

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

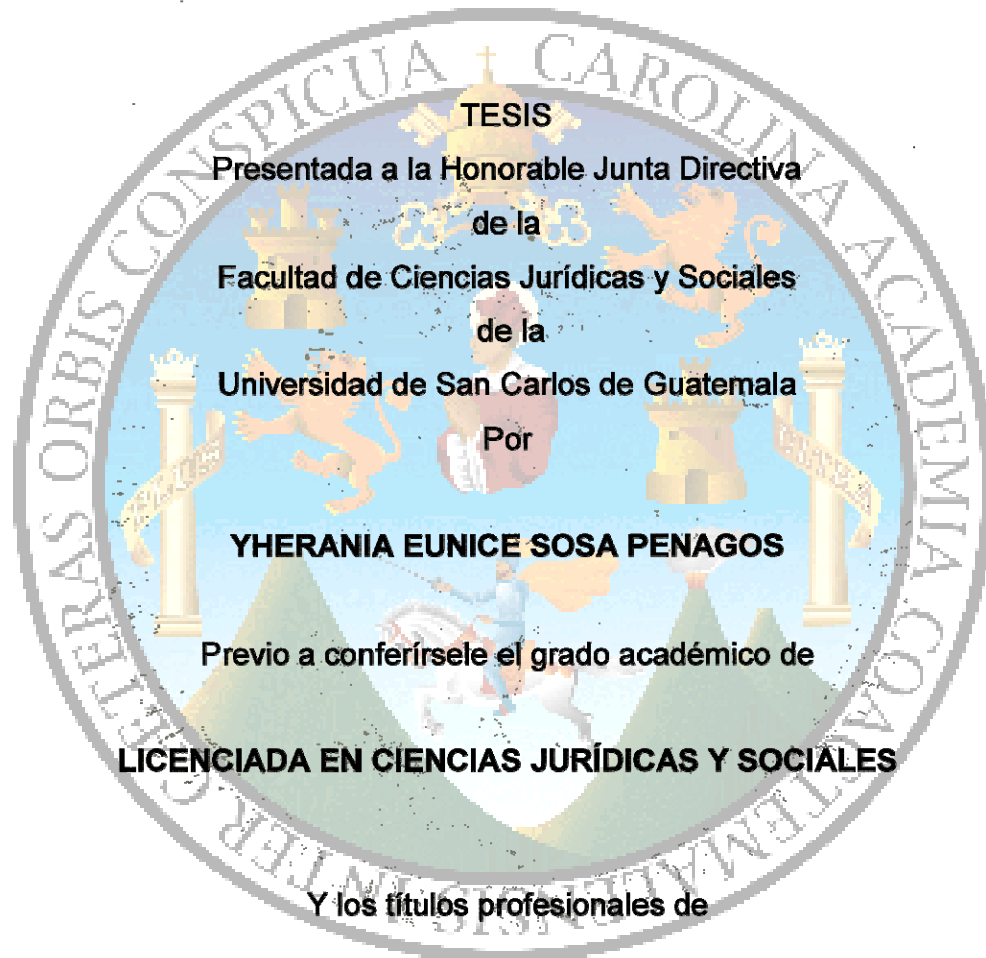
**EL LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS DE ARRAIGO Y  
EMBARGO EN LA CLAUSURA PROVISIONAL DEL PROCEDIMIENTO Y LA  
INSEGURIDAD DE LA PERSECUCIÓN PENAL**

**YHERANIA EUNICE SOSA PENAGOS**

**GUATEMALA, MAYO de 2010.**

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

**EL LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS DE ARRAIGO Y  
EMBARGO EN LA CLAUSURA PROVISIONAL DEL PROCEDIMIENTO Y LA  
INSEGURIDAD DE LA PERSECUCIÓN PENAL**



**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, Mayo de 2010.



**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. Mario Estuardo León Alegría  
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciriaiz Estrada  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. César Augusto Conde Rada  
Vocal: Licda. Dora René Cruz Navas  
Secretario: Lic. Héctor Ricardo Echeverría Méndez

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Ronald David Ortiz Orantes  
Secretario: Lic. Carlos Humberto de León Velasco  
Vocal: Lic. Rodolfo Giovanni Celis López

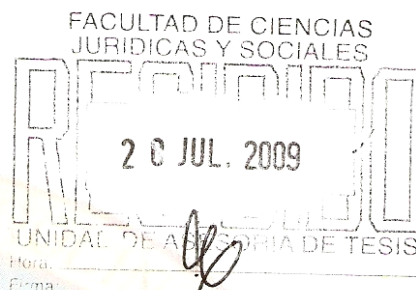
**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LICENCIADA  
CLAUDINA MIRTALA MIRANDA BALCAZAR  
ABOGADA Y NOTARIA



Guatemala, marzo 23 de 2009.

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



Respetable Licenciado:

Por nombramiento emanado de esa Unidad de Tesis según providencia de fecha treinta de octubre de dos mil ocho, se me nombró como asesora del trabajo de tesis de la estudiante YHERANIA EUNICE SOSA PENAGOS, intitulado "EL LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS DE ARRAIGO Y EMBARGO EN LA CLAUSURA PROVISIONAL DEL PROCEDIMIENTO Y LA INSEGURIDAD DE LA PERSECUCIÓN PENAL".

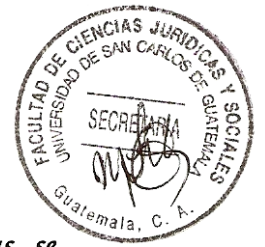
A la estudiante en mención se le brindó la asesoría adecuada a este tipo de trabajo, de conformidad con los altos fines de excelencia académica y profesional que persigue nuestra casa de estudios. La investigación documental que se realizó, tanto de autores nacionales como extranjeros se hizo buscando incluir las fuentes más actualizadas de las que se disponen en nuestro medio. Es motivo de particular satisfacción al asesorar el presente trabajo el percatarme de lo innovador, actual y relevante del problema escogido por la bachiller Sosa Penagos, pues la víctima en el proceso penal históricamente ha sido relegado a un papel de cenicienta, que en los últimos años, la doctrina y las legislaciones se esfuerzan por reivindicar. En el capítulo I se trata el tema de las nociones fundamentales de la Víctima desde la óptica del derecho penal, y entre estas se aborda sus antecedentes, definición, tipos, y lo relacionado con elementos básicos de la victimología.

En el capítulo II, la ponente desarrolla el tema de la responsabilidad civil derivada del delito, y desarrolla institutos básicos como el daño y el perjuicio, que son necesarios para entender el problema a investigar vinculado con la desprotección y falta de resarcimiento que la víctima directa o colateral puede sufrir al momento de que el Ministerio Público como encargado de la persecución penal utiliza inadecuadamente la clausura provisional. En el capítulo III donde se aborda el objeto central de esta tesis se examina en un principio el

BUFETE JURÍDICO

AVENIDA REFORMA 8-60 ZONA 9, "EDIFICIO GALERIAS REFORMA" OFICINA 702.  
TORRE II. 7º. NIVEL. TELEFONOS: 23325999-23325988 email: licmirandab.yahoo.com

LICENCIADA  
CLAUDINA MIRTALA MIRANDA BALCAZAR  
ABOGADA Y NOTARIA



*proceso penal acusatorio en Latinoamérica con énfasis en los derechos de las víctimas, se procede luego a analizar el proceso penal guatemalteco, con especial desarrollo de las medidas de coerción y el papel del agraviado en el mismo para concluir con el análisis del instituto que es el punto medular de esta investigación como lo es el de la clausura provisional, su uso y los riesgos que involucra para las víctimas su inadecuada aplicación.*

*El trabajo realizado posee un excelente contenido técnico y científico, con una metodología basada en el uso del método científico, utilizando técnicas de investigación documental, bibliográfica, la observación y otros. Se utilizó la metodología pertinente con una redacción clara y de manera práctica, para la fácil comprensión del lector; en su elaboración se utilizó bibliografía de autores nacionales e internacionales en materia de Derecho Penal y Procesal Penal, arribando a conclusiones y recomendaciones importantes que deben ser tomadas en cuenta por los estudiosos en Derecho.*

*Por todo lo anteriormente expuesto, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, por considerar que el trabajo presentado contiene los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que puede ser sometido a la revisión correspondiente para que oportunamente sea presentado para su defensa en el examen público de Tesis.*

*Sin otro particular me es grato suscribirme,*

*Atentamente,*

*Licenciada*

*Claudina Mirtala Miranda Balcazar  
Abogada y Notaria  
Colegiada No. 6127*

**LICENCIADA**  
**CLAUDINA MIRTALA MIRANDA BALCAZAR**  
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

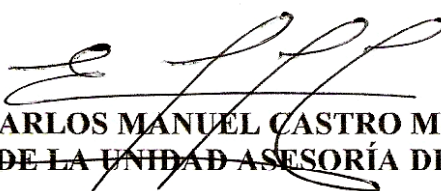
Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.

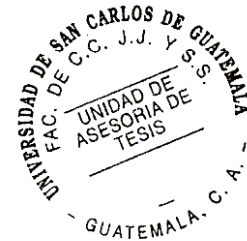


UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiuno de julio de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HÉCTOR MANFREDO MALDONADO MÉNDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante YHERANIA EUNICE SOSA PENAGOS, Intitulado: "EL LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS DE ARRAIGO Y EMBARGO EN LA CLAUSURA PROVISIONAL DEL PROCEDIMIENTO Y LA INSEGURIDAD DE LA PERSECUSIÓN PENAL".

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/nmmr.

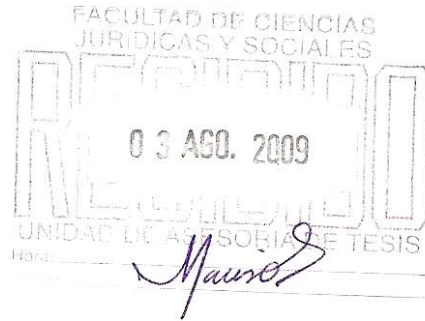
Lic. Héctor Manfredo Maldonado  
1 calle "B" 15-63 zona 8  
Tel.55171391



Guatemala 03 de Agosto de 2009

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Ciudad Universitaria



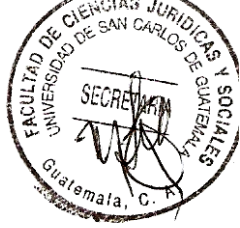
Licenciado Castro Monroy:

Me es grato informarle que en cumplimiento a la providencia emitida por esa Unidad de Tesis en donde se me nombra como Revisor de tesis de la Bachiller **YHERANIA EUNICE SOSA PENAGOS**, para realizar las revisiones y anotaciones correspondientes al trabajo de tesis intitulado: **"EL LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS DE ARRAIGO Y EMBARGO EN LA CLAUSURA PROVISIONAL DEL PROCEDIMIENTO Y LA INSEGURIDAD DE LA PERSECUCIÓN PENAL"**.

A este respecto me permito manifestar que el trabajo realizado por la Bachiller Sosa Penagos, fue desarrollado utilizando técnicas de investigación documental, bibliográfica y la observación, así también se hizo uso de la teoría de la accesoriedad para determinar el origen y desarrollo de diversas instituciones del Derecho Penal, y de igual forma el presente trabajo ha sido realizado con una metodología basada en el uso del método científico. Así pues, en dicha investigación se analizaron en forma jurídica y doctrinaria conceptos e instituciones ligadas a la clausura provisional, así como los supuestos para el levantamiento de las medidas coercitivas, haciendo una comparación de la legislación guatemalteca con la legislación de los países más importantes de América Latina y Europa, y sobretodo las diversas razones por la cuales surge la inseguridad de la persecución Penal al momento de otorgarse la clausura provisional del procedimiento, de conformidad con el Código Procesal Penal vigente.

Es por ello que en mi opinión la investigación realizada, posee en cuanto al contenido científico y técnico, un excelente aporte, ya que desarrolla la importancia del análisis jurídico de la clausura provisional en el procedimiento preparatorio en el proceso Penal guatemalteco. Asimismo, el trabajo posee una redacción clara y de manera práctica, para facilitar la comprensión del lector; en su elaboración se utilizó bibliografía de importantes autores tanto nacionales como internacionales en materia de Derecho Penal, Procesal Penal y Derechos Humanos.

**Lic. Héctor Manfredo Maldonado**  
1 calle "B" 15-63 zona 8  
Tel.55171391



Finalmente se elaboraron la conclusiones y recomendaciones que se consideraron pertinentes, en virtud de la investigación realizada, las cuales en mi opinión son importantes y las mismas deben ser tomadas en cuenta por los estudiosos en Derecho, debido a su gran aportación en materia del Derecho Penal y Procesal Penal en nuestro país.

Así mismo procedí a realizarle algunas modificaciones de forma y de fondo con el único objeto de mejorar el contenido de la investigación. Por tal motivo considero que el trabajo correspondiente llena los requisitos del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público estimando que el mismo puede ser aprobado, para los efectos consiguientes, emitiendo el presente **DICTAMEN FAVORABLE**.

Sin otro particular, con muestra de respeto y deferencia me es grato suscribirme.

Licenciado  
HECTOR MANFREDO MALDONADO MENDEZ  
Abogado y Notario

**Lic. Héctor Manfredo Maldonado Méndez**  
Abogado y Notario  
Colegiado 5251

RETIVO



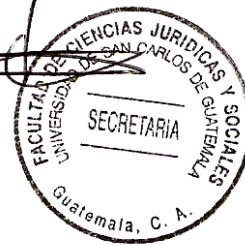
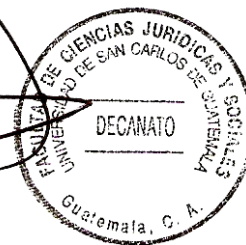


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

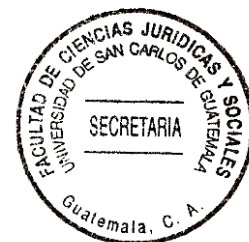
Guatemala, dos de marzo del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante YHERANIA EUNICE SOSA PENAGOS, Titulado EL LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS DE ARRAIGO Y EMBARGO EN LA CLAUSURA PROVISIONAL DEL PROCEDIMIENTO Y LA INSEGURIDAD DE LA PERSECUCIÓN PENAL. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



## DEDICATORIA



- A DIOS: Padre, gracias por permitirme que este momento llegara. Pero, sobre todo, por sostenerme siempre con tus manos, y no dejarme caer aún en los momentos más difíciles.
- A MIS PADRES: José Lino Sosa León y Silvia Eugenia Penagos, (+) por darme el regalo más grande: la vida. Para ustedes y por ustedes, mi triunfo.
- A MIS ABUELOS: Valeriano Sosa, (+) Martha Penagos (+) y Cecilia León, (+), Por sus cuidados y sabios consejos.
- A MI HERMANO: Marco Vinicio Sosa, por compartir conmigo esta alegría.
- A MIS TIOS: Haydé Sosa, Lucía Sosa, Antolina Sosa, Lilian Sosa, Miriam Sosa, Maribel Sagastume y Marvin Díaz. Por estar a mi lado en esta difícil pero satisfactoria etapa de mi vida.
- A MIS PRIMOS: Walesca, Astrid, María José, Luis Fernando, Luis Eduardo, Franklin, Martita, Alex Estiv, Manuel Edgardo, José Omar, Abigail y Fernandito. Espero que mi logro sea ejemplo y motivación en sus futuras carreras universitarias.

T



A MIS AMIGOS:

Mariluz Ruano, Vilma de la Cruz, Mariela Escobar, Luis Arévalo, Gabriel Pedro, Samuel Velásquez, Lucrecia López, Sara Quintana, Ronaldo Escobar y Walter Rivera, por brindarme día con día su amistad, cariño y apoyo incondicional.

A LOS ABOGADOS:

Juan Miguel Noguera, Edgar Castillo, Omar Barrios, Héctor Manfredo Maldonado, Mirtala Miranda. Ya que a través de sus enseñanzas y experiencia, hoy culmino una etapa fundamental. Especialmente al Licenciado Hugo Jáuregui, por toda la ayuda y dedicación brindada a lo largo de mi preparación académica y, por sobre todo, creer siempre que lo lograría.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por permitirme morar en sus aulas del saber y la enseñanza, y de esa manera obtener el privilegio de ser una más de sus profesionales.

A:

Usted Por su presencia, muy agradecida.

R



## ÍNDICE

	Pág.
Introducción .....	i

### CAPÍTULO I

1. Nociones fundamentales de la víctima.. .....	1
1.1 Antecedentes históricos de la víctima en el derecho penal.....	3
1.2 Definición de víctima .....	19
1.3 Tipos de víctimas .....	21
1.3.1 Benjamín Mendelsohn (1940).....	22
1.3.2 Hans Von Hentig (1948/57) .. .....	23
1.3.3 Elías Neuman .....	25
1.3.4 Luís Jiménez de Asúa .. .....	28
1.4 Victimología .....	32
1.5 Victimización primaria y secundaria.....	32
1.5.1 Derecho penal y su relación con la víctima.....	36
1.6 El papel de la víctima en el moderno sistema procesal acusatorio.....	38
1.6.1 Normas internacionales relativas a la protección de las víctimas del delito y del abuso de poder.....	38
1.7 El papel de la víctima en la justicia restaurativa.....	56
1.7.1 Un sistema de justicia totalmente represivo que debe dar cabida a la justicia restaurativa .....	56
1.7.2 Declaración de principios básicos sobre utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal.....	58

### CAPÍTULO II

2. Responsabilidad civil derivada del delito.....	63
2.1 Definición general del tema.....	64
2.1.1 Concepto de daño y perjuicios .....	70



	<b>Pág.</b>
2.1.2 Concepto de hecho ilícito .....	71
2.1.3 Concepto de hecho ilícito civil .....	72
2.1.4 Importancia del tema .....	75
2.1.5 Delimitación de la responsabilidad .....	77
2.1.6 Formas de la reparación.....	78
2.2 Los hechos ilícitos generan responsabilidad civil .....	79
2.2.1 Los hechos ilícitos generan responsabilidad por hechos de terceros.....	91
2.2.2 Menores, incapaces, alumnos y discípulos.....	93
2.2.3 Empleados, dependientes o representantes legales.....	100
2.2.4 Servidores públicos.....	106
2.3 Cumplimiento de la responsabilidad civil por hechos ilícitos .....	116
2.3.1 La relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño....	116

### **CAPÍTULO III**

3. El proceso penal guatemalteco, la víctima dentro del proceso y su situación en la aplicación de la clausura provisional.....	127
3.1 El desarrollo histórico de la posición del ofendido en el derecho procesal penal Latinoamericano.....	127
3.2 Concepción fundamental del derecho procesal penal Latinoamericano .....	129
3.3 El proceso penal ordinario en Guatemala.....	131
3.3.1 Aspectos generales del proceso.....	131
3.3.2 Las medidas cautelares .....	146
3.4 Principio de oportunidad y mecanismos alternativos al proceso penal.....	158
3.5 Actos conclusivos del periodo preparatorio.....	160
3.5.1 La solicitud de apertura a juicio mediante la presentación de la acusación.....	170



**Pág.**

3.5.2 Requisitos de contenido de la Acusación.....	171
3.5.3 Sobreseimiento.....	178
3.6 La Posición de la víctima con la aplicación de la clausura provisional.....	191
CONCLUSIONES.....	193
RECOMENDACIONES.....	195
BIBLIOGRAFÍA.....	197



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se elabora atendiendo al interés que se debe tener para reformar el artículo 331 del Código Procesal Penal; ya que al momento de abordar su uso de este acto conclusivo dentro del proceso penal, se logró percibir que existe deficiencia, o vacío legal en cuanto a la fase intermedia del proceso; porque al decretarse este, se realiza el levantamiento de todas las medidas de coerción que se habían decretado contra el procesado, principalmente la de arraigo ya que da oportunidad a éste de que abandone el país y como consecuencia no se pueda continuar el procedimiento, ni obtener una sentencia condenatoria que permite no solo satisfacer la responsabilidad penal sino también, obtener un pronunciamiento sobre las responsabilidades civiles, si se ejercitó conjuntamente, o iniciar la acción civil por la vía legal correspondiente, y el embargo, que da oportunidad al sindicado de enajenar sus bienes, para evadir el pago la responsabilidad civil. Asimismo el problema fue enfocado desde el punto de vista jurídico, bajo la hipótesis de que es necesario mantener vigentes las medidas de coerción de embargo y arraigo, durante un tiempo prudencial posterior de dictada la clausura provisional dando así mejor oportunidad de administrar justicia.

En tal sentido los objetivos que motivan esta tesis son: determinar que el imputado puede evadir la acción de la justicia cuando se levantan todas las medidas coercitivas, y se da la clausura provisional del procedimiento; determinar que al declarar la clausura provisional del procedimiento y levantar las medidas de coerción de arraigo y embargo, se da oportunidad al sindicado para que abandone el país y evada la persecución penal y enajene sus bienes; analizar los parámetros para modificar el Artículo 331 del Código Procesal Penal, para extender el levantamiento de las medidas coercitivas de arraigo y embargo cuando se declare la clausura provisional del procedimiento.

Dentro de este análisis se ha tratado de abordar a la víctima, al acusado, al tercero civilmente demandado y, al actor civil de una manera amplia y así determinar claramente qué papel ocupa cada uno de ellos dentro del proceso penal guatemalteco,



al momento de llevarse a cabo, por lo que se decidió dar un desglose amplio del estudio de la solicitud que realiza el Ministerio Público al requerir la clausura provisional para determinar si realmente ayuda al fortalecimiento de la justicia penal guatemalteca; o bien, sí sólo permite que siga congestionando de procedimientos los tribunales de justicia.

Para una mayor comprensión, el trabajo ha sido dividido en tres capítulos: en el primero, se hace un análisis histórico de la víctima y cómo se mantiene su estado hasta nuestros días; en el segundo, la responsabilidad civil del delito; en el tercero, se analiza el proceso penal guatemalteco, la víctima dentro del proceso y su situación en la aplicación de la clausura provisional, así como también el desarrollo histórico de la posición del ofendido en el derecho procesal penal latinoamericano.

En tal sentido se hizo uso de la Teoría de la Accesoriedad, siendo esta la que somete lo accesorio a lo principal en su origen, permanencia y extinción. Esta teoría se utilizó para analizar las causas que motivan al Ministerio Público para solicitar la Clausura Provisional. Además se utilizó la Teoría de Causalidad, que es la que en materia de responsabilidad civil o penal, concreta el origen a una relación inmediata o a una cadena de determinaciones, y también se hizo uso del Método Científico, tanto para la investigación inicial como para el desarrollo del presente trabajo de investigación en todas sus etapas.

En virtud de lo anterior el presente trabajo busca que el Ministerio Público realice una investigación más efectiva, para lo cual se hace necesario reformar el Artículo 331 del Código Procesal Penal en el sentido de que se amplíe el plazo a tres meses para levantar las medidas coercitivas de embargo y arraigo cuando se otorgue la clausura provisional del procedimiento, pero velando para que por ningún motivo se violen las garantías que otorga la Constitución Política de la República de Guatemala a los procesados por la posible comisión de un hecho delictivo; solamente se pretende que el sindicado no evade la justicia y abandone el País, burlando así la persecución penal; o bien que enajene sus bienes y evade el pago al que podría a ver quedado sujeto.





## CAPÍTULO I

### 1. Nociones fundamentales de la víctima

En virtud de que el tema central de este trabajo versa sobre la situación en que queda la víctima cuando se otorga la clausura provisional a favor de un procesado.

La legislación al reglamentar los delitos ha puesto especial énfasis en la persona que realiza la conducta ilícita, y en la conducta misma, así como en las consecuencias, es decir, la pena que deberá sufrir el autor del delito, dejando en segundo plano a la víctima de la infracción y en algunos casos incluso la ha dejado en el olvido.

La víctima es protagonista principal del conflicto social que constituye el delito, como lo es el autor, es por ello que no se puede llegar a una solución integral del problema sino se permite una amplia participación de ambas partes.

La víctima puede ejercer una influencia determinante sobre el inicio del proceso penal, en su desarrollo y su resultado final. Es primordial el papel de la víctima al denunciar los delitos, sobre todo en aquellos casos que requieren denuncia de parte interesada para que las autoridades puedan iniciar la investigación. Asimismo, en los casos de delitos que se persiguen de oficio, el papel de la víctima o de otros denunciantes es fundamental, pues la gran mayoría de las investigaciones realizadas por las autoridades se inician gracias al aviso de la ciudadanía.



Por esto la víctima es un importante agente informal del control del delito, no solamente en su decisión de denunciar, sino en su persistencia para lograr que la denuncia siga su curso, influyendo en la justicia, desde su decisión de presentar o no la denuncia, o habiéndola presentado, su determinación de continuar con el proceso, presentando pruebas, presentando impulsos procesales para que las actuaciones se aceleren y tomando otras medidas que ayuden al desarrollo de la verdad procesal.

La declaración de la víctima, es considerada por muchos como la contraparte de la confesión del delincuente, en nuestro derecho, la confesión fue explícita y legalmente reconocida como medio de prueba hasta el actual Código Procesal Penal, por ello se permite a la víctima ser parte del proceso y su declaración tiene el mismo valor probatorio, que la de un testigo.

Por eso se ha querido pasar de un proceso penal acusatorio a un proceso entre partes, es decir, a uno en que las partes contribuyan en el momento de dictar las resoluciones judiciales que las resuelvan. Este planteamiento de un proceso en el que víctima y autor del delito estén en igualdad de condiciones ha llevado necesariamente a la idea de conciliación como forma de concluir el proceso penal, ya que el objetivo no es encontrar culpables y estigmatizarlos en el proceso penal, sino lograr una satisfacción a la víctima mediante una respuesta del agresor, es decir una responsabilidad del actor, que no necesariamente ha de consistir en una prestación económica, puesto que es suficiente para la víctima recibir una explicación o una disculpa por el agravió sufrido y esto lograría una pacificación en las relaciones víctima-delincuente, que igualmente

contribuiría a despejar el problema de la mora judicial como un procedimiento complementario o alternativo del sistema penal.

### **1.1 Antecedentes históricos de la víctima en el derecho penal**

El papel que se reconoce actualmente a la víctima en el proceso penal no es el mismo que ella tenía con anterioridad a la instauración del sistema de persecución penal pública. En el ámbito del continente europeo, hasta el siglo XII, el derecho de los pueblos germánicos organizaba un derecho penal fundado en un sistema de acción privada y en la composición. Tal como se señala: “no se puede decir... que la víctima esté por primera vez en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaba la composición, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal. La víctima fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al statu quo ante, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción... en manos del Estado”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Maier, Julio B. J. **La víctima y el sistema penal, de los delitos y de las víctimas**. Pág. 187

En los primeros años, el sistema que predominó procesalmente hablando en materia penal fue el denominado acusatorio puro, "...sabemos que la gran mayoría de comunidades antiguas, incluyendo las más desarrolladas como la de los griegos, los romanos e incluso los antiguos germanos, tenían en común el hecho de que había una división de la acción pública y privada para la iniciación del proceso, siendo en el derecho germano más preponderante la participación del agraviado o su familia (Sippe), a quienes se autorizaba a restablecer la paz quebrantada con la utilización de la guerra contra el ofensor y su familia o incluso la muerte de este, aunque al evolucionar en ciertos casos de ofensas no muy graves se admitía llegar a un arreglo entre las partes y previa la satisfacción de una determinada indemnización o precio (Busse) conseguir que estos dejarán de ejercer su derecho a la venganza, institución que aún persiste hasta nuestros días, tal y como lo es la Conciliación (SUHNEVERTRAG). En una concepción más desarrollada como la de los griegos, se establecieron las bases de la división entre acción pública y privada para los delitos a partir del tipo de interés, particular o colectivo, que se hubiere afectado por el delito cometido. El proceso en estos tiempos se caracterizaba por ser público, oral y contradictorio".<sup>2</sup>

Hay que indicar que en épocas anteriores, sobre todo en sistemas de origen germánico, en los que la víctima o sus familiares tenían la obligación, por ejemplo, de vengar una muerte con la muerte del agresor o cobrar una suma de dinero que se repartían entre todos, es un ejemplo del papel tan importante que en otros tiempos tuvo la víctima en la Administración de Justicia. Tras el surgimiento de este derecho penal

---

<sup>2</sup> Jáuregui, Hugo Roberto. **Introducción al Derecho Probatorio en Materia Penal**. Pág. 25

estatal una de las pocas cosas que se estudiaban en relación a las víctimas era la responsabilidad civil derivada del delito, es decir, la obligación del delincuente de reparar los daños causados a la víctima.

De esta manera las propias víctimas eran las que administraban Justicia y no el estado, siendo, por tanto, las víctimas verdaderas protagonistas en esa antigua administración de justicia. Sin embargo, como hemos dicho, con la llegada del derecho penal la justicia va a ser administrada por el estado sin que quepa la práctica de la venganza por parte de la víctima o de sus familiares. Con ello, se pretendía superar las arbitrariedades, las injusticias que realizaban las víctimas o sus familiares contra el delincuente. Sin embargo la víctima cayó en el olvido, se le prohibió la venganza y poco a poco su papel fue desapareciendo hasta prácticamente difuminarse.

Como se ha visto, el problema surge en muchos casos cuando el delincuente es insolvente y no puede indemnizar a la víctima. Algunos autores citan que las razones adicionales que se han esgrimido como causa del olvido de las víctimas son: se dice que hay una identificación con el delincuente ya que éste representa un sujeto sin inhibiciones que realiza lo que desea sin importarles la norma, la sociedad o la víctima. Gran parte de la sociedad alguna vez ha deseado cometer algún delito. Por ejemplo evadir impuestos, lesionar, hay una tendencia psicológica a identificarse con el delincuente. Es por esto que se afirma la existencia de esa identificación con el delincuente, con quien se atreve a realizar lo que nosotros nunca haríamos. Sin embargo, nadie o casi nadie se identifica con la víctima, nadie quiere serlo. Además, el

criminal despierta sentimientos morbosos de curiosidad. De hecho, muchos criminales pasan a la historia pero muy pocas víctimas lo hacen. El delincuente inspira temor porque existe el riesgo en muchas ocasiones de que la conducta delictiva pueda repetirse y por eso los estudios y medios del Estado se centran en la figura del criminal para que éste no sea un peligro para la sociedad.

