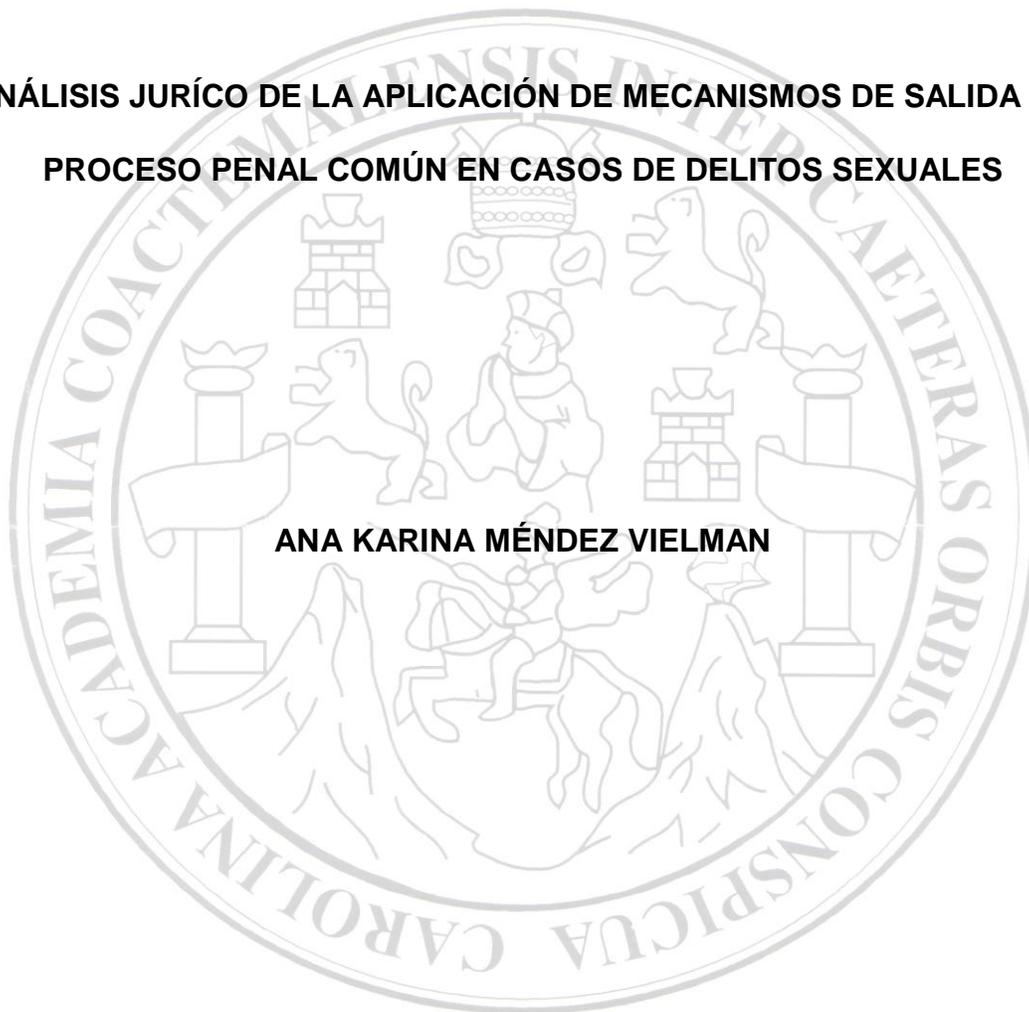


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**ANÁLISIS JURÍCO DE LA APLICACIÓN DE MECANISMOS DE SALIDA AL
PROCESO PENAL COMÚN EN CASOS DE DELITOS SEXUALES**

ANA KARINA MÉNDEZ VIELMAN



GUATEMALA, JUNIO 2011

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**ANÁLISIS JURÍCO DE LA APLICACIÓN DE MECANISMOS DE SALIDA AL
PROCESO PENAL COMÚN EN CASOS DE DELITOS SEXUALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ANA KARINA MÉNDEZ VIELMAN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio 2011.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Marco Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciriaiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUÉ PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. María del Carmen Mansilla
Vocal: Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández
Secretario: Lic. Héctor Ricardo Echeverría Méndez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Vocal: Licda. Eloísa Elizabeth Mazariegos Herrera
Secretaria: Licda. Elizabeth Alvarado Mota

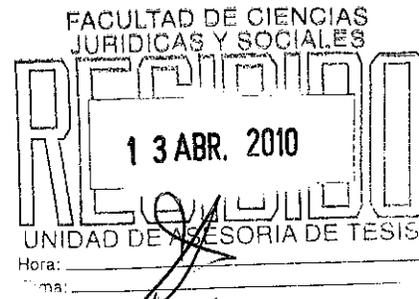
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y del Examen General Público).

Lic. Lázaro Ruíz Orellana
Abogado y Notario
Colegiado 2,506
11 avenida "A" 17-18 zona 2, Ciudad Nueva
Tel: 5919-6342



Guatemala, 02 de marzo del 2010

Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de la Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Respetable Licenciado:



Atentamente hago de su conocimiento que, mediante resolución de fecha veinticinco de abril del año dos mil siete fui nombrado como **ASESOR** del trabajo de tesis de la estudiante **Ana Karina Méndez Vielman** intitulada: **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SALIDA AL PROCESO PENAL COMÚN EN CASOS DE DELITOS SEXUALES"**.

En cumplimiento de esta designación y con el apoyo de la experiencia profesional, he brindado la orientación requerida y se ha realizado el tema con la debida acuciosidad, dando como resultado que: El contenido científico y técnico de la tesis, cumple con los requisitos del método científico de las ciencias sociales; a través de éste, se estructura un modelo explicativo de la realidad y la necesidad que debe ser satisfecha para la aplicación de salidas alternas en el proceso penal común, las cuales tienen como objetivo exponer las operaciones que se realizaron para llegar a resolver el problema a través de los pasos establecidos previamente, utilizando la recolección de datos tales como: libros, diccionarios, la exposición de doctrina en páginas web, y ejerciendo el cronograma de actividades planteado en el plan de tesis.

La metodología y la técnica de investigación que se ha utilizado, se realizó desarrollando a través de un análisis crítico, y descriptivo, el contenido de la presente tesis y la realización de síntesis y deducciones para generar las conclusiones; de manera que se utilizó el análisis de diversas leyes, doctrinas y la información de distintas instituciones que se relacionan con el tema investigado; todo ello, con el fin de llegar a la conclusión: De no aplicar los mecanismos de salida al proceso penal común en casos de violencia sexual.

Lic. Lázaro Ruíz Orellana
Abogado y Notario
Colegiado 2,506
11 avenida "A" 17-18 zona 2, Ciudad Nueva
Tel: 5919-6342

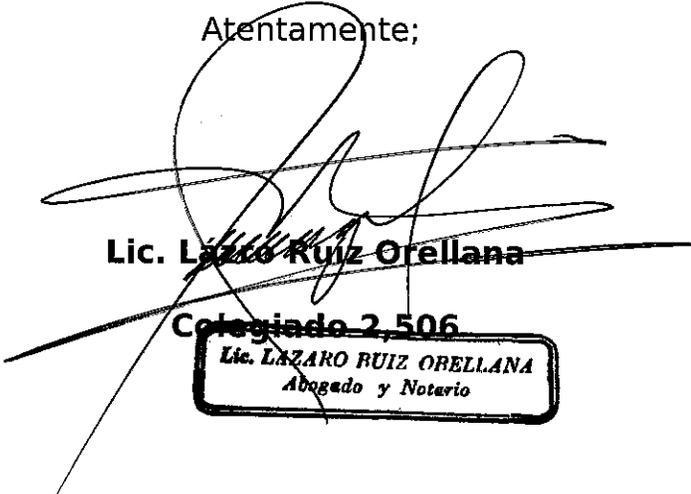


La redacción utilizada por la estudiante, es la correcta apegándose a los requisitos de las normas mínimas establecidas en el Normativo Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

La contribución científica de las ciencias sociales, son las normas, principios, fuentes y doctrinas; en donde la bachiller hace sus propias aportaciones, para comprobar y llegar a cumplir con los objetivos planteados. Las conclusiones, proyectan los resultados obtenidos en la investigación; en la cual se da la importancia del estudio sobre la aplicación de mecanismos de salida al proceso penal común en casos de violencia sexual y las recomendaciones responden a los hallazgos del tema investigado. La bibliografía consultada, se extrajo de fuentes de autores nacionales e internacionales, por esta razón se toma en cuenta que ésta última es la que más se adecua a la legislación guatemalteca.

En tal virtud emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto que se continúe con el trámite respectivo, ya que el trabajo desarrollado cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente;


Lic. Lázaro Ruíz Orellana

Colegiado 2,506

Lic. LAZARO RUIZ ORELLANA
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) AXEL OTTONIEL MAAS JACOME, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ANA KARINA MÉNDEZ VIELMAN, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE MECANISMOS DE SALIDA AL PROCESO PENAL COMÚN EN CASOS DE DELITOS SEXUALES".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


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



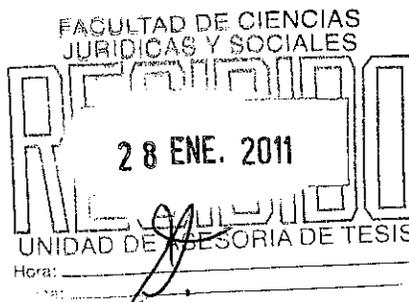
cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

Lic. Axel Ottoniel Maas Jácome
Abogado y Notario
Colegiado Número 5,743
Tel. 4154-3451



Guatemala, 13 de mayo de 2010

Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la unidad de la Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Distinguido Licenciado:

En atención al nombramiento como **revisor** de tesis, de la bachiller **ANA KARINA MÉNDEZ VIELMAN**, de fecha veintiuno de abril de dos mil diez, me dirijo a usted, haciendo referencia a la misma, con el objeto de informar sobre mi labor y oportunamente emitir Dictamen correspondiente; y habiendo revisado el trabajo encomendado, me permito hacer de su conocimiento lo siguiente:

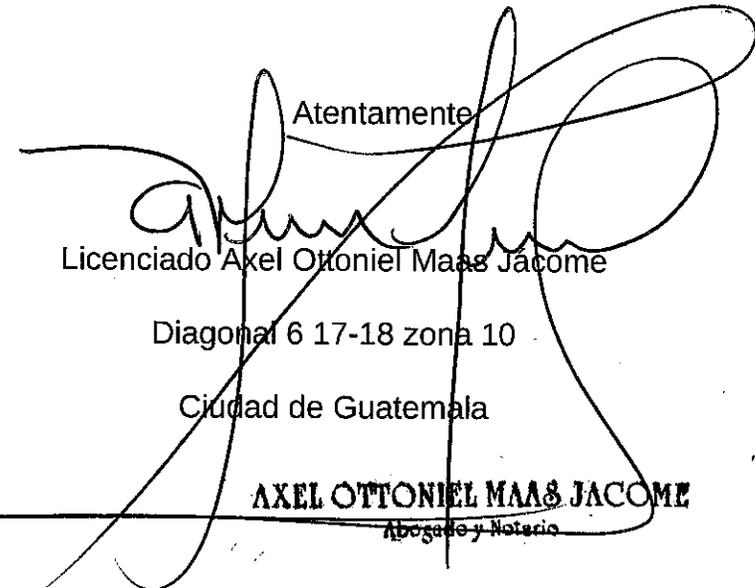
- a) Que conforme al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en la tesis intitulada: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE MECANISMOS DE SALIDA AL PROCESO PENAL COMÚN EN CASOS DE DELITOS SEXUALES”** cumple con los requisitos establecidos, en dicha norma.
- b) Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, constate que en la presente investigación se cumplen con los parámetros del método científico de las ciencias sociales; ya que cumplen con el propósito de aprovechar el conocimiento teórico que se adquiere por medio de una investigación seria, que ayuda a orientar en las actividades prácticas; que en este caso, es en la formación del estudiante, para que al momento de obtener el grado académico de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales así como los títulos profesionales de Abogada y Notaria, esté preparada para litigar casos de violencia sexual.
- c) En lo que concierne a la metodología y la técnica de investigación utilizadas en la realización de la presente tesis, ésta se desenvuelve aplicando el método analítico y descriptivo; con el propósito de dar a conocer la realidad actual, y cumplir con los objetivos de establecerla como una especialidad más, dentro de la Facultad a

través de su contenido, también se utiliza la elaboración de síntesis y deducciones para generar las conclusiones; de esta manera se emplean para analizar, leyes, doctrinas, así como información de distintas instituciones relacionadas con el tema investigado, todo ello con el fin de llegar a las conclusiones de la aplicabilidad del Derecho en casos de violencia sexual.



- d) Con respecto a la redacción, me permito informarle que se ha cumplido con las normas mínimas establecidas en el normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales; habiendo observado que ésta cumple con las reglas ortográficas, los márgenes, y que la escritura sea la adecuada para el tema escogido.
- e) En lo que se refiere a las conclusiones y recomendaciones; las primeras resumen los hallazgos y la importancia de la aplicabilidad de la teoría del delito como eje fundamental del análisis previo de una conducta así como su uso en el proceso penal común.
- f) La investigación que se realizó contribuye científicamente aportando, contenidos jurídicos y doctrinarios; para comprobar la hipótesis planteada y cumplir con los objetivos de la misma, por lo tanto la bibliografía consultada es de autores guatemaltecos e internacionales, que le dan validez al tema investigado.

Por lo anterior expuesto, me permito informarle que emito **DICTAMEN FAVORABLE** del trabajo de tesis, sometiéndolo a consideración para los efectos correspondientes.

Atentamente

Licenciado Axel Ottoniel Maas Jacome
Diagonal 6 17-18 zona 10
Ciudad de Guatemala
AXEL OTTONIEL MAAS JACOME
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintidós de febrero del año 2011.

Con vista en los dictámenes que anteceden se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **ANA KARINA MÉNDEZ VIELMAN**, Titulado **ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE MECANISMOS DE SALIDA AL PROCESO PENAL COMÚN EN CASOS DE DELITOS SEXUALES**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas Sociales y del Examen General Público.-

2702

CMCM/sllh

DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser esa fuerza que mueve el mundo.
- A MIS PADRES:** Ana María y Ricardo, muchas gracias por hacerme parte de su historia y por ser la luz que ilumina mis días.
- A MI HERMANA Y HERMANO:** Astrid Nicolle y Ricardo; amigos, héroes y ejemplos a seguir.
- A MIS AMIGAS Y AMIGOS:** Sara, Sandra, Ana Lucía, Paula, Aura, Carla Yadira, Paola, Damaris, Arcelí, Clara Luz, David Ernesto, Hugo, Mario, Héctor, Cecilio, y Ludin, por la satisfacción de encontrarles en mi camino y estar en todo momento apoyándome.
- A:** Elder Alexis por su apoyo incondicional.
- A:** Doctora Claudia Paz y Paz, Licenciada Mónica Teleguario, Licenciada Patricia Secaida, Licenciado Luis Ramírez, Licenciado Lazaro Ruiz Orellana, Licenciado Giovanni Celis y Licenciado Axel Maas, por ser parte de mi vida profesional y enseñarme a querer ser cada día mejor.
- A:** La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A:** Instituto de Estudios Comparados en Ciencias penales de Guatemala, por brindarme la motivación del aprender cada día más.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Proceso penal guatemalteco.....	01
1.1. Definición de proceso.....	01
1.2. Sistemas procesales penales imperantes.....	04
1.2.1. Sistema inquisitivo.....	04
1.2.2. Sistema acusatorio.....	05
1.2.3. Sistema mixto.....	07
1.3. Objeto del proceso.....	09
1.4. Principios del proceso penal.....	10
1.5. Política criminal.....	14

CAPÍTULO II

2. Teoría del delito.....	19
2.1. Concepto.....	21
2.2. Fases del desarrollo de la teoría del delito.....	23
2.2. Teoría clásica del delito o causalista.....	24
2.3. Teoría neoclásica del delito.....	25
2.4. Teoría finalista del delito.....	26
2.5. Bien jurídico.....	27
2.6. Elementos del delito.....	35



CAPÍTULO III

Pág.

