¹¹

¹¹ López M. Mario R. **La práctica procesal penal en el procedimiento preparatorio.** Pág. 47.



1.6. Fines del derecho penal

El derecho penal criminal, es el verdadero, auténtico y genuino derecho penal, ha tenido tradicionalmente como fin el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido y su restauración a través de la imposición y la ejecución de la pena, cuando es afectado o menoscabado por la comisión de un delito; en ese orden de ideas corresponde al derecho penal criminal castigar los actos delictivos que lesionan o ponen en peligro intereses individuales, sociales o colectivos, de ahí el carácter sancionador del derecho penal; sin embargo el derecho penal moderno con aplicación de las discutidas medidas de seguridad ha tomado otro carácter, el ser también preventivo y rehabilitador, incluyendo entonces dentro de sus fines últimos la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente para devolverlo a la sociedad como un ente útil a ella.

“El fin principal del derecho penal, no es tanto la imposición de la pena, sino la rehabilitación del delincuente, no se busca penalizar como venganza, sino penalizar para prevenir el delito y que el sujeto activo no vuelva a delinquir. En consecuencia debemos tener al derecho penal como una forma de reformar la conducta del sujeto activo, para que no vuelva a delinquir, no se debe tomar como una pena o como castigo, pues lo realmente busca es prevenir el delito.”¹²

¹² De León Velasco. **Ob. Cit.** Pág. 55.



1.7. Características del derecho penal

Son características del derecho penal la proporcionalidad entre el delito y la pena y el respeto al principio de legalidad, formulado según la tradición procedente del derecho romano mediante la sentencia: "*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*" ("ningún crimen, ninguna pena sin ley previa").¹³

Los delitos pueden calificarse como acciones u omisiones típicas, antijurídicas, culpables y punibles. También las omisiones pueden ser delictivas; por ejemplo en la omisión del deber de socorro.

El delito responde a un tipo descrito en el Código Penal, cuerpo legal que, en la mayoría de los países, contiene la esencia y el grueso de las leyes penales. Los actos delictivos han de ser voluntarios y fruto de negligencia o del propósito de conseguir el resultado contemplado por la ley. Las penas, que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva (de compensación del mal causado) y de prevención (intimidación para posibles delincuentes futuros). Preventivas son también las medidas de seguridad: reclusión de locos o dementes, confinamiento, confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores y otras muchas. Se enraíza el mismo con la finalidad atribuida a la pena al establecer legalmente a través de la aplicación concreta al condenado, en la individualización de la pena.

¹³ Par Usen, José Maynor. **Elementos de derecho penal**. Pág. 12.



“En la materia el clasicismo que se apoyaba en el criterio de la retribución que cierto pietismo mentiroso trató de presentar mas adelante como correccionalismo, no para que se delinca, sino para que el sentenciado no vuelva hacerlo, por la lograda regeneración social, que falta hace de una fantasía piadosa en la generalidad de los delincuentes, más propensos a reincidir tras el cumplimiento de una condena, que ya no los impulse a esa peculiar vindicación.”¹⁴

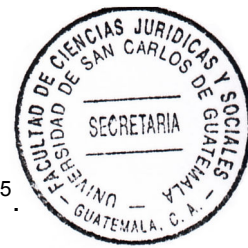
Al irrumpir la escuela positivista, se trata de buscar un panorama diverso en lo penal, que se articula en las medidas de seguridad que tardarían en arraigar, pero que casi todos los ordenamientos legislativos terminan por aceptar. Dadas sus semejanzas con las penas auténticas, crean dualidades represivas de sutil deslinde en ocasiones entre las que se aplican a los delitos y las que sancionan estados que se les parecen o que pueden provocarlos. Código penal, error en el derecho penal unión internacional del derecho penal.

1.8. El derecho penal como ciencia social y cultural

Se toma como ciencia social en el sentido que se busca la protección de la sociedad y como cultural porque busca la rehabilitación del sujeto activo del delito.

“El derecho penal, es una ciencia social, cultural o del espíritu, debido a que no estudia fenómenos naturales enlazados por la causalidad, sino regula conductas en atención a

¹⁴ Puig Peña, Federico. **Derecho penal**. Pág. 45.



un fin considerado como valioso; es pues, una ciencia del deber ser y no del ser”¹⁵.

El derecho penal, como toda rama del derecho, está compuesto por normas (jurídico-penales), que son preceptos que contienen mandatos o prohibiciones encaminadas a regular la conducta humana, es decir, a normar el deber ser de las personas dentro de una sociedad jurídicamente organizada. El fin de la ciencia penal es la rehabilitación del delincuente, ya que estudia la conducta del mismo y su reinserción social.

Es a partir de ello que las normas establecidas en el Código Penal reflejan el poder del Estado para sancionar una conducta antijurídica, pues no solo se regula la conducta del delincuente sino la pena a imponer. En este sentido la ley penal impone una pena ante la actitud del delincuente, como pena por el ilícito cometido. El derecho penal vigente es solamente aquél que el Estado ha promulgado con ese carácter.

La norma vigente es positiva, ya que no se pueden aplicar normas que no estén reguladas en la ley y vigentes a la fecha en que se cometió el delito. En tal sentido el juzgador solo puede hacer uso de la ley cuando está vigente, de lo contrario el acto es nulo ipso jure.

“Porque siendo el Estado único titular en el derecho penal, solamente a él corresponde la facultad de establecer delitos y penas o medidas de seguridad. El derecho penal es indiscutiblemente derecho público interno, puesto que el establecimiento de sus normas

¹⁵ **Ibid.**



y su aplicación, está confiado en forma exclusiva al Estado, investido de poder público

La represión privada sólo puede considerarse como una forma histórica definitivamente superada. Sólo el Estado puede penalizar, está investido para tipificar el delito e imponer la pena, la cual cobra vigencia únicamente dentro del país.”¹⁶

El derecho penal es una rama del derecho público porque el Estado está facultado para imponer penas mediante la tipificación del hecho considerado como delito. Sin embargo, es de aclarar que esa facultad punitiva no es discrecional, puesto que en el actual Estado de derecho, existen límites al actuar estatal, los cuales también se manifiestan en la definición de delitos, la imposición de penas y de las medidas de seguridad. Si se produce un abuso de autoridad en la creación de la figura delictiva, los particulares u otros órganos estatales tienen la potestad de acudir ante el órgano competente, en el caso de Guatemala la Corte de Constitucionalidad, para que declare la ilegalidad del ilícito debido a que contraría normas de carácter constitucional o viola los derechos humanos.

Asimismo, El derecho penal es eminentemente valorativo, puesto que la cualidad de toda norma es particularmente manifestada en las leyes penales, ya que carecerían de todo sentido las amenazas penales si no se entendiera que mediante ellas son protegidos ciertos bienes e interésese jurídicamente apreciados, es decir, que el derecho penal está subordinado a un orden valorativo en cuanto que califica los actos humanos con arreglo a una valoración; valorar la conducta de los hombres.

¹⁶ Luzón Peña, Diego-Manuel. **Curso práctico de derecho penal**. Pág. 34.



La calificación del delito debe estar regulada para que el juzgador pueda hacer uso de ella, de lo contrario la norma no tiene validez sino se plasma en la ley. El valor que se le da a la norma debe estar plenamente calificada como delito y la pena o sanción normada en la ley penal.

Por eso es que deben valorarse los hechos constitutivos de delito para que la norma cobre fuerza, pues su fin es sancionar la conducta del delincuente. “Porque siendo una ciencia teleológica, su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra el crimen. La ley regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas realidades en función de un fin colectivamente perseguido y una valoración de hechos.”¹⁷

Lo que busca la norma es el resguardo de la sociedad, mediante la aplicación de la ley, estudiando la conducta del delincuente para valorar los hechos cometidos. El derecho busca sancionar la conducta del delincuente, pero su fin primordial es prevenir el delito y rehabilitar al sujeto activo del delito.

El derecho penal se ha caracterizado, como su nombre lo indica, por castigar, reprimir, imponer una pena con carácter retributivo a la comisión de un delito y así se hablaba de su naturaleza sancionadora, en el entendido que la pena era la única consecuencia del delito; con la incursión de la Escuela Positiva y sus medidas de seguridad, el derecho penal toma un giro diferente (preventivo y rehabilitador); Sin embargo y a pesar de ello,

¹⁷Fernández Carrasquilla, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**. Pág. 54.



se considera que mientras exista derecho penal, no puede dejar de ser sancionador porque jamás podrá prescindir de la aplicación de la pena, aún cuando existan otras consecuencias del delito.

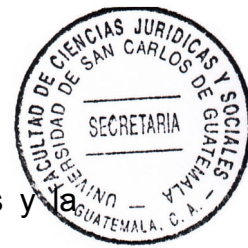
Es a partir de esa visión que el derecho penal se debe desprender de la visión que busca el castigo por el delito cometido, pues también debe buscar la forma de rehabilitar al delincuente, para prevenir el delito y que éste no vuelva a delinquir. Lo que busca la ley es prevenir el delito y rehabilitar al delincuente, este fin es primordial para aminorar la delincuencia.

“Con el apareamiento de las medidas de seguridad, el derecho penal deja de ser eminentemente sancionador y da paso a una nueva característica, la de ser preventivo, rehabilitador, reeducador y reformador del delincuente, es decir, que además de sancionar, debe pretender la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente. Las medidas de seguridad vienen siendo una forma de rehabilitar al delincuente para que no sufra una pena de prisión por largo tiempo sino que se rehabilite mediante medidas impuestas por el juzgador.”¹⁸

1.9. El derecho penal contemporáneo

En la actualidad, el derecho penal se ha convertido en auténtico y verdadero la alusión a que el derecho penal está en crisis, por ello, es frecuente que las exposiciones de

¹⁸ López Díaz, Claudia. **Introducción a la Imputación Objetiva**. Pág. 323.



temas de fundamento o de política criminal comiencen abordando los motivos y la concreta configuración de la referida crisis, sin pretender negar la parte de razón que asiste a tales planteamientos, se acoge aquí la hipótesis de que tomar la crisis como un fenómeno característico únicamente del derecho penal contemporáneo resulta incorrecto o, al menos, inexacto.

“La crisis, en realidad, es algo connatural al derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al derecho penal moderno, surgido de la ilusión y plasmado en los primeros Estados de derecho. En ellos, en efecto, la antinomia entre libertad y seguridad (expresada en el ámbito penal en la tensión entre prevención y garantías. o incluso, si se quiere, entre legalidad y política criminal), empieza a ser resuelta automáticamente en favor de la seguridad, de la prevención; así se detecta ya un principio de crisis, de tensión interna, que permanece en la actualidad. Tal crisis o tensión permanente no constituye, en sí, un fenómeno negativo; al contrario, probablemente es éste el motor de la evolución del derecho penal. Una evolución que muestra rasgos significativamente dialécticos y se plasma en síntesis sucesivas de signos ascendentemente humanitarios y garantes, pese a lo que algunos momentos de antítesis puedan llevar a pensar”¹⁹.

Expresado lo anterior, se hace preciso señalar que la mención de una crisis contemporánea pretende hacer referencia a otros fenómenos superpuestos a aquél (que es, por así decirlo, estructural) y que han condicionado el marco en el que se desarrolla la discusión jurídico-penal de los últimos treinta años, por un lado; y

¹⁹ Roxin, Claus. **Derecho penal alemán, parte general**. Pág. 132.



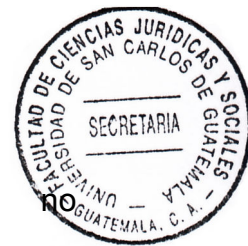
especialmente del último decenio, por otro lado. En efecto, el derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado (derecho penal en sentido subjetivo, fundamentada y regulada por la existencia de un conjunto de normas primarias y secundarias (derecho penal en sentido objetivo). Existe en el mismo una crisis de legitimación: se cuestiona la justificación de los recursos que se destinan por parte del Estado a la maquinaria penal.

“Sin embargo, se halla en crisis la llamada ciencia del derecho penal: es ésta una crisis de identidad, en la que lo cuestionado es el propio modelo a adoptar y su auténtica utilidad social y también una crisis de legitimidad epistemológica, de validez científica. En ambos casos, sin embargo, no se encuentra ante fenómenos nuevo.”²⁰

En realidad, esta nueva crisis del derecho penal comienza en los años sesenta, en el momento en que quiebra, de modo aparentemente definitivo, el esquema tradicional de un derecho penal de la retribución, es, entonces, cuando se rechaza por muchos sectores que el derecho penal se justifique por la realización de la justicia, finalidad metafísica que, al excluir de antemano toda constatación empírica, mantenía la incolumidad del mecanismo punitivo, aislándolo del devenir social.

