

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



**LA AUTONOMÍA Y CONFIDENCIALIDAD DEL PROCESO
DE CONCILIACIÓN EN EL
PROCESO PENAL**

MIRNA DORILÉ LÓPEZ DE PAZ
GUATEMALA, AGOSTO DE 2010.

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

**LA AUTONOMÍA Y CONFIDENCIALIDAD DEL PROCESO
DE CONCILIACIÓN EN EL
PROCESO PENAL**



TESIS

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

Por

MIRNA DORILÉ LÓPEZ DE PAZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2010.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Cesar Landelino Franco Lopez.
VOCALII: Lic. Gustavo Bonilla.
VOCALIII: Lic. Luis Fernando López Díaz.
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría.
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada.
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Berta Aracely Ortiz Robles
Vocal: Lic. Jorge Luis Franco Moran
Secretario: Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Juan Carlos López Pacheco
Vocal: Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez
Secretaria: Licda. Eloisa Mazariegos

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 del Examen General Público).

Bufete Jurídico
Licenciada Aura Elsa Acevedo Méndez



Guatemala 9 de septiembre de 2005

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho:


Honorable Señor Decano:

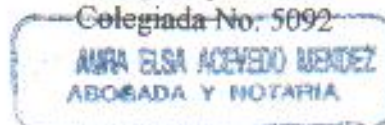
Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que en cumplimiento de la resolución emitida con fecha dos de agosto de dos mil cinco, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la estudiante: MIRNA DORILÉ LÓPEZ DE PAZ, intitulado: "LA AUTONOMÍA Y CONFIDENCIALIDAD DEL PROCESO DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO PENAL".

Para el efecto me permito manifestar que la sustentante realizó las investigaciones adecuadas en relación al caso, aceptando mis sugerencias por lo cual me permito emitir el presente Dictamen Favorable, para el examen público respectivo, puesto que llena los requisitos exigidos para éste.

Sin otro particular, me suscribo del Señor Decano, con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente.


Licda. Aura Elsa Acevedo Méndez
Abogada y Notaria
Colegiada No. 5092





UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, catorce de septiembre de dos mil cinco.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) WENCESLAO MORÁN GARCÍA,
para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MIRNA DORILE
LÓPEZ DE PAZ, Intitulado: "LA AUTONOMÍA Y CONFIDENCIALIDAD DEL
PROCESO DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO PENAL" y, en su oportunidad
emita el dictamen correspondiente.

WIAE/slh



Oficina Jurídica

Licenciado Wenceslao Morán García



Guatemala 6 de enero de 2006.

Honorable
Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos De Guatemala
Su Despacho.

Honorable Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que en cumplimiento de la resolución emitida con fecha catorce de septiembre de dos mil cinco, procedí a Revisar el trabajo de tesis de la estudiante: MIRNA DORILÉ LÓPEZ DE PAZ, intitulado: "LA AUTONOMÍA Y CONFIDENCIALIDAD DEL PROCESO DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO PENAL".

Para el efecto hago constar que la sustentante realizó las investigaciones y correcciones adecuadas al tema, aceptando mis sugerencias, en virtud de lo cual me permito emitir el presente Dictamen Favorable, para el examen público respectivo, puesto que llena los requisitos exigidos para éste.

Sin otro particular me suscribo del Señor Decano, con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,

Lic. Wenceslao Morán García
Abogado y Notario
Colegiado 3086

LIC: WENCESLAO MORAN GARCIA
ABOGADO Y NOTARIO

3 avenida 05-20 zona 1, Escuintla, Escuintla
Tel. 7888-1917



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES Guatemala, diecinueve de mayo de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (a) estudiante **MIRNA BORILÉ LÓPEZ DE PAZ**, titulado **LA AUTONOMÍA Y CONFIDENCIALIDAD DEL PROCESO DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO PENAL**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

~~SECRETARIA~~



DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la oportunidad de vivir y darme las fuerzas necesarias para continuar luchando día tras día y seguir adelante en toda justicia y verdad, rompiendo las barreras que se me presenten.

A MIS PADRES:

Daniel López Santos y Elsa Marina de Paz De López que me dieron la vida y han estado en todo momento conmigo, por darme una carrera para mi futuro, y por creer en mí, porque a pesar de haber pasado momentos difíciles siempre han estado apoyándome y brindándome todo su amor. Los quiero con todo mi corazón, este triunfo es también de ustedes.

A MI HIJO CRISTOPHER:

A quien amo con todo mi ser, gracias amorcito lindo por soportar conmigo todas las situaciones difíciles de mi carrera, este acto es dedicado especialmente para ti mi cielo, eres la razón de mi vida.

A MIS HERMANOS:

Ingrid, Deisy, Daniel, Danilo y Marielos quienes en todo momento han estado a mi lado, agradezco a Dios por colocarlos a ustedes como mis hermanos.

A MIS SOBRINOS:

Rodolfo Daniel, Dulce Daniel, Mabiela Dorilè, Angel Julian y Boris Ivan, Angel Joaquin (Q.E.P.D) a todos los quiero mucho y que este triunfo sea un ejemplo para todos ustedes.

A MIS TIOS:

Especialmente Tía Mey y Jose Maria, gracias por su apoyo incondicional.

A MIS PRIMOS:

Especialmente Lourdes y Adolfo que mi ejemplo sea digno de imitar y puedan cumplir con sus metas.

A MIS CUÑADAS Y CUÑADO:

Gracias por su apoyo moral.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS DE TRABAJO:

Por su amistad y todas las cosas compartidas.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPITULO I

1. Medidas desjudicializadoras.....	1
1.1 El criterio de oportunidad.....	8
1.1.1 Definición.....	9
1.1.2 Objetivo	9
1.1.3 Supuestos.....	11
1.1.4 Efectos	12
1.2 La conversión	13
1.2.1 Definición	13
1.2.2 Objetivo	14
1.2.3 Supuestos	15
1.2.4 Efectos	15
1.3 La suspensión condicional de la persecución penal.....	16
1.3.1 Definición.....	16
1.3.2 Objetivo	17
1.3.3 Supuestos.....	18
1.3.4 Efectos.....	19

CAPITULO II

2. El procedimiento de conciliación.....	21
2.1 Definición e importancia del procedimiento de conciliación.....	23
2.1.1 Principios.....	26
2.2 Diferencia entre la conciliación y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos.....	27
2.2.1 La negociación.....	28
2.2.2 La mediación.....	29

2.2.3 El arbitraje.....	31
2.3 Antecedentes históricos de la conciliación del Perú.....	34
2.3.1 Tipos de conciliación y normatividad legal en el Perú.....	36
2.3.2 Conciliación judicial y extrajudicial en el Perú.....	38
2.3.3 Materias conciliables.....	41
2.3.3.1 Principios.....	45
2.4 El conflicto.....	48
2.4.1 Teoría del conflicto.....	48
2.4.2 Fuentes del conflicto.....	51
2.4.3 Elementos del conflicto.....	53
2.4.3.1 Situación conflictiva.....	53
2.4.3.2 Actitudes conflictivas.....	53
2.4.3.3 Comportamientos conflictivos.....	55
2.4.3.4 Formas de solución de conflictos.....	56
2.4.3.5 Medios alternativos de resolución de conflictos.....	58
2.5 Procedencia del procedimiento de conciliación.....	60
2.6 Sujetos del procedimiento de conciliación.....	63
2.7 Ventajas del procedimiento conciliatorio.....	67

CAPITULO III

3. Enfoque político criminal.....	67
3.1 Principio que acompañan al derecho penal.....	67
3.2 Naturaleza jurídica de la función política criminal del Estado.....	68
3.3 Función de la reparación del daño en el procedimiento de conciliación.....	70

CONCLUSIONES.....	75
RECOMENDACIONES.....	77
BIBLIOGRAFÍA.....	79

INTRODUCCIÓN

La conciliación en el derecho penal guatemalteco se conoce como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por lo cual en estos tiempos va adquiriendo mas importancia, en materia procesal penal, como alternativa de solución de conflictos derivados de hechos delictivos, esta claramente asignada para que sea desarrollada por los Jueces de Paz y de primera instancia en audiencias orales y públicas, ante hechos delictivos no graves.

En la medida que el desarrollo de la conciliación pueda revelar información confidencial, la persona mediadora y las partes que intervienen han de mantener como regla general el deber de confidencialidad, esto en relación con la información que se trate. Es parte de ese deber, el compromiso de las parte a mantener el secreto y por tanto, renunciar a proponer al mediador como testigo en algún procedimiento que afecte al objeto de la mediación, tratando de superar el conflicto existente, impulsando las fórmulas de solución plateadas por las partes o propuestas por él evitando así que el conflicto llegue a instancia jurisdiccional o arbitral, así mismo el mediador no podrá tomar partido en el proceso principal del cual deviene el procedimiento de conciliación, ni siquiera podrá utilizarse como prueba el acta de la audiencia de conciliación, atendiendo a su autonomía, ya que no responde a las características de prueba ilícita dentro del proceso penal guatemalteco.

Es entonces la conciliación, dónde participan distintas partes de un conflicto social que ha sido criminalizado, claro que con el apoyo de una autoridad judicial competente con la finalidad de alcanzar un acuerdo, negociado, pero que responda a los intereses y necesidades de sus partícipes, materializando la búsqueda del bien común, si bien la conciliación es un método alternativo de resolución de conflictos, que resulta ser una de las mejores respuestas del mismo, en materia penal éste adquiere mayor importancia, por la falta de respuesta estatal dentro del proceso penal para resolver el conflicto ya que únicamente los redefine en el tipo penal.

La conciliación como una herramienta útil de los métodos alternativos de resolución de conflictos dentro del proceso penal, utiliza las diferentes técnicas para lograr el avenimiento de las partes estableciendo los parámetros de participación del Estado, en la protección de un bien jurídico tutelado de especial importancia para el desarrollo social, así mismo se caracteriza por su confidencialidad dentro de la toma de decisiones en el cual una o varias personas imparciales (El Conciliador) asisten a las personas, organizaciones o hasta comunidades que se encuentran en conflicto.

Es por ello necesario proponer que el Organismo Judicial como entidad encargada del acceso a la justicia fomente y mejore el uso de este mecanismo creando un programa nacional de conciliación en materia penal, teniendo como objetivo el fortalecimiento e institucionalización de la conciliación en Guatemala, elaborando una guía institucional de conciliación en el proceso penal con la información útil para los operadores de justicia.

CAPÍTULO I

1. Medidas desjudicializadoras.

Moras Mon, define al proceso, como “el modo legalmente regulado de realización de justicia, que se compone de actos que se caracterizan por su tendencia hacia la sentencia y su ejecución definitiva, como concreción de la finalidad perseguida que es la de realizar el derecho penal material”¹. Cabanellas, como, “el conjunto de actuaciones tendientes a averiguar la perpetración del delito, la participación de los delincuentes, su responsabilidad e imponerles la penalidad señalada”².

El proceso penal guatemalteco responde a un ordenamiento jurídico establecido, en base a la aplicación del derecho sustantivo en el ámbito procesal, aplicado de forma común y general a través del procedimiento común y sus distintas etapas, los procedimientos especiales, la etapa de impugnación y la ejecución penal.

La persecución penal es una actividad estatal que involucra en su ejercicio una gran cantidad de recursos del Estado; de esta actividad se espera obtener un resultado concreto enfocado a la búsqueda del bien común y en esta esfera se involucra a la seguridad ciudadana como una primordial escala en el camino a la disminución de la violencia social; es de esperar entonces que el Estado en su quehacer penal conozca de una variedad de conflictos sociales; a su vez la expectativa jurídica de la solución del conflicto involucra no solamente una intervención estatal desmedida y mucho menos un reflejo de la falta de políticas sostenibles para asegurar resultados acordes al mismo, la actuación del sistema penal

¹ MORAS Mon, Jorge R., **Manual de derecho procesal penal**, pág. 29.

² CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 439.

tiene que optimizar sus recursos a través de un proceso de selección racional.

Es importante en el ámbito penal establecer un sistema racionalizado que permita la existencia de premisas fundamentales o criterios que orienten la actuación de los operadores de justicia, y que den paso al cause hacia finalidades preestablecidas y que atiendan principalmente a la disminución de la violencia social, no únicamente en un caso concreto sino en forma global, lo que puede lograrse con la implementación a priori de las medidas desjudicializadoras o bien llamadas mecanismos alternativos de resolución de conflictos, las cuales se establecen en los artículos del 25 al 31 del Código Procesal Penal, por medio de los cuales el Ministerio Público puede disponer del ejercicio de la acción penal pública en los supuestos establecidos en la norma y bajo el control judicial.

Tanto el principio de legalidad, como el de oportunidad presentan factores de peso que no pueden ser ignorados. En favor del principio de legalidad puede sostenerse que:

- Es igualitario, mientras que la explicación selectiva y oportunista de las normas lleva a debilitarlas, y en consecuencia a debilitar el aspecto estabilizador de la sociedad (preventivo general positivo);
- El principio de oportunidad se aplica en el periodo de instrucción, de modo que los criterios concretos de oportunidad no son conocidos por el público, lo que

deja a la oportunidad fuera del ámbito del control del público.

En contra del principio puede sostenerse que:

- El principio de legalidad parte de una concepción idealista de la realidad. La cifra negra de la criminalidad es la demostración de que el derecho penal no se aplica igualitariamente, pues además de los factores que llevan a que un hecho nunca sea conocido, existen otros procesos fácticos de selección, no controlados, que impiden la actuación de la ley penal;
- Las normas de derecho penal material no operan automáticamente en la práctica: ciertas secuencias del procedimiento dependen especialmente de un criterio de oportunidad no formalizado en reglas procesales pero insustituible; ejemplo de ello es la discrecionalidad de un juez en la determinación del estado de sospecha para someter a proceso a una persona, o la duda para absolver por aplicación del principio in dubio pro reo;
- El proceso penal no está obligado a la indagación a toda costa de la "verdad material", sino , más bien a la

indagación de la verdad por "vías jurídico formales" que limitan la actuación del derecho penal, como las prohibiciones probatorias y la regla de la exclusión; y,

- Los recursos personales y materiales de las autoridades encargadas de la instrucción siempre resultarán escasos y el principio de legalidad no podrá evitar que ellas desarrollen su actividad en forma selectiva de conformidad con los criterios no institucionalizados y exentos de control.

Mediante el principio de oportunidad se tiende a facultar al órgano de persecución penal o a la víctima a que, por su voluntad unilateral, decidan la subsistencia de la acción penal o el abandono de la misma. Este principio tiene que conectarse necesariamente con la idea de subsidiariedad del derecho penal, es decir, que éste es la última ratio del ordenamiento jurídico, y que sólo es lícito recurrir a él cuando otras sanciones jurídicas menos incisivas aparezcan insuficientes para mantener la confianza en el derecho y la paz social.