3. Violencia de género en Guatemala	39
3.1. Regulación de las formas de violencia ejercida hacia mujeres y grupos en condiciones de vulnerabilidad.....	40
3.2. Legislación penal vigente.....	41
3.2.1. Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la mujer	42
3.2.2. Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas..	45

CAPÍTULO IV

4. Aplicación de los mecanismos de salida al procedimiento común en casos de violencia sexual	51
4.1. Análisis de la legislación guatemalteca.....	52
4.2. Aplicación de los mecanismos de salida.....	55
4.3. Criterio de oportunidad.....	56
4.4. La mediación.....	57
4.5. Suspensión condicional de la persecución penal.....	60
4.6. Conversión de la acción.....	64
4.7. Procedimiento abreviado.....	65
4.8. Sobreseimiento.....	67
4.9. Clausura provisional.....	68
4.10. Archivo.....	69
4.11. La reparación como fin de la aplicación de los mecanismos de salida al procedimiento penal común	69



	Pág.
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis, es un aporte para la sociedad debido a los elementos importantes que dan forma legal a los mecanismos de salida al proceso penal común, y que los mismos, son parte de las distintas formas legales de gestionar los conflictos criminalizados diferentes al juicio.

En este sentido, las medidas desjudicializadoras constituyen una de las principales innovaciones contempladas en el marco de las reformas del sistema de justicia penal y de igual forma una de las más controversiales, debido a que la utilización de las distintas figuras se cuestiona en el marco de la afectación de las garantías procesales.

En virtud de lo anterior, con esta investigación se pretende fundamentar la aplicación jurídica de dichas instituciones y como las mismas han fortalecido el sistema de justicia desde una visión reparadora. Es por ello, que a través de este estudio se pretende demostrar que la aplicación de las salidas alternas, obstaculizan la adecuada persecución penal de delitos en los cuales se violenta la integridad sexual de las mujeres.

Se utilizó en esta investigación monográfica las siguientes técnicas bibliográficas, documentales y jurídicas, en las que mediante la deducción, la comparación y la

síntesis se hizo un enfoque integral del problema planteado, recurriendo para ese efecto a bibliografía nacional y extranjera, legislación constitucional y ordinaria nacional e internacional, sobre el tema de las salidas alternas al proceso penal común y la aplicación de las mismas. Para tales efectos, los métodos en referencia empleados fueron el analítico, con el propósito de analizar minuciosamente el objeto de estudio; el sintético para llegar a las particularidades en forma más amplia, respecto de la institución de las medidas de seguridad; y el inductivo para establecer y proporcionar la posible solución a la problemática.

Para su desarrollo, esta investigación quedó estructurada en cuatro capítulos, de la siguiente forma: En el primer capítulo, se presenta una breve descripción del proceso penal guatemalteco; en el segundo capítulo, se hace un bosquejo de la teoría del delito; en el tercer capítulo, se desarrollan las leyes que protegen la integridad sexual de las mujeres y en el cuarto capítulo, contiene un análisis de la aplicación de las mismas en casos de violencia sexual.

Por tal razón, el presente trabajo de investigación pretende, construir un análisis jurídico que parta desde la satisfacción de los intereses y necesidades de las víctimas mujeres de delitos sexuales y que al aplicación de cualquier medida desjudicializadora de cómo resultado la visión de justicia reparadora.

CAPÍTULO I

1. El proceso penal guatemalteco

Son las etapas en las cuales se desarrolla parte del derecho procesal que constituyen una disciplina jurídica que su fin, es la de viabilizar el procedimiento para hacer efectivas las normas sustantivas. Por lo tanto, puede representarse a través de una serie o consecución de pasos, que se basan en un procedimiento.

1.1. Definición de proceso

En cuanto a las distintas definiciones, Gladis Albeño establece: “En su acepción más general la palabra proceso significa un conjunto de fenómenos, actos o acontecimientos que se suceden en el tiempo y que mantienen entre sí determinadas relaciones de solidaridad o concatenación. El proceso es una categoría que se emplea tanto en la ciencia del derecho como en las distintas ciencias naturales, así hay procesos químicos, físicos, biológicos, psíquicos, entre otros. Para que exista un proceso no es suficiente que las distintas etapas o fenómenos de que se trata se sucedan en el tiempo, es necesario además que mantengan entre sí determinados vínculos que los haga solidarios, que exista causa-efecto”¹.

¹ Albeño Ovando, Gladis Yolanda. **Derecho procesal penal. Implantación del juicio oral al proceso penal guatemalteco.** Pág. 63.

En este mismo sentido, sigue manifestando la autora: “El proceso jurídico es una serie de actos, que se suceden regularmente en el tiempo y que se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se requiera realizar con ellos. La doctrina del proceso jurídico ha sido elaborada en torno al proceso judicial, que por esta circunstancia se le considera el proceso tipo. En este orden de ideas, el concepto de la palabra proceso deriva del Derecho Canónico y se deriva de proceso equivalente a avanzar”².

La serie de etapas se constituye en una institución de carácter público, porque por medio de éste, se resuelven todos los litigios que puedan surgir y, además, porque es una actividad que se le atribuye al Estado. Es una sucesión de actos concatenados que llevan a un fin, que manifiesta progreso, avance, actividad organizada que ejerce la función jurisdiccional.

Siguiendo con la idea principal, se encuentra la definición de Mario Aguirre Godoy quien establece el proceso como: “La serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos especialmente para ello”³. En este sentido la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 203 señala que: “Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado... La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca”. Además en el mismo cuerpo legal en el Artículo 12

² **Ibid.** Pág. 638.

³ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho civil guatemalteco.** Pág. 241.

establece que: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido”. Por tanto, se estima que el Estado expropia al individuo de resolver determinados conflictos y la monopolización del poder penal, se asigna a los tribunales la potestad de juzgar y promover la ejecución de juzgados, mismos que son responsables de garantizar los derechos de las distintas partes procesales.

Otra definición, es la que presenta Guillermo Cabanellas, citando a Chiovenda, que precisa como: “Un conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación con un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria⁴”. En este sentido, también llama la atención, que el autor delimita su concepto en la intervención necesaria de los actores claves establecidos en la ley. Otro criterio de importancia, es la de Albeño Ovando, que precisa como: “El conjunto de actos mediante los cuales los órganos competentes preestablecidos en la ley con la observancia de ciertos y determinados requisitos, proporcionan lo necesario para aplicar la ley penal al caso concreto”⁵.

Es decir, que es el medio legalmente regulado de realización de la administración de justicia, que se compone de actos que se caracterizan por su tendencia hacia la sentencia y a su ejecución. El proceso en el sistema guatemalteco, debe de desarrollarse

⁴ Guillermo Cabanellas. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág.450.

⁵ Albeño Ovando, **Ob. Cit**; pág. 2.

en una serie de etapas, las cuales deben de ser coordinadas, por órganos preestablecidos en la ley, con el fin de averiguar la perpetración de un delito y teniendo como objetivo principal resolver, una situación discordante con efecto de un fallo y la imposición de una sentencia.

1.2. Los sistemas procesales penales imperantes

Analizando la historia del derecho penal, se puede corroborar que es fundamental distinguirla desde el apareamiento del Estado; siendo el parámetro indispensable a tomar en cuenta, ya que se ha adquirido y configurado determinados modelos del derecho en general, considerando la trayectoria que han tenido los pueblos. Estas formas, se han adecuado a las circunstancias económicas, sociales y políticas; resalta el hecho de que han predominado, tres sistemas procesales básicos, siendo ellos: El inquisitivo, acusatorio y mixto. En cada uno de ellos, la función de acusación, defensa y decisión, reviste diversas formas, por la naturaleza misma de cada sistema.

1.2.1. Sistema inquisitivo

Para Jorge Rosas el sistema inquisitivo es: "...Procedimiento establece la forma escrita, la prueba legal, tasada y secretividad de la misma. Tiende a que las funciones procesales de acusación, defensa y decisión, se concentren en el juzgador. Ante tales características, en la etapa medieval, se tornó en lento e ineficaz. El imputado se

convierte en un objeto y deja la condición de parte; pero lo más nefasto, es que concede espacio a que los delincuentes de clases sociales bajas, se les impusieran penas graves y gravísimas y a los integrantes de las capas sociales altas penas leves”⁶.

En este procedimiento, los magistrados o jueces son permanentes; es el mismo sujeto que investiga y dirige, acusa y juzga; la acusación la puede ejercer indistintamente el procurador o cualquier persona; la denuncia es secreta.

Asimismo, la práctica penal se caracterizaba fundamentalmente por el hecho de que las funciones técnicas; como lo son: La investigación y los aspectos judiciales; como las decisiones sobre la libertad de las personas, recayeron en un mismo sujeto. Esa convergencia de dos tipos tan disimiles de funciones, supone una hipótesis acerca de la autoría de un ilícito, ya que es el mismo funcionario el que puede disponer del derecho de libertad; derecho que se expone a circunstancias extremas de vulnerabilidad.

En conclusión, se establece que es un procedimiento escrito, secreto y no contradictorio; en el que impera con relación a la valoración de la prueba, el sistema legal o tasado; finalmente en relación a las medidas cautelares la prisión preventiva constituye la regla general.

⁶ Rosas, Yataco Jorge. **El sistema acusatorio en el nuevo código procesal penal**. Pág. 2.

1.2.2. Sistema acusatorio

En la República de Guatemala, en el año de 1994 cambia radicalmente la forma de administración de justicia y abandona el modelo inquisitivo, adoptando el acusatorio. Esta disposición, establece un nuevo método de justicia penal, el cual plantea; ante todo, un enfoque completamente diferente al que nos rigió hasta el 30 de junio del año anteriormente indicado.

En este procedimiento, se distingue fundamentalmente la separación de la investigación, por ello las actuaciones del Ministerio Público no tienen valor probatorio para fundar la condena del imputado, ya que las pruebas son aducidas y practicadas ante un juez imparcial, que no ha intervenido en la investigación.

Para Jorge Rosas la importancia radica en la acusación y establece: "...Ya que resulta indispensable para que se inicie el proceso; pues en este aspecto se considera que, el acusado debe conocer detalladamente los hechos por los cuales se le somete a juicio"⁷.

Otros principios importantes son: La oralidad, publicidad y el contradictorio. Al desarrollarse el procedimiento con base a debates; los que se ejecutan en lugares públicos, hace que la publicidad, sea otra de las condiciones apropiadas de

⁷ Rosas, **Op. Cit**; pág. 3.

transparencia, ello posibilita además la fiscalización del pueblo sobre la forma en que se administran justicia.

Por otra parte, cabe destacar la importancia de este sistema, ya que el mismo da lugar a un procedimiento, en el cual el acusado tiene derecho a escuchar los cargos legales imputados contra él, así mismo tiene el derecho a confrontar la evidencia presentada y defenderse por medio de un abogado, confrontando a los testigos de la acusación y presentando él mismo pruebas de descargo.

A razón, de lo expuesto con anterioridad, se establecen siete principios rectores del sistema acusatorio, los cuales son: Oralidad, publicidad, inmediación, continuidad, contradicción y concentración.

1.2.3. Sistema mixto

Su nacimiento se relaciona con la época post-revolución francesa, pero fueron las voces, que desde principios del siglo XVIII se alzaron en contra del desconocimiento de derechos que el sistema inquisitivo conlleva, las que crearon el ambiente necesario para que el cambio se produjera.

Para Jorge Rosas, el sistema mixto se caracteriza por: “El desprestigio, por el desconocimiento de esos derechos ciudadanos por lo que motivó al legislador

napoleónico a dedicar sus mayores esfuerzos para encontrar un procedimiento, que tomando lo mejor de los anteriores se constituyera en un medio eficaz para represión de los delitos, sin desconocimiento de los derechos del ciudadano. Por esa razón, en 1808 se sanciona el Código de Instrucción Criminal, que entra a regir a partir de 1811, en el que se ponen en práctica esas ideas de conjunción que contribuyen a instaurar el procedimiento que se ha conocido como mixto y cuyas principales características son:

- a. Separación en dos etapas: La instructora y juicio.
- b. Preponderancia de la escritura y oralidad.
- c. Valor preparatorio de la instrucción.
- d. Separación de funciones del acusador, el instructor y el juzgado.
- e. Garantía de inviolabilidad de la defensa.
- f. El juez no es un mero expectante de la contienda, pues toma contacto directo con las partes y la prueba y dirige el procedimiento.

- g. Se elimina la doble instancia, posibilitándose la revisión de lo resuelto mediante el recurso de casación”⁸.

Este sistema procesal, es el adecuado, debido a que permite ser juzgado públicamente en un proceso contradictorio, conservando la independencia de los representantes de la ley.

1.3. Objeto del proceso

La finalidad es obtener, mediante la intervención de un juez, la declaración de una certeza positiva o negativa de la pretensión punitiva del Estado, quien la ejerce a través de la acción del Ministerio Público.

El proceso se puede terminar antes de la sentencia, por eso se debe hablar de resolución, por ello el objeto principal, es investigar si se cometió o no delito, se investiga la certeza positiva o negativa. Por tanto, si se comprueba la existencia de delito, aparecerán las consecuencias jurídicas; es decir, la sanción para el infractor. El propósito del castigo; es entonces, la justicia y la seguridad que el Estado debe de brindar sin discriminación alguna a todos los ciudadanos.

⁸ Rosas, **Op.Cit**; pág., 2

1.4. Principios del proceso penal

Se rige por una serie de fundamentos, que en general, marcan la forma por medio de la cual se desarrollarán todas las etapas.

Víctor Castellanos, indica los siguientes principios que se deben de tomar en cuenta para el avance del proceso penal:

- a. "Equilibrio: Pretende concentrar recursos; en la persecución y sanción efectiva de la delincuencia y enfrentar así las causas que generan el delito.

En este sentido, protege las garantías individuales y sociales consagradas por el derecho moderno, prioriza la agilización, persecución y penalización de las acciones humanas que son consideradas como ilegales; mejorando así el respeto de los derechos humanos y la dignidad del procesado, ya que equilibra el interés social con el individual.

