

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

**LA CONCILIACIÓN VÍCTIMA - DELINCUENTE COMO UNA ALTERNATIVA DE
DESJUDICIALIZACIÓN**

ERICK JAVIER DOMÍNGUEZ SALAZAR



GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

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

**LA CONCILIACIÓN VICTIMA - DELINCUENTE COMO UNA ALTERNATIVA DE
DESJUDICIALIZACIÓN**

TESIS

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

Por

ERICK JAVIER DOMÍNGUEZ SALAZAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 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. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Edgar Mauricio García Rivera
Vocal: Licda. Mirza Eugenia Irungaray López
Secretario: Lic. Rodolfo Giovani Celis López

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Eloisa Mazariegos Herrera
Vocal: Licda. Eneida Victoria Reyes Monzón
Secretaria: Licda. Irma Mejicanos

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

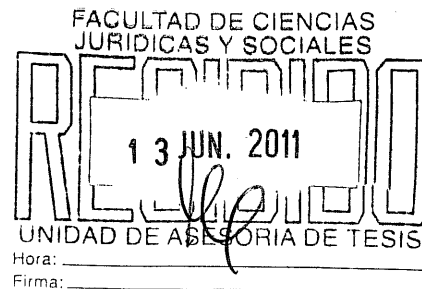
Lic. JUSTO RUFINO AGUILAR ZARCEÑO
Abogado y Notario
Asesor de tesis
Colegiado 2871



Guatemala, 13 de junio de 2011.

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

Estimado Licenciado Castro Monroy:



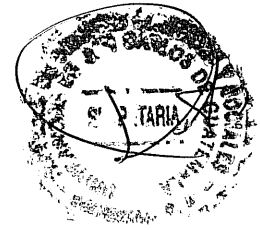
De acuerdo al nombramiento hecho a mi persona el 12 de mayo de 2011 procedo a emitir dictamen de asesor del Bachiller: ERICK JAVIER DOMÍNGUEZ SALAZAR, del trabajo de investigación de tesis, intitulado: **“LA CONCILIACIÓN VICTIMA - DELINCUENTE COMO UNA ALTERNATIVA DE DESJUDICIALIZACIÓN.”**, propuesto por el Bachiller Domínguez Salazar en consecuencia me permito emitir el siguiente;

DICTAMEN:

En el trabajo de tesis del Bachiller, puede evidenciarse que reúne los requisitos académicos que el caso amerita, debido a que su contenido manifiesta un carácter científico y técnico, elaborando un estudio serio y objetivo sobre la realidad jurídica que prevalece hoy en día sobre la conciliación entre la víctima y el delincuente y se busca con esta investigación una alternativa para desjudicializar el sistema penal en tribunales, así también previa revisión del mismo he sugerido hacer correcciones de

8ª. CALLE 2-25 Barrio el Cerrito, Puerto de San José
Escuintla.
Teléfono: 53010784

Lic. JUSTO RUFINO AGUILAR ZARCEÑO
Abogado y Notario
Asesor de tesis
Colegiado 2871



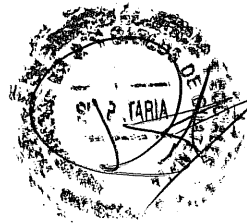
tipo gramatical y de redacción, que considere en su momento eran necesarias. En cuanto al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico-social de actualidad, esto tomando en cuenta que en sus conclusiones y recomendaciones se evidencia el fin principal de la tesis que es encontrar los mecanismos para lograr la conciliación víctima - delincuente; en igual forma la recolección de información realizada por el estudiante es de apoyo en su investigación ya que el material es actualizado.

La utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliografía comprueba que se hizo la recolección de bibliografía adecuada

En consecuencia la investigación del Bachiller reúne los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público; por consiguiente se emite DICTAMEN FAVORABLE, a efecto que el mismo pueda continuar con el tramite correspondiente para su posterior evaluación.

Me suscribo de usted, deferentemente.

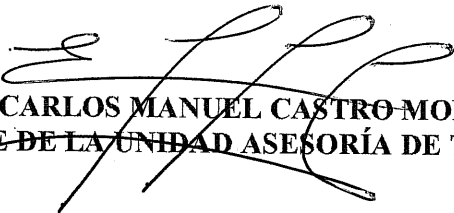
8ª. CALLE 2-25 Barrio el Cerrito, Puerto de San José
Escuintla.
Teléfono: 53010784



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MANUEL EDUARDO DE LEÓN BLANCO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ERICK JAVIER DOMÍNGUEZ SALAZAR, Intitulado: "LA CONCILIACIÓN VÍCTIMA-DELINCUENTE COMO UNA ALTERNATIVA DE DESJUDICIALIZACIÓN".

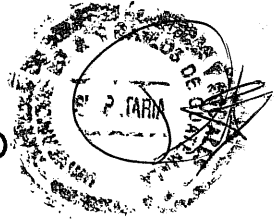
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración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


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



cc. Unidad de Tesis
CMCM/ragm

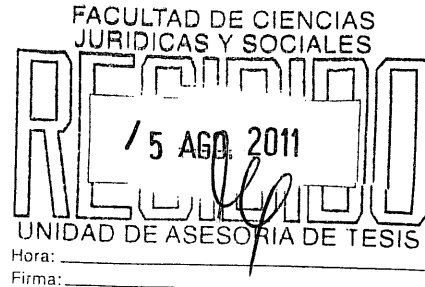
Lic. MANUEL EDURDO DE LEON BLANCO
Abogado y Notario



Guatemala, 5 de agosto de 2011.

Señor:

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



De manera respetuosa y atenta informo a usted que procedí a revisar la tesis elaborada por el estudiante ERICK JAVIER DOMÍNGUEZ SALAZAR, titulada como: **“LA CONCILIACIÓN VICTIMA - DELINCUENTE COMO UNA ALTERNATIVA DE DESJUDICIALIZACIÓN”**, propuesto por el estudiante por lo que me permito informar;

1. El trabajo desarrollado por el Bachiller, reviste de mucha importancia ya que en nuestra legislación la conciliación, es el primer paso para desjudicializar el proceso penal, verbigracia para evitar un proceso penal que finaliza con una sentencia absolutoria o condenatoria. Se hace evidente que la investigación es de carácter jurídico científico, tratándose del tema ya descrito, se puede decir entonces que es un fenómeno social que merece atención y estudio esto con el fin de encontrar soluciones a la problemática que surge en estos momentos de la conciliación victima – delincuente que propone el Bachiller. Así mismo de conformidad con el método analítico, descriptivo y jurídico, el primero para estudiar y analizar la doctrina aplicable y el segundo debido a que la investigación propuesta se basa en hechos actuales y directos, y el tercero utilizado en la interpretación de leyes indicadas en el tema propuesto. Y las técnicas a las que recurrió fueron la bibliográfica y documental, utilizadas al recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.