Esta idea privilegia la solución de conflictos por medios no penales, fomentando procesos compositivos que favorezcan la reconciliación con la víctima y con la sociedad, en especial tomándola en cuenta y fomentando la prevención-integración.

Estas tendencias a formalizar el principio de oportunidad favorecen sin duda la capacidad operativa del sistema penal, en la medida que le permite a los órganos encargados de promover el enjuiciamiento, prescindir de su promoción o continuación en los casos en los que los criterios de oportunidad así lo indican. En ese sentido el principio de oportunidad institucionaliza la selectividad que bajo el principio de legalidad se practica de facto, la institucionaliza pues en rigor de verdad el sistema de persecución penal fundado en el principio procesal de legalidad aplica de facto el principio de oportunidad.

En el caso de los delitos leves contra la propiedad atribuido a autores desconocidos, el juez de la investigación no realiza en verdad ninguna averiguación, simplemente se limita a formalizar una breve secuencia procesal que se manifiesta en decisiones normalizadas en formularios impresos que culminan en el sobreseimiento.

Muchas denuncias de defraudaciones y abusos de confianza originados en relaciones contractuales, son desestimados de plano con indicación de recurrir a la vía civil, con dudosos fundamentos acerca de la naturaleza extra penal del conflicto, lo que en buen romance significa que los jueces derivan a las partes a que compongan su conflicto por medio del procedimiento civil.

La experiencia indica que, en muchos de los casos la desestimación de plano es cuando menos prematura y encubre una reticencia a investigar esta clase de casos. El cierre de la etapa de investigación fija el número de personas en condiciones de ser acusadas

y en ciertos casos garantiza a otras que ya no podrán ser llevadas a juicio, por los hechos de la causa.

El juez no puede imponer al fiscal que formula acusación y en caso de desacuerdo entre ambos sobre el mérito de la investigación, la opinión del fiscal es dirimente y puede tener el efecto de obligar al juez a sobreseer. Junto con estos supuestos hay otros factores incontrolables que operan conforme a criterios de oportunidad, como ejemplo basta citar la discrecionalidad que tiene el juez para decretar el procesamiento de una persona, pues no existe un standard fijo sobre el grado de sospecha para fundar la decisión, y más aún la discrecionalidad en la intensidad de la investigación y de la recepción de la declaración del imputado. No se trata de considerar al imputado como medio de prueba, sino de tener en cuenta que el principio de la defensa en juicio limite el contenido de la acusación a los hechos por los que el imputado fue interrogado.

Las experiencias señaladas hablan en favor de introducir el principio de oportunidad, pero ello exige que la introducción sea formalizada, esto es, que los criterios de regulación del principio estén claramente fijados en la ley y que el órgano facultado para determinar la oportunidad goce de una inserción institucional que lo ponga a resguardo de intereses políticos ajenos a los de la política criminal y que la someta al mismo tiempo al control público para evitar que la decisión sobre la oportunidad se ejerza "por la puerta de atrás" del sistema penal. Una organización republicana exige que estas decisiones sean controlables.

Al respecto es necesario advertir que el principio de oportunidad sólo es compatible con el estado de derecho, si sus criterios están determinados con precisión en la ley; las reglas de oportunidad que estén reguladas sin precisión destruyen en su totalidad al principio de legalidad.

Por otro lado el principio de legalidad sobrecarga la tarea de los encargados de promover la averiguación de los delitos y el principio de oportunidad se manifiesta como alternativa seductora.

Lo más decisivo es que la mezcla de legalidad y oportunidad depende de la ética de las autoridades y de los tribunales, de control a través del público y de la confianza de la población en la administración de la justicia penal. La decisión sobre la introducción del principio de oportunidad exige considerar la conveniencia de adjudicar al juez algún tipo de control sobre la decisión de no promover una acción, o de limitar el principio a la manutención de la acción manteniendo la obligatoriedad de su promoción, o la de limitarlo en el caso de oposición del imputado o de la víctima, o de exigir que la decisión sea fundada y por escrito, etc. Pero por sobre todo, la opción por el principio de oportunidad exige resolver, si la facultad de promover la persecución de los delitos conforme a criterios de oportunidad estará a cargo de un órgano sujeto a directivas del Poder Ejecutivo o de un órgano del Poder Judicial que tenga garantizada su independencia y estabilidad. En conclusión, existen buenas razones para introducir el principio de oportunidad procesal, pero ello debe hacerse con suma prudencia, especialmente en una sociedad que necesita vivir la experiencia de la función estabilizadora y pacificadora de las normas penales.

Aún en el caso de que se reforme la ley procesal, admitiendo criterios de oportunidad, es necesario señalar que no es legítimo emprender una asignación de esfuerzos basada en el criterio, simplista, según el cual el principio, debería permitir una selección de los delitos económicos más graves permitiendo desistir de la persecución penal respecto de otros delitos, económicos o comunes, en atención a su levedad.

Si se privilegia a los delincuentes menores, a los llamados “ladrones de gallinas”, para perseguir más tenazmente a los delincuentes de cuello blanco, el efecto estabilizador de la conciencia jurídica de la comunidad en la vigencia y efectividad de sus normas, corre serios riesgos y puede recrearse nuevamente una imagen no igualitaria del sistema penal. Ello es, además, evidentemente más problemático si se tiene en cuenta que la mayor parte de la delincuencia económica consiste en infracciones menores, que demuestran que junto con los grandes delitos de “cuello blanco”, esta clase de delincuencia se presenta como un fenómeno de masas. En estos casos el principio de oportunidad debería reservarse perfectamente, para los casos de complejidad de hechos y dificultades de prueba.

1.1 El criterio de oportunidad

Atendiendo al principio de igualdad de los ciudadanos, la persecución de todos los delitos se presenta como su consecuente necesario. No obstante, en la realidad esto no es, ni posible ni racional.

Basta un somero análisis para comprender que la actividad delictiva siempre rebasa la capacidad del sistema penal en general, para por lo menos dar entrada a todos los hechos susceptibles de persecución, promover una investigación adecuada en cada uno de ellos y mucho menos dar resolución legal a todos los casos. A lo anterior debe agregarse otro factor, que estriba en la idea de que el exceso de persecución (represión) es, a su vez, generador de violencia y delincuencia.

La legalidad debe atenerse, pues, al sentido común. Tal es la posición de la nueva legislación nacional. El contenido del artículo 25 del

Código Procesal Penal significa, dentro de la legislación nacional, una innovación que permite el uso racional de los recursos y el descongestionamiento del sistema de administración de justicia penal. En este artículo se le dan salidas alternativas a distintos tipos de conflictos que el sistema acoge para su resolución, salidas que, sin descuidar la protección de las garantías del imputado y la eficacia del proceso, permiten una mejor distribución de recursos materiales y humanos.

1.1.1 Definición

El criterio de oportunidad, es la facultad que tiene el Ministerio Público, bajo el control del órgano jurisdiccional, de no ejercer la acción penal por la escasa trascendencia social o mínima afectación al bien jurídico tutelado, a circunstancias especiales en la responsabilidad del imputado o bien cuando éste sufra las consecuencias de un delito culposos.

Pudiendo además aplicar el criterio de oportunidad a favor de los autores o cómplices del delito de encubrimiento, que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos que específicamente señala la ley.

El criterio de oportunidad no podrá otorgarse más de una vez al mismo imputado por la lesión o amenaza mediante dolo del mismo bien jurídico. El Ministerio Público es el ente encargado de tomar las previsiones necesarias para dar estricto cumplimiento a esta norma.

1.1.2 Objetivo

El establecimiento del criterio de oportunidad surge de la necesidad que tiene el Ministerio Público de seleccionar las causas en las que va a trabajar.

Es por todos sabido que el agente fiscal no puede encargarse de igual forma, ni debe atender por igual, todos los conflictos que ingresan al sistema, debiendo elegir aquellos que ameritan una investigación y sobre todo en los que el Estado, por el bien jurídico tutelado, deba poner especial atención e invertir mayor cantidad de recursos. La selección en el sistema inquisitivo se realizaba sin tener un fundamento legal que permitiera establecer parámetros normativos que no dieran lugar a dudas en su eficacia, ya que se basaba en criterios arbitrarios, con violaciones a la igualdad procesal y consecuencias perjudiciales sobre la persecución penal en hechos más graves.

En la actualidad el criterio de oportunidad se encuentra reglado en ley, con lo que se permite transparencia en criterios racionales y aún más bajo el control del juez en la decisión del Ministerio Público.

Es una obligación del Ministerio Público evitar la entrada al proceso penal de casos que hallan sido solucionados o puedan resolverse en forma fácil y económica para el Estado, como lo es un acuerdo entre las partes.

Establece el Manual del Fiscal que “el objetivo del criterio de oportunidad es doble: por un lado la descarga de trabajo para el Ministerio Público y por otro la intervención mínima del Estado en problemas que pueden resolverse a través de la conciliación entre las partes, recogiendo de esta manera los principios humanizadores y racionalizadores del derecho penal moderno”³.

³ Ministerio Público de la República de Guatemala, **Manual del fiscal**, pág. 203.

1.1.3 Supuestos

Así, el Ministerio Público, con consentimiento del agraviado y autorización de juez, puede abstenerse de ejercer acción penal, o bien pedir el sobreseimiento de un proceso, en presencia de los siguientes supuestos:

- Cuando el motivo de la persecución penal sea delito de poca significación, infrecuente o de escasa repercusión, siempre que la petición de pena por parte del Ministerio Público no pase de dos años de prisión, o el imputado sea funcionario o empleado público.
- Cuando la culpabilidad sea mínima, con excepción de los funcionarios y empleados públicos.
- Cuando el sindicado haya sufrido gravamen por las consecuencias del delito.
- Cuando el inculpado haya reparado, o se comprometa a reparar, los daños causados.

1.1.4 Efectos

Las reglas o abstenciones que pueden imponerse como efectos al criterio de oportunidad, son las siguientes:

- Residir en lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez;
- La prohibición de visitar determinados lugares o personas;
- Abstenerse del uso de estupefacientes o de bebidas alcohólicas;
- Finalizar la escolaridad primaria, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en la institución que determine el juez;
- Realizar trabajo de utilidad pública a favor del Estado o instituciones de beneficencia fuera de sus horarios habituales de trabajo;
- Someterse a un tratamiento médico o psicológico si fuere necesario;
- Prohibición de portación de arma de fuego;
- Prohibición de salir del país;
- Prohibición de conducir vehículos automotores; y,

- Permanecer en un trabajo o empleo o adoptar en el plazo que el juez determine un oficio, arte, industria o profesión si no tuviere medios propios de subsistencia.

Además el principal efecto de la aplicación del criterio de oportunidad es provocar el archivo del proceso por el término de un año, al vencimiento del cual se extinguirá la acción penal, salvo que se pruebe durante este lapso que hubo fraude, error, dolo, simulación o violencia para su otorgamiento o si surgieren elementos que demuestren que la figura delictiva era más grave y que de haberse conocido no hubieren permitido la aplicación del criterio de oportunidad.

1.2 La conversión

La conversión supone la transformación de una acción penal de ejercicio público en un procedimiento por delito de acción privada, ejercitada únicamente por el agraviado.

1.2.1 Definición

Señala la doctrina, "La llamada privatización del conflicto puede llegar por otro camino, por la vía de la ponderación en el caso concreto... como modo de selección de los casos que son incluidos en el sistema penal... cuando el Estado renuncia a perseguir hechos punibles cuya persecución en principio, le es debida, por falta de interés público, y se expresa el interés privado en perseguir penalmente, es viable la transformación de la persecución penal pública, permitiendo a la privada,

a expresarse por intermedio del procedimiento regulado para este tipo de acción"⁴.

En el Artículo 26, el Código Procesal Penal contiene la llamada "conversión de la acción", que prescribe la posibilidad de transformar las acciones penales públicas en acciones privadas ejercitadas únicamente por el agraviado, siempre que no se produzca impacto social y se presenten las circunstancias siguientes:

- Que se trate de casos previstos para prescindir de la persecución penal, conforme el criterio de oportunidad, y,
- En delitos que requieran instancia particular, siendo indispensable el pedido del legitimado para actuar y el permiso del Ministerio Público, institución que debe constatar que no existe interés público en riesgo y que el agraviado garantiza eficiente persecución penal.

1.2.2 Objetivo

El fin de la conversión como mecanismo de descongestionamiento del sistema judicial consiste en otorgarle mayor participación a la víctima en aquellos casos en que esta lo requiera y pueda hacerse cargo del ejercicio de la acción penal. Ello trae como consecuencia que las instituciones vinculadas a la administración de justicia dediquen mayor esfuerzo a los casos graves; de esta manera se produce racionalidad en la utilización de recursos humanos y, por tanto, mayor efectividad de los operadores jurídicos.

⁴ BARRIENTOS PELLECCER, César, **La desjudicialización en el nuevo proceso penal guatemalteco**, pág. 33.

1.2.3 Supuestos

Otra de las alternativas que el Código dispone es la conversión. Consiste en la posibilidad de convertir las acciones de carácter público en acciones de carácter privado, en las que el seguimiento de la persecución corresponderá al propio agraviado. Es procedente en las siguientes circunstancias:

- Cuando se presenten los supuestos para aplicar el criterio de oportunidad.
- En delitos que requieran instancia particular, cuando el Ministerio Público lo autorice y el particular pueda realizar una investigación eficaz. y,
- En los delitos contra el patrimonio.

1.2.4 Efectos

La conversión presupone la transformación de la acción penal pública en una acción penal privada. El ejercicio de la acción ya no está en manos del Ministerio Público sino en manos del agraviado. Una vez transformada la acción, no es posible su retorno a una acción penal pública, ya que el desistimiento de la acción penal privada provoca el sobreseimiento, tal y como lo regula el Artículo 482 del Código Procesal Penal. La acción se entenderá transformada cuando el tribunal de sentencia admita la querrela.

1.3 La suspensión condicional de la persecución penal

Otra modalidad de aplicación del criterio o principio de oportunidad lo constituye la suspensión condicional de la persecución penal. Procede esta solo en los procesos en que sea posible la suspensión condicional de la pena. El imputado debe aceptar la responsabilidad del hecho que se le endilga y reparar el daño causado o asumir el deber de hacerlo.

El juez también es garante de la libertad y la dignidad personal, al decidir sobre la coerción del imputado; y es garante del principio de legalidad procesal, al ser en definitiva quien decide sobre la aplicación del principio de oportunidad, de suspensión de acciones, de sobreseimientos y, en general, de todos los hechos que deban ser resueltos con el poder de la jurisdicción.