Las víctimas en cierta medida representan el fracaso del Estado al proteger los intereses colectivos. Es por ello que conviene olvidar a ciertas víctimas ya que al estado no le conviene resaltarlas. El concepto de bien jurídico se dice que también influyó al olvido de las víctimas porque el ataque a los bienes jurídicos de contenido abstracto que supone el delito quedaba desconectado de la realidad de la víctima. “En definitiva se estaba construyendo un concepto de bien jurídico desconectado de la realidad de esas víctimas.”<sup>3</sup>

“El modelo de enjuiciamiento penal.”<sup>4</sup> inquisitivo se afianzó, a partir del siglo XIII, ante los requerimientos de centralización del poder político de las monarquías absolutas que terminaron conformando los Estados nacionales. Surgió, entonces, como ejercicio de poder punitivo adecuado a la forma política que lo engendró. Del mismo modo y con anterioridad, surgió en el seno de la Iglesia para servir a sus vocaciones de universalidad: “El camino por la totalidad política que inicia el absolutismo, en lo que a la

---

<sup>3</sup> Fernández Blanco y Jorge. **Los últimos días de la víctima**. Pág. 14

<sup>4</sup> Bovino, Alberto. **Víctima y derecho penal**. Pág. 1

justicia penal se refiere, se edifica a partir de la redefinición de conceptos o instituciones acuñados por la Inquisición.”<sup>5</sup>

La idea de pecado era central en este diseño: el pecado, un mal en sentido absoluto, debía ser perseguido en todos los casos y por cualquier método. Esta noción de pecado influyó en las prácticas que el nuevo procedimiento contendría. El fundamento de la persecución penal ya no era un daño provocado a un individuo ofendido; la noción de daño desapareció y, en su lugar, apareció la noción de infracción como lesión frente a Dios o a la persona del rey, crimen lesa majestatis. “Este fundamento, que sirvió para que el soberano se apropiara del poder de castigar y que surgió en un contexto histórico en el que el poder político se encontraba absolutamente centralizado, este fundamento autoritario que implicaba la relación soberano absoluto-súbdito, y que reflejaba la necesidad de ejercer un control social férreo sobre los individuos, no logró ser quebrado con las reformas del siglo XIX y llega hasta nuestros días.”<sup>6</sup> “Con el sistema inquisitivo apareció la figura del procurador.”<sup>7</sup> y un nuevo fin del procedimiento: la averiguación de la verdad. “El reclamo que efectuará el procurador en representación del rey necesita la reconstrucción de los hechos, que le son ajenos, y que intenta caratular como infracción. La búsqueda de la verdad histórica o material se constituye así en el objeto del proceso. La indagación será el modo de llegar a esta

---

<sup>5</sup> Fernández Blanco, Carolina y Jorge, Guillermo. **Los últimos días de la víctima**. Ob. Cit. Pág. 15

<sup>6</sup> **Ibíd.** Pág. 16

<sup>7</sup> **Ob. Cit.** Págs. 26 y 27

particular forma de verdad, que nunca pasará de ser una ficción parcializada de lo ocurrido.”<sup>8</sup>

En el nuevo método de atribución de responsabilidad penal, el imputado se convirtió en un simple objeto de persecución para llegar a la verdad. Esta redefinición de sujeto a objeto se vio justificada por la necesidad de determinar cómo sucedieron los hechos. Pero el imputado no fue el único sujeto redefinido por las nuevas prácticas punitivas. La víctima, en el nuevo esquema, quedó fuera de la escena. El Estado ocupó su lugar y ella perdió su calidad de titular de derechos. Al desaparecer la noción de daño y, con ella, la de ofendido, la víctima perdió todas sus facultades de intervención en el procedimiento penal. La necesidad de control del nuevo estado sólo requería la presencia del individuo víctimizado a los efectos de utilizarlo como testigo, esto es, para que legitime, con su presencia, el castigo estatal. Fuera de esta tarea de colaboración en la persecución penal, ninguna otra le correspondía.

Con el movimiento reformador del siglo XIX, surgió el procedimiento inquisitivo reformado que, en lo fundamental, conservó los pilares sobre los que se generó el método inquisitivo histórico. La ideología autoritaria sigue presente en nuestros códigos. Aun cuando se establecieron ciertos límites, la inquisición sigue entre nosotros. Este modelo, adoptado en un marco histórico de concentración absoluta del poder político y de desprecio por los individuos, persiste en el derecho penal vigente.

---

<sup>8</sup> Fernández Blanco y Jorge. **Los últimos días de la víctima**. Ob. Cit. Pág. 14



La decisión por la persecución de oficio de los delitos implica que ésta es promovida por órganos del Estado. “El interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justificaron históricamente esta intervención.”<sup>9</sup> La idea que intenta justificar este extrañamiento de la víctima se vincula al carácter macro social que se asigna al resultado de toda ilicitud penal. Así, se afirma sin fundamentos serios que una infracción penal afecta algo más que el bien jurídico concreto de la víctima que fuera lesionado por el delito. Si alguien se apodera ilegítimamente de un libro que nos pertenece, se afirma, sin explicar por qué, que no sólo se afecta la relación de disponibilidad que tenemos sobre ese libro, sino un concepto metafísico que denominamos “patrimonio”, y, además, que tal afectación incumbe a la comunidad toda. Nadie puede explicar, sin embargo, por qué razón, por ejemplo, el acoso sexual es un problema ínter subjetivo si está regulado en el derecho laboral y, al pasar al derecho penal, se transforma en un asunto que afecta a la comunidad toda. Se deja de lado, en este camino justificatorio, que los delitos son convenciones humanas contingentes.

La consideración del hecho punible como hecho que presenta algo más que el daño concreto ocasionado a la víctima, justifica la decisión de castigar y la necesidad de que sea un órgano estatal quien lleve adelante la persecución penal. “Un conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre autor del hecho y sociedad o, dicho de otro modo, entre autor del hecho y estado. De este modo se expropia el conflicto que pertenece a la víctima.”<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup>Baumann, Jürgen. **Conceptos fundamentales y principios procesales**. Págs. 42 y siguientes

<sup>10</sup> Christie, Nils, citado por Alberto Bobio. **De los delitos y de las víctimas**. Pág. 40

El derecho penal estatal que se conoce surge, históricamente, justificado como medio de protección del autor del hecho frente a la venganza del ofendido o su familia, como mecanismo para el restablecimiento de la paz. La historia del derecho penal muestra, sin embargo cómo éste fue utilizado exclusivamente en beneficio del poder estatal para controlar ciertos comportamientos de ciertos individuos, sobre quienes infligió crueles e innecesarios sufrimientos, y cómo excluyó a la víctima al expropiarle sus derechos. Las garantías del programa reformador del siglo XIX no han sido suficientes para limitar las arbitrariedades del ejercicio de las prácticas punitivas, entre otros motivos, porque son los órganos estatales que llevan adelante la persecución los encargados de poner límites a esa persecución, es decir, porque deben controlarse a sí mismos. Frente a la concentración de facultades en los órganos del Estado, los individuos fueron constituidos como sujetos privados, esto es, como sujetos sin derechos.

A través de la persecución penal estatal, la víctima ha sido excluida por completo del conflicto que, se supone, representa todo caso penal. Una vez que la víctima es constituida como tal por un tipo penal, queda atrapada en el mismo tipo penal que la ha creado. Para ello, el discurso jurídico utiliza un concepto específico, el concepto de bien jurídico. Lo cierto es que, desde este punto de vista, el bien jurídico no es más que la víctima objetivada en el tipo penal. La exclusión de la víctima es tan completa que, a través de la idea acerca de la indisponibilidad de ciertos bienes jurídicos, se afirma que la decisión que determina cuándo un individuo ha sido lesionado es un juicio objetivo y externo a ese individuo, que se formula sin tener en cuenta su opinión. Al escindir el interés protegido de su titular o portador concreto, objetivamos ese interés, afirmando la irrelevancia política de ese individuo para considerarse afectado por una lesión de

carácter jurídico-penal. Esta concepción de la víctima como sujeto privado no es compatible con el carácter de titular de derechos que los actuales ordenamientos jurídicos positivos otorgan a los individuos. La objetivación del concepto de bien jurídico, en este sentido, resulta compatible con un derecho penal que descansa en el concepto de ilicitud como infracción a una norma, como oposición a la voluntad del estado, esto es, con un derecho penal inquisitivo.

“La Inquisición consiste en perseguir almas descarriadas. El derecho inquisitorio confunde al delito con el pecado y el proceso penal está teñido por esta falta de diferenciación. lo perseguible criminalmente no consiste esencialmente en dañar a otro; la función de la coerción estatal debe dirigirse a castigar a aquellos que se apartan de ciertos ideales de excelencia. No castigamos el consumo de drogas, el menosprecio a los símbolos patrios o las exhibiciones obscenas porque ocasionen daños. Perseguimos estas acciones porque constituyen síntomas de espíritus aviesos, de actitudes aviesos, de actitudes pecaminosas. La condena no recae sobre el acto, recae sobre la persona desobediente. De esta premisa se sigue que la víctima carece de importancia; el delincuente no actúa contra sus congéneres sino que desobedece a Dios.”<sup>11</sup> a manera de resumen se expresaran las principales características de estos sistemas:

---

<sup>11</sup> Malamud Goti, Jaime, Prólogo, en Bovino, Alberto. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo**. Págs. I y ss



### **Sistema inquisitivo:**

A: En relación con la acusación:

- a) El acusador se identifica con el juez
- b) La acusación es oficiosa

B: En relación con la defensa:

- a) La defensa se encuentra entregada al juez
- b) El acusado no puede ser patrocinado por su defensor
- c) La defensa es limitada

C: En relación con la decisión:

- a) La acusación, la defensa y la decisión se concentran en el juez
- b) El juez tiene una amplia discreción en lo tocante a los medios probatorios aceptables.

En lo relacionado a las formas de expresión, prevalece lo escrito sobre lo oral y la instrucción y el juicio son secretos. En el sistema inquisitivo prevalece el interés social sobre el interés particular. Oficiosamente principia y continúa todas las indagaciones necesarias. Se desvirtúa la teoría general de la prueba, la cual engendra la obtención de la confesión mediante el tormento.

### **Sistema acusatorio:**

A: En relación con la acusación

- a) El acusador es distinto al juez y del defensor. La que realiza la función acusatoria es una autoridad diferente de las que realizan las funciones defensiva y decisoria
  - b) El acusador no está representado por un órgano especial
  - c) La acusación no es oficiosa (allí donde no hay acusador o demandante, no hay juez)
  - d) El acusador puede ser representado por cualquier persona
  - e) Existe libertad de prueba en la acusación.
- B: En relación con la defensa
- a) La defensa se encuentra entregada al juez
  - b) El acusado puede ser patrocinado por cualquier persona
  - c) Existe libertad de defensa
- C: En relación con la decisión
- a) El juez exclusivamente tiene funciones decisorias.

La dicotomía acusatorio/inquisitivo es útil en la medida en que designa una doble alternativa: ante todo, la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial y, en consecuencia, entre dos figuras de juez; y, en segundo lugar, la que existe entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contrapuestos y, por tanto, entre dos tipos de juicio. Se puede denominar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como a una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la



prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, el sistema inquisitivo, el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose a juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidas o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de defensa. Por otra parte, es claro que a los dos modelos se pueden asociar sistemas diversos de garantías, tanto orgánicas como procesales: si el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad, el sistema inquisitivo tiende a privilegiar estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, acaso compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de grados de enjuiciamiento.

Por otra parte, que la separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Esta separación requerida por el axioma *nullum indicium sine accusatione*, es la base de las garantías orgánicas del sistema de justicia penal. Implica no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y las que tienen las atribuidas de postulación –con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat index ex officio*–, sino también, y sobre todo, el papel de parte –en posición de paridad con la defensa– asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de separación, así entendida, representa una condición esencial de la



imparcialidad del juez respecto a las partes de la causa; pero, además, implica un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio.

Cabe señalar, al respecto, que desde una perspectiva histórica, la construcción de los sistemas inquisitivo/acusatorio ha sido impreciso. A partir de mediados del siglo XX, la Organización de las Naciones Unidas empezó a poner atención en la organización del sistema penal. Un poco más tarde, este organismo confeccionaría importantes documentos jurídicos que fueron signados por los estados miembros y que en la actualidad representan un movimiento importante de codificación mundial en el que se empieza a poner a la víctima en el centro de atención del drama penal. Estos documentos regulan precisamente el papel de la víctima en el moderno proceso penal acusatorio. Veremos también los avances que se han tenido en nuestro ámbito nacional en la incorporación de los derechos de las víctimas en el proceso penal.

En el camino se deja de lado que la única fundamentación que puede tener el derecho penal en un Estado democrático de derecho es la protección de bienes jurídicos de los habitantes sean estos individuales o colectivo, o inclusive difusos, y no la sumisión a los dictados del ordenamiento jurídico. En este sentido, se afirma, correctamente: "... si el derecho penal sirve para algo en una sociedad secular, este algo consiste en prevenir daños y, al suceder los daños, en devolverle a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos. El chantajeado, el violado y la persona transformada en cosa por la violencia merecen un remedio institucional redignificante. Este remedio es

la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso. Llamo a esta versión del derecho, ‘derecho protector’.<sup>12</sup>

Es hora de exigirle al derecho penal que reconozca la relevancia política de la víctima. Los desarrollos teóricos deben comenzar a saldar sus deudas con el ofendido y a incluirlo en sus categorías conceptuales. En este sentido, se afirma: “... intentaré introducir en la consideración... algunos otros factores que han contribuido a hacer de la víctima del delito también una víctima de la dogmática de la teoría del delito”.<sup>13</sup>

“Es justo señalar, sin embargo, que en las últimas décadas ha habido un resurgimiento del interés por la víctima, y es prueba de ello el desarrollo doctrinario, las reformas en el derecho comparado, y la existencia de diversos movimientos por los derechos de la víctima.”<sup>14</sup>

“Sin embargo, con algunas excepciones, no es mucho lo que se ha hecho por devolver a la víctima su lugar protagónico en el tratamiento del caso penal. ¿Por qué debe ser el Estado el que defina los comportamientos punibles y asigne las penas? ¿Por qué debe ser el Estado el titular de la acción penal? ¿Por qué debe ser el Estado quien decide en un caso concreto si se aplicará o no el castigo? ¿Que queda a los individuos en este programa? Para ello es necesario producir cambios más sustantivos, esto es, que

---

<sup>12</sup> Malamud, Goti. Prólogo, **ob. Cit.** Pág. II

<sup>13</sup> Eser, Albin. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.** Pág. 42

<sup>14</sup> Bovino, Alberto. **La víctima como preocupación del abolicionismo penal.** citado





alteren el núcleo de los principios estructurales del derecho penal estatal que llega hasta nuestros días."<sup>15</sup>, a pesar de que tales principios surgieron con la formación del Estado absoluto.

En este aspecto, es necesario impugnar el principio de estatalidad persecución penal pública, el principio de oficialidad el hecho de que los delitos se persigan sin intervención de la víctima, el principio de legalidad procesal, la persecución obligatoria de todos los hechos punibles, la regla de la respuesta punitiva frente a todo hecho punible, etcétera.

Sin dejar de conceder relevancia a las recientes reformas de los países de nuestra región que, hasta cierto punto, reconocen derechos sustantivos a la víctima, es necesario algo más. "A modo de ejemplo de los mecanismos ya adoptados en estas reformas, vale citar los datos que surgieron de un estudio reciente sobre el nuevo CPP El Salvador, en el cual se midieron las resoluciones dictadas en casos penales desde el 20 de abril de 1998 —fecha de entrada en vigencia del nuevo código— hasta el 30 de junio de 2000. Los resultados llaman particularmente la atención. Del total de 51.719 causas resueltas en ese período, el 32,21 % —esto es, 19.447 causas— se clausuraron por conciliación entre imputado y víctima."<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Maier, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Págs. 811 y siguientes

<sup>16</sup> Martínez, Ventura. **Beneficios penitenciarios de las personas privadas de libertad**. Pág. 18

Si se quiere producir cambios estructurales en el derecho penal, las instituciones ya adoptadas deberían extenderse y profundizarse, y se debe estar atentos a las posibles perversiones de las medidas supuestamente instrumentadas a favor de la víctima.

Por ejemplo, a la conveniencia de incentivar medidas tales como: a) la ampliación sustancial del catálogo de delitos de acción privada; b) la conversión de la acción pública en acción privada establecida como derecho de la víctima; c) la legitimación para querellar de asociaciones cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos colectivos, o de delitos que representen abusos de poder o violaciones de derechos humanos; d) la intervención del fiscal como abogado particular de la víctima en casos en que ésta desee querellarse, e) una mayor cantidad, amplitud y supuestos de aplicación de mecanismos reparatorios no represivos —v. gr., conciliación entre autor y víctima—; f) el aumento sustancial de tipos penales dependientes de instancia privada, y la regulación de la revocación de la instancia como causa de extinción de la acción penal; g) la regulación legal de supuestos de oportunidad en sentido amplio —v. gr., suspensión de la persecución penal a prueba; oportunidad en sentido estricto; reparación del daño particular o social como causa de extinción de la acción penal—.

Los mecanismos regulados en aquellos países que han atravesado por un proceso de reforma sustancial —v. gr, Bolivia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Venezuela, entre otros— resultan, por supuesto, auspiciosos. Sin embargo, tales mecanismos no han conseguido transformar el modelo de derecho penal represivo en un modelo de derecho penal reparatorio, pues se han sido regulados como instituciones residuales tendientes a descomprimir en cierta medida a la justicia penal estatal represiva para tornarla más eficiente. Es por ello que debemos profundizar la

regulación de mecanismos reparatorios para comenzar, de una vez, a abandonar el modelo de derecho penal represivo que otorga a la víctima un triste lugar en la administración de justicia penal.

Sólo así se podrá elaborar un sistema que nos permita acercarnos al modelo propuesto por Maihofer, quien sostuviera: en un derecho penal entre libres e iguales, la reparación debe ser la sanción primera, la terminación del conflicto por composición y por compensación del daño, el procedimiento preferido.

## **1.2 Definición de víctima**

Entre la gama de definiciones que en la doctrina y las distintas legislaciones se han elaborado sobre el concepto víctima, por su representatividad me permito transcribir las siguientes: para el Dr. Edgar Zaldivar Silva el concepto de víctima proviene etimológicamente del latín (víctima) que significa toda aquella persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. (Korban) del hebreo representa la persona que se sacrifica así mismo o que es inmolado de cualquier forma.

“En la evolución de la humanidad, el concepto de víctima ha cambiado, según el lugar y la época, de la siguiente forma.

Animal o persona destinado al sacrificio (carácter religioso)

Persona que se sacrifica voluntariamente.

El que sufre por culpa de otro.

El que sufre por sus propias faltas.



El que se expone a un gran riesgo en lugar de otro.

El que padece daño por causa fortuita.

El que sufre por acciones destructivas o dañosas.

Persona engañada o defraudada.

Sujeto pasivo de un ilícito penal.

Persona sacrificada a los intereses o pasiones de otra.

Quien se siente o aparenta ser perseguido o abandonado.”<sup>17</sup>

En términos generales se podría aceptar que víctima es el sujeto que padece un daño por culpa propia, ajena o por causa fortuita. De igual forma otros autores indican al referirse a la víctima que: “...es la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida de que esta se vea afectada por las consecuencias sociales de su sufrimiento, determinado por factores diversos, físico, psíquico, económico, político, social así como el ambiente natural o técnico... B. Mendelsohn”.<sup>18</sup>

La palabra víctima se refiere a la persona que sufre o es lesionada en su cuerpo o en sus bienes por otra. “En esta inteligencia la víctima sufre física, psicológica y socialmente a consecuencia de la agresión.”<sup>19</sup> a la que es sometida. En la materia hay un concepto generalizado internacionalmente que entiende como “víctimas a las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus

---

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Citado por Zaldivar Silva, Edgar. Ob. Cit. Pág. 6

<sup>19</sup> Marchiori, Hilda. **La víctima del delito**. Pág. 12 y 13

derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente”.<sup>20</sup> También se ha definido como: persona que sufre las consecuencias de una violencia injusta en si o en sus derechos y es acreedor pasivo del delito.

Con base a lo anterior se debe fijar como prioritario asumir un concepto de víctima en el sentido “amplio” del mismo, por ende será tanto víctima aquel que ha sufrido un menoscabo ante un delito cuyo imputado sean individuos físicos y jurídicos privados como personas físicas y jurídicas que forman las distintas agencias públicas que conforman el estado en su conjunto, por ejemplo delitos por abuso de autoridad, apremios ilegales, etc. Esto es importante recalcar, ya que es frecuente que por medio de una dialéctica falaz se trate de destacar aquellos damnificados por delitos cuyos autores son agentes privados como los únicos y verdaderos acreedores de protección penal. Esto es un fenómeno, con elementos meta jurídicos, que se debe tomar como señal de una resistencia al cambio por la crisis que vive el paradigma actual del derecho penal antes explicado.

### **1.3 Tipos de víctimas**

Las tipologías victímales son clasificaciones desarrolladas por diversos autores para estudiar el rol de la víctima en el hecho conflictivo que la tuvo como sujeto pasivo. Ellas

---

<sup>20</sup> Extractado del documento del Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente.

no deben ser entendidas como categorías estancas, inamovibles y aplicadas de forma mecánica, ya que cada hecho debe ser analizado en forma individual de acuerdo a las especiales y particulares características del mismo. Las tipologías sirven a los fines de permitirnos agrupar en grandes grupos aquellas características más significativas de las personas devenidas en víctimas. Las tipologías sirven a los fines de permitirnos agrupar en grandes grupos aquellas características más significativas de las personas devenidas en víctimas, entre estas tenemos las propuestas por los siguientes autores.

### **1.3.1 Benjamín Mendelsohn (1940)**

Fundamenta su clasificación en la correlación de culpabilidad entre víctima y el infractor. Es el único que llega a relacionar la pena con la actitud víctimal. Sostiene que hay una relación inversa entre la culpabilidad del agresor y la del ofendido, a mayor culpabilidad del uno menor la culpabilidad del otro. Víctima completamente inocente o víctima ideal: es la víctima inconsciente que se ubicaría en el 0% absoluto de la escala de Mendelsohn. Es la que nada ha hecho o nada ha aportado para desencadenar la situación criminal por la que se ve damnificada. Víctima de culpabilidad menor o víctima por ignorancia: en este caso se da un cierto impulso no voluntario al delito. El sujeto por cierto grado de culpa o por medio de un acto poco reflexivo causa su propia victimización. "Ej. mujer que se provoca un aborto por medios impropios pagando con su vida su ignorancia. Víctima más culpable que el infractor. Víctima provocadora: aquella que por su propia conducta, incita al infractor a cometer la infracción. Tal incitación crea y favorece la explosión previa a la descarga que significa el

crimen. Víctima por imprudencia: es la que determina el accidente por falta de control. Ej. Quien deja el automóvil mal cerrado o con las llaves puestas.”<sup>21</sup>

### 1.3.2 Hans Von Hentig (1948/57)

En sus primeras obras intenta una clasificación en la que se aparta de criterios legales para proponer cinco categorías de clases generales y seis de tipos psicológicos. No pretende hacer una clasificación de todas las víctimas, sino de categorizar a las más frecuentemente o mayormente víctimizables.

a) Las clases generales:

1. El joven, que por su debilidad, en el reino animal y en la especie humana, es el más propenso a sufrir un ataque.
2. la mujer, cuya debilidad es reconocida, aún por la ley.
3. El anciano, que está incapacitado en diferentes formas.
4. Los débiles y enfermos mentales, entre los que sitúa al drogadicto, al alcohólico y a otras víctimas potenciales por problemas mentales.
5. Los inmigrantes, las minorías y los tontos (*dull normals*), pues tienen una desventaja frente al resto de la población.

---

<sup>21</sup> Malinowski, Bronislaw. **Crimen y costumbre en la sociedad salvaje**. Pág. 62 y ss.



b) Los tipos psicológicos:

1. El deprimido, en el que está abatido el instinto de conservación, por lo que se pone constantemente en peligro.
2. El ambicioso (*acquisitive*) cuyo deseo de lucro y avaricia lo hacen fácilmente victimizable.
3. El lascivo (*wanton*), aplicado principalmente a mujeres víctimas de delitos sexuales que han provocado o seducido.
4. El solitario y el acongojado (*heart broken*), que bajan sus defensas en busca de compañía y de consuelo.
5. El atormentador, que ha martirizado a otros hasta provocar sus victimización.
6. El bloqueado, el excluido y el agresivo (*fighting*), que por su imposibilidad de defensa, su marginación, o su provocación son fáciles víctimas.

Posteriormente, en la parte final de su obra “el delito” da un tratamiento diferente, y sin intentar propiamente una clasificación, divide a las víctimas según cuatro criterios: la situación; los impulsos y la eliminación de inhibiciones; la capacidad de resistencia y la propensión a ser víctima.

1. Situaciones de la víctima:

Víctima aislada: se aparta de las normales relaciones sociales y se torna solitaria, se priva de la natural protección de la comunidad. Ejemplo: el anciano, el extranjero, el misántropo, etc.



Crítica de esta tipología: “La primera clasificación no es en realidad una tipología ya que no contempla un criterio único para encasillar los casos. No es exhaustiva, característica reconocida por el mismo Von Hentig. Un mismo caso puede caer en diversos tipos, así cualquiera de ellos puede ser reincidente. La segunda clasificación, tiene la virtud de tener en cuenta una serie de factores biológicos, psicológicos y sociales, que le dan una gran riqueza. Sin embargo, al igual que la primera clasificación, un mismo caso puede caer en diversos tipos.”<sup>22</sup>

### 1.3.3 Elías Neuman

Elabora una clasificación cuya característica esencial estriba en que permite nuevas formulaciones y ajustes. Destaca la evolución de los procesos victimológicos que requieren formular nuevas categorías de víctimas atendiendo a la imposibilidad de determinar con claridad los miembros de la pareja penal (principalmente del victimario). Desarrolla dicha tipología en su obra Victimología - El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales, elabora la siguiente clasificación:

a) Individuales: a las que subdivide en 3 clases:

a.1 Sin actitud víctimal:

1. Inocentes
2. Resistentes.

---

<sup>22</sup>Fernández Blanco, Carolina y Jorge, Guillermo, Ob. Cit. Pág. 22.



a.2 Con actitud víctimal culposa:

3. Provocadoras (legítima defensa)
4. Provocadoras genéricas.
5. Cooperadoras o coadyuvantes.
6. Solicitantes o rogantes (mutilación, eutanasia).

a.3 Con actitud víctimal dolosa (1)

7. Por propia determinación (suicidio)
8. Delincuentes (ciertos timos en la estafa).

b) Familiares:

Niños golpeados y explotados económicamente (trabajo, instigación a robar).

Mujeres maltratadas. Delitos del ámbito conyugal (violación, incesto).

Respecto de estos delitos, Neuman señala que escasamente llegan a conocimiento de la justicia y tal vez constituyendo, dentro de los delitos convencionales, los que engrosan de manera elocuente la "cifra negra" de la criminalidad.

c) Colectivas:

c.1 La comunidad social:

9. Terrorismo subversivo.
10. Genocidio.
11. Etnocidio.
12. Delitos de "cuello blanco" cometidos por particulares (fraude bancario, financiero).
13. Polución de la atmósfera, la tierra y las aguas.



14. Falsificación de medicamentos.
15. Falsificación de alimentos.
16. Tráfico internacional de drogas.
17. Compra fraudulenta de armas de guerra.
18. Abuso de poder gubernamental.
19. Terrorismo de Estado.
20. Abuso de poder económico y social.
21. Evasión fraudulenta de capitales por funcionarios.
22. Ocultación de "beneficios" por funcionarios.
23. Monopolios ilegales.
24. Especulaciones ilegítimas desde el poder (con motivo del conocimiento de desvalorizaciones monetarias, por ejemplo).
25. Fraudes con planos urbanísticos.
26. Persecuciones políticas a disidentes de todo tipo.
27. Censura y uso abusivo de medios de comunicación. Crítica de esta tipología: "el mismo autor reconoce la dificultad para asistir el número, calidad y covariantes de las víctimas individuales, por lo que, la característica esencial de la clasificación es no ser exhaustiva y permitir nuevas categorías. Puede prestarse a una dualidad de tipología en el caso de las víctimas de la sociedad y del sistema social. Los términos culposo y doloso no tienen aquí las connotaciones de la ley penal, sólo se trata de subrayar matices de actitud víctimal".<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Fernández Blanco, Carolina y Jorge, Guillermo, Ob. Cit. Pág. 22



### 1.3.4 Luís Jiménez de Asúa

Elabora una tipología partiendo del plano y la óptica en los que se mueve el delincuente. Ubica a las víctimas en dos categorías sustanciales:

1. Víctimas indiferentes: al victimario le es indiferente la víctima contra la cual ejerce violencia. Ejemplo típico es el arrebato. Al victimario no le interesa ni el nombre, ni la condición de la víctima, lo único que interesa es apoderarse de los valores que lleva.
2. Víctimas determinadas. El victimario dirige sus actos contra una persona determinada. Ejemplo, en el crimen pasional, al hombre que mata a la mujer que le ha sido infiel, no le da igual matarla a ella que a otra mujer; tiene que ser determinada, concreta, esa mujer.
3. Víctimas resistentes. es aquella víctima que ante un ataque con un cuchillo o revolver, se defiende de tal manera que pueda llegar a matar en legítima defensa.
4. Víctimas coadyuvantes: son aquellas que "colaboran" a su propia victimización. Asúa pone como ejemplo de víctimas coadyuvantes a las víctimas de tiranicidio, los homicidios justicieros, los homicidios pasionales, los duelos, la riña, el suicidio, los delitos sexuales, las muertes y las lesiones en accidentes causados por otros y aquellos contra la propiedad, en especial la estafa.

Crítica de esta tipología: no es una clasificación sino que más bien se trata de una sistematización de tipo genérico. Sostiene que las víctimas anónimas o indefinidas no tienen mayor relevancia para la victimología. "A partir de los años 60, años de grandes convulsiones y cambios sociales, los entonces recientes estudios teóricos victimológicos sufren un enorme impulso y se percibe un creciente y progresivo interés por las víctimas."<sup>24</sup>

El objetivo de los estudios victimológicos es, generalmente, la víctima del delito. En este sentido cabe distinguir entre lo que podríamos denominar "victimización derivada del delito", es decir, aquel proceso por el que a una persona se le convierte en víctima de una conducta tipificada por el ordenamiento jurídico como delito, de las que se podrían denominar "victimización no derivada del delito y victimización social".

Existen multitud de conductas socialmente admitidas y jurídicamente permitidas que presuponen la desigualdad entre el hombre y la mujer, la superioridad de aquél sobre ésta y que, además, comportan o conllevan actuaciones que atentan incluso gravemente contra bienes jurídicos importantes, de forma que si tal conducta afectará a un hombre, estaría fuertemente desvalorada, bien social, bien jurídicamente.

En estos supuestos, a la mujer es colocada en la condición de víctima, pues se lesionan bienes jurídicos importantes suyos y se le ocasiona un grave perjuicio, cuanto menos comparativo. Pero en la medida en que tales conductas no están jurídico penalmente

---

<sup>24</sup> Fernández Blanco, Carolina y Jorge, Guillermo, **Ob. Cit.** Pág. 24



desvaloradas no se puede hablar de "víctima" desde un punto de vista jurídico penal, pues aquí la conducta que crea la victimización no es un delito. Más bien al contrario, los victimizadores actúan cumpliendo las normas del rol social que desempeñan. En este caso, incluso existen supuestos donde lo que "está bien" es colocar a la víctima en ese lugar y son las propias instituciones las que colaboran al mantenimiento de esa injusta -desde un punto de vista material- situación. En este sentido, es plenamente válida aquella observación según la cual lo injusto no es siempre lo ilegal. Esta clase de victimización no sólo la pueden sufrir las mujeres. En general, los miembros de los grupos marginados social y económicamente suelen ser objeto, si no de conductas individuales directamente victimizantes, si de una situación social de injusticia que supone una situación de sometimiento o de supresión de derechos como consecuencia de la permisibilidad de la sociedad con determinadas conductas atentatorias contra los más básicos derechos humanos, como pudieran ser la dignidad de la persona.

En este sentido puede distinguirse entre la victimización no derivada del delito, generalmente fundamentada en una situación de victimización social, de la propia "victimización social" realizada por el abuso injusto e insolidario de la prepotencia económica y social frente a grupos marginados o especialmente débiles. Pero, incluso, con respecto a la víctima femenina, cuando estas conductas se encuentran tipificadas (malos tratos, estupro,...) son escasísimos los padres o maridos condenados por estos delitos "debido entre otras razones a la indefensión de su víctima y a unas legislaciones muy conservadoras y en cierto sentido, machistas" (Sangrador, La Victimología y el sistema jurídico penal,) que refuerzan o mantienen la idea de que el ámbito familiar es coto privado del *Pater Familiae*. Una de las formas más comunes de victimización



social es la que sufre la mujer desde tiempo inmemorial formando parte estructural de la mayoría de las culturas. Toda una gama de rituales, costumbres, símbolos, palabras, nos demuestra a qué grado de victimización se llega en las distintas culturas.