“Tales corrientes adquieren una plasmación espectacular en el proyecto alternativo (*Alternativ-Entwurf*) de un nuevo Código Penal, presentado en 1966 por un grupo de profesores alemanes en oposición al proyecto gubernamental de 1962. En lo que, hace a la fundamentación de la pena, se contiene en el Preámbulo del Proyecto

²⁰ Cordoba Angulo, Miguel. **El principio de culpabilidad**. Pág. 243.



Alternativo la ya famosa expresión de que el fenómeno punitivo constituye un expediente metafísico (ni simbólico, habría que añadir ahora), sino una amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres.”²¹

El desencadenante de la crisis del derecho penal, viene dado por la necesidad, sentida de modo general, de proceder a una legitimación del derecho penal que resulte inmanente a la sociedad y no trascendente a la misma. Una vez producido este primer factor de ruptura, resulta natural que también se sienta la necesidad de orientar la ciencia del derecho penal a esa misión social del mismo, no construyéndola de espaldas a la misma, en un universo abstracto, histórico e independiente de las realidades socioculturales.

En efecto, pasados los años de los procesos de despenalización, se vuelven a encontrar preferentemente inmersos en procesos de incriminación. Estos procesos muestran la peculiaridad de que a los mismos no cabe oponer un concepto de bien jurídico que, elaborado en los años sesenta y setenta para fundamentar los procesos de despenalización, desde una orientación a la distinción de los objetos de protección de la moral y el derecho, no es adecuado para justificar la exclusión del ámbito jurídico-penal de intereses sobre cuya necesidad de protección jurídica (pero no necesariamente penal) no parecen existir dudas.

Esta tendencia incriminadora, que es muy pluriforme en su interior y, por tanto,

²¹ **Ibid.** Pág. 243



difícilmente reconducible a un juicio unitario, adopta en ocasiones la forma de una legislación claramente simbólica o retórica, sin posibilidades reales de aplicación útil.

Una legislación de ese tipo constituye el distintivo fundamental de nuestro tiempo y a veces conlleva la aparición del denostado derecho excepcional, choca con dos tendencias, asimismo claras: la que aboga por un derecho penal mínimo, resaltando la vertiente que garantiza el derecho penal y la que pone de manifiesto un total escepticismo ante la eficacia preventivo-especial (resocializadora, en concreto) del mecanismo punitivo más característico: la pena privativa de libertad.

Asimismo, este tipo de legislación, choca con una realidad del propio sistema de penas privativas de libertad, espina dorsal del sistema penal: en efecto, las modernas instituciones de la política criminal y el derecho penitenciario -partiendo de aquella idoneidad para la reinserción tienden a favorecer una permanencia mínima en prisión, lo que propicia que los efectos del derecho penal, en muchos casos, en realidad se centren en el poder estigmatizador del sometimiento a un proceso penal y en el hecho simbólico de la imposición de la pena. Esto resulta ser lo único cierto y, por tanto, lo único que puede intimidar.

Sin embargo, hasta qué punto todo ello no es una contradicción flagrante con la referida legislación expansiva es algo que, desde luego, debe examinarse y pone de manifiesto importantes elementos de crisis en el derecho penal actual.



Si se hace balance de lo que muy sucintamente se ha tratado de transmitir en las páginas anteriores, se constata la suposición de tres crisis: la inmanente al derecho penal moderno; la de legitimidad del derecho penal y su dogmática; y el más reciente, que enfrenta una legislación penal expansiva con un sistema penal en retroceso.

Son tres las posturas político-criminales que en la actualidad cabe estimar básicas, es decir, las opciones fundamentales que se ofrecen a la hora de decidir desde que punto de partida analizar el fenómeno jurídico penal. Estas, que resultan de un esfuerzo simplificador y obviamente admitirían algún planteamiento mixto, son la abolicionista; la resocializadora; y la garantista. La primera se opone a toda forma de derecho penal, pretendiendo construir alternativas al sistema punitivo. La segunda y la tercera, en cambio, pretenden, desde perspectivas evidentemente diversas, la consecución de un mejor derecho penal.

Son, pues, posturas reformistas, que sin valorar negativamente la evolución habida en el derecho penal moderno, sí han adoptado o adoptan una postura crítica frente a la realidad del sistema penal, pretendiendo introducir elementos de progreso, en uno u otro sentido, que, no obstante, se mantengan en el seno del propio sistema.

A este respecto, hay que insistir, en efecto, en que un aspecto común a la tendencia resocializadora y la garantística es la aceptación del sistema en principio sobre la base de su eficacia preventivo general, algo que los abolicionistas cuestionan.

De ahí deviene la formulación de nuevos delitos, de nuevas penas y de nuevas



medidas de seguridad, en donde se ha superado la concepción clásica represiva y castiguista, hacia una nueva concepción que se fundamenta en los derechos humanos, en la reparación del daño ocasionado y en la rehabilitación del delincuente. Pues, aun cuando se continúe planteando como eje central del derecho penal la pena, la misma no es concebida como un medio para castigar al delincuente confeso, sino que se busca disuadir la realización de esas conductas que generan grave impacto social.



CAPÍTULO II

2. De los delitos y las penas

2.1. Definición

Desde tiempos remotos, las sociedades han definido que determinadas conductas individuales o sociales no son aceptable, por lo que a partir de la coerción social han buscado limitar esas prácticas, o bien, cuando la presión social no es suficiente, a través de la represión legal para lo cual utiliza al Estado, quien ha sido el llamado a hacer cumplir de manera obligatoria las normas legales creadas por instancias especializadas.

Al imponer las penas a los hechos considerados violatorios al grupo de personas que componen una sociedad o una familia, lo que se pretende es lograr una convivencia armoniosa para vivir en concordia y paz.

La conducta humana que ha tenido como efecto una práctica ofensiva a la persona, a la sociedad y al Estado, ha sido penalizada desde que se observó que la misma perjudicaba los intereses individuales o de grupo; lo que ha llevado desde los Estados primitivos a imponer normas que sean cumplidas, pues su quebrantamiento conlleva sanciones las personas que violaban los preceptos básicos de una sociedad.

“Persia, Israel, Grecia y la Roma primitiva, se consideró primeramente la valoración



objetiva del delito, castigándolo en relación al daño causado, es decir, tomando en cuenta el resultado dañoso producido, juzgando ingenuamente hasta las cosas inanimadas como las piedras, en la edad media todavía se juzgaba a los animales y cuenta el profesor español Luis Jiménez de Asúa, que hasta hubo un Abogado que se especializó en la defensa de las bestias; fue en la culta Roma, donde aparece por vez primera la valoración subjetiva es decir, juzgando la conducta antijurídica atendiendo a la intención (dolosa o culposa) del agente, como se regula actualmente en las legislaciones penales modernas”.²²

De lo anterior se deduce que el juzgamiento de conductas y su encuadramiento en lícitas o ilícitas ha sido una constante desde los Estados primitivos hasta la actualidad; en ese proceso, las penas que se han impuesto y que ha ejecutado el Estado, van desde aquellas que en la actualidad se consideran injustas, raras, vagas y hasta ilegales, hasta las que buscan la acción resarcitoria y la socialización del inculgado.

“El delito ha sido denominado de distintas maneras a lo largo de la historia, por ellos encuentra que en la primitiva Roma se habló de “*noxia*” o “*naxia*” (daño, perjuicio) que significaba a la infracción penal; los términos de: *flagitum* (*infamia, deshonor*), *scelus* (*maldad*), *facinus* (*acción o hecho*), *crimen*, *delictum* (*delictivo*) y *Graus* (*grato*). Al transcurrir el tiempo, se fueron consolidando como términos principales el crimen, delictum, para identificar a las infracciones o delitos revestidos de mayor gravedad y castigados con mayor pena y el de Graus para señalar una infracción leve, con una menor penalidad, de acuerdo a lo establece el maestro Héctor Aníbal De León

²² De Mata. **Ob. Cit.** Pág. 6.



Velasco.”²³

En el presente y como parte de la evolución jurídica en el derecho penal moderno, se habla de: delito, infracción penal, hechos o actos punibles, conducta delictiva, acto o hecho antijurídico, hechos o actos delictuosos, hecho penal, contravenciones o faltas.

“Desde épocas remotas de la humanidad, aunque en diferentes formas, puesto que se ha necesitado siempre de la imposición de penas cuando existen conductas lesivas, aún dentro de un derecho penal que pudiéramos llamar rudimentario, a base de usos y pautas de costumbre, desde las sanciones perdidas ya en el tiempo de ojo por ojo y diente por diente, hasta el derecho penal que busca cada vez mas hacerse presente en la vida de nuestro tiempo a través de la aplicación de sistemas de computación.”²⁴

De acuerdo a la forma en que se producía la pena y la justificación social a la misma, se han clasificado las etapas que la misma ha tenido a través del tiempo. Sistematizando lo que los estudiosos han establecido, se puede señalar que su evolución ha tenido las siguientes características:

En un primer momento se manifiesta como venganza privada, puesto que eran las personas o grupos quienes decidían la reacción que debía tomarse ante una ofensa de individuos, fueran estos ajenos o afines al clan. “La venganza se considera como el inicio de la retribución penal aunque no es un sistema penal en sí, sino una forma de

²³ De León Velasco. **Ob. Cit.** Pág. 43.

²⁴ Pitch, Tamar. **Teoría de la desviación social.** Pág. 12.



manifestación individual. El período de la venganza privada es la época bárbara, puesto que se accede al impulso de un instituto de defensa, ante las actividades provocadas por un ataque que se pensaba injusto. Como en tales épocas no estaba organizada jurídicamente la sociedad, es decir, no se encontraba organizado el Estado, los individuos que se sentían ofendidos en sus derechos acudían a una defensa individual; en otras palabras, cada quien se hacía justicia por su propia mano.”²⁵

Como se puede apreciar, esta no es precisamente una verdadera etapa jurídica puesto que tal defensa no estaba integrada a un verdadero sistema de sanciones pero vale mencionarla puesto que más que todo de la idea de la necesidad del institución de un sistema, como el del Derecho Penal y solo tiene importancia su conocimiento como antecedente de la imposición de penas.

“Más no toda venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna, solo tiene relevancia como equivalente de la pena actual; la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociendo su derecho a ejercitarla. Una forma de la venganza privada apareció en la llamada ley del talión, reconociéndose por el grupo o colectividad que el ofendido solo tenía derecho a una venganza de igual entidad al mal sufrido.”²⁶

Este tipo de acciones se orientaba principalmente de una tribu hacia otra, en donde la

²⁵ Reyes Alvarado, Yesid. **Imputación objetiva**. Pág. 4.

²⁶ Pitch. **Ob. Cit.** Pág. 29.



ofensa o acción delictiva en contra de un integrante del grupo social, se convertía en una práctica en una ofensa en contra de toda la colectividad, puesto que los lazos afectivos y familiares eran muy estrechos, puesto que la mayoría de comunidades se integraba por personas con vínculos sanguíneos que los hacían responder como un sujeto social frente a la ofensa o amenaza.

Luego surge la denominada venganza divina, la cual es producto de la evolución de la organización social, en donde se sustituye la voluntad individual del vengador, por una voluntad divina a la que corresponde la defensa de los intereses de la comunidad, para lo cual surge la figura o representación material de esa voluntad divina, la cual se encuadra en el líder espiritual. Este tipo de aplicación de las penas se produce con el predominio de la explicación teocrática de la realidad, en que se justifica toda decisión jurídica con base en una concepción divina, tanto así, que los sacerdotes llegaron a representar la voluntad divina y finalmente a administrar la justicia.

Posteriormente aparece la venganza pública, en donde se deposita en el poder público, representado por el Estado, la representación de la vindicta social respecto de una lesión a un bien jurídico individual. EL poder público ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de los individuos cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro. Por representar materialmente una venganza, llevó a excesos, por los que esta etapa se caracteriza por el abuso con que se representó la venganza individual a través del poder público, llevado a la aplicación de penas inhumanas y desproporcionadas, en relación con los hechos, llevando a caracterizar el procedimiento como aquella diversidad de pasos seguidos a efecto de obtener una confesión y la pena



a identificarse con el tormento; es en esta corriente que se coloca el derecho penal europeo hasta el siglo XVII.

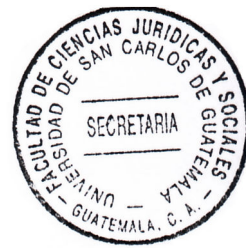
Ante esa realidad, se producen opiniones en contra, las cuales son influenciadas por los teóricos del iluminismo y del racionalismo, quienes plantean la necesidad de actuar humanamente ante la aplicación de la pena. A este período se le denomina humanitario.