La reparación del daño causado o la promesa cierta de hacerlo, es también presupuesto necesario para aplicar, cuando proceda, la "suspensión condicional de la persecución penal".

Este mecanismo consiste en permitir la espera, durante un plazo que fija la ley o el tribunal, dentro de una escala que permite la ley o el juez, plazo en el cual se suspende el procedimiento bajo la advertencia de cumplir lo indicado por el tribunal.

1.3.1 Definición

La suspensión condicional en otras legislaciones el nombre de *probation*, o puesta a prueba del sujeto y constituye un mecanismo a través del cual se interrumpe la persecución penal, sometiendo al imputado a una serie de condiciones durante un tiempo determinado, que si se cumplen,

producen la extinción de la persecución penal. En caso contrario se reanudará el procedimiento penal.

1.3.2 Objetivo

El objetivo principal de esta figura es evitar el desarrollo de todo el proceso, cuando la consecuencia del mismo posiblemente va a ser la suspensión de la ejecución de la condena según el Artículo 72 del Código Penal. En este sentido, supone una reducción en el trabajo para el Ministerio Público. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en el criterio de oportunidad o en la conversión, este objetivo es secundario.

Por lo tanto el objetivo principal de la suspensión de la persecución penal es evitar la imposición de una pena al imputado y con ello que recaigan en él los efectos negativos de la pena de prisión, en especial, la estigmatización que supone la condena penal y los antecedentes penales.

En consecuencia, la *probation*, se constituye en el eje de una política criminal que pretende buscar alternativas a las sanciones comunes practicadas por el órgano jurisdiccional, que son socialmente negativas, sustituyéndolas por nuevas respuestas estatales que lleven aparejas beneficios tanto para el imputado, como para la víctima.

“En cuanto al imputado, por cuanto la *probation* someterá al mismo a regulaciones que pretenden tener efectos resocializadores o rehabilitadores más fructíferos que la pena. Por ejemplo, una persona que ha cometido un homicidio culposo por accidente de tránsito, probablemente va a obtener un mayor beneficio de un programa de educación vial, para interiorizar las normas de tránsito, además, esto evita que caiga en la espiral de marginación que produce el internamiento penal. En cuanto a la víctima, los acuerdos de reparación que exige la ley, le permite obtener

mejores resultados de la intervención del sistema penal, que la simple imposición de la pena”⁵, según Julio Olazábal.

1.3.3 Supuestos

Se aplicará la suspensión condicional de la persecución penal, según el Artículo 27 del Código Procesal Penal, en:

- Los delitos cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión.
- En los delitos culposos y en los delitos contra el orden jurídico tributario, el Ministerio Público a solicitud del interesado en gozar de este beneficio y previa comprobación del pago del valor de los impuestos retenidos o defraudados así como los recargos, multas e intereses resarcitorios, que acreditará mediante documentación que debe expedir la autoridad tributaria, propondrá la suspensión condicional de la persecución penal.
- La suspensión no podrá otorgarse a reincidentes, ni a quien se haya condenado anteriormente por delito doloso.

⁵ OLAZABAL, Julio, **Suspensión del proceso a prueba**, pág. 47.

1.3.4 Efectos

Como lo indica su propio nombre, el efecto principal de esta figura jurídica procesal es la suspensión del procedimiento por un tiempo fijado. Asimismo, el imputado deberá someterse a un régimen de prueba, encaminado a mejorar su condición moral, educacional o técnica.

El Artículo 29 del Código Procesal Penal regula “Si el imputado se apartare considerablemente, en forma injustificada, de las condiciones impuestas o cometiere un nuevo delito, se revocará la suspensión y el proceso continuará su curso. En el primer caso, el tribunal podrá ampliar el plazo de prueba hasta el límite de cinco años, cuando hubiere fijado originariamente una inferior. La revocación de la suspensión condicional de la persecución penal no impedirá la suspensión condicional de la ejecución de la pena”, es decir, que si durante el plazo de prueba el suspendido comete otro delito, la suspensión será revocada. No obstante, en base al principio de presunción de inocencia, esta revocación solo podrá darse en el momento en que haya sentencia firme condenatoria por el segundo delito.

Según lo establece el Artículo 32 del Código Procesal Penal, una vez que haya vencido el plazo de prueba, si no se ha revocado la suspensión, la persecución penal se extingue. La suspensión condicional de la persecución penal a diferencia de la suspensión de la ejecución de la pena, no genera antecedentes penales, por no existir sentencia.

CAPÍTULO II

2. El procedimiento de conciliación

No es novedoso afirmar que el sistema judicial en nuestro país se encuentra totalmente colapsado. Entre las posibles causas que originan esta crisis podríamos mencionar:

- La sobrecarga de los tribunales.
- El abarrotamiento de expedientes.
- Las demoras en la resolución de conflictos.
- La burocratización.
- La falta de presupuesto.
- La ausencia de tecnificación.
- La escasa informatización procesal, etc.

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

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

Se suma a lo anterior, la existencia de una circunstancia que no puede dejar de mencionarse y es que, por sus propias características, el derecho penal actúa en la mayoría de las ocasiones con total independencia de la voluntad de las partes de un proceso.

Ahora bien, más allá de las posibles causas de este “fracaso”, trataremos en el presente trabajo de presentar una alternativa distinta a esta realidad: la conciliación penal como solución de conflictos.

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

El problema es que la justicia penal no repara sino que, en todo caso, lo que produce es un proceso que termina por redefinir el conflicto.

Según Alberto Binder, "el proceso penal es, antes que nada, un conjunto de trámites que conducen, en el mejor de los casos, a una decisión judicial"⁶.

Decimos esto porque ¿cómo solucionar un conflicto entre dos partes (víctima y victimario) si una de ellas es desoída? No nos olvidemos que en nuestro sistema penal la parte damnificada salvo excepciones (rol de querellante) participa en el proceso judicial como

⁶ BINDER BARZIZZA, Alberto, **Derecho procesal penal, introducción al derecho procesal penal**, pág. 70.

mero testigo es decir, realiza un aporte probatorio más en una causa judicial.

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

En tal sentido Vásquez Smerilli expresa que, “el modelo penal, desde la confiscación irreversible del conflicto (del derecho de la víctima) y de consiguiente exclusión del sujeto pasivo del protagonismo procesal, reemplazado por un funcionario que dice representar los intereses del soberano o por el mismo juez, es decir, desde el siglo XII, no es un modelo de solución de conflictos, sino un ejercicio de poder. La agencia judicial puede decidir en los conflictos que le llegan por selección de las otras agencias, pero no puede solucionar (resolver) esos conflictos, salvo por casualidad”⁷.

2.1 Definición e importancia del procedimiento de conciliación

La conciliación desde sus albores ha tenido como fin primordial servir de remedio a situaciones en conflicto. Etimológicamente la "conciliatio" proviene del verbo conciliare, que significa concertar, poner de acuerdo, componer o

⁷ VÁSQUEZ SMERILLI, Gabriela J., **La reparación del daño producido por un delito: hacia una justicia reparadora**, pág. 47.

conformar dos partes que se debaten en una controversia de intereses o en disidencia. Esto nos lleva a decir que la conciliación tiene como condicionante el conflicto y como presupuesto la existencia de más de una voluntad. Como ya hemos referido al inicio del trabajo, el conflicto está latente en todas las manifestaciones de nuestra vida diaria, desde la afectiva, laboral, familiar, etcétera, lo que nos da una amplia gama de expresiones antagónicas.

Posiblemente, sobre todas estas manifestaciones podamos conciliar, pero, solamente interesa a nuestro trabajo el conflicto con trascendencia jurídica. Ahora bien, no todos los conflictos con trascendencia jurídica podrán ser conciliados. Hay restricciones de orden social, público y moral que niegan la posibilidad de conciliar conflictos que encierran la violación de bienes jurídicos protegidos y que se ubican en la esfera tuitiva del derecho penal. La Ley de Conciliación Extrajudicial regula expresamente dicha prohibición en el art. 9, dejando solamente la posibilidad de conciliar las relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos. Por tanto debe precisarse que el tema a tratar a continuación será estrictamente la conciliación que opere en el conflicto con relevancia jurídica.

Definición: Sobre el particular podemos mencionar una serie de definiciones señaladas en el Manual Teórico del Curso de Conciliación del Centro de Formación de Conciliadores antes citado⁸. Etimológicamente la conciliación proviene del vocablo latín *conciliatio*, *conciliatonis* que significa componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí (Diccionario OMEBA). Por su parte Guillermo CABANELLAS, menciona que "...la conciliación representa la fórmula de arreglo concertado por las partes. El juicio de conciliación procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar. El resultado puede ser positivo o negativo. En el primer caso las partes se avienen, en el segundo, cada una de ellas queda en libertad para iniciar las acciones que le correspondan. Sus efectos son, en caso de avenirse las partes, los mismos de una sentencia y en este sentido puede pedirse judicialmente la ejecución de lo convenido".

⁸ BACIGALUPO, Enrique. **Descriminización y Prevención, en Poder Judicial**, Madrid, 1987, N° Esp. II

J. Rodríguez, indica que la conciliación es un medio de evitar el litigio. Su objeto es estimular a las partes para que decidan amigablemente sus diferencias, sin empeñarse en el proceso contencioso, pesado y lento, no exento de obstáculos y generalmente costoso. E. Couture, define a la conciliación como "el acuerdo o avenencia de parte que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hacen innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual". El sistema procesal peruano contempla la conciliación como una alternativa de solucionar el conflicto litigioso antes de emitirse sentencia y luego de sanearse el proceso, constituyendo de esta forma la conciliación un acto procesal obligatorio y bajo la dirección del juez (salvo en procesos en que la cuestión litigiosa sea de puro derecho), por medio del cual las partes o sus representantes proponen una fórmula conciliatoria o en su caso el Juez, con el objeto de dar fin al proceso litigioso, cuyos acuerdos tienen los efectos de la cosa juzgada y sancionando a quien se resista al cumplimiento de lo pactado.

Resulta en tal sentido señalar que, la conciliación es el acuerdo de un conflicto entre dos partes, la cual puede ser intentada por voluntad propia o con la intervención de un tercero, quién toma conocimiento del conflicto y no hace otra cosa que ponerlas en evidencia, para que las partes antes de que acudan al Poder Judicial busquen la avenencia al problema. De otro lado, Ormachea²¹ considera que la conciliación es un proceso consensual y confidencial de toma de decisiones en el cual una o más personas imparciales - conciliador o conciliadores - asisten a personas, organizaciones y comunidades en conflicto a trabajar hacia el logro de una variedad de objetivos. Por tanto, las partes realizarán todos los esfuerzos con la asistencia del tercero para:

- 1.-Lograr su propia solución.
- 2.-Mejorar la comunicación, entendimiento mutuo y empatía.
- 3.-Mejorar sus relaciones.
- 4.-Minimizar, evitar o mejorar la participación en el sistema judicial.
- 5.-Trabajar conjuntamente hacia el logro de un entendimiento mutuo para resolver un problema o conflicto.

6.-Resolver conflictos subyacentes.

De otra parte, puede afirmarse que la conciliación desde el punto de vista de la psicología, consiste en un proceso en el que existe una situación de conflicto entre una o más personas, quien o quienes se someten a la intervención de un tercero imparcial que desarrolla parte activa y quien dirige y orienta, previo conocimiento de la situación de conflicto y por manejo de la comunicación, y propone las fórmulas de arreglo, todo lo anterior con el fin de buscar el mutuo acuerdo como principio básico de solución.

Jurídicamente entonces podemos concluir que la conciliación es el acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un acuerdo de todo aquello susceptible de transacción permitido por la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien, previo conocimiento del caso, debe procurar por las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada.

2.1.1 Principios:

Los principios que rigen esta institución en nuestro país son:

- **EQUIDAD:** El objetivo de la conciliación es la consecución de un acuerdo justo, equitativo e igualitario para las partes en conflicto. Es el sentido de la justicia aplicada al caso particular materia de conciliación.
- **VERACIDAD:** Se refiere a la necesidad de contar con información fidedigna durante la audiencia conciliatoria.
- **BUENA FE:** Debe de entenderse como la obligación de las partes de actuar sin estar guiado por intereses personales. Proceder de manera honesta y leal.

- **CONFIDENCIALIDAD:** La información revelada antes y durante la Audiencia de Conciliación es confidencial y no podrá ser divulgada ni por las partes, ni por el conciliador. El conciliador no podrá ser llamado a un proceso (juicio, arbitraje, etc.) porque goza de esa protección (Art. 2 de la Ley y Rglmto.)
- **IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD:** La intervención del conciliador durante el procedimiento de conciliación será sin identificación alguna con los intereses de las partes.
- **LEGALIDAD:** Implica que los acuerdos conciliatorios deben respetar el orden jurídico existente.
- **CELERIDAD:** Permite una solución rápida y pronta del conflicto.
- **ECONOMIA:** Está dirigido a que las partes eliminen el tiempo que les demandaría estar involucradas en un proceso judicial, ahorrando los costos de dicho proceso. Está directamente relacionado con la celeridad por cuanto menor sea el tiempo transcurrido, menores serán los gastos en que se incurran.

2.2 Diferencias entre la Conciliación y otros Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos

Como se mencionó al estudiar los medios alternativos de resolución de conflictos, existen una serie de mecanismos alternos al procedimiento judicial para la solución de los conflictos de los miembros de una sociedad; entre los cuales se ubica la conciliación. En ese entender es necesario realizar un deslinde de estas instituciones con la conciliación, a efectos de comprender las particularidades de la misma.

En nuestro país los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos de mayor aplicación además de la Conciliación son: La Negociación, Mediación y el Arbitraje. Con respecto a los medios alternativos de resolución de conflictos con intervención de un tercero o negociación asistida como la denomina Roque J. Caivano, hay diferentes denominaciones. En EE.UU, se les denomina

MEDIACIÓN, mientras que en otros países de América latina se le ha denominado CONCILIACIÓN, en Argentina en cambio se usa ambas denominaciones para los conflictos de naturaleza civil o comercial la denominación es mediación y para los de naturaleza laboral conciliación⁹.

2.2.1 LA NEGOCIACIÓN:

Negociar significa trabajar para lograr no un acuerdo sino el mejor acuerdo. Es la ciencia y arte de asegurar un acuerdo entre dos o más partes independientes entre sí, que desean maximizar sus propios resultados comprendiendo que ganarán más, si trabajan juntos, que si se mantienen enfrentados. Pinkas Flint¹⁰ la define como un proceso de comunicación dinámico, en mérito del cual dos más partes tratan de resolver sus diferencias e intereses en forma directa a fin de lograr con ello una solución que genere mutua satisfacción. En toda negociación concurren los siguientes elementos: la pluralidad de sujetos y la diferencia de intereses. El objetivo está orientado a lograr un nuevo orden de relaciones donde antes no existían; y, a modificar un conjunto de relaciones existentes por otras más convenientes para una de las partes o para ambas¹¹.