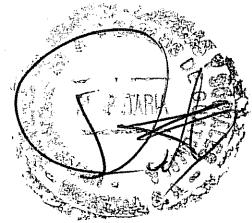


2. Dentro del trabajo de investigación se hacen propuestas para aplicar mecanismos de conciliación por parte de las autoridades judiciales, para poder cumplir e implementar disposiciones legales atinentes a cada caso y desarrollar en forma amplia la conciliación víctima – delincuente como una alternativa de desjudicialización. Es por ello que se deja constancia que el Bachiller, utilizo las técnicas documental y bibliográfica por medio de las cuales profundizo su investigación merece también mención el hecho de que manejo los métodos inductivo y deductivo. El trabajo de investigación al ser debidamente revisado cumple con todos los requisitos exigidos en cuestión de redacción, y las reglas básicas de ortografía. Así mismo fueron corregidas algunas partes en las cuales se encontró errores de redacción, las conclusiones son congruentes con las recomendaciones y constituyen un hallazgo importante y de gran utilidad para los estudiosos del Derecho Penal y Procesal Penal. La bibliografía nacional e internacional se refiere a los temas y subtemas tratados en el desarrollo de la tesis. Los libros, en los cuales esta fundamentada en gran parte la investigación, son de autores de nivel académico reconocido y de gran experiencia, minuciosamente escogidos por el ponente, para enriquecer la investigación.

En esa virtud concluyo informando a usted que de la revisión encomendada sobre el trabajo de investigación hecho por el estudiante, cumple con los requisitos que exige el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por consiguiente me es grato emitir Dictamen Favorable por lo que es procedente ordenar su impresión y poder discutir el trabajo en el respectivo Exámen Público de Tesis.

Sin otro particular,

Lic. MANUEL EDUARDO DE LEON BLANCO
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cuatro de octubre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ERICK JAVIER DOMÍNGUEZ SALAZAR, Titulado LA CONCILIACIÓN VICTIMA – DELINCUENTE COMO UNA ALTERNATIVA DE DESJUDICIALIZACIÓN. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh





DEDICATORIA

A LA VIRGEN DE GUADALUPE:

Por escuchar mis oraciones e interceder ante su hijo Jesucristo, por este día tan especial de mi vida.

A MIS PADRES:

Oswaldo Velásquez Salazar y Reina Margarita Salazar Murga, por sus sabios consejos y estar conmigo en las buenas y las malas.

A MI ESPOSA:

María Eugenia López Recinos de Domínguez, le doy las gracias por ser mi esposa y apoyarme en este gran proyecto de mi vida.

A MIS HIJOS:

Steven y Michael, por su paciencia

A MIS HERMANOS:

Oscar, Ramón, Marcelo y Lilian, por ser el ejemplo a seguir y que siempre estuvieron cuando más los necesité

A:

Todas las personas que ayudaron a mi formación profesional.

A:

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

ÍNDICE



Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

1. El Ministerio Público.....	01
1.1. Concepto de Ministerio Público.....	02
1.2. Funciones en el proceso penal guatemalteco del Ministerio Público.....	04
1.3. El querellante.....	06
1.4. Tercero civilmente demandado.....	12

CAPÍTULO II

2. Sujetos del proceso penal.....	15
2.1 El imputado.....	19
2.2. Defensa técnica, el defensor.....	24
2.3. Disposiciones legales que se refieren a la defensa.....	29
2.4. La víctima.....	31
2.5. El juez contralor de la acción penal.....	31
2.6. El acusador.....	32

CAPÍTULO III

3. Principios y garantías del proceso penal guatemalteco	35
3.1. Características.....	37
3.2. Favor Rei.....	43
3.3. Favor libertatis.....	45

CAPÍTULO IV

4. Conflicto obrero, patronal.....	55
4.1. Trazando un mapa del conflicto obrero, patronal.....	56
4.2. Las relaciones de poder entre las partes.....	59



	Pág.
4.3. Segunda fase del conflicto, el proceso de organización de las partes.....	59
4.4. El problema de la percepción del comportamiento.....	60
4.5. La dinámica del conflicto.....	60
4.6. Tercera fase de un conflicto, la búsqueda de una solución.....	61
4.7. Modalidades de resoluciones.....	62
4.8. El manejo de las negociaciones y del dialogo entre las partes	62
4.9. Promoción de las negociaciones y del dialogo entre las partes.....	63
4.10. Los diferentes métodos de negociación.....	64
4.11. La mejor alternativa para negociar un acuerdo.....	65
4.12. Los diferentes métodos de negociación.....	67
4.13. Mediación.....	67
 CAPÍTULO V 	
5. La conciliación víctima y delincuente.....	81
5.1 Estudio jurídico de la conciliación en casos concretos.....	83
5.2. Reparación del daño causado a la víctima.....	85
5.3. La Conciliación víctima delincuente.....	88
5.4. Principales puntos que favorecen la conciliación víctima delincuente.....	89
5.5. Pretensión de la conciliación víctima delincuente	90
5.6. Ante quién se realiza la conciliación.....	98
 CONCLUSIONES.....	 117
RECOMENDACIONES.....	119
BIBLIOGRAFÍA.....	121

INTRODUCCIÓN



Uno de los aspectos del presente trabajo, que motivó a investigarlo es la relación tan extraña de la víctima y del delincuente, consecuentemente conocer qué pueda suceder de esta relación con derecho, existe muy poco escrito al respecto de este tema y lo que se encuentra está orientado hacia el fortalecimiento y el redescubrimiento de las víctimas y su papel en el derecho penal el cual puede ser abordado, y lo será sin duda en estos días desde diferentes ángulos.

El análisis de la desprotección de las víctimas en Guatemala, a la llamada víctima dogmática, o al análisis del importante papel que las víctimas desarrollan en la denuncia y del conocimiento de los delitos, que son temas de vital importancia. Pero lo serían también, y sólo por citar algunos, el rol de la víctima como fuente alternativa del conocimiento de la criminalidad a través de las encuestas de victimización, o su importancia en el terreno de la prevención y la política en torno a la seguridad ciudadana.

El problema que se investiga es importante por encontrarse en los albores de un juicio y depender de la conciliación, la continuación de una acción, por parte de la víctima o del Estado a través del Ministerio Público por lo que vale la pena su investigación, es por consiguiente interesante hacer notar que puede destacarse la relación existente entre esta extraña pareja víctima y delincuente, aunque ello sea abordado de forma totalmente opuesta según se entienda las diferentes posturas.



La metodología empleada en la investigación se basó en los métodos: deductivo e inductivo. Dentro de las técnicas empleadas cabe mencionar que en la investigación bibliográfica o documental se utilizó el fichaje y el marginado.