“En la época de la venganza pública se iniciaron las torturas, los calabozos y en fin toda clase de tormentos, toda vez que la finalidad era castigar y obtener confesiones. La etapa humanitaria del derecho penal comienza en la publicación del libro *“Dei Delitti e delle pene”* de César Bonnesana, Marqués de Beccaria, publicado en 1764; este documento, de singular importancia en la historia jurídico penal, es unánimemente reconocido por los penalistas del mundo como el punto de arranque indiscutible de una nueva era de Derecho Penal, en la que se propone la eliminación de suplicios y crueldades.”²⁷

Los puntos más importantes expuestos en la obra de Beccaria, son los siguientes:

- a. “La justicia humana y la divina son autónomas;
- b. Las penas deben ser únicamente establecidas en las leyes;

²⁷ De León Velasco. **Ob. Cit.** Pág. 49



- c. Deben ser proporcionadas al delito y lo más mínimas posibles;
- d. Los jueces no deben interpretar la ley, solo aplicarla;
- e. El fin de la pena, ejemplarizar;
- f. La pena de muerte debe ser proscrita por injusta.”²⁸

Aun cuando se considera a Beccaria como iniciador del Escuela Clásica y Apóstol del Derecho Penal, del cual inauguró su etapa humanista, algunos autores consideran que sus propuestas eran hasta cierto punto románticas, debido a que en la época en que las planteó no existía en la sociedad una conciencia democrática, sino que predominaba el autoritarismo, la explicación divina de la pena y la visión represiva del derecho penal.

“De acuerdo a los historiadores del derecho penal, a pesar de ese romanticismo, los aportes de Beccaria fueron fundamentales para que se desarrollara la etapa científica del Derecho Penal, a partir de que sus análisis permitieron establecer que era necesario y posible convertir el estudio del derecho penal como una verdadera disciplina jurídica. Es decir que se pasó de una interpretación humanista romántica del estudio de los delitos y las penas, a la interpretación sistemática y lógica de estas instituciones jurídicas, siendo Francisco Carrara el principal exponente de la llamada Escuela Clásica del Derecho Penal”.²⁹

²⁸ Beccaria, César. **De los delitos y de las penas**. Pág. 25.

²⁹ De León, Dubina. **Ob. Cit.** Pág. 15.



En la presente tesis, se considera al delito como toda acción típica, antijurídica culpable, la cual debe tener como lógica consecuencia la aplicación de una pena, la cual puede ser la privación de la libertad o de una medida de seguridad, las cuales deben llevar a la reparación moral del daño ocasionado y a la rehabilitación del condenado, para que éste se pueda reinsertar en la sociedad como una persona útil y socialmente integrado.

“Desde una perspectiva más técnica se define el delito como acción u omisión típica, antijurídica, culpable y penada por la ley. La acción es un hecho previsto en la ley penal y dependiente de la voluntad humana. La acción delictiva puede consistir en un acto en sentido estricto, cuando hay una realización de un movimiento corporal; en una omisión pura o propia si se trata de un no hacer algo, o una combinación de ambas posibilidades, llamada comisión por omisión u omisión impropia. La acción debe depender de la voluntad de una persona, por lo que se excluyen de las tipificaciones delictivas supuestos tales como los movimientos reflejos, los estados de inconsciencia como el sueño, la narcosis, el sonambulismo, la embriaguez letárgica o los estados hipnóticos, o cuando hay una violencia irresistible que impulsa al actor a ejecutar actos donde la voluntad se halla sometida, anulada o dirigida”³⁰.

Por esto resulta irrelevante el intento de averiguar una noción sustancial de delito, como pueda ser en otras épocas el delito natural, pues delito es solo aquello castigado por la ley. Asimismo, también es evidente que la ley penal no puede ser arbitraria y castigar respondiendo al criterio exclusivo de poner a prueba a los ciudadanos, sino que

³⁰ **Ibid.** Pág. 29



pretende la defensa de bienes jurídicos concretos. Los delitos se clasifican en delitos graves y menos graves, en atención a la pena que se impone, utilizándose por tanto un principio más cuantitativo (gravedad de la pena que señala cada código), que cualitativo.

“Delito, toda acción u omisión sancionada por la ley. El concepto está sometido por completo al principio de legalidad, con lo que el principio acuñado por los juristas romanos *nullum crimen sine lege (no hay delito sin ley)*, es su regla básica”³¹.

Se entiende por delito la acción ejercida por el sujeto activo que ocasiona la violación de las normas que protegen el bien jurídicamente tutelado, cuando se dañan gravemente los intereses que el Estado protege y que van contra la sociedad causando grave daño al bien jurídico tutelado. Es decir, es una acción o una omisión antijurídica y culpable que señala la ley... Tal definición comprende la tesis de que el derecho penal descansa en el binomio: delito y pena. Por tal motivo para que haya delito debe haber una pena, de lo contrario no podría existir una conducta antijurídica si no está determinada en la ley penal y asimismo sancionada.

Para Rafael Carrara, mencionado por Puig Peña, el delito “es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente

³¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág.115.



dañoso”³².

El fundamento del delito es que la conducta que daña los intereses sociales debe ser perseguida penalmente y sancionada, siempre que la misma infraccione la norma penalmente tipificada como delito. De lo anterior se puede decir que el delito, en el fondo, es una infracción a las normas jurídicas promulgadas por el Estado con facultad de ius puniendi (derecho de perseguir penalmente), para la mejor convivencia social, es la antijuridicidad, es el hecho de quebrantar la norma estipulada vulnerando el bien jurídico tutelado y causando un daño ya material ya personal o un daño a la sociedad.

En este sentido el daño puede ser grave o leve, derivándose de ello el delito y la falta, respectivamente.

Intervienen en la comisión del delito dos sujetos procesales, el sujeto activo y el sujeto pasivo. El primero es el sujeto que provoca la antijuridicidad, es decir, el quebrantamiento de la norma jurídica, llamado autor; mientras que el segundo es el que recibe el agravio o se le provoca el daño, llamado agraviado u ofendido, que en este caso puede ser una persona en lo particular o la sociedad en general.

José Francisco De Mata Vela, manifiesta “la doctrina generalmente se refiere a dos clases de sujetos: el primero que es, quien realiza o comete el delito y que recibe el nombre de sujeto activo, ofensor, agente o delincuente; el segundo que es, quien sufre las consecuencias del mismo y que recibe el nombre de sujeto pasivo, ofendido,

³² Puig. **Ob Cit.** Pág. 239.



paciente o inmediato”³³.

Para que el delito sea tipificado como tal debe haber un sujeto activo que es el que comete el delito y un sujeto pasivo que el perjudicado por la acción delincuencia.

2.2. Análisis doctrinario

El delito como razón de la existencia de toda actividad punitiva del Estado, al igual que el mismo derecho penal, ha recibido diversas denominaciones a través de la historia atendiendo a que siempre ha sido una valoración jurídica, sujeto a las mutaciones que necesariamente conlleva la evolución de la sociedad.

La conducta debe ser contraria a lo que el derecho demanda y encontrarse recogida por la ley. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad imperante en el Código Penal.

El legislador se debe valer de la abstracción y del lenguaje para definir el tipo, por lo que siempre se distingue la tensión entre el casuismo exagerado y la vaguedad que no permite definir los límites de cada supuesto. De entre los elementos del tipo se pueden distinguir:

- a. Los descriptivos, integrados por los de carácter objetivo (procedentes de la

³³ De Mata. **Op. Cit.** Pág. 71

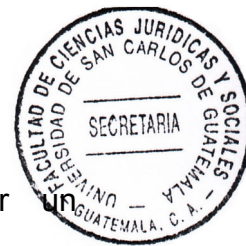


realidad perceptible, como por ejemplo matar); y

- b. Los subjetivos (integrantes del mundo psíquico, como tener la finalidad de algo o actuar contra la voluntad de alguien); los elementos normativos que exigen valoraciones, como los calificativos: ajeno, inmoral, peligroso y los elementos negativos del tipo que lo excluyen por implicar la ausencia de los fundamentos de la antijuridicidad. Las causas de exclusión de la antijuridicidad son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber (de tal forma que tanto el deber deriva del ordenamiento jurídico, como su cumplimiento se ajusta al mismo) o el ejercicio legítimo de un derecho, el oficio (la profesión médica por ejemplo) o el cargo y la obediencia debida.

La culpabilidad es otro elemento del delito, de tal forma que se puede afirmar que no hay pena sin culpa (*nullum crimen sine culpa*). Con carácter general, hay culpabilidad cuando existía la opción de haber actuado de forma diferente a como se hizo, lo cual supone situar en el fundamento de la misma a la libertad y exige la imputabilidad, definida en concreto como la capacidad de actuar de forma culpable.

Así, una persona es imputable cuando por sus caracteres biopsíquicos y de acuerdo con la legislación vigente es capaz de ser responsable de sus actos. Las formas, que se excluyen a sí mismas, son el dolo y la culpa. El dolo caracteriza a quien actúa sabiendo lo que hace y con intención mientras que la culpa se produce cuando quien actúa omite la diligencia debida.



De esa cuenta, es que se debe entender como delito aquella acción ejercida por sujeto activo que ocasiona violación a las normas que protegen el bien jurídicamente tutelado, dañando gravemente los intereses de la sociedad causando daño muchas veces irreparable al bien jurídico tutelado, por lo que el Estado debe intervenir sancionando dicha acción e imponiendo la pena correspondiente.

Debido a lo anterior se concluye que el delito, en el fondo, es una infracción a las normas jurídicas promulgadas por el Estado con facultad de ius puniendi (derecho de persecución penal), para la mejor convivencia social; siendo la antijuridicidad el hecho de quebrantar la norma estipulada vulnerando el bien jurídico tutelado y causando un daño ya material ya personal o un daño a la sociedad. En este sentido el daño puede ser grave o leve, derivándose de ello el delito y la falta, según sea el caso.

2.3. La antijuridicidad del delito

Toda acción u omisión tipificada como delito es contraria a la ley, es decir, corrompe la norma y viola lo estipulado en el ordenamiento penal, lo cual conlleva que tenga una consecuencia jurídico-penal, la cual estará determinada por lo regulado en la ley.

Aníbal de León Velasco, define como antijuridicidad: “la conducta contraria al derecho. El concepto de antijuridicidad lo obtenemos al confrontar el acto realizado y lo que la ley penal pretendía que realizara: se obtiene entonces un juicio de valor al declarar que la conducta realizada no era aquella que el derecho demanda, no era conforme a derecho. Por lo tanto la antijuridicidad es lo contrario a derecho, es la enmarcación de la



conducta fuera de los cánones legales. ”³⁴

2.4. Tipicidad del delito

El elemento esencial para poder catalogar criminalmente el hecho antijurídico cometido por el sujeto activo, es la enmarcación de la conducta típica y antijurídica violatoria de las normas de convivencia social; o sea, se debe adecuar el hecho cometido y la forma en que se cometió dentro de lo regulado por la norma para catalogar su responsabilidad.

Francisco de Mata Vela, manifiesta “La tipicidad como elemento positivo característico del delito y el tipo como especie de la infracción penal, son la versión española más generalizada de los términos alemanes “TATBESTAND” y “DELIKTIPOS” que los autores italianos han denominado “Fattispecie” o simplemente “FATTO” y que los tratadistas hispanoamericanos (argentinos y chilenos principalmente) conocen como “ENCUADRABILIDAD”, “DELITO-TIPO”, en nuestro país generalmente se habla de tipicidad, cuando se refiere al elemento del delito y tipificar cuando se trata de adecuar la conducta humana a la norma legal”³⁵.

Los términos utilizados son diferentes pero se refieren a la tipicidad y encuadrabilidad del delito y de esa forma se tiene que en Guatemala la tipicidad del delito se utiliza como elemento del ilícito, mientras que tipificar el hecho encuadrado como delito se

³⁴ De León Velasco. **Op. Cit.** Pág. 69.

³⁵ De Mata. **Op. Cit.** Pág. 41.



refiera a la conducta humana adecuada a la norma ya establecida en la ley.

“La voz tipicidad, íntimamente ligada a la de tipo, siendo aquella consecuencia de ésta, puede definirse como el conjunto de las características del delito, en virtud de las cuales venimos en conocimiento de cuáles son las conductas antijurídicas que deben tomarse en consideración a efectos penales. La tipicidad como tal, es una descripción descargada de todo elemento valorativo, amparando, como consecuencia del principio de legalidad, una determinación previa legal de los casos en que se puede y se debe aplicar la pena, supuesta, claro está la culpabilidad. Cuando sea una conducta determinada, que como tal es antijurídica o por decirlo de otro modo, contraria a la ley, el legislador, para sancionar esa conducta, puede optar por tres caminos o bien declarar que toda conducta antijurídica es punible”³⁶.