En este sentido parece que se ha llegado a un consenso generalizado sobre "que la Política Criminal oficial tiene por misión no solamente ni principalmente infligir al delincuente una sanción apropiada para restablecer el orden jurídico violado...sino también y ante todo, lograr que la víctima se beneficie de la seguridad ofrecida por las disposiciones sociales y estatales, hoy el llegar a ser víctima no se considera un incidente individual sino *un problema de política social*, un problema de derechos fundamentales".<sup>25</sup>

En el ámbito de la víctima femenina, cabe destacar, frente a otras formas de victimización, la relación existente entre el agresor y la víctima (fenómeno de simbiosis). En esta relación ciertamente tiene un importante papel las concepciones y roles sociales sexistas, donde la conciencia de la superioridad del hombre y los comportamientos agresivos son dos caras de la misma moneda. "Ciertamente que en los últimos años ha ido en aumento la sensibilización de la sociedad en la protección de los colectivos que han sufrido con especial intensidad las dosis de violencia inserta en el cuerpo social, siendo uno de sus más tristes escenarios el del grupo familiar."<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Beristáin, Ipiña. **De leyes penales y de Dios legislador**. pág. 220

<sup>26</sup> Ibidem.



## 1.4 Victimología

Puede definirse a la victimología como "*el estudio científico de las víctimas*", y más específicamente según Gulotta como la disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito.

Tras la segunda guerra mundial se produce la aproximación científica hacia las víctimas. En esas fechas comienzan los estudiosos a interesarse desde el punto de vista científico por las víctimas. Como vemos, se trata de una ciencia muy joven. Entre los pioneros de la Victimología se suelen citar a H. Von Hentig y B. Mendelsohn.

## 1.5 Victimización primaria y secundaria

Ahora bien, los pesares de la víctima, según se ha repetido hasta la saciedad, no acaban cuando acude a comisaría a denunciar el delito. En este sentido, suele distinguirse entre lo que la doctrina denomina victimización primaria y victimización secundaria. Por victimización primaria se tiende a entender la derivada de haber padecido un delito, que cuando va acompañado de violencia o experiencia personal con el autor suele ir acompañado de efectos que se mantienen en el tiempo y pueden ser físicos, psíquicos, económicos o de rechazo social. La víctima de un delito no solo ha de enfrentarse con los perjuicios derivados de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido que conlleva el delito, sino que en muchos casos, acompañando a



éste, se producen otra serie de efectos que inciden en la gravedad material del daño o perjuicio producido. Frente a ella, distinguen los autores lo que denominan victimización secundaria, que sería aquella que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. “Consecuentemente, la victimización secundaria se considera aún más negativa que la primaria porque es el propio sistema el que victimiza a quién se dirige a él pidiendo justicia y porque afecta al prestigio del propio sistema.”<sup>27</sup> Con la policía, la víctima a menudo experimenta el sentimiento de estar perdiendo el tiempo y el dinero, o de ser incomprendida, etc. A veces los interrogatorios de la defensa se orientan a tergiversar su intervención en los hechos, caso por ejemplo, del abogado que intenta hacer confesar a la víctima de una violación que el acceso carnal fue realizado si no con su consentimiento, como consecuencia de su provocación, o recurriendo a argumentos como el de la hora es impropia para que una mujer decente esté en la calle, etc.

“Además se ha confirmado cómo la indumentaria, el aspecto, y la conducta de la víctima, así como su edad, raza o sexo influyen de forma importante en los jueces a la hora de dictar sentencia.”<sup>28</sup> Por todo ello, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó el 28 de junio de 1985, una serie de recomendaciones encaminadas a mejorar la situación de la víctima en el derecho y proceso penal y requiere de los estados miembros, entre otras, las siguientes medidas:

---

<sup>27</sup> Landrove, Díaz. **Victimología**. Pág. 44

<sup>28</sup> Delgado, Antonio. Sangrador. **La Victimología y el sistema jurídico penal**. Pág. 82

"- Cuando la víctima de un delito se dirige a la policía debe ser tratada de tal forma que no sufra ningún daño psíquico adicional.

- Se le deben indicar las posibilidades de recibir en instituciones públicas o privadas ayudas materiales, médicas y psicológicas;

- Se le debe informar sobre sus derechos de reparación contra el delincuente y, en su caso, contra el Estado.

- A lo largo del procedimiento, la víctima debe ser interrogada de forma cuidadosa y considerada, sin que en modo alguno se pueda lesionar su honorabilidad.

- "Los niños solo podrán ser interrogados en presencia de sus padres, tutores o guardadores."<sup>29</sup>

"Hoy, ante esta situación de fracaso de las instituciones estatales en lo referente a la asistencia a las víctimas de delitos se advierte una corriente francamente innovadora que lleva a propugnar incluso la modificación radical de la justicia penal a partir de una comprensión seria de la víctima y sus circunstancias en el fenómeno delictivo, dando un nuevo papel a cumplir a las penas sustitutivas de las penas privativas de libertad."<sup>30</sup> En este sentido siguiendo a Radbruch se recuerda que la victimología no pretende mejorar

---

<sup>29</sup> Landrove, Díaz. **Ob. Cit** pág. 46

<sup>30</sup> Beristáin, Ipiña. **Ob. Cit.** Pág. 212



el derecho penal tradicional sino cambiarlo por algo mejor, quizá hacia un derecho de asistencia a la víctima del delito.

Así, tras largos años de preparación en Julio de 1984 se hizo pública en Ottawa la Declaración sobre Justicia y Asistencia para las Víctimas, cuyo propósito es proclamar los derechos de las víctimas y establecer formas y medios para asegurar su protección, tratamiento humano y compensarles por los daños sufridos (Artículo I). Surge así lo que se denomina "Víctimagogía", que pretende la elaboración de acciones y proyectos en favor de las víctimas del delito.

Ahora bien, mientras que en determinados ámbitos de delitos la situación de la víctima está muy estudiada y la sociedad y el propio estado están enormemente sensibilizados hacia su situación, en otros, no menos importantes al menos cuantitativamente, pocos son los estudios al respecto. Obsérvese, por ejemplo, lo que sucede con las víctimas de torturas. Múltiples organizaciones nacionales e internacionales, en todo el mundo trabajan día a día por erradicar la violencia estatal y de los cuerpos de fuerzas de seguridad. Pocas, o casi ninguna, trabajan y sobre todo, invierten tiempo y dinero, en erradicar la violencia diaria que sufren innumerables mujeres en todo el mundo, bien mediante conductas constitutivas de acoso sexual, de agresiones físicas, tan graves como pueden ser las que sufren las víctimas de torturas, agresiones de distinta índole contra la libertad sexual, explotación, etc, "todas ellas realizadas por personas muy allegadas y diariamente, incluso durante años. Y eso pese, a que cómo se ha puesto

de manifiesto por numerosos autores las denuncias y los estudios realizados por "las feministas" son uno de los pilares del movimiento victimológico".<sup>31</sup>

### **1.5.1 Derecho penal y su relación con la víctima.**

Los estudios y avances científicos en el ámbito victimológico no pueden ser olvidados o pasar desapercibidos para el derecho penal aunque en este ámbito no se opere con el concepto de víctima, sino con el de sujeto pasivo. Así en los últimos años se intentan relacionar ambos conceptos (Victimología y Derecho Penal) en lo que se denominaría "dogmática orientada al comportamiento de la víctima" o "victimodogmática". Desde esta orientación se trata de analizar la intervención de la víctima en la génesis de los fenómenos criminales.

Sin entrar en grandes profundidades, se constata así la incidencia de la víctima en la criminalización, en la medida en que es a través de la denuncia de la víctima que prácticamente el 90% de los delitos llegan a conocimiento de los tribunales. "Además, aunque la víctima no interviene en el ámbito penal, en algunos delitos juega un cierto papel. Así sucede con los que se denominan delitos dependientes de instancia privada, que exigen querrela o denuncia de la parte agraviada o de quién pueda representarla. En estos delitos, considerados tradicionalmente de carácter privado, frente al carácter público de los restantes, se otorga a la víctima la posibilidad de decidir sobre la

---

<sup>31</sup>Peters T, en Beristáin Ipiña. **Victimología**. Págs. 33 y 35



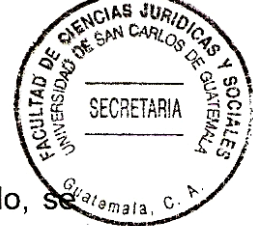
incoación del proceso y su prosecución y se otorga también relevancia a su perdón, que extingue la pena.”<sup>32</sup>

Pero la cuestión que ahora más interesa es aquella que analiza los problemas sobre la corresponsabilidad de la víctima en la producción del delito. Y aquí vuelven a aparecer el concepto de víctima provocadora que se puede prestar a una utilización errónea o, por lo menos, interesada.

La cuestión que se plantea la doctrina es si se puede atenuar o eximir de pena al autor de un delito cuando la conducta imprudente de la víctima ha propiciado o agravado el resultado (de hecho así lo propuso Mendelsohn en sus primeras obras). La doctrina de la imputación objetiva admite que la conducta posterior negligente del autor impida la imputación objetiva del resultado más grave. Así por ejemplo, quién atropella a un peatón ocasionándole una leve herida, no es responsable de la muerte por infección si el peatón se ha negado a ser tratado médicamente. Más problemática es la cuestión de la incidencia de la "conducta imprudente de la víctima" antes o en el momento de la comisión de un delito, sobre todo cuando éste es doloso. La cuestión que analizada en términos generales puede parecer aséptica y hasta razonable, deja de serlo cuando se aplica a los delitos en concreto, porque los ejemplos donde la víctima interviene activamente en la comisión del delito suelen ser escasos: la estafa y los delitos contra la libertad sexual. Es en este último ámbito donde cobran mayor relevancia aquellas doctrinas que consideran que cuando la comisión de un hecho se ha visto favorecida

---

<sup>32</sup> Fernández Blanco, Carolina y Jorge, Guillermo, **Ob. Cit.** Pág. 27



por la falta de control sobre el sujeto activo o por haberle estimulado a cometerlo, se debe proceder a atenuar o incluso a excluir la pena del autor, que ha de compartir su responsabilidad con la de la víctima.

Esta orientación tiene un grave inconveniente y es que puede servir para fundamentar teóricamente aquellas prácticas judiciales que exculpan a los violadores o agresores sexuales porque consideran que la víctima actuó de forma imprudente al "pasear sola de noche" o al admitir tomar unas copas con unos desconocidos, etc. y que tal conducta, por ser provocativa, "explica" cuando no justifica, la actuación del agresor.

## **1.6. El papel de la víctima en el moderno sistema procesal acusatorio**

Como se verá en este punto diversos documentos jurídicos internacionales elaborados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en materia de víctimas y abuso de poder, mismos que sintetizan las políticas generales de protección victimal y, en especial, el papel que debe tener la víctima en los modernos sistemas procesales de hoy en día.

### **1.6.1. Normas internacionales relativas a la protección de las víctimas del delito y del abuso de poder**

En este grupo se encuentran instrumentos jurídicos altamente significativos en cuanto al avance que, en el mundo, se ha registrado, a partir de la década 1980, en materia de prevención y protección victimales. En este rubro se incluyen instrumentos tales como:

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 40/34 de la Asamblea General); la Aplicación de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 1989/57 del Consejo Económico y Social); Víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 1990/22 del Consejo Económico y Social) y Protección de los derechos humanos de las víctimas de la delincuencia y del abuso de poder y la Decisión Marco del Consejo de Europa de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

- **La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 40/34 de la Asamblea General)**

Esta Declaración fue aprobada por la Asamblea General en su sesión plenaria 96<sup>a</sup>, el 29 de noviembre de 1985.

“La Declaración insta a los Estados Miembros a: implementar políticas sociales, sanitarias, incluida la salud mental, educativas y económicas e incluso políticas orientadas a la prevención del delito con la finalidad de disminuir la victimización y alentar la asistencia a las víctimas que la necesiten; promover los esfuerzos de la comunidad y la participación de la población en la prevención del delito; revisar y actualizar la legislación en materia preventiva del delito y de la victimización; como para organizar los servicios de asistencia víctimales; fomentar la observancia de los códigos de conducta y principios éticos, en particular las normas internacionales, por los

funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley; eliminar las prácticas y los procedimientos conducentes al abuso, como lugares de detención secretos y la detención con incomunicación; fomentar la cooperación entre los Estados, mediante la asistencia judicial y administrativa mutuas, en temas como: enjuiciamiento de criminales, su extradición y la incautación de bienes para destinarlos a resarcimiento de las víctimas.<sup>33</sup>

“También se recomienda que los Estados Miembros tomen medidas concretas para: promover actividades de formación destinadas a fomentar el respeto de las normas y principios de las Naciones Unidas y reducir los posibles abusos; patrocinar investigaciones prácticas de carácter cooperativo sobre los modos de reducir la victimización y ayudar a las víctimas y promover intercambios de información sobre los medios más eficaces de alcanzar estos fines; prestar ayuda a los gobiernos que la soliciten con la finalidad de disminuir la victimización y aliviar la situación de las víctimas y establecer medios para promover recursos a las víctimas cuando los procedimientos nacionales sean insuficientes.”<sup>34</sup>

Por otra parte, la *Declaración* define a la víctima como: las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales,

---

<sup>33</sup> **Recopilación de instrumentos internacionales de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos y Justicia Penal.** Pág. 226.

<sup>34</sup> Recopilación. **Ob.cit.** Pág. 226.



como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. También se incluye como víctima, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. (Numerales 1 y 2).

En cuanto al acceso a la justicia y trato justo de las víctimas, *la Declaración* dispone que sean tratadas con respeto a su dignidad y tendrán derecho al acceso de los mecanismos de la justicia y a una expedita reparación del daño conforme a la legislación nacional.

“En el sentido precedente, se adaptarán los procedimientos judiciales y administrativos de las víctimas, bajo el siguiente tenor:

- a) Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:
- b) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;
- c) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus

intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

d) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

e) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

f) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.”<sup>35</sup>

Finalmente, la Declaración norma otros aspectos también importantes, como: “el resarcimiento a la víctima, por parte de los delincuentes o los terceros responsables, relativos a la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos; el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización; la prestación de servicios y la restitución de derechos. También la indemnización por parte del Estado a las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental, como consecuencia de delitos graves; a la familia, en especial a las personas a cargo de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la

---

<sup>35</sup>Recopilación. Ob.cit. Pág. 227

victimización; como también la promoción y el fortalecimiento de fondos públicos para indemnizar a las víctimas, entre otros aspectos”.<sup>36</sup>

- **Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 40/34 de la Asamblea General)**

Este documento fue aprobado por el Consejo Económico y Social en su sesión 15ª del 24 de mayo de 1989.

“Se recomienda a los Estados Miembros la promulgación y aplicación de las disposiciones contenidas en la Declaración en sus respectivos ordenamientos nacionales; la introducción de medidas legislativas que simplifiquen el acceso de las víctimas a la justicia penal para obtener indemnización y reparación; el análisis de métodos y de estrategias para prestar de una forma más eficiente la asistencia a las víctimas, entre otros aspectos.”<sup>37</sup>

“Recomienda, por otra parte, fomentar la prestación de servicios de asistencia y apoyo a las víctimas de la delincuencia; garantizar la capacitación adecuada del personal de prevención y asistencia víctimales; establecer conductos eficaces de comunicación entre las instancias que atienden a las víctimas, como también prohijar programas de sensibilización y difusión de los derechos de las víctimas;

---

<sup>36</sup> *Ibíd*

<sup>37</sup> Recopilación. Op.cit. Pág. 228

atender los programas y las medidas orientadas a la protección de las víctimas; fomentar medidas de evaluación e inspección de los servicios a víctimas; actualizar las medidas legislativas en materia victimal y realizar estudios e investigaciones sobre el fenómeno victimal, entre otros aspectos de importancia.”<sup>38</sup>

- **Víctimas de delitos y del abuso del poder (1990/22)**

Se trata de una resolución del Consejo Económico y Social tomada en su 13ª sesión plenaria, el 24 de mayo de 1990.

“En ésta solicita al Secretario General que, en forma conjunta con todas las entidades de las Naciones Unidas y otras organizaciones competentes, emprenda y coordine la adopción de medidas necesarias, con un objetivo humanitario; a fin de prevenir y reducir las formas graves de victimización en los casos en que los conductos nacionales para entablar recursos resulten insuficientes, para lo cual podrá: vigilar la situación; desarrollar e instruir medios para la resolución y el arbitraje de conflictos; promover el acceso de las víctimas a las vías judiciales y a los recursos legales y a colaborar en proporcionar asistencia material, médica y psicosocial a las víctimas o a sus familias.”<sup>39</sup>

En su momento, en esta resolución se invita al Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, a que recomiende una amplia

---

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Recopilación. Op.cit. Pág. 230

difusión de una Guía para los profesionales de la justicia penal, “sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y del abuso de poder y de información sobre las medidas adoptadas para aplicar la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”.<sup>40</sup>

- **Protección de los derechos humanos de las víctimas de la delincuencia y del abuso de poder**

Se trata de una resolución adoptada por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal; en la que recomienda que, en la aplicación de dicha resolución, el Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la delincuencia tenga en cuenta las importantes propuestas ya formuladas por la comunidad de organizaciones no gubernamentales interesadas; y exhorta a los Estados a que, en el momento de formular su legislación nacional, tengan en cuenta las disposiciones de la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y del abuso de poder.”<sup>41</sup>

De igual manera, recomienda a los gobiernos que examinen la disponibilidad de servicios de apoyo, tanto públicos como sociales, para las víctimas de la delincuencia y del abuso de poder y que fomenten programas culturales apropiados utilizables para procurar asistencia, información e indemnización con destino a las víctimas precitadas.

---

<sup>40</sup> **Ibid.** Pág. 151

<sup>41</sup> Recopilación. **Op.cit.** Pág. 232

Pide también al Secretario General de las Naciones Unidas, que adopte las medidas pertinentes con el propósito de evaluar la posibilidad de establecer un fondo internacional en el marco del programa de las Naciones Unidas de prevención del delito y justicia penal, que tenga la utilidad de indemnizar y prestar asistencia a las víctimas de delitos transnacionales; como para apoyar la investigación, el acopio y la difusión de datos y la elaboración de modelos normativos en la materia a nivel internacional.

También pide a los Estados que adopten medidas para que incorporen en sus universidades y centros de criminología programas de estudio en materia victimológica, como en los centros formativos de procuración y administración de justicia.

De igual manera, recomienda a las Naciones Unidas y demás organizaciones interesadas que fortalezcan la cooperación técnica a fin de coadyuvar con los gobiernos para poner en práctica la Declaración y demás directrices atinentes, como para robustecer la cooperación internacional en estos campos.

- **Análisis de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985**

Este documento cuenta con dos grandes apartados: el relativo a las víctimas del delito y el de las víctimas de abuso de poder. En cuanto a las disposiciones relativas a las víctimas del delito, como se ha mencionado, en primer término define lo que es una víctima:



A.-Las víctimas de delitos

*“1. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.*

*2. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.*

*3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico”.*

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.



5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.



7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

#### Resarcimiento

8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

10. En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad.

11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasi-oficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

#### Indemnización

12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

- a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;
- b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

## Asistencia

14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

17. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 supra.

### B.-Las víctimas del abuso de poder

18. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal

nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.

21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

- **Decisión Marco del Consejo de Europa relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal**

A su vez el Consejo de Europa en marzo del 2001 adoptó una decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Además de definir a la

víctima de una manera muy similar a la realizada por la ONU marca unas pautas para el tratamiento de la víctima:

1) Respeto y reconocimiento:

Aboga por que las víctimas sean tratadas durante todas las actuaciones con respeto a su dignidad personal brindando a aquellas víctimas especialmente vulnerables un trato acorde con su situación. Además se le han de reconocer a la víctima los derechos e intereses legítimos que le corresponden.

2) Audición y presentación de las pruebas:

Se garantizará a la víctima el ser oída durante todas las actuaciones y facilitar elementos de prueba.

3) Derecho a recibir información:

- tipo de servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyo.
- El tipo de apoyo que puede recibir.
- El lugar y modo donde presentar la denuncia
- Actuaciones siguientes a la denuncia
- Modo y condiciones para acceder a: asesoramiento jurídico, asistencia jurídica gratuita u otro asesoramiento.
- Requisitos de indemnización (en el caso que proceda)
- Si reside en otro estado todos los mecanismos que se hallan a su alcance.
- Del curso dado a la denuncia



- De la sentencia del Tribunal.

4) Garantías de Comunicación:

Garantizar la comunicación, comprensión y participación de la víctima en el proceso penal.

5) Asistencia específica a la víctima:

La asistencia mencionada en el punto tercero aplicada a la situación específica y en cada caso concreto a la víctima.

6) Gastos sufragados por la víctima en relación con un proceso penal.

Todos los gastos que le ha implicado a la víctima participar en el proceso penal en calidad de testigo o como parte.

7) Derecho a la protección.

Las autoridades han de procurar la seguridad y la protección de la intimidad de la víctima y de su familia siempre que se considere que existe un riesgo grave de represalias o acciones contra la vida privada del afectado. Esta protección se ha de extender tanto en las dependencias judiciales como en todos los trámites del proceso. Esta medida comprende la habilitación de los juzgados e instancias policiales a fin de asegurar esa protección.

8) Derecho a la indemnización en el ámbito penal:

Se adoptarán las medidas precisas y sin demora para que el autor del delito indemnice a la víctima del mismo.

9) Mediación Penal:

Búsqueda de la mediación penal en las infracciones que así se prevea con el fin de llegar a un acuerdo proporcionado y satisfactorio entre víctima e infractor.

10) Víctimas residentes en otro Estado Miembro y cooperación entre Estados Miembros: Cooperación y medidas de apoyo para las víctimas que se hallen en otro Estado Miembro. Así como la prestación de todas las garantías que ofrece esta decisión marco.

11) Servicios especializados y organizaciones de apoyo a la víctima:

Los Estados Miembros se dotarán de las infraestructuras necesarias ya sea mediante personal preparado de los servicios públicos nacionales o mediante el reconocimiento y financiación de organizaciones de apoyo a la víctima.

A su vez este personal u organizaciones de apoyo garantizarán: transmisión de información, acompañamiento de la víctima en el proceso penal... etc.

12) Formación de las personas que intervienen en las actuaciones o que tienen cualquier contacto con la víctima:

Los Estados Miembros garantizarán la formación adecuada para los profesionales que estén en contacto con las víctimas (en especial cuerpos de seguridad y profesionales del derecho).



13) Condiciones prácticas relativas a la situación de la víctima durante las actuaciones. Garantizar un protocolo de actuaciones en cuanto al trato de las víctimas desde el momento inicial hasta la conclusión del proceso penal.

Todas las consideraciones que adopta el Consejo Europeo suponen un avance en el trato de la víctima. Así podemos aventurarnos a manifestar que estamos asistiendo a un proceso irreversible en el que se está produciendo un cambio en la concepción de la víctima, no sólo en la sociedad sino en el derecho penal y en la política criminal.

## **1.7. El papel de la víctima en la justicia restaurativa**

### **1.7.1. Un sistema de justicia totalmente represivo que debe dar cabida a la justicia restaurativa**

Ya se ha señalado que el sistema de justicia penal está diseñado para la represión exclusivamente. En tal sentido es necesario que la víctima tenga una mayor participación en la aplicación de la ley. Además, se deberá promover una justicia alternativa, cuyas diferencias con la justicia represiva se pueden resumir en los siguientes 13 puntos más importantes, como también la participación de la víctima en este nuevo modelo de justicia:

#### **MODELO PUNITIVO**

1.-El delito definido como atentatorio del estado



- 2.- Énfasis en la culpabilidad, en el pasado: quién lo hizo para castigarlo
- 3.- Relación adversarial
- 4.- Imposición de castigos/ retribución/ sufrimiento/ disuasión/ prevención punitiva
- 5.- Justicia como simples formalismos en la aplicación de la ley (garantías adjetivas)
- 6.-Exclusión de la comunidad y de la víctima
- 7.- Promotor de valores competitivos individualistas
- 8.- El reproche formal a partir de la culpabilidad y del daño ocasionado
- 9.- La infracción penal vista solamente en su dimensión jurídica. Se soslayan las dimensiones social, familiar, económica, educacional y víctimal.
- 10.-La respuesta del Estado puesta en el pasado de la infracción penal
- 11.- El “estigma” criminal insuperable

- 12.- Un proceso volcado a hechos criminales pasados, a la participación del menor en los mismos y a legitimar la represión, la disuasión y la legitimación del castigo
- 13.-Sistema vicarial (sanciones/medidas). Las medidas contradictorias al modelo retribucionista como reconocimiento indirecto de la especificidad del menor infractor, pero inconsistentes con la problemática de los mismos.

### **MODELO RESTAURATIVO**

- 1.-El delito como una afectación víctima-víctimario
- 2.- Énfasis en la solución del conflicto: obligación de restaurar (qué se debe hacer a futuro para reconstruir)
- 3.- Dialogo y negociación normativa
- 4.- Restitución para reconstruir ambas partes/conciliación/restauración

5.- Justicia como reconocimiento de los derechos de todos y la calidad específica del menor de edad.

6.-La comunidad como facilitadora del proceso de restauración. Atención a la víctima como prioridad.

7.- Promotor de los valores de todos

8.- El reproche formal a partir del reconocimiento por parte del infractor de las consecuencias de violentar la norma y la afectación a la víctima

9.- La infracción penal entendida en todo su contexto

10.-La respuesta del Estado focalizada en la víctima

11.- El “estigma” criminal resuelto en la restauración

12.-Un proceso volcado a la diversificación de las respuestas frente al crimen, a la solución *suprapartes* de los conflictos, a la promoción de los derechos del menor infractor y los de la víctima

13.- Sistema de medidas consecuentes con la restauración, con la problemática delincriminal, con las necesidades de los menores y con la prevención social del delito

### **1.7.2 Declaración de Principios Básicos sobre Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal.**

Una vez analizadas las diferencias entre ambos modelos de justicia, pasemos a comentar los principios que en materia de justicia restaurativa ha elaborado la



Organización de las Naciones Unidas. *Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*

**I.- Definiciones**

1. Por “programa de justicia restaurativa” se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.
2. Por “proceso restaurativo” se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.

**II.- Utilización de programas de justicia restaurativa**

3. Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional.

4. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Los acuerdos se alcanzarán en forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.

**III.- *Funcionamiento de los programas de justicia restaurativa.***

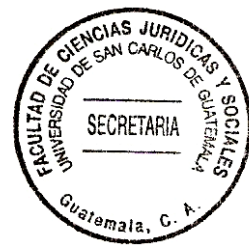
5. Los Estados Miembros deben considerar la posibilidad de establecer directrices y normas, con base legislativa cuando sea preciso, que rijan la utilización de los programas de justicia restaurativa. Esas directrices y normas deberán respetar los principios básicos aquí enunciados y versarán, entre otras cosas, sobre lo siguiente:
  - a. Las condiciones para la remisión de casos a los programas de justicia restaurativa;
  - b. La gestión de los casos después de un proceso restaurativo;
  - c. Las calificaciones, la capacitación y la evaluación de los facilitadores
  - d. La administración de los programas de justicia restaurativa
  - e. Las normas de competencia y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de los programas de justicia restaurativa.

6. En los programas de justicia restaurativa, y en particular en los procesos restaurativos, deben aplicarse salvaguardias básicas en materia de procedimiento que garanticen la equidad para con el delincuente y la víctima:
  - a. A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, la víctima y el delincuente deben tener derecho a consultar a un asesor letrado en relación con el proceso restaurativo y, en caso necesario, a servicios de traducción o interpretación. Los menores, además tendrán derecho a la asistencia de los padres o el tutor;
  - b. Antes de dar su acuerdo para participar en procesos restaurativos, las partes deben ser plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión;
7. Las conversaciones mantenidas en los procesos restaurativos que no sean públicos tendrán carácter confidencial y no deberán revelarse ulteriormente, salvo acuerdo de las partes o si la legislación nacional dispone otra cosa.

8. Los resultados de los acuerdos dimanantes de programas de justicia restaurativa, cuando proceda, deberán ser supervisados judicialmente o incorporados a decisiones o sentencias judiciales. Cuando así ocurra, los resultados tendrán la misma categoría que cualquier otra decisión o sentencia judicial y deberán excluir la posibilidad de enjuiciamiento por los mismos hechos.
  
9. Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes, el caso deberá someterse al proceso de justicia penal ordinario y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El solo hecho de no haber alcanzado acuerdo no será utilizado en ulteriores procedimientos de justicia penal.

**IV. *Desarrollo continuo de los programas de justicia restaurativa***

10. Los Estados Miembros deben considerar la posibilidad de formular estrategias y políticas nacionales encaminadas al desarrollo de la justicia restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para la utilización de la justicia restaurativa, entre las autoridades policiales, judiciales, y sociales y las comunidades locales.



## CAPÍTULO II

### 2. Responsabilidad civil derivada del delito

Cuando ocurre la comisión de un hecho punible en contra de bienes jurídicos ya sean colectivos o particulares se producen lesiones que derivan del hecho principal, los cuales no son menos perjudiciales que el mismo y por lo tanto le generan al individuo trasgresor sanciones que nuestro ordenamiento jurídico cataloga o define como responsabilidades civiles, estas se encuentran tipificadas en el Código Penal y supletoriamente en el Código Civil.

La comisión de un delito por parte de un sujeto culpable determina la responsabilidad penal y por ello la sujeción del trasgresor a las consecuencias que son indicadas por el orden jurídico que es la pena. Pero es de notarse que además de la pena pueden surgir otras consecuencias de la comisión de un delito o con ocasión del mismo, como son las consecuencias civiles que derivan del hecho catalogado como delito. El hecho que la ley describe como delictivo, además de producir un daño social, puede además ocasionar un daño privado o la lesión de intereses individuales que son susceptibles de ser reparados o indemnizados, lo que hace surgir la responsabilidad civil o la obligación de reparar el daño causado. De allí que el Código Penal, en el Artículo 112, señala: *“Toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente.”* Por

su vinculación con este trabajo de tesis procederé a hacer alusión en forma breve a la denominada responsabilidad civil ex delicto.