El presente trabajo para su comprensión en relación a la llamada conciliación víctima y delincuente cuenta de cinco capítulos: El primer capítulo desarrolla: El relacionado a la concepción del Ministerio Público y sus funciones, el querellante y el tercero civilmente demandado; El segundo capítulo cuenta con: Los sujetos procesales, identificados en cada tema; El tercer capítulo desarrolla: los principios y garantías del proceso penal sus características; El cuarto capítulo indica: La problemática de los conflictos obrero patronal tema en el cual se relaciona con tipos de negociación, manejo, promoción del diálogo de las partes y alternativas y métodos de la mediación.; y concluyendo con el quinto capítulo con que se relaciona con la conciliación víctima y delincuente, el estudio jurídico de la conciliación en casos concretos, de la reparación de daños la conciliación victima y delincuente, la pretensión y ante quién se realiza la conciliación.

Lo que se espera en el presente trabajo es ofrecer una importancia de la víctima y de su estudio desde diferentes ángulos del derecho y ofrecer una visión diferente y complementaria al derecho penal, en espera que el contenido de este trabajo de investigación sea de interés para los lectores, especialmente estudiantes y profesionales del derecho

CAPÍTULO I



1. El Ministerio Público

El Ministerio Público, de acuerdo y acertadas reformas constitucionales que regulan su funcionamiento, anteriormente se encontraba asignando a la Procuraduría General de la Nación de Guatemala, consignado al Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala.

Siendo el año de 1993 en que el Estado de Guatemala, dio un giro sustancial en la forma de organizar el sistema penal, para enfrentar la criminalidad en el ordenamiento jurídico guatemalteco, dividió las tareas de juzgamiento, investigación y persecución penal en distintos órganos para establecer un sistema de pesos y contrapesos que permitiera eliminar las arbitrariedades y el abuso de poder que se observó durante la vigencia del sistema anterior, se constituyó en un órgano autónomo encargado de ejercer la persecución y la acción penal pública.

El Código Procesal Penal que entró en vigencia en 1993, trajo consigo una serie de funciones y responsabilidades para el Ministerio Público, resumiéndose todas ellas en dos grandes áreas: facultades de dirección de la investigación en la denominada etapa preparatoria y, las facultades de acusación para el ejercicio de la persecución penal propiamente dicha.



La Constitución Política de la República de Guatemala en el “Artículo 251. Indica que el Ministerio Público, es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país.”

El Diccionario jurídico mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, refiere “al Ministerio Público de una manera más amplia, pues hace mención de sus características así como de sus funciones en forma general.”¹

1.1 Concepto de Ministerio Público

La Ley Orgánica del Ministerio Público, establece la siguiente definición en el “Artículo uno, sobre dicha institución, la cual indica: El Ministerio Público es una institución con funciones autónomas, promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública; además velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. En el ejercicio de esa función, el Ministerio Público perseguirá la realización de la justicia, y actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad, en los términos que la ley establece.”

¹Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Diccionario jurídico mexicano**. Pág. 96



El ministerio público es el ente, que por mandato constitucional y en representación del Estado de Guatemala, tiene como función primordial, el ejercicio de la acción pública y hacer cumplir las leyes del país.

Es importante resaltar que tanto en la Constitución Política de la República de Guatemala, como en la Ley Orgánica del Ministerio Público, sobresale que dicha institución, tiene funciones autónomas, es decir que en el ejercicio de la acción penal, tiene autonomía de criterio, pero además, también se refiere a que no está supeditado a ningún organismo del Estado.

El diccionario jurídico del maestro Manuel Ossorio, indica: "Ministerio Público es llamado asimismo ministerio fiscal, es la institución estatal encargada, por medio de sus funcionarios, fiscales de defender los derechos de la sociedad y del Estado."²

Por su parte Leopoldo de la Cruz Agüero, define al Ministerio Público como "la institución u organismo de carácter administrativo, perteneciente al poder ejecutivo federal o estatal, en su caso, cuyas funciones, entre otras son las de representar a la federación o al estado y a la sociedad en sus intereses públicos; investigar la comisión de los delitos y perseguir a los delincuentes."³

² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 651

³ De la Cruz Agüero, Leopolda. **Procedimiento penal mexicano, teoría, práctica y jurisprudencia**. Pág. 50



De acuerdo con Colín Sánchez: “El Ministerio Público, es una institución dependiente del Estado, específicamente del poder ejecutivo, que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignen las leyes.”⁴

Para el Doctor Luis Alexis Calderón Maldonado: El Ministerio Público “posee la facultad de ejercer la acción penal pública y es titular de la pretensión punitiva del Estado, por ello, es un sujeto esencial de la relación procesal penal.”⁵

Además se manifiesta que el Ministerio Público puede definirse “como una institución constitucional auxiliar de la administración pública y de los tribunales con relación de coordinación con el primero y con relaciones de articulación con el segundo y que en el ejercicio de sus funciones goza de autonomía.”⁶

1.2 Funciones en el proceso penal guatemalteco del Ministerio Público

El Ministerio Público inicia su función desde el momento en que tiene conocimiento de un hecho delictuoso integrando así la averiguación previa, el conocimiento de dicho ilícito es un requisito de procedibilidad para que pueda o no ejercitar la acción penal en

⁴ Colín Sánchez, Guillermo. **Derecho mexicano de procedimientos**. Pág. 48

⁵ Calderón Maldonado, Luis .Alexis. **Materia de enjuiciamiento criminal**. Pág.148

⁶ Villalta, Ludwin. **Ministerio Público de Guatemala, un estudio histórico, comparativo, descriptivo y propositivo**. Pág. 456



contra del inculpado ante el órgano jurisdiccional, de no existir denuncia, acusación o querrela, nadie podrá sustituir su función.

El conocimiento que tiene el Ministerio Público del hecho que se estima delictuoso puede ser en forma directa o indirecta, por conducto de cualquier particular o por cualquier elemento de policía, por lo que cabe hacer mención de lo que es la denuncia, la querrela y la acusación.

Al Ministerio Público le corresponde ejercer la persecución penal, en los delitos de acción pública, durante la fase preparatoria, porque tiene la obligación de promover y dirigir la investigación, y la ejecución de las resoluciones y sentencias que el tribunal dicte; esta actividad debe realizarla de oficio en todos los delitos de acción pública, conforme a los mandatos del Código Procesal Penal, la Constitución Política de la República, la Ley Orgánica y los Pactos internacionales y dentro de los Artículos 24, 24 Bis, Ter, Cuater del Código Procesal Penal.

Derivado de la reforma constitucional anteriormente aludida, el Ministerio Público, se constituye como un órgano autónomo, encargado de ejercer la persecución y la acción penal en representación del Estado.