El principio de legalidad se aplica directamente a la tipicidad del delito, el cual debe estar normado legalmente, por lo que el individuo al encuadra su conducta a la norma tipificada como delito debe tener una pena por ser su conducta contraria a la regulación establecida.

La tipicidad es la denominación técnica para designar la descripción legal del delito, como uno de los caracteres del mismo, aparte otras valoraciones subjetivas u objetivas necesarias para su punición.

Después de lo antes expuesto podemos concluir que la tipicidad no es más que el

³⁶ **Diccionario jurídico Espasa.** Pág. 963.



ajustar la conducta humana a la figura del delito, además de designar la pena o sanción que debe imponerse por el quebrantamiento de la norma.

2.5. Imputabilidad del delito

Es la atribución que se hace de una conducta antijurídica a persona determinada, es el señalamiento de un hecho concreto por la consumación de un acto ilícito y que se encuentra tipificado para ser perseguido penalmente. Imputar significa poner a cargo, atribuir a alguna persona una conducta delictiva.

El problema de la atribuibilidad o imputación del acto, la imputación objetiva como suele llamarse, pertenece a la teoría de la acción, en ella a quedado resuelto, pues si no existe conexión alguna entre el sujeto y el acto realizado, si no hay un acto humano, no hay resonancia jurídica.

Entonces, se puede decir que la imputabilidad es el encuadramiento del hecho antijurídico atribuido al sujeto activo, es decir, a la persona que se enmarcó dentro de la acción delictiva participando como sujeto principal y que los elementos básicos para lograr esta imputabilidad son los siguientes:

- a. Que haya una persona como causa de un hecho catalogado como delito.
- b. Que la persona tenga la capacidad de comprender y valorar la norma jurídica.



c. Que el hecho cometido esté tipificado como delito.

En este sentido, para que se de la imputabilidad del delito, es necesario que exista una persona que cometió el hecho delictivo, para que el mismo le sea imputado, aquí es donde la ley persigue al actor del delito, ya que su conducta encuadra en una figura delictiva previamente señalada en la ley y esa conducta debe ser castigada por expreso señalamiento legal.

Asimismo, es necesario que el sujeto activo de la acción ilícita tenga capacidad para ser juzgado, es decir, que el sujeto que cometió el hecho, posea capacidad para ser juzgado. Puesto que es fundamental que el sujeto responsable del hecho delictivo cometido, tenga capacidad para comprender que la acción realizada es perseguible penalmente y que dicha acción lleva aparejada una pena.

En este caso, el Artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial manifiesta que contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario, por lo que la única causa que motiva realizar una acción prohibida legalmente, es que la persona no tenga la capacidad para comprender la ilicitud de su actuar.

Si la persona que cometió el hecho delictivo carece de la capacidad, por ser menor de diez y ocho años o ser declarado interdicto, conforme lo estipula el Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala, así como los Artículos 8 y 9 del Código Civil, para responder por sus actos se aplica la inimputabilidad, establecida en el

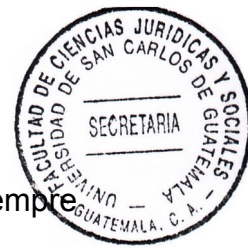


Artículo 23 del Código Penal, el cual establece que es inimputable:

- a. El menor de edad, es decir niños y adolescentes, tal como lo expresa el Artículo 2 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en la cual menciona que niño o niña desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, para posteriormente entrar en la etapa de la adolescencia hasta que cumple los dieciocho años de edad.
- b. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.

Es importante diferenciar lo que es la inimputación, la justificación y la inculpabilidad, pues si bien en todos existen las causas que eximen de la responsabilidad penal, los mismos son diferentes en el fondo.

Los Artículos 23 y 24 del Código Penal, establecen que es inimputable la persona que carece de capacidad para comprender el acto llevado a cabo. Es causa de justificación la persona que sí tiene capacidad para comprender el hecho ilícito pero que por legítima defensa de su vida, sus bienes o defensa de otras personas o sus bienes actúa en determinada circunstancia cometiendo el ilícito, asimismo es causa de justificación quien haya cometido el ilícito obligado por la necesidad de salvarse o salvar a otros de



un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro.

Por su parte el Artículo 25 del mismo cuerpo legal, estipula que es causa de inculpabilidad cuando el sujeto activo si tiene capacidad pero por causas exteriores comete el acto delictuoso ya por miedo invencible ya por fuerza exterior, por error u obediencia debida.

Como se puede apreciar, el delito ha existido a lo largo de la historia de la humanidad, puesto que en la convivencia social, las personas han definido que determinadas conductas son reprochables socialmente, por lo que ameritan ser rechazadas. Este actuar social va desde el simple rechazo que la comunidad realiza en contra del individuo, lo cual se le considera como rechazo social, hasta aquellas conductas que por su efecto negativo para la sociedad ameritan sanciones penales, las que han evolucionado desde la aplicación colectiva de las mismas hasta la designación de un órgano específico para hacerlo, al cual, en la actualidad, se le conoce como sistema de justicia penal.





CAPÍTULO III

3. De las alternativas a la acción penal

3.1. Antecedentes

Los Estados modernos organizados en gobiernos democráticos prescinden de leviatanes hereditarios, pero no han encontrado la manera de prescindir de las desigualdades de riqueza y poder respaldadas por un sistema penal de enorme complejidad. Con todo, la vida del hombre transcurrió durante treinta mil años sin necesidad de reyes ni reinas, primeros ministros, presidentes, parlamentos, congresos, gabinetes, gobernadores, alguaciles, jueces, fiscales, secretarios de juzgado, coches patrulla, furgones celulares, cárceles ni penitenciarías.

Frente a las posturas o posiciones abolicionistas se debe tomar en cuenta los peligros que comporta la abolición del derecho penal. En su opinión la desaparición de éste conllevaría la existencia de una anarquía punitiva -en la que a toda comisión de delito le seguiría una respuesta estatal o social salvaje-, o bien la existencia de una sociedad disciplinaria -en la cual la comisión de delitos sería fácticamente imposible por la existencia de una vigilancia social o estatal omnipresente-. Frente a estas perspectivas, denominadas "utopías regresivas", surge el derecho penal mínimo como alternativa progresista.

Al criticar a las posiciones abolicionistas, se debe tener en cuenta dos imágenes. Una



primera proviene del pasado y contrapone el estado de la naturaleza, en el que presuntamente regía la ley del más fuerte, a la existencia de un Estado de Derecho en el cual el poder se ejerce de acuerdo a unas reglas.

La traducción de esta metáfora al derecho penal es ampliamente conocida y compartida por el discurso penalista que acostumbra a contraponer venganza privada y pena, como correspondientes a cada una de las épocas mencionadas.

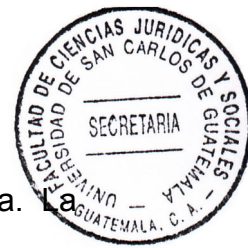
La segunda imagen que permiten criticar las propuestas abolicionistas, se basa en una determinada visión del futuro donde se pueda imaginar la creación de un archipiélago carcelario.

Esta imagen también tiene una traducción en el ámbito criminológico, en este caso, como es la creencia de que todos los castigos alternativos a la pena de prisión representan un aumento del control social.

“Debido a la dificultad de hacer pronósticos de futuro, acerca de qué tipo de sociedad acompañará a la desaparición de la cárcel, me centraré en la versión histórica asumida por Ferrajoli”.³⁷

Como he expuesto, la crítica al discurso abolicionista parece basarse en la convicción de que en ausencia de pena pública (reacción estatal) se produce una "venganza de sangre" (respuesta privada), la cual es más violenta. En esta línea, se contrapone la

³⁷ Ob. Cit.



época premoderna, denominada arcaica y iusprivatista, con la época moderna.

primera aparecería caracterizada por la "venganza privada" (que acostumbra a ser denominada "venganza de sangre" o incluso "precio de la sangre") y la segunda fase se caracteriza por la "pena pública".

Es bien cierto que en los orígenes del Derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada. En este sentido bien se puede decir que la historia del Derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza.

El primer paso de esta historia se produce cuando la venganza se regula como derecho-deber privado, que incumbe a la parte ofendida y a su grupo de parentesco, según los principios de la venganza de la sangre y la regla del talión.

El segundo paso, bastante más decisivo, tiene lugar cuando se produce una disociación entre juez y parte ofendida y la justicia privada -las represalias, los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas- no sólo se deja sin tutela sino que se prohíbe.

El Derecho Penal nace precisamente en este momento: cuando la relación bilateral parte ofendida/ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que se sitúa en una posición de tercero o imparcial una autoridad judicial.

Si bien los teóricos documentan su visión histórica, ésta no es la única versión de la que hoy disponemos. Al respecto me gustaría introducir algunas reflexiones, aún



inacabadas, que he extraído de la lectura de diversos estudios penales históricos.

En primer lugar, puede existir distintos sentidos o interpretaciones a partir de como se utiliza el concepto de venganza privada. Si con ello se pretende expresar la "entrega del delincuente a la víctima", debo manifestar que no alcanzo a vislumbrar en qué época ello sucede.

Más bien, desde la época de Grecia (siglo VII a. C.) lo que nos muestran los estudios históricos es la intervención de poderes públicos en los conflictos que afectaban a las partes. Así, por ejemplo, la existencia de la asamblea de ciudadanos en Grecia, de consejos locales de ancianos en las civilizaciones antiguas de Mesopotamia, Asiria o Israel, o las asambleas de magistrados del Imperio Romano.

El Derecho Penal era privado en la medida en que reconocía un poder de disposición a la víctima para iniciar el proceso o para finalizarlo (mediante, por ejemplo, el perdón). El Derecho Penal era también privado por el carácter de algunas penas como, por ejemplo, la composición o indemnización dirigida a la víctima, o incluso las ergastulas (cárcel privada).

Pero ya se estudie el proceso o se consideren las penas, lo que en todo caso se requería era la intervención y aprobación de una autoridad pública. En consecuencia, parece erróneo asumir una contraposición entre público y privado y pareciera más apropiado partir de una ambigüedad en los límites existentes entre lo que hoy denominamos "público" y "privado".



La segunda reflexión se refiere a la época en la cual se sitúa el apogeo de la "venganza privada". En ocasiones la "venganza privada" parece retrotraerse a épocas remotas indocumentadas, pero, en otras, se sitúa en la época premoderna. Me parece que el término de "venganza privada" es inapropiado para describir la época previa a la formación del Estado moderno. Por "venganza privada" parece aludirse al poder de la víctima, del ofendido. Sin embargo, la característica del poder punitivo en la Edad Media es su dispersión en un conjunto de poderes, repartidos entre los distintos señores feudales, la Iglesia, la comunidad local, el padre de familia o el ejército. Reducir estos poderes penales dispersos al título de venganza privada no permite comprender cómo funcionan los poderes punitivos en una época previa a la aparición del Estado moderno.

Mi tercera opinión se refiere en esta ocasión al tipo de respuestas que acostumbran a considerarse como "venganza". El término "venganza" privada parece utilizarse como sinónimo de "respuestas sangrientas" ("represalias, duelos, linchamientos, ejecuciones sumarias o ajustes de cuenta"). Sin embargo, en mi opinión, es erróneo equiparar penas "privadas" con "venganza de la sangre".

Por los textos que he podido consultar, la víctima dispone, además de la posibilidad de matar a su ofensor (desde luego no en todos los delitos, e incluso en éstos no a toda persona que los realizara), de la posibilidad de exigir compensación, de la posibilidad de encerrar en una cárcel, de la posibilidad de perdonar con o sin precio y de la posibilidad de recurrir a terceros, como un notario, o el líder de la comunidad, para evitar el proceso.



Las reflexiones anteriores, me permiten establecer que además del equívoco de denominar a este tipo de reacciones privadas, tiende a enfatizar el carácter sangriento de cualquier tipo de reacción privada, ignorando que la respuesta privada, entendiendo por tal la que reconoce un poder de disposición a la víctima, no revestía siempre el carácter letal que parece atribuírsele.

La cuarta y última reflexión que me surge, muy vinculada a la anterior, cuando leo la evolución histórica expuesta, existe una presunción que el tránsito de "venganza privada" a "pena pública" conllevó una disminución de la violencia. En esta línea es significativo que la respuesta privada sea caracterizada siempre como "venganza" (de la sangre) y, por el contrario, la venganza pública merezca el título de "pena" a pesar de su carácter brutal. Me parece más correcto destacar que, en ambos casos, estamos frente a respuestas que son más o menos brutales en atención a la época histórica y no en atención a quien la ejerce.