- b. Desjudicialización: En este aspecto se considera que el Estado, debe perseguir; prioritariamente, los hechos delictivos que producen impacto social, los conflictos criminalizados menos graves; de poca o ninguna incidencia social, se tratan de manera distinta debido a la relevancia del bien jurídico protegido y la intensidad

- c. de la afectación, siendo esta última la que permite por medio de criterios teleológicos o de finalidad; excluir todos aquellos casos en donde no se afecte significativamente.

Asimismo, el grado de presunción material junto con la ponencia en abstracto de los intereses jurídicos, establecen los criterios de selección de las conductas perseguibles penalmente. La legislación procesal guatemalteca, estable, con base al principio de mínima intervención y celeridad procesal; los siguientes mecanismos de salida al proceso penal común, siendo los mismos: Criterio de oportunidad, conversión, suspensión condicional de la persecución penal y procedimiento abreviado.

- d. Concordia: Las atribuciones esenciales de los jueces son:
 - a. Decidir mediante sentencia las controversias y situaciones jurídicas sometidas a su conocimiento.
 - b. Contribuir a la armonía social mediante la conciliación o avenimiento de las partes en los casos que la ley lo permita, cuando no existe peligrosidad del delincuente y el delito sea poco dañino. Es una figura intermedia entre un compromiso arbitral, un contrato de transacción y una conciliación judicial tradicional.

- e. Eficacia: Como resultado de la aplicación de criterios de desjudicialización y de la concordia en materia penal; el Ministerio Público y los tribunales de justicia, podrán dedicar esfuerzos en la persecución y sanción de los delitos que afectan a la sociedad. Complementa esta estimación la asignación al ente investigador, las actividades de averiguación criminal. En este sentido, el marco de la actividad judicial, puede resumirse así: a. en los delitos de poca o ninguna incidencia social, en los cuales las instituciones que ostentan el poder penal deben buscar el avenimiento entre las partes para la solución rápida del proceso penal; b. En los delitos graves, el se debe de aplicar el mayor esfuerzo en la exploración del ilícito penal y el procesamiento de los sindicados.

- f. Celeridad: Los procedimientos establecidos en el Decreto 51-92 del Congreso de la República, impulsan el cumplimiento de las actuaciones procesales, agilizan el trabajo, buscan el ahorro de tiempo y esfuerzos.

- g. Sencillez: Es de tanta trascendencia que las formas procesales deben ser simples y asequibles, y que las mismas aseguren la defensa. Este principio se relaciona con el de oralidad, puesto que a través de éste, existe facilidad para la utilización de la poca formalidad en las peticiones que el juez resuelve.

- h. Debido proceso: Este principio establece que a través de éste, se aplique fielmente, el cumplimiento de todas las etapas procesales para juzgar a una persona

- i. Defensa: En términos generales, constituye un derecho de recurrir a los tribunales para la solución de un litigio u oponerse a cualquier pretensión aducida en juicio por la parte contraria. En los sistemas democráticos, es un derecho que está consagrado en normas constitucionales, como se señala en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en los Artículos 12 y 14 del Código Procesal Penal.

- j. Inocencia: Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado responsable en sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada.

- k. Favor Rei: Como consecuencia del principio anterior, es obligación del juez el favorecer al procesado en caso de duda, y por lo tanto, cuando no pueda tener una interpretación univoca o certeza deberá decidir a favor de este.

- l. Favor libertatis: Busca la graduación del auto de prisión y en consecuencia, su aplicación a los casos de mayor gravedad, cuando por las características del delito puede preverse, que de no, dictarse el imputado evadirá la justicia. Es

decir, reducir la prisión provisional a una medida que asegure la presencia del imputado en el proceso”⁹.

Los principios procesales, pueden concebirse como criterios que regulan las diferentes actuaciones que integran el procedimiento. Existen muchos fundamentos y su adopción obedece al momento histórico y al sistema político de cada país; los mismos, se refieren a determinados procedimientos cuando su ámbito de actuación es mayor y constituye el medio rector.

1.5. Política criminal

En América Latina, la política criminal, ha estado marcada por el desfase entre norma y realidad desde los propios marcos constitucionales, en los cuales se consagran regímenes de libertades públicas y garantías fundamentales, para desplazarlos permanentemente por sistemas de excepción, hasta los métodos contravencionales que pueden anticiparse al delito.

En este sentido, se establece la concentración del poder en manos del ejecutivo, lo que marca un sistema autoritario. La eventual contención de la fuerza a través del control constitucional no ha sido suficientemente ejercida por la rama judicial, o bien le ha sido

⁹ Castellanos Estrella, Víctor José. **El sistema penal en América Latina**. Pág. 90.

impedido estructuralmente. Es por ello, que se ha confundido con la represión y con la prisión.

Es por ello, que se entiende la progresión de los procesos de criminalización y el inflacionismo legislativo que recorta el espacio de libertad del ciudadano. En relación, a la crisis universal Fernando Tocora, indica: “Los espacios de rehabilitación y resocialización amenazan con afirmar el carácter netamente represivo de los sistemas penales, cuyos bienes jurídicos se privilegian en favor del Estado y en detrimento de los intereses sociales. Sin embargo, la sociedad reclama contra la inseguridad, pidiendo mayor represión y olvidando el gran problema social que yace en el fondo de la violencia y delincuencia”¹⁰.

Asimismo, puede pensarse que el desfase de la norma jurídica y realidad es imposible superarlo. En un principio se advierte que siempre existirá una diferencia categórica entre la abstracción y lo concreto imaginado, pero más allá de la distancia ontológica, existe una brecha entre la norma y la realidad, que puede comprenderse como una diferencia entre dos contextos: La primera, la que está representada en las normas y la segunda, la que acontece concretamente en la práctica.

En este sentido, en algunos casos, en los cuales es imposible pretender que la existencia ordenada o esbozada por la ley coincida absolutamente con la materialidad

¹⁰ Tocora, Fernando. **Política criminal en América Latina**. Pág.23.

concreta. De esta forma, se analizan dos enfoques posibles para acotar el tema sobre los cuales todavía hay una confusión, particularmente en cuanto al aspecto semántico.

Este planteamiento, se debe a que a lo largo del tiempo el término de política criminal, se le ha asignado muchos significados, uno de ellos se fundamenta en la ciencia y en otras ocasiones se le ha referido a una cierta escuela e inclusive se le ha englobado a todas las corrientes de pensamiento.

Asimismo, Alberto Binder define la política criminal como: “La política criminal es un sector de políticas que se desarrollan en una sociedad, predominantemente desde el Estado. Ella se refiere al uso que hará el Estado del poder penal, es decir, de la fuerza o coerción estatal en su expresión más radical. La política criminal, es en síntesis, el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos”¹¹.

Es decir, es un mecanismo con el cual el Estado cuenta, para ejercer la coacción y regular los comportamientos de los habitantes.

Otra definición de importancia, es la del autor Mezger, quien la define como: “Conjunto de todas las medidas estatales para la prevención del delito y la lucha contra el delito”¹².

¹¹ Binder, Alberto. **Política criminal, derecho penal y sociedad democrática**. Pág. 25.

¹² Zipf, Heing. **Introducción a la política criminal**. Pág. 13.

El concepto anterior, tiene la característica de establecer al responsable de la creación de las normas de prevención; misma que derivan, la pena a imponerse por la violación de las conductas reguladas como antijurídicas.

En este sentido al hacer la referencia, de una política criminal la misma se orienta al cumplimiento de finalidades, objetivos y metas, es necesario tomar en cuenta sus particularidades, las cuales se mencionan a continuación:

- a. El poder penal se debe de aplicar solo a casos graves y con respeto absoluto de los derechos humanos,
- b. No debe de existir, el uso de la fuerza de manera oculta o ilegal.
- c. Sólo quien esté autorizado por la ley, puede aplicar la coerción.
- d. Controlar los actos de las autoridades para prevenir o castigar los abusos.
- e. La ciudadanía, debe de participar; por ley o por costumbre, activamente en las decisiones sobre el uso de la fuerza estatal.

- f. Respetar íntegramente los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

En este sentido, para que la política criminal sea democrática, debe de establecerse parámetros que regulen de forma efectiva el poder coercitivo de la justicia penal, misma, que debe de estar dentro de los parámetros de los derechos humanos. Asimismo, uno de los cambios más importantes al referirnos al proceso penal, es el cuestionamiento de la forma tradicional de entender las etapas judiciales, las cuales están constituidas por un conjunto de actuaciones sucesivas y necesarias, por medio de las cuales se van cumpliendo las condiciones mínimas, para alcanzar un objetivo, que es la decisión judicial definitiva.

En buena medida, toda la sistemática penal, busca ordenar el uso de la fuerza punitiva del Estado y, principalmente, fijarle límites. El Código Procesal Penal constituye, en conjunto, una de esas barreras. El acumulado de garantías, fundamentan el marco político, las que cumplen dos funciones: Asegurar el empleo de técnicas de definición de aplicación de la pena y la valoración constitucional de las instituciones penales.

CAPÍTULO II

2. Teoría del delito

La teoría del delito, tiene como primer objetivo, el estudio de las particularidades de todas las conductas punibles enmarcadas en el ordenamiento jurídico de cada Estado; el segundo cometido, consiste en procurar; a través del método dogmático, el entendimiento del comportamiento ilegal en su conjunto.

En este sentido, José Gustavo Pallez establece que la teoría del delito debe: “Elaborar una construcción coherente y armónica del derecho penal, es necesario contar con la racionalidad, objetividad e igualdad, con el objetivo de que sea utilizada como modelo de estudio para facilitar el empleo y la decisión de los casos que conoce en el sistema de justicia y propiciar así la seguridad jurídica”¹³.

Para Raúl Plascencia, la teoría es: “Es la metodología a utilizarse para la investigación de un hecho se constituye en el límite para el poder punitivo, que la misma asegura, que la imposición de una sanción no debe de llevarse a cabo sino no se cumplen con los distintos elementos que la integran, siendo estos los siguientes:

¹³ Girón Pallez, José Gustavo. **Teoría del delito**. Pág.38.

- a. Si no hay una acción humana y que la misma no se encuentra prohibida en la legislación.
- b. Debe de existir la lesión significativa a un bien jurídico tutelado.
- c. Es obligatorio, constatar si existió permiso legal para realizar el hecho.
- d. No se le puede reprochar al autor a título de culpa”¹⁴.

Es por ello, que en el transcurso del tiempo, han existido diferentes autores, que han incluido en sus definiciones los requisitos enunciados anteriormente, y es importante resaltar, que el concepto de teoría del delito, no ha sufrido mayores modificaciones en el pasar de los años.

En general se puede concluir, que la estructura básica debe de responder a un doble juicio de desvalor que recae en:

- a. La conducta humana y,

¹⁴ Plascencia Villanueva, Raúl. **Teoría del delito**, pág. 30.

b. En la desvalorización de la conducta del autor de un hecho trascendental para el derecho penal.

Con respecto a los juicios, para ser encuadrados en el hecho, es necesario incluir la acción y la omisión, los medios y la forma en las cuales se realiza, objetos y sujetos así como la relación causal y psicológica con el resultado; de igual forma, se debe de introducir la tipicidad y la antijuridicidad.

Asimismo, si la actuación es característica y contraria a la ley, se denomina injusto penal, el cual se constituye como el requisito mínimo para la reacción jurídico penal por parte del aparato estatal. Otro aspecto de importancia, es la culpabilidad; en la cual se encuentran, las facultades psíquicas del autor, su conocimiento del carácter prohibido de la acción u omisión; así como, la exigibilidad de un comportamiento distinto.

2.1. Concepto

Para José Gustavo Pallez indica: “Es una rama de la ciencia, que comprende una serie de elementos, lógicamente estructurados, creados a través de los estudios doctrinarios, que permiten analizar si una conducta humana, es constitutiva de violación de la norma jurídica. Para examinar; la acción criminalizada, es necesario establecer cuando es considerada una infracción”¹⁵. En este mismo sentido; por su importancia, se detallan a continuación los elementos que la integran:

¹⁵ Girón Pallez, **Ob. Cit**; pág.42.

- a. Acción o conducta humana: Es una manifestación de un hecho realizado por una persona consciente o inconsciente el que da como resultado una modificación en el mundo material.

- b. Tipicidad: Consiste en la descripción de un fenómeno por una norma y que se encuentra plasmada en el ordenamiento jurídico.

- c. Antijuricidad: Actuación, que infringe el precepto del Estado, que contiene una prohibición.

- d. Imputabilidad: Es la aptitud para conocer y valorar el deber de respetar un reglamento.

- e. Culpabilidad: Comportamiento de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche.

En este orden de ideas, se puede referir, que se encuentran diferentes elementos que integran el sistema de análisis; los cuales deben de ser revisados íntegramente, al momento de conocer cualquier conducta desviada; debido a que el incumpliendo de uno ellos, conlleva a la eliminación de conflicto criminalizado dentro del sistema de justicia penal.

Asimismo, en la aplicación del derecho penal, se debe de establecer de forma obligatoria en análisis de cualquier acción humana desde una metodología sistematizada, la cual da lugar a seguir un orden riguroso para determinar la violación de un derecho.

2. Fases del desarrollo de la teoría del delito

Actualmente existe un gran número de direcciones teóricas en el dogmático jurídico penal y esto provoca serias contradicciones y; a su vez, una confusión respecto de la definición más adecuada para los conceptos de las categorías fundamentales.

En este sentido, la importancia de este estudio preliminar del comportamiento radica, en que este mecanismo está concebido como un procedimiento, una metodología, un proceso dinámico que requiere de la utilización técnica que conduzca a establecer con objetividad, si un hecho es constitutivo de transgresión penal a la norma y si en la comisión del mismo existe o no autor con culpabilidad o se exime de ella.

Para poder comprender el avance de este análisis, es necesario adentrarse a la evolución histórica e identificar los siguientes períodos: Clásico, neoclásico y finalista; sistemas que tienen una explicación basados en diversos aspectos, mismos que son a su vez complementarios. Desde las distintas etapas de la evolución, se ha logrado determinar los elementos necesarios para la categorización de los elementos que

integran la metodología de análisis, a continuación se desarrollan las distintas etapas de la conceptualización de la teoría del delito.

2.3. Teoría clásica del delito o causalista

Se inicia a finales del siglo XIX, en donde los juristas estuvieron muy influenciados por la corriente del pensamiento científico del naturalismo, cuyos principios y postulados se fundamentaban en las ciencias físicas y biológicas.

Para Jorge Rosas Yataco, indica que esta fase: "...Se concibe a la acción como una conducta humana dependiente de la voluntad que provoca una consecuencia en el mundo exterior, la cual puede ser de puro movimiento físico; en el caso del delito de simple actividad, o bien de un desplazamiento seguido de un resultado"¹⁶.