En ese sentido, el Código Procesal Penal guatemalteco, que entró en vigencia también en el año 1993, trae dentro de sus preceptos una serie de funciones y responsabilidades propias para el Ministerio Público como ente encargado de la



persecución penal, las cuales de forma breve a criterio del ponente, pueden resumirse en dos:

- a) La dotación para los agentes del Ministerio Público que sean designados, de facultades específicas para realizar la investigación en la etapa preparatoria y;
- b) La facultad de acusar en el ejercicio de la persecución penal en representación del Estado de Guatemala.

Tomando en consideración las reformas tanto constitucionales como procesales anteriormente mencionadas, se concibe al Ministerio Público como un órgano autónomo, consecuentemente se hizo necesario emitir el Decreto No. 40-94 Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece dentro de sus preceptos: los principios básicos de su funcionamiento, organización

1.3. El querellante

En derecho guatemalteco, es querellante el particular que produce querrela para provocar un proceso penal o que se introduce en un proceso en trámite como acusador, estando legalmente legitimado.



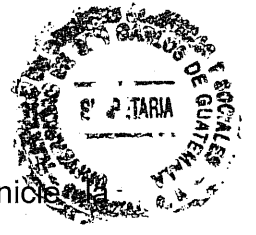
El Diccionario de Manuel Ossorio, indica con relación “que el imputado es la persona señalada como autor o participe de un hecho delictivo, pero que tiene derecho a todas las garantías constitucionales.”⁷

De conformidad con el “Artículo 302. Querrela. La querrela se presentará por escrito, ante el juez que controla la investigación deberá contener:

- 1) Nombre y apellidos del querellante y, en su caso, el de su representado;
- 2) Su residencia;
- 3) La cita del documento con que acredita su identidad;
- 4) En el caso de entes colectivos, el documento que justifique la personería;
- 5) El lugar que señala para recibir citaciones y notificaciones;
- 6) Un relato circunstanciado del hecho, con indicación de los partícipes, víctimas y testigos;
- 7) Elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidas; y,
- 8) La prueba documental en su poder o indicación del lugar donde se encuentre.

Si faltare alguno de estos requisitos, el juez, sin perjuicio de darle trámite inmediato, señalará un plazo para su cumplimiento. Vencido el mismo si fuese un requisito indispensable, el juez archivará el caso hasta que se cumpla con lo ordenado, salvo que se trate de un delito público en cuyo caso procederá como en la denuncia."La querrela puede definirse como “la manifestación de voluntad unilateral, de ejercicio potestativo, llevada a cabo por el ofendido o sujeto pasivo ante el Ministerio Público para que tome

⁷ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 368



conocimiento de un posible delito no perseguible de oficio, para que inicie la averiguación previa correspondiente y al integrarse ésta, ejercite la acción penal contra el o los presuntos responsables".⁸

La actuación del querellante es facultativa en su inicio y en su desarrollo. Ejercita la acción penal a la par, subsidiariamente o con exclusión del Ministerio Público.

La calidad de sujeto procesal le confiere al imputado un amplio abanico de facultades que forman parte de su derecho de defensa material del proceso. De hecho en el Artículo 101 del Código Procesal penal "le otorga al imputado amplias facultades intervención en el proceso, sin limitación, en la forma en que la ley señala".

Para ser legitimado como querellante es de regla que se trate del ofendido, o sea el titular del bien jurídico que el delito afecta, y puede extenderse al representante legal y a los herederos e incluso, a ciertos entes colectivos.

Caferreta Nores, "dice que en los delitos de acción privada, el agraviado con capacidad puede provocar por si la persecución penal, siendo importante su función en cuanto a que su intervención se obliga a realizar la investigación y a promover con mayor eficacia la misma."⁹

El querellante podrá siempre colaborar y coadyuvar con el fiscal en la investigación de

⁸ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 303

⁹ Caferreta Mores, Jorge Ignacio. **Conveniencia de la participación del querellante conjunto** cuadernos de derecho procesal penal. Pág. 28.



los hechos. Para el efecto podrá solicitar cuando lo considere, la práctica y la recepción de pruebas anticipadas así como cualquiera otra diligencia prevista en el Código Procesal Penal.

Hará sus solicitudes verbalmente o por simple oficio dirigido al fiscal quien deberá considerarlas y actuar de conformidad.

Si el querellante discrepa de la decisión del fiscal podrá acudir al juez de primera instancia de la jurisdicción, quien señalará audiencia dentro de las 24 horas siguientes para conocer de los hechos y escuchará las razones tanto del querellante como del fiscal y resolverá inmediatamente sobre las diligencias a practicarse. De estimarlo procedente el juez remitirá al fiscal general lo relativo a cambios de fiscal del proceso.”

Clases de querellante: En Guatemala existe un catálogo de hechos punibles cuya investigación no puede iniciarse sino en virtud de la querrela formulada por quien legalmente tenga derecho a hacerlo. Es esta condición, una acción previa para que el Estado pueda empezar a ejercer sus funciones y se inicie en proceso penal especial; es decir, que, mientras no se cumpla dicho requisito, el Estado se encuentra apenas ante una expectativa transitoria de poder iniciar y proseguir la acción penal por medio de los funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público.

Lo anterior no quiere decir que la acción penal se desplace del Estado como titular de ella, hacia la persona como sujeto pasivo del delito. “Lo que ocurre es que como la



querrela es un derecho que el particular puede no ejercer, el Estado deja a su propia decisión el poder movilizar la actividad judicial o dejar de hacerlo, ante la presencia de un hecho punible por el cual se considera ofendido.”¹⁰

El Código Procesal Penal en el Artículo 70, “enumera sin precisar las distintas denominaciones que usa para designarlo. Generalmente el código citado reserva el termino imputado o sindicado, para el procedimiento preparatorio, procesado a la persona que se le ha dictado auto de procesamiento y acusado a la persona contra la que se ha plantado la acusación, finalmente denominada condenado aquel sobre quien haya recaído una sentencia condenatoria firme”.

a) Querellante adhesivo: En los delitos de acción pública el código le da esta denominación a la parte que interviene en el proceso penal como agraviado, ofendido o víctima, o bien cualquier ciudadano guatemalteco que entable una querrela en contra de alguna persona y de ahí su nombre. Puede provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público; puede intervenir en todas las fases del proceso penal hasta que se dicta la sentencia, excepto en la fase de la ejecución. De conformidad con el Artículo 101 del Código Procesal penal

Este derecho podrá ser ejercido por cualquier ciudadano o asociación de ciudadanos, contra funcionarios o empleados públicos que hubieran violado directamente derechos

¹⁰ De Elia, Carlos M. **Manual de derecho procesal penal**. Pág. 117



humanos, en ejercicio de su función o con ocasión de ella, o cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos que abusen de su cargo.