Además, pienso, no se debe desconocer la dificultad de comparar el grado de crueldad pues ello depende de múltiples factores como, por ejemplo, las sensibilidades de una época histórica, la relación existente con el cuerpo, la importancia de determinados valores o bienes y también, en última instancia, del grado de aplicación de las penas previstas en los textos legales.

La tesis implícita de que la privatización del Derecho Penal era más violenta se ve contradecida cuando se comparan el modelo retributivo (germánico) basado en la restitución y el modelo punitivo (romano). No creo que el choque de ambos sistemas,



aproximadamente entre los siglos XII - XIX y el triunfo último del modelo punitivo, deba ser presentado como un proceso pacífico ni guiado por el interés de pacificar a la víctima.

No creo que el proceso de expropiación del poder punitivo, residente en las comunidades feudales y en el cual la justicia real jugó un papel decisivo al favorecer la concentración del poder punitivo, pueda ser presentado como un proceso guiado por el objetivo de pacificar la sociedad, sino de robustecimiento del poder y de los intereses de la monarquía frente a la nobleza local díscola o frente al propio poder eclesiástico.

Tampoco doy credibilidad a que pueda presentarse como un proceso pacífico, porque para que el Derecho Penal real pudiera imponerse debió usar la violencia para desproveer a los poderes periféricos del ius puniendi; debió amenazar con penas tanto más elevadas cuanto más ineficaces; debió constituir nuevos delitos que protegiesen al monarca; debió cambiar el carácter de las penas, abandonando cualquier atisbo de justicia retributiva, para que éstas sirvieran los intereses del Imperio.

En definitiva, el tránsito progresivo de un Derecho Penal, aparentemente privado, a un derecho público concentrado, debiera destacar que este proceso fue violento y que comportó la expropiación del poder de castigar del ofendido, que se plasmaba en su poder de denunciar, en su poder de castigar y perdonar y en su poder de orientar la pena a la satisfacción de sus intereses.

Ante todo debería recordarse que la negativa del abolicionismo a adoptar una lógica

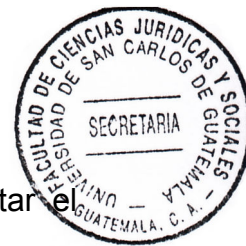


punitiva no equivale a no hacer nada. Si bien el riesgo de reacción popular es verosímil en los supuestos en los que no existiera ninguna reacción, se puede pensar en dar respuestas, reguladas por el derecho, denunciadoras, reparatoras o neutralizadoras. No encuentro argumentos convincentes para rebatir el por qué estas respuestas están en inferioridad de condiciones para evitar una respuesta popular de carácter incontrolado.

Es cierto que se podría alegar que la víctima no se conformará. Pero esta línea de razonamiento nos muestra claramente el problema de acudir a las ansias punitivas para justificar la necesidad de la pena. Por un lado, cuando menos desde una teoría de la justicia, no aceptaríamos como válido este tipo de argumentación para defender determinadas penas o la imposición de una pena. No aceptaríamos como argumento lo que puede pasar si, porque presumimos que el Estado debe contrarrestar y no plegarse a estas demandas.

Por otro lado, en la misma línea, es de cuestionar si es suficiente para justificar la pena la posibilidad de que, en su defecto, se produjera una reacción informal. Así se pregunta si es lícito derivar la pena -deber de castigar- de la existencia de un mal -la venganza-. Por qué -se podría objetar- no afrontar el problema de la venganza, en vez de presuponer la existencia y consiguiente necesidad de la pena.

En definitiva, me parece que una cuestión es requerir una respuesta y otra distinta es mantener que ésta debe adoptar una determinada forma (por ejemplo, punitiva o incluso determinando la pena concreta de prisión). Pienso que una respuesta pública de



carácter denunciador, reparador o neutralizador, puede ser suficiente para evitar el surgimiento de venganzas. Más aún, la demostración de la existencia de ansias punitivas no suministraría, en mi opinión, un argumento suficiente para justificar la pena.

Aun cuando no me parece convincente que la existencia de violencias arbitrarias proporcionen un argumento concluyente para justificar la pena, podríamos, de todos modos, investigar si por lo menos la presunción es cierta, esto es, si una decidida aplicación del Derecho Penal evita en efecto el surgimiento de venganzas privadas. Ello no parece demostrado. Los ejemplos contemporáneos de venganza privada niegan la tesis de que el Derecho Penal sirva para limitarlas.

En este sentido, las investigaciones empíricas estadounidenses muestran que los Estados en donde más penas de muerte se ejecutan son también los Estados en donde se producen más linchamientos. Esta constatación conlleva una conclusión contraria a la hipótesis que preconiza que la pena evita estas formas de justicia privada. Ello no es totalmente sorprendente, pues la presunción de que la pena evita venganzas privadas parece ignorar que la hipótesis contraria, esto es, que las demandas punitivas se modelan de acuerdo a la respuesta del sistema penal, es igualmente plausible.

3.2. La acción penal

En Guatemala y en la región latinoamericana se dice que predomina el sistema acusatorio en el sistema procesal penal, que reconoce como pilares la centralidad del juicio oral, público y contradictorio, la separación de ciertos roles o funciones (investigar,



acusar, defender y juzgar) y cierto estándar de vigencia concreta de garantías a favor del imputado. Sin embargo, la discusión actual también se traslada al terreno de la acción penal, pues “el concepto de acción penal pública se convierte en uno de los elementos fundamentales de soporte de la legitimación de la acción del Estado en el proceso penal”³⁸.

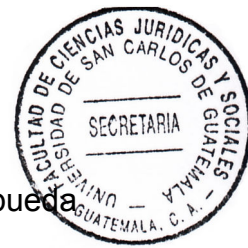
Binder advierte con preocupación que los llamados sistemas acusatorios formales, es decir aquellos que adoptan la dinámica de los sistemas acusatorios, pero le entregan la parte que le corresponde a la víctima al Ministerio Público para que la ejerza en nombre del Estado, reafirman la participación estatal y en el fondo son profundamente inquisitivos. En ese orden de ideas, propone la necesidad de invertir el planteo que comúnmente se hace, en el sentido de definir cuál debe ser la participación de la víctima, para reclamar una definición acerca de cuál y en qué casos debe concretarse la intervención del Ministerio Fiscal.³⁹

3.3. Alternativas a la acción penal

Con el correr del tiempo el sistema penal mostró su incapacidad para hacer frente a la inmensa demanda de decisiones que se vuelca en las agencias del sistema penal. Frente a la imposibilidad de procesar todos los casos opera algún mecanismo de selección.

³⁸ Binder, A. **Introducción al derecho procesal penal**. Pág. 213.

³⁹ **Ibid.**



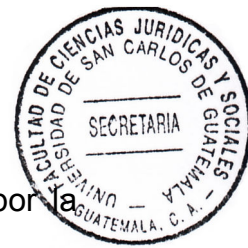
La estructura de cualquier sistema penal -expresa Zaffaroni- “hace que jamás pueda respetar la legalidad procesal. El discurso jurídico-penal programa un número increíble de hipótesis en que, a estar al ‘deber ser’, el sistema interviene represivamente de un modo ‘natural’ (o mecánico), pero las agencias del sistema penal disponen apenas de una capacidad operativa ridículamente inferior en comparación con la magnitud de lo planificado”⁴⁰

La imposibilidad material de las agencias judiciales de intervenir eficazmente frente a todos los asuntos que llegan al sistema trae aparejada una selectividad estructural del sistema penal, es decir un ámbito donde se puede ejercer con alto grado de arbitrariedad el poder penal.

Por esta razón la selección se produce de los modos más diversos, dependiendo de la estructura de la agencia judicial y aún de las características del funcionario o empleado en quien se ha delegado (legal o ilegalmente) la función, siempre de un modo ajeno a cualquier política criminal razonable. Mientras unas causas avanzan con cierta celeridad, otras quedan estancadas, prescriben, o llegan a juicio con insuficiente andamiaje probatorio.

La priorización suele responder a la existencia de personas detenidas, lo cual puede parecer muy razonable pero deja de serlo si se observa la vocación del sistema por privar de libertad a los miembros más vulnerables de la sociedad. Otras veces responde a la simplicidad de la investigación, de modo que aquellas cuestiones relacionadas con

⁴⁰ Zaffaroni, Eugenio R. **En busca de las penas perdidas**. Pág. 30.



prueba compleja (estafas, malversaciones, asociaciones ilícitas) o dificultadas por la cantidad de imputados o el número de delitos (reiteración de hechos menores, bandas, etc.) quedan en el camino rumbo a la prescripción o a demoras de tal magnitud que desvirtúan por completo el sentido de la reacción punitiva estatal.

La realidad entonces muestra una situación curiosa y perversa, pues como lo que llega al sistema no puede ser totalmente investigado, juzgado y sancionado, como hay una impotencia de los órganos públicos para dar abasto frente a este número de delitos, el proceso de selección se orienta hacia una priorización inversa: “se hace en forma caótica, informal e irracional.”⁴¹

Frente a la aludida disparidad existente entre el programa legislativo y la capacidad operativa de las agencias, explica Binder, caben sólo dos respuestas posibles: “o bien una respuesta caótica –que oculta, en realidad, el problema y deja, por lo tanto, que el sistema ejerza su propia selectividad sin ninguna orientación de tipo político-, o bien responder estableciendo líneas de política procesal que permitan orientar la selectividad del sistema conforme a ciertos valores.”⁴²

Cuando se habla del principio de oportunidad se alude a la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender

⁴¹ Guariglia, Fabricio. **Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad.** Pág. 185.

⁴² Horvitz Lennon, M.I. **Ministerio Público y selectividad.** Pág. 113.



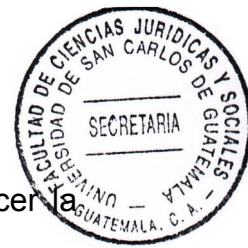
provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva o subjetiva, de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar.

Las excepciones a la obligación de perseguir el delito, por lo general, suelen justificarse en razones de índole utilitarista (descongestionar el sistema judicial, optimizar recursos, procurar la punición de la criminalidad organizada, etc.); pero también en la necesidad de re-legitimar el sistema penal evitando las desigualdades en contra de los más vulnerables (orientar la selectividad, reducir la aplicación de instrumentos de violencia estatal, favorecer la reparación a la víctima) o en otros intereses.

La adopción de formas compositivas del conflicto penal como por ejemplo la mediación o conciliación, presenta un doble atractivo: por una parte, posiciona el conflicto penal como la controversia entre dos individuos (víctima y victimario) que el Estado procura encausar; por otra, reduce los efectos nocivos de las penas, especialmente las penas privativas de libertad y, por último, le proporciona a la víctima una alternativa para obtener la reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia del delito.

En algunos códigos y proyectos modernos se recepta este criterio para los delitos menos graves, consagrando una suerte de repliegue del Estado cuando la víctima y el ofensor acuerdan sobre la solución del conflicto.

Una solución satisfactoria para los protagonistas suele asegurar en mejor medida la convivencia social que una solución impuesta por un Juez y no debe perderse de vista



que el derecho y la organización judicial deben procurar establecer o reestablecer la paz social afectada por el delito.

Esta alternativa ofrece un interesante punto de encuentro con la idea de profundizar el modelo acusatorio y reconsiderar el problema de la acción penal, pues la intervención del Ministerio Público solo encontraría legitimación cuando el hecho trasciende los intereses de las personas afectadas y afecta un interés público, vale decir cuando se puede reconocer un “plus de injusto” de esa naturaleza.

La Reforma Procesal Penal latinoamericana plantea entre sus ejes principales la inclusión de criterios de oportunidad para la persecución penal, con alcances amplios, puesto que se procura así la sustitución de prácticas arbitrarias, irracionales o viciosas, por decisiones controlables, razonablemente fundadas en motivos establecidos en la ley procesal. Con ello se tiende a “canalizar jurídicamente la selección y excluir una selección irregular y deformante.”⁴³

También se pretende dar sustento normativo a ciertos procedimientos de resolución de conflictos que se producen en la realidad al margen de la ley (conciliación extraprocesal, acuerdos de reparación, etc.) y, fundamentalmente, devolverle a la víctima el protagonismo en la solución del conflicto.

El fundamento para las salidas alternativas, no radica solo en la necesidad de regularlas

⁴³ Stippel, Jörg y Adrián Marchisio. **Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina**. Pág. 22.