Asimismo, las ideas que dieron nacimiento a esta corriente del Derecho Penal, tuvieron su más cercano e importante antecedente en las tesis expuestas en el libro del Márquez de Beccaria; obra que se basa fundamentalmente en la crítica a los abusos de su época. El autor propugna en su obra, los principios de: Racionalidad, legalidad, publicidad, igualdad, proporcionalidad de las penas, dignidad de las mismas, abolición de las sanciones inhumanas y degradantes, así como la pena de muerte y sobre todo la idea de que es más justo prevenir que penar.

¹⁶ Rosas, **Ob.Cit**; pág. 10.

En este sentido, esta corriente, entiende a la voluntad como al hacer causal, sin la posibilidad que tiene el ser humano de conducir el hecho así concebido, lo que da como resultado una característica totalmente objetiva. Lo que interesa, es constatar si el resultado producido por la acción y la relación de causalidad, no resulta en una actividad meramente descriptiva y objetiva.

2.4. Teoría neoclásica del delito

El campo jurídico al ser influenciado por la filosofía neokantiana, da al derecho penal un enfoque naturalista del positivismo científico. Con esta nueva corriente del pensamiento filosófico, se da énfasis a lo normativo y axiológico y a las cuales pertenece el derecho; en virtud de que su tarea, es la regulación de la conducta humana.

De esta forma, Jorge Rosas establece que en este período, el modo de pensar propio de esta fase, se determinó por: “La teoría de pensamiento derivada de las ideas neokantistas, que conjugadas con el método científico naturalístico; del observar y describir, restauró una metodología propia de las ciencias del espíritu”¹⁷.

En lo que se refiere al concepto de acción indica el mismo autor: “Se debilitó su concepción mediante el uso del término del comportamiento, el cual engloba la

¹⁷ Rosas, **Ob. Cit**; pág.11.

actuación de la voluntad humana en el mundo exterior. Con respecto a la tipicidad; se concibe como, la concepción puramente descriptiva y libre de valor; misma que resulta afectada por el descubrimiento de los elementos normativos, que requieren la atribución de un contenido de valor para alcanzar un sentido susceptible de aplicación”¹⁸.

Por otra parte, se descubrieron los elementos subjetivos del tipo, lo cual vino a superar por completo la concepción puramente objetiva y simplemente determinada por factores pertenecientes al mundo exterior.

2.5. Teoría finalista del delito

El planteamiento del finalismo, se vio determinado por la separación entre el mundo real y el derecho a la realidad del ser social. Por tal motivo, se elaboraron las estructuras lógico objetivas previas a toda regulación jurídica y se edificó el derecho sobre la base de la naturaleza de las cosas.

Para esta teoría, la acción es el ejercicio final de la actividad humana. En dichas condiciones, el hecho no es ciego; sino final y niega la posibilidad de que existan movimientos sin un objetivo y finalidad determinada de obrar consiente.

En esta etapa, cabe resaltar y en palabras de Rosas Yataco: “La división de dos fases, siendo la primera: La interna de la acción, en la cual se plantea; que el objetivo sea

¹⁸ Ibíd.

conseguido, empleando los medios adecuados para su consecución, y previene las posibles consecuencias; en la segunda, se refleja con la puesta en marcha de las actividades necesarias para alcanzar el objetivo principal y se presenta el resultado como posible”¹⁹.

Esta concepción se complementa con la teoría de los delitos de omisión, los cuales se conciben como una tercera forma general de aparición del hecho punible, al lado del delito doloso, y culposo de comisión.

2.6. Bien jurídico

La construcción de este concepto, en el derecho penal liberal, tiene como finalidad, la imposición de barreras infranqueables al Estado en el desarrollo de la política represiva.

En esta óptica, la concepción de bien jurídico fundamental, se construye como un criterio para la menor criminalización posible y mantener así la mayor extensión de la autonomía de las personas.

Desde este punto de vista, es también concebido en estrecha relación con la persona, individual o colectivamente considerada; como referente material de protección, y no

¹⁹ Rosas, **Ob. Cit**; pág.14.

una herramienta de conformación social, dirigida a promocionar la confianza en la norma jurídica.

Se trata entonces, de la materialidad y no de una realidad normativa o fenómeno sino de un instrumento constitucional que puede operar en la teoría del delito para valorar casos concretos. En conclusión, se puede definir como: “Son los intereses humanos relevantes de las personas que requieren protección penal. La seguridad de las instituciones se realiza solo cuando sea condición de posibilidad”²⁰.

En este sentido, el concepto, impone una limitación mayor a la potestad punitiva del Estado, ya que solo este puede seleccionar como delito las conductas con las cuales se evidencia la violación de derechos humanos. Este punto de partida, permite plantear el interés prevalente como base o fundamento de la discusión político criminal de la selección de bienes que se deben de proteger penalmente. Por lo tanto, el bien jurídico es un elemento del injusto, ya que es requisito de la acción que exige en la misma, una manifestación de determinado grado de lesividad de un ente o relación de convivencia.

Asimismo, Víctor José Castellanos, establece que la definición plantea dos dimensiones ligadas al componente político, siendo estas: “Una es su dependencia de la voluntad legislativa, y la otra es la necesidad de su valoración desde el punto de vista judicial”²¹.

²⁰ Plascencia, **Ob.Cit**; pág. 18.

²¹ Castellanos, **Ob. Cit**; pág. 98.

En relación a la idea de la concepción del derecho penal liberal, como se señaló anteriormente; tiene como función primordial, la imposición de límites; para comprender su significación en el derecho penal, es importante retomar la evolución histórica del bien jurídico. En primer lugar, este concepto ha estado sujeto a un sin fin de procesos de construcción teórica y de carácter ideológico, que algunos autores explican en el desarrollo y la lucha por un concepto de Estado.

Se trata entonces, de la edificación desde la transición basada en un principio monárquico, hasta la llegada de las reglas de la ley, y los límites de carácter constitucional al ejercicio del poder, pasando por el nacionalsocialismo. Por lo tanto, comprende un proceso en donde el derecho a vivir con dignidad, se logra cuando se es reconocido por las fuerzas del mercado como un ser útil.

Víctor José Castellanos indica que el autor de este concepto es: “Feuerbach”²² y quien al mismo tiempo; es considerado como el precursor de esta teoría, ya que individualiza el derecho penal subjetivo como objeto de protección y considera el delito como una lesión de un derecho subjetivo ajeno, a partir de las concepciones tributarias de la ilustración.

Asimismo, Castellanos establece que: “En el siglo XIX, Birnbaum aporta, desde una tesis liberal; pero partiendo de una crítica del autor arriba mencionado, quien sostiene que el conflicto no criminalizado no lesiona derechos sino bienes, y el objeto del ilícito

²² **Ibid.** Pág.98

por lo tanto, corresponde a la lesión de un bien y no del derecho, es por ello, qué el delito; en ese momento histórico, era considerado como toda laceración o puesta en peligro de ventajas atribuibles al querer humano. Sin embargo, este autor, no logró precisar el contenido, sobre la base del cual se pretendió construir una teoría material; aunque su planteamiento significó un avance científico que ayudó a establecer la distinción entre perjuicio y puesta en peligro, lo que coadyuvó a facilitar la clara diferenciación entre tentativa y consumación”²³.

Posteriormente, con el auge del positivismo que extrapola el método de las ciencias naturales a las sociales, y desde una perspectiva crítica exenta de enfoques valorativos, acepta los fenómenos como realidades y se limita a tratar de explicarlos, sin cuestionarlos, así surge la posición de Binding, para quien el delito importa una lesión del derecho subjetivo del Estado que le permite exigir obediencia de sus súbditos y actuar su potestad de imperio.

En el planteamiento, del concepto de bien jurídico no es algo natural; ni constituye un ente que vaya más allá del derecho, ni posee tampoco origen pre jurídico; sino que se traduce en una creación del legislador; en este sentido, la acción contraria a la ley implica una infracción al deber de obediencia y la desobediencia al precepto ya que es una lesión al derecho que en ella se contiene y como resultado se produce un racionalismo y una positivización extrema.

²³ **Ibid.**

Para Franz Von Liszt, como lo indica Aranda-Díaz Enrique: “El concepto de delito parte de la premisa de que no es un concepto exclusivamente jurídico; sino es una creación de la vida, un interés vital del individuo o de la comunidad, al cual la protección del derecho le confiere la categoría de bien jurídico; es por ello que en su tesis, no es un bien del derecho; sino de los hombres, un reflejo de la realidad social en el mundo, sujeto a revisión crítica y expuesta a constante desaparición, mantenimiento o modificación”²⁴.

En este sentido, el mismo autor establece: “Tiene una función de límite para el legislador, pero al tener este margen; el Estado; en cuanto decidía qué debía protegerse, suministró una herramienta poderosa al segundo imperio alemán para la construcción de una ideología del control penal. No obstante, Liszt señaló que los bienes jurídicos eran condiciones vitales de la comunidad estatal; dejando ver que tomaba muy en cuenta, las formas de la criminalización del comportamiento y las causas del surgimiento de la acción antijurídica”²⁵.

Con el concepto de bien jurídico, que se une con la tutela de la existencia humana; este investigador, problematizó la tendencia del legislador en la creación de medios legales; pero fue un esfuerzo que solo quedó reflejado en un programa, pues no se preocupó por explicar y comprender por qué una determinada sociedad, castiga una acción específica previamente establecida, y por qué se escogen bienes específicos para darles protección.

²⁴ Aranda-Díaz, Enrique, **Teoría del delito**. Pág.31

²⁵ Aranda-Díaz, **Ob.Cit**; pág.40.

Aranda-Díaz, establece que: “Mezger en la corriente del llamado causalismo valorativo, articula el este concepto neoclásico y define al elemento jurídico como el estado en que se halla el interés; medio que toma en cuenta el derecho, y que aparece como objeto de protección. De igual manera, su propuesta se puso al servicio del nacionalsocialismo y en el período de posguerra, da un giro hacia la dogmática y éste es planteado como un valor objetivo. Es por ello que Welzel, fue cuestionado por su supuesta complacencia con el régimen autoritario instaurado por el Tercer Reich, pero a pesar de esto realizó un aporte importante, ya que fundamento el sistema del ilícito sobre la base óptico natural e intentó hacer una conexión o un puente entre la realidad social y el modelo de protección”²⁶.

No obstante, más que una tutela de bienes jurídicos, se plantearon una reafirmación del valor de acto y la tarea de alcanzar la convicción en el derecho por medio de su reafirmación. Además, le asigna al derecho penal una función ético social y se trata de buscar un orden material de valores que más bien trascienden por sí mismos, lejos de la realidad social.

Otro autor de interés, según Aranda-Díaz, quien establece: “Es Armin Kaufmann quien logra una conexión entre la teoría del bien jurídico y el fundamento en de la norma; pero se queda también, al igual que Welzel, en el mundo de los valores, sin lograr descender, de manera convincente a la realidad social y su complejidad, también no

²⁶ Aranda-Díaz. **Op.Cit**; pág.40.

responde en forma satisfactoria como surgen las órdenes del legislador en una sociedad plural”²⁷.

Asimismo, indica el referido que Winfried Hassemer fundamenta el concepto como: “ Un precepto por medio análisis de la aplicación de los mecanismos del control social, los cuales permiten que el concepto de bien jurídico, emane de las condiciones sociales en donde surge el conflicto criminalizado, poniendo atención a los procesos comunicativos de la criminalización. Con su planteamiento, ha permitido volcar la atención a estos tratamientos advirtiéndonos al mismo tiempo del peligro de concentrar una teoría al sistema de los objetos de protección, o a su crítica a lo interno del sistema, o bien trascendiendo al mismo”²⁸.

En contexto guatemalteco, el concepto de bien jurídico útil y aplicable, en una concepción garantista del derecho penal, debe entenderse como un dato vinculado con la realidad, con el estudio de los procesos de criminalización y de funcionamiento del sistema de justicia penal. Además, debe ser analizado a la luz de herramientas de realidad que le dan sentido al uso del bien jurídico, tales como: El principio de proporcionalidad, lesividad, de intervención subsidiaria y de última ratio del derecho penal, y los criterios que inciden en la fijación de la pena.

²⁷ **ibid.**

²⁸ **ibid.**

2.7. Elementos del delito

En la doctrina se ha hablado de elementos positivos y negativos, siendo los primeros los que por sus características son indispensables, para que pueda determinarse la existencia de un hecho ilícito, y los segundos que tienen la virtud de excluir la punibilidad de la conducta. En este sentido; dado que la ley no contiene una definición expresa de lo que debe de entenderse como tal, deben de incluirse todos los elementos que integran la teoría jurídica.

En este sentido, para el autor Mezger delito es: “La acción antijurídica y culpable²⁹”. Este es un concepto dogmático y forma parte de las concepciones materiales; que dan lugar al análisis de las conductas prohibidas por la ley y en las cuales deben de llevar un orden lógico para determinar el castigo a la misma.

Para José Gustavo Girón Pallez, establece que la teoría del delito la integran los siguientes elementos:

- a. “La acción: Es el primer dispositivo necesario para determinar, si el hecho o conducta; es objeto del ilícito. El fenómeno delictual debe de estar acompañado por la voluntad humana, ya sea esta por omisión o por acción. Para el análisis de este componente se da a conocer en dos fases, una interna y otra externa. La primera solo sucede en el pensamiento mientras que la segunda nace a la

²⁹ Goldstein, Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminología**. Pág. 293.

vida existiendo siempre un resultado; este es el efecto externo del derecho penal.

- b. Tipicidad: Elemento característico del delito. Es la especie de la infracción penal que los juristas y tratadistas, conocen como encuadrabilidad o delito tipo; es la adecuación típica, la cual no debe confundirse con la derogación de facto de norma, ni tergiversarse los planos sociales y jurídicos. Ciertamente lo que es socialmente admitido; es decir que los comportamientos habituales en la sociedad, aceptados y practicados por la mayoría, no deberían ser típicos; pero sucede muchas veces que existe un desfase entre lo que las normas penales prohíben y lo que socialmente se considera adecuado.

- c. Antijuricidad: Es considerada como un elemento principal, le da la razón de ser a la culpabilidad, siendo esta la oposición del acto voluntario típico al ordenamiento jurídico. Esta condición se desarrolla forzosamente como la condición descriptiva establecida por la ley.

- d. La culpabilidad: Es la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir, la reprochabilidad del hecho, ya calificado como típico y antijurídico, fundada en que el autor conociendo la norma, decide violarla; y a raíz de su comportamiento es juzgado y sentenciado. En este sentido, para la composición de una sentencia no es suficiente que el hecho constituya un injusto y sea contrario a

la ley, es necesario que la conducta este encuadrada como reprochable a una persona imputable, que pudiendo haberse conducido de una manera y no lo hizo”³⁰.

Para estudiar estas características, es necesario incluir en ella la imputabilidad; que es la capacidad psíquica de una persona de comprender antijuridicidad de su conducta. Sin embargo, resulta ser un tema muy controvertido, ya que hay juristas que lo ubican en la teoría general del delito y otros en el trato del delincuente, por considerar que más que un concepto jurídico, es un psicológico, que cobra vida en el agente llamado delincuente; actitud que se encuentra alejada de la realidad, ya que esta característica, es un elemento positivo, que debe estudiarse dentro de la teoría general de delito ya que su función gira en torno a la exigibilidad de otra conducta y se cuestiona entonces si el agente pudo haber evitado el acto o disminuido sus efectos.