"El querellante podrá siempre colaborar y coadyuvar con el fiscal de la investigación de los hechos. Para el efecto, podrá solicitar, cuando lo considere, la práctica y recepción de pruebas anticipadas así como cualquier otra diligencia prevista en este Código. Hará sus solicitudes verbalmente o por simple oficio dirigido al fiscal, quien deberá considerarlas y actuar de conformidad.

Si el querellante discrepa de la decisión del fiscal podrá acudir al juez de primera instancia de la jurisdicción, señalará audiencia dentro de las veinticuatro horas siguientes para conocer de los hechos y escuchará las razones tanto del querellante como del fiscal y resolverá inmediatamente sobre las diligencias a practicarse, remitirá al fiscal general lo relativo a cambios de fiscal de proceso." Artículo 116 del Código Procesal Penal.

b) Querellante exclusivo: Es la parte procesal que ejercita la acción penal en los delitos de acción privada, quien también es conocido con la denominación de acusador privado. Tal calidad únicamente se pierde por la renuncia o desistimiento de esta facultad con lo que se extingue la acción penal.

Puede decirse que la ley penal, en ese sentido, establece un ius persecuendi de excepción, prohibiendo en forma absoluta el ejercicio de la acción penal por parte del



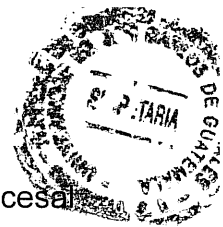
Ministerio Público. Su ejercicio corresponde al querellante exclusivo, ofendido por el delito y en algunos casos a los representantes legales de aquel.

En este sentido la exclusividad del querellante, en el ejercicio de la persecución penal, es otorgada por la ley procesal penal en el Artículo 122 al establecer que: cuando conforme la ley, la persecución fuese privada, actuará como querellante la persona que sea el titular del ejercicio de la acción; es decir que esa facultad nace en virtud que la persona agraviada es la que se ve afectada en sus derechos o bienes jurídicos tutelados por la ley penal, por ejemplo, su honor.

Merecen especial atención los procesos penales que se instruyen por delitos de acción privada, por cuanto que suprimen en la regulación del procedimiento de la querella, una etapa completa del proceso penal, como lo es la instrucción o investigación o fase preparatoria, ya que ella se hace, necesariamente, en forma privada, sin poner en peligro las garantías individuales en virtud de no contar con el auxilio de la fuera pública.

1.4. Tercero civilmente demandado

Es un tercero que no ha participado en el hecho punible, pero tiene la obligación de reparar el daño causado. Si el tercero civilmente demandado no comparece a los actos para los que haya sido citado, no se suspenderá el trámite pudiendo intervenir en



cualquier momento del procedimiento. Regulado en el Artículo 137 del Código Procesal Penal guatemalteco.

La figura de una tercera persona que conforme la ley, tiene obligación de responder por los daños causados por el imputado, su denominación es tercero civilmente demandado. Así la ley, señala que la persona quien ejerza la acción reparadora podrá solicitar la citación de la persona que, por previsión directa de la ley, responda por el daño que el imputado hubiere causado con el hecho punible, a fin de que intervenga en el procedimiento como demandado. Esa solicitud debe ser formulada en la forma y en la oportunidad prevista en el Código Procesal Penal guatemalteco, con indicación del nombre, domicilio o residencia del demandado y de su vínculo jurídico con el imputado.

Como parte procesal, el tercero civilmente demandado goza de las facultades y garantías necesarias para su defensa en juicio pero únicamente en lo concerniente a sus intereses civiles. En el mismo sentido que el actor civil, su intervención como tercero demandado, no lo exime por si mismo de la obligación que tiene de declarar como testigo en el proceso penal.

Persona que por previsión legal o relación contractual, deba de responder por el daño que el imputado provoque con el hecho punible y respecto del cual se plantee una acción civil resarcitoria.



Se considera oportuno mencionar que el tercero civilmente demandado tiene las facultades que a continuación se describen:

- a) Solicitar su intervención en el proceso cuando pueda ser civilmente demandado y se ejerza la acción civil resarcitoria;
- b) Goza de las mismas facultades concedidas al imputado para su defensa, en lo concerniente a sus intereses civiles;
- c) Debe de participar con el patrocinio de un abogado;
- d) Puede recurrir la sentencia que declare su responsabilidad.

Con ello se garantizan los principios constitucionales de defensa, del debido proceso, derecho a un abogado defensor, derecho de igualdad.



CAPÍTULO II

2. Sujetos del proceso penal

En la doctrina se usan indistintamente como sinónimos los conceptos: partes y sujetos procesales. Ser parte en el proceso penal es tener las facultades amplias dentro del proceso, además de poner en movimiento al órgano jurisdiccional. Es pedir la aplicación de la ley penal y defenderse de la imputación, haciendo valer todos los derechos y garantías procesales, para que al final el juez, en una sentencia, concrete la pretensión que corresponda.

Son partes en el proceso la persona que pide y aquella frente a la cual se pide la actuación de la ley formal, es decir, el proceso, que debe distinguirse claramente del de parte material, o sea, parte en la relación de derecho material cuya definición se persigue en el proceso.

Así, el particular damnificado por el delito, que asume el papel de querellante, es parte formal; porque ejercita su derecho procesal de reclamar, del órgano jurisdiccional, la actuación de la ley, y tiene, en tal carácter, determinadas facultades dispositivas sobre las formas procesales; pero no es parte en sentido material, porque no será él, sino el Estado, quien, como titular de un derecho penal, pueda aprovechar la sentencia de condena para someter al sindicato al cumplimiento de la pena.



Y por lo demás, ambas calidades pueden coincidir en una misma persona; el procesado es parte formal, en cuanto frente a él se pide la actuación de la ley en el proceso y por tanto está procesalmente facultado para contradecir, y es parte material, en cuanto también se pide que la ley actúe contra él; indicándolo como la persona que debe soportar la pena, y también el querellante, que normalmente sólo es parte formal, cuando a su acción penal acumula su acción civil, es parte material respecto de la relación de derecho civil, porque es el presunto titular del derecho al resarcimiento.

De acuerdo con la licenciada Crista Castillo de Juárez. Refiere que los sujetos procesales “son las personas naturales o jurídicas que se constituyen en el proceso para pretender en él la solución de un conflicto de intereses, asumiendo derechos, deberes y responsabilidades inherentes al juicio.”¹¹

Además el licenciado Mauro Chacón Corado. Indica: “que es relativamente moderna la noción de sujetos para aplicarla al proceso penal, que como consecuencia lógica de la concepción interna del proceso como relación jurídica, resulta en un vínculo cuyo contenido y deberes recíprocos entre el juez y las partes. En el proceso penal, su mayor trascendencia está en el expreso reconocimiento de la personalidad del imputado, quien deja de ser un objeto de la investigación para convertirse en un sujeto incoercible.”¹²

¹¹ De Juárez Ruiz Castillo, Crista, **Teoría del proceso**, pág. 73.