A diferencia de otros medios alternativos, la negociación se caracteriza porque son únicamente las partes quienes en el proceso negocial, tienen el manejo directo del desarrollo y solución del conflicto. A su vez, la negociación puede clasificarse en:

a) Negociación Distributiva: Es la negociación mediante la cual el beneficio para una se traduce inmediatamente en pérdida para la otra. Lo que gana uno pierde el otro, de allí su nombre tipo suma cero o ganar / perder. En este tipo de negociación se maximiza el beneficio individual. Es la negociación del regateo.

b) Negociación Integrativa: Se le conoce también como negociación basada en

⁹ Código Penal, **5 códigos y legislación complementaria**, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

¹⁰ Constitución Política del Perú, 1993, Edición Oficial.

¹¹ COUSIÑO, Luis. **Derecho Penal Chileno I y II**. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1975.

intereses o tipo suma no cero. Los negociadores buscan en firma conjunta una solución al problema que los aqueja. En vez de manejar el problema en forma competitiva fijando los puntos de resistencia, niveles de aspiración y metas, las partes desarrollan una metodología orientada a resolver el problema que aqueja a ambos. La negociación integrativa requiere una actitud similar a la que tienen dos alumnos resolviendo un arduo problema de álgebra.

c) Negociación Racional: Puede ser definida como el tomar las mejores decisiones para ampliar el servicio a los propios intereses. En otras palabras, frente a una situación determinada, debe tomarse la decisión más acertada en cuanto a si conviene llegar a un acuerdo o si es preferible no acordar y, en caso de acordar, obtener el mejor resultado posible. Esta clase de negociación es la que debería emplearse en el procedimiento conciliatorio previo a la aplicación del principio de oportunidad, logrando un acuerdo satisfactorio para ambas partes mediante la aplicación de las correspondientes técnicas y bajo la dirección del Fiscal.

2.2.2 LA MEDIACIÓN:

Es el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aislan sistemáticamente los problemas en disputa con el objetivo de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. Moore define a la mediación como la intervención en la disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral, que carece de un poder autorizado de decisión, pero ayuda a las partes en la disputa ha alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable¹².

De otra parte, si bien para la mayoría de los mediadores la meta es simplemente el acuerdo, lo que se quiere es que el mediador aumente la probabilidad que se llegue al acuerdo más integrativo cuando existe una zona de regateo positiva, y a una ruptura cuando la zona de regateo es negativa¹³.

¹² CREUS Carlos. **Esquema de Derecho Penal**. Parte General. Buenos Aires, Astrea, 1993.

¹³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. **El Proceso Penal. Teoría y práctica**. 4ta. Edición. Palestra Editores, Lima, 2000.

Otros autores consideran que la mediación tiene el propósito de resolver desavenencias y reducir el conflicto, así como de proporcionar un foro para la toma de decisiones. Aún en el caso que no pueda resolverse, la causa esencial del conflicto, puede reducirse a un nivel manejable. Estas posiciones nos llevan a decir que la meta principal de la mediación es el manejo del conflicto y no la resolución de la desavenencia.

La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyan en sus vidas. Por lo tanto, constituyen un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes. Si bien la mediación es una estrategia de intervención muy difundida, no constituye una panacea. No da resultado si las partes son realmente hostiles entre sí.

La mediación tiene etapas definidas que comprenden una serie de técnicas para lograr los objetivos necesarios, como: la preparación de un plan o convenio para el futuro, que los participantes pueden aceptar y cumplir; la preparación de los participantes para que acepten las consecuencias de sus propias decisiones; y, la reducción de la ansiedad y otros efectos negativos del conflicto mediante la ayuda a los participantes para que lleguen a una resolución consensual. Se puede atribuir a la mediación, objetivos, como: el ayudar a reducir los obstáculos a la comunicación entre los participantes; realizar al máximo la exploración de alternativas; atender las necesidades de todos los que en ella intervienen; y, proporcionar un modelo para la futura resolución de conflictos.

Los mediadores suelen impulsar a las partes realizar concesiones y llegar a acuerdos sobre conflictos de intereses de poca entidad, pero no son tan eficaces cuando el conflicto es profundo, hay mucho en juego o las diferencias percibidas parecen sustanciales.

2.2.3 EL ARBITRAJE:

Es un medio de solución de conflictos intersubjetivos, al que se recurre como vía alternativa al proceso judicial para solucionar controversias. Tiene carácter excluyente respecto a éste; porque la existencia de un convenio arbitral impide a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje¹⁴. Tal exclusión está condicionada a que la parte a quién interese lo invoque oportunamente mediante la excepción de convenio arbitral¹⁵. El convenio arbitral es el acuerdo por el que ambas partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial.

Dentro de los distintos sistemas de composición de conflictos, el arbitraje se inserta en el heterocompositivo, porque la solución la proporciona un tercero, quien impone su decisión a las partes; no son éstas, sino el tercero llamado árbitro, quien resuelve al conflicto, a cuya decisión las partes quedan obligadas jurídicamente.

Los conflictos solucionados con el arbitraje pueden lograrse atendiendo a la naturaleza disponible, es decir, han de referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a derecho, porque cuando son absolutamente dueñas de los derechos subjetivos materiales que se discuten en el conflicto, no se les puede constreñir a solicitar su tutela ante los tribunales, y por el contrario, cuando no exista dicha disponibilidad, habrá de acudir necesariamente al proceso para obtener la solución del conflicto.

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto

¹⁴ CURY, Enrique. **Derecho Penal I y II**. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2da. Edición. 1992.

¹⁵ CHIL MEZARINA, Juan. **Apuntes para la estructuración del Ministerio Público**. Fondo Editorial del Ministerio Público. Lima 1998.

de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de se ejecución, en cuanto conciernen exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, Sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público. Lo esencial en el arbitraje es la voluntariedad, ello presupone siempre un acto voluntario de sumisión a ella de las partes en conflicto. La actuación arbitral desemboca en una decisión denominada laudo que pone fin al litigio planteado "de manera irrevocable". En efecto, por un lado, el laudo decide con carácter definitivo las cuestiones objeto de controversia; por otro, su contenido no puede ser revisado en vía jurisdiccional, por lo que habrá de considerarse irrevocable¹⁶; por ello podemos decir que el arbitraje se configura como un medio voluntario de heterocomposición dispositiva de conflictos intersubjetivos, alternativo y condicionalmente excluyente del proceso judicial, que proporciona una decisión definitiva, irrevocable y ejecutiva.

El siguiente cuadro tomado de la obra de Ivan Ormachea¹⁷ permitirá una mejor apreciación de las características y diferencias de los MARCs (Medios Alternativos de Resolución de Conflictos) y el proceso judicial:

Cuadro comparativo de los MARCs tomando como referente al proceso judicial.

¹⁶ DELGADO BARRIO. **El Principio de Oportunidad en el Proceso Penal, en Actualidad Penal**. Madrid. Semana -15 abril 10, pág. 76.

¹⁷ DELMAS – MARTY, Mirelle. **Modelos Actuales de Política Criminal**, Madrid: Centro de Publicaciones de la Secretaria de Justicia, 1986.

Características	Negociación	Mediación	Conciliación	Arbitraje	Proceso Judicial
Vinculación	Sólo si hay acuerdo	Sólo si hay acuerdo	Sólo si hay acuerdo	Vinculante generalmente inapelable	Vinculante y sujeto a apelación
Voluntario/ Involuntario	Voluntario	Voluntario	Voluntario	Voluntario	Involuntario
Terceros	Inexistente	Elegido por las partes o por el proceso.	Elegido por las partes o por el proceso.	Elegido por las partes o por el proceso.	Impuesto. Tercero neutral que toma decisiones
Conocimiento del fenómeno conflictivo por parte del tercero		Si.	Si.	No necesariamente.	Generalmente no.
Formalidad	Generalmente informal y sin mayor estructura.	Generalmente informal y sin mayor estructura.	Generalmente informal y sin mayor estructura.	Procesalmente menos formal. Las partes pueden usar normas sustantivas o adjetivas.	Formal y altamente estructurado o por normas predeterminadas y rígidas.
Naturaleza del procedimiento	Libre presentación de pruebas.	Libre presentación de pruebas, argumentos e intereses	Libre presentación de pruebas, argumentos e intereses	Se regula el momento en el que se presenta pruebas y argumentos.	Se regula el momento en el que se presenta pruebas y argumentos.
Resultado	Se busca un acuerdo mutuamente satisfactorio.	Se busca un acuerdo mutuamente satisfactorio. El mediador NO propone fórmulas de solución.	Se busca un acuerdo mutuamente satisfactorio. El conciliador Si propone fórmulas de solución.	Se busca a veces decisiones de principios basadas en opiniones fundamentadas. A	Se busca una decisión de principios basadas en opiniones fundamentadas.

				veces se busca una solución a medias (equidad).	
Privado/Público	Privado	Privado, salvo que se realice dentro de un proceso.	Privado, salvo que se realice dentro de un proceso.	Privado, salvo se pida la nulidad del fallo.	Público
Control del proceso	Por las partes	Partes y tercero.	Partes y tercero.	Tercero más que las partes.	Tercero.

Cuadro comparativo de los MARCs tomado como referente al proceso judicial

2.3. Antecedentes Históricos de la Conciliación en el Perú:

Los antecedentes de la administración de justicia en el Perú nos hablan de la labor que realizaban los alcaldes de cada pueblo, a quienes los vecinos de la comunidad recurrían para la solución de los problemas. Estos no ejercían una función estrictamente conciliadora, todo lo contrario, podíamos catalogarla de heterocompositiva, porque a través del llamado juicio conciliatorio, decidían el conflicto tomando como fundamento la lógica del hombre, que sólo aspiraba al bienestar de los hombres de su comunidad¹⁸. Luego de la independencia del Perú, en octubre de 1821, se creó la Alta Cámara, hoy Corte Suprema de la República y los Juzgados de Paz. En nuestro país la función ejercida por el juez de paz, adquiere cierta autonomía institucional a partir de la Constitución de 1823, debido a que el alcalde no puede atender las funciones de juez de paz por su gran envergadura, nombrándose jueces de paz en base a criterios de número de habitantes por población¹⁹. Ante este panorama, el Perú republicano inició la redacción de diversos cuerpos legales que regularan el nuevo Estado, contemplando dentro de este nuevo orden la figura de la Conciliación. La Constitución de 1823 establecía en su art. 120 que "no podrá

¹⁸ DE RIVACOVA Y RIBACOBÁ. **Hacia una nueva Concepción de la Pena**. Lima, Grijey, 1995.

¹⁹ DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, **Teoría General del Proceso, Tomo I**, Editorial Universidad S.R.L 1999.

entablarse demanda civil alguna, sin haberse intentado la conciliación ante el Juez de Paz". La Constitución de 1826 en su art. 112 señalaba que "habrá Jueces de Paz en cada pueblo para las conciliaciones; no debiendo admitir demanda civil alguna, o criminal de injurias, sin este previo requisito". La Constitución de 1828 en su art. 120 ordenaba que "en cada pueblo habrá Jueces de Paz, para las conciliaciones, sin cuyo requisito, o es haberla intentado, no se admitirá demanda alguna civil o criminal por injurias, salvo las acciones fiscales y demás que exceptúe la ley". Posteriormente, el Código de Procedimientos Judiciales de Santa Cruz de 1836, reguló a la Conciliación como un acto previo a la demanda ante un Juez de letras²⁰. Transcurrido el tiempo, el Código de Enjuiciamientos Civiles en 1851 continuó con la posición asumida en el Código de Santa Cruz, esto es, que la conciliación precedía a toda demanda que le correspondía un juicio escrito²¹. En el pasado siglo XX, las Constituciones de 1920, 1933, 1979 y 1993, no establecieron la conciliación como medio alternativo de resolución de conflictos que sí consagraban las Constituciones en la primera etapa del siglo anterior. Dejó así de ser un requisito de procedibilidad la conciliación, sin embargo normas de inferior jerarquía legislaron sobre la materia. El Código de Procedimientos Civiles de 1912 derogó el sistema de conciliación prejudicial quedando así solo como facultad jurisdiccional de los jueces civiles o laborales; en ninguno de sus capítulos se hizo mención a la conciliación, de tal forma que ésta quedó solo legislada en el mencionado reglamento de los jueces de paz de 1854 en su artículo 42. El Código Procesal Civil de 1992, introdujo la conciliación obligatoria en los procedimientos dentro del proceso civil, estableciéndola en los procesos de conocimiento, abreviado y sumarísimo, en los que se estableció la audiencia de conciliación como acto procesal obligatorio.

La Ley de Conciliación Extrajudicial N° 26872 establece nuevamente la conciliación prejudicial obligatoria como medio alternativo de resolución de conflictos y como requisito de procedibilidad. En síntesis consideran los

²⁰ ESSER, Albin. **De los delitos y de las Víctimas**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992

²¹ FISCALIA DE LA NACION. Circular. N° 006-95-MP-FN : El Principio de Oportunidad, aprobada por Res. N° 1072-95-MP-FN. 16/11/95.

autores²² que la conciliación en el Perú ha atravesado históricamente por cuatro etapas:

- 1.-La conciliación extrajudicial obligatoria ante los Alcaldes en el periodo comprendido entre los años 1812 a 1834.
- 2.-Conciliación extrajudicial facultativa ante los Jueces de Paz en el periodo de 1834 a la fecha.
- 3.-Conciliación judicial en los juzgados civiles a partir de la promulgación del Código Procesal Civil de 1992.
- 4.-Conciliación extrajudicial obligatoria en los centros de conciliación extrajudicial a partir del año 2000.

En consecuencia, desde la promulgación de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, podemos hablar en el Perú de la Conciliación Pre Judicial o Pre Procesal y de la Conciliación Judicial conforme a lo regulado en el Código Procesal Civil, Art. 323, el cual establece que las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia.

Podemos concluir que la conciliación como mecanismo procesal para la solución de conflictos en el Perú, no es una institución nueva, sino que su existencia data de muchos años atrás, tal como lo hemos analizado en este punto.

2.3.1 Tipos de Conciliación y normatividad legal en el Perú

Como bien lo establece Ormachea una de las principales clasificaciones de la conciliación es la que toma en cuenta el ente que la conduce. La conciliación judicial está a cargo de un magistrado, la administrativa la realiza un funcionario de la administración pública, la privada la ejecuta un tercero

²² GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. **La Reparación Civil en el Proceso Penal**, IDEMSA, Lima, 1999.

particular, la del Ministerio Público queda a cargo del fiscal respectivo, la comunitaria está bajo la dirección de las autoridades de las comunidades nativas o campesinas y la arbitral a cargo de árbitros o terceros dentro del procedimiento arbitral.