Del estudio y análisis de esta característica, deben determinarse tres ideas principales, siendo estas:

- a. Si el agente se encontraba en la capacidad psicológica para poder haber sido motivado por el contenido de la norma penal.

- b. Conocimiento previo de antijuridicidad del hecho.

³⁰ Girón, **Ob. Cit**; pág.25.

c. La exigibilidad de la actuación de manera distinta a la forma en que lo hizo.

De cumplirse positivamente cada uno de los enunciados anteriores y habiéndose demostrado la exigencia del injusto, existe en consecuencia la culpabilidad del sujeto. Con el análisis anterior, podemos concluir que para la teoría del delito; en el que hacer del proceso, y más concretamente; en el derecho penal, representa uno de los instrumentos más importantes para establecer la responsabilidad penal de una persona procesada por la supuesta comisión de un hecho delictivo.

En este sentido, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son las características comunes de todos los delitos; mismos que, no se encuentran desconectadas entre sí, sino que tienen carácter secuencial, una a continuación de la otra, en una relación interna que responde a las leyes lógicas.

De esta forma, el punto de partida será entonces la tipicidad; previa constatación de una acción u omisión humana, pues solo la conducta típica puede servir de base a las posteriores valoraciones.

Corresponde entonces; posteriormente al el examen de antijuridicidad decidir, si la conducta típica fue realizada o no conforme a derecho o si existe una causa de justificación. Una vez comprobado que la acción es encuadrable y antijurídica, se debe

verificar si el autor poseía las condiciones mínimas indispensables para atribuirle el hecho; es decir, si es culpable.

Asimismo, se debe de señalar una serie de parámetros que; en cada caso en particular, deben ser analizados con la finalidad de establecer, si se ha dado la afectación a un bien jurídico considerado fundamental.

Es por ello, que el estudio de cada uno de elementos, implica una tarea seria y cuidadosa, pero sobre todo técnica; ya que no podría concebirse una sentencia condenatoria en contra de una persona acusada, si antes esta pauta no ha sido analizada a la luz de lo que informa la teoría del delito, como medio idóneo para verificar el carácter delictivo. Precisamente por la importancia que representa, como método de análisis y garantía para la persona que es sindicada de un hecho ilícito; debe aplicarse a todas aquellas conductas investigadas como delictivas.

CAPÍTULO III

3. Violencia de género en Guatemala

En Guatemala, a mediados del siglo pasado se consideraba que la mujer no tenía la madurez necesaria para votar, no fue hasta 1945 que se le concedió el sufragio, pero sólo para las que acreditaban ser letradas.

Entonces en este ámbito, la violencia aludida es entendida como sumisión; la cual viene a justificarse desde la norma; es decir, se trata de un discurso en el que esa sujeción forma parte de la propia normatividad, de los primeros valores y de las formas de relación que la sociedad va instituyendo como modelos de vida en la modernidad.

Al referimos a este tema específicamente, se describen todas aquellas formas mediante las cuales se intenta perpetuar el sistema de jerarquías impuesto por la cultura patriarcal, se incluyen a todas aquellas construcciones que apoya la estructuración de jerarquías; es decir, que el trabajo de los hombres se considera verdaderamente productivo, mientras que lo realizado por las mujeres es solamente una aportación; todo esto da como resultado la naturalización de la violencia, la cual suele traducirse en expresiones populares que recogen la pauta cultural legitimadora.

De igual manera la violencia de género, es un concepto que se ha ido construyendo a través de los últimos años; debido a la posición de subordinación que algunos grupos en la sociedad ocupan, esta agresión tiene múltiples manifestaciones como por ejemplo: El abuso, servidumbre, tráfico y explotación sexual; incesto, el feminicidio, el aborto selectivo de fetos, la esclavitud y mutilación de genitales entre otros.

3.1. Regulación de la formas de violencia ejercida hacia mujeres y grupos en condiciones de vulnerabilidad

En el año 1996, se producen cortos inicios para la realización de algunas reformas en materia de violencia contra la mujer, siendo éstas las relativas a aumentos de las penas y disminución de las edades. Durante años, no existieron reformas significativas sobre este aspecto; sino fue hasta en el año 2005 que se declara con lugar la inconstitucionalidad del Artículo 200 de la Constitución Política de la República de Guatemala, referente al matrimonio entre la ofendida y el victimario para la extinción de la responsabilidad penal.

Posteriormente, en abril del año 2008 se aprueba la Ley Contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer; más tarde, en febrero del 2009 entra en vigencia el Decreto 09-2009 la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas; en ambas, se crean nuevas figuras penales y se modifican las sanciones establecidas.

En este sentido, la discusión sobre las penas a imponerse en estos delitos, en donde las mujeres son víctimas, ocupan actualmente la atención de todos los sectores, ya que está en constante debate lo referente al castigo a imponerse a aquellas personas que infringen las normas reguladas. En estos casos, la respuesta punitiva del Estado forma parte de las reivindicaciones de los derechos humanos y que incluso sin desconocer las formas de opresión que implican, entienden que resulta un recurso útil bajo la lógica del derecho penal mínimo.

3.2. Legislación penal vigente

El reconocimiento de la violencia contra las mujeres, es de reciente discusión y que ha tenido que vencer la resistencia a entenderla como algo que trasciende las fronteras del ámbito privado y doméstico. En esta materia, la crítica siempre ha subrayado que no es algo individual, sino que ha de entenderse como manifestación de la ancestral posición de inferioridad en un mundo regido por la lógica patriarcal.

En lo referente a lo que resguarda esta materia; vigente actualmente en Guatemala, que establece las condiciones en las cuales es ejercida la violencia dirigida a grupos en condiciones de vulnerabilidad; y en especial para las féminas, está compuesto por: La Ley Contra el Femicidio y otras formas de Violencia Contra la Mujer y Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas; ambas recientes en su creación y vigencia, como fue indicando con antelación.

3.2.1. Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer

Decreto Ley publicado el siete de Mayo del 2008, mismo que cobra vigencia a partir del 15 del mismo mes. En este cuerpo legal, se regula los aspectos relativos a la violencia contra la mujer, y en ella se establecen definiciones que determinan el contenido y alcance de términos, medidas de carácter, tipificación de tres delitos, resarcimiento de la víctima, obligaciones del Estado creación de fiscalías y juzgados especializados, entre otros aspectos. A continuación se hará el análisis a partir de los tres conflictos criminalizados que se regulan, siendo éstos:

- a. Violencia contra la mujer: Esta figura, sanciona penalmente las conductas de acuerdo con la Convención Belén do Pará y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer; regulaciones internacionales que prohíben, bajo amenaza de pena, la violencia física, psicológica y sexual contra las féminas. El bien jurídico tutelado en este delito, es la integridad como tal pero no en su vertiente corporal, la que se encuentra protegida por el delito de lesiones; sino en su expresión interna; puesto que comprende la capacidad de las personas de formar su voluntad, la auto determinación o auto disponibilidad.

Es así, como éste es establecido como un conflicto criminalizado especial propio de este género; es decir, que se requieren cualidades especiales en el

perpetrador para que se constituya el ilícito, ya que el sujeto pasivo deberá de ser siempre una mujer.

En estos casos, según lo establece el Artículo siete de la Ley Contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, establece: "...La persona responsable de será sancionada con prisión de cinco a doce años, en los cuales la violencia sea física o sexual; mientras que para la acción psicológica está tendrá una pena de cinco a ocho años respectivamente". De acuerdo con la gravedad del delito; en estos casos no son aplicables ninguna medida desjudicializadora.

- b. Violencia económica: Existe cuando uno de los miembros de la familia usa el poder económico para provocar un daño a otro o someter su voluntad; es una modalidad de agresión por la cual las víctimas son privadas o tienen muy restringido el manejo del dinero, la administración de los bienes propios o gananciales o tienen impedido su derecho de propiedad sobre los mismos.

De lo anterior expuesto, podemos determinar, que este hecho no se ha definido expresamente en ningún instrumento internacional, sin embargo, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer, si se refiere que se debe eliminar la discriminación en esta esfera.

La definición de esta acción, ha sido un argumento del cual se han aprovechado los perpetradores para restringir la libertad e igualdad de una persona, siendo estas generalmente de las féminas, para mantenerlas en la dependencia económica y sometimiento.

Entonces, es necesario e imperativo el análisis de esta forma de violencia, ya que es esencial la relación de poder; debido a que este hecho puede ser cometido en el ámbito doméstico como familiar y en situaciones del contexto público.

Como ya se indicó este tipo penal, está regulado en el Artículo ocho, con una sanción de cinco a ocho años, igual que el conflicto anterior, no se le aplicará ninguna salida alterna al proceso penal común.

- c. Femicidio: Podrá entenderse como el corolario del homicidio; en el primer caso se refiere a dar muerte a una mujer, y en el segundo, como es sabido, es regulado para una persona del sexo masculino; este último término, jurídicamente se entiende como el hecho de quitarle la vida a una persona, sin importar su sexo; esta neutralidad de la norma, afecta a las mujeres.

De lo anteriormente establecido, se expone en la norma un tipo penal distinto, el cual ha cobrado vida; ya que significa dar muerte a mujer solo por el hecho de serlo; todo esto

implica características distintas y se constituye en un crimen demostrativo como una sanción máxima y expresión de violencia extrema. Es precisamente el dolo específico el que diferencia de lo regulado en el código penal, como el parricidio y el asesinato, aunque existen algunas circunstancias comunes entre tales delitos.

Finalmente, es oportuno señalar que con la regulación analizada anteriormente, no fueron derogados los delitos contra la libertad y seguridad sexual así como aquellos contra el pudor, el orden jurídico familiar y contra el estado civil; los que implican violencia, sin embargo hay una serie de normas penales que deben de tomarse en cuenta al momento de la aplicación.

Es así, como se puede determinar, que todo proceso de reforma, lleva consigo una serie de etapas que deben de desarrollarse conforme lo establecido y las nuevas formas de conductas antijurídicas deben de analizarse a la luz de la teoría del delito.

3.2.2. Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas

El Código Penal vigente contiene varias modificaciones, siendo estas últimas las relativas a la violencia sexual, explotación y trata de personas, las cuales entraron en vigor en el año 2009. Estas reformas, llevan consigo las descripciones de conductas; así como, la ampliación del concepto de violencia, mismas las que se describen a continuación:

- a. Violación sexual: En esta norma penal, el sujeto activo puede ser cualquier persona, mayor o menor de edad; se considera agravada si concurren dos o más personas para la ejecución, o si el autor fuere pariente de la persona agredida; salvo la primera modalidad, se trata de supuestos en los que se constituye una variante típica especial impropia.

La inclusión, en la legislación de los hombres como agredidos; es un gran avance, debido a que es titular de bien jurídico de libertad sexual; la antigua regulación, permitía que se interpretará que lo que se protegía era el honor de la víctima y favorecía la idea de que únicamente las mujeres son “violables”³¹; cabe mencionar que con la reforma se da margen a una nueva forma de concebir la agresión, la cual viene a cambiar totalmente la concepción anterior, en la cual se contemplaba como violación únicamente la penetración del órgano sexual masculino en la vagina y a la fémina como único sujeto pasivo; excluyendo, en consecuencia, al varón mayor y menor de edad como lesionado de este hecho, lo que daba lugar a la impunidad de conductas graves, si no se lograba demostrar la penetración.

Con la Ley actual, se contemplan otras formas de cometer este hecho, ya que no se refiere exclusivamente a la regulada con anterioridad, sino que además se refiere a otro tipo de introducción de objetos o partes del cuerpo.

³¹ Morales, Hilda. **El derecho penal en Guatemala**. Pág.322.

- b. Asesinato y parricidio: Estos tipos de infracción, tienen la misma pena que el delito de femicidio, siendo ésta de 25 a 50 años de prisión; a este tipo de conflicto criminalizado no podrá concedérsele, la reducción por ningún motivo y tampoco gozar de ninguna medida sustitutiva, ya que la norma establece la protección de la vida.

- c. Abusos deshonestos: Anteriormente se hacía referencia a la honestidad de la víctima; actualmente se regula en los términos de abuso sexual y se denomina agresión sexual; esta figura, toma como base el derecho a la libertad y la indemnidad sexual de cada persona; que es el bien jurídico tutelado; asimismo, determina como a agredidas ha mujeres y hombres; el problema que representa es que la pena, está constituida con una sanción de cinco a ocho años, lo que se traduce en la aplicación del procedimiento abreviado o bien de que la pena sea conmutable.

- d. Contagio de infecciones de transmisión sexual: La norma actual contempla esta acción como conflicto criminalizado sexual, ya que de ser cometida por quien a sabiendas de que padece de la infección, expusiera a otra persona al contagio y será sancionado con prisión de dos a cuatro años; si la persona agredida fuere menor de edad, o con incapacidad volitiva o cognitiva, se aumentará la pena en dos terceras partes. La adecuación jurídica con respecto a la pena, es significativa en este caso, ya que se impondrá una pena de prisión y

anteriormente solo se contemplaba como multa, con esta nueva sanción es permisible la aplicación de un criterio de oportunidad.

- e. Violación a la intimidad sexual: Se considera cometido quien por cualquier medio, sin el consentimiento de la persona, atentare contra su intimidad sexual y se apodere o capte mensajes, conversaciones, comunicaciones, sonidos, imágenes en general, o representaciones gráficas de su cuerpo, para afectar su dignidad, será sancionado con prisión de uno a tres años, para esta figura, en la cual se aplica el mismo procedimiento que el delito anterior analizado.

En cuanto a los delitos de violación calificada, ha quedado derogado con ocasión de que la ley de femicidio, ya contemplaba estos aspectos; por otro lado han quedado abrogados: El estupro y raptó en todas sus formas y consecuencias, abusos deshonestos violentos y agravados, así como el delito de incesto propio, dando margen a que los mismos se regulen bajo otro perfil.

Continuando con el análisis de los delitos sexuales, se encuentran algunos que han sido totalmente variados de cómo estaban concebidos, y en los cuales se aplican penas más severas; y en otros casos se crean nuevas figuras; ejemplo de esto, es el contenido en el Artículo 192 del Código Penal, quedando derogado el delito de proxenetismo simple y el agravado dando una nueva visión de estos actos, imponiendo una pena de prisión de cinco a diez años y multa de cincuenta a cien mil quetzales,

siendo estas sanciones altas diferencia de las reguladas anteriormente; también, queda rescindida la ilustración de corrupción de menores de edad, simple y agravada.

El Artículo 193 del Código Penal, se regula el delito de actividades sexuales remuneradas, actualmente este hecho será sancionado con prisión de cinco a ocho años sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos; con esta sanción y con acuerdo previo con la víctima le es aplicable una salida alterna.

Con los Artículos anteriores, queda rescindido el conflicto criminalizado de rufianería, el cual solamente contemplaba la pena de una multa baja, y ahora con la reforma se separa los derechos de menores de edad con mayores de edad y se incluyen penas de prisión.