¹² Mauro Chacón, Corado, **Los conceptos de acción pretensión y excepción**, pág. 110



Ramírez Vásquez, acerca de quiénes son los sujetos de la relación jurídico procesal, nos indica: “unos dicen que son los sujetos de la relación jurídica procesal, son las partes, otros que las partes y el Juez.”¹³ 12

La legislación guatemalteca en el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 Congreso de la República de Guatemala), “denomina a las personas que intervienen en el proceso en el título II como sujetos y auxiliares procesales, pero indistintamente en el Código precitado se refiere a partes.

Para que dicho sujetos procesales sean admitidos dentro del proceso penal, es necesario que se hagan presentes ante el Juez que controla la investigación, el imputado por el hecho tiene que estar presente o conducido por la fuerza pública y sujeto al proceso por una medida de coerción y del auto de procesamiento, el Ministerio Público, por mandato legal tiene que comparecer en los delitos de acción pública, el abogado defensor se hace presente en el proceso por nombramiento del sindicado o de oficio en ausencia de nombramiento del sindicado, regulado en el Artículo 92 del Código Procesal Penal. El querellante y el actor civil deben comparecer en la etapa preparatoria, antes del requerimiento del sobreseimiento de la acusación en los delitos de acción pública bajo pena de inadmisibilidad, Regulado en el Artículo 118 del Código Procesal Penal, y en los delitos de acción privada ante el Tribunal de sentencia

¹³ Ramírez Vásquez, Otto Haroldo, **Las costas procesales en la legislación penal guatemalteca y la necesidad de su regulación específica para determinar el alcance y legalidad de las mismas.** Pág. 55

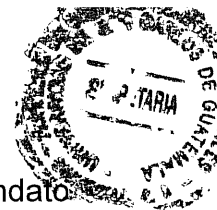


respectiva. La policía y peritos y demás medios de prueba deben comparecer ante el Ministerio Público órgano encargado de la investigación, ya que este de conformidad con lo que establecen los Artículos 332 y 345 Bis del Código Procesal Penal debe reunir todos los elementos de convicción para fundamentar su solicitud.

Lo cierto es que, de acuerdo con el concepto de parte, en la estructura del proceso penal, y la orientación que sigue nuestra legislación, intervienen una parte acusadora, constituida por el Fiscal del Ministerio Público, conocido también como acusador oficial; el querellante adhesivo o acusador particular, que también puede ser querellante exclusivo. Por el otro, una parte sindicada, constituida, por la persona contra quien se está pidiendo la actuación de la ley penal; entre otros también está el actor civil, que por ser perjudicado por el hecho delictivo busca la reparación del daño causado y el civilmente demandado, que generalmente lo es también penalmente.

Se puede conceptualizar que parte, en un proceso penal, son todas aquellas personas que poseen la capacidad procesal, capacidad de ejercicio, o sea quienes tienen la aptitud jurídica para ser titulares de derechos y de obligaciones por si mismos; dentro de una relación jurídica, sin necesidad que sea a través de representante; en este sentido, esa circunstancia hace que toda persona pueda tener la condición de imputable y de figurar como sujeto pasivo en el proceso penal.

Ahora bien, si fuere un menor de edad o una persona declara judicialmente en estado de interdicción quien comete el delito o la falta señalada por la ley penal, no se puede



decir que dichas personas están sujetas a un proceso penal, ya que, por mandato Constitucional, estas personas tienen la virtud de ser inimputables y como tal los mismos no incurrir en delitos, sino en conductas irregulares.

2.1 El imputado

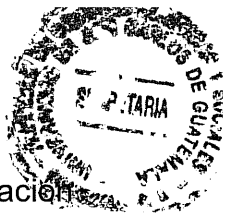
De conformidad con el Artículo 70 del Código Procesal Penal guatemalteco, se denomina sindicado, imputado, procesado o acusado a toda persona a quien se le señale de haber cometido un hecho delictivo, y condenado a aquél sobre quien haya recaído una sentencia condenatoria firme.

Como se puede apreciar de la definición legal que establece la ley de la materia, con relación a la persona del imputado no se hace mayor diferenciación. Sin embargo, hay autores que sostienen que no es preciso ser procesado ni acusado al principio del proceso penal.

El diccionario del Manuel Ossorio, refiere “que el imputado es la persona señalada como autor o participe de un hecho delictivo, pero que tiene derecho a todas las garantías constitucionales.”¹⁴

Con frecuencia e incorrectamente, se usan los términos sindicado, imputado, procesado, acusado, para referirse a la persona que ha cometido un delito, sin atender

¹⁴ Ossorio, **Ob. Cit.** Pág. 368.

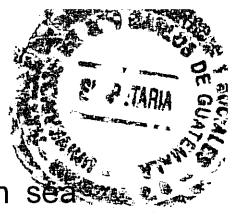


en qué fase se encuentra el proceso. Se debe tener presente que la denominación adecuada que debe recibir la parte pasiva de la relación jurídica procesal, depende directamente de la fase o estado del proceso penal.

a) Declaraciones del Imputado: En el proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley. Regulado en el Artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El Ministerio Público, el juez o el tribunal, le advertirá clara y precisamente, que puede responder o no con toda libertad a las preguntas, haciéndolo constar en las diligencias respectivas. De conformidad con el Artículo 81 del Código Procesal Penal guatemalteco.

Si el sindicado hubiere sido aprehendido, se dará aviso inmediatamente al juez de primera instancia o al juez de paz en su caso, para que declare en su presencia, dentro del plazo de veinticuatro horas a constar desde su aprehensión. El juez proveerá los medios necesarios para que en la diligencia pueda estar presente un defensor. Durante el procedimiento intermedio, si lo pidiere el imputado, la declaración será recibida por el juez de primera instancia. Durante el debate, la declaración se recibirá en la oportunidad y en la forma prevista por el Código Procesal Penal guatemalteco.



El imputado podrá declarar cuantas veces quiere, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como un procedimiento dilatorio o perturbador. Durante el procedimiento preparatorio el sindicado podrá informar espontáneamente al Ministerio Público acerca del hecho delictivo que se le atribuye, pero deberá ser asistido por abogado de su elección o por un defensor público.

b) Facultades del Imputado: Toda persona posee, desde el momento en que se le imputa la comisión de un delito, simultáneamente por mandato legal, tiene el derecho de defensa, a un debido proceso y a un juez natural o técnico, entre otros.