A continuación mediante un cuadro tomado de la obra del mencionado autor, quedan claramente establecidos los tipos de conciliación en el Perú tomando como base la normatividad legal existente:

Administrativa	<p>INDECOPI</p> <ul style="list-style-type: none"> • D. Legal. 807. • D. Legal. 882 Derechos de Autor. • D. Legal. 823 Signos Distintivos. <p>OSIPTTEL</p> <ul style="list-style-type: none"> • Res. 001-95 CD/OSITPTEL • Res. 023-97 CD/OSIPTTEL <p>SUNASS</p> <p>Res. Superintendencia 765-99/SUNASS Ministerio de Trabajo y Previsión Social</p> <ul style="list-style-type: none"> • D. Ley. 25593 Negociación Colectiva. • D. Leg. 728 Cese Colectivo. • D. Sup. 002-96 TR Servicio gratuito de orientación legal en materia laboral.
Del Ministerio Público.	<ul style="list-style-type: none"> • Principio de Oportunidad (Art. 2º CPP) • Violencia Familiar Ley 26260 y Rglmto.
Comunitaria.	<ul style="list-style-type: none"> • Comunidades Nativas y Campesinas con sus Rondas Campesinas. Art. 149º Constitución.
Privada.	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Conciliación 26872 y Rglmto. • Código Procesal del Trabajo Art. 103º • Defensoría del Niño y del Adolescente, Art. 45 y ss. Del CNA, ley 27007 y Rglmto. • Centros de Asesoría Jurídica Gratuita, Comisarías de Mujeres, Servicios Asistenciales de las ONGs entre otros.
Arbitral.	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 26572

Como se puede apreciar, de los diferentes tipos de conciliación señalados anteriormente, podemos destacar para los fines de esta tesis, la conciliación efectuada ante el Ministerio Público y específicamente ante el Fiscal. A su vez, la conciliación prevista por intermedio del principio de oportunidad, de escaso conocimiento y difusión por los operadores del derecho y la ciudadanía en general, merecerá un estudio pormenorizado en el siguiente Capítulo III.

2.3.2 Conciliación Judicial y Extrajudicial en el Perú

A mayor abundamiento podemos decir, que en el caso de la conciliación judicial, esta figura fue impuesta en nuestro país, en materia civil, como una etapa obligatoria dentro del proceso. Así el Código Procesal Civil establece que luego de la etapa postulatoria (demanda - contestación), y una vez saneado el proceso, el juez fija día y hora para la audiencia de conciliación.

Conforme lo establece el artículo 469º del C.P.C., la audiencia tiene por finalidad propiciar la conciliación entre las partes, a través del juez, quien luego de escuchar las razones, propone una formula de conciliación. Sin embargo, aún cuando la institución de la conciliación está prevista en el Código Procesal Civil, sólo se ha considerado dentro de un proceso judicial, no habiéndose logrado los resultados que se esperaban.

El obstáculo para que se desarrolle dicha institución dentro del proceso radica en que los magistrados, que son los encargados de estudiar las diferencias entre los litigantes y proponer en dicha audiencia alternativas de solución al conflicto, no disponen del tiempo ni de la capacitación en técnicas de negociación necesaria para lograr que se concilien las diferencias. Queda entonces la alternativa de que la conciliación sea procurada por instituciones ajenas al Poder Judicial.

Ahora bien, en torno a la Conciliación Extrajudicial, doctrinariamente existen posiciones contrapuestas en relación al sujeto encargado de propiciar la conciliación. Así, algunos autores han negado al Estado dicha facultad en las

controversias surgidas entre intereses privados, aduciendo que la conciliación sólo interesa a las partes.

Otros autores refieren que el Estado, como ente encargado de la función jurisdiccional por antonomasia, tiene un interés mayor en que las controversias se solucionen sin necesidad de ocasionar mayor desgaste y carga al sistema jurisdiccional y, por lo mismo, debe estar facultado para procurar la conciliación.

Cualquiera de las dos posiciones nos llevan a la conclusión de que la conciliación, sea procurada por el Estado, dentro de un proceso judicial, o por particulares bajo supervisión del mismo, es necesaria y conveniente para el país.

Claro está que de existir instituciones privadas investidas de facultades conciliadoras, éste medio alternativo de solución de conflictos se llevará a cabo con mayor eficacia.

Las ventajas que ofrece en relación a los procesos judiciales, en cuanto a duración, eficiencia, fácil acceso, satisfacción de ambas partes, mayor flexibilidad y otros beneficios adicionales, como la descarga de los despachos judiciales, sin duda harán que por fin dicha institución prospere.

A continuación efectuamos una síntesis de las principales diferencias entre la Conciliación Judicial y la Extrajudicial en nuestro país:

1.-La Conciliación Judicial (CJ) está a cargo del juez. La Conciliación Extrajudicial (CE) la realiza el conciliador extrajudicial en el Centro de Conciliación y alternativamente el juez de paz letrado o el juez de paz (artículo 60º del Reglamento).

2.-En la Conciliación Extrajudicial, las partes pueden conciliar extrajudicialmente en el momento en que así lo decidan. En la Conciliación Judicial (art. 323º del C.P.C.) se puede hacer en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia.

3.-La Conciliación Extrajudicial es solicitada únicamente por las partes, mientras que la Conciliación Judicial puede ocurrir ante el juez del proceso, en la Audiencia convocada de oficio o cuando es solicitada por las partes (art. 324º del C.P.C.).

4.-La Conciliación Judicial se realiza en los despachos judiciales. La Conciliación Extrajudicial, en un Centro de Conciliación autorizado o ante el juez de paz letrado.

5.-La Conciliación Judicial es una fase o etapa del proceso judicial, llamada Audiencia de Conciliación. La Conciliación Extrajudicial es un procedimiento autónomo, previo o paralelo al proceso judicial.

6.-La responsabilidad disciplinaria del juez en el proceso judicial se circunscribe a las normas del Código Procesal Civil y Ley Orgánica del Poder Judicial. La responsabilidad de los conciliadores por el Reglamento de Sanciones a Conciliadores y Centros de Conciliación (Resolución Ministerial N° 174-98-JUS).

7.-Las partes pueden asistir a la Audiencia de Conciliación Judicial, personalmente, acompañados de sus abogados o a través de un representante o apoderado. En la Conciliación Extrajudicial, no es necesario que las partes acudan con sus abogados, excepcionalmente se contempla la asistencia de apoderados.

8.-En la Conciliación Judicial, El juez concilia sobre la materia señalada en la demanda o reconvención, mientras que en la Conciliación Extrajudicial se puede resolver también las controversias identificadas posteriormente.

9.-En la Conciliación Judicial, el juez está obligado a proponer una fórmula conciliatoria. En la Conciliación Extrajudicial, el conciliador está facultado (no obligado) a proponer las fórmulas conciliatorias que considere convenientes.

10.-En la Conciliación Judicial, si las partes no llegan a un acuerdo, el juez señala la fórmula conciliatoria y la parte que no prestó su conformidad. En la

Conciliación Extrajudicial, el acta no puede registrar las propuestas de las partes, basta con señalar los acuerdos o la situación objetiva que impidió el logro de los acuerdos (art. 16 de la Ley de Conciliación y 24 del Rglmto).

11.-La Conciliación Judicial, obliga al juez a multar al renuente luego de realizar un análisis comparativo entre su sentencia y la fórmula conciliatoria rechazada (art. 326º C.P.C.). En la Conciliación Extrajudicial no se contempla esta figura.

12.-En la Conciliación Judicial (art. 325º C.P.C.), la verificación de la legalidad de los acuerdos conciliatorios recae en el juez. En la Conciliación Extrajudicial, la realiza el abogado adscrito al Centro de Conciliación, salvo que el conciliador sea un abogado colegiado.

2.3.3 Materias conciliables

Tal como lo establece la vigente Ley de Conciliación, éstas se encuentran reguladas en el art. 9²³ de la Ley y en el art. 7 del Reglamento, estableciéndose que son materias conciliables por las partes las pretensiones determinadas o determinables, que versen sobre derechos disponibles.

En ese entender, podemos mencionar en el ámbito civil a manera de ejemplo las controversias jurídicas que vienen siendo sometidas al procedimiento conciliatorio previo, como requisito de admisibilidad antes de recurrir a la vía jurisdiccional:

- Desalojos.
- Otorgamiento de Escritura Pública.
- Interdictos.
- Obligación de Dar Suma de Dinero, de Hacer y No Hacer.
- Convocatoria a Junta o Asamblea.
- Indemnización.

²³ GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho Procesal Penal, Editorial Colex 1989.

- División y Partición de Bienes.
- Resolución de Contrato.
- Rescisión de Contrato.
- Incumplimiento de Contrato.
- Rectificación de Areas o Linderos.
- Reivindicación.
- Retracto.
- Mejor Derecho de Propiedad.
- Ofrecimiento de Pago.
- Problemas vecinales.
- Cualquier otro conflicto que trate sobre derechos disponibles.

Por su parte, en el ámbito del derecho de familia son asuntos conciliables:

- Alimentos.
- Régimen de Visitas.
- Violencia Familiar.

Igualmente en el derecho penal son conciliables:

- La cuantía de la reparación civil, derivada de la comisión de delitos, en cuanto no haya sido fijada por resolución judicial firme.

A su vez en el derecho laboral serán conciliables:

- Los derechos laborales disponibles, no así aquellos que por su naturaleza son irrenunciables.

Cabe precisar que el art. 6 de la Ley y el 7 del Reglamento, establecen la conciliación prejudicial como requisito obligatorio de procedibilidad, disponiendo asimismo los casos que serán objeto de conciliación facultativa:

- Cuando la parte emplazada domicilia en el extranjero.
- En los procesos cautelares, de ejecución y de garantías constitucionales.
- Cuando se ha convenido que el conflicto se resuelva mediante arbitraje.

Es pertinente precisar que la función del conciliador no es jurisdiccional, éste se limita a inducir y facilitar el acuerdo, no resuelve la controversia, sino propicia su solución; es más, no emite decisiones de derecho.

El conciliador no impone fórmulas, no dicta medidas coercitivas ante determinadas actitudes de las partes, en suma no tiene ninguna de las facultades inherentes a la actividad jurisdiccional. El pretender asumir que las actas constituyen documentos jurisdiccionales por el hecho de que pueden ser ejecutadas por la vía de un procedimiento de ejecución de resoluciones judiciales, es desconocer lo estipulado por el artículo 713º del Código Procesal Civil que establece que constituyen títulos de ejecución las resoluciones judiciales firmes, los laudos arbitrales y los que señale la ley.

Es imposible, entonces, que exista un fuero sin actividad jurisdiccional, sin personas que emitan decisiones de derecho, sin "notio" (facultad de conocer en todos los asuntos atribuidos a los órganos judiciales), sin "vocatio" (facultad de citar a las partes para comparecer bajo apercibimiento), sin "jus coercio" (facultad de castigar con penas leves el desacato), sin "jus executio" (facultad de ejecutar sus sentencias), sin "jus imperium" (facultad de mandar).

En consecuencia al no constituir actividad jurisdiccional la desarrollada por los conciliadores, no puede de ninguna manera interpretarse la función conciliadora privada como constitutiva de un fuero. Los jueces emiten sentencias, los árbitros laudos, los conciliadores no emiten decisión alguna.

Los conflictos entre las personas siempre han existido, nacen con la propia naturaleza de la humanidad. Los seres humanos viven, nacen y mueren participando en ellos. Desde la propia célula de la sociedad, la familia, entre los padres, hijos, hermanos, amigos, conocidos, extraños, nace casi en forma permanente todo tipo de conflictos.

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

Su aplicación es exitosa en varios ámbitos comerciales, familiares, institucionales o comunales, al generar interacciones entre las partes que promueven la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables.

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

“La conciliación extrajudicial como institución consensual y propiciadora de una cultura de paz, tiene también como finalidad subyacente descongestionar los despachos judiciales de la excesiva carga procesal actual, por lo que ha venido ampliando su campo de acción desplazándose del primigenio ámbito civil hacia materias como la laboral y penal en cuanto a la reparación civil.”²⁴

²⁴ Albin, Eser. Temas de Derecho Penal y Procesal Penal. Editorial Idemsa. 1995.

2.3.3.1 Principios

Como ya se señaló en este trabajo, la oralidad es el instrumento adoptado por la ley procesal guatemalteca para que el juicio acceda a las exigencias propias de un sistema republicano de gobierno. Si tras la idea republicana se halla la idea de publicidad, participación y control de los actos de poder, la oralidad se torna en el medio más racional para promover y proteger dichos principios.

En la nueva ley procesal, la oralidad se constituye en la vía que garantiza más efectivamente la publicidad de la actividad jurisdiccional, publicidad indispensable para que esta cumpla con su función, al menos en dos planos: el primero, que los fallos sean percibidos como una resolución pacífica de los conflictos dentro del seno de la sociedad y, cuando sea el caso, produzcan efectos preventivos generales; y el segundo, que la publicidad respalde las decisiones y efectos de los fallos en que se vean involucrados miembros de cualquiera de los organismos estatales, de manera tal que los jueces, en forma individual y como organismo del Estado, cumplan con su objetivo de control y contrapeso del poder estatal, poder en el que su presencia, hasta hoy, ha sido casi inexistente.

La oralidad tiene, además, una relación necesaria con los principios de inmediación, concentración y con la personalísima actividad de juzgar.

La inmediación se establece como circunstancia necesaria para que la información obtenida en el juicio sea conocida por todos los involucrados directamente en este y, en especial, por los juzgadores, quienes al final decidirán en último término el conflicto motivo de debate.

Atendiendo a lo anterior, el Código Procesal Penal vigente incluye normas como las contenidas en el Artículo 354 que ordena realizar el debate con la presencia ininterrumpida de los jueces, del querellante, del acusado, del defensor y de las demás partes o representantes; o la contenida en el Artículo 360, que manda la suspensión del debate en los casos de incomparecencia de testigos, peritos o intérpretes irremplazables; o por la enfermedad grave de un juez, el acusado, el defensor, o el fiscal.

La concentración de los actos procesales también es un principio que debe adquirir protagonismo dentro del debate o juicio, con el objeto de, reducir en lo posible el tiempo de duración del procedimiento y lograr que la información útil al fallo judicial se concentre en un reducido lapso. Esto sólo se puede lograr con fluidez comunicativa, la cual es posible únicamente a través de la oralidad. Esta norma se lleva a tal grado que, si un debate es suspendido por más de 10 días, debe iniciarse nuevamente (Artículo 361 del Código Procesal Penal).