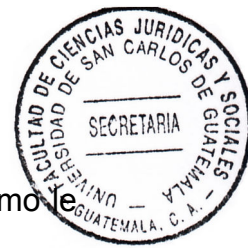


porque la selectividad del sistema penal es un hecho incontrarrestable, sino que además, porque las finalidades y características del sistema penal (subsidiariedad o última ratio) le imponen la obligación de diversificar sus respuestas frente a los casos en que sea posible el logro de una solución que evite su intervención o que, al menos, genere una menos intensa por parte del mismo.

El ejercicio de la acción penal y, especialmente, el papel de la víctima es uno de los temas más importantes de la política-criminal, pues atañe al sistema penal en su conjunto. Por tal circunstancia, quizás, no deba sorprender que la discusión en torno al principio de oportunidad se ha ido profundizando recién en los últimos tiempos.

Si bien se reconoce casi unánimemente que la pretensión de persecución total es uno de los factores de congestión del sistema penal, la polémica gira hoy en orden a la naturaleza procesal o sustantiva de las normas que deben regular la persecución penal, lo que tiene crucial importancia en nuestro país, para establecer la del órgano legislativo que debe aportar la regulación normativa.

“La introducción del principio de oportunidad representa un cambio paradigmático en el sistema penal, por la diferente consideración del conflicto penal y constituye una imprescindible medida saneadora de los defectos e hipocresías formales que han llevado al sistema penal al estado crítico en que hoy se halla, pero tiene un valor que no es menos importante como reasunción provincial de facultades legislativas propias. Hoy que la política criminal y de seguridad se encuentran entre los temas más destacados de la agenda pública, es menester que uno de sus más importantes instrumentos, cual



es la potestad de instar la acción penal, sea recuperado por las provincias tal como fue reconocido por la Constitución Nacional.⁴⁴

La solución a los problemas de conductas personales que el Derecho Penal otorga con el juicio tiene como consecuencia una pena, la cual hoy día se aprecia como la forma menos aconsejable de obtener la paz jurídica o solución del conflicto de acuerdo a la opinión mas actualizada, dándole la doctrina internacional mayor aceptación a aquellas soluciones alternativas al juicio que hagan innecesaria la imposición de una pena o de la sentencia definitiva.

“Para la posición alemana, al respeto señala que entre los fines del proceso esta la obtención de la paz jurídica y en igual sentido se expresa la doctrina latinoamericana, las cuales sostienen que la recuperación de la paz jurídica no se adquiere solo con una pena sino mas bien, pues cuando el daño ha sido reparado. Por otro lado se ha indicado así que la victima en lo que generalmente esta interesada es en la reparación y no en la imposición de una pena al imputado. Todo esto, lo que en cierta forma, no es mas que un rechazo o por lo menos una intención para disminuir el uso de la sanción penal, lo cual a su vez es una exigencia del derecho penal mínimo y del principio de ultima ratio.”⁴⁵

En la actualidad existe una tendencia en el derecho comparado a darle relevancia a la conciliación entre el autor de un hecho delictivo y la victima, como premisa para

⁴⁴ Sánchez Rosalía y María Laura Gregorio. **Principio de oportunidad: existencia de falsas antinomias.** Pág. 49.

⁴⁵ Llobet Rodríguez, Javier. **Nuevas soluciones al conflicto penal, alternativas al juicio.** Pág. 1.



sobreseer la causa penal. Entendiéndose que con tal esquema de resolver el conflicto se promueve la reparación y con ello se tiene un efecto resocializante ya que se obliga al autor a enfrentarse a las consecuencias de su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima, aunque es importante destacar que tal reparación puede ser un acto simbólico con lo cual también se ven frente a frente el autor y la víctima en un diálogo ante su problema.

Como ejemplos de formas de solución al conflicto diferentes al juicio, están las contenidas en el Código Procesal Penal, en donde se encuentra el criterio de oportunidad (Artículo 25), la conciliación (Artículo 25. ter), la mediación (Artículo 25. Quáter) y la suspensión condicional de la persecución penal (Artículo 27).

“Algunos tratadistas han querido ubicar la aplicación del principio de oportunidad como una figura jurídica de solución del conflicto alternativa al juicio, sin embargo el principio de oportunidad lo que supone es la facultad discrecional que tiene el ministerio público de poner o no poner en práctica la persecución penal por falta de interés y por razones de política criminal. En esta institución a diferencia de las otras señaladas, no se le exige al imputado que haga algo a cambio del sobreseimiento de la causa, aquí no hay un cara a cara entre autor-víctima que exprese una conciliación propiamente dicha como en las demás figuras jurídicas. Por lo que no se trata entonces de una solución que produzca la paz social. Al contrario, lo que hay es la falta de importancia de ese conflicto debido a su poca dañosidad al bien jurídico tutelado, o porque no compromete gravemente el interés público, así como la falta también de relevancia con relación a otros hechos de mayor importancia los cuales se deban juzgar primero en el país o en

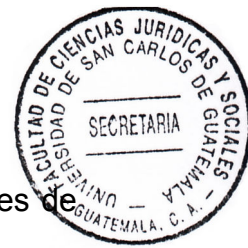


el extranjero. En consecuencia de lo que se trata es de aquellas formas de solución del conflicto que parten de la conciliación imputado-victima, las cuales si llegan a un acuerdo al respeto, suponen una forma de reparación del daño, no ya en el sentido del derecho civil, sino de la búsqueda de la paz jurídica a través del derecho penal.⁴⁶

La conciliación se define en su concepción general como el acuerdo que se produce entre las partes envuelta en un conflicto, las cuales desisten de su actitud litigiosa. De la conciliación podemos decir que no es ningún nuevo descubrimiento en el mundo del derecho, aunque tal vez no se haya aplicado con intensidad en materia penal. Desde tiempos muy remotos los seres humanos han demostrado tener intención de promover un arreglo a los conflictos que se dan entre los individuos. Los antecedentes históricos de esta figura jurídica son varios, los cuales afirman el deseo que la humanidad ha tenido para llegar a resolver sus diferencias sociales.

“En el año 1874 aparece una carta de VOLTAIRE donde hace referencia a la conciliación, señalando: la mejor ley, el mas excelente uso, el mas útil que yo haya visto jamás esta en Holanda. Si dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro son obligado a ir ante el tribunal de jueces conciliadores, llamado hacedores de la paz. Asimismo una forma de conciliación fue practicada en las comunidades indígenas donde las personas que actúan como mediadores son escogidas por sus meritos y por las labores que han desarrollado, estos funcionan como jueces y los conflictos se abordan en una cesión en la que se discuten y la autoridad va dirigiendo esa discusión hasta que finalmente se logra el acuerdo de lugar. Pero el antecedente más reciente de

⁴⁶ Javier Llobet Rodríguez. **Proceso penal comentado**. Pág. 112.



la conciliación lo encontramos en la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para la víctimas de delito y de abuso de poder, recomendadas por el 7mo. Congreso de la Naciones Unidas y adoptada por la Asamblea General en la resolución del año 1985, donde señala en el Artículo 7 como regla el uso de la conciliación para la solución de las controversias. En materia laboral es de aplicación generalizada, la cual ante un conflicto laboral tiene que darse la fase conciliatoria previa a una sentencia judicial.”⁴⁷

En materia penal la conciliación ha tenido poca acogida y esto se observa por el escaso desarrollo que ha tenido la conciliación en la administración de la justicia penal en el ámbito del derecho comparado, en primer lugar, porque se ha malentendido su funcionamiento, asimilándole únicamente a aspectos meramente económicos, sin detenerse a pensar que también los acuerdos pueden ser de otra índole, puesto que la conciliación no es pago y vuelvo a delinquir, lo que se busca en el fondo es que los protagonistas de un conflicto penal, busquen por ellos mismos la solución del problema les aqueja, que la sanción que surja sea el resultado de su convicción, es devolverle la potestad de poder decidir que solución le quieren dar a sus problemas.

La conciliación resulta ser una de las mejores formas de abordar la solución de un conflicto generado por un delito, pues con ella se reintegra la participación que corresponde a los verdaderos dueños del conflicto imputado-victima, pero sin que un interesado directo en el mantenimiento y restauración de la armonía social, como es el Estado, quede al margen, sino que también participa en la resolución del asunto a

⁴⁷ **Ibid.** Pág. 115.



través de la actuación principiante de sus tribunales.

La suspensión condicional de la persecución penal es otra de las nuevas soluciones al conflicto contempladas en el Código Procesal Penal ubicada en el Artículo 27, la cual se aplica para los casos en donde sea previsible la aplicación una pena que no exceda de cinco años.

Se entiende a esta figura como el instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta el tribunal para el caso concreto, a cuyo termino se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico-penales posteriores.

A través de la suspensión condicional del procedimiento no solo se persigue evitar la ejecución de una eventual pena sino también la persecución penal. Existe una notable diferencia entre este instituto y la conciliación, ya que en la conciliación se promueve mas el dialogo o el cara a cara entre victima e imputado, no siendo lo mismo en la suspensión condicional del procedimiento donde a la victima se le escucha menos o simplemente se le permite externar su opinión en audiencia;

La semejanza que tiene esta forma de extinción de la acción penal con la conciliación viene dada por la promoción del dialogo y la negociación que debe realizarse entre victima e imputado. Y por supuesto es parte de la tendencia contemporánea en el



sistema penal de establecer instituciones que promuevan el dialogo y una mayor participación de la victima en la solución directa de su problema.

Con estas formas de solución al conflictos de relevancia penal, el Código Procesal Penal guatemalteco se coloca a las exigencias del derecho comparado y a la altura de las modernas doctrina imperante, auxiliándose dicho Código en un Derecho Penal mínimo (principio de ultima ratio), como ultima respuesta que el Estado debe poner en practica para solucionar los conflictos penales.

De igual forma se presenta este código en consonancia con la necesidad de fortalecer el papel de la victima en la búsqueda de su propia solución, de promover el dialogo como herramientas para la búsqueda de la paz jurídica y de devolverles el papel protagónico a victima-imputado. Pienso que con estas formas de resolver un problema, el Derecho Penal se aleja de la teoría tradicional absolutista de la pena, en donde ante la presencia de una infracción penal se tiene obligatoriamente que culminar con una sentencia condenatoria o absolutoria y cerrando con ello la posibilidad de apelar a nuevas alternativas de solución al conflicto penal.

El concepto de la búsqueda de la paz jurídica entre las partes es un nuevo ingrediente en el Derecho Procesal Penal y todas estas instituciones señaladas son mecanismos y posibilidades que ofrece el Código dentro de esta filosofía.





CAPÍTULO IV

4. La función mediadora en la justicia penal

4.1. Principio de oportunidad

El Proceso Penal es un conjunto de actos tendientes a la investigación y esclarecimiento de hechos punibles, con el fin de determinar la responsabilidad penal de las personas involucradas en tales delitos y establecer su culpabilidad o inocencia.

En Guatemala, el proceso penal se rige por un sistema acusatorio en donde el Estado, por el carácter social que reviste la realización de un hecho punible, es quien mediante sus órganos, tiene la facultad de perseguir y procurar la consecución de este proceso. Este sistema ha sido implementado en nuestro país desde hace más de diez años, el cual gira sobre el eje de principios y garantías que buscan la verdad por medios idóneos y la correcta aplicación de los medios necesarios para una sana aplicación de normas.

Dentro de este objeto y del cambio radical de las instituciones jurídicas penales, se ha introducido en Guatemala; figuras que anteriormente no habían sido consideradas, o bien no se les daba la importancia que ameritan, tendientes a colaborar con los principios que rigen al derecho procesal penal, permitiendo la celeridad y economía procesal, así como una mayor humanización dentro del proceso.

Estas figuras son denominadas por la doctrina como Alternativas a la prosecución del



proceso, las cuales se conciben como modos de auto-composición procesal, que tienen la misma eficacia que la sentencia, pero se originan, ya en la voluntad concorde de ambas partes, o bien en la declaración unilateral de una de ellas.

Esto quiere significar que al lado de la solución judicial de la litis, por el acto del juez, existe la solución convencional, mediante la cual las partes se elevan ellas mismas a jueces de sus respectivas peticiones y ponen fin al proceso, dejando resuelta la controversia con el efecto de cosa juzgada propio de la Sentencia. Esta institución que rige la ley adjetiva penal, comprenden la aplicación del principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional de la persecución penal, la admisión de los hechos y la delación.

Suele darse el caso de que en el curso de un proceso se susciten algunas situaciones que permiten tomar una decisión de fondo sin tener que agotar toda la vía jurisdiccional, porque resultaría innecesario, en este sentido lo que se busca es el fin práctico del proceso. Estos medios alternativos a la prosecución del proceso son formas anticipadas de terminación del proceso penal y definidas como situaciones que ponen fin al juzgamiento antes de la sentencia firme.