## 2.1. Definición general del tema

La palabra responsabilidad proviene del latín *respondere*, que se refiere a la capacidad de una persona para responder sobre los hechos propios, lo cual no es necesariamente una regla, como veremos más adelante. Conforme a la doctrina el término “responsabilidad” significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. “Etimológicamente, responsabilidad de origen latino. “Respondere”, significa “Dar Respuesta.”<sup>42</sup>

Algunos autores en otra clasificación hablan incluso del significado de la palabra en la vida cotidiana indicando hace relación a: “Alguien es una persona responsable”, cumplidora de un deber ser o simplemente “cumplidora de deberes”. “Usted es responsable de tal hecho”, una conducta se encuentra relacionada con la aparición de un acontecimiento. Cuando se usa como “responsabilidad sobre”, una rendición de cuentas. Otras acepciones: “Deuda, obligación de reparar y satisfacer por si o por otro, a; ”Deuda, obligación de reparar y satisfacer por si o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”; “Cargo u

---

<sup>42</sup>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Pág. 1356



obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado". "Responsable". Responsabilidad desde el significado y alcance en la filosofía moral: "Sentimiento racional que compromete a la persona". Es el sentimiento personal de estar obligado a responder por o de "hacerse cargo de". El problema de la responsabilidad moral es el pecado; se es responsable moralmente cuando ante Dios, si se es creyente, y ante la propia conciencia tan solo, si se es ateo, se debe responder de un acto o una abstención." La noción de responsabilidad moral, es una noción puramente subjetiva, desde el momento en que hay pecado, mala acción, hay responsabilidad moral. Poco importa que esa acción no haya tenido ninguna consecuencia, que no haya causado perjuicio alguno; o que el perjuicio si lo ha habido, lo haya padecido el autor del acto. La responsabilidad moral existe con independencia de su resultado; un simple pensamiento puede constituir un pecado. Como principio general del derecho, se ha definido de la siguiente forma: "*Antes que norma jurídica positiva y específica, la **responsabilidad** es un principio universal del derecho, aunque no exclusivo, pues también se encuentra como tal en la Moral y en la Religión.*"<sup>43</sup> "No se debe causar daño a nadie", es una formulación ampliamente reconocida, Norberto Bobbio, al enunciar los principios generales del Derecho, en el marco de los

---

<sup>43</sup> Naranjo, Vladimiro. **La Responsabilidad Civil**. Pág. 524

llamados "principios de justicia", otorga un lugar a la responsabilidad, en términos de "no dañar a nadie."<sup>44</sup>

“La responsabilidad civil extracontractual subjetiva, establecida desde los tiempos de la antigua Roma.”<sup>45</sup> en la que la Ley de las XII Tablas autorizaba a los acreedores a conducir después de sesenta días de prisionero al deudor para venderlo como esclavo, fue desarrollada por obra de los juristas medievales en relación al daño, a se vincula a la necesidad de demostrar la culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o el dolo, en los cuales se sustenta la responsabilidad del agente dañoso.

Los hermanos Mazeaud, han definido la responsabilidad civil así: “... supone no ya un perjuicio social, sino un daño privado. La víctima no es toda la sociedad, sino un particular (...) La víctima del daño no tendrá que castigar al autor del daño; únicamente le pedirá reparación”.<sup>46</sup>

En nuestro país, esta figura jurídica encuentra su asidero en el Artículo 1645 del Código Civil, que prescribe: *Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, esta obligada a repararlo, salvo*

---

<sup>44</sup> Bobbio, N. **Principi Generali di Diritto. Novissimo Digesto Italiano.** Pág. 894

<sup>45</sup> Ventura, Silva Sabino. **Derecho Romano.** Pág. 175

<sup>46</sup> Citados por Javier, Tamayo Jaramillo. **De la Responsabilidad Civil.** Pág. 12

que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Esta norma legal establece la relación entre el daño - perjuicio- y la reparación y el nexo de referencia, precisa la concurrencia de ciertos elementos, a saber, el daño causado, la antijuricidad y la culpabilidad.

En cuanto a su concepto, éste se encuentra determinado en el Artículo 1646 del Código Civil local, del siguiente modo: *“El responsable de un delito doloso o culposo, esta obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que le haya causado.”* En igual forma en la regulación que sobre responsabilidad civil derivada del delito se legisla en el Código Penal en su Artículo 113 se establece: *“En el caso de ser dos o más los responsables civilmente de un delito o falta, el tribunal señalará la cuota por la que debe responder cada uno. Sin embargo, los autores y los cómplices serán responsables solidariamente entre sí y responderán subsidiariamente de las cuotas que correspondan, no sólo a los insolventes de su respectivo grupo, sino también de los insolventes del otro. Tanto en uno como en el otro caso, queda a salvo el derecho de quien hubiere pagado, de repetir contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.”*<sup>47</sup>

La responsabilidad ha existido y convivido con la humanidad. Con el paso de los años y la entrada en la Edad Moderna, estas situaciones se han venido regulando

---

<sup>47</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. **Obligaciones Civiles**. Pág. 85

y estableciendo compensaciones en función del alcance de dicha responsabilidad. En base a esta definición, cualquier persona, en el transcurso de su vida puede, sin querer o de forma intencionada, originar situaciones que dañen a terceras personas. La reparación de este daño suele ser una compensación de tipo económico, lo que afecta directamente al patrimonio del causante de la acción.

Los seguros de responsabilidad civil sirven para que las personas desempeñen sus actividades normales sin tener constantemente el temor de que sus actuaciones impliquen una pérdida en su patrimonio. Permiten, por tanto, una mayor confianza en las actuaciones que se van a llevar a cabo porque, si en alguna de ellas se causa un daño a un tercero, se tienen las espaldas cubiertas ante cualquier compensación económica que se determine. “Los orígenes de las actuaciones que pueden derivar en una responsabilidad civil son muy variadas. Por ejemplo, puede derivar del incumplimiento de un contrato o de una acción u omisión involuntaria, sin que exista ninguna relación jurídica anterior.”<sup>48</sup>

Puede, a su vez, ser la consecuencia de un acto de la persona que lo causa, o de quienes dependen de él directamente. Si la persona que causa el daño no es solvente para repararlo, puede ser que la responsabilidad del mismo recaiga sobre un tercero que lo asuma.

---

<sup>48</sup> **Ibidem.** Pág. 87

En todos estos casos, la acción u omisión, ya sea voluntaria o no, no ha sido correcta, y esto ha derivado en una situación que perjudica a otra u otras personas. Esta situación es demostrable y, por tanto, existe un culpable o responsable. Por el contrario, puede darse el caso de que la persona sea culpable, no por una actuación demostrable sino porque concurren una serie de circunstancias, reguladas por ley, que asignan la responsabilidad. La única forma de eludir la responsabilidad en estos casos es demostrar que la causa de la que se le responsabiliza ha sido fortuita. Este es el caso típico de la responsabilidad civil del seguro de vehículos a motor, en la que la propia normativa de circulación establece la responsabilidad si concurren unas determinadas circunstancias. “La característica de los seguros de responsabilidad civil es que, en la mayoría de los casos, se desconoce el alcance del posible daño a causar. La suma asegurada no se corresponde con el valor de un bien material, pues no se sabe de antemano qué bien va a ser dañado, si es que el daño no es físico o moral. Por esta razón, la determinación del capital asegurado se realiza en base a la lógica y a las circunstancias personales del tomador del seguro estableciendo, hipótesis del daño que se cree puede ocasionar.”<sup>49</sup>

De dicho Artículo se desprende que la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por un hecho, debe ser cubierta por el autor o autores del mismo,

---

<sup>49</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 89.

pueden del mismo modo ser cubiertas por otro. Además de que el origen de toda responsabilidad civil es un acto al que se le pueda considerar como causa del daño.

### 2.1.1 Concepto de daño y perjuicios

El término “daño” se refiere a toda suerte de mal material o moral. Esta definición se debe entender en el sentido de daño material. El daño también puede ser moral. De este modo, en el Artículo 1434 del Código Civil vigente, entiende por daño *la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio*. Lo que es notorio, es que en materia de responsabilidad civil, el daño se encuentra generalmente relacionado con el concepto de perjuicio, que resulta ser la categoría opuesta del daño, pues el perjuicio es según el Artículo precitado: *los perjuicios, que son las ganancias ilícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse*.

Cuando un hecho cause *daños y perjuicios* a una persona y la ley imponga al autor de este hecho o a otra persona distinta la obligación de reparar esos *daños y perjuicios*, hay responsabilidad civil.

La obligación de reparar los *daños y perjuicios*, queda señalada en el Artículo 1645, ya que según éste, el autor de un hecho ilícito debe reparar los *daños y perjuicios* que con tal hecho cause a otra persona, a menos que demuestre que el *daño* o el *perjuicio* se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Los derechos que se protegen al implementarse la figura del daño moral son aquellos que protegen la paz, integridad, honorabilidad, y la salud mental y espiritual.

### **2.1.2 Concepto de hecho ilícito**

Los daños y perjuicios cuya reparación impone la ley, pueden provenir de un hecho ilícito, según se dispone en el Código Civil. Para los efectos del señalado ordenamiento se entiende que los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos. Son lícitos los hechos voluntarios que, produciendo consecuencias de derecho, no son contrarios de la ley. Son ilícitos los hechos voluntarios contrarios a la ley.

“Toda acción humana puede consistir en una acción positiva (*facere*) o en una acción negativa, omisión o abstención (*non facere*). Para que la acción u omisión pueda ser considerada como fuente de responsabilidad es preciso que pueda ser calificada como típica, antijurídica, culpable y punible.”<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup>Hugo Roberto, Jáuregui. **Apuntes de Teoría del Delito**. Pág.19

En este sentido, el acto o el hecho jurídico que provoca responsabilidad civil o responsabilidad objetiva, debe contener los elementos de culpa, ilicitud o antijuridicidad, en el entendido de que el responsable deberá ser capaz de restablecer las cosas a su situación original, y en caso de no hacerlo, indemnizar al perjudicado de acuerdo a la ley.

Conviene también señalar que la imputación de tal conducta al agente provocador puede ser por un comportamiento enteramente suyo, es decir, por hecho propio; o bien, por una conducta de otro, sea, por hecho ajeno, cuyo autor no ha tenido relación jurídica previa con el ofendido.

### **2.1.3 Concepto de hecho ilícito civil**

Para abordar este tema, hay que comenzar diciendo que el concepto de hecho ilícito civil debe diferenciarse claramente de su homólogo en el ámbito penal, por lo que de la búsqueda practicada en diccionarios jurídicos, acerca de la definición de ambos términos, en derecho penal, se entiende por hecho antijurídico la conducta que realiza el tipo de una ley penal, aunque falte el aspecto culpable. Los hechos antijurídicos, se califican, según la gravedad de la amenaza y de la pena en crímenes y delitos.



En el derecho civil, se entiende por hecho antijurídico a la acción generadora de daños que acarreen responsabilidad civil, en la siguiente forma:

- a) Hecho abusivo; Acción ejercida en forma antifuncional, que ocasiona un resultado dañoso.
- b) Hecho ilícito: Acción violatoria de la ley.
- c) Hecho excesivo: Acción que en su ejercicio ocasione un perjuicio mayor del funcionamiento permitido, generando responsabilidad civil.

El hecho jurídico modifica la realidad jurídica, ya que la norma le atribuye efectos legales, ya que corresponde al cumplimiento de una hipótesis contenida en el cuerpo de la ley, por lo que necesariamente debe tener consecuencias. En este contexto, se puede señalar que el hecho ilícito es violatorio de la ley.

Cabe manifestar que mientras ante el hecho ilícito penal, se acreditan los elementos del cuerpo del delito, para justificar la responsabilidad del inculpaado y la autoridad responsable para juzgar el grado de responsabilidad en que incurrió el reo, deberá tomar en consideración los elementos que obraban en autos, al dictarse la sentencia respectiva, a saber:

- Elementos del cuerpo del delito
- Su inclusión en autos para juzgar el grado de responsabilidad.

En el hecho ilícito civil, las causas de responsabilidad por un daño causado y la consiguiente obligación de responder del mismo aunque el no se obre ilícitamente, debe entenderse en el sentido de que establece una norma para determinar una relación de causa a efecto necesaria para la imputabilidad del causante.

- Daño
- Hecho
- Relación causal

En este aspecto cabe distinguir también dos importantes vertientes, que ya han sido desarrolladas con mayor detenimiento en el la delimitación del tema, pero de las que cabe manifestar que mientras en la responsabilidad contractual, el autor del daño y su víctima han creado por su voluntad (el contrato que celebraron), la posibilidad del daño, en la extracontractual esta posibilidad no ha sido creada por los contratantes. Estos, en la primera, están vinculados con anterioridad al hecho productor de la responsabilidad, y en la extracontractual el vínculo nace por la realización de los hechos dañosos y en los precisos momentos en que esta realización tiene lugar. “Además, en la responsabilidad contractual hay una obligación precisa de efectuar un hecho determinado, cuya falta de ejecución determina dicha responsabilidad, en tanto que en la extracontractual no existe



obligación alguna determinada.”<sup>51</sup> El daño cuyo resarcimiento se persigue, tiene como origen el incumplimiento del deber de cuidado atribuible al que se imputa como responsable, con motivo de la relación contractual por la cual su contraparte se compromete a hacer o dar, a cambio del pago de un precio determinado.

#### **2.1.4 Importancia del tema**

El tema que se aborda, es, sin duda, fundamental en la disciplina que nos ocupa, la responsabilidad, que se encuentra presente en todos los ordenamientos de la Legislación Guatemalteca, emana del atributo de bilateralidad de la norma, al establecer la obligación del sujeto de acatar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de hechos suscitados a consecuencia de sus propias acciones/omisiones, con afectación negativa en la esfera jurídica de otras personas físicas o jurídicas colectivas.

En el medio jurídico, solemos denominar como “responsabilidad” a la consecuencia lógica del vínculo entre un derecho y una obligación, en atención a la necesidad jurídica de una persona de cumplir con el derecho de otra. Esto se debe a que en nuestro entorno cotidiano, podemos identificar diferentes tipos de obligaciones, tanto las morales, como jurídicas, sociales, familiares, personales,

---

<sup>51</sup> **Semanario Judicial de la Federación.** Pág. 1695

técnicas, y muchas más, según la utilidad que pueda aportar su clasificación; el aspecto rescatable en todas ellas, es que a una obligación siempre será correlativa a un derecho.

Aunque trascendental, esta responsabilidad, por su interés privado no es absoluta, ya que en particular, la víctima del daño, que a la vez sería el beneficiario de la indemnización en la que se valora la responsabilidad civil derivada del mismo, puede renunciar a la misma siempre que esta renuncia no atente contra el interés u orden público, ni perjudique a terceros, puede señalarse que la responsabilidad civil trasciende la materia civil, ya que, al estar presente en diversos ordenamientos como la obligación que tiene el autor de un delito o falta de reparar económicamente los daños y perjuicios causados o derivados de su infracción, podría reputarse casi universal.

A mi consideración, el verdadero sentido de la responsabilidad no debe limitarse al derecho positivo, sino integrarse a la conciencia social, no por el hecho de sujetarse a la posibilidad de que sea exigible por quienes pudieran verse afectados, sino partir de una concepción tendiente a la protección de la esfera jurídica de todo individuo, como requerimiento ético, necesidad social y parte de una cultura de respeto a la persona humana, a su integridad física y mental. El objetivo de la responsabilidad civil es compensar a la víctima por los daños causados por lo que persigue un interés privado, en el que la indemnización de

perjuicios comprenderá no solo los ocasionados al agraviado, sino también a sus familiares o a terceros.

### **2.1.5 Delimitación de la responsabilidad**

Este apartado trata sobre la responsabilidad extracontractual derivada de los hechos ilícitos. Para delimitar el tema, es importante señalar que una de las diferencias fundamentales entre la responsabilidad contractual y la extracontractual reside en la carga de la prueba, pues en la responsabilidad derivada de un contrato, el acreedor de la respectiva prestación no está obligado a demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor; en cambio, en la responsabilidad extracontractual le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto lícito. Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, pues obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta. La diferencia entre ésta y la extracontractual, es que en la contractual basta demostrar el incumplimiento para que se presuma la culpa.

Otra diferencia importante entre ambas, es que la responsabilidad contractual puede ser limitada mediante una cláusula limitadora de la responsabilidad

(cláusula penal, por ejemplo), si bien existen excepciones. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual no existen las cláusulas de exoneración de la responsabilidad porque no existe contrato.

### **2.1.6 Formas de la reparación**

La reparación del daño ocasionado podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer algo, y se determina por el Juez, atendiendo a la naturaleza de la infracción y a las condiciones personales y económicas del culpable.

Por lo anterior, este trabajo se desarrolla apegado a los criterios que se señalan a continuación:

- a) Para que la reparación se dé, debe existir, entonces la determinación de la responsabilidad, emanada, en este caso, de la realización de hechos ilícitos que hayan causado daños y perjuicios, de lo que se desprende que los hechos ilícitos son generadores de responsabilidad civil tanto por hechos propios, como por hechos ajenos e incluso de cosas animadas e inanimadas.
- b) En el cumplimiento de esta responsabilidad, también debe haber quedado debidamente probada la relación causal entre el hecho lesivo y el daño causado,

misma que debe tener determinar la imputabilidad de la obligación, sobre las características de causa directa e inmediata.

contractual previa, así como el de los perjuicios emanados del hecho antijurídico causante de la lesión. A lo anterior queda aunado el daño moral, de responsabilidad, ya que entre los bienes tutelados del individuo, la norma también reconoce los derechos personalísimos, que de ser afectados pueden provocar una alteración del espíritu tal, que no puede ser propiamente reparada, pero si compensada mediante la reparación pecuniaria.

## **2.2 Los hechos ilícitos generan responsabilidad civil**

El hecho ilícito en sí implica una conducta antijurídica, culpable o dañosa, que no se valora para la reparación del daño o indemnización, pero si en un momento posterior, en el caso específico de que la ley así lo establezca, por lo que en nuestro Estado la valoración de la culpa en la producción del daño se presta a confusión, al tratar de referirnos a la responsabilidad civil.

Algún día se comentó en la clase de interpretación que el derecho, que deriva su deber ser de la necesidad moral y tienden a la permanencia, está basada en la valoración de la conducta humana, y en parte, se trata de normas de conducta diferenciables de las leyes puramente físicas.

No está de más señalar que en el ámbito jurídico, frecuentemente se utilizan la palabra antijurídica, ilícita e injusta indistintamente, lo que origina cierta confusión de conceptos. Aclarando, la antijuridicidad es un concepto negativo, se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Se trata de una contradicción entre una conducta determinada y el concreto orden jurídico impuesto por el Estado.

Una misma conducta exterior puede ser conforme al derecho o antijurídica, según el sentido que el agente atribuya a su acto, según la disposición anímica con que lo realice. Estos elementos de índole subjetiva son denominados elementos subjetivos del injusto. En este sentido, el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto ajustado a lo previsto en la ley penal. La antijuridicidad es la contradicción a las normas culturales establecidas por el Estado. En la doctrina encontramos un doble sentido a la Antijuridicidad: el formal y el material. En este rubro, hemos aprendido que la antijuridicidad formal está constituida por la conducta opuesta a la norma, mientras que la antijuridicidad material se haya integrado por la lesión o peligro para bienes jurídicos.

Revisando criterios jurisprudenciales, se ha constatado que también es posible encontrar casos en que los factores positivos y negativos del delito, pueden darse supuestos en los que hay la ausencia de antijuridicidad. En los casos en que la



conducta típica esté en aparente oposición al derecho. Así, toda acción típica y punible, según la ley, es antijurídica, pero no lo será una acción que no esté tipificada y sancionada por la ley, aunque, desde un punto de vista ético, sea de gravedad relevante.

Como se acaba de señalar, lo antijurídico tiene un contenido material, la ley no crea lo antijurídico, sino que simplemente lo delimita, ya que en la vida del derecho conocemos normas y leyes referidas a intereses vitales, que la protección jurídica eleva a bienes jurídicos. Junto al bien jurídico está la norma que lo protege, de aquí que el delito que ataca un bien jurídico, sea lo contrario a la norma. Por ello Jiménez Asúa afirma que en vez de hablar de antijuridicidad, sería más correcto decir lo contrario a la norma.

De lo anterior se desprende que el elemento culpa es determinante para la clasificación jurídica de la obligación, pero es la determinación del daño y su relación causal con el hecho ilícito productor el mismo, el que determinará la existencia o no de la responsabilidad civil. Un buen ejemplo para abordar el tema, lo encontramos en una tesis de la jurisprudencia Mexicana que afirma que para poder reputar culpable a la víctima del hecho dañoso que originó la responsabilidad civil, debe probarse que el daño se produjo por la causa eficiente de la pasiva, esto significa que si el hecho generador se hubiera producido aun sin la intervención de ésta, entonces no existe responsabilidad. En caso contrario, si

se demuestra que la conducta originó la causa determinante y eficiente del daño, aun cuando la última al hecho lesivo hubiera sido de la pasiva, será responsable la persona inculpada.

Se puede entender por culpa la posibilidad de prever o previsibilidad el resultado no requerido. Esta es otra de las formas de participación psicológica del sujeto en el hecho, junto al dolo el cual se puede definir como la conciencia de querer y la conciencia de obrar, traducidas estas en una conducta externa, es decir, es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prevé como delito. La preterintención es el resultado punible que sobrepasa la intención del autor denominase delito preterintencional. "El diccionario jurídico de Cabanellas, define al delito preterintencional como aquel que resulta más grave que el propósito del autor, es decir, que el autor del delito obtiene un resultado que no se esperaba y que sobrepasa a lo que el busco o tenia como fin a cuando cometió el delito."<sup>52</sup>

En cuanto a la clasificación de la culpa, se distingue la "culpa mediata" de la "culpa inmediata"; esta, cuando existe una relación cierta y directa entre la culpa del individuo y el resultado de ella, como si un empleado del tren en marcha deja inadvertidamente abierta la puerta de un vagón de pasajeros y se cae un niño a la

---

<sup>52</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Pág. 545

vía; aquella, cuando entre la culpa del individuo y su resultado inmediato y directo, surge un hecho nuevo, "indirecto y mediato", que tiene por consecuencia un daño, ejemplo, en el mismo caso expresado del tren en marcha, si al ver caer al hijo, el padre se lanza a socorrerlo y muere el padre, más al hijo no le sucede nada.

El empleado negligente no es responsable de la muerte del padre, quien se lanza voluntariamente a la vía en socorro del hijo; en una palabra, se responde de la "culpa inmediata" no de la "culpa mediata" porque esta más bien es una ocasión de la causa y no una causa de la causa, y la culpa debe tener una relación directa con el hecho incriminado. No hay relación de causalidad.

“Se distingue también la culpa derivada de un hecho ilícito de la que no deriva de delito; aquella, cuando interviene el resultado en el momento de cometerse un hecho punible; ejemplo, si un ladrón nocturno para apoderarse de una gallina, le dispara un tiro y mata a una persona que no había visto. La división más exacta de la culpa es en culpa consciente y culpa inconsciente, que Carrara.<sup>53</sup> denomina culpa con previsión y culpa sin previsión; y que los romanos denominaban "culpa ex ignorancia" y "culpa ex lascivia". En la culpa consciente, el autor del hecho dañoso se representa las consecuencias que puede producir su acto, mientras que en la inconsciente falta en el agente esta representación.

---

<sup>53</sup> Carrara, Francisco. **Derecho Penal**. Pág. 56

Asimismo, se divide en culpa lata, leve y levísima, consistiendo la primera en un hecho que solo hubieran previsto todos los hombres; la segunda en un hecho que solo hubieran previsto los hombres diligentes; y la tercera, en un hecho que solo una extraordinaria diligencia hubiera podido prever.

En la clasificación de la responsabilidad subjetiva con culpa, derivada de hechos ilícitos, encontramos tres presupuestos fundamentales:

a) En relación a la norma: la conducta antijurídica por violación de un derecho subjetivo privado, se considera causada por un hecho ilícito civil y su derivación directa e inmediata será la reparación de daños y perjuicios, conocida como responsabilidad civil, sin embargo, desde el momento en que el daño es causado, pueden ser aplicados los preceptos de la responsabilidad civil, lo que también abarcaría los hechos ilícitos en materia penal, independientemente de la aplicación del castigo que prevé la norma objetiva.

Sin ahondar más en el asunto, es menester considerar que los conceptos de responsabilidad civil extracontractual por violación de una norma de observancia general y la responsabilidad civil contractual por violación de normas de observancia particular, juegan un papel importante en esta clasificación, ya que del mismo modo, que podrían en un momento determinado equipararse al hecho

ilícito civil y al hecho ilícito penal, por las consecuencias que el deberá afrontar el deudor.

b) En relación al sujeto: en cuanto al elemento subjetivo de la culpa, se consideran en esta clasificación tanto la imprudencia o falta, en sus gradaciones de culpa grave, leve o levísima, como el dolo o intención malévola que haya llevado al responsable a provocar el hecho causante del daño.

c) En relación a las consecuencias del hecho dañoso: finalmente, dependiendo de si la afectación haya sido de índole económica, (ya sea como daño emergente o como lucro cesante (perjuicio); moral (ya sea sobre aspectos de tipo social o afectivo); o haya recaído en la integridad personal del afectado, éste debe razonarse sólo si es un daño cierto y directa e inmediatamente consecuente al hecho que provoca el daño.

En este sentido, en la materia penal se determina que, cuando la reparación del daño causado por un delito, deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil, y previene que están obligados a reparar el daño, los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquiera especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio.

De este modo, cuando se trata de una denuncia de hechos delictuosos, no es la denuncia la que origina los daños y perjuicios causados, puesto que la verdad es que, si algunos se producen como consecuencia de la privación de la libertad del inculpado, debe aceptarse que ellos serían consecuencia inmediata y directa del ejercicio de la acción penal por el agente del Ministerio Público, de la orden de aprehensión dictada por el Juez de la causa criminal, del auto de formal prisión y, en fin, de la tramitación misma del proceso penal.

En tales situaciones, sobrevienen causas consistentes en la intervención de terceros, determinantes de los resultados, que quitan el nexo que debe de existir de causa a efecto, entre la denuncia de los hechos delictuosos y los daños producidos.

Lo anterior constituye el presupuesto necesario e indispensable para la procedencia de una acción, se encuentre o no, vinculada a un proceso penal, en el que, como ya dijimos, también procede la responsabilidad civil, preceptuándose esta regla especial de competencia para el juez penal, formula la procedencia de ejercitar ante el juzgador penal la acción civil de reparación de daños y perjuicios, ocasionados por el hecho sometido a su jurisdicción. Como se desprende del tenor literal de la referida norma que a continuación se transcribe: "**Artículo 126.- Ejercicio alternativo.** Las reglas que posibilitan plantear la acción reparadora en el procedimiento penal no impiden su ejercicio ante los tribunales competentes por



*la vía civil. Pero una vez admitida en el procedimiento penal, no se podrá deducir nuevamente en uno civil independiente, sin desistimiento expreso o declaración de abandono de la instancia penal anterior al comienzo del debate. Planteada por la vía civil, no podrá ser ejercida en el procedimiento penal.”*

En el mismo sentido, se codifica que cuando el ofendido sea un menor o un incapaz, el Ministerio Público es el competente para hacerlo de oficio o a solicitud de aquél, substanciándose la reclamación de daños y perjuicios se substanciará como procedimiento especial en los términos previstos en la ley.

Finalmente, es preciso señalar que es obvio que tanto incumple sus obligaciones el que obra ilícitamente, con violación de las leyes penales, como el que transgrede sus deberes derivados de sus relaciones contractuales. En cuanto a los elementos de la culpa, podemos distinguir los conceptos fundamentales que son indispensables en su manejo, tal como sucede con el concepto de imprudencia, que para concretarse exige una acción, y consiste en obrar sin cautela, en contradicción con la prudencia, es la culpa por acción (culpa in agenda).

Los individuos están obligados a observar, en todas las circunstancias de la vida, aquellas condiciones bajo las cuales se hace compatible su conducta, de acuerdo con las enseñanzas de la experiencia, con los intereses jurídicos de los demás, y

por tanto a dirigir sus cuidados y diligencias en tal sentido y a emplearlos en tal medida, que no hay otro remedio sino conocer experimentalmente que ha cumplido con su deber. La conducta contraria es imprudente.

En el Derecho Español se divide la imprudencia en temeraria y simple. Equivale la primera a la culpa lata, y la segunda a la leve. La imprudencia punible esta integrada por tres elementos: Una acción u omisión voluntaria no maliciosa, un mal efectivo y concreto y una relación de causa a efecto que ligue por modo evidente ambos extremos. La imprudencia es conducta genérica contraria a la policía, conducta no conforme a los intereses generales de seguridad, e implica la mayor parte de las veces una actividad positiva.

Por otra parte, la negligencia es una omisión, desatención o descuido, consiste en no cumplir aquello a que se estaba obligado, en hacerlo con retardo, es la falta de uso de los poderes activos en virtud de los cuales un individuo, pudiendo desarrollar una actividad, no lo hace por pereza psíquica. Negligencia es, pues, imprevisión pasiva, falta de diligencia.

La culpa moral de la ignorancia profesional se denomina impericia, ya que el agente responde porque ha descuidado adquirir los conocimientos elementales y necesarios para el ejercicio de su profesión o arte. La torpeza es culpable cuando es grosera y podía evitarla el sujeto tomando ciertas precauciones. El caso típico



es el del albañil que desde el andamiaje en el cual trabaja deja caer un ladrillo que mata a un transeúnte.

No debe confundirse la impericia con la poca habilidad profesional, porque la ley exige en las personas que capacita para un determinado ejercicio profesional ciertas condiciones de estudio y formalidades probatorias, pero entre los capacitados hay diferencias de ingenio, de habilidad, de estudio.

Los profesionales pueden incurrir en culpa diversa de incapacidad, si en sus actos hay falta de prudencia o de cuidado, esto es, por imprudencia o negligencia. En cuanto a la inobservancia de reglamentos, la palabra reglamento se una en sentido amplio, comprende tanto los decretos reglamentarios propiamente dichos, como las leyes, ordenanzas y disposiciones de la autoridad que tengan por objeto tomar medidas propias para evitar accidentes o daños, para la seguridad pública y para la sanidad colectiva.

Las leyes obligan a todos los ciudadanos; sin embargo, algunas se dictan para determinadas personas, como las que se contraen al ejercicio de la medicina, de la abogacía, de la farmacia, de la odontología, de la ingeniería, etc. El profesional puede obrar de acuerdo con la ley que reglamenta el ejercicio respectivo, pero también con imprudencia o negligencia.

Los reglamentos generalmente se dirigen a disciplinar a un determinado ramo de la actividad individual o social, a cautelar a señaladas empresas, y pueden emanar de la autoridad, o de los particulares, en las empresas privadas.

Cuando se trata de una violación de los reglamentos, que produce resultado perjudicial, basta la demostración de la trasgresión, sin necesidad de prueba de la previsión o no de las consecuencias, porque el legislador se ha sustituido a los ciudadanos en la tarea de previsión. También es preciso tener en cuenta la noción de previsibilidad, necesaria en los casos de imprudencia o negligencia, porque la una y la otra se manifiestan objetivamente como un efecto en la valuación de las consecuencias de la actuación propia.

Cuando la imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia son atribuibles a varias personas cada una responde en la medida de su culpa, la de uno no excusa la del otro, no hay tampoco complicidad, sino una pluralidad de sujetos. La complicada exige una misma intención criminal, y en la culpa no existe la voluntad de producir el resultado. La culpa de cada persona forma un elemento constitutivo del delito.

Cuando hay culpa en la víctima no por eso deja de responder penalmente del resultado delictuoso, el autor por la culpa propia; en nuestro derecho no puede admitirse la compensación de culpas en materia penal. Si toda culpa proviene en

la víctima como en el caso del transeúnte que se arroja en forma imprevista frente al vehículo, sin que el chofer pueda detenerlo y se mata, la responsabilidad desaparece.

Si el hecho proviene de un tercero, responde este; y si en el accidente resultan lesionados autor y víctima, el autor puede ser perseguido por las otras víctimas. Puede haber, asimismo, culpa común de las víctimas, que se extingue distintamente.

### **2.2.1 Los hechos ilícitos generan responsabilidad por hechos de terceros**

En lo relativo a la responsabilidad civil por hechos de terceros, específicamente, en lo referente a los menores, encontramos como fuente de estas obligaciones, nacidas de los actos ilícitos, que tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores bajo su poder y que, además, habiten con ellos, aquellos que ejercen la patria potestad sobre los mismos, de lo que se deriva que serán responsables de cumplir con la reparación de las índoles de daños y perjuicios arriba señalados, incluyendo el moral, sea esta resarcitoria o compensatoria.