La conciliación como forma “natural” de resolución de conflictos por las personas, fue adoptada en distintas épocas por muchas civilizaciones, “existen registros que dan cuenta que éste método ha sido aplicado en varios países entre ellos, China, Japón, y algunas culturas del África. También en el Beth Din Judío, integrado por un grupo de rabinos que actúan como mediadores. También hasta en el propio Nuevo Testamento, existe una mención de ella, (Corintio 6:1-4), en donde Pablo recomienda a la congregación, que no resuelvan los conflictos ante los Tribunales sino que lo efectuaran mediante el nombramiento de personas de la comunidad para lograr así la conciliación”²⁵. No nos debemos olvidar que el derecho internacional público adoptó la mediación como la forma principal de solucionar

²⁵ ROMERO N., Santiago R., **Características generales de la mediación penal**, pág. 111.

conflictos entre estados y siempre es la primera vía que se intenta ante un litigio y sólo si ella fracasa sobreviene el conflicto armado.

En el ordenamiento procesal penal derogado, existía la figura del juez instructor, delineada con todos los matices del sistema inquisitivo, es decir, que investigaba los delitos y protegía los derechos del imputado, fines que, como ya se señaló, no cumplía con eficiencia. Además, esta modalidad era inconstitucional, ya que la Constitución claramente prescribe que los jueces son los encargados de "juzgar y promover la ejecución de lo juzgado". Por demás, el investigar era una función que salía de su esfera.

La decisión de confiar al ministerio fiscal la función investigativa intenta, en parte, resolver esta contradicción. También trata de situar a los jueces en la actividad que les corresponde: juzgar y decidir sobre las situaciones que el proceso presente, especialmente en las que estén en juego los derechos y garantías del justiciable. Por eso, el juez está separado de la actividad investigativa, para que proteja con eficiencia los derechos y garantías y decida con imparcialidad; así, el juez mismo se convierte en una garantía del control de la legalidad del proceso

El juez también es garante de la libertad y la dignidad personal, al decidir sobre la coerción del imputado; y es garante del principio de legalidad procesal, al ser en definitiva quien decide sobre la aplicación del principio de oportunidad, de suspensión de acciones, de sobreseimientos y, en general, de todos los hechos que deban ser resueltos con el poder de la jurisdicción.

2.4 El Conflicto.

2.4.1. Teoría del Conflicto.

El estudio del conflicto es central para la comprensión de las relaciones interpersonales, grupales, organizacionales, internacionales, así como de la estructura social y cultural presentes en un lugar y tiempo determinados.

“El conflicto es un fenómeno natural, inherente a la condición del ser humano y se presenta en todos los tipos de relaciones, así como en sus diferentes niveles: el interpersonal y el intrapersonal”²⁶. Dado que entre los diferentes tipos y niveles de conflicto existe una dinámica y unas características que son comunes a todos ellos, es pertinente entonces, realizar un análisis conjunto y comparativo de ellos. Las personas se involucran en conflictos porque sus intereses o valores son confrontados, o porque sus necesidades están insatisfechas.

En opinión de Marianella Ledesma²⁷ desde que el hombre comenzó a vivir en sociedad, el conflicto ha coexistido con él, como respuesta a la limitación de recursos, a la insatisfacción de necesidades, a la defensa de valores y a equivocadas percepciones, fruto de una deficiente comunicación. A su criterio, podemos decir de manera genérica que el conflicto de incompatibilidad entre dos partes, es una interacción en la que prima el antagonismo. En ese sentido, citando a Folberg y Taylor²⁸ señala que definen al conflicto como un conjunto de propósitos, métodos o conductas divergentes. Igualmente Boulding determina que el conflicto es una situación de competencia en que cada una de las partes, conscientemente desea ocupar una posición que es incompatible con los deseos de la otra. Según Pruitt y Rubbin²⁹ es la divergencia percibida de intereses o creencias que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas

²⁶ ALFARO PINILLOS, Roberto. **Compendio práctico de Derecho Procesal Peruano. Serie Derecho Empresarial**, San Marcos. Lima 2000, Instituto Cesare Beccaria. Código Penal. Código Procesal Penal. Código de Ejecución Penal. Editorial Jurídica. Grijley, Lima. 1,991.

²⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. **Derecho Penal**. Editorial Harla. México. 1993.

²⁸ ARAGONESES, Alonso. **Instituciones del Derecho Procesal Penal**. Gráficas Mesbard. Madrid. 1,997.

²⁹ ARMENTA DEU, Teresa. **Principio Acusatorio y Derecho Penal**. Editorial JM Bosch. Barcelona. 1,995.

simultáneamente. Finalmente Boardman y Horowitz³⁰ , definen al conflicto como una incompatibilidad de conductas, cogniciones y/o afectos entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social. De todas las definiciones propuestas la autora concluye en que hay una idea común a todas ellas: el conflicto está presente cada vez que ocurren actividades incompatibles. Coincide la autora con el criterio de que el conflicto se produce a todos los niveles del comportamiento humano y puede ser intrapersonal, o sea aquel que ocurre al interior del individuo e interpersonal, cuando surge entre individuos o grupos de éstos. Ellos no son excluyentes sino que pueden ocurrir de manera simultánea, y no sólo operar en un único nivel. Conflicto entonces, es la percepción que tienen dos o más personas, o grupos o naciones, de una incompatibilidad de sus acciones u objetivos la cual les genera tensión. Esta percepción puede ser precisa o imprecisa pero las personas en conflicto sienten que la ganancia de uno es la pérdida del otro. De manera que conflicto significa involucramiento, compromiso y preocupación. En tal sentido si es comprendido y reconocido puede estimular el mejoramiento y la renovación de las relaciones humanas. Sin conflicto, las personas rara vez enfrentan y resuelven sus problemas. Una relación sin conflicto resulta apática. Mientras existan los seres humanos los conflictos continuarán, siendo el conflicto un elemento necesario de la interrelación humana que estimulan la creatividad y el desarrollo. Sin las diferencias en lo que queremos, en lo que valoramos, en como vemos el mundo, sería casi imposible el cambio. Lo importante no es si existen o no las diferencias, sino como se manejan³¹. Es por ello, que en el campo de la conciliación entendemos la resolución de conflictos como una manera pacífica, respetuosa y mutuamente satisfactoria de solucionar o al menos, reducir significativamente, en forma permanente, dichos conflictos. Se puede poner fin a un conflicto mediante la guerra o la violencia, ya sea destruyendo al oponente o logrando su capitulación. También es posible eliminarlo, temporalmente, por medio de engaños o promesas fraudulentas. Sin embargo, estos métodos no concluyen eficazmente con el conflicto, por el contrario, este permanece

³⁰ BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la Teoría del Delito**, Buenos Aires, Astrea, 1,978.

³¹ ARMENTA DEU, Teresa. **Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad**, España y Alemania. Barcelona. Ed. PPU. 1ª. Edición. 1,991.

latente, dispuesto a explotar con mayor fuerza a la menor oportunidad. Las investigaciones en este campo demuestran que la posibilidad de resolver un conflicto varía en su grado de dificultad según el tipo de conflicto, habiéndose comprobado que los conflictos de interés son, por lo general, más sencillos de resolver, mientras que los que se refieren a valores presentan un mayor grado de dificultad y los que involucran necesidades humanas básicas insatisfechas resultan los de mayor complejidad. Hay algunas necesidades humanas básicas que son especialmente pertinentes en los conflictos y su resolución, por ejemplo: las necesidades de reconocimiento, desarrollo, seguridad, identidad y libertad, entre otras. La presencia de un tercero neutral, el conciliador, puede ser de gran ayuda en la resolución de conflictos, particularmente cuando las partes se perciben unas a otras y a los temas sobre los cuales están disputando, de una manera tan sesgada y limitante, que les resulta imposible ver opciones que puedan resultar mutuamente beneficiosas y satisfactorias, aún teniendo el deseo real de resolver sus diferencias. Es en estos casos que la participación del conciliador puede ser clave, ya que por medio de su conocimiento, experiencia y dominio de las técnicas adecuadas, puede lograr que las partes consideren y vean alternativas que, sin su asistencia, no hubieran podido apreciar. Aún en los temas más complejos, el conciliador puede ayudar a las partes a entender qué es lo que los hace verse como enemigos. Qué dinámica, qué factores sociales, económicos y políticos, qué ideologías y creencias intervienen e influyen en su mutua percepción negativa. Es posible, entonces, que las partes puedan proyectar y canalizar sus emociones y energías negativas sobre las causas del conflicto (y no sobre la persona), trabajando en forma cooperativa con la finalidad de eliminar dichas causas. De lo expuesto se puede deducir que la conciliación, como medio para la resolución de conflictos, es realmente un campo multidisciplinario que amalgama el derecho con la psicología, la filosofía, las ciencias sociales y políticas, la antropología, etc. Y, es por ello, que resulta de vital importancia integrar el aporte que la óptica y los métodos de cada una de estas disciplinas puede proporcionar.

2.4.2. Fuentes del Conflicto.

Los conflictos pueden surgir de diversas fuentes conflictivas, generalmente éstas se combinan dando pie a la formación de un conflicto latente, el cual saldrá a la superficie gracias a algún evento precipitante que haga que el fenómeno se convierta en un conflicto manifiesto. Es importante determinar cuál es la fuente del conflicto en tanto que este factor influirá en la forma cómo se conducirá la audiencia de conciliación y exigirá ciertas estrategias del conciliador para buscar una eventual solución³² Entre estas fuentes del conflicto podemos identificar a las siguientes:

- Los hechos: el conflicto surge por un desacuerdo sobre lo que es. Es decir, las partes tienen una percepción distinta de la realidad (lo que es). Las fuentes principales del conflicto se encuentran en la parte cognitiva de los actores en conflicto, vale decir, en el juicio y las percepciones.
- Los recursos escasos: los conflictos basados en intereses provienen del desacuerdo sobre la distribución de ciertos recursos escasos. Es decir, la discusión se centra en quién obtendrá tal cosa o cuál beneficio cuando implícita o explícitamente se deba realizar la distribución de estos recursos escasos. La escasez no se da exclusivamente sobre bienes tangibles como el dinero, territorio, objetos o alimentos, sino también sobre recursos intangibles como el poder, status, imagen, etc.
- Las necesidades humanas básicas: Los desacuerdos sobre necesidades son desencuentros relacionados a que debe satisfacerse o respetarse para que cualquier persona o grupo social pueda desarrollarse plenamente. Nos referimos a necesidades tan vitales como el vestido, alimento, vivienda y a aquellas que sin ser tan obvias representan una necesidad de todo ser humano: respeto, seguridad, reconocimiento, autoestima, etc.
- Los valores: estos conflictos se basan en las diferencias en cuanto a lo que debería ser como factor determinante de una decisión de política, de

³² BAUMAN, Jurgén. **Derecho Procesal Penal. Traducción del Aleman por Conrado Finzi.** Buenos Aires. Ediciones De Palma. 1,986.

una relación o de alguna otra fuente de conflicto. Es decir, la fuente del conflicto proviene de aquellas creencias que determinan la posición de uno de los actores en conflicto; un principio o criterio rector que desea introducirse pero que no es tomado en cuenta o es rechazado por la contraparte. Por ejemplo: los abogados que cometan faltas a la ética profesional deben ser sancionados drásticamente, el uso de métodos anticonceptivos artificiales debe ser fomentado por el Estado, sólo los miembros de un grupo étnico pueden aspirar a puestos dentro del aparato político, etc.

- La relación: la situación conflictiva proviene del estilo de interacción reinante entre los actores en conflicto, la calidad de comunicación que mantienen, las emociones o percepciones que poseen el uno del otro. Generalmente el tipo de relación es accidentada, las emociones y percepciones mutuas son negativas o equívocas, lo cual facilita el surgimiento de desacuerdos y conflictos.
- La estructura: el conflicto surge por el modo cómo se ha conformado la estructura dentro de la cual interactúan los actores en conflicto, lo cual fomenta desigualdad, asimetría de poderes, falta de equidad y eventualmente opresión. Por ejemplo: la estructura de una familia fomenta conflictos por el mayor poder que tiene uno de los cónyuges sobre el otro, la conformación de una sociedad determinada promueve la concentración de la riqueza (dinero, tierra, medios de producción, etc.) en pocas manos, entre otros.

En el mismo sentido, Ledesma³³ considera que sea cual fuere la explicación que encontremos sobre los orígenes del conflicto, se podría decir que estos se producen a causa de diferencias sobre recursos, necesidades o valores entre individuos o grupos. Refiere que cuando Ross Stanger³⁴ explicaba que el conflicto es la situación en la que dos o más seres humanos desean objetos que pueden ser obtenidos por uno o por otro pero no por ambas partes,

³³ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. Ignacio. **Temas de Derecho Penal**. Lima. Cultural Cuzco. Editores. 1,993.

³⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Barcelona Bosh. 1,973.

incorporaba en su apreciación sobre los orígenes del conflicto a la escasez de recursos, por ello, decía que si los objetivos fuesen considerados asequibles para todos no se daría el conflicto. Concluyendo este punto, puede afirmarse que no hay nada más frecuente, quizás, que el conflicto. Como conciliadores, el conflicto puede ser considerado, desde un punto de vista constructivo, como el resultado de³⁵ :

- Diversidad de perspectivas
- Diferentes sistemas de valores y creencias
- Distintos objetivos e intereses

En efecto, lidiar con el conflicto requiere de una adecuada expresión y manejo de las diversas perspectivas, sistemas de valores y creencias e intereses de las partes. Es esencial encontrar a las partes exactamente donde ellos están. Escucharlos intensa, completa y activamente antes de intentar guiarlos a ningún lado. No es posible encaminarse efectivamente hacia la resolución del conflicto hasta que cada una de las partes haya realmente experimentado la sensación de haber sido escuchado en "su perspectiva", entendido "lo que quiere" y "por que".

2.4.3. Elementos del Conflicto.

El conflicto está compuesto por tres elementos:

2.4.3.1. Situación conflictiva: es aquella en la cual los intereses de las partes no son coincidentes pero sí interdependientes. Es decir, existen entre las partes en conflicto objetivos incompatibles. En una situación conflictiva podemos encontrar: -Partes primarias o secundarias. -Terceros o intermediarios.

-Objetivos que se manifiestan generalmente en posiciones.-Asuntos conflictivos (problemas).-Intereses, necesidades y valores.