De igual manera, se corrige en el numeral 194, que antes era el de trata de personas; el cual conlleva a un castigo con prisión de seis a diez años y multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales, no teniendo ninguna atenuante o salida alterna del proceso; se adiciona el 195 con el cual se conciben nuevas figuras como el delito de utilización de actividades turísticas para la explotación sexual, comercial de personas menores de edad. En este caso, es importante tomar en cuenta este que se revela una de las formas en que los menores de edad están siendo explotados sexualmente.

Con la aprobación de los Decretos 09-2009 y 22-2008, en un principio ha sido un avance en la protección del bien jurídico libertad sexual. Sin embargo, la nueva legislación aún presenta fallas legislativas que se expresan en lagunas y contradicciones que deberían superarse a partir de la modificación.

Con los actuales delitos, se suprimen una serie de conflictos criminalizados como los son: Estupro, raptó y abusos deshonestos; reformas mismos que dieron lugar a una serie de discusiones, relativo a si estas conductas se encuentran incluidas dentro de la nueva tipificación del delito de violación.

Otro aspecto a tomar en cuenta, es la definición de violencia que se ejerce hacia las mujeres, ya que la misma es confusa y redundante; así como, también, la interpretación de la aplicación de salidas alternas al proceso penal común debido a las penas con las cuales están determinados los conflictos criminalizados.

Con el análisis anterior, se puede establecer que es necesario contar con programas de acompañamiento al sector justicia, ya que los mismos deben de tener en consideración las distintas normas penales, con el objetivo de satisfacer las necesidades e intereses de las víctimas de este de tipo delitos. Para poder concretar en la práctica, de estas regulaciones, es importante que la sociedad civil, se involucre en la auditoria social, con el objetivo de hacer valer los derechos establecidos en los cuerpos normativos establecidos en Guatemala.

CAPÍTULO IV

4. Aplicación de los mecanismos de salida al procedimiento común en casos de violencia sexual

Realizar un análisis de la violencia que sufren las mujeres, implica determinar el proceso histórico de ésta; los mitos, prejuicios, valores, sistemas normativos, en el ámbito privado y público; los modos de producción y las creencias que la han formulado.

En este orden, es oportuno señalar que se les ha segregado a ellas en razón de su sexo, concibiéndose por tal motivo, una división del trabajo y poco acceso a la justicia; así como, a los recursos y oportunidades de desarrollo.

Siguiendo con la misma idea, se puede establecer que la utilización del cuerpo, es el objeto principal de las féminas para determinar su inferioridad; y a lo cual se puede concluir, que ellas se encuentran en condiciones de desigualdad de poder, siendo por ello sujetas de vejámenes de esa práctica patriarcal.

En este sentido, la reforma al Código Procesal Penal introdujo una diversidad de mecanismos de salida, no existiendo consenso en cuanto a determinar cuáles deben considerarse como tales, para efectos del presente análisis, se bordaran las siguientes

salidas: Criterio de oportunidad, medicación, suspensión condicional de la persecución penal, conversión de la acción, procedimiento abreviado, sobreseimiento, clausura provisional y archivo.

4.1. Análisis en la legislación guatemalteca

La subsidiaridad constituye una de las características esenciales del sistema jurídico actual, lo cual está prescrito en los Artículos uno y dos de la Constitución Política de la República de Guatemala, mismos que estipulan que el Estado, se organiza para garantizar a los habitantes la vida, paz, seguridad y justicia; siendo su fin supremo el bien común y el desarrollo integral de la persona.

En este sentido, con la vigencia del nuevo ordenamiento procesal penal en 1994; se propuso, implementar otras formas de juzgar, ya que se reconoció las limitaciones materiales para enfrentar la conflictividad y violencia social.

Es por eso, que se incorporan los mecanismos de salida al procedimiento penal común, los que se definen como lo indica el autor, Alejandro Rodríguez: “Las formas legales de gestionar los conflictos criminalizados; estableciendo, una de las principales innovaciones y también de las más controversiales, ya que se cuestiona; por ejemplo, si

el empleo, estaría afectando garantías procesales, como el debido proceso y el principio de inocencia”³².

De esta forma se analiza, si estos modos de resolución al conflicto criminalizado responden a un modelo de política criminal democrático, ya que su objeto pretende el funcionamiento idóneo como la actuación medios para racionalizar la fuerza del sistema penal; es decir, optimizar sus recursos a través de una selección racional.

En este sentido, Alejandro Rodríguez, establece: “La reforma penal presentó una diversidad de mecanismos alternos, siendo éstos: Criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal, conversión, mediación y procedimiento abreviado”³³.

Asimismo se plantea, que para la configuración de los mecanismos simplificadores, es necesario identificar algunos problemas, los cuales se describen a continuación:

- a. Factor cultural: Se encuentra, por una parte que las pretensiones sociales con respecto a la justicia; se centra en la atención de la obtención de un castigo a la persona sindicada de la comisión de un delito, ya sea a través de la cárcel, multas e incluso la pena de muerte.

³² Rodríguez, Alejandro. **Mecanismo de salida al proceso penal común**. Pág. 8.

³³ **Ibid**, pág.11.

Además, se reflexiona si los funcionarios judiciales tienen una visión política criminal de favorecer una justicia retributiva; manifestada en el hábito instalado de calificar como exitosa la obtención de una sentencia condenatoria, siendo esta última una acción que adolece de una cultura de diálogo y consenso.

- b. Desconocimiento legal: Otro factor importante, se refiere al desconocimiento de los funcionarios de justicia de al no reconocer los beneficios de estas salidas y la efectividad en cuanto a la satisfacción de intereses de las víctimas.

- c. Factor Político: Se refiere a que tradicionalmente los gobiernos de turno han favorecido una política de mano dura, la cual se manifiesta en medidas y decisiones tomadas por el Estado para enfrentar los graves problemas de criminalidad e inseguridad que vive el país, creando la falsa imagen de favorecer la persecución penal para lograr el castigo a los delincuentes.

Las causas enunciadas anteriormente, establecen como resultado el poco reconocimiento de las medidas desjudicializadoras en la ciudadanía, ya que la percepción de la misma es el incremento de sentencias privativas de libertad.

4.2. Aplicación de los mecanismos de salida

Según datos oficiales obtenidos de la memoria de labores del Ministerio Público en el año del 2008, en la fiscalía de la mujer, se emplearon 17 criterios de oportunidad, cero suspensiones condicionales de la persecución penal, una conversión, 260 acusaciones, 306 archivos, 24 clausuras provisionales, 63 sobreseimientos y 206 traslados a juzgados de paz; mismos, que no son segregados por delito.

De las cifras presentadas anteriormente, se puede establecer, que los mecanismos de salida al proceso penal común, son de escasa utilización por parte del sistema, ya sea por la falta de conocimiento o por la poca información que se brinda en lo referente a la reparación.

En términos de delitos sexuales, el problema no se centra en la complejidad de pagar para no ir a la cárcel, sino que de alguna manera se trata de pagar por un uso sexual, con la diferencia de que éste no fue consentido.

En otras palabras, la indemnización económica en casos de delitos sexuales se realiza a través del sistema de justicia como sustitutivo de la persecución penal y equiparada a la reparación que se realiza por otros delitos menores también puede interpretarse como una cosificación de las personas que son víctimas de violencia sexual.

4.3. Criterio de oportunidad

Esta salida alternativa, emerge de la necesidad de seleccionar las causas de la conflictividad; ya que no se pueden atender por igual todos los casos, por lo cual se deben de elegir de manera adecuada los problemas que va a conocer el sistema de justicia. Está elección; anteriormente, se realizaba sin criterios legales establecidos; sino que sencillamente, se basaba en la arbitrariedad del fiscal, conllevando a un grave perjuicio de igualdad material y a la eficacia de la persecución penal sobre los hechos más graves.

A tal fin, Alejandro Rodríguez, define al criterio de oportunidad como: “La facultad que tiene Ministerio Público; bajo el control del juez, de no ejercer la acción penal debido a su escasa trascendencia social o mínima afectación del bien jurídico protegido”³⁴. De esta forma, para la aplicación del criterio de oportunidad, se debe de tener en cuenta una limitación; siendo la está, el marco máximo de sanción penal.

Para el empleo de esta salida alternativa al proceso penal común, es necesario observar lo referido en el Artículo 25 del Código Procesal Penal, mismo que indica en sus literales descritas a continuación, las condiciones necesarias para la aprobación de este mecanismo desjudicializador:

³⁴ Rodríguez. **Ob.Cit**; pág.22.

- a. Delitos no sancionados con pena de prisión, es decir los regulados con multa;
- b. Conflictos criminalizados perseguibles por instancia particular;
- c. Infracciones de acción pública cuya pena máxima fuere superior a cinco años; y
- d. Cuando la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima.

Por otra parte, es importante conocer la procedencia del criterio de oportunidad; ya que debe de tenerse en cuenta el interés público o la seguridad ciudadana y garantizar el respeto de los derechos humanos. De tal cuenta, en el caso, de la violencia ejercida hacia las mujeres, no se puede aplicar esta medida, sin antes responder a la atención integral en cada caso en concreto.

4.4. La mediación

Kenia Herrera, define la mediación como: “Es el acuerdo negociado entre el autor y la víctima de delito, pero con la ayuda y participación de facilitadores, quienes guían y

favorecen la solución del conflicto, para que las partes superen sus diferencias en forma pacífica”³⁵.

En cuanto, a las ventajas de la aplicación de esta forma de resolución pacífica, Herrera menciona las siguiente: “La facilitación de la reparación efectiva y el evitar las consecuencias negativas de la cárcel; para el establecimiento de esta figura novedosa en la legislación, es necesario contar con la anuencia de la partes involucradas”³⁶.

En el ordenamiento penal, el legislador optó en regular en Artículos distintos tanto la mediación como la conciliación; en ambos casos, se utilizan para facilitar la aplicación del criterio de oportunidad.

En este ámbito la creación de la mediación, rompe con el esquema tradicional del sistema de justicia, ya que el Estado se fundamenta en dar respuestas retributivas más que reparadoras.

En la actualidad, existe un amplio desconocimiento sobre su importancia; incluso se piensa que su aplicación se restringe a faltas o a procesos de naturaleza no penal, la cual trae como consecuencia su escasa utilización.

³⁵ Herrera, Kenia. **Métodos alternativos de resolución de conflictos**. Pág.7.

³⁶ **Ibid.**

Por esta razón, es importante tomar la posición de la agredida en el proceso penal, ya que para la aplicación de la conciliación, es necesario que se aborden algunos problemas para este efecto. Asimismo, se hace la crítica sobre el uso de esta figura en casos de violencia hacia la mujer; ya que el empleo de la misma, a criterio personal, responderá a las diferencias entre expectativas y necesidades; así como el restablecimiento del orden jurídico y social perturbado.

Por otra parte, el empleo de la conciliación; como mecanismo de salida al proceso penal común, no constituye un problema desde la ley, debido a que actualmente no es constitutiva de una pena, sino en realidad es una consecuencia independiente. En este sentido, se puede cumplir con metas racionales para la aplicación de la justicia pronta y cumplida, pero aceptada bajo dos condiciones: La primera, la cooperación con fines preventivos; y la segunda, que la misma no provoque una nueva expropiación de los derechos humanos.

En lo referente a la aplicación de esta salida alternativa como técnica, el ordenamiento penal contempla que son conciliables:

- a. El reconocimiento penal del cese de tramitación del proceso de delitos contra el honor si el acusado se retractare públicamente antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo y el ofendido lo aceptará, evento en el cual el perdón del ofendido extingue la penal.

- b. Si se obtiene la reparación del daño antes de dictarse sentencia.
- c. Que exista la restitución de la cosa y la reparación, para poder otorgar la libertad condicional.

En el derecho procesal penal, se puede aplicar esta figura al criterio de oportunidad, ya que éste incluye la mediación, posibilitando así la racionalización de la persecución penal en los delitos que afectan en forma mínima el bien jurídico. En el caso de la violencia ejercida hacia las mujeres; es aplicable esta figura, siempre y cuando la víctima haya recibido todo un tratamiento adecuado para enfrentar al agresor.

Por otra parte cabe destacar; a criterio personal que esta figura, solo es aplicable aquellos delitos en cuales no exista violencia física; es decir, solamente se puede consentir la mediación en la violencia económica.

4.5. Suspensión condicional de la persecución penal

Para el autor, Rodríguez Llobet establece que el termino tiene su origen en la institución del sistema anglosajón denominada: "Diversión que consiste en la desestimación de cargos por parte del fiscal bajo la condición de que el imputado preste su consentimiento para someterse; por un período de tiempo determinado, a un programa

de rehabilitación sin encarcelamiento y en cumplimiento de obligaciones que se le impongan”³⁷.

Otro autor de importancia es Alejandro Rodríguez, quien define esta institución como: “La salida alternativa al proceso penal común, por medio de la cual se detiene el ejercicio de la acción, durante un plazo establecido, mismo en el cual el imputado debe de cumplir con una serie de condiciones que le son impuestas y si al término del período no se ha violado el régimen, se produce la extinción de la acción penal y si se transgrede o incumple con las reglas establecidas, el tribunal tiene la facultad de revocar la medida y retomar la persecución penal”³⁸.

Resumiendo, se puede decir, que el objetivo de esta institución, es evitar al sindicado el desarrollo de un proceso en su contra, cuando la consecuencia del mismo posiblemente será la suspensión de la ejecución de la condena, Artículo 72 Código Penal.

En términos más sencillos, el autor Llobet indica: “A través de esta institución se persigue no solamente evitar la ejecución de la pena que se pudiera imponer, sino incluso evitar la misma persecución penal”³⁹. De esta manera, se elude la estigmatización que supone tener una condena y antecedentes penales, ya que se cumple con el objetivo político criminal de descongestionar el sistema.

³⁷ Rodríguez, Llobet. **Suspensión condicional de la persecución penal**. Pág.199.

³⁸ **Ibid**, pág.54.

³⁹ Rodríguez, **Ob.Cit**; Pág.228.

Sin embargo, existe un problema en cuanto al uso de la referida salida alterna; a pesar de los beneficios que aporta; su aplicación es mínima, actualmente el sistema de justicia sólo la aplica el uno punto dos por ciento en casos a nivel general y en casos de violencia hacia las mujeres en un cero punto veinticuatro por ciento, según la memoria de labores del Ministerio Público. Para el empleo de la suspensión condicional de la persecución penal, se puede identificar tres aspectos importantes para su uso, siendo estos:

- a. Normativo: El uso de la referida salida, lleva consigo una visión peligrosista, ya que la misma se basa en un derecho penal de autor que contradice los principios constitucionales.
- b. Cultural: Se hace referencia al proceder de los fiscales, ya que estos prefieren un procedimiento abreviado para obtener una sentencia condenatoria y luego aplicarla el referido mecanismo alterno.
- c. Estructural: Se considera, que existen pocas instituciones públicas o privadas, en las cuales el imputado pueda cumplir con el régimen de prueba. Esta ausencia, limita las posibilidades del juez de imponer las condiciones de la suspensión.