“El principio de oportunidad, llamado también para algunos autores como el principio de la discrecionalidad. Este principio ha sido acogido en diferentes ordenamientos jurídicos europeos principalmente en Portugal, Italia, España, pero es el sistema alemán quien lo ha regulado más detalladamente. En el derecho anglosajón, esta figura ha sido considerada como la regla y esta sustentada sobre la plea guilty: que significa confesión



dirigida a evitar el juicio y la plea bargaining: negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y de este modo, reducir o multar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado.”⁴⁸

Asimismo, la figura del principio de oportunidad ha sido acogida en nuestro país y su introducción al proceso penal guatemalteco atiende a diversas necesidades, ya que por una parte, este se fundamenta en razones humanitarias al considerar aquellas situaciones en donde el delito cometido y su eventual condena tengan un carácter insignificante que al llevar a cabo un procedimiento este sea innecesario y a que a su vez la pena aplicable sea desproporcionada con respecto al daño causado.

Por otra parte, desarrolla una política criminal, tendiente a simplificar y agilizar la administración de justicia penal, así como estimular la pronta reparación a la víctima y darle otra oportunidad de inserción social al que delinquiró.

La aplicación del principio de oportunidad, se convierte en la posibilidad que la ley brinda a los órganos encargados de perseguir el delito, fundamentalmente al Ministerio Público y a los tribunales, de abstenerse de perseguir a ciertos imputados en un proceso penal determinado.

El principio de oportunidad es una excepción a la regla, ya que este precepto constituye una excepción al principio de legalidad que establece la materialización del *ius puniendi* y el *ius persigendi* del Estado, es decir el Estado, bajo la premisa de este principio

⁴⁸ Pérez, Eric L. **Manual de derecho procesal penal**. Pág. 12.



tiene la facultad de calificar, perseguir y condenar el delito. Es el monopolio del Estado para conocer y resolver, de forma obligatoria, ineludible y excluyente, toda controversia derivada de la presunta comisión de un hecho punible. De lo antes expuesto, es que se considera el Principio de Oportunidad como una excepción al de legalidad, cuando se le da al Fiscal y al Juez la potestad de ejercer o no la acción penal.

Si bien es cierto, que la ley adjetiva penal otorga al Fiscal del Ministerio Público la posibilidad de solicitar autorización para prescindir total o parcialmente de la acción penal, en aplicación del Principio de Oportunidad; esta no se produce por el solo gusto de ese órgano, sino por el contrario para la procedencia de dicha solicitud, el Código Procesal Penal, en el Artículo 25 establece que deben ocurrir unos supuestos, los cuales expresamente señala y que son:

1. Si se tratare de delitos no sancionados con pena de prisión;
2. Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular;
3. En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años con excepción de los delitos tipificados en la Ley Contra la Narcoactividad.
4. Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima;



5. Que el inculpado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada;

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

Durante el trámite del proceso, aquellas personas no podrán ser sometidas a persecución penal respecto de los hechos de que presten declaración, siempre que su dicho contribuya eficazmente a delimitar la responsabilidad penal de los autores de los mencionados delitos bajo estricta responsabilidad del Ministerio Público, lo que se establecerá en la efectiva investigación del fiscal. En este caso, el juez de primera instancia está obligado a autorizarlo, aplicándose de oficio en esta oportunidad el sobreseimiento correspondiente.

La declaración se recibirá con observancia de los requisitos de la prueba anticipada, procediendo el agente fiscal que tiene a cargo la investigación a determinar la forma adecuada de presentación ante el juez respectivo. Si el fiscal tuviere que trasladarse, el juez de primera instancia que controla la investigación, con carácter urgente y conforme la ley, deberá en este caso, comisionar al juez competente que junto al fiscal deberá



trasladarse al lugar donde la persona, se encuentra para realizar la diligencia.

Es importante resaltar que el criterio de oportunidad a que se refieren los numerales del 1 al 5 del Artículo 25 del Código Procesal Penal no se aplicará a hechos delictivos cometidos por funcionario o empleado público con motivo o ejercicio de su cargo.

4.2. La función mediadora en la justicia penal

La mediación en el derecho penal constituye una manera de solucionar los conflictos desde una perspectiva conciliadora e integradora de todos los sujetos intervinientes en el proceso penal.

Frente a la forma tradicional en la que el sistema judicial administra y resuelve los enfrentamientos, a través de la mediación penal se intenta aportar una solución específica, evitando la burocratización de la respuesta procesal y promoviendo un acercamiento de las partes en el conflicto.

Se ha de recordar que el derecho penal (y por extensión la justicia penal) es la forma más grave e importante de intervención del poder estatal en la conflictividad social y por ello deberá ser el último recurso, la última vía (principios de intervención mínima y última ratio). Sin embargo, en ocasiones, el proceso penal suele ser el primer nivel al que se recurre en un conflicto, con lo que se produce o se genera una especie de inflación penal con evidentes e inevitables efectos negativos y perturbadores.



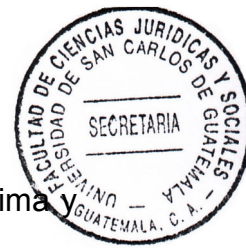
Desde hace ya bastante tiempo existe una utilización desorbitada y desmesurada del Derecho Penal que, sin embargo, no viene acompañada ni de una disminución efectiva de la criminalidad, ni de una sensación de seguridad subjetiva en los ciudadanos, ni de una mayor confianza en la administración de justicia, la cual suele ser percibida por gran parte de la ciudadanía como una institución ineficaz debido a una supuesta excesiva benevolencia.

El punto de partida de la mediación penal supone el reconocimiento por las personas implicadas en un hecho delictivo de la existencia de un conflicto, la consideración de sus causas reales y de sus consecuencias y la búsqueda de la fórmula más idónea para satisfacer sus intereses y necesidades.

Con la mediación se trata de que los verdaderos sujetos del conflicto adquieran el protagonismo que realmente les corresponde, implicándose de forma directa en el mismo. La mediación consiste, antes que nada, en oír y escuchar a la víctima y al acusado y a partir de ahí intentar conciliar o acercar posturas y promover una solución satisfactoria para ambos.

La mediación constituye, en definitiva, un valioso e importante instrumento para dar una solución efectiva a determinados litigios que con las clásicas herramientas utilizadas hasta la fecha por el sistema jurídico penal en lugar de resolverse se agravan y agudizan.

Entre los objetivos de la mediación se pueden sintetizar los siguientes:



- a. Contribuir al desarrollo y al establecimiento de una justicia penal más próxima y más cercana a las demandas de los ciudadanos, a sus intereses y a sus verdaderas necesidades.
- b. Ofrecer una respuesta y una solución pacificadora e integradora para la víctima, el victimario y toda la comunidad, atribuyendo a éstos un protagonismo, hasta ahora inexistente, en la regulación y solución de sus propios conflictos.
- c. Establecer mecanismos de coordinación con el aparato judicial y demás operadores de justicia (fiscales y abogados) a los efectos de encontrar adecuadas vías de análisis y solución.
- d. Promover y favorecer una cultura de paz, conciliación y entendimiento ante los conflictos frente al clásico modelo de enfrentamiento y confrontación que siempre ha regido en el ámbito del derecho penal, donde han existido dos partes (acusadores y acusados) claramente diferenciadas y con posturas adversas y enfrentadas por sistema, armonizando en la medida de lo posible los intereses contrapuestos de dichas partes.
- e. Ofrecer una alternativa a la clásica pena retributiva, de carácter no punitivo.

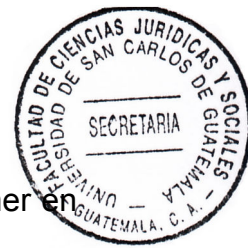
En relación con la víctima se pueden ser señalar además tres objetivos concretos: 1) la reparación o el resarcimiento del daño; 2) la recuperación del sentimiento de seguridad; y 3) la resolución de problemas asociados a la victimación secundaria derivados de las



reiteradas llamadas al proceso del ofendido al objeto de declarar en calidad de testigo.

Los presupuestos necesarios del proceso de mediación se resumen en los siguientes:

- a. Voluntad: es imprescindible que las partes acudan al proceso de mediación de forma voluntaria, sin ser forzadas y de manera absolutamente libre. El consentimiento inicial de las partes no condicionará su capacidad soberana de poner fin automáticamente a la mediación en curso por su propia y exclusiva decisión.
- b. Información: las partes deben estar perfectamente informadas del proceso de mediación, de todos sus derechos, alternativas, opciones y vías de solución, etc. Igualmente las partes pueden abandonar con plena libertad el proceso en cualquier momento, sin que ello suponga una merma o menoscabo de sus derechos ni de sus posibilidades o expectativas procesales.
- c. Inmediatez: el proceso debe desarrollar de forma ágil, evitando posturas obstruccionistas y el anquilosamiento o estancamiento de las posiciones de las partes. Por ello, es recomendable que comience lo más próximo en el tiempo al inicio de las acciones penales.
- d. Confidencialidad: ambas partes tienen que conocer la confidencialidad del proceso y la imposibilidad de trasladar al proceso penal los reconocimientos plasmados en el proceso de mediación, de forma que resulte salvaguardado el



principio de presunción de inocencia. El Equipo de Mediación debe mantener en todo momento el secreto de lo acordado.

En este sentido, conviene recordar que la presunción de inocencia, como derecho fundamental recogido en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República, exige que sólo puede adquirirse conocimiento válido para la condena mediante pruebas que se hayan practicado y desarrollado en el acto del juicio. Por ello, no se podrá aprovechar para la prueba, ni siquiera de manera indirecta, la información que proceda de dichos encuentros, ni el reconocimiento genérico sobre los hechos que pueda recoger el acta de acuerdos entre los interesados. En definitiva, no se podrá utilizar en la actividad probatoria la participación voluntaria del inculpado en la mediación como un hecho indiciario.

Los mediadores (y demás operadores de justicia) deben regirse por un principio de neutralidad. Han de intentar acercar o aproximar a las partes, evitando de cualquier forma inclinarse o adherirse por una de ellas o adoptar una posición parcial o favorable a cualquiera de las mismas.

El Juez junto al resto de los llamados operadores o agentes del sistema de justicia penal desempeña, como no puede ser de otro modo, una importante función en todo el proceso de mediación, pues con todos ellos colabora y coadyuva a que el proceso de mediación se inicie, se desarrolle y concluya por cauces y parámetros satisfactorios para todas las partes implicadas en el conflicto.



Una de las primeras y más importantes funciones que desempeña el Juez (tanto en la mediación llevada a cabo en la fase de instrucción como en la que se desarrolla en el período de enjuiciamiento) es la selección o determinación de los asuntos penales que pueden ser derivados a mediación. Dicha función principal no constituye un obstáculo.

Para realizar esta especie de selección se han de establecer una serie de criterios apriorísticos, aunque en cualquier caso éstos no han de ser rígidos o absolutos. Es decir, se pueden establecer unas líneas de actuación en orden a la selección con carácter previo de los asuntos susceptibles de mediación pero sin que exista inconveniente en ir variándolas o acomodándolas en función de las particularidades de cada caso concreto.

En cuanto a los criterios de selección, por un lado puede ser importante el tipo o la naturaleza de cada delito penal, pero junto a ello se ha de tener en cuenta de manera fundamental la viabilidad que cada supuesto concreto presenta en función de sus particulares circunstancias. Lo importante es que el caso concreto se ajuste o acomode a las condiciones necesarias para la óptima realización de la mediación.

Resulta fundamental para conseguir los fines pretendidos con la mediación que las personas que van a protagonizarla reúnan las condiciones necesarias, tanto en función de sus capacidades personales como de la situación personal en la que se encuentren. Además, es conveniente que se trate de hechos flagrantes o que al menos existan importantes indicios de criminalidad, pues no parece conveniente intentar la mediación cuando el presunto infractor (imputado o denunciado) desde el primer momento ha



negado de forma tajante y rotunda su participación en los hechos delictivos.

No existe problema para aplicar el proceso de mediación a personas reincidentes, pues la primariedad delictiva no puede constituir un requisito (por los propios objetivos de la mediación). Asimismo, la intervención mediadora se podrá aplicar con independencia de la nacionalidad de los implicados e incluso de la situación administrativa (regular o irregular) del autor de los hechos.