Sin embargo, este supuesto jurídico tampoco es absoluto, ya que la responsabilidad cesa en el momento en que los actos ilícitos sean ejecutados por los menores, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas,

verificándose en tal momento, una traslación de la responsabilidad a los directores de colegio, talleres, u otras instituciones encargadas de recibir a menores, mismos que por tal hecho, asumen dicha responsabilidad.

En cuanto a los ascendientes, éstos tienen obligación de responder por los actos de los menores sujetos su patria potestad, exceptuando los casos en deban responder otras personas, como es el caso de los tutores, los directores de internados, colegios, públicos o privados que no reciban internos, los maestros de grupo y los celadores y vigilantes de dichas instituciones.

Lo anterior por la razón de que, durante el tiempo que el menor, sea alumno o discípulo se halle bajo la vigilancia y autoridad de dichas personas, resultaría imposible que sus progenitores o tutores pudieran evitar los hechos causantes de los daños y sus consecuentes perjuicios.

En este sentido, en algunas legislaciones incluso se especifica que tal imposibilidad no debe en ningún momento, resultar de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, en caso de surja la imputación que no hayan ejercido suficiente vigilancia sobre los menores o incapacitados.

Ya en otro contexto, ajeno al familiar, se reputa también la responsabilidad civil por hechos de terceros a las personas jurídicas, sobre las lesiones patrimoniales o



personales que sus representantes legales puedan causar con motivo o en el ejercicio de sus funciones.

Una lógica similar, es encontrada en aquellas disposiciones de épocas pasadas, a la responsabilidad de los maestros artesanos por actos de los operarios, en la ejecución de los trabajos que les encomienden, y el segundo, a la obligación de los patrones en relación a los actos de sus obreros o dependientes en el desempeño de su trabajo, lo que se describirá con mayor detalle en el capítulo de “Daños causados por empleados”.

Como dijimos en un principio, tampoco escapan a este tipo de obligación los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje, ni el propio Estado, que, tiene obligación de responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos en el ejercicio de las funciones que tengan encomendadas.

### **2.2.2. Menores, incapaces, alumnos y discípulos**

Visto lo anterior, y teniendo como principal fuente al Semanario Judicial de la Federación, obra de origen mexicano anteriormente citada donde se localiza información valiosa al respecto, con énfasis en la definición de conceptos en relación a cada uno de los rubros que se estudian, teniéndose cuidado de no incurrir en citas a criterios obsoletos, cuya utilización podría

provocar desfases en el manejo de los preceptos jurídicos contenidos en la norma positiva.

En primer término, es imprescindible reconocer que el contexto normativo define quiénes son los titulares de la obligación, dada la imposibilidad legal de sancionar económicamente al que causó el daño, por lo que la acción para exigir de terceros su reparación, necesariamente requiere, como toda acción, de un titular.

Dicho así, a los padres corresponde, por natural consecuencia del ejercicio de la patria potestad, cuidar la conducta presente y futura de sus hijos, inculcándoles que como base de toda actividad, en presencia y ausencia de ellos, respeten las normas impuestas en general por la convivencia social.

Cabe manifestar que el respeto a las normas se inculca principalmente en el seno del hogar, por lo que resulta de especial importancia instruir a los menores por las normas especiales que García Máinez “define como técnicas, mismas que tienen la particularidad de que su cumplimiento conlleva la correcta ejecución de tareas cotidianas, llevando, su incumplimiento al fracaso llámese accidente, o simple imposibilidad de lograr el objetivo propuesto”.<sup>54</sup> siendo, en este contexto, una importante fuente de obligaciones resarcitorias por desconocimiento o imprudente

---

<sup>54</sup> García Máinez, Eduardo. **Introducción al Estudio del Derecho**. Pág. 54

aplicación de las mismas, como sucedería con el menor que pretenda llevar a cabo una tarea propia de su edad desconociendo sus particularidades, lo que podría conducir a hechos imprevistos causantes de daños y perjuicios.

En conclusión, aun cuando los titulares de esa potestad paternal no se encuentren al lado de los menores en todo momento, cualquier proceder ilícito de éstos ha de reflejar responsabilidad para aquéllos, pues su ocurrencia impone presumir que no han atendido a cumplir esa obligación esencial de educar a los hijos despertando en ellos el respeto a la exigencias de la vida en comunidad.

Por esto, si los padres no rinden prueba suficiente para desvirtuar tal presunción, no podrán aprovechar la excepción a la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos, comúnmente establecidas en las distintas legislaciones, pues esta no se puede fincar simplemente en la ausencia momentánea de aquellos o en su ignorancia de los actos técnicos que ejecuten sus descendientes, sucediendo lo mismo en caso de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Suele establecerse en las diversas legislaciones que los ascendientes son responsables de los hechos ilícitos cometidos por las personas sujetas a ellos, en virtud de la patria potestad, obedece a que tales ascendientes, en virtud del ejercicio de ésta tienen la obligación de dar a sus hijos o nietos una buena educación, vigilarlos atentamente e impedir que causen daños y perjuicios; así,

cuando un hijo causa un daño en determinados casos es dable presumir que los padres no han cumplido con su deber, de modo que la responsabilidad que establece la ley no es propiamente por el hecho de otro, sino por su propia falta.

Por lo mismo, los ascendientes no pueden ser responsables cuando acrediten que no tienen culpa, ni pudieron impedir el hecho o la omisión del que nace la responsabilidad; de tal manera que si lo traemos como hecho generador de ésta, una experiencia de la doctrina mexicana, ocurrida en el Colegio Paidos, situado en ésta Ciudad de Villahermosa, “en el que dos menores de ocho años forcejearon con un lápiz, en un salón de clases y con motivo de ese evento un tercero resultó lesionado, esto constituye un mero accidente del que no deriva ninguna responsabilidad, primero, porque los padres no se encontraban en el lugar de los hechos y, segundo, porque la lesión no se debió a un descuido en la educación del menor, sino a un juego o forcejeo con juguetes y útiles escolares, que es común en los menores de esa edad”.<sup>55</sup>

En todo caso, y esto es aplicable a toda responsabilidad por hechos de terceros, el titular de la obligación tiene responsabilidad civil y no criminal, por hechos u omisiones ajenos, trátase del padre, la madre u otros ascendientes, por lo que resulta indudable que, por la misma razón, el menor no tiene responsabilidad civil, porque precisamente se reclama a los padres o ascendientes, por no podérsela

---

<sup>55</sup> Bejarano Sánchez, Manuel, **Ob. Cit.** Pág. 101



exigir a aquél, ya que, de otro modo, no se concebiría que pudiendo exigirse la mencionada responsabilidad a los menores.

Dicho de otra forma, los padres son civilmente responsables por los hechos delictuosos ejecutados por sus hijos, siempre que éstos sean menores de edad, se hallen bajo su patria potestad, en su compañía y a su inmediato cuidado; responsabilidad de la que únicamente pueden librarse, si acreditan que no tuvieron culpa, ni pudieron impedir el acto o la omisión de sus hijos, de que nació la responsabilidad.

El hecho de que los padres concedan a sus hijos, libertades que los pongan en condiciones de cometer actos indebidos, no los libra de la responsabilidad civil de que se habla, porque al concederse tales libertades, faltan al cumplimiento de las obligaciones legales que tienen, de cuidarlos en debida forma.

Estas consideraciones se deducen de los términos en que está redactado el Artículo correlativo, conforme a la cual, los padres o tutores, son responsables civilmente por los descendientes que se hallen bajo su patria potestad; y la preposición "por", que significa "en lugar de", excluye a los menores de dicha responsabilidad.



El Código Civil de Tabasco, por ejemplo, tomando como modelo al del Distrito Federal, del vecino país de México, regula en relación al caso de los menores, el mismo sistema que el que el mencionado código del Distrito estatuye, o sea: que los que ejercen la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que están bajo su poder y que habitan con ellos; que igual responsabilidad tienen los tutores respecto de los incapacitados que estén bajo su cuidado; y que tal responsabilidad cesa cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etcétera, pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata. “Retomando criterios contenidos en tesis jurisprudenciales vigentes, en México, resulta acertado señalar que la ratio legis de las anteriores disposiciones en cuestión, indudablemente consiste en que presumiendo el legislador la falta de vigilancia por parte de los padres o tutores sobre los hijos o incapacitados que tengan a su cuidado, lógicamente deben responder por esa falta suya, sólo que el propio legislador establece la presunción como *juris tantum*, ya que admite prueba en contrario, al disponer que ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlo; en la inteligencia de que por disposición de este mismo precepto, tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de la presencia



de aquéllos, si aparece que no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.”<sup>56</sup>

Pero indudablemente que no sólo mediante la prueba que destruya tal presunción, quedan eximidos quienes ejercen la patria potestad, del deber de responder civilmente de los daños y perjuicios por los actos de los menores que estén bajo su poder y habiten con ellos, sino también cuando se demuestre (y éste es un principio general vigente en materia de responsabilidad extracontractual, sea que tome su origen en hechos propios, en hechos de terceros o en hechos de las cosas) que el daño causado se produjo por culpa inexcusable de la víctima, pues entonces resulta indiscutible que tampoco puede exigirse válidamente por ésta tal responsabilidad.

En lo referente a los maestros, obviamente su responsabilidad del docente, está relacionada con el ejercicio de su función, sin embargo, es el responsable del riesgo creado y el que tiene a su cargo demostrar que tomó las precauciones necesarios y adecuados para prevenir cualquier daño o accidente, y que si éste sucedió se debió, a causas de fuerza mayor o que por su inmediatez e imprevisibilidad fue imposible evitar.

---

<sup>56</sup>Bejarano Sánchez, Manuel. **Semanario Judicial de la Federación**. Pág. 103

De éste modo, y en razón a información proporcionada en clase en relación a la carga invertida de la prueba nos atrevemos a mencionar que al régimen general de responsabilidades que norma el Código Civil, se le agrega otro con características específicas, ya que está dirigido a determinadas personas y altera el principio de la carga de la prueba, que normalmente, está a cargo de quien alega el daño, por lo que el maestro, quien deberá probar que no hubo culpa de su parte. El principio de la Responsabilidad Civil por la actuación irregular de la persona, lo que conlleva la presunción de culpabilidad, razón por la cual se invierte la carga de la prueba.

### **2.2.3. Empleados, dependientes o representantes legales**

Algunas legislaciones establecen que las personas jurídicas son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones además de que los patronos y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes en el ejercicio de sus funciones.

Esta responsabilidad cesa si se demuestra que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia y es aplicable a dueños, empresarios o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio.

Por tanto, están obligados a reparar el daño, los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos o artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio.

Esa reparación comprenderá la indemnización del daño material y moral, causado a la víctima o a su familia, responsabilidad que cesa si se demuestra que en la comisión del daño, no se les puede imputar ninguna culpabilidad o negligencia. De acuerdo con este precepto la carga de la prueba incumbe al patrón, quien está obligado a demostrar que no le es imputable culpa alguna o negligencia, o, en otros términos, que ha procedido con cuidado, tomando todas las precauciones para no originar que sus empleados incurran en la comisión del daño, en ejercicio de su funciones.

De manera que si el patrón no acredita esos extremos, su responsabilidad es evidente, por no haber tenido el cuidado y las precauciones necesarias. Buscando casos aplicables en tesis jurisprudenciales, resulta de interés en éste desarrolla, hablar de personas jurídicas con alto riesgo de incurrir en responsabilidad, “como sucede con los hospitales – cuyas particularidades fueron comentadas en clase en diversas ocasiones – de que, por ejemplo, si se comprueba que una enfermera X empleada de un sanatorio, le causa lesiones por impericia a un paciente, la responsabilidad de la institución respecto a la reparación del daño, tanto de ámbito



Civil, como del Penal, ya que ésta se finca por el hecho de ser patrón de la enfermera, y de que ésta haya ejecutado un hecho ilícito causando daño a la víctima”.<sup>57</sup>

En casos similares, los criterios jurisprudenciales, indican que “no destruye la acción el hecho de que otro doctor haya ordenado la internación del enfermo y el tratamiento que se le dio, ya que no se trata de dilucidar la responsabilidad penal o civil en que pudo haber incurrido el médico que ordenó el tratamiento; ni tampoco el hecho de que en el sanatorio sólo se arriendan los cuartos que ocupan los enfermos y se alquilen los instrumentos y útiles necesarios para su curación, pues ese hecho viene a demostrar que el propietario del sanatorio obtiene lucro con su explotación y, en consecuencia, es una razón para admitir que él y no otra persona, debe estar obligado al pago de la responsabilidad civil que se le exige por los hechos dañosos que verifiquen sus empleados y enfermeras, pues éste ha sido el espíritu que informa tanto la legislación civil como la penal, en los capítulos relativos, al establecer que los dueños serán responsables de la reparación del daño exigible a sus empleados”.<sup>58</sup>

Acorde al razonamiento anterior, tampoco destruye la acción, el hecho de que la enfermera efectuara el acto generador de la lesión sin obedecer órdenes del

---

<sup>57</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 103

<sup>58</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. **Semanario Judicial de la Federación.** Pág. 104.



administrador del sanatorio, o de que sólo esté comisionara en el mismo, o el que lo haya hecho en forma indebida, no sea titulada, o que al ejecutar el hecho, actuó imprudentemente por su falta de preparación y conocimiento, ya que el hecho demostrativo de la culpa que, en el caso corresponde al propietario del sanatorio, por tener a su servicio enfermeras ineptas o impreparadas, capaces de producir daños al prestar a los enfermos, los servicios a que están obligadas.

De este modo, si se admitiera que por el hecho de que la enfermera no recibió órdenes del administrador del sanatorio, ni de otra persona para efectuar el acto, sino que lo hizo de su propia voluntad, es irresponsable el dueño del establecimiento, se llegaría a la consecuencia inadmisibles de que las compañías de transportes, por ejemplo, no son responsables civilmente de la reparación del daño, por los actos dañosos cometidos por sus empleados, por no haberseles ordenado a éstos, pues se comprende que al confiarse a un individuo la dirección de un vehículo y de un aparato peligroso, se hace en el supuesto de que lo conducirá y manejará con todas las precauciones y conocimientos que la prudencia más elemental aconseja.

Por otra parte, consideramos de utilidad, manifestar que el sistema adoptado, en materia de accidentes profesionales, ha sido la teoría del riesgo profesional, conforme a la cual, los patrones son responsables absolutamente de todos los

accidentes que pueda sufrir el trabajador, siempre que no se deba el accidente a la voluntad de él para producirlo.

Conforme a lo anterior, el patrón contrae la obligación de indemnizar a sus trabajadores por los accidentes que sufran, desde el momento en que aquéllos comienzan a prestar sus labores; y desde que traspasa las puertas del taller o de la negociación, queda sujeto el trabajador a los riesgos de la explotación, y entre la multiplicidad de éstos, está precisamente el que consiste en la irá o los actos de los compañeros de trabajo, estando generalmente los vigilantes o los empleados de mayor categoría, expuestos a que los de menor los hieran y hasta los maten.

Si, por ejemplo, en vista de las pruebas rendidas ante una Junta de Conciliación y Arbitraje, se llega a la conclusión de que la muerte de un trabajador, se debió a un golpe que le propinó uno de sus ayudantes, subordinado suyo, y que la lesión que originó el fallecimiento del trabajador, queda comprobado el nexo contractual entre al patrón y el obrero. En conclusión, es el hecho de que el accidente ocurra durante el desempeño de las labores y con motivo del trabajo el patrón es responsable pecuniariamente para cubrir la lesión o el fallecimiento por concepto de indemnización, exceptuándose en cualquiera de los casos que el fallecimiento haya sido consecuencia de una riña entre sus empleados, lo que le eximiría de toda responsabilidad, por ser culpa de la propia víctima.



Entre las causas de exoneración, viene al caso éste: si el chofer de una negociación sustrajo el vehículo con que causó daños a una persona, en un día inhábil en que no laboró la negociación en que prestaba sus servicios, y no está probado que haya sido en el ejercicio de sus funciones de chofer, no puede estimarse responsable a la parte patronal, ya que no se le puede imputar ninguna culpa o negligencia en los actos ejecutados por su chofer.

La obligación de los patronos de reparar los daños provenientes de delitos cometidos por sus dependientes, es concurrente con la obligación que en igual materia pesa también sobre éstos, distinguiéndose sólo en cuanto a su fundamento, pues en tanto para los últimos surge por efecto directo del delito, con la calidad de pena pública, para los primeros deriva de la ocurrencia de la infracción sumada al vínculo o relación de dependencia en que se mantienen ellos con los infractores, teniendo la calidad de obligación puramente civil, por cuyo cumplimiento esos obligados se subrogan en los derechos de los ofendidos quedando legitimados para repetir contra los penalmente responsables.

Especial atención merece también la responsabilidad civil de los dueños de hoteles y establecimientos similares por robo cometido por sus sirvientes, que fue también comentado en clase, ya que su obligación a responder de los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, en el ejercicio de su encargo se encuentra claramente regulada. De este modo, ya que en caso de sustracción de bienes o

dinero que depositado en la administración, no hay duda de que el beneficiario de la negociación debe responder de la pérdida de que se trata, imputable a él por culpa in eligendo y derivada del contrato de depósito e imputable directamente al administrador, complicándose, en cualquiera de los casos, si no se comprueba el monto de la cantidad, por haberse depositado en un sobre cerrado. Lo anterior no sucede, si los bienes se dejan negligentemente en la habitación, ya que patentemente dichos establecimientos se exoneran de la misma por avisos públicos.

Finalmente y como ya se expresó en un principio, el sistema penal considera la reparación del daño, una pena pública cuando se aplica a los reos de delito y como una sanción dependiente de una gestión privada, si se aplica a terceros no responsables del delito.

#### **2.2.4 Servidores públicos**

Existen dos figuras completamente distintas, las cuales sin embargo pueden coexistir. Ellas son la responsabilidad de la Administración Pública y la responsabilidad personal del funcionario público. Ambas son instituciones fundamentales del Estado de Derecho, pues permiten a los particulares ejercer sus derechos sin ser atropellados por la supremacía y el poder de la autoridad de gobierno. En el primer caso, el responsable de los daños y perjuicios que puede



experimentar un particular es el propio Estado; en el segundo, la responsabilidad recae en forma personal y directa sobre el funcionario público, responsabilidad que puede ser penal, administrativa o civil.

Esta distinción es muy importante, pues para determinar qué acciones legales intentar y cuáles son los tribunales competentes para conocerlas, es necesario determinar si el responsable es el funcionario público a título personal, si es la Administración Pública en la cual presta sus servicios, o si existe una responsabilidad concurrente entre ambos. Hay situaciones en las que resulta evidente que el funcionario público responde por sus actos a título personal, ellas son aquellas en las que, incluso investido de su poder, el funcionario actúa fuera del ejercicio de la función pública. Por ejemplo, el caso del vigilante de un ministerio que con su arma oficial ocasiona un daño a una persona en una riña fuera de su horario y sitio de trabajo, o el secretario de un tribunal que se vale de su credencial para constreñir a un particular fuera de un proceso judicial. En este tipo de conductas se suelen ubicar las vías de hecho, que son actos materiales que realiza el funcionario ejerciendo su poder, pero sin los procedimientos y formalidades legales.

Existen otras situaciones no tan evidentes. Ellas ocurren cuando el funcionario, actuando en ejercicio de su cargo, puede ser responsable en forma personal. No existe un criterio exacto y concreto para determinar en estas situaciones confusas,

cuándo es responsable la Administración Pública, y cuándo lo es el funcionario.

La doctrina y la jurisprudencia más autorizadas en Derecho Público resuelven este punto considerando que los actos dañosos acarrearán responsabilidad personal del funcionario público, cuando éste se encuentra ejerciendo su función, pero actúa con intenciones personales maliciosas, desviadas del objetivo de su cargo que es servir al público conforme a la ley. Ejemplo de estas intenciones son el beneficio económico o la venganza que procura el funcionario, valiéndose de sus funciones.

También la doctrina y jurisprudencia más avanzadas, consideran responsable en forma personal al funcionario público, quien en el ejercicio de sus funciones ocasiona daños a un particular, o a la propia Administración, por haber cometido una falta de diligencia o una imprudencia grave (no errores leves o excusables) en el desempeño de su cargo. Imagínense lo que podría suponer en Venezuela la aplicación severa de este criterio. El funcionario público que incurre en responsabilidad personal, no sólo responde ante el particular que ha sufrido un daño o un perjuicio moral o patrimonial. También responde frente al Estado. Ante el particular responde en forma directa, pues de resultar personalmente responsable, debería indemnizar los daños y perjuicios derivados de sus actos u omisiones. Ante el propio Estado debe responder, por cuanto de resultar afectada la Administración Pública, el funcionario debe responder ante la persona pública al servicio de la cual se encuentre. Obviamente, también será responsable el funcionario ante el Estado, cuando causa daños al patrimonio público, área en la

cual centran su preocupación y atención los funcionarios, pues es en este campo donde se presentan la mayoría de las acusaciones y denuncias.

La responsabilidad personal del funcionario público puede ser civil, administrativa y penal. Las dos últimas son las más comunes por representar hechos noticiosos, aquí se ubican los delitos de Salvaguarda del Patrimonio Público (Peculado, enriquecimiento ilícito etcétera) y los pronunciamientos administrativos de la Contraloría General de la República.

La responsabilidad penal opera cuando el funcionario incurre en acciones u omisiones tipificadas en las leyes como delitos o faltas. En estos casos se pueden producir las condenas judiciales a que haya lugar, incluyendo las penas privativas de libertad. Cuando se trata de funcionarios públicos del más alto nivel, la investidura del cargo requiere una protección previa para evitar acciones temerarias en el campo penal, por ello los juicios en que se exige la responsabilidad penal por ejemplo del Presidente de la República, los ministros, gobernadores, etcétera, requieren de un proceso preliminar conocido como 'antejuicio' en el cual se debe determinar si existen méritos suficientes para proseguir el enjuiciamiento definitivo del alto funcionario.

La responsabilidad administrativa procede cuando el funcionario incurre en acciones u omisiones que impiden el normal funcionamiento del servicio público o



que representan irregularidades en el ejercicio del cargo. Generalmente, esta responsabilidad acarrea multas, suspensiones, destituciones y amonestaciones.

En cuanto a la responsabilidad civil del funcionario público, es la menos conocida y en consecuencia la menos exigida. Aquí se ubica la posibilidad real y efectiva que tiene usted como particular de acudir a los tribunales de la República para exigir que el funcionario público, que resulte ser personalmente responsable, indemnice o repare los daños y perjuicios causados por sus acciones u omisiones. En estos casos pueden incluso solicitarse medidas preventivas (embargo, secuestro, prohibición de enajenar y gravar, etcétera) sobre bienes propiedad del funcionario público, como si se tratara de cualquier otro demandado. Dentro de la misma equivalencia, si la acción intentada por el particular es declarada improcedente, el funcionario demandado podrá intentar las acciones que estime pertinentes dentro de las cuales está exigir el pago de las costas del juicio.

Citamos seguidamente las normas básicas que regulan la responsabilidad personal del funcionario público en las distintas legislaciones:

- Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y

administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes.

- El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley.
- Los funcionarios y demás personas que presten servicios en la Administración Pública, están en la obligación de tramitar los asuntos cuyo conocimiento les corresponda y son responsables por las faltas en que incurran. Los interesados podrán reclamar, ante el superior jerárquico inmediato, el retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento, trámite o plazo, en que incurrieren los funcionarios responsables del asunto. Ello sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar.

Evidentemente existen muchas otras normas que establecen responsabilidades en casos específicos, las cuales desarrollan y complementan estos principios generales. Tanto las Leyes Ordinarias de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de Servicio Civil o Leyes Orgánicas, a nivel federal, como en el local, y las Constituciones Políticas de los Estados prevén el carácter penal de las sanciones aplicables e éstos, responsabilizándolos de los delitos y faltas oficiales que cometan en el desempeño de los cargos encomendados. No por esta circunstancia debe conceptuarse que la ley de referencia es totalmente independiente de las responsabilidad civiles, la imposición de las sanciones a que

se refiere los señalados ordenamientos se efectúan sin perjuicio de la reparación del daño, quedando expedito, en su caso, el derecho de los particulares, para exigir entre los tribunales competentes la responsabilidad pecuniaria que hubiese contraído el funcionario o empleado, por daños o perjuicios, al cometer los hechos u omisiones que le sean imputados.

La reparación del daño que acaba de mencionarse comprende, al igual que los rubros anteriores, la indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia. Ahora bien, la circunstancia de la Ley establezca que queda expedito el derecho de los particulares para hacer efectiva o para exigir la reparación del daño ante los tribunales competentes, de ninguna manera da competencia a los tribunales civiles del orden común, para conocer y resolver sobre esa responsabilidad, sino que debe seguirse el procedimiento marcado en la ley de responsabilidades, esto es, debe seguirse primeramente el proceso penal respectivo en la forma ordinaria, con arreglo a las disposiciones del Código de Procedimientos Penales aplicable en cada caso y a moción del Ministerio Público.

Terminado el proceso y dictado el veredicto correspondiente, aun cuando se absuelva al inculpado en el procedimiento penal, la responsabilidad será exigible, siempre que se comprueben los daños y perjuicios ocasionados con los actos u omisiones que dieron lugar al proceso, y esa comprobación de los daños y perjuicios tendrá que hacerse en el mismo proceso penal. En consecuencia, para



que pueda exigirse la reparación del daño, es necesario que se siga el proceso penal correspondiente.

Sin embargo, en reconocimiento a la importancia de establecer un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, y el correlativo derecho de los particulares a ser indemnizados cuando sufran un daño o lesión por causa de la actividad pública del mismo, con lo que el orden establecido ha cambiado fundamentalmente, aunque hasta la fecha no ha logrado regularse uniformemente en todas las Naciones, ya que en la consecuente adecuación del marco normativo local ha habido importantes desacuerdos al interior de las legislaturas, tanto federal, como las locales, en virtud de la amplitud de la responsabilidad señalada.

En lo que se refiere a este cambio de paradigma, la doctrina acepta igualmente divisibilidad en materia de responsabilidad del Estado y servidores públicos: constitucional, política, penal, patrimonial o civil, administrativa y penal especial, en el campo de la responsabilidad patrimonial, también denominada civil extracontractual, se utilizan diversas modalidades en la legislación extranjera: responsabilidad subjetiva o aquiliana por dolo o culpa civil, responsabilidad objetiva por daño, y responsabilidad por falta de servicio; sin perjuicio de otras modalidades especiales como las “obligaciones legales compensatorias”.

Sobre estos presupuestos, la responsabilidad del Estado por actos administrativos, trata, en principio, de restablecer el equilibrio económico roto por hechos o actos del poder público en detrimento de un particular, por medio de la indemnización y de este modo, algunos Estados como el Mexicano han cumplido con fallos de la Corte Interamericana de Derechos humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo anterior, la responsabilidad ya es directa por parte del Estado, ya que ante el particular se conduce como una persona jurídica colectiva, y, en consecuencia es el único responsable de las acciones realizadas por sus agentes, la falla se encuentra en la falta de regulación específica y la adecuación del marco legal. Del mismo modo que sucede con los patronos, el Estado tiene un derecho de repetición en contra del funcionario responsable para que pague al patrimonio hacendario, el monto que con motivo de su falta se hubiere erogado. El daño, para tener la condición de lesión indemnizable, ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. De este modo, el gobernado demostrará el daño causado en sus bienes o derechos y la relación causal entre el daño y la actividad pública del Estado, conforme a las normas y procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad directa y objetiva del Estado en los casos que, para resarcirlo conforme a los principios del derecho público y en especial, del derecho administrativo.



- **Cosas animadas**

En el Derecho romano no todas las cosas podían ser susceptibles de apropiación por el particular, por lo que las *res extra commercium* (fuera de comercio) no se podrían considerar en el tema que se pretende enmarcar.

“En la antigua Roma, la categorización de las *res* se efectuó principalmente sobre las cosas inanimadas, que son asunto de otro ensayo.”<sup>59</sup>

“Siguiendo la clasificación de cosas conocida, los animales se reputan como bienes muebles, corporales, indivisibles, principales, fungibles y no consumibles.”<sup>60</sup> por las que el propietario puede contraer responsabilidad, quedando excluidos, en mi opinión personal, aquellos que viven en estado salvaje aunque puedan habitar en algún predio de vasta extensión, sin considerarse por ello, propiedad del dueño del terreno, ya que al encontrarse en su estado natural, no pueden ser apropiados por este sino por la caza, como podría suceder, por ejemplo, con un jaguar (especie protegida) que habite en una zona de selva establecida en un predio rústico ubicado, por citar un ejemplo, en el municipio de Balancán, por lo que el dueño de dicho predio no puede estar con ello obligado a responder de los daños que cause este animal a la persona o al patrimonio de otro

---

<sup>59</sup>Ventura Silva, Sabino. **Derecho Romano**. Pág. 182

<sup>60</sup> **Ibidem**. Pág. 186



particular, siendo, responsable en cualquiera de los casos la autoridad competente en la material.

En este sentido, un dato interesante lo provee el Código Civil Español, que en su Artículo 465, señala que los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder; los domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor. En cuanto a la naturaleza jurídica de la titularidad del derecho real de propiedad o posesión sobre el animal, para los efectos de la indemnización, ésta puede considerarse como el poder de que una persona ejerce sobre el mismo, con la intención de retenerla y disponer de ella como su fuera propietario, constituyéndose por la reunión del corpus y el control o poder físico que la persona ejerce sobre el mismo, misma que tiene que ser originaria, ya que de ser derivada, la responsabilidad recaerá igualmente sobre el que se considera dueño del animal, del mismo modo que sucedería con los objetos peligrosos.

## **2.3. Cumplimiento de la responsabilidad civil por hechos ilícitos**

### **2.3.1. La relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño**

La causalidad es un tema fundamental del pensamiento humano que trasciende al derecho, ya que es una de las categorías del conocimiento, de la cual ninguna

persona puede prescindir simplemente para vivir. La acción humana para poder desplegarse necesita conocer cómo y por qué ocurren las cosas en el mundo, pues de lo contrario se está destinado al fracaso.

El hecho ilícito no es imputable en términos de responsabilidad civil, si no media entre este y el daño una relación o nexo de causalidad, por lo que el primero, como punto de partida siempre será el efecto del hecho lesivo, que, en consecuencia, reviste el carácter de causa. Si bien, no se trata de buscar todos los eslabones de la cadena, hasta las más remotas o alejadas del hecho que produjo como consecuencia el daño, buscaremos definir, al menos los aspectos en los que la demostración de la existencia de dicha relación causal conducirá invariablemente a su resarcimiento, ya sea mediante la reparación o la indemnización.

Por otra parte, conforme a la teoría llamada de la causa eficiente, la responsabilidad por el comportamiento culposo se fundamenta en dos requisitos: que el sujeto haya sido la causa eficiente de un resultado y que haya actuado o se haya servido de medios antijurídicos. Según esta concepción no interesa para nada el criterio de la previsibilidad. Lo que define a la culpa es que el resultado sea el producto de un acto humano voluntario, de una actividad voluntaria, que pueda ser referido a tal actividad como a su causa, y además, que haya actuado con medios contrarios al derecho.