Por su parte, la procedencia de este mecanismo de salida, se encuentra regulada en el Artículo 27 y 72 del Código Procesal Penal y penal; respectivamente, para los cuales es necesario cumplir siguientes requisitos:

- a. En los delitos cuya pena máxima no exceda de los cinco años de prisión y delitos culposos. De acuerdo con el código anteriormente mencionado; para el cómputo de los cinco años, no se tomará en cuenta el aumento al cual se refiere el Artículo 61 del Código penal, el cual establece que para la aplicación debe de cumplirse con dos requisitos indispensables, siendo estos: Primero, que el empleo de la misma será únicamente a la persona que no haya sido condenada anteriormente por delito culposo y en segundo lugar, se debe de observar buena conducta y la constancia de trabajo duradero.

- b. Que la naturaleza del delito cometido; sus móviles o circunstancias no revelen peligrosidad, misma que no debería de ser valorada para negar esta salida; ya que el principio de culpabilidad lo impide.

De esta forma, para el uso de la suspensión condicional de la persecución penal, es necesario que el procesado este de acuerdo, repare el daño y admita la comisión de los hechos.

Asimismo, es importante tomar en cuenta, que no es necesario que la persona ofendida este de acuerdo con la aplicación de la misma. A tal fin, es preciso enunciar que actualmente esta figura, es aplicable al delito de negación de asistencia económica, misma que a criterio cumple con las necesidades de las mujeres víctimas de este conflicto criminalizado.

4.6. Conversión de la acción

El reconocimiento de los derechos de las personas ofendidas puede adoptar diversas modalidades, tradicionalmente el derecho penal guatemalteco, ha admitido la figura del actor civil o querellante. Esta posición legal incorporada, elimina el carácter público de la persecución y mantiene intacto el objeto propio del procedimiento común, cuyo objetivo es obtener la imposición de una sanción penal.

De esta forma, se excluye al Ministerio Público, de intervenir en aquellos casos en los cuales no existan intereses públicos vulnerados; y que por lo tanto, pueden ser tratados como delitos de acción privada.

Asimismo, para la víctima resulta conveniente un proceso en el cual tiene dominio del ejercicio de la acción, ya que se encuentra con mayores posibilidades para una negociación efectiva. La procedencia de esta salida, es que en aquellos casos en donde procede el criterio de oportunidad, y este no se ha concedido.

En este sentido, para que sea autorizada esta medida, como menciona Alejandro Rodríguez: “Es necesario que se calificada por el ente investigador, y que exista el consentimiento del agraviado y que el mismo garantice una persecución penal eficiente”⁴⁰.

En conclusión, los efectos principales de esta salida, es transformar la acción penal pública en privada. Por lo tanto, depende del agraviado y del ente perseguidor la no intervención del Estado, salvo para identificar al sindicado o determinar su domicilio, a petición del mismo.

Por ello una vez otorgado, no es posible que se transforme de una nuevo en una acción pública, porque su desistimiento provoca el sobreseimiento, según lo preceptuado en el Artículo 482 del Código Procesal Penal.

4.7. Procedimiento abreviado

El Código Penal, en concordancia con las tendencias político criminales más consolidadas de los últimos tiempos, a incorporado los mecanismos de simplificación del proceso penal común, mismos que buscan revertir el grado de burocratización heredados del sistema anterior. De esta forma, con la introducción de la presente

⁴⁰ Rodríguez, **Ob.Cit**; pág. 33.

salida, se busca consolidar formas procesales menos administrativas y orientadas a un modelo de carácter acusatorio.

De lo anterior se desprende que este mecanismo desjudicializador, sea un procedimiento especial, Alejandro Rodríguez, incide: “El procedimiento abreviado permite que el debate sea sustituido por una audiencia, ante el juez de primera instancia, lo que da como resultado la eliminación de la fase del juicio y por lo tanto la sentencia se dicta de forma más rápida”⁴¹.

Se trata entonces, de aplicar el procedimiento abreviado a aquellos casos en donde existe un consenso previo, sobre la admisión de un hecho y la pena. De esta forma, el uso de la misma conlleva a evitar la tramitación de un proceso en donde existe ausencia de las partes de llegar a un acuerdo; aunque pueden existir, discrepancias en cuanto a la valoración jurídica del mismo.

De esta forma, los supuestos de la utilización, se dan en base de los siguientes presupuestos: Primero, que la pena solicitada no sea mayor de cinco años; es decir, no importa cuál sea el castigo máximo en el marco penal, lo significativo es que el ente persecutor este de acuerdo con los elementos de fijación de la pena y segundo si la sanción a imponer no sobrepase el tiempo indicado con anterioridad. Lo importante es

⁴¹ Rodríguez, **Ob. Cit**; pág.69.

establecer, si el correctivo que se impone para el caso concreto, es o no inferior a la pena arriba mencionada.

4.8. Sobreseimiento

Mecanismo de salida al procedimiento penal común que le pone fin al proceso de una forma anormal. De allí, la legislación procesal penal vigente, establece la aplicación desde tres vertientes, siendo estas:

- a. No resulte evidente alguna de las condiciones para la imposición de la pena;
- b. Si a pesar de la falta de certeza, no existiere, razonablemente la posibilidad de nuevos elementos de prueba, y
- c. Si se tratare de delitos del régimen tributario, una vez se hubiere cumplido en forma total con la obligación del pago.

De esta forma se establece que el sobreseimiento provoca cosa juzgada, decretando en este caso el sobreseimiento cuando: Primero, si el hecho que se le atribuye al imputado no está calificado como delito o bien que el imputado no participo en la

ejecución del mismo, y segundo cuando no se puedan fundamentar la acusación y fuere imposible incorporar nuevos medios de prueba.

4.9. Clausura Provisional

Para Alejandro Rodríguez la clausura provisional la define como: “Es una de las formas de concluir la fase preparatoria, la cual procede cuando el acusador oficial o el particular en su caso no pueden acusar; es decir, cuando los elementos de prueba no son suficientes para fundamentar la acusación, pero es posible que se obtengan elementos nuevos para hacerlo posteriormente”⁴².

En este caso se deben mencionar y señalar concretamente, los medios que se esperan incorporar para la reanudación del proceso penal así como el tiempo necesario para ello. Cuando el juez o el tribunal competente decreten la clausura provisional del proceso, cesan todas las medidas de coerción que se hayan dictado en contra del procesado. Para solicitar el sobreseimiento del proceso debe de transcurrir un plazo de cinco años luego de haberse decretado la clausura provisional.

⁴² Rodríguez. **Ob.Cit**; pág.60.

4.10. Archivo

Es la facultad que tiene el Ministerio Público de poder disponer del archivo de las actuaciones; mismas que deben de ser notificadas a las partes. Esta figura procesal, procede cuando no se haya individualizado al imputado o se le haya declarado rebelde.

4.11. La reparación como fin de la aplicación de los mecanismos de salida al procedimiento penal común

Todo conflicto penal tiene su base en un problema social sin resolver entre un agresor que delinque y una víctima individual o colectiva.

De acuerdo al modelo de política criminal que un Estado adopte, se proyectará un determinado tratamiento del conflicto y violencia social a partir de principios y valores que el mismo contemple.

En este sentido, el establecimiento de estas políticas, requiere que el poder se restrinja a los casos verdaderamente graves; es decir, que se utilice como último recurso en el caso en que otros instrumentos jurídicos de política social no resulten suficientes para prevenir estos comportamientos. No obstante ello, se observa una frecuente y verdadera inflación penal que otorga mayores poderes penales a los operadores de

justicia del sistema punitivo, con la pretensión de responder a los reclamos de seguridad del ciudadano.

Sin embargo, la crisis de legitimación del sistema y en especial, de la pena privativa de libertad y su probada incapacidad para reinsertar socialmente al autor del delito ha determinado la búsqueda de nuevos caminos para solucionar estos problemas.

Entre estas transformaciones sustanciales, el ingreso del interés de las víctimas, a través de diferentes mecanismos jurídicos; como los son los mecanismos de salida al procedimiento penal común, adquiere una relevancia singular; en especial, en lo que se refiere a la reparación del daño.

En este caso, Ana Lucía Morán indica: “Debe de entenderse el pago del daño como cualquier solución que, objetiva o simbólicamente, restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y que satisfaga a la persona ofendida⁴³”.

De esta forma, se comienza a construir un modelo de justicia reparadora, la cual consiste en la ilicitud penal como la producción del daño; es decir, como la afectación de los bienes e intereses de una persona determinada.

⁴³ Morán Vásquez, Ana Lucía. **Reparación del daño**. Pág.5.

En este modelo, se percibe el delito más como un conflicto que como una infracción y otorga a la víctima un protagonismo en la resolución del caso penal más acorde a su condición de damnificada. Así se redimensiona el problema como interpersonal e histórico que enfrenta dos partes: a la persona ofendida y el victimario, y otorga un enfoque más profundo del conflicto al considerar su aspecto comunitario. La infracción penal enfrenta, entonces, tres partes: la comunidad, el victimario y la persona insultada.

Asimismo, este modelo propicia un diálogo entre las personas involucradas, y plasma la posibilidad de establecer mecanismos de solución que permitan el restablecimiento objetivo y simbólico de la situación del estado anterior. En este contexto, la relación, consiste en la satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria. En lo referente, a la legislación interna, no existe unanimidad en cuanto a la naturaleza de la reparación.

Actualmente; en éste sentido, existen varios puntos de vista para abordar el tema; el primero, propugna por interés del Estado en mejorar la condición o posición en que la víctima del delito ha quedado, no importando el restablecimiento de la relación, sino primordialmente la obligatoriedad del Estado a intervenir prestando ayuda, punto de vista que surge con el fundamento de la finalidad, cuya legitimidad se alega en la necesidad de brindar a la sociedad la protección de sus derechos y de sus bienes; situación que no cumple a cabalidad cuando se produce un delito contra las personas.

De igual forma, es factible distinguir desde otro punto de vista a la reparación como un medio ideal para sustituir a la cárcel como respuesta al delito y como mecanismo para evitar la desocialización que esta causa; ya que el ideal resocializador, indica que es un mecanismo que necesariamente implica una confrontación.

Otro punto de vista, es el que contempla, a la indemnización como el objeto y fin primordial de toda intervención social para tratar de resolver los conflictos cualesquiera que sean.

Los principales críticos de lo que anteriormente se establecieron; indican, que tienen que ver concretamente con el arreglo como única consecuencia de la comisión de un delito, siendo estos diversos; por lo tanto hay algunos en los que es aceptable, como medida justa de resolver el conflicto; pero así mismo hay otros cuya gravedad y complejidad hacen inaceptable la reparación como único mecanismo para resolver el mismo.

En este sentido, Lucía Morán, establece: “Al desaparecer toda forma coercitiva del Estado para dirimir las violaciones a los derechos de la sociedad y dejar que la misma humanidad de solución a estos, esta no va a utilizar mecanismos más violentos para la

solución de dichos conflictos criminalizados que la violencia estatal regulada hoy en día”⁴⁴.

De esta forma, es importante analizar las distintas formas de restauración en el campo del Derecho Penal y distinguir las diversas opiniones sobre la naturaleza de la misma. A continuación se describe el contenido de la compensación, desde la legislación:

- a. Como responsabilidad civil derivada del delito: Existe en la legislación guatemalteca un principio general el cual indica: “Toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente”, Artículo 112 Código Procesal Penal, asimismo se establece que: “El responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los años o perjuicios que le haya causado.” Artículo 1646 Código Civil. Estas dos disposiciones se complementan con la regulación contenida en el Código Procesal Penal en los Artículos 124 al 134. En los cuales se establece que la reparación debe ser solicitada formalmente, en la vía penal, por la persona legitimada para reclamar los daños o perjuicios ocasionados.

Por tal razón, queda a discreción del titular reclamar los daños y perjuicios dentro del proceso penal o mediante una causa distinta en un proceso civil ante dicha jurisdicción. Asimismo, se establece la facultad de que el actor civil, una vez

⁴⁴ Morán Vásquez. **Ob.Cit**; pág.10.

formalizada su participación dentro del proceso penal, renuncie o abandone dicha acción.

Por todo lo anterior, se puede indicar que la reparación como responsabilidad civil generada por la comisión de un delito o falta, requiere obligatoriamente de la sentencia judicial que la imponga, misma que es independiente a la responsabilidad penal. De tal suerte que la sentencia puede ser incluso absolutoria en cuanto a la primera y condenatoria en la segunda. En este sentido, para que el juez pueda dictar dentro de su sentencia la condena civil, es estrictamente necesario que se cumpla con lo que establece el Artículo 1648 del Código Civil, en cual se indica: “El perjudicado sólo está obligado a probar el daño o perjuicio sufrido.” De tal manera que mientras no exista una comprobación del daño y el monto del mismo, el juez no puede de oficio imponer la misma.

De esta forma; por ser producto de una sentencia judicial, la compensación será impuesta como condena en responsabilidades civiles y debe cumplir con todas las formalidades que un fallo condenatorio en esta materia requiere y, si se ejercita dentro del proceso penal, debe respetarse el debido proceso para que dicha condena sea válida. Esta regulación es la más tradicional y, debiera dejarse únicamente para aquellos casos en los que no es factible aplicar la mediación y la conciliación penal, o bien cuando éstas han fracasado.

- b. La reparación como anticipación al juicio: Una de las formas de contempladas actualmente en la legislación, es la de reparar como mecanismo de evitar el juicio.

Este consiste en un mecanismo por medio del cual se le permite al supuesto victimario poder llegar a un acuerdo de reparación. Esta modalidad, la encontramos en el procedimiento específico regulado para los delitos de acción privada en el Código Procesal Penal; a este tipo de reparación se le conoce con el nombre de reparación privada, no tanto porque corresponde a delitos de este tipo, sino porque, el arreglo, es un producto de la voluntariedad de las partes y no un producto judicial.

El Artículo 477; del referido código, establece en el segundo párrafo, que una vez admitida la querrela, el tribunal convocará a una audiencia de conciliación remitiendo al querrellado una copia de la acusación y añade que será celebrada ante el tribunal quien dará la oportunidad para que querellante y querrellado dialoguen libremente en busca de un acuerdo. El resultado de la audiencia constara en acta y se consignará lo que las partes soliciten.

- c. La reparación como medio de evitar la persecución penal: Es de carácter privado toda vez que es producto de un acuerdo entre las partes y no de una sentencia

judicial. A diferencia de la modalidad anterior se puede señalar el hecho que su fundamento principal, es la desjudicialización toda vez que se plantea como un mecanismo de evitar el desarrollo de un proceso penal común.

Este mecanismo es, quizá, el más cercano al modelo europeo de justicia reparadora, toda vez que prioriza la solución del conflicto mediante la satisfacción del interés de la víctima y del victimario, antes que el interés del Estado en retribuir o castigar una conducta prohibida. Debe tenerse presente en todo momento por parte del juez que el fin perseguido con esta modalidad, es obtener la restauración de la paz jurídica mediante el arreglo; en consecuencia no es ninguna limitante el hecho que este acuerdo se haya alcanzado directamente por las partes por medio del método de negociación, con la ayuda de un tercero ajeno al juez, o mediante la ayuda del juez directamente.