2.4.3.2. Actitudes Conflictivas: Las personas involucradas en un conflicto tienen temores, dudas, insatisfacciones y posiciones e intereses percibidos como

³⁵ Ob. Cit.

contrapuestos. Es decir, que el conflicto y la actuación de las partes reconocen cierta carga psicológica, la que se manifiesta en tres aspectos básicos:

- Percepción: cada una de las personas aprecia la realidad de diferente manera, lo que a menudo genera problemas; es por ello que en una situación conflictiva las partes desarrollan una serie de procesos que distorsionan la imagen de la contraparte o la realidad y asumen posiciones de víctimas frente a la otra. Así en el desarrollo de una audiencia conciliatoria las partes traen consigo un conjunto de percepciones, prejuicios y premisas. Cada una de las partes a menudo piensa:
- -Que tienen la razón (reforzamiento) -Que la otra parte es su enemiga - Que esta siendo víctima de la otra parte (victimización) -Que sus actos son razonables (racionalización) -Que la otra parte no vale nada (dehumanización) -Que la otra parte es siempre así (generalización)

El conciliador debe comprender como piensa y aprecia las cosas cada una de las partes. Será determinante descubrir la manera como ven la realidad ya que de ello dependerá cómo la interpretan³⁶.

- Emoción: las emociones son fuertes condicionantes de las acciones y actitudes, son una variante constante en una situación de conflicto. Es evidente que la carga emotiva de los conflictos produce un agravamiento hacia una confrontación cada vez más hostil. En una audiencia de conciliación las partes vienen generalmente con una carga emotiva o afectiva producto de una historia conflictiva intrincada. Las emociones deben de ser manejadas primero, antes que cualquier otro asunto.
- Comunicación: una comunicación defectuosa produce peligrosos malos entendidos. Debido a que las partes tienden a ver las cosas desde sus propias perspectivas y, además, quieren manifestar sus sentimientos y puntos de vista tratando de convencer al otro o imponiéndose para que sus argumentos sean aceptados, los conflictos suelen entraparse, por

³⁶ BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal**. Edit. Bosch. Barcelona. 1,997.

ello, depende del conciliador hacer de la audiencia un proceso de comunicación fluida y productiva, que evite posiciones absolutas, facilitando la creación de un clima favorable para superar las diferencias.

2.4.3.3 Comportamientos conflictivos: las personas frente a un conflicto pueden asumir diferentes comportamientos y muchas veces negativos. Son las acciones llevadas a cabo por una parte con el fin que la otra modifique o abandone sus objetivos. Las actitudes de las personas protagonistas del conflicto, sus estilos, estrategias y tácticas han sido objeto de numerosos estudios en el campo de la psicología, habiéndose determinado que existe un modelo de comportamiento, basado en cinco patrones:

- Competir, imponer o forzar (consiste en persuadir al otro para que acepte su solución, amenazarlo, imponer sanciones, etc. mantenemos una posición firme hasta lograr un ganador - perdedor).
- Inacción, (evitar la acción, retirarse; se decide no hacer nada, pues no se desea satisfacer sus intereses ni que la otra parte satisfaga los suyos; aparentemente vivimos en un clima de tranquilidad, pero existe un conflicto latente). Acceder, ceder, acomodar (es decir, que una de las partes es condescendiente con la otra y desea satisfacer sus intereses sin tener en cuenta los propios, puede producirse por razones desinteresadas y altruistas o por razones instrumentales, se accede para obtener un beneficio posterior)
- Transigir, convenir, negociar (busca un punto medio en la satisfacción de los intereses, es decir, por lo menos una parte de los intereses y necesidades de ambos serán atendidas).
- Resolver (el comportamiento es colaborativo entre las partes a fin de buscar una solución que satisfaga al máximo sus intereses, se obtiene un ganador - ganador).

Estos comportamientos se manifiestan en un sentido bidireccional, según sean las perspectivas de una u otra parte, pueden buscar satisfacer sus

intereses únicamente o que la satisfaga la otra parte, que ninguno los satisfaga o que ambas los satisfagan.

2.4.3.4. Formas de solución de conflictos

Al respecto, Ormachea³⁷ señala que cuando dos o más actores en conflicto deciden actuar para dar una solución a la relación conflictiva, pueden optar por cualquiera de las siguientes tres formas de solución de conflictos o a la combinación de cualquiera de ellas:

Formas	Ventajas	Desventajas
Poder	Se toman decisiones rápidas.	Proclividad a la reacción. Escalada del conflicto.
Normas	Son criterios objetivos.	Son criterios que requieren interpretación
Intereses	Satisfacen a las partes	Requiere trabajo para identificarlos y articularlos.

En primer lugar, los conflictos pueden solucionarse a través del poder. Es la solución más rápida en tanto basta con una decisión unilateral impuesta sobre la contraparte. El riesgo mayor, sin embargo, es una respuesta que se enfrente a aquella acción unilateral y genere mayor tensión entre las partes. Finalmente, las partes podrían verse involucradas en el espiral del conflicto debido a la relación destructiva a causa de la acción - reacción de la otra parte.

La solución basada en la aplicación de criterios normativos en general, no sólo la ley o el derecho, sino la costumbre, los criterios morales, los estándares de conducta, etc. tienen la ventaja de ser criterios objetivos pre-existentes al conflicto que podrían aplicarse para dirimir el caso, aún así en no pocas oportunidades requerirán de interpretación lo cual podría devenir en un debate sobre la verdadera o más justa aplicación del criterio normativo.

Las soluciones basadas en la satisfacción de los intereses y necesidades de los actores en conflicto tienden a ser más favorables para ambas partes - a

³⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal. Bogotá, Themis, 1,986.

diferencia de lo que sucede con los otros dos criterios - y por tanto fomentan el cumplimiento de los acuerdos. A pesar de estos beneficios, las soluciones basadas en intereses requieren tiempo, conocimiento y habilidades para identificar y articular los intereses de los actores en conflicto.

Finalmente, resulta muy fácil entender las diferencias entre estas tres formas de solución de conflictos si comparamos el manejo de un mismo conflicto por la vía del poder, la aplicación de un criterio normativo o la solución basada en intereses.

Puede añadirse a lo expuesto lo indicado por Ledesma³⁸, quien establece que otros estudiosos del tema, como los procesalistas, también han abordado la solución del conflicto bajo las siguientes denominaciones: la autodefensa, la autocomposición y la heterocomposición.

- La autodefensa: los conflictos son solucionados por la acción directa de las partes. Este sistema es un medio parcial porque se es juez y parte a la vez; responde a la forma primitiva que ha tenido el hombre de solucionar sus conflictos, guiado muchas veces, por sus instintos de venganza y de supervivencia.
- La autocomposición: es otro sistema de solución de conflictos, donde sólo la voluntad de las partes involucradas en él va a ser lo único que ponga fin a tal antagonismo. Esa voluntad puede ser unilateral, como el caso del allanamiento y el desistimiento o bilateral como la transacción y la conciliación. Alcalá Zamora califica a este sistema como un mecanismo altruista, pues, muchas veces las partes hacen renuncia a la magnitud de sus pretensiones en aras de lograr una solución porque lo que se busca es reconciliar los intereses de las partes. Este sí es un sistema lícito - a diferencia de la autodefensa - y puede operar previamente al proceso judicial, al interior y con posterioridad a éste. En estos dos últimos casos preceden a la acción civil dirigida.

³⁸ BUSTOS RAMIREZ, Juan y LARRAURI, Elena. **Victimología**, Barcelona, PPU. 1,993.

- La heterocomposición: tiene como característica esencial la terceridad, esto es, que una persona ajena a las partes va a decidir el conflicto, en ejercicio de la llamada potestad jurisdiccional. El tercero representativo de la heterocomposición es el juez, quien opera a través del proceso judicial. Las soluciones impuestas en las declaraciones jurisdiccionales generan cosa juzgada y responden a un procedimiento sistematizado, con formalidades y exigencias contenidas en las normas procesales. Si bien decimos que la terceridad es elemento característico del sistema heterocompositivo, también se observa ella en la autocomposición bilateral como la Conciliación o la mediación. El tercero en la Conciliación o mediación es un coordinador, acerca a las partes, facilita la comunicación entre ellos, propone soluciones, pero no va a decidir el conflicto sino las propias partes; en cambio el tercero del proceso judicial llamado juez, sí decide el conflicto porque ejerce la jurisdicción como uno de los poderes de la jurisdicción; por otro lado su posición frente a las partes es la de un supraordenador lo que le permite plantear relaciones verticales; en cambio el tercero en la Conciliación es un coordinar entre las partes y responde a una relación horizontal con éstas.

2.4.3.5. Medios alternativos de resolución de conflictos

Los denominados Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, más conocidos por la sigla MARCs, son procesos que guardan una característica y lógica diferente a la del proceso judicial. Los MARCs son herramientas que facilitan el tratamiento de conflictos adecuándose a las características que éstos poseen. Los MARCs no tienen por fin: -Desplazar o competir con el proceso judicial. -Convertirse en el único medio de solución de conflictos.

La tendencia que deberá observarse a largo plazo es llegar a ver los medios alternativos como Medios Apropriados para la Resolución de Conflictos, a través de los cuales el tercero identifique cuál es el procedimiento más idóneo a las características que posee cada conflicto. Es decir, el especialista, una vez haya recibido un caso, deberá determinar si éste guarda las características

necesarias para que sea canalizado a través de una conciliación, mediación, arbitraje, negociación, proceso judicial u otro proceso híbrido de resolución de conflictos.

Entre los tipos de MARCs denominados primarios por Ormachea³⁹ podemos encontrar a los siguientes:

- **Negociación:** forma de interrelación o medio de resolución de conflictos entre partes con el fin de llegar a un acuerdo o solución a un conflicto.
- **Mediación:** medio de solución de conflictos por el cual las partes llegan a un acuerdo consensual con la ayuda de un tercero.
- **Conciliación:** medio de solución consensual similar a la mediación, aunque el rol del tercero es más activo en tanto que éste puede proponer soluciones. Sin embargo, las propuestas del tercero no obligan a las partes a aceptarlas.
- **Arbitraje:** mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos por el que las partes acuerdan que un tercero particular resuelva sobre los méritos de los argumentos de las partes.

La interrelación de los medios primarios da lugar a MARCs secundarios como la mediación - arbitraje, el ombudsman o defensor del pueblo, el mini juicio, etc.

Otro punto de vista considera que la constante de procesos que llegan a los juzgados y no logran una solución pronta y satisfactoria ha contribuido a buscar soluciones alternativas a la intervención jurisdiccional en la solución de conflictos intersubjetivos, desarrollándose así conceptos como justicia no jurisdiccional, medios alternativos a la justicia del Estado, mecanismos de justicia alternativos al proceso judicial, entre otros. Su finalidad es aliviar la presión que en conjunto recae sobre la institución procesal, mediante la

³⁹ CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto, **Teoría General del Proceso y de la Prueba**. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

creación de otros medios de solución de conflictos, menos formales o solemnes⁴⁰.

Dentro de este sistema no jurisdiccional se ubica la Conciliación, como un proceso de gestión de conflictos, en el cual un tercero neutral, ajeno a la disputa e imparcial, ayuda a las partes a lograr una solución mutuamente aceptable, "a negociar un acuerdo", por ellos es válido decir que la conciliación es una negociación asistida, con una potencialidad transformadora en el modo de encarar o resolver conflictos. Entre los medios de solución de conflictos distintos de la Conciliación, la autora en análisis determina los siguientes: La negociación, la mediación, la transacción y el arbitraje. Las diferencias entre estos mecanismos alternativos de solución de conflictos y la conciliación, serán estudiadas con mayor detalle más adelante en el presente trabajo.

2.5 Procedencia del procedimiento de conciliación

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

Para que proceda la conciliación penal, se requiere que los delitos sean:

- De acción pública perseguible a instancia particular.
- De acción privada.

⁴⁰ CAFETZOGLUS, Alberto. **Derecho Procesal Penal**. Ediciones Hammurabi. Buenos Aires. 1,997.

- De los casos de procedencia del criterio de oportunidad con excepción del numeral 6º del Artículo 25 del Código Procesal Penal.
- De los de acción pública cuyo límite máximo de la pena no exceda de 5 años de prisión. (homicidio culposo, suposición de muerte, disparo con arma de fuego, rapto impropio, sustracción propia e impropia, etc.)

2.6 Sujetos del procedimiento de conciliación

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

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

Al fin y al cabo, es el mismo individuo quien pagará los costos de una decisión equivocada, por lo tanto se le respetara el proceso de la decisión independiente hasta las últimas consecuencias. Se transmite a través de las familias, donde la aspiración de las madres es darle a sus hijos el máximo numero de opciones posible, mientras simultáneamente se enseña a los niños la manera de analizar el costo/beneficio de cada

opción. Si haces esto, tienes el postre ahora, pero pasa tal cosa; si haces lo otro, estas son las consecuencias, etc.

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

Lo que la ética de ofrecer información no cubre, posiblemente lo suplemente la ley de mal práctica. Pero es socialmente inaceptable hacer decisiones que afectarán los bienes de una persona, en su lugar, salvo casos de manifiesta incompetencia. Lo que la conciliación respeta escrupulosamente es la construcción mediada de un acuerdo que represente lo que las partes quieran y estén decididas a cumplir. El mejor acuerdo que el mediador pueda proveer es inferior al acuerdo que las mismas partes quieran. Para ellos, las etapas dedicadas a recopilar información, hacer preguntas de manera especial, abrir un torbellino de ideas y generar opciones se dedican a ampliar la información que las partes necesitan para construir su acuerdo.

El dilema ético que podría presentarse es la existencia o no de una adecuada capacidad de las partes de representarse a sí mismas: una parte que, motivada por miedo consiente a un acuerdo que no representa sus mejores intereses, puede ser invitada entonces a buscar el consejo profesional. Este es el caso típico de un procedimiento de conciliación en

divorcio cuando están presentes signos de violencia familiar. El valor básico ofrecido por el proceso de la mediación reside en aumentar la capacidad de las partes para hacer decisiones que beneficien tanto su situación actual como la futura.

2.7 Ventajas del procedimiento conciliatorio

Este método alternativo de pena, trae innumerables ventajas. Entre ellas podemos enumerar que: con la conciliación penal le devolvemos a las partes, especialmente a la víctima, su rol protagónico. No nos olvidemos que en nuestro código, de forma ante una posible comisión de un delito el Estado se introduce en el conflicto como parte, es decir, se apropia de los intereses de la víctima y “resuelve” el problema penalizando al ofensor. Se puede comprobar a diario situaciones tales como: amigos o parejas que en un acto desafortunado se denunciaron penalmente, judicializando así su conflicto, y una vez iniciado el proceso éstas tuvieron la oportunidad de repensar el problema y se arrepintieron de haber efectuado la denuncia, pero pese a que en esos casos el conflicto fue resuelto, los sigue “enfrentando” el proceso penal, las partes no tienen la oportunidad de dar marcha atrás en virtud del principio de legalidad. Por ello dar un rol protagónico a la víctima significa que tendrá en su poder el decidir ir o no a una conciliación, y en el caso afirmativo serán escuchados sus necesidades y reclamos y no será tenida como un mero objeto dentro un proceso judicial útil para la averiguación de la “verdad”.