En cuanto a la posibilidad de que las víctimas sean menores o incapaces, no se puede rechazar la mediación de plano con los mismos, sino que la cuestión habrá de depender del concreto grado de incapacidad y de la edad. Por ejemplo, considero que a partir de los 16 años un menor tiene la suficiente madurez y capacidad de discernimiento para participar en el proceso. En todo caso, tanto menores como incapaces habrán de estar asistidos de sus padres o representantes legales. Sí cabría excluir la mediación en los supuestos que menores o incapaces fueran parientes o familiares del autor de los hechos para evitar conflictos de lealtades.

La mediación también es posible en los supuestos en los que haya dos o más personas tanto en la posición de víctima como en la de imputado/denunciado, al margen de que el proceso mediador adquiera mayor complejidad.

También se pueden plantear problemas, desde la perspectiva de los objetivos a alcanzar, en aquellos hechos delictivos que no han producido un daño o menoscabo material (delitos en grado de tentativa, por ejemplo, robos o hurtos en los que la víctima



ha recuperado los objetos o efectos sustraídos), si bien se podría recurrir a una especie de reparación simbólica. En los hechos cometidos por imputados indigentes, sin recursos ni capacidad económica (podría funcionar las reparaciones a favor de la víctima o de la comunidad) o en los supuestos en los que el perjudicado es una persona jurídica (grandes almacenes).

Pero en cualquier caso, a la hora de seleccionar un asunto no importa tanto la gravedad en sí del delito sino que el proceso de mediación sea factible, que existan posibilidades, al menos, de intentarlo y que pueda cumplir con los objetivos de la justicia restaurativa, es decir, restablecer las relaciones sociales dañadas y contribuir a la pacificación social.

El Juez en el proceso de mediación desempeña una función determinante porque debe, en todo momento, controlar que el proceso se desarrolle por los cauces legales y velar porque se respeten los derechos y los intereses de las partes en conflicto, evitando que alguna de ellas pueda sufrir cualquier clase de indefensión. También debe controlar que el Acta faccionada al finalizar la conciliación, no incorpore acuerdos lesivos para ninguna de las partes.

En el juzgado, sea de paz o de instancia penal, la mediación se puede realizar con una infracción constitutiva de delito o bien constitutiva de falta.

El momento procesal oportuno para decidir si se ha de derivar un proceso a mediación entendemos que es el más próximo en el tiempo. Así, una vez que se han practicado las diligencias mínimas indispensables para la investigación penal (declaraciones en



sede policial y judicial del agresor y de la víctima) y se ha llevado a cabo cualquier otro elemento necesario para un correcto encuadre jurídico de los hechos (informe del médico forense, informe periciales) corresponde al titular del Juzgado decidir si el asunto puede ser remitido a mediación.

La decisión de derivarlo a mediación puede ser adoptada de oficio bien por el propio Juez o bien a instancia de cualquiera de las partes interesadas (los sujetos del conflicto), del Ministerio Público o del propio equipo de mediación.

Resulta necesario e indispensable que antes de derivarlo a mediación, al menos, se haya escuchado a las personas directamente implicadas en el asunto (básicamente presunta víctima y presunto infractor) y así se pueda conocer cuáles son sus concretas pretensiones y alegaciones.

Tras recibir declaración al presunto responsable de los hechos en calidad de imputado y practicado el ofrecimiento de acciones a los posibles perjudicados, cabe la posibilidad que en ese mismo instante el Juez, tras una ponderación y análisis de las circunstancias, ofrezca a las partes, de manera oral, que estarán asistidas de sus respectivos Abogados, la posibilidad de llevar a cabo la mediación e informarles de manera sucinta sobre las pautas básicas del proceso de mediación.

Si la decisión de someter el proceso a mediación se acuerda en un momento ulterior, el Juzgado, siempre apegado a la ley, remite el expediente a adonde proceda. También se les explica de manera clara y comprensible que dicho proceso es totalmente libre y



voluntario y que serán los profesionales del equipo de mediación quienes se pondrán en contacto con ellos a fin de dar explicaciones más detalladas y concretar su participación.

Como decimos, no existe inconveniente en que esta primera información se lleve a cabo ante el juez contralor. Una vez recibida declaración a la víctima y al acusado, con la presencia de sus respectivos abogados, o al menos informarles de manera somera sobre la posibilidad de derivar la causa a mediación.

A continuación se desarrolla el proceso de mediación strictu sensu (Artículo 25 Quáter del Código Procesal Penal). Dicho proceso no está sujeto a plazos perentorios, aunque en cualquier caso no conviene prolongarlo de forma excesiva en el tiempo. El Equipo de mediación contacta con las partes y a continuación llevará a cabo una sesión individual con cada una de ellas, a efecto de que manifiesten su conformidad para participar en la medicación.

Realizados los diálogos y conversaciones pertinentes, si las partes alcanzan un acuerdo común se redacta un acta en el que se plasma el acuerdo que llevará implícito normalmente un plan de reparación.

Si los encuentros y conversaciones concluyen sin acuerdo, el equipo de mediación comunicará esta circunstancia al juzgado y al Ministerio Público, respetando en todo caso la confidencialidad de lo tratado.



En esta fase de instrucción, si no existe acuerdo el procedimiento penal continuará por sus trámites ordinarios. Si existe acuerdo, basado en la aceptación por el imputado de los hechos objeto de la denuncia, desde un punto de vista procesal se puede encauzar de varias formas.

En este sentido, habida cuenta que la mediación para la reparación del daño es un procedimiento alternativo, por razones de lógica y de economía procesal se ha de atender a ciertos criterios de selección de los procedimientos sometidos a mediación. Como criterio prioritario entendemos que se ha tener en cuenta la existencia de un conflicto previo entre las partes que merezca especialmente un proceso conciliador que garantice la resolución del concreto conflicto de manera estable y permanente

En el Juzgado de lo Penal las posibilidades de llevar a cabo la mediación disminuyen, pues hemos de descartar los supuestos en los que las posiciones de las partes están ya muy anquilosadas o enquistadas o son muy dispares, cuando existen peticiones de responsabilidad civil o de resarcimiento del daño muy elevadas. Tampoco parece en principio adecuado cuando las partes ejercen la acusación particular (aunque éste no es un dato definitivo) o cuando las partes han adoptado a lo largo de la fase de instrucción una postura procesal muy combativa (a través de constantes recursos o impugnaciones).

En el supuesto que cualquiera de las partes no se muestre favorable a la mediación, el Equipo remite al Juzgado un informe comunicando el intento infructuoso. En cambio, si se alcanza un acuerdo, el Equipo presenta en el Juzgado un Acta, la cual el juez



homologará, según el Artículo 25 Quáter.

No obstante, también cabe la posibilidad de apreciar una especie de reparación simbólica cuando no haya daño material que resarcir o bien cuando la propia víctima haya renunciado expresamente a cualquier tipo de indemnización. Esta reparación simbólica puede resultar especialmente alentadora para las víctimas. Con ella se persiguen objetivos emocionales y sociales como la recuperación de la dignidad de la persona ofendida, el restablecimiento o la mejora de la sensación de seguridad, la disminución de los niveles de ansiedad y la liberación del miedo producido por el delito.





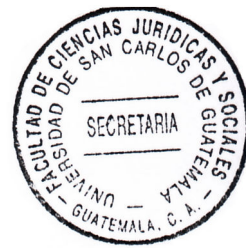
CONCLUSIONES

1. La función sancionadora y persecutora del Estado, ha evolucionado a lo largo de la historia en función de los cambios socioculturales, económicos y políticos, pasando de una visión de venganza estatal, hacia una concepción determinada por los derechos humanos y los principios humanistas, lo cual se evidencia en el predominio actual del derecho penal reparador.
2. El derecho penal resarcitorio o reparador únicamente es posible en un Estado democrático de derecho, puesto que es éste el que se fundamenta en el humanismo, desarrollado y protegido dentro de la norma constitucional, la cual es base fundamental del garantismo que informa a las teorías modernas del derecho penal.
3. La mediación, como alternativa a la persecución penal, contribuye a la humanización del derecho penal, al descongestionamiento judicial penal, incidiendo directamente en el logro de la paz social, puesto que la víctima puede encontrar la justicia reparadora pronta y cumplida, satisfaciendo sus demandas y permitiendo que el agresor se reivindique.



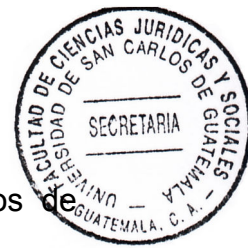
4. La mediación es fundamental en la solución de los conflictos de carácter civil, mercantil, laboral y también penal; no obstante, es una regla común en todas las legislaciones que se excluya a los delitos graves o de alto impacto social, puesto que la mediación es una alternativa ante casos de bagatela y no un medio para fomentar la impunidad.

5. La función persecutora del derecho penal, despersonaliza la responsabilidad del infractor ante el sujeto pasivo del delito, situación que degenera en más conflictos sociales entre la víctima con el delincuente y sus familias, respectivamente. Con excepción de los delitos de alto impacto social, la función mediadora del derecho penal guatemalteco, busca resarcir a la víctima e incidir en la paz social.



RECOMENDACIONES

1. La Corte Suprema de Justicia, debe fortalecer la función mediadora de los juzgados a nivel nacional, especialmente en los de paz penal, para que la población que se vea afectada por delitos de bagatela o de poca trascendencia social, tengan una reparación o resarcimiento de los daños que le hayan infligido de manera pronta y cumplida.
2. El Ministerio de Educación, debe implementar cursos prácticos de mediación y resolución alternativa de los conflictos escolares en todos los niveles hasta el diversificado, tanto en la educación pública como en la privada; fomentando con ello, la cultura del diálogo y la negociación para que, acudir a los tribunales sea la última instancia.
3. El gobierno de Guatemala, a través de la Secretaría de la Paz, debe promover, desarrollar y asegurar campañas multilingües de concientización hacia la población para que asuma como propios los mecanismos alternativos de solución de conflictos y reducir de esa manera las formas violentas de dirimir sus disputas.



4. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, debe impartir cursos de formación mediadora de conflictos a sus colegiados; para que éstos, en su ejercicio profesional, orienten a sus patrocinados a priorizar en los casos que la ley lo permita, la mediación como solución alternativa de conflictos y de la acción penal.

5. El Congreso de la República de Guatemala, debe llevar a cabo las reformas necesarias del derecho penal y procesal penal vigente; a manera de que la víctima y sus derechos, sea el personaje central en cuyo alrededor gire la solución del conflicto; estableciendo como etapa previa dentro del procesamiento penal, la mediación y la reparación de los daños y perjuicios causados a la víctima.



BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA, César. **De los delitos y de las penas**. Barcelona, España. Ed. Atalaya, 1994.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 1997.
- CÓRDOBA ANGULO, Miguel. **El principio de culpabilidad**. En Revista temas jurídicos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Mayo de 1993.
- DE LEÓN, Dubina. **El derecho penal como rehabilitador**. Guatemala, Guatemala. Ed. Vile, 1993.
- DE LEÓN VELÁSICO, Héctor Aníbal. **Resúmenes de derecho penal**. Guatemala, Guatemala. Ed. Universitaria, 1984.
- DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala. Ediciones Superiores, 1990.
- DE MATA VELA, José Francisco. **El delito eje fundamental del derecho penal**. Guatemala, Ed. Superiores, 1983.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**. Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Ed. Trota. 1997.
- GUTIÉRREZ PÁEZ, Estuardo. **Los derechos humanos y la medicina**. Temis. 1989.
- HURTADO AGUILAR, Herman. **Derecho penal compendiado**. Guatemala, Ed. Landívar, 1974.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia. **Introducción a la imputación objetiva**. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 1996.
- LÓPEZ M. Mario R. **La práctica procesal penal en el procedimiento preparatorio**. Guatemala, Ed. Ediciones y Servicios, 1997.



LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso práctico de derecho penal**. Ed. Legis. 2003.

LLOBERT RODRÍGUEZ, Javier. **Proceso penal comentado**. Ed. Investigaciones Jurídicas. Costa Rica, 1998.

PAR USEN, José Maynor. **Elementos de derecho penal**. Guatemala, Ed. Magna Terra, 2002.

PÉREZ, Eric L. **Manual de derecho procesal penal**. Ed. Bolivariana. Caracas, 2000.

PITCH, Tamar. **Teoría de la desviación social**. México. Editorial Nueva Imagen, 1980.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal**. España, Ed. Pirámide, 1996.

REYES ALVARADO, Yesid. **Imputación objetiva**. Bogotá. Temis 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho penal alemán, parte general**. Madrid. Civitas 1999.

VARIOS AUTORES. **Diccionario jurídico Espasa**. 34^a. ed. Ed. Espasa Calpe, S.A. Madrid, España, 1997.

Legislación:

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

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

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