Con forme a lo mencionado anteriormente, algunos autores proponen la creación de un procedimiento penal de restitución independiente, para otorgar autonomía a la reparación, misma que debe de ser mediante una prestación voluntaria del autor. En este sentido, se establece el principio de voluntariedad; ya que esta, junto a la estabilización de la vigencia de la norma, ante todo sirve para la compensación personal entre el causante y la persona ofendida, que lógicamente solo puede tener lugar basada en una prestación voluntaria.

En conclusión, existen diversas formas de ver la restitución del daño, de las cuales podemos identificar las que a continuación se describen:

- a. Indemnización de daños frente al lesionado, terceros, en especial a aseguradoras, a las cuales haya sido traspasada la pretensión del lesionado;
- b. Prestaciones materiales, como pago en dinero a instituciones de utilidad pública;
- c. Regalos al lesionado o tributos inmatrimiales como disculpas o conversación de conciliación, y
- d. Prestaciones laborales.

En este sentido, se debe de tener en cuenta, que la restauración es el restablecimiento de la paz jurídica, cuando la compensación entre el autor y el lesionado o el ordenamiento jurídico infringido se ha conseguido totalmente a través de prestaciones o alguna otra forma de las mencionadas con anterioridad

La satisfacción de la aplicación de la rectificación del daño conduce a la renuncia de la pena, en caso de mera determinación de la culpabilidad; en particular, cuando sin tener en consideración el resarcimiento se aplicaría una pena privativa de libertad de no más

de un año. En este ámbito de regulación de la compensación, el castigo sólo entra en consideración en los infrecuentes casos excepcionales en los que sea imprescindible para influir sobre el autor y la generalidad.

Sin embargo, si la indemnización se produce de forma incompleta conduce a una atenuación obligatoria de la corrección. El que no sea completa puede deberse a que no se haya restablecido la paz jurídica, porque todavía hace falta una influencia preventiva sobre el autor o la generalidad. Por otra parte, si el arreglo es parcial porque el autor ha efectuado considerables prestaciones pero no haya subsanado totalmente los daños. Cuando el ejecutor no está en posición de prestar un último pago de los daños; en casos especiales, particularmente de leve culpabilidad, la enmienda de parte de los deterioros puede ser considerada como la compensación.

En este último caso, se prevé la posibilidad de admitir una enmienda completa cuando el causante ha hecho prueba de su esfuerzo serio por restaurar la paz jurídica, a través de otras restituciones exigibles, éstas serán determinadas, en cada caso en concreto en relación con la valoración de las demás circunstancias de determinación de la pena.

Con todo lo analizado con anterioridad, es importante tener presente nuevamente los delitos a los que les es factible la aplicación de un mecanismo de salida al proceso penal común, mismos que deben de precisarse, que la reparación penal; el cual es fin

último de los mecanismos alternativos, debe buscar la plena satisfacción de la personas ofendidas.

De esta forma, el hecho que las víctimas no estén totalmente satisfechas, da dudas de la actuación fiscal en estos casos porque si la persona afectada no está satisfecha en su totalidad el caso no está resuelto.

En este contexto, es importante resaltar la importancia de cierta creatividad en la actuación para buscar soluciones integrales y reflexionar sobre la posibilidad, capacidad y voluntad de parte del ente encargado de averiguar si el consentimiento fue libre de error, dolo, simulación o violencia; así como la metodología aplicada para hacerlo. Evidentemente el tema de la anuencia, requiere un análisis específico para cada caso, en especial cuando la ofendida es una mujer ya que se debe de valorar las posibles injerencias de parte de familiares, amigos e incluso el agresor.

En este sentido, cuando se aprobó el Código Procesal Penal, se incluyó entre los motivos para la extinción de la persecución penal lo regulado en el Artículo 32 la persecución penal se extingue: “6) Por la revocación de la instancia particular en los casos de delitos privados que dependen de ella y 7) Por la renuncia o por el abandono de la querrela, respecto de los delitos privados a Instancia de parte”. Se resalta que los delitos sexuales son de acción pública a instancia particular cuando la víctima sea

mayor de edad; en la actualidad y con las reformas del ordenamiento jurídico, está acción siempre será pública.

Asimismo, la importancia de la aplicación de salidas alternas, es que llevan implícita la conciliación; la cual no es recomendable para los casos de delitos sexuales, debido a que las mujeres no se encuentran ni emocional, mental y físicamente en condiciones para participar en un proceso de mediación o conciliación; ya que puede dar como resulta el menosprecio de sus derechos humanos.

También es un hecho, que cuando una fémina, ha sobrepasado todos los obstáculos; casi una carrera de impedimentos para denunciar una agresión, siempre es victimizada por los funcionarios que reciben la denuncia, lo que da como resultado, el poco interés de ella en seguir con el proceso.

Con respecto a los delitos sexuales, el problema es mucho más complejo porque no sólo se trata de pagar para no ir a la cárcel, sino que de alguna manera se hace referencia a la remuneración por un uso sexual, con la diferencia de que éste no fue consentido.

En otras palabras, la indemnización económica en estos casos es realizada a través del sistema de justicia como sustitutivo de la persecución penal y equiparada a la reparación que se realiza por otros delitos menores también puede interpretarse como

una cosificación de las personas que son víctimas de violencia sexual. Por ello, el daño ocasionado por este tipo de acciones es tomada en cuenta como un hecho menor por el que se puede pagar un monto de dinero como si fuera una cosa o un servicio cuando en realidad se trata de la integridad sexual de una persona.

En este sentido, las salidas efectivas que se pueden aplicar en delitos sexuales son el criterio de oportunidad, la suspensión condicional de la persecución penal, conversión, sobreseimiento y la acusación por procedimiento abreviado y común, siempre y cuando existan las condiciones adecuadas para el fortalecimiento de la mujer víctima de estos hechos.

La clausura provisional, desestimación y el archivo pueden clasificarse como respuestas de buena o mala calidad, dependiendo el caso específico, pero no son salidas efectivas. En cada caso debe analizarse cuál es la salida que debe aplicarse para que la respuesta sea la más adecuada posible para cada víctima. Por su parte, los casos objeto de desestimación no pueden considerarse como resueltos, ya que si bien ingresan, por ser faltas penales no son de su competencia, o por no ser constitutivos de delito.

Igualmente, el Artículo 327 del Código Procesal Penal que regula el archivo establece que el Ministerio Público pondrá por escrito el archivo de las actuaciones cuando no se haya individualizado al imputado o cuando se haya declarado su rebeldía. En otras

palabras, cuando sucede lo que establece la norma, el caso no se resuelve, sino simplemente queda impune.

En cuanto a la clausura provisional, se debe asumir este mismo criterio, ya que esta únicamente puede solicitarse cuando los elementos de prueba con que cuenta el Ministerio Público, resultaren insuficientes para requerir la apertura a juicio y cuando no se puede sobreseer el caso. En otras palabras, el órgano investigador no ha podido resolver el caso por falta de suficientes elementos de pruebas para requerir apertura a juicio y porque es razonable considerar que se puedan conseguir en un momento posterior.

En lo referente, a la reparación, es importante retomar, la atención que el Estado brinda a las mujeres víctimas de violencia sexual, ya que el mismo no se preocupa por la atención adecuada a las denunciadas ya que alude fundamentalmente a una serie de prácticas tendientes a culpabilizar y humillar a la denunciante, procediendo así una nueva agresión a la persona ya victimizada. De esta forma, es preciso tener en cuenta que al hablar de compensación, no debe de ser entendida como indemnización de los daños civiles, sino equivalente para una lesión de tipo penal, que no sólo incluye el resarcimiento de los daños materiales y morales sino que importa, también la compensación simbólica

De allí podemos definir la enmienda como cualquier solución que no afecte los derechos humanos de las personas, ya sea objetiva o simbólicamente, ya que el objetivo es la restitución de la situación al estado anterior a la comisión del hecho. Sin embargo, la reparación es, en algunos casos, imposible de cumplir como los es en los casos de violencia sexual; se trata, entonces, de introducir el resarcimiento al sistema de derecho penal, de tal forma que auxilie realmente a la víctima.

A tal fin, es preciso colocar la reparación delante de la pena; ya que puede ser relevante si se inserta dentro del sistema penal. El ámbito de su influencia debe de acotarse a los delitos leves y de mediana gravedad y excluir su aplicación aquellos delitos de grave impacto social.

CONCLUSIONES

1. La teoría general del delito, es una herramienta necesaria para la encuadrabilidad de un conflicto criminalizado, ya que asegura la imposición de una sanción a las personas sometidas al proceso penal común; sin embargo, al ser aplicada a un delito regulado en la Ley Contra el femicidio y otras formas de violencia contra las mujeres, los funcionarios de justicia no identifican otros elementos necesarios para su aplicación.
2. La aplicación de los mecanismos de salida al procedimiento penal, en los delitos regulados en Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia hacia la mujer así como en la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de personas, violentan los derechos humanos de las mujeres ya que las salidas alternas no responden en ningún momento a los intereses de las víctimas.
3. La regulación en materia de violencia hacia las mujeres, no establece expresamente la prohibición de la aplicación de mecanismos de salida al proceso penal común, lo que genera que los operadores de justicia apliquen métodos alternativos de resolución de conflictos a delitos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia lo que genera la violación de los derechos humanos de las féminas.

4. Es necesario que se mejoren las condiciones en las cuales se toman las denuncias de las mujeres víctimas de los delitos regulados en los distintos marcos jurídicos, ya que las situaciones actuales no son las apropiadas para que las mujeres se sientan seguras y confiadas en sistema penal, lo que da lugar a la victimización secundaria por parte del Estado de Guatemala.

5. La aplicación del criterio de oportunidad, la suspensión condicional de la persecución penal, conciliación, conversión y sobreseimiento, generan en la víctima sentimientos de injusticia, ya que el daño no es reparado a pesar de la responsabilidad que existe de castigar a los agresores y de brindar la atención y protección a las afectadas de los delitos regulados en la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia hacia la mujer.

RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, debe de garantizar la aplicación de la teoría general del delito al caso concreto por medio del análisis de los distintos tipos penales, en los cuales las mujeres son víctimas de violencia, ya que al ser examinados, se establecen elementos de poder entre la víctima y el victimario, el estudio es necesario para garantizar el derecho a la justicia.
2. Los funcionarios de justicia deben de identificar las ventajas y desventajas de la aplicación de los mecanismos de salida al proceso penal común, por medio del análisis concreto en los casos específicos, ya que la aplicación de los salidas desjudicializadoras tienen el objeto de reparar el daño y garantizar el derecho a la no repetición.
3. Los operadores de justicia deben de verificar; en los procedimientos establecidos, en qué casos se pueden aplicar los mecanismos de salida al procedimiento penal común y de ser positivo su empleo, se debe de contar con el libre consentimiento de la víctima para la reparación del daño.

4. Las unidades de capacitación del Organismo Judicial, Ministerio Público y Defensa Pública Penal, deben de establecer dentro de sus planes de estudio procedimientos adecuados para el tratamiento de las víctimas y en especial deben de formar a aquellas personas encargadas de atender a victimas mujeres con el objeto hacer conciencia sobre la violencia a las mujeres y los efectos negativos de la aplicación errónea de la aplicación de estas salidas alternas.

5. Los funcionarios de justicia deben de establecer por medio de resoluciones adecuadas la importancia que tiene el reconocimiento de la violencia hacia las mujeres en el sistema de justicia penal, ya que al hacer evidente esta problemática se genera la sensación de bienestar y de justicia en los procesos jurídicos, en cualquier materia en los cuales se trate.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho civil guatemalteco**. 6a. ed.; Guatemala: (s.e) 2006.
- ALBERTO OVANDO, Gladis Yolanda. **Derecho procesal penal. Implementación del juicio oral al proceso penal guatemalteco**. Guatemala: (s.e.) 1994.
- ALBERTO, Binder. **Política criminal democrática**. Guatemala (s.l.i.), (s.e.), (s.f.).
- ALMENDAREZ, Graciela y Antonio Alcántara. **Aplicación del criterio de oportunidad a casos de violencia contra la mujer**. Ed. Magna Tierra. Guatemala, marzo 2002.
- ARANDA-DÍAZ, Enrique. **Teoría del delito. Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos**. México 19 de abril de 2006. (s.l.i.), (s.e.).
- CABALLENAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed.Heliasta S.R.L, 1979.
- CASTELLANOS ESTRELLA, Víctor José. **El sistema penal en América Latina**. Republica Dominicana. (s.f.) (s.e.).
- CASTELLANOS, Carlos. **Derecho procesal guatemalteco**. Curso de procedimientos penales. Guatemala, Centro América; (s.e.), 1938.
- GIRÓN PALLEZ, José Gustavo. **Teoría del delito**. 1ra. ed.; Guatemala: Agosto de 2008.
- GOZAÍNI, Osvaldo. **Formas Alternativas para la resolución de conflictos**. Ediciones de Palma, Argentina, 1995.
- HEING, ZIPF. **Introducción a la política criminal**. Revista del derecho privado, Jaen España (marzo 1979).
- HERRERA, Kenia. **Métodos alternativos de resolución de conflictos**. (s.l.i.), (s.e.),(s.f.).

Las trampas del poder punitivo. Compiladora Birgin Haydee. Buenos Aires, Argentina, agosto 2000.

Más allá del derecho. Compiladoras Luisa Cabal y Cristina Mota. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, 2006.

MORÁN VÁSQUEZ, Ana Lucía. **Reparación del daño.** (s.l.i.), (s.e.),(s.f.).

MUÑOZ, CONDE Francisco. **Teoría del delito.** 2a. ed. Santa Fé Bogotá, Colombia: ed. Temis. 1999.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heleaste S.R.L., 1981.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del delito.** (s.l.i.), (s.e.),(s.f.).

RODRÍGUEZ, Alejandro. **Mecanismos de salida al procedimiento penal común.** (s.l.i.), (s.e.), (s.f.).

ROSAS, YATACO, Jorge. **El sistema acusatorio en el nuevo código procesal penal.** (s.l.i.),(s.e.),(s.f.).

TOCORA, Fernando. **Política criminal en América Latina.** 1ra. ed.; Colombia: 1990.

VARIOS, Autores. **Manual de derecho penal.** Guatemala: ed. Artemis Edinter. 2001.

Legislación:

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

Código Penal. Congreso de la República, Decreto 17-73. Guatemala, 1 de enero de 1974.

Código Procesal Penal. Congreso de la República, Decreto 51-92. Guatemala, 14 de diciembre de 1992.

Ley Contra el Femicidio y otras formas de violencia hacia la mujer. Congreso de la República, Decreto número 22-2008. Guatemala, 07 de mayo del año 2008.

Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Congreso de la República, Decreto 9-2009. Guatemala, 18 de febrero del año 2009.