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

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

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

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

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

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

Por último, debemos mencionar la diferencias de roles de los “terceros imparciales”. El juez y el mediador se mueven en órbitas totalmente distintas,

el primero decide las contiendas y el segundo actúa como un facilitador de la comunicación entre las partes del conflicto. No puede resolver planteos atinentes a la competencia, ni hacer comparecer forzosamente a las partes o terceros a las reuniones de conciliación.

CAPÍTULO III

3. Enfoque político criminal

3.1 Principios que acompañan al derecho penal

El principio de legalidad como fundamento supremo del derecho penal, lo que se deriva del contenido de las normas penales internas, donde se refleja claramente la imposibilidad de la condena sin un proceso previo y en tal orden elimina cualquier arbitrariedad en este sentido, referido el aludido principio a la preexistencia del delito y la pena con anterioridad al acto que se pretende sancionar, así como que toda sanción debe ser fijada en una sentencia dictada en un juicio previamente celebrado.

La concepción de la existencia de un juicio pleno parte en primer orden de la necesaria y absoluta distinción entre la facultad de acusar y la de juzgar y aquí comienza a vislumbrarse en cualquier legislación el principio acusatorio que debe regir el juicio oral.

Regula el Artículo 17 de la Constitución de la República de Guatemala que “no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por la ley anterior a su perpetración” así mismo en el Artículo 1 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República se establece acerca “(de la legalidad). Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas por la ley”, lo cual se integra a lo regulado por nuestra constitución y a lo establecido en el

artículo 1 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República estableciendo que “No hay pena sin ley. (Nullum poena sine lege). No se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado con anterioridad” así pues el artículo 2 del citado código regula “No hay proceso sin ley. (Nullum proceso sine lege). No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal”.

El principio de legalidad es un principio constitucional a través del cuál se establece un límite al *ius puniendi* del Estado ya que con esto las personas pueden tener la seguridad que el Estado únicamente podrá intervenir por la vía penal cuando se le impute como autor de la comisión de un hecho señalado como delito o falta por una ley previamente promulgada; así mismo sólo podrán imponerse medidas coercitivas o que restrinjan sus derechos que se encuentren establecidas previa y expresamente en la ley penal nacional, a su vez estas serán impuestas por una autoridad judicial utilizando como medio una sentencia dictada en un proceso llevado con todas las garantías establecidas.

3.2 Naturaleza jurídica de la función política criminal del Estado

Ya nadie discute la necesidad del juicio previo como límite de poder del Estado y garantía para el imputado y demás participantes en el proceso, tal disposición dimana de las distintas Convenciones sobre derechos humanos, como son el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su Artículo 14, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José como se le conoce, de 1969 en su Artículo 8 y los Proyectos de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento Penal, conocidas como reglas de Mallorca de

1990-1991, que en su recomendación 25 estipula el derecho del imputado a un juicio oral.

La política criminal, es la política estatal de control social y solución de conflictos dirigida hacia las acciones humanas consideradas (no sólo legalmente) más violentas y conflictivas en un país determinado en tiempos de paz.

La prevención del delito, es el objetivo de la política criminal; la ciencia que estudia la política criminal y la prevención del delito es la criminología. Esta ciencia abarca y supera el estudio del derecho penal, el derecho procesal-penal y el penitenciario. Ello no implica, en modo alguno, que la criminología pueda prescindir, en sus análisis, de los límites impuestos a la acción del Estado por los principios garantizadores de los derechos humanos, sino que los debe tener siempre en cuenta (como cualquier disciplina social) con relación a todo lo que implique acciones de intervención del Estado sobre los individuos.

Los estudios que realiza la criminología son denominados estudios político-criminales o preventivos y en general son llamados estudios criminológicos.

Considero a la criminología como una ciencia enmarcada dentro del contexto de lo sociológico y no dependiente por lo tanto, de ninguna disciplina normativa aunque la problemática criminológica atañe la mayoría de las veces a hechos o situaciones definidas como delito por la ley penal.

Los conceptos: estudios sociológicos, estudios psicosociales y estudios criminológicos se usan en forma no opuesta ni excluyente sino

superpuesta y complementaria existiendo entre ellos, en el uso que se les da, una relación de inclusión de lo particular en lo general.

3.3 Función de la reparación del daño en el procedimiento de conciliación.

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

Otros aspectos éticos del procedimiento de conciliación, tales como el evitar conflicto de intereses, competencia y confidencialidad son igualmente importantes. Como tendrá el público la percepción de que el mediador se compromete sólo a defender los intereses de las partes, sin responder a intereses ajenos que estén necesitando un acuerdo coercido. ¿Como se hará la derivación a otros profesionales, en caso necesario, derivando clientes sólo a aquellos profesionales que cumplan con calificaciones adecuadas?, ¿Quién garantizará que la oferta pública de mediadores esté supervisada por organismos competentes?

Aparte de aquellos mediadores incluidos en el listado de la justicia, cuyas calificaciones han sido revisadas y aprobadas, ¿Quién garantizará las calificaciones de otros profesionales? E, yendo más allá de las calificaciones a las actitudes, ¿quien verificará que el mediador defienda solamente el interés por las partes y su autodeterminación?

Para proteger el procedimiento de conciliación, el mediador también deberá cuidar la confidencialidad del proceso. Toda la información recibida, a menos que las partes lo dispongan, es estrictamente confidencial. ¿Cómo se creará la percepción pública de que la confidencialidad es un bien que se intenta preservar? Habiendo bienes y valores en riesgo, preservar rigurosamente la práctica de la confidencialidad determinará el futuro de la mediación como institución pública.

Comunicándose oralmente, las partes pueden conocerse y también entender las circunstancias, las necesidades, las emociones, los principios, etc. del “otro” que se encuentra frente a uno y que llegó a cometer un hecho que trajo aparejado un daño, un conflicto, y que para la ley ese delito se encontraría tipificado penalmente.

En determinados delitos vemos que las víctimas necesitan entender al victimario pero el proceso judicial no brinda los espacios necesarios para ello.

La posibilidad que brinda la conciliación de realizar un dialogo entre la víctima y el ofensor, que dos partes que se encuentran enfrentadas por un hecho del pasado puedan hablar de él pensando en

el futuro, configura no solo un verdadero acercamiento entre ellos sino también una contribución a la pacificación de la sociedad.

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

Es en este sentido, que se dice que el mismo proceso de conciliación tiene que ser una experiencia educacional, que enseñe a las partes nuevas maneras de identificar sus intereses, representarlos inteligentemente y llegar o no a acuerdos donde se los respete. Por ejemplo, la Asociación Americana de Arbitraje, en su modelo de conducta para mediadores, establece que el principio fundamental de la conciliación mediada, es la autodeterminación, que descansa sobre la capacidad de las partes de alcanzar un acuerdo voluntario y sin coerciones, teniendo ambas la libertad de abandonar el proceso en cualquier momento.

El peligro de trasponer un modelo de un procedimiento de conciliación basado en este valor, sin adecuado examen de las circunstancias culturales locales, podría llegar a producir procedimientos donde se ofrezca un pseudo respeto a la autodeterminación de las partes. Una cultura autoritaria supondría, sin mayor preocupación por el valor de la autodeterminación, que el mediador puede o debe arrogarse la posibilidad de decidir por las partes, o permitirse ofrecer consejo profesional.

Sin una adecuada preparación crítica, y aún un cambio profundo de mentalidad, el rol de experto que los profesionales desempeñan frente a la población en general, llevaría (especialmente en casos donde las partes carezcan de educación suficiente, sofisticación o habilidad negociadora) a acuerdos generados e impuestos por el mediador. Cuando el desbalance es entre las partes, el mediador deberá tener una clara noción de como balancear el proceso para asegurar que la parte más débil para que no sea forzada a acuerdos perjudiciales. En caso que una de las partes intimide o fuerce a la otra, el mediador será responsable de defender la libre determinación de la parte afectada, asegurando una negociación equilibrada y justa.

La autodeterminación de las partes se vería gravemente perjudicada si el mediador, preocupado por demostrar un alto nivel de acuerdos, usara coerción de cualquier tipo para obtenerlos. Desgraciadamente, y a causa de los mismos efectos de una cultura autoritaria, aun es posible que las mismas partes esperen, sugieran o demanden la intervención "autorizada," del mediador, quien se sentiría más que justificado a ofrecer su solución. Si esto efectivamente sucede, ya no se trata de conciliación, y posiblemente sea un arbitraje por otro nombre.

El mediador solo puede conducir aquellos procesos en los cuales pueda permanecer imparcial, debiendo retirarse si tiene intereses o prejuicios en contra de una de las partes, o si una de las partes así lo percibe.

En este punto surgen muchas dificultades al traducir la teoría de la conciliación a otro contexto, en este caso el latinoamericano. Por un lado,

esta generalmente ausente una discusión pública acerca de la igualdad de las personas en el ámbito legal y social, y acerca de la necesidad de confrontar y reducir los prejuicios desplegados por algunas partes de la sociedad contra otras, juzgadas como inferiores. El procedimiento de conciliación exige que no se tengan prejuicios contra las características personales (étnicas, raciales, de género), o contra el tipo de conducta desplegada a lo largo del proceso.

Esto asegura la confianza de las partes en que el mediador es el principal responsable de examinar cuidadosamente sus propios prejuicios y capaz de auto-excluirse si descubre que una de las partes es, por ejemplo, de una raza o grupo étnico/social diferente, contra la que tiene prejuicios desfavorables, y no pudiera por ello garantizar la imparcialidad de su intervención.

Pero esto es solo posible en un contexto cultural donde la misma sociedad tenga institucionalizada la práctica constante de discutir, analizar y combatir los prejuicios sociales. En Guatemala, habría que hacer un esfuerzo consciente y sostenido para impulsar esta actitud de revisión crítica de los prejuicios sociales.

CONCLUSIONES

1. La dinámica de la realidad social de nuestro país, nos indica que en la actualidad existe un mayor compromiso de los ciudadanos en relación a los conflictos que los aqueja. Hoy en día el concepto delito fundamentalmente se plantea no como una trasgresión a las normas promulgadas por el Estado, si no como “un daño que una persona hace a otra” conlleva entonces a una modificación estructural de las instituciones procesales.
2. La conciliación en el proceso penal no es utilizado ni en la forma ni en la intensidad debida por gran parte por los operadores de justicia, por la falta de especialización en materia de técnicas de conciliación, así como un desconocimiento casi generalizado de esta figura, debido a la escasa difusión e importancia que se le ha dado
3. La víctima sufre por partida doble, pierde ante el infractor y ante el Estado. No son escuchados sus intereses ni tampoco tiene una participación activa en el proceso dado que actúa como un mero denunciante. Por esta razón la víctima ocupa la peor parte del proceso, pues es quién ha sufrido las consecuencias del victimario y luego es despojada de sus derechos por el Estado y es alejada y excluida en el proceso penal.
4. Las razones y ventajas de la aplicación del proceso de conciliación en el proceso penal residirían en el ámbito de la efectividad de la administración de justicia, buscando la celeridad procesal, la ratificación del principio de igualdad, obteniendo así la rápida indemnización de la víctima.

RECOMENDACIONES

1. Que el Organismo Judicial, como entidad encargada de desarrollar, y ampliar el acceso a la justicia, difunda, fomente y mejore el uso de los mecanismos de solución de conflictos, creando un Programa Nacional de Conciliación en penal, el cual tendrá como objetivo el fortalecimiento e institucionalización de la Conciliación en Guatemala.
2. Que se elabore una guía institucional de conciliación en penal, conteniendo una presentación jurídica y pedagógica de los asuntos conciliables y no conciliables, procedimientos y técnicas de conciliación, competencias del conciliador y mucha más información útil para los operadores de la conciliación.
3. Que el Organismo Judicial cree centros de conciliación en materia penal, dando las pautas e instrucciones convenientes, para llevar a cabo el proceso de conciliación, y sea esta una institución de utilidad en el mundo moderno del derecho penal, debiéndose entender como mecanismo de solución de conflictos entre los protagonistas del conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS PELLECCER, Cesar. **Derecho procesal penal guatemalteco. 2ª** Ed. Tomo 1, Guatemala: 1997; Ed. Magna Tierra.
- BERTOLINO, Pedro. **El funcionamiento del derecho procesal penal. ,** **Buenos Aires**, Argentina: 1985; Ed. Depalma.
- BINDER BARZIZZA, Alberto. **Derecho procesal penal, introducción al derecho procesal penal.** (s.e.), 1993, Buenos Aires, Argentina.
- BOVINO, Alberto M.. **Problemas del derecho procesal contemporáneo.** 1993 Buenos Aires, Argentina;; Ed. del Puerto.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 1979 Buenos Aires, Argentina;; Ed. Heliastas.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Constitución Política de República de Guatemala, comentada.** 2004, Ed. Impresiones Gráficas, Guatemala:.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Curso de derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial.** (s.e.), Guatemala: 2003.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés y Movilla Álvarez, Claudio. **El poder judicial.** Ed. Tecnos, S. A., Madrid, España: 1986.
- Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. **El observador.** (s.e.), Guatemala: 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del estado.** Universidad Autónoma de México, México: 1981.
- MEYERS, Diana T.. **Los derechos inalienables.** Ed. Alianza Universidad, Guatemala: 1989.
- Ministerio Público de la República de Guatemala. **Manual del fiscal.** Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Guatemala: 2001.
- MORAS MON, Jorge R.. **Manual de derecho procesal penal,** 3ª ed., Ed. Abelado Perrot, Buenos Aires, Argentina: 1993.

PAR USEN, José Mynor. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco**, tomo I; (s.e.), Guatemala: 1997.

PINTO ACEVEDO, Mynor. **La jurisdicción constitucional en Guatemala**. Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala: (s.f.).

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Ed. Espasa Calpe, S. A., Madrid, España: 1990.

TREJO DUQUE, Julio Aníbal. **Aproximación al derecho procesal penal y análisis breve del actual proceso penal**. 2ª ed., (s.e.), Guatemala: 1988.

VAZQUÉZ SMERILLI, Gabriella Judith. **Independencia y carrera judicial en Guatemala**. Ed. Siglo Veintiuno, Guatemala: 2001.

VÁSQUEZ SMERILLI, Gabriela J., **La reparación del daño producido por un delito: hacia una justicia reparadora**. Ed. Siglo Veintiuno, Guatemala: 2000.

Legislación:

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

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

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

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