El sindicado tiene derecho a elegir un abogado defensor de su confianza... Si prefiere defenderse por sí mismo, el tribunal lo autorizará sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica y, en caso contrario, lo designará de oficio. La intervención del defensor no menoscaba el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones.

Regulado en el Artículo ocho de la Constitución guatemalteca que refiere: Derechos del detenido. Todo detenido deberá ser informado inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles, especialmente que puede proveerse de un defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales. El detenido no podrá ser obligado a declarar sino ante autoridad judicial competente.

Tanto el imputado como su defensor pueden indistintamente pedir, proponer o intervenir en el proceso, sin limitaciones, en la forma que la ley señala.



El imputado podrá proponer medios de investigación en cualquier momento del procedimiento preparatorio. También le corresponde el derecho al imputado de asistir a los actos de diligenciamiento de investigación que se practiquen durante el desarrollo de todo el proceso.

b) Rebeldía del imputado y efectos de la rebeldía: Si se parte de la premisa de que el sujeto principal del proceso lo constituye el acusado, entonces se puede decir que no puede haber debate sin su presencia. Consecuentemente la fuga del acusado, o su no comparecencia a una citación, le produce un estado de rebeldía, lo cual le trae efectos negativos en su contra, ya que esto conlleva a que se le declare rebelde e inmediatamente se ordene su detención.

La fuga del acusado puede darse antes del debate, si se encuentra en libertad, o bien, durante la realización del debate; en el primer caso, el Juez o Tribunal debe declarar su rebeldía. En tanto, si la fuga se produjo durante la realización del debate, el juicio se suspenderá y podrá seguirse si el prófugo es detenido antes de que transcurran los diez días hábiles que la ley exige. Si esto no sucede, todos los actos procesales realizados durante el debate, no tienen efectos jurídicos, como consecuencia debe decretarse la interrupción del debate, pues todo lo actuado es nulo y el debate debe iniciarse nuevamente cuando se haya producido la aprehensión o detención del prófugo.

El Código Procesal Penal guatemalteco establece: en el Artículo 79 rebeldía. Será declarado rebelde el imputado que sin grave impedimento no compareciere a una



citación, se fugaré del establecimiento o lugar en donde estuviere detenido, rehuyere el orden de aprehensión emitida en su contra, o se ausentare del lugar asignado para residir, sin licencia del tribunal.

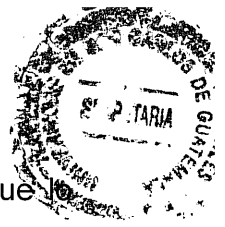
La declaración de rebeldía será emitida por el juez de primera instancia o el tribunal competente, previa constatación de la incomparecencia, fuga o ausencia, expidiendo orden de detención preventiva. Se emitirá también orden de arraigo ante las autoridades correspondientes para que no pueda salir del país.

La fotografía, dibujo, datos y señales personales del rebelde podrán publicarse en los medios de comunicación para facilitar su aprehensión inmediata.

La prescripción durante el procedimiento se interrumpe por la fuga del imputado, cuando imposibilite la persecución penal. Desaparecida la causa de interrupción, el plazo comenzará a correr íntegramente. La declaración de rebeldía no suspenderá el procedimiento preparatorio.

En los demás, el procedimiento se paralizará sólo con respecto al rebelde, reservándose las actuaciones, efectos, instrumentos o piezas de convicción que fuere indispensable conservar, y continuará para los otros imputados presentes.

La declaración de rebeldía implicará la revocación de la libertad que le hubiere sido concedida al imputado, y lo obligará al pago de las costas provocadas.



Cuando el rebelde compareciere o fuera puesto a disposición de la autoridad que requiera, el proceso continuará según su estado, respecto de este procesado.

2.2. Defensa técnica, el defensor

Un personaje indispensable que figura en el proceso penal es el defensor, quien como profesional del derecho interviene y asiste al sindicado, desde el momento de la imputación hasta la ejecución de la sentencia, en caso de ser condenatoria, en virtud del derecho de defensa que le asiste a todo imputado.

La ley ordinaria contiene en lo relativo al instituto de la defensa, dos formas de ejercerla: la defensa por si mismo y la defensa técnica. La primera es permitida solo en el caso de que el imputado lo desee y no perjudique con ello los resultados que pueda conseguir una defensa técnica.

Regulado en los Artículos del Código Procesal Penal guatemalteco:

Artículo 92 derecho a elegir defensor. El sindicado tiene derecho a elegir un abogado defensor de su confianza. Si no lo hiciere, el tribunal lo designará de oficio, a más tardar antes de que se produzca su primera declaración sobre el hecho, según la reglamentación para la defensa oficial. Si prefiere defenderse por si mismo, el tribunal lo autorizará sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica y, en caso contrario, lo designará de oficio. La intervención del defensor no menoscaba el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones.



Artículo 93 aptitud. Solamente los abogados colegiados activos podrán ser defensores.

Los jueces no permitirán que a través del mandato se contravenga esta disposición.

Artículo 94.- legitimación. Para el ejercicio de su función, los defensores serán admitidos de inmediato y sin ningún trámite por la policía, el Ministerio Público o por el tribunal competente, según el caso.

Artículo 95 defensor común. La defensa de varios imputados en un mismo procedimiento por un defensor común es, en principio, inadmisibile.

El tribunal competente, según el período del procedimiento, o el ministerio público podrá permitir la defensa común cuando, manifiestamente, no exista incompatibilidad. Cuando se advierta la incompatibilidad, podrá ser corregida de oficio, proveyendo a los reemplazos necesarios, según está previsto para el nombramiento de defensor.

Artículo 96 número de defensores. El imputado no podrá ser defendido simultáneamente por más de dos abogados durante los debates o en un mismo acto.

Cuando intervengan dos defensores o más la notificación practicada a uno de ellos bastará respecto de ambos, y la sustitución del uno por el otro no alterará los trámites ni los plazos. Ambos, no obstante, conservarán sus facultades autónomas, salvo cuando la ley expresamente imponga una división de funciones.



Artículo 97 sustitución. Cada defensor podrá designar un sustituto para que, con el consentimiento del imputado, intervenga si el titular tuviere algún impedimento.

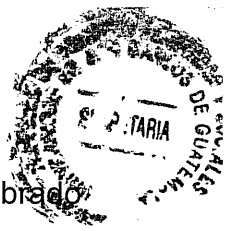
Artículo 98 nombramiento en caso de urgencia. Cuando el imputado estuviere privado de libertad, cualquier persona podrá asignarle, por escrito, un defensor ante la policía o las autoridades encargadas de su custodia, o verbalmente ante el Ministerio Público o el juez, asignación que se le dará a conocer inmediatamente. En caso de urgencia, comenzará a actuar provisionalmente este defensor.