En tal contexto, es encontrada una vinculación íntima entre la causa y la culpa, en este caso, de la causa y la imputabilidad, por lo que procederemos a presentar las clasificaciones más importantes.

a) Culpa Mediata e inmediata: se distingue la "culpa mediata" de la "culpa inmediata"; esta, cuando existe una relación cierta y directa entre la culpa del individuo y el resultado de ella, como si un empleado del tren en marcha deja inadvertidamente abierta la puerta de un vagón de pasajeros y se cae un niño a la vía; aquella, cuando entre la culpa del individuo y su resultado inmediato y directo, surge un hecho nuevo, "indirecto y mediato", que tiene por consecuencia un daño, ejemplo, en el mismo caso expresado del tren en marcha, si al ver caer al hijo, el padre se lanza a socorrerlo y muere el padre, más al hijo no le sucede nada. El empleado negligente no es responsable de la muerte del padre, quien se lanzó voluntariamente a la vía en socorro del hijo; en una palabra, se responde de la "culpa inmediata" no de la "culpa mediata" "porque esta más bien es una ocasión de la causa y no una causa de la causa, y la culpa debe tener una relación directa con el hecho incriminado. No hay relación de causalidad".<sup>61</sup>

b) Culpa Consciente y Culpa Inconsciente: la división más exacta de la culpa es en culpa consciente y culpa inconsciente, que Carrara denomina culpa

---

<sup>61</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 120

con previsión y culpa sin previsión; y que los romanos denominaban "culpa ex ignorancia" y "culpa ex lascivia". En la culpa consciente, el autor del hecho dañoso se representa las consecuencias que puede producir su acto, mientras que en la inconsciente falta en el agente esta representación.

- c) Culpa Lata, Leve y Levísima: asimismo, "se divide en culpa lata, leve y levísima, consistiendo la primera en un hecho que solo hubieran previsto todos los hombres; la segunda en un hecho que solo hubieran previsto los hombres diligentes; y la tercera, en un hecho que solo una extraordinaria diligencia hubiera podido prever".<sup>62</sup>

"Los elementos de la culpa son los siguientes

- 1) La voluntariedad de la acción u omisión: se requiere, en primer lugar, para que se configure la culpa, la voluntariedad de la conducta, esto es, que la acción u omisión que realiza el sujeto sea voluntaria, que pueda ser referida a la voluntad del ser humano.

La voluntariedad de la acción u omisión o voluntariedad de la causa es el elemento común a todos los delitos y debe encontrarse también en el delito

---

<sup>62</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 122

culposo. Se trata de la exigencia mínima para que un hecho pueda tener importancia penal, y precisamente, como reflejo de tal exigencia fundamental.

2) La involuntariedad del hecho: la falta de intención o de voluntad del resultado o del hecho, intención o voluntariedad que, caracteriza al dolo. El sujeto, por tanto, no debe haber tenido la intención de realizar el hecho constitutivo de delito; el resultado producido debe ser involuntario. En este sentido se dice que el delito culposo es un delito contra la intención.

3) Que el hecho no querido se verifique por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos, órdenes o instrucciones.<sup>63</sup>

Se requiere en tercer lugar que el hecho no querido sea la consecuencia de un comportamiento voluntario, contrario a las normas o reglas de conducta que imponen al hombre que vive en sociedad una actuación prudente y diligente en forma tal de evitar hechos dañosos, en lo cual radica la esencia de la culpa.

En una modalidad mas actualizada sobre los delitos culposos el Profesor Guatemalteco Hugo Jáuregui indica que la culpa se caracteriza por el hecho de que el agente no quiere realizar la situación de hecho prevista por el tipo legal

---

<sup>63</sup>Valencia Restrepo, Hernán. **Ob. Cit.** Pág. 88



correspondiente. A diferencia de lo que sucede con el acto doloso, el juicio de valor negativo referente al acto culposo no está basado en el contenido de la voluntad del agente. Esta última está más bien orientada a la ejecución de un comportamiento, generalmente, sin importancia para el derecho penal. De manera incorrecta, se llega a decir, en el art. 12, que la acción del agente debe ser lícita. Los delitos culposos también pueden darse cuando se cometa una acción ilícita. En la ejecución de la acción, el agente no actúa de acuerdo con las circunstancias concretas de la situación en la que se encuentra. Por ejemplo, la persona que regresa a su casa, conduciendo su automóvil, provoca un accidente debido a exceso de velocidad y lesiona un peatón. Su objetivo - volver a casa - es penalmente indiferente. El hecho de conducir demasiado rápido es, precisamente, el acto contrario al exigido por la situación concreta (vía céntrica y muy transitada por peatones). El conductor no ha obrado con la finalidad de atropellar al peatón. Su comportamiento constituye más bien una desconsideración respecto a los bienes jurídicos de otra persona. Los responsables de comportamientos culposos deben, como consecuencia, ser reprimidos penalmente. Así ha sucedido en casi todas las épocas. Actualmente, en razón de la mecanización y del desarrollo técnico, la culpa se ha transformado quizás en la principal fuente de riesgos para bienes jurídicos como la vida, la integridad corporal y la salud de las personas. Para mejor proteger estos bienes, es indispensable reprimir los actos culposos. La gravedad de los delitos culposos es, sin duda, menor que la de los delitos dolosos.



Este es el criterio admitido en el Código Penal. Según el Artículo 12, párrafo 2, los "hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley". Es el caso, por ejemplo, del homicidio culposo (Artículo 127), aborto culposo (Artículo 139, párrafo 2), lesiones culposas (Artículo 150), incendio y estrago culposos (Artículo 285). Si el número de tipos legales en los que se prevén delitos culposos es bastante limitado, esto no significa que sean los delitos menos frecuentemente cometidos. Las estadísticas muestran que, en realidad, representan la mayor parte de los asuntos que ocupan a los órganos de represión, en especial a los judiciales. El incremento en los hechos de tránsito relacionados con el transporte urbano y extraurbano es un ejemplo.

En los delitos imprudentes la acción típica no se encuentra descrita pues al no ser intencionales, se recurre a tipos abiertos, en donde se enuncia "el que cometiere homicidio culposo será sancionado..." y es labor del juez terminar de configurar la acción en cada uno de los delitos que se consideran dolosos, en países como el nuestro de sistema limitado o numerus clausus, o de determinar si el tipo doloso acepta su realización culposa integrando la acción en países como España en donde solo exista una norma residual que permite convertir en culposos los tipos dolosos según sea el caso. El punto de referencia objetivo entonces en esta clase de tipo es el denominado deber objetivo de cuidado. El núcleo del tipo objetivo consiste en la divergencia entre la conducta realizada y como debió de haberse realizado si se hubiere seguido el deber de cuidado.



El concepto de cuidado es de carácter objetivo normativo, es objetivo porque es necesario determinar cual es el cuidado que en la vida social real se le presta a la conducta realizada, y es normativo porque implica la valoración de cual hubiera sido el cuidado que un hombre razonable hubiera puesto en la conducta en comparación con el tenido por el sujeto activo.

Existe además un elemento intelectual de las previsibles posibles consecuencias de la acción desarrollada, (previsibilidad objetiva) y otra valorativa por la cual solo es contraria al cuidado la conducta que esta por debajo de la media socialmente aceptada.

Los delitos culposos también pueden consistir en un comportamiento de omisión. Sin embargo, es extremadamente raro que se prevea la represión de una omisión propia a título de culpa. En cambio, cada vez que la culpa es reprimida es posible que el tipo legal sea concretado mediante una omisión impropia (comisión por omisión).

Consecuentemente con la imputación objetiva del resultado al autor del acto, es indispensable constatar si hay una vinculación entre la violación del deber de cuidado y el resultado. Esta relación no se da cuando el resultado se hubiera producido aun si el autor hubiese obrado según su deber de prudencia. La

violación de este último no sería relevante para la producción del resultado perjudicial.

Las fuentes del deber de cuidado son de tres tipos:

- a) El tipo legal mismo que presupone una norma general de prohibición (por ejemplo, la de matar a una persona, Artículo 127);
- b) las normas legales complementarias (por ejemplo, la ley de tránsito, las leyes laborales) o consuetudinarias (lex artis);
- c) las circunstancias del caso concreto (por ejemplo, el depósito de sustancias tóxicas o el transporte de explosivos).

El contenido del deber de prudencia consiste en reconocer el comportamiento peligroso (por ejemplo, conducir un automóvil) o en tomar las medidas necesarias y adaptadas al comportamiento peligroso (por ejemplo, conducir respetando las reglas de tránsito).

a) Producción de un resultado

El resultado debe ser imputable objetivamente al agente. Esta última circunstancia es analizada como un problema de causalidad. Es cuestión, en la práctica, de establecer las condiciones que permiten atribuir al autor del acto el

daño que se quería evitar. El criterio más frecuentemente aplicado es el de la denominada teoría de la causalidad adecuada. Según esta concepción, como ya hemos visto, la acción debe ser considerada causa del resultado cuando, de acuerdo con el curso ordinario de los hechos y la experiencia de la vida, era propia para provocar dicho resultado.

b) Aspecto subjetivo

El resultado debe ser previsible para que se dé la culpa porque si no lo fuera estaríamos ante un caso fortuito y, por lo tanto, al margen del derecho penal. La previsibilidad sería, en este sentido, una calidad del resultado culposo. Pero, la previsibilidad debe también ser considerada en la perspectiva del agente. Es decir, tiene que constatarse si el agente podía o no prever el resultado previsible.

c) Previsibilidad

Para evitar estas dificultades, se propone tomar en cuenta a nivel del análisis de la tipicidad, las capacidades personales y los conocimientos que posea el agente respecto de la situación concreta en que se encuentra. Si de acuerdo con estos elementos, el agente no puede comprender los alcances de su comportamiento y no se puede esperar que respete el deber de prudencia, su comportamiento debe ser considerado no típico; salvo si puede darse cuenta de su incapacidad.



A la persona capaz de prever la peligrosidad de cierto comportamiento, se le puede exigir que actúe de manera que tienda a evitar que este peligro se concrete. Dicho de otra manera, el orden jurídico le impone la obligación de respetar los bienes jurídicos de terceros; de tener cuidado al efectuar acciones peligrosas. En resumen, de obrar con la prudencia debida. Cuando el autor, capaz de prever la realización del tipo legal, no se da cuenta de las consecuencias posibles de su comportamiento, se habla de culpa inconsciente. Por el contrario, se trata de culpa consciente si el agente, habiendo previsto el peligro, obra sin tener en cuenta dichas consecuencias

## CAPÍTULO III



3. **El proceso penal guatemalteco, la víctima dentro del proceso y su situación en la aplicación de la clausura provisional**
- 3.1 **El desarrollo histórico de la posición del ofendido en el derecho procesal penal latinoamericano**

En las antiguas culturas Latinoamericanas, como los Aztecas, Mayas e Incas, la víctima del delito era la figura central. La restitución al ofendido era la base principal para resolver los actos antisociales. La ejecución de una pena, podía depender de un pago, de una recompensa, o del perdón del ofendido. Esta situación cambió con la llegada de los españoles y portugueses a tierras latinoamericanas en donde trasplantaron las instituciones jurídicas europeas.

La figura del ofendido fue perdiendo importancia en la investigación del delito y en la aplicación de las penas. “Con el surgimiento del Estado y la Teoría del Bien Jurídico, el ofendido pasó a ocupar un puesto secundario en el proceso penal. El sistema de derecho penal positivo concentró su atención en el binomio, delitos y penas. En tal sistema, no hay en realidad lugar para la víctima del delito, la cual ocupa más bien un lugar marginado dentro del proceso penal.”<sup>64</sup> El ofendido ocupa en el proceso penal latinoamericano un lugar formalmente destacado.

---

<sup>64</sup> Pavon Vasconlelos, F. **Manual de derecho penal**. Págs. 51-68

“Todos los Códigos Procesales Penales permiten la posibilidad que el ofendido participe como parte civil en el proceso criminal.”<sup>65</sup> “Aún más, en países como México la reparación del daño al ofendido se considera como una sanción, comparable a la multa y es perseguible de oficio por el Ministerio Público.”<sup>66</sup>

Sin embargo, esa posibilidad de actuar como parte civil dentro del proceso penal, es algo más teórico que práctico. El ofendido no tiene interés de participar en el proceso penal, esto se debe, a que la mayoría de delitos que se cometen son intencionales y es claro que los delincuentes generalmente no disponen de un patrimonio o ingresos suficientes, como para pagar una reparación por los daños causados a las víctimas. Sucede lo contrario, en los delitos cometidos por negligencia o imprudencia, (p. ej: accidentes de tránsito) o en los casos de delitos que afectan la esfera personal, (p. ej: injurias, calumnias). En estos casos, el ofendido tiene un mayor interés y es más probable que decida participar en el proceso penal.

La realidad actual es que en Guatemala como en muchos países de América Latina, el ofendido actúa en el proceso penal a lo sumo tan solo como un testigo, aunque formalmente las leyes procesales le confieran otras competencias. Recientemente, ha sido la criminología latinoamericana la que ha puesto en

---

<sup>65</sup> Claria Olmedo, J. **Derecho procesal**. Págs. 32-36

<sup>66</sup> Vélez Mariconde, A. **Derecho procesal penal**. Págs. 11-23.





discusión doctrinal la posición del ofendido en el derecho penal. Se observa una tendencia a fortalecer las facultades del ofendido dentro del proceso penal, como se hizo en el Código Procesal guatemalteco vigente desde 1994, en el nuevo Código Procesal Penal de Colombia, (1986), y lo prevé el nuevo Proyecto de Código Procesal Penal de Argentina. (1987).

### **3.2 Concepción fundamental del derecho procesal penal latinoamericano**

Las fuentes legislativas del Siglo XIX en materia procesal latinoamericana fueron básicamente, el derecho penal español y francés, mientras que en el presente siglo la influencia más importante la ejerció el derecho penal italiano. Por esto, el derecho procesal penal latinoamericano actual se identifica en sus principios e instituciones con el llamado Sistema Romanístico de Derecho. En general el proceso penal tipo latinoamericano, se desarrollaba en 2 etapas fundamentales.

Un primer periodo, predominantemente escrito y secreto, con carácter preparatorio, que tiene una finalidad instrumental, y un segundo periodo, declarativo o decisorio, núcleo esencial del proceso que se realiza en forma oral y pública.

Era opinión generalizada de la doctrina penal latinoamericana clasificar el proceso como un sistema mixto, resultado de una mezcla del sistema inquisitorio y



acusatorio. Por lo que se puede afirmar, que el Derecho Procesal Penal Latinoamericano tiene una base dogmática común. Ly hechiceros, aquí se dio de comunistas y guerrilleros.

El Sistema Mixto Acusatorio Formal, inspirado en las reformas Europeas derivadas de la recepción del derecho anglosajón en Alemania y España, y en la filosofía garantista y la influencia del respeto al proceso penal constitucionalizado, se traslada a América Latina en una época en que el Sistema Procesal Mixto Inquisitivo de nuestros países se había transformado en una verdadera cacería solo que en lugar de brujas y hechiceros, aquí se dio de comunistas y guerrilleros. El Código Tipo de América Latina surge como una invitación al cambio de sistema procesal, en Latinoamérica, cambio en el que se han embarcado distintos países como Argentina, Colombia, Guatemala, Nicaragua, Salvador, Chile, Bolivia entre otros y más recientemente México. Dentro de los promotores de este sistema se encuentran el Dr. Julio Maier y Alberto Binder, coautores del proyecto de Código Para Guatemala, por encomienda del extinto Dr Edmundo Vásquez Maitines, Presidente de la Corte Suprema de Justicia Este sistema consta de tres grandes etapas preparatoria, intermedia y juicio, las cuales por la influencia mayoritaria del sistema acusatorio recibe este nombre.

Cuando ocurre la comisión de un hecho punible en contra de bienes jurídicos ya sean colectivos o particulares se producen lesiones que derivan del hecho



principal, los cuales no son menos perjudiciales que el mismo y por lo tanto generan al individuo trasgresor sanciones que nuestro ordenamiento jurídico cataloga o define como responsabilidades civiles, estas se encuentran tipificadas en el Código Penal y supletoriamente en el Código Civil.

### **3.3 El proceso penal ordinario en Guatemala.**

Esta etapa se centra en el proceso penal ordinario, por ser este el procedimiento penal por excelencia en el que se dilucidan el mayor numero de delitos contenidos en nuestra legislación y por ello el nombre de ordinario pues todo lo que no tenga regulado una competencia especifica tales como los delitos de acción privada, los hechos cometidos por personas inimputables, los delitos que se tramitan por el procedimiento de las faltas, etc.

#### **3.3.1 Aspectos generales del proceso**

*Se entiende por proceso "...Secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión. Serie ordenada de actos preestablecidos por la Ley y cumplidos por el órgano jurisdiccional, que se inician luego de producirse un hecho delictuoso y terminan con una Resolución final .En el Proceso Penal se denuncia la comisión de un delito, luego se actúan todas las pruebas pertinentes*

*para que el órgano jurisdiccional resuelva la situación jurídica del procesado, archivando el Proceso, absolviendo al procesado o condenándolo...<sup>67</sup>*

El Dr. Alberto M. Binder, conocido procesalista penal latinoamericano, habla de cinco fases del proceso penal ordinario: 1) Fase de Investigación; 2) Fase Intermedia; 3) Fase del Juicio Oral y Público; 4) Fase de Impugnación; y, 5) Fase de Ejecución. Seguidores de este autor, quien además fuera uno de los ponentes del proyecto de Código Procesal Penal para Guatemala, y que ha estado muy vinculado al proceso de capacitación y formación de profesionales en Guatemala, de donde es fácil deducir, un buen número de jurisconsultos guatemaltecos seguidores de este adoptan dicha clasificación. Aunque algunos autores al reflexionar sobre la etapa preparatoria han expresado que: La etapa preparatoria que se conoce actualmente, encuentra sus raíces en el denominado sistema mixto, el mismo que tuvo su germen en la Francia revolucionaria a finales del siglo XVIII, consolidándose posteriormente en el Código de Instrucción Criminal de 1808. Esta yuxtaposición de los sistemas acusatorio e inquisitivo responde a la idea básica de disciplinar el proceso en dos etapas distintas, la primera de las cuales sirve para dar sustento a la segunda. Los elementos de prueba que se recogen durante la investigación sirven para dar fundamento a la acusación. Por

---

<sup>67</sup> Marín Vásquez, Ramiro Alonso. **Sistema acusatorio y prueba**. Pág. 18

su parte, la sentencia se apoya en los actos del debate que se presentan en el juicio que es la etapa central del juicio.

Como se dijo, en el sistema mixto la instrucción tiene por función proporcionar todos los elementos que permitan fundar la acusación y llevar adelante el juicio. Sin embargo, las particularidades de esta fase son distintas a la actual. En primer lugar, el juez es el director de la investigación y al mismo tiempo ejerce jurisdicción. En segundo lugar, el procedimiento es escrito, limitadamente contradictorio y público, ritualista y burocrático. En tercer lugar, los actos cumplidos en dicha fase no tienen ninguna autoridad probatoria en el juicio.

Esto lógicamente no es una premisa universalmente aceptada así en el derecho venezolano por ejemplo existen pensamientos divergentes, “El Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, Dr. Julio Elías Mayaudón, habla de cuatro fases. P. Osman Maldonado V., José Luis Tamayo Rodríguez y Carlos E. Moreno Brandt, hablan de tres fases. El Código Orgánico Procesal Penal, que es nuestra ley adjetiva penal venezolana por excelencia, en el Libro Segundo, prevé el legislador que el proceso penal venezolano consta de tres fases, etapas o períodos: Preparatoria, Intermedia y del Juicio Oral y Público.”<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> <http://www.noticiasjuridicas.com>. **Fases de Proceso**. Pág. 30

A pesar que la gran mayoría de los autores nacionales y foráneos señalan que el proceso penal se divide en cinco fases, coincido plenamente, con el Dr. Carlos E. Moreno Brandt, quien en una representación pedagógica, comprensible y clara, y con un sólido criterio académico, sostiene que “tanto el recurso de apelación como el de casación constituyen un derecho de las partes expresamente reconocidos por el Código” y no “una fase del proceso”, razón por lo cual, la impugnación de las decisiones o medidas judiciales, **“se trata no de una etapa inherente al desarrollo mismo del proceso, sino de una actividad resaltante del ejercicio de un derecho de las partes y, por ende excepcional.”** (Lo resaltado es mío). Y, ciertamente, la “impugnación” no es “una fase que siga a la preclusión de la otra anterior”; simplemente, es el derecho que tienen las partes, de recurrir mediante los recursos determinados en la ley, contra las decisiones que le sean desfavorables.

Aunado a lo expuesto la fase de ejecución si bien asignada formalmente a los Jueces de ejecución, dos para todo el país, sigue siendo en nuestro medio una etapa que esta a cargo del Sistema Penitenciario, que pese a tener una ley moderna y muy aclopada a los principios y garantías de las convenciones internacionales y de la Constitución todavía no ha logrado arrancar por falta de fondos, con lo cual se reforza la idea de que esta ya no es una fase del proceso penal sino de una entidad con fines, objetivos y características distintas.



El nuevo modelo de administración de justicia penal en Guatemala, vigente plenamente desde el primero de julio del año mil novecientos noventa y cuatro, cambió radicalmente el sistema pasándolo de un Mixto Inquisitivo a Acusatorio Formal, por ende los métodos y procedimientos utilizados para llevar a cabo la investigación criminal, también cambiaron, siendo una de las principales reglas o principios la afirmación de la libertad, y no como antes cuando la detención era la regla y la libertad una excepción.

Ahora bien, dentro de este nuevo modelo de administración de justicia en nuestro país, que busca rescatar la confianza de la colectividad en los métodos y procedimientos, nos conseguimos nuevos esquemas, nuevos principios, nuevas reglas, por los cuales el Ministerio Público pasa a ser el titular de la acción penal, tal como lo establece el principio de la titularidad de la acción penal, en el Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala que señala;

Artículo 251.- (Reformado) Ministerio Público. El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica.

El jefe del Ministerio Público será el Fiscal General y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Deberá ser abogado colegiado y tener las mismas



calidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación, integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside, los decanos de las facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del País, el presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de Honor de dicho Colegio. Para la elección de candidatos se requiere el voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la Comisión.

En las votaciones, tanto para integrar la Comisión de Postulación como la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará ninguna representación. El Fiscal General durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El Presidente de la República podrá removerlo por causa justificada debidamente establecida.

Con ello se pretende dar mas agilidad y eficacia a la investigación preparatoria, acordando al Fiscal atribuciones autónomas de investigación y de coerción, con garantía de los derechos del imputado, además se personaliza la responsabilidad por la investigación.



La investigación de un hecho punible se va a realizar durante la etapa preparatoria (predominantemente informativa), siendo el fin de la investigación proporcionar los elementos y el fundamento en su caso para formular la acusación fiscal, condición principal para la realización del Juicio o determinar el pedido de sobreseimiento. Es importante destacar que las investigaciones deben estar dirigidas primordialmente a satisfacer lo que manda el Código Procesal Penal en su Artículo 5. Esta garantía elemental si se quiere, de separar la función de investigar de la de juzgar, expresada en el refrán *Nadie puede ser Juez y parte en la misma causa*, en nuestro país no ha tenido mucha aplicabilidad practica como lo expresa el connotado penalista guatemalteco Hugo Roberto Jáuregui que analizar la evolución de los procesos señala: *“Con las revoluciones de estados Unidos y Francia, se recibe el influjo del derecho anglosajón se reforma el proceso en la Europa Continental y se desarrolla el sistema mixto (que contiene principios del sistema acusatorio y del inquisitivo).*

*En su primera expresión, surge una forma en forma híbrida el denominado, Sistema Inquisitivo Reformado por la marcada influencia de este sistema, si bien mantuvo la etapa del debate publica oral y contradictoria, la posibilidad de que los actos de investigación se convirtieran automáticamente en pruebas durante el debate, y la posibilidad de comparecer en forma escrita a evacuar la audiencia, no hizo mayor diferencia entre inquisitivo puro y reformado, realidad que vicio nuestro país hasta el actual código, pese a que a nivel de garantías y derechos humanos,*



ya hubiera regulación tal el caso de la Convención Americana de derechos Humanos vigente desde 1979 pero que no era positiva, al punto que la separación de la figura del Juez Instructor y de sentencia se da en nuestro medio como consecuencia de la entrada en vigor de la actual constitución, mediante la promulgación del decreto 45-86 del Congreso de la República, el cual introduce la división del Juez Penal Único, que investigaba y juzgaba, por medio de las figuras del Juez de Primera Instancia de Instrucción, y el Juez de Primera Instancia de Sentencia.<sup>69</sup> En ese sentido resulta interesante comprobar que la garantía de separación de roles o funciones en el proceso penal en Guatemala sea producto del nuevo orden constitucional, para ello baste citar los Artículos 1 y 2 del Decreto 45-86 del Congreso de la Republica que a continuación se citan:

Artículo 1. – Se adiciona al Artículo 31, el siguiente párrafo: “El proceso penal se desarrolla en dos etapas: “La instrucción o sumario y el juicio”.

Artículo 2.- El Artículo 101, queda así: “Artículo 101. Competencia penal. La competencia es improrrogable.

Tiene competencia en materia penal:

1. Los jueces de paz.

---

<sup>69</sup>Jauregui, Hugo Roberto. **El Debate en el Derecho Penal Guatemalteco**. Pág.17



2. Los jueces de Primera Instancia de Instrucción.
3. Los jueces de Primera Instancia de Sentencia.
4. Las Salas de la Corte de Apelaciones.
5. La Corte Suprema de Justicia.

Los jueces a que se refiere el numeral 2. tendrán a su cargo la instrucción de los procesos cuyo conocimiento ulterior corresponde a los juzgados de Primera Instancia de Sentencia.

También conocerán del juicio y pronunciarán sentencia en los delitos con pena máxima de un año de prisión, multa que no exceda de mil quetzales, o ambas penas dentro de los límites señalados.

Los jueces a que se refiere el numeral 2, tramitarán el juicio y pronunciarán la sentencia.

La Corte Suprema de Justicia hará la distribución que corresponde en toda la República, tanto de los juzgados de instrucción y de sentencia, como de los procesos que deben conocer estos últimos.

El Ministerio Público actuará en todo momento con el auxilio de la Policía Nacional Civil como lo expresa el Artículo 112 ultimo párrafo del Código procesal penal que señala: *Los funcionarios y agentes policiales serán auxiliares del Ministerio*

*Público para llevar a cabo el procedimiento preparatorio, y obrarán bajo sus órdenes en las investigaciones que para ese efecto se realicen. Así mismo se establece que estos deberán actuar respetando la dirección funcional del Ministerio Público y bajo su estricta supervisión, como se desprende de lo preceptuado en el Código Procesal Penal en los Artículos siguientes:*

**Artículo 113. Auxilio técnico.** *Los funcionarios y agentes de policía cuando realicen tareas de investigación en el proceso penal, actuarán bajo la dirección del Ministerio Público y ejecutarán las actividades de investigación que les requieran, sin perjuicio de la autoridad administrativa a la cual están sometidos.*

*Deberán también cumplir las órdenes que, para la tramitación del procedimiento, les dirijan los jueces ante quienes pende el proceso.*

*El Ministerio Público supervisará el correcto cumplimiento de la función auxiliar de la policía en los procesos penales y podrá impartir instrucciones generales al respecto, cuidando de respetar su organización administrativa. Dichos organismos coordinarán actividades para el mejor ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.*

**Artículo 114.- Poder disciplinario.** *Los funcionarios y agentes policiales que infrinjan disposiciones legales o reglamentarias, que omitan o retarden la*



*ejecución de un acto propio de sus funciones o lo cumplan negligentemente, serán sancionados, en la forma que corresponde conforme a su ley orgánica, sin perjuicio de las responsabilidades penales si las hubiere. Se podrá también recomendar su cesantía a la autoridad administrativa correspondiente, quien dará aviso al Ministerio Público o a los tribunales de las sanciones impuestas.*

La investigación judicial propiamente dicha esta apuntada a los hechos punibles de acción penal pública, en los delitos de acción penal privada no hay una investigación judicial por parte del Ministerio Público ya que la misma se encuentra a cargo de las partes, es decir del querellante o querellado.

José Luís Clemente al comentar sobre el objeto de la investigación penal expresa;

a. que la tarea probatoria de la investigación penal preparatoria comprende distintos ítem siendo el primero de ellos la investigación histórica del hecho eventualmente delictivo, para determinar su real existencia y demás circunstancias que permitan orientar la acusación, b. todas aquellas circunstancias de tiempo, modo y lugar que permita encuadrar penalmente la conducta imputada y demás elementos personales del imputado que permita determinar su responsabilidad, c. determinar a los posibles partícipes en sus diversos grados: autores, cómplices o instigadores, esto significa completar el elemento subjetivo de la imputación.

El Ministerio Público al tomar conocimiento de un hecho que constituye según la legislación penal un hecho punible de acción pública debe iniciar una investigación e interesarse por el mismo, siendo entonces el primer momento o acto de la investigación el levantamiento de evidencias, en donde hay que ser muy cuidadoso.

Como se ha mencionado más arriba el órgano auxiliar por excelencia en este momento del Ministerio Público, es la Policía Nacional, que a través de la DINC colabora con el proceso de investigación de un determinado hecho punible.

Basile al referirse al órgano auxiliar del fiscal en una investigación expresa; “la policía tiene que estar dividida en dos partes la Policía investigativa y la Policía de análisis, no pueden hacer las dos cosas, expresa que el primer momento es de la Policía de la investigación, la Policía técnica requiere de uno o dos personales en ese momento de la constitución en el lugar del hecho, es el que va a indicar la manera en que se van a recoger las evidencias, que evidencias se van a tomar y cuidar que esas evidencias se resguarden de la manera en que son encontrada”.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Alejandro A. Basile, David Waisman. **Medicina Legal y Deontología**. Pág. 544/547



Es necesario decir que si bien la fase preparatoria esta a cargo del fiscal en lo que se refiere a la dirección de la investigación también es cierto que la ley prevé en ese sentido que para garantizar los derechos constitucionales de los particulares el mismo ordenamiento Constitucional y el Código Procesal Penal Prevé la figura del Juez Contralor de Garantías que funciona de la siguiente manera.

Por disposición legal contenida en la Constitución Política de la República de Guatemala, ninguna persona puede ser detenida sino es por orden judicial, salvo el caso del delito flagrante: *ARTÍCULO 6.- Detención legal. Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad.*

*El funcionario, o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este Artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente.”*

En este sentido algunos autores nacionales han expresado que *Sólo se podrá detener a una persona por causa de delito o falta y en virtud de una orden judicial librada con apego a la ley emitida por un juez competente. “La única excepción*

*es en caso de flagrancia, en cuyo caso se podrá proceder sin orden, tanto por la Policía Nacional Civil como por un particular. Las personas aprehendidas deberán ser puestas a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas y no podrán quedar sujetos a otra autoridad. Es de recalcar que el plazo de seis horas es el tiempo máximo, cuyo objetivo es cumplir con el procedimiento administrativo de fichaje del procesado, y la elaboración de la documentación respectiva. La estimación de este tiempo hecha por el legislador constituyente considero que para realizar estos trámites no se debiera requerir de más tiempo, esto exige del Juez un examen caso por caso, pues por un lado en la práctica no solo se ha tomado como una regla las seis horas aunque se pudiese presentar en menos tiempo al imputado, con lo cual se le somete algún tipo de coacción, pues permanece en los separos de las comisarías, o en algunos casos se incurre en hacer ajustes del tiempo, falseando la verdad, para no violentar dicha norma, situaciones que deberían acarrear sanción para los responsables, y por otro lado en caso de no incumplimiento de la autoridad por causas de fuerza mayor, por ejemplo, un accidente, un desastre natural etc. no se podría hablar de una violación a dicha garantía.”<sup>71</sup>*

En este orden de ideas, el legislador guatemalteco contempla como regla la aprehensión o detención previa orden judicial que permita evaluar la necesidad de la medida cautelar por la única persona que puede limitar el derecho a libertad de

---

<sup>71</sup> Jáuregui, Hugo Roberto. **Apuntes de Derecho Procesal Penal I**. Pág. 28.



locomoción que es el Juez Contralor de Garantías, como se confirma en el Artículo 257. Que establece:

*“... Aprehensión El Ministerio Público podrá solicitar la aprehensión del sindicado al juez o tribunal cuando estime que concurren los requisitos de ley y que resulta necesario su encarcelamiento, en cuyo caso lo pondrá a disposición del juez que controla la investigación. El juez podrá ordenar cualquier medida sustitutiva de la privación de libertad, o prescindir de ella, caso en el cual liberará al sindicado...”*

“La detención es una medida de carácter cautelar personal que supone la privación de la libertad ambulatoria por un determinado período. Implica tanto el impedir que una persona abandone un lugar como conduciría contra su voluntad a otro.”<sup>72</sup> En sentido amplio, se considera como detención cualquier situación en que se impida o obstaculice a una persona para autodeterminarse, por su propia voluntad, a realizar una conducta ilícita, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad.

La detención es pues una medida cautelar personal y provisionalísima, sometida a los principios de legalidad y de proporcionalidad. Puede ser practicada por orden o disposición de la autoridad judicial, los particulares y funcionarios de policía. En

---

<sup>72</sup> Ramos Méndez, Francisco. **El Proceso Penal** Pág. 357.



cuanto a los particulares, la detención es facultativa. Es obligatoria para la policía cuando así lo dispone la ley.

### **3.3.2 Las medidas cautelares**

Las medidas cautelares son instrumentos procesales que se imponen durante el curso de un proceso penal, con el objeto de restringir el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas.

La génesis de las medidas de coerción o medidas cautelares como se le llama en otras legislaciones –como la chilena- es de naturaleza civil, es en esta materia en la que nace, particularmente en el derecho procesal civil, en Italia a principios del siglo pasado y de donde ha sido retomada en materia penal por los sistemas con procesos orales de corte acusatorio adversarial, como el que se instauró en nuestro país desde julio de 1994; esta adopción se da en razón a la necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso, así como garantizar en el caso de una eventual sentencia condenatoria que ésta sea cumplida, esto toda vez que el ordenamiento penal inspirado en una filosofía garantista estatuye como regla general, que el imputado sometido a proceso gozará de libertad hasta en tanto no hubiera una sentencia condenatoria ejecutoriada, lo que obviamente pone en riesgo, en el caso de ciertos imputados, que se evada la acción de la justicia o de alguna manera se entorpezca el normal desarrollo del proceso.



- **Modelos de medidas de coerción penal**

Dentro de las distintas clasificaciones de Modelos de Medidas de coerción que existe en la doctrina por su simplicidad encontramos la siguiente.

a) Modelo garantista

El modelo garantista, denominado también modelo liberal, se basa en la idea de que el ejercicio del poder penal, en cualquiera de sus manifestaciones, debe tener límites. “Este modelo, explica Alberto Binder, se caracteriza por tomar decisiones de autolimitación y se basa en los principios de legalidad y certidumbre, es decir en la idea de que el ejercicio de la política criminal debe ser racional y limitado.”<sup>73</sup>

Luigi Ferrajoli expone que este modelo constituye un parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva que nació como una réplica al creciente desarrollo de la divergencia que existía en diferentes latitudes entre los principios establecidos en la Constitución y la legislación penal ordinaria, la jurisprudencia y las prácticas administrativas o policiales. En lo que a coerción personal respecta, el modelo garantista se caracteriza por:

- a) Reconocer la supremacía del derecho a la libertad;
- b) Propugnar medidas alternativas a la prisión provisional;

---

<sup>73</sup>Política criminal de la formulación a la praxis. Pág. 36.

- c) Afirmar que esta tiene únicamente fines procesales, que sólo el peligro de fuga justifica su adopción, y que la peligrosidad procesal no se presume; y,
- d) Sostener que la potestad persecutoria es limitada.

b) Modelo Eficientista

Este modelo, de corte autoritario, se caracteriza fundamentalmente por subordinar el valor libertad al principio de autoridad, desconociendo la idea de límites al poder penal. En un modelo autoritario de persecución penal se sustituyen valores consagrados constitucionalmente como derechos fundamentales y se convierte su observancia y cumplimiento en prácticas excepcionales. Así, bajo la justificación de las situaciones de emergencia o políticas coyunturales los derechos fundamentales a la libertad y a la presunción de inocencia se vuelven relativos y se opta (decisionismo) por medidas que no sólo los pervierten, sino que se convierten en reglas de procedimiento. Este modelo se caracteriza por lo siguiente:

- a) Una inversión de valores, pues la libertad pasa a ser la excepción, y la detención preventiva se convierte en anticipo de pena.
- b) Una instrumentalización de los operadores del derecho, ya que en este modelo los jueces abandonan su tradicional e imperativo deber de garantizar la defensa de los derechos fundamentales y asumen una función persecutoria y parcializada, ajena a su función suprapartes.

c) Una preocupante carencia de coherencia intrasistémica, pues resulta altamente probable que un determinado modelo penal de emergencia se dé en el marco de una Constitución con una sólida y elocuente declaración de principios, con la obligada referencia a los Tratados Internacionales, los mismos que proclaman la libertad como regla y la excepcionalidad de la detención.

d) Al hacer referencia a la legislación de segundo orden (códigos, leyes especiales, etc.) encontramos que ésta modifica y subvierte en la práctica la política criminal principista contenida en la Constitución, con la consiguiente aplicación de la detención como una práctica regular. De modo que no sólo se encuentra una falta de coherencia intrasistémica en el sistema penal, sino además una legislación abiertamente inconstitucional. Por lo general el marco legal que regula estos procedimientos establece límites, pero como bien señala “Binder la idea de límite cumple una función cosmética o decorativa, porque en cualquier momento, si el poder lo decide, tales límites pueden ser sobrepasados.”<sup>74</sup>

- **Noción de las medidas cautelares o de coerción**

Estas medidas son cautelares porque tienden a evitar los peligros de obstaculización del proceso y buscan asegurar el efectivo cumplimiento de la

---

<sup>74</sup> Binder, Alberto. **Política criminal de la formulación a la praxis**. Pág. 35 y ss.

posible condena. Si luego de comprobada la culpabilidad del imputado en juicio éste pudiera sustraerse al cumplimiento de la sanción, la justicia se vería burlada y la sociedad perdería la confianza en el derecho. En ese sentido José I. Cafferata Nores ha argumentado que Los actos coercitivos afectan por regla general al imputado, a quien se puede restringir en el ejercicio de sus derechos personales (por ejemplo, allanando su domicilio, abriendo su correspondencia, privándolo de su libertad de tránsito o locomoción, etc.) o patrimoniales (por ejemplo, embargando sus bienes). Pero también puede afectar a terceros, como por ejemplo al testigo que se ve obligado a comparecer a declarar, la víctima de lesiones que debe someterse a un examen corporal o el propietario de la cosa hurtada que se ve privado temporalmente de su uso y goce mientras permanece secuestrada con fines probatorios.

La regla general debe ser siempre la prevalencia, respeto y promoción de los derechos y libertades ciudadanas, no incurriendo en la equivocación de sobreponer a éstos una equivocada noción de 'interés social' o 'interés general', debiendo considerarse que es precisamente el justo equilibrio entre ambos valores lo que viene a garantizar el goce de la justicia, la libertad y el bienestar social.

Las medidas cautelares deberán ser utilizadas de acuerdo con el principio de mínima Intervención.



Estas medidas son cautelares porque tienden a evitar los peligros de obstaculización del proceso y buscan asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena. Si luego de comprobada la culpabilidad del imputado en juicio éste pudiera sustraerse al cumplimiento de la sanción, la justicia se vería burlada y la sociedad perdería la confianza en el derecho. En ese sentido José I. Cafferata Nores ha argumentado que Los actos coercitivos afectan por regla general al imputado, a quien se puede restringir en el ejercicio de sus derechos personales (por ejemplo, allanando su domicilio, abriendo su correspondencia, privándolo de su libertad de tránsito o locomoción, etc.) o patrimoniales (por ejemplo, embargando sus bienes). Pero también puede afectar a terceros, como por ejemplo al testigo que se ve obligado a comparecer a declarar, la víctima de lesiones que debe someterse a un examen corporal o el propietario de la cosa hurtada que se ve privado temporalmente de su uso y goce mientras permanece secuestrada con fines probatorios.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión, teniendo por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal. Dentro de los cambios sustanciales del nuevo proceso penal, está la transformación paradigmática de

someterse al proceso en libertad, es decir, tener como regla general que toda persona que es sometida a proceso, lo haga en total libertad; esto si que ha venido a trastocar la tradición procesal y la dogmática penal, pero a reivindicar también uno de los principios de mayor trascendencia en las ciencias penales: la presunción de inocencia.

Sin embargo, no hay que soslayar el hecho de que un imputado sometido a proceso en libertad, representa sin duda alguna una gran contrariedad para los afectados de un hecho delictuoso, y más aún, representa seguramente una gran inconformidad para la sociedad, debido a que ésta, por razones coyunturales, está más preocupada porque los delincuentes sean castigados, que porque a las personas se les respeten sus derechos fundamentales; es por esto, que este cambio en el proceso representa quizá el mayor reto ante la opinión pública, debido a que cualquier ciudadano al que no lo una algún lazo afectivo con el imputado, no va a entender con facilidad el hecho de que una persona a quien se le acusa de un delito ande libremente por las calles de su localidad.

- **Clasificación y finalidad de las medidas de coerción**

Dentro del variado catálogo de posibilidades de estas medidas; se debe de reconocer os tipos que la doctrina en esta materia ha distinguido y diferenciado en medidas de coerción personales y medidas de coerción reales.





Las primeras son aquellas en las que se restringe o se conculca la libertad del imputado: tales como la citación, la aprehensión o la prisión preventiva. Las medidas de coerción reales, son aquellas en las que se restringe la libre administración del patrimonio, entre estas encontramos el embargo, el secuestro, la inmovilización de cuentas, la anotación de bienes entre otras.

Las medidas cautelares de carácter personal, tienen como finalidad asegurar la presencia del imputado en el juicio y evitar que obstaculice la averiguación de la verdad.

Las medidas cautelares de carácter real tienen como finalidad garantizar la reparación del daño y el pago de costas o multas. Las medidas cautelares sobre bienes sujetos a confiscación o decomiso tienen como finalidad asegurar que dichos bienes queden a efectos de prueba en el proceso.

“La coerción personal es una limitación a la libertad física de la persona; la coerción real importa una restricción a la libre disposición de una parte del patrimonio. Ambas tienen en común la finalidad de garantizar la consecución de los fines del proceso y pueden afectar al imputado o a terceros.”<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> Cafferata Nores, José I. **Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal.** Pág. 4



- **Principios que rigen la aplicación de las medidas cautelares.**

Es importante conocer las características generales de las medidas cautelares, porque esto ayuda a entender mejor el sentido de las mismas y saber aplicarlas con mayores criterios de justicia. Además, también es importante conocer cuáles son las características intrínsecas de las mismas, es decir, la “camisa de fuerza” que impide que sean aplicadas arbitrariamente.

Se pueden destacar como principios o características generales de las medidas cautelares los siguientes: a) Excepcionalidad, en vista del derecho a la libertad personal y al principio de presunción de inocencia (que veremos con más detalle cuando analicemos la detención preventiva), la regla sería la libertad y la excepción la aplicación de la medida cautelar, y ésta nunca procedería de manera generalizada.

“La principal exigencia que deriva del principio de excepcionalidad es la de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción menos lesivas, distintas a la privación de libertad.”<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup>Bovino, Alberto. **Prisión Cautelar**. Pág. 671

b) Proporcionalidad, porque deben estar en adecuada relación con el hecho que se imputa y con lo que se busca garantizar.

“La violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión, si se trata de delitos que tienen previstas penas menores o penas de multa leve, resulta claramente inadmisibles la aplicación de la prisión preventiva. Si en el caso concreto se espera una suspensión de la pena, tampoco existiría fundamento para encarcelar preventivamente al imputado.”<sup>77</sup>

c) Empleo de la fuerza pública, para imposición de una medida cautelar, que implica que se puede hacer uso de ésta para detener a un ciudadano (detención preventiva) o puede amenazarse con aplicar la fuerza para hacer cumplir el mandamiento respectivo (ejemplo, citación bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública en caso de negativa a hacerlo).

d) Instrumentalidad, ya que la medida cautelar no tiene una finalidad en sí misma. La característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria -no son penas-

---

<sup>77</sup> Binder, A. **Introducción al derecho procesal penal**. Pág. 201

sino instrumental y cautelar: sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva.

Así por ejemplo, para evitar que el imputado intente amenazar o sobornar a testigos, alterar los rastros del delito, etc. - lo que haría peligrar el descubrimiento de la verdad-, se permite restringir su libertad de locomoción mediante la detención. Y si se temiera que, aún privado de libertad, pueda intentar todavía entorpecer la investigación por medio de terceras personas, se podrá disponer su incomunicación. Asimismo, cuando en el caso concreto sea presumible que el imputado preferirá darse a la fuga antes que someterse a la pena que se le pudiera imponer, frustrando así la efectiva aplicación de la ley sustantiva, se autoriza también la imposición de restricciones a su libertad (detención preventiva).

Temporalidad.- La medida cautelar solo puede adoptarse estando pendiente el proceso principal y tiene una duración limitada en el tiempo. “Toda persona sometida a un proceso tiene derecho a que tal proceso termine dentro de un lapso razonable. Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante el proceso, tiene el derecho a que ese proceso finalice cuanto antes; y si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad. Si el Estado utiliza un recurso tan extremo como encarcelar a una

persona para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes.”

Revisabilidad, porque su imposición responde a una determinada situación de hecho existente al momento de adoptar la medida, que varía si las circunstancias que la motivaron sufrieran modificaciones a lo largo del proceso, lo que obliga a su alteración o revocación, Jurisdiccionalidad, pues su aplicación y control se encuentran reservados exclusivamente a los jueces. Si son los jueces quienes tienen a su cargo la vigencia de los principios de juicio previo y de inocencia, es coherente -más aún dentro de la lógica de las garantías- que sean los jueces y sólo ellos quienes autoricen medidas excepcionales como la que tratamos. Carecería de sentido que se les encomendara a los jueces la preservación de estos principios y se concediera a cualquier autoridad la posibilidad de autorizar las excepciones. Por lo tanto, la interpretación correcta de la norma constitucional indica que solamente se puede privar de libertad a las personas mediante una autorización judicial.

Las Medidas de coerción patrimoniales como el embargo, la intervención, el secuestro de bienes, etc. Se rigen por lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Mercantil.

### 3.4 Principio de oportunidad y mecanismos alternativos al proceso penal.

“El principio que nos ocupa es la excepción a la regla del principio de legalidad, si por este último.”<sup>78</sup> “el Estado esta obligado a perseguir todos los delitos de acción pública que se cometan en su territorio, a través de los órganos competentes”.<sup>79</sup> “tal el caso del Ministerio Público, auxiliado por la Policía Nacional Civil, la excepción se dará cuando en determinados casos se releve de jurídicamente esta obligación de perseguir penalmente todos los delitos, en aras de una mejor selección de los casos por razón de su trascendencia social y el aumento de la eficacia y eficiencia en el sistema por esta disminución de trabajo”.<sup>80</sup> Este principio se reconoce en dos modalidades la oportunidad libre, propia de los sistemas seguidores del derecho anglosajón, en donde el fiscal es libre de perseguir o no de acuerdo a los intereses del estado, sean estos por la poca significación del hecho, su ínfimo daño social, la colaboración que pueda prestarse para la persecución de otros hechos u otros sujetos implicados en los mismos, de mayor relevancia, etc. La segunda modalidad que es la contenida en el proyecto de Código Procesal Penal Tipo para Ibero América, utiliza un sistema de oportunidad reglado o *numerus clausus*, que limita los casos y las condiciones en las que el Ministerio Público puede dejar de ejercer la persecución penal, que son los siguientes mecanismos, el primero, más conocido y más aplicado, es el del criterio de

---

<sup>78</sup> Jáuregui, Hugo Roberto. **Op. Cit.** Pág. 59

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*



oportunidad Artículo 25 CPP, el cual comprende casos de poca trascendencia o impacto social (delito-bagatela), cuando como consecuencia del delito el autor haya sufrido un daño relevante físico o moral (pena natural) o cuando con su declaración colabore a la persecución de los autores en otro tipo de delitos mas graves como la defraudación tributaria (inmunidad por delación). La Conversión contenida en el Artículo 26 CPP por la cual en los mismos casos contemplados para el criterio de oportunidad, se puede convertir la acción pública en acción privada para que sea el propio agraviado a través de este procedimiento que lo persiga penalmente. El Procedimiento Abreviado, que es un procedimiento específico contenido en esta ley, que se utiliza cuando el procesado a aceptado la utilización de esta vía, y su participación en el hecho que se le imputa, se da en delitos en donde se espera una pena que a criterio del Fiscal no supere los cinco años (independientemente del límite máximo que pueda tener), y por lo general finaliza con una persona sentenciada a prisión pero con la condena, suspendida o conmutada. La Suspensión Penal de la persecución penal (art. 27) el cual ha sido de limitada utilización, la conciliación y la mediación. Este principio de Oportunidad, en nuestro medio se le ha denominado como Principio de Desjudicialización, denominación que no compartimos por dos razones fundamentales: a) histórica y doctrinariamente a este principio se le ha denominado bajo el concepto de Oportunidad, como antónimo del principio de Legalidad, y b) Técnicamente hablando existe una identidad entre el contenido del concepto y su definición por Principio de oportunidad se entiende la posibilidad de

que el Fiscal (quien lo decide) no persiga penalmente un delito, previa autorización del juez, contrario sensu, por Desjudicialización se entiende extraer de la esfera judicial, que contradice la naturaleza del principio que busca definir.

### **3.5 Actos conclusivos del periodo preparatorio**

El proceso penal guatemalteco fundamentado sobre el modelo acusatorio tiene como norte consolidar un sistema democrático que resalte el equilibrio de las garantías procesales de seguridad jurídica y respeto a la dignidad del ser humano representadas a través del interés legítimo del Estado en:

- a. Avalar a la comunidad en general una convivencia pacífica.
- b. Reivindicar al perjudicado con la conducta criminal y.
- c. Garantizar al acusado un eventual juicio justo e imparcial.

Este interés se encuentra con el interés individual del procesado en que se respeten los derechos consagrados en la constitución en virtud de la garantía a un debido proceso de ley y que el Estado debe hacer efectivos desde el inicio del proceso penal.

Este equilibrio de garantías constituye la piedra angular de la protección igualitaria de las partes en conflicto y se alcanza con la configuración del rol del juez en el



proceso investigativo como punto de balance en la protección de los derechos de todos los involucrados en el proceso penal. Precisamente sobre la concepción de la figura del juez y la comprensión de su papel como ente medular del sistema y garante de los principios que inspiran el nuevo esquema procesal, recae la atención del estudio de la nueva reglamentación. De ahí que a través de su inmersión en el proceso investigativo, el juez vaya adquiriendo un rol característico como ente superpartes ejerciendo la labor de gerente del debido proceso y garante del equilibrio procesal que requiere la sana administración de la justicia.

El modelo acusatorio se caracteriza por la garantía de imparcialidad que representa el órgano jurisdiccional poniendo sobre las partes la obligación de producir la prueba de sus alegaciones de modo que el juzgador pueda, a través de la sana crítica razonada, adjudicar la verdad material sobre los hechos imputados. “Asimismo le coloca en posición de valorar la suficiencia tanto de la prueba adquirida por el ministerio público como aquella de defensa desde etapas tempranas en el iter procesal. A esos efectos el sistema acusatorio, ya sea eminentemente adversarial o cercano a este modelo, introduce la figura del juez como representante ejecutor de la nivelación del interés legítimo del Estado en procesar criminalmente a un ciudadano infractor de la ley y protección de los



derechos de éste frente al ejercicio arbitrario del ius puniendi por parte del primero.”<sup>81</sup>

Esta intervención niveladora se palpa principalmente en las etapas preliminares del proceso. En la fase preparatoria se investigan hechos criminales e imputaciones delictivas con el propósito de buscar la verdad y recolectar todos los elementos de prueba que puedan sustentar la acusación del ministerio público o la defensa del imputado (Artículo 260 CPP). De ahí que el sistema acusatorio distinga la labor acusadora del fiscal, representante de la seguridad pública de la comunidad y la función judicial decisoria fundamentada en el escrutinio imparcial de la prueba adquirida y presentada para sustentar los cargos, escindiendo las funciones regulatorias ejecutiva y judicial. En esa división de funciones el Código Procesal Penal delega:

- a. Al fiscal, la dirección de la investigación de las infracciones perseguibles por acción pública (Artículo 107 CPP) y,
- b. Al juez de la instrucción, el control de las actuaciones investigativas, particularmente de aquellas invasivas de los derechos fundamentales como el

---

<sup>81</sup> Resumil. Olga Elena. **Revista de la Escuela Nacional de la Judicatura**. Pág. 353.

registro de moradas y lugares privados y la imposición de medidas de coerción (Artículo 47CPP).

En este intercambio de roles se produce una nueva función de equilibrio entre las ramas del gobierno que representan al Estado en la relación procesal penal permitiendo que se respeten los principios basilares de transparencia e imparcialidad que caracterizan a un sistema procesal garantista. De ahí la importancia del control judicial en el procedimiento preparatorio y, a fortiori, en la etapa intermedia en la que el juez ejerce el control de la acusación de modo que no recaiga exclusivamente la decisión de someter al imputado a juicio sobre el ministerio público cuya única obligación jurisdiccional es la de procesar. El sistema garantista se caracteriza precisamente por la existencia de un control judicial sobre el ejercicio incondicional de la función fiscal.

En el nuevo proceso se distinguen dos fases en las que el juez de la instrucción ejerce el control sobre la acción fiscal:

a. La fase preparatoria, de naturaleza investigativa, dirigida a la adquisición de pruebas que conduzcan al fiscal a decidir sobre la procedencia de la instancia procesal. En esta fase el juez ejerce la labor niveladora de las garantías procesales examinada la legalidad de la labor ejecutada por los organismos encargados de la investigación. Su competencia funcional de control se extiende

desde los actos iniciales del procedimiento preparatorio hasta la presentación de un acto conclusivo conforme a la reglamentación procesal.

b. La fase intermedia, de naturaleza jurisdiccional, constituida por los actos conclusivos y la audiencia preliminar cuyo propósito es pasar por el filtro del escrutinio judicial la decisión de ministerio público sobre el curso procesal a seguir en el caso concreto. A esos efectos la fase intermedia ha sido definida como el “puente entre el órgano estatal que investiga y el que habrá de juzgar” ya que establece una separación entre el que ejerce y promueve la acción penal y aquel a quien corresponde el enjuiciamiento y la resolución de la controversia. En esta fase se solidifica la posición del juez de la instrucción de tercero imparcial superpartes al cual corresponde la función decisoria característica de la competencia judicial.

El Código Procesal Penal enumera como actos conclusivos de la fase preparatoria la solicitud fundamentada con elementos de prueba por el ministerio público de cualquiera de las siguientes alternativas:

- a. La apertura a juicio mediante la acusación.
- b. El Sobreseimiento
- c. La clausura provisional
- e. El archivo

Igualmente puede establecerse que también son actos conclusivos por poner fin al proceso, la solicitud de procedimiento abreviado, la de aplicación de criterio de oportunidad y la suspensión condicional de la persecución penal reguladas en el Código Procesal Penal en los Artículos siguientes:

**“Artículo 464. Admisibilidad.** Si el Ministerio Público estimare suficiente la imposición una pena no mayor a cinco años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad, o aún en forma conjunta, podrá solicitar que se proceda según este título, concretando su requerimiento ante el juez de primera instancia en el procedimiento intermedio.”

**“Artículo 25. Criterio de oportunidad.** Cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos siguientes:

- 1) Si se tratare de delitos no sancionados con pena de prisión;
- 2) Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular;
- 3) En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años.

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

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 a 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.

El criterio de oportunidad a que se refieren los numerales del 1 al 5 de este Artículo no se aplicará a hechos delictivos cometidos por funcionario o empleado público con motivo o ejercicio de su cargo.

**“Artículo 27. Suspensión condicional de la persecución penal.** En los delitos cuya pena máxima no exceda los cinco años de prisión y en los delitos culposos, el Ministerio Público podrá proponer la suspensión de la persecución penal si a su criterio el imputado no revela peligrosidad y si concurren los requisitos del Artículo 72 del Código Penal, en lo que fuera aplicable. Para los efectos de lo antes

señalado, no se tomará en cuenta el aumento de los límites a que se refiere el Artículo 66 del Código Penal.

El período contendrá:

- 1) Los datos que sirvan para identificar al imputado;
- 2) El hecho punible atribuido;
- 3) Los preceptos penales aplicables; y,
- 4) Las instrucciones o imposiciones que requiere.

El Juez de Primera Instancia con base en la solicitud del Ministerio Público, deberá disponer la suspensión condicional de la persecución penal si el imputado manifiesta conformidad admitiendo la veracidad de los hechos que se le imputan y si a juicio del Juez hubiere reparado el daño correspondiente o afianzare suficientemente la reparación, incluso por acuerdos con el agraviado o asumiere o garantizare la obligación de repararlo, garantía que podrá consistir en hipoteca, prenda o fianza.

De no existir una persona directamente agraviada o afectada y en caso de insolvencia del imputado se aplicará la norma contenida en el párrafo segundo del Artículo 25 Bis.





La suspensión de la persecución penal no será inferior de dos años ni mayor de cinco, ni impedirá el progreso de la acción civil derivada del incumplimiento de los acuerdos celebrados entre las partes, en ninguna forma. Transcurrido el período fijado sin que el imputado cometiere un nuevo delito doloso, se tendrá por extinguida la acción penal.”

Tal como se desprende del contenido del Artículo 345 que señala:

**“Artículo 345 Ter. Facultades y deberes de las partes.** En tal audiencia, las partes Podrán:

- 1) Objetar la solicitud de **sobreseimiento, clausura, suspensión condicional de la persecución penal, de procedimiento abreviado o aplicación del criterio de oportunidad;**
- 2) Solicitar la revocación de las medidas cautelares. (el resaltado es mio)

Del examen de las alternativas señaladas podemos categorizar los actos conclusivos en función de sus efectos sobre la instancia procesal en:

- a. Impedientes: aquellos que impiden la instancia de la acción penal como es el caso de la existencia de causas eximentes de responsabilidad o de extinción de la

acción penal, cuando el hecho no constituye conducta punible, se ha verificado la conciliación o se ha cumplido con las condiciones de oportunidad.

b. **Suspensivos:** aquellos provistos por el art. 327 como causales de archivo que, de acuerdo con la voluntad legislativa, permiten su modificación de variar las circunstancias que lo sostienen. Entre éstos debe mencionarse también la naturaleza híbrida de la suspensión condicional del procedimiento ya que, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 29 la revocación de la medida conlleva la reanudación del proceso. El efecto jurídico de ambas situaciones es el de suspender el proceso ya mediante condición suspensiva o resolutoria.

c. **Desencadenantes:** aquellos que tienen el efecto de poner en marcha la instancia de una acción penal como la solicitud de apertura a juicio o la aplicación del procedimiento abreviado mediante la acusación.

**3.5.1 La solicitud de apertura a juicio mediante la presentación de la acusación.**

El Artículo del 324 Código Procesal Penal otorga al fiscal la facultad de concluir la fase preparatoria con la presentación de la acusación cuando estime que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio al acusado. Bbb Constituye, por tanto, un acto discrecional del ministerio público mediante el cual manifiesta formalmente su intención de dar inicio al proceso penal.



En este escrito se resumen los actos practicados durante la fase preparatoria y se somete al juzgador para su calificación jurídica mediante la evaluación de criterios formales y sustantivos de legalidad. La presentación de la acusación puede considerarse como desencadenante del principal acto jurisdiccional del proceso penal ya que será objeto de un examen judicial conducente a determinar su admisibilidad y el objeto del juicio.

### **3.5.2 Requisitos de contenido de la acusación**

El Artículo 332 requiere que la acusación contenga la siguiente información:

1. Identificación del imputado: Datos que sirvan para su individualización de modo que pueda establecerse la conexión clara del imputado con los hechos delictivos. Además de la obligación jurídica de señalar al autor que surge del principio sustantivo de la individualidad de la responsabilidad penal, el requisito de la identificación cumple una función procesal formal de dar a conocer las generales del imputado que permitan a la administración judicial proceder con las prácticas de notificación de la celebración de los procedimientos solicitados por el ministerio público al presentar la acusación.
2. Relación de los hechos imputados: una descripción de los hechos punibles que se imputan. Particularmente el numeral segundo del Artículo que se comenta



establece que la relación de hechos debe ser precisa y circunstanciada con la identificación específica de la modalidad y formas de la participación del imputado.

3. La fundamentación de la acusación con la descripción de los elementos que la motivan de modo que se permita al juez aquilatar el alcance de la acusación mediante un juicio de las probabilidades de éxito de la prueba a base de la consideración de su suficiencia.

4. La calificación jurídica de los hechos atribuida por el fiscal en la imputación de modo que el juez al evaluarla pueda determinar su procedencia ya admitiéndola u ordenando su modificación. Como surge de la disposición provista por el Artículo 342 numeral 4to., se faculta al juez para que en la resolución ordenando la apertura a juicio pueda modificar la calificación otorgada por el fiscal cuando se aparte de la acusación. Ello evidencia la naturaleza jurisdiccional de la calificación jurídica del hecho, acto que compete al juez determinar y no al fiscal.

5. El ofrecimiento de la prueba que pretende presentar en el juicio incluyendo la lista de testigos, peritos y todo otro elemento de prueba con la indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar, bajo pena de inadmisibilidad. Con este requisito el ministerio público, particularmente en los casos en que solicita la apertura de juicio, ilustra que la imputación es fundada y su probabilidad de éxito. Conlleva, además, este requisito la obligación de motivar la decisión de

instar la acción penal lo que constituye la justificación sustancial de la celebración del juicio.

Debe considerarse como lo cita la Doctora Olga Elena Resumil que: "...la ley procesal penal italiana (Artículo. 417 a)) requiere que en el pliego de acusación se incluyan también las generales de la víctima. El propósito de esta disposición radica en poner al juez en posición de poder proceder a notificarle a la víctima interviniente de los actos introductorios a la audiencia preliminar en el caso en que el ministerio público no cumpla con su obligación o ésta no sea manifiesta. Con el requisito de incluir la identificación de la víctima se garantiza a cabalidad con el cumplimiento de los derechos que la ley le concede y que forman parte de un proceso debido a la víctima".<sup>82</sup> Debido a que la legislación guatemalteca se fundamenta sobre un sistema procesal tripartita, (entiéndase ministerio público-acusado-víctima) la práctica descrita constituiría una plausible para el correcto desarrollo de las obligaciones propias de los compromisos internacionales en esta materia.

A pesar de que las disposiciones procesales relativas a la acusación no lo manifiestan así, el análisis de su función a la luz de la propia naturaleza del procedimiento acusatorio conduce a valorarla como una demanda dirigida al juez

---

<sup>82</sup> Ob. Cit. Pag. 358.

de la audiencia preliminar para que éste ejerza su facultad exclusiva de decidir la suerte del proceso.