Artículo 99 nombramiento posterior. El imputado puede designar posteriormente otro defensor, reemplazando al anterior que ya interviene en el procedimiento, pero este último no podrá abandonar la defensa hasta que el nuevo defensor acepte su cargo. El mismo derecho existe para reemplazar al defensor nombrado de oficio por uno propuesto por el imputado.

Artículo 100 independencia. El defensor atenderá las indicaciones de su defendido, pero en el ejercicio de su cargo actuará bajo su responsabilidad, tratando de realizar la defensa por medios legales.

Artículo 101 facultades. Tanto el imputado como su defensor pueden indistintamente pedir, proponer o intervenir en el proceso, sin limitación, en la forma que la ley señala.

Artículo 102 renuncia. El defensor podrá renunciar al ejercicio de la defensa técnica, en cuyo caso el Ministerio Público o el tribunal competente fijará un plazo para que el



imputado pueda reemplazarlo, vencido el cual será sustituido por un defensor nombrado de oficio por el tribunal. El renunciante no podrá abandonar la defensa hasta que intervenga su sustituto. No se podrá renunciar durante el debate o las audiencias.

Artículo 103 abandono. Si el defensor del imputado sin causa justificada abandona la defensa o lo deja sin asistencia técnica, sin perjuicio de las responsabilidades en que por ello incurra intervendrá el sustituto; ante la imposibilidad de éste, se procederá a su reemplazo inmediato por un defensor nombrado de oficio y aquéllos no podrán ser nombrados nuevamente en el procedimiento. La resolución se comunicará al imputado y se le instruirá sobre su derecho a elegir otro defensor de confianza.

Cuando el abandono del titular o del sustituto ocurra poco antes o durante el debate, se podrá prorrogar su comienzo o suspender el debate ya iniciado, como máximo por cinco días corridos, si lo solicita un nuevo defensor; no se podrá prorrogar o suspender otra vez por la misma causa. En este caso, la intervención del defensor que hubiere sido nombrado de oficio continuará, aunque intervenga después otro defensor de confianza.

Artículo 104 prohibición. Se prohíbe al defensor descubrir circunstancias adversas a su defendido, en cualquier forma en que las haya conocido.

Artículo 105 sanciones. El abandono de la defensa constituirá falta grave y obligará, a quien incurra en él, al pago de las costas provocadas por el reemplazo, sin perjuicio de las sanciones correspondientes.



El abandono será comunicado inmediatamente al tribunal de honor del colegio de abogados y notarios de Guatemala.

Artículo 106 defensor mandatario. En el juicio por delito de acción privada a instancia de parte, el imputado podrá hacerse representar por un defensor con poder especial para el caso. No obstante, el tribunal podrá exigir su comparecencia personal.

- Objeto de la defensa: El abogado es una garantía para lograr una recta administración de justicia, no sólo porque en la inmensa mayoría de los casos los interesados son incapaces de efectuar una ordenación clara, sistemática y conveniente de los hechos, sino porque al ser jurisperitos, cooperan de modo efficacísimo a hallar, de entre el laberinto de disposiciones vigentes, las normas aplicables al caso concreto viniendo a ser de esta manera los más valiosos colaboradores del juez.
- El procesado las más de las veces está desprovisto de la fuerza y habilidad necesaria para exponer sus razones, y cuanto más progresa la técnica del juicio penal, más se agrava esa incapacidad. Por una parte, el interés que está en juego es a menudo tan grande para el sindicato..., cualquiera que tenga cierta experiencia en cuestiones del proceso penal, sabe que para el acusado, y también para las otras partes es muy difícil contener la pasión, o tan sólo la emoción que los priva del dominio de sí mismos.



- El sindicado entonces, cuenta con la posibilidad de elegir un abogado que asesore, oriente y dirija dura la dilación del proceso penal, el cual puede ser un abogado de su confianza, como bien lo denomina el Código, o bien, de no tener recursos económicos, se le designa un defensor público, que pertenece al Servicio de Defensa, adscrito al Organismo Judicial, dando cumplimiento así al mandato legal del derecho de defensa como garantía constitucional.

2.3. Disposiciones legales que se refieren a la defensa

La defensa técnica, debe ser ejercida por abogado, legal y reglamentariamente habilitado para el ejercicio profesional. El imputado puede elegir al defensor de su confianza, o bien el juez debe nombrarle uno de oficio, con el objeto de garantizar la defensa, cuando por cualquier circunstancia no pueda proveerse de uno y aún puede nombrarlo en contra de la voluntad del imputado.

Pero aún gozando de abogado defensor el imputado está facultado para formular solicitudes y observaciones.

En lo referente al defensor, dispone: que debe atender a las disposiciones de su defendido, pero que en el ejercicio de su cargo actuará bajo su responsabilidad, constituyéndose en el Artículo 101 del Código Procesal Penal la regla que protege el derecho específico del imputado y el buen ejercicio de la defensa técnica, dicha norma faculta al defensor e imputado a pedir, proponer o intervenir en el proceso con las



limitaciones que la ley señala.

Un paso importante en la nueva legislación, significa la prohibición al defensor de descubrir circunstancias adversas al defendido, en cualquier forma que las haya conocido. Con lo cual se pone término a la idea, de que el defensor es en cierta medida, auxiliar del juez, y se clarifica en que la función del defensor es la de velar por los intereses de su defendido.

Defensa pública: en el procedimiento penal derogado, al imputado que no podía agenciarse de un abogado debía el juez nombrarle un defensor de oficio, función que por determinación de la ley podía ejercerla un abogado de oficio o un estudiante de derecho. Esto último se convirtió en el uso general. Era una vulneración legal del principio de defensa.

El Código vigente, ha eliminado esta posibilidad, al disponer que en todos los casos el defensor debe ser abogado. Y se ha creado para tal fin el Servicio de Defensa Penal.

Todo abogado colegiado pertenece al servicio de defensa y sus servicios son remunerados. depende de la Corte Suprema de Justicia, disposición que se considera, vulnera la autonomía de las funciones de los defensores. Pues especialmente la dependencia económica puede coartar sus funciones o generar reticencia en las mismas.



2.4. La víctima

La palabra víctima se refiere a “la persona que sufre violencia injusta en su persona o ataque a sus derechos”¹⁵

En esta inteligencia la víctima sufre física, psicológica y socialmente a consecuencia de la agresión a la que es sometida.

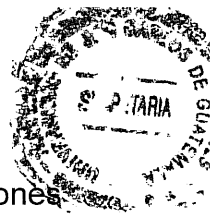
En la materia hay un concepto generalizado internacionalmente que entiende como víctimas a las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente.¹