Entiéndase con ello que la determinación del juez sobre la necesidad de la solicitud del fiscal que acompaña a los actos conclusivos no es una decisión mecánica ni constituye un instrumento formal. Particularmente en el caso de la celebración de la audiencia preliminar para decidir sobre la apertura a juicio, la decisión judicial debe ser una fundamentada sobre garantías constitucionales. Tratándose esta institución procesal de un procedimiento de ley dirigido a asegurar un juicio imparcial, entra en juego la obligación constitucional del Estado plasmada en el Artículo 12 de garantizar a las partes el cumplimiento con los elementos del debido proceso de ley, a saber: debida notificación, derecho a ser oído y al ejercicio de la defensa que se manifiestan en los requisitos formales del contenido de la acusación.

Una simple lectura del Artículo 332 bis evidencia los propósitos fundamentales que movieron a la exigencia de los requisitos de la acusación, todos ellos con miras a proteger el derecho del imputado a su defensa, a saber:

1. La protección legislativa del derecho constitucional del imputado al ejercicio de su defensa consagrado en el Artículo 12 de la Constitución de la República así como en los documentos supranacionales.



2. La protección del derecho del imputado según consagrado en el Artículo 8 Constitucional, a ser informado del hecho que se le atribuye con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquellas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen de los contenidos de prueba existentes y las disposiciones que se juzguen aplicables.

3. La consagración de los derechos a la contradicción de la prueba y al careo con el acusador, ambos consustanciales al debido proceso de ley, que caracterizan al sistema procesal acusatorio constitutivos de uno de los postulados fundamentales de la reforma procesal penal dominicana.

Con base en los derechos mencionados, el análisis de los requisitos de suficiencia de la acusación del Artículo 332bis nos lleva a las siguientes consideraciones: Desde el punto de vista sustancial, a excepción aparente de la identificación del acusado, más que de un cumplimiento estrictamente procesal con los requisitos de la acusación, éstos deben considerarse como de naturaleza jurisdiccional. Es decir, debe constituir causa de nulidad de la solicitud de apertura a juicio el incumplimiento con expresar en el contenido del acto de acusación los requisitos relativos a la calificación jurídica, las alegaciones de carácter fáctico y los medios de prueba toda vez que, no ofrecer al imputado la información requerida podría colocarle en estado de indefensión ya que se vería privado de la posibilidad de



hacer alegaciones contra lo imputado y de ofrecer sus medios de prueba con la consecuente vulneración de su derecho a un debido proceso de ley.

Uno de los derechos fundamentales reconocidos por el sistema garantista es el derecho a la defensa. Privar al imputado de una notificación adecuada sobre la naturaleza y alcance de los cargos contenidos en la acusación así como de los medios de prueba que se utilizarán para sostenerlos, coloca al imputado en un estado de indefensión, más aún cuando la acusación constituye la primera confrontación formal y manifestación inequívoca de la intención del fiscal de procesar. Tanto es así que el propio legislador reconoce expresamente el derecho a la defensa del imputado en el art. 333 al disponer para la presentación de una acusación alternativa o subsidiaria cuando las circunstancias del hecho permitan calificaciones jurídicas distintas. De este modo el imputado podrá conocer las directrices sobre las cuales se dirigirá el eventual juicio oral y preparar su defensa. Tomemos como ejemplo el requisito sobre la exposición del hecho punible en la forma exigida por la disposición del Artículo 332 bis. Éste pone de manifiesto la necesidad de expresar con precisión el contenido de la imputación y la forma de participación atribuida al imputado de modo que éste pueda tener los elementos de juicio necesarios para poder contestarla: mediante aquellas objeciones que aparecen obvias como sería, a vía de ejemplo, la existencia de causales de extinción de la acción penal. Presentando prueba que pueda derrotar la imputación como sería, por ejemplo, una defensa de coartada o la



ininmutabilidad debida a incapacidad mental. Mediante la oferta de prueba pericial. Asimismo, la forma más adecuada de proteger el derecho al debido proceso es poniendo al imputado en conocimiento de la naturaleza y alcance de la acusación de modo que el imputado pueda colaborar con su defensa ya relatando hechos o identificando prueba documental o testifical que pueda contradecir las imputaciones del fiscal. Del mismo modo la relación del hecho punible y la expresión de la calificación jurídica según exigidas permiten al imputado hacer el análisis de la suficiencia de la imputación en relación con los elementos del tipo sustantivo.

Se apoya ulteriormente esta posición sobre el alcance de la decisión de modo que el juez de la instrucción pueda emitir su juicio sobre la suficiencia de la acusación, viene obligado a escuchar y aquilatar la posición de la defensa frente a la acusación. En este momento se hace preciso volver a resaltar que la audiencia preliminar es el primer acto judicial en el proceso por lo que la garantía constitucional a la confrontación con el acusador se entiende activada desde el momento en que se solicita la apertura a juicio con la presentación de la acusación y su incumplimiento podría conllevar la nulidad del proceso. Desde el punto de vista procesal, una lectura conjunta de los Artículos 298 y 299 conducen a concluir que el juez deberá tener conocimiento de las alegaciones de las partes con anterioridad a la celebración de la audiencia oral. Esta conclusión se deriva del diseño legislativo de los plazos para la presentación de las alegaciones y para fijar



la celebración de la audiencia. El Artículo 335 sobre la convocatoria a la audiencia preliminar dispone unos términos para la notificación de la celebración de la audiencia. De esta normativa procesal se puede analizar la función jurisdiccional de la acusación a virtud del equilibrio de las garantías que amparan a las partes.

### 3.5.3 Sobreseimiento

Cuando el Ministerio Público estime que no existen elementos para poder abrir a juicio contra una persona, y esto no se puede variar deberá solicitar el sobreseimiento. Nuestro Ordenamiento Procesal Penal lo regula en el Artículo 328 que estipula: **Artículo 328.- Sobreseimiento.** Corresponderá sobreseer en favor de un imputado: 1) cuando resulte evidente la falta de alguna de las condiciones para la imposición de una pena, salvo que correspondiere proseguir el procedimiento para decidir exclusivamente sobre la aplicación de una medida de seguridad y corrección. 2) Cuando, a pesar de la falta de certeza, no existiere, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir fundadamente la apertura del juicio.

El efecto de un sobreseimiento es la imposibilidad de perseguir nuevamente a una persona por el mismo hecho es decir equivale a una sentencia absolutoria como se desprende de la siguiente norma: **Artículo 330.- Valor y efectos.** El sobreseimiento firme cierra irrevocablemente el proceso con relación al imputado



en cuyo favor se dicta, inhibe su nueva persecución penal por el mismo hecho y hace cesar todas las medidas de coerción motivadas por el mismo. Mientras no esté firme, el tribunal podrá decretar provisionalmente la libertad del imputado o hacer cesar las medidas sustitutivas que se le hubieren impuesto.

Esta nueva institución se contiene en el Código Tipo para América Latina que es su fundamento y principal fuente de ilustración es importante apuntar que la clausura provisional es una de las implementaciones que trajo el Código Procesal Penal hoy vigente, la figura que anteriormente se manejaba en el derecho procesal es el denominado sobreseimiento parcial, en ese sentido se procederá a realizar el presente análisis de ambas instituciones recalcando sus deferencias y similitudes.

En este sentido en el Código Procesal Penal anterior Decreto 52-73 se reconoció la figura del sobreseimiento provisional en algunas otras legislación es denominado como archivo fiscal y que era definido de la siguiente forma, “...es el *que permite una nueva reanudación si se encontraren nuevos elementos de comisión del delito...*”<sup>83</sup>

Si el Fiscal del Ministerio Público, una vez desarrollada la investigación, estima que no hay suficientes elementos para proponer la acusación, decretara el

---

<sup>83</sup> López M, Mario R. **La práctica procesal penal en el procedimiento preparatorio.** Pág. 43.

archivo, lo cual no evita una nueva persecución en caso de aparecer nuevos elementos de convicción. El archivo fiscal debe ser notificado a la víctima que haya intervenido en el proceso. En caso de que la víctima considere de que no se debió archivar puede pedir al Juez de Control que examine los fundamentos del archivo, si el Juez de Control determina que no se debió archivar notificara a un Fiscal Superior par que este ordene a otro fiscal de proceso formular la acusación. En ese sentido Alejandro Magno González Antonio, indica que: “El sobreseimiento es una institución procesal que arranca de las legislaciones españolas decimonónicas para dar una respuesta a los casos de insuficiencia probatoria en el proceso penal.”<sup>84</sup> Esto, sin embargo, no significa que anteriormente el Derecho no hubiera arbitrado mecanismos para dar solución a los problemas que la falta de convicción sobre la existencia del hecho o sobre la participación de los imputados se plantea en el proceso penal. Cuando el resultado de la investigación resulte insuficiente para acusar, el Ministerio Público decretará el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de la reapertura cuando aparezcan nuevos elementos de convicción. De esta medida deberá notificarse a la víctima que haya intervenido en el proceso. Cesará toda medida cautelar decretada contra el imputado a cuyo favor se acuerda el archivo. “En cualquier momento la víctima podrá solicitar la reapertura de la investigación indicando las diligencias conducentes.”<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Domínguez Ruiz, Jorge Francisco. **Análisis del procedimiento preparatorio y la audiencia oral en la etapa intermedia y el debate.** Pág. 8

<sup>85</sup> **Ibidem.** Pág. 26

“El Sobreseimiento Provisional es el que se da en la etapa introductoria del proceso penal, cuando por la ausencia de pruebas necesarias para la completa exculpación del sospechoso o para su sometimiento al verdadero juicio penal contradictorio, el juez se abstiene en realidad de pronunciarse a favor o en contra de aquél; sólo lo aparta temporalmente del proceso, que permanece abierto hasta la aparición de nuevos datos o comprobantes<sup>86</sup>”.

Ya en el ámbito Guatemalteco se ha dicho que “Si hay indicios que hacen suponer la comisión de un delito, pero los elementos de prueba recabados resultan insuficientes para fundamentar la acusación, a petición del Ministerio Público, el juez podrá ordenar, la clausura del procedimiento preliminar mediante auto razonado en el que se deben señalar los medios de prueba que podrán incorporarse en el futuro, en cuyo caso cesará toda medida de coerción contra el imputado y se estará a la espera de evidencias o indicios que hagan viable la reanudación de la persecución penal.”<sup>87</sup>

La clausura provisional del procedimiento es el acto jurídico por el cuál, después de realizarse la investigación durante el procedimiento preparatorio, el Ministerio Público considera que no existen elementos de investigación suficientes, para

---

<sup>86</sup>López M, Mario R. **Ob. Cit.** Pág. 45

<sup>87</sup> Barrientos Pellecer, César Ricardo. **Orientaciones básicas para la aplicación del código procesal penal.** Pág. 4.



pedir el sobreseimiento a favor del sindicato ni para solicitar la apertura del juicio y formular acusación, pero a su criterio considera que en el futuro pueden encontrarse elementos suficientes para llevar a juicio al sindicato. Al respecto se dice que se declara la clausura provisional del proceso cuando los elementos de investigación resultaren insuficientes para fundamentar la acusación, pero fuere probable que pudieren llegar a ser incorporados nuevos elementos de convicción.

El mismo Ministerio Público en su normativa interna (instrucción General 05-2005) ha manifestado que: La clausura provisional es un acto conclusorio, no definitivo, de la etapa preparatoria del proceso penal, que procede cuando los elementos de prueba obtenidos durante la etapa de investigación no son suficientes para someter a una persona a juicio oral y tampoco procede o es conveniente sobreseer el proceso.

El Artículo 331 del Código Procesal Penal, estipula Si no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura del juicio, se ordenará la clausura del procedimiento, por auto fundado, que deberá mencionar, concretamente, los elementos de prueba que se espera poder incorporar. Cesará toda medida de coerción para el imputado a cuyo respecto se ordena la clausura. Cuando nuevos elementos de prueba tornen viable la reanudación de la persecución penal para arribar a la apertura del juicio o al sobreseimiento, el tribunal, a pedido del Ministerio Público o de otra de las partes,

permitirá la reanudación de la investigación. Para que se declare la clausura provisional del procedimiento, es necesario que concurran los siguientes presupuestos:

1. Cuando los medios de investigación acumulados en el proceso no son suficientes para demostrar la participación del sindicado en el ilícito penal, pero existen motivos para esperar que aún pueda establecerse posteriormente.
2. Cuando comprobado el hecho criminal, no aparezcan indicaciones o indicios bastantes para determinar a sus autores o cómplices.
3. Cuando hay indicios que el sindicado pudo haber participado en el hecho delictivo, pero el investigador no aporta suficientes elementos de investigación, quedando diligencias pendientes por realizar para comprobar fehacientemente la participación del sindicado.

Tales supuestos se desprenden del Artículo 331 del Código Procesal Penal que literalmente expresa:

**Artículo 331. Clausura provisional.** *Si no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura del juicio, se ordenará la clausura del procedimiento, por auto fundado, que deberá mencionar,*



***concretamente, los elementos de prueba que se espera poder incorporar***

*Cesará toda medida de coerción para el imputado a cuyo respecto se ordena la clausura.*

*Cuando nuevos elementos de prueba tornen viable la reanudación de la persecución penal para arribar a la apertura del juicio o al sobreseimiento, el tribunal, a pedido del Ministerio Público o de otra de las partes, permitirá la reanudación de la investigación.*

Por otra parte si el Ministerio Público, solicita la clausura provisional del procedimiento, pero el juez considera que sí existen suficientes evidencias para llevar a juicio al sindicado, obliga al Ministerio Público a plantear la acusación. Entre la continuación del proceso (apertura del juicio penal) y su cese definitivo (sobreseimiento), puede darse un requerimiento del Ministerio Público, que no es propiamente un acto conclusivo: La clausura provisional. Y no es un acto conclusivo, toda vez que al declararse la investigación debe seguir para arribar, precisamente, a un verdadero acto conclusivo, que puede ser la apertura del juicio o el sobreseimiento. Para otorgar la clausura provisional es indispensable que el fiscal indique en su solicitud los medios de investigación recabados hasta el momento y los futuros que permitan fundamentar la acusación. Los medios de investigación propuestos e individualizados por el Ministerio Público deben ser pertinentes, necesarios y posibles de obtener. Si el juez decide que los medios de





investigación aportados por el Ministerio Público en la audiencia oral son suficientes a pesar de la petición del fiscal, ordenará la acusación inmediata con base en el Artículo 345 Quáter del Código Procesal Penal, para el efecto fijará al fiscal un plazo máximo de siete días y se procederá conforme el trámite de formulación de la acusación contenido en los Artículos 332 al 340 del Código Procesal Penal.

Desde la misma concepción del sobreseimiento provisional, que es el antecesor como ya se ha mencionado de la institución denominada clausura provisional, cabe mencionar que a esta clase de sobreseimiento se le culpaba de violentar la garantía constitucional del Non bis in idem, al respecto vale la pena recordar que este principio que deriva o se origina del principio de Legalidad Procesal se le ha definido de la siguiente forma: *Locución latina que expresa Nadie puede ser perseguido ni condenado dos veces por la misma causa. Se le conoce también con el nombre de Prohibición de duplicidad de Sanciones, y consiste en que si consideramos las implicaciones que para un ciudadano común, representa la persecución penal (restricciones de bienes jurídicos, libertad, patrimonio, la afectación social, desprestigio profesional, la afectación a la familia) la ley ha considerado que una persona que ha sido sentenciada, ya sea absuelta o condenada no debe pasar nuevamente por ese calvario. Lógicamente esto implica que no se puede procesar dos veces a una persona por un mismo hecho*



*tal el caso de una persona que habiendo matado a otra fue sentenciado por Homicidio simple en 1979, se le impusieron 8 años (pena mínima en esa época) y en estas fechas se entera de que esta haciéndose una investigación por ese mismo hecho, si hay absolución o sobreseimiento de un proceso, o en su caso condena no se podrá perseguir penalmente de nuevo. En este aspecto el principio no adquiere mayor dificultad, pero en cuanto a la prohibición de la duplicidad de la condena, pues si un hecho ya fue juzgado y sancionado en su caso no se puede penalizar nuevamente, en ese sentido, por lo que cuando los famosos antecedentes penales se utilizan como parámetro para imponer una condena posterior a los hechos que motivaron estos y que ya fueron juzgados, lógicamente se esta violentado esta garantía. Tal violación esta contemplada en el Artículo 65 del Código Penal Dto. 17-73 del Congreso de la República, que contiene los aspectos a considerar por el juez para fijar la pena, para que efectivamente se hable de un mismo hecho debe tenerse en cuenta la triple conexión:*

- Debe tratarse de la misma persona (se procesa dos veces al mismo imputado).*
- Por la misma vía (proceso penal)*
- Por el mismo objeto (el hecho o hechos constitutivos de la imputación).*

Otros autores, como Julio Maier sobre este mismo tópico se han manifestado de la siguiente forma: *Se trata ahora de saber si es posible que la recaída en el delito*

*(reincidencia) se pueda computar como una agravante, esto es, si quien delinque después de haber sido condenado por una sentencia firme ( reincidencia ficta) o de haber sufrido una pena (reincidencia verdadera o real ) puede ser sancionado más severamente o sufrir una pena agravada respecto a la ordinaria, cuando es condenado por un delito posterior a la condena sufrida. La posición que veda esa posibilidad, despojada de los argumentos de derecho penal material, que se refieren tanto al punto de partida de la comprensión del Derecho Penal (Derecho penal de acto o de autor-principio de culpabilidad), cuanto al fin de la pena (prevención general y especial) acude también al principio ne bis in idem para explicar la agravación de pena por reincidencia como **una inobservancia de su contenido fundamental: el plus penal deriva de tomar en cuenta nuevamente el delito ya juzgado o penado y así agregarle al delito posterior una pena superior, sólo en virtud del delito anterior.** (el subrayado es mío).*

Este derecho que esta reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el Artículo 14 inciso 7; la Convención Americana de los Derecho Humanos, Artículo 8, Como se deduce de las aportaciones anteriores este principio es incompatible con el instituto de la reincidencia y habitualidad contenidos en nuestro ordenamiento penal sustantivo. Sin embargo en el propio ámbito procesal penal existen algunas disposiciones procesales que parecen comprometer el mismo. “Las disposiciones procesales que bordean más peligrosamente la violación a los derechos humanos en este aspecto, son las que se hallan en los sistemas procesales que admiten el llamado sobreseimiento

provisional o provisorio.”<sup>88</sup> “Este instituto guarda una gran semejanza con la llamada *absolución de instancia* del antiguo proceso de las monarquías absolutas y deja a los procesados en una situación de indefensión procesal que encierra una considerable cuota de estigmatización.”<sup>89</sup> Es obvio que la persona que resulta sometida a un proceso, tiene el innegable derecho a una decisión jurisdiccional condenatoria o liberadora en un cierto tiempo, que puede variar según la lentitud o celeridad del procedimiento, pero este derecho le esta francamente negado cuando el procedimiento se interrumpe, alegando falta de pruebas, quedando en una situación de indefinición que puede perdurar años, o hasta que se prescriba la acción penal.

“Es prácticamente unánime el criterio legal y doctrinario de que el sobreseimiento definitivo tiene el valor de cosa juzgada.”<sup>90</sup> en los términos de una sentencia absolutoria firme, pero en los textos que tienen previsto el sobreseimiento provisional, la situación del procesado, por regla general, queda indefinida, como sucedía en Guatemala con el anterior Código Procesal Penal Dto. 52-73 del Congreso de la República, en su Artículo 608.

---

<sup>88</sup>Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina**. Pág. 125

<sup>89</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, **Ob. Cit.** Pág. 125

<sup>90</sup> **Ibidem**



Como se ha observado la Clausura provisional que contiene el Código Procesal Penal tiene muchas similitudes con el sobreseimiento provisional tan arduamente criticado por la doctrina y en especial por el peligro que implica como núcleo problemático de los derechos humanos. Ahora bien no se puede ignorar que si bien se busca fijar y con ello disminuir los riesgos que dicha figura implica, al establecer que deben concretarse e individualizarse los medios de investigación que se pretenden agregar tal como lo establece en la parte conducente el Artículo 331 ya citado que preceptúa: *por auto fundado, que deberá mencionar, concretamente, los elementos de prueba que se espera poder incorporar también es de reconocer que a lo largo del articulado se le da un tratamiento de supletoriedad en relación con el sobreseimiento como se desprende de los Artículos 325, 326, 332 y 345. Situación que se reafirma si se considera que en la misma Exposición de Motivos del Código Procesal Penal, que por encargo del Congreso de la República, elaborara el jurista Guatemalteco Cesar Barrientos Pellecer, este afirma que: "Con el nombre de **clausura provisional se mantiene, con modificaciones, el llamado sobreseimiento provisional con el objetivo de no dejar un conjunto de casos sin ninguna tipo de resolución En efecto, al exigir la certeza de la inocencia para sobreseer y la posibilidad de la condena para acusar queda entre ambas una enorme franja de casos que no permiten arribar al fundamento de una u otra decisión.***



La realidad indica que los procedimientos terminan en estos casos de manera irregular con un archivo de hecho sin decisión alguna lo que no debe ser. La clausura permite que **en el plazo limitado por la prescripción se pueda completar la información** y formular el requerimiento que procede.<sup>91</sup> Debe de subrayarse que uno de los avances significativos que se le pueden atribuir al Ministerio Público, es el de generar una política de persecución penal, que partiendo de un Plan General filosófica y dogmáticamente desarrollado, ha servido de fuente para la creación de una serie de Instrucciones Generales, por medio de la Secretaria de Política Criminal, entre las cuales se destaca la 05-2005 que se refiere al uso correcto de la clausura provisional, en ese sentido reconociendo que: *“La clausura provisional no cierra definitivamente el proceso ni produce efectos de cosa juzgada. Hace cesar toda medida de coerción que se hubiere dictado contra la persona a favor de la cual se dicta la medida.”*<sup>92</sup> En su directriz 3 señala cuales son los casos de procedencia que resume de la siguiente forma: a) *Que de los elementos de investigación obtenidos en la etapa preparatoria se observa que no existe fundamento serio para la acusación.* b) *Que no obstante lo anterior, tampoco existen los presupuestos que exige el Artículo 328 para solicitar el sobreseimiento del proceso.*

---

<sup>91</sup> Sartí Figueroa, Raúl. **Código Procesal Penal Concordado y Anotado con la Jurisprudencia Constitucional.** Pág. LXXVI.

<sup>92</sup> Fiscalía General de la República. **Instrucción General para el uso de la Clausura Provisional por el Ministerio Público.** Pág. 72



### **3.6. La posición de la víctima con la aplicación de la clausura provisional**

Como se ha desarrollado a lo largo de la presente tesis, con el nuevo sistema procesal penal acusatorio se busca darle una mayor atención a las víctimas, y resguardar mejor sus intereses.

En ese sentido se le ha permitido participar coadyuvando en el proceso mediante la figura del querellante adhesivo, y se le ha reservado un papel principal dentro de los mecanismos alternativos al proceso penal tal el caso del criterio de oportunidad, en donde el resarcimiento a la víctima constituye un presupuesto para la otorgación del mismo, es decir se requiere su autorización. También se contempla en la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento penal y se le da participación al poder apelar los sobreseimientos y clausuras que se otorguen a favor del procesado.

El problema radica en cuanto a la víctima que aunque se le reconoce el derecho de apelar si se confirma la clausura, por no existir suficientes elementos para una acusación, se levantan todas las medidas de coerción, incluyendo el embargo que pueda existir como medio para garantizar las responsabilidades civiles, y si los supuestos medios que se deben incorporar por los que se solicito la clausura, durante un periodo de cinco años, nunca se incorporan, el caso debe sobreseerse y la víctima puede ser perjudicada por una deficiente investigación.

Esta problemática no es nueva distintos estudios han señalado que en torno a la aplicación de la Clausura Provisional se han identificado los problemas que a continuación se describen:

- a) Se ha solicitado la medida cuando el periodo de investigación no ha fenecido;
- b) Se ha solicitado la medida hasta que el juez contralor emplaza al Ministerio Público a presentar acto conclusorio, lo que refleja la ausencia de control de la actividad investigadora por parte del Ministerio Público;
- c) Se ha utilizado en procesos donde corresponde solicitar sobreseimiento;
- d) Se ha utilizado en procesos donde corresponde acusar, siendo rechazadas las solicitudes y obligando al órgano judicial a ejercer la facultad de ordenar las acusaciones correspondientes.

De esta forma comprobada el mal uso que de la institución de la clausura provisional como acto conclusorio del proceso penal queda demostrado que sus consecuencias en materia de levantamiento de las medidas de coerción reales vulneran el derecho de resarcimiento de las víctimas pues generalmente el uso de este mecanismo equivale al de un sobreseimiento a cinco años plazo.



## CONCLUSIONES



1. En el medio guatemalteco la inadecuada utilización de la clausura provisional, por parte del Ministerio Público, cuando la solicita con el sólo objeto de no reconocer la inexistencia de medios de convicción que permitan fundamentar una acusación, y su resistencia a pedir el sobreseimiento, o cuando existiendo estos nunca más procura incorporarlos, impide que en estos procesos se pueda presentar la acusación y la solicitud de apertura a juicio y de esta manera buscar la condena del procesado.
2. La comisión de un delito genera dos tipos de responsabilidades la penal y la civil, la primera pretende obtener el castigo del autor del delito y la segunda el resarcimiento del daño y el perjuicio causados a las víctimas del hecho delictivo. Pero la responsabilidad civil solo puede fundamentarse en una sentencia condenatoria, ya sea que se ejercite en forma conjunta con la penal o en forma separada, por lo que al decretar una clausura provisional y no darle continuidad a la investigación se debe decretar un sobreseimiento.
3. El otorgamiento de clausuras provisionales infundadas, afecta los intereses y derechos de las víctimas, pues al decretar la clausura provisional se deben levantar todas las medidas de coerción, y aunque existe la posibilidad de un recurso de apelación este se limita solo al caso de que el trabajo investigativo haya sido eficiente por parte del fiscal, y se cuenten con medios de convicción suficientes de lo contrario si la víctima es pobre no cuenta con abogado o el trabajo no se ha hecho por negligencia o corrupción el recurso no tiene esperanzas de prosperar.



4. El Código Procesal Penal por su naturaleza Acusatorio Formal, busca devolverle a la víctima el papel protagónico que debe tener dentro de la persecución penal, así como la posibilidad del ejercicio de la acción civil resarcitoria en forma conjunta o posterior al ejercicio de la acción penal, en virtud de que el interés de la víctima directa o colateral es el poder obtener la indemnización al daño producido por el ilícito.
  
5. La imposibilidad de poder lograr el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por las víctimas, en especial aquellas pertenecientes a grupos vulnerables que padecen pobreza o extrema pobreza anula toda posibilidad de acceso a la justicia penal por parte de estos grupos constituyendo una violación al principio de igualdad y un incumplimiento en las funciones y deberes del Estado de Guatemala.



## RECOMENDACIONES

1. Debe establecerse una sanción disciplinaria para todos aquellos auxiliares o agentes fiscales que por negligencia no realicen la investigación adecuada y oportuna de sus casos y utilicen el acto conclusivo de clausura provisional como una tabla salvadora de último momento ante apercibimiento de pronunciarse o la posibilidad de que este se decrete.
2. Se debe implementar por parte del Ministerio Público un sistema de seguimiento a los casos en que se solicita una clausura provisional a efecto de que el superior jerárquico de la fiscalía solicitante supervise que efectivamente se diligencien los medios de investigación que se ofrecieron aportar a efecto de que obtenidos estos se pueda fundamentar la decisión de ir a juicio o sobreseer fundadamente el proceso.
3. El Ministerio Público debe implementar un sistema de supervisión y monitoreo que permita establecer la adecuada fundamentación y procedencia de las solicitudes de clausura Provisional que durante la fase de periodo intermedio puedan presentar los fiscales, debiendo para ello crear la normativa correspondiente y en caso de negligencia o cualquier otro tipo de irregularidades proceder disciplinariamente.
4. Es necesario conformar una comisión conformada por representantes del Colegio de Abogados, de la Defensa pública Penal, Jueces, Fiscales y sociedades civiles de protección a la víctima para revisar las instituciones procesales del actual Código



Procesal Penal que puedan estar afectando los derechos de las víctimas especialmente aquellas pertenecientes a grupos vulnerables (mujeres, niños y adolescentes, adultos mayores, etnias multiculturales).

5. El Estado de Guatemala tiene la obligación de coordinar o implementar un servicio de asistencia legal gratuita a las víctimas de delitos de escasos recursos a efecto de que se asegure a estas el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, y la posibilidad de lograr un resarcimiento patrimonial que venga a mitigar los efectos de los delitos de los que fueron objeto.,



## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR DE PANIAGUA, Francisco. **Unanimidad de cinco votos**. Relator: Hilario Medina. Caracas, Venezuela. Sucesión De. 7 De Mayo De 1941.
- BAUMANN, Jurgén. **Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales**, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. **Obligaciones civiles**. Ed. Oxford. University Press. Colección Textos Jurídicos Universitarios. México 1999.
- BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Edit. Alfa Beta, Bs.As.1993.
- BINDER, Alberto. **Política criminal, derecho penal y sociedad democrática**. En: Política criminal: De la formulación a la praxis.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Ed. 1998.
- CAFFERATA NORES, José I. **Medidas de coerción en el nuevo Código de procedimiento penal**. Ed. Depalma, Bs.As. 1992.
- CARRARA, Francisco. **Derecho penal**. México. Ed. Harla.1997.
- DELGADO, A. Sangrador. **La victimología y el sistema jurídico penal**, Ed. Ad Hoc. Colombia.
- ESER, Albin. **Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima**, en Cuadernos.
- FERNÁNDEZ BLANCO. **Los últimos días de la víctima**, en No Hay Derecho, Ed. Buenos Aires, 1993.
- GARCÍA MÁINEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Ed. Porrúa. 2000.
- JÁUREGUI, Hugo Roberto. **El debate en el derecho penal guatemalteco** Ed. Magnaterra, 2003.
- JÁUREGUI, Hugo Roberto. **Introducción al derecho probatorio en materia penal**. Ed. Magna Terra Editores. Segunda Edición, Corregida y Aumentada. Guatemala, 2005.



- JAVIER TAMAYO, Jaramillo. **De la responsabilidad civil**. Ed. Temis, Bogotá 1999.
- LANDROVE DÍAZ. **Victimología**, Ed. Helista, Argentina, 1980.
- MAIER JULIO, B. J., **La víctima y el sistema penal. De los delitos y de las víctimas**, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- MALINOWSKI, Bronislaw. **Crimen y costumbre en la sociedad salvaje**. Ed. Planeta-Agostini. Barcelona. 1985.
- MARÍN VÁSQUEZ, Ramiro Alonso. **Sistema acusatorio y prueba** (Revista temas Procesales), Edición especial julio 2004.
- NARANJO, Vladimiro. **La responsabilidad civil**. Ed. Porrúa. México. 1985
- OLGA Elena. **Etapas intermedias: actos conclusivos y audiencia preliminar**. Revista de la Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2006.
- PAVON VASCONLELOS, F. **Manual de derecho penal mexicano**. México, 1985.
- VELEZ MARICONDE, A. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires, 1969. Págs. 11-23.
- VELEZ MARICONDE, A. /CLARIA OLMEDO, J. **Uniformidad fundamental de la legislación procesal penal en América Latina**. En: Revista de Derecho Procesal Iberoamericano. Madrid, 1971.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Informe Final. Instituto de Derechos Humanos. Argentina. 1986.
- ZAVALA, S. A. **Las instituciones jurídicas en la conquista de América**, Ed. México, 1971. (s.l.i.).
- Legislación:**
- Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.
- Código Penal**. Congreso de la República, Decreto 17-73, 1973.
- Código Procesal Penal**. Congreso de la República, Decreto 51-92, 1992.

**Código Civil.** Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

**Código Procesal Civil y Mercantil.** Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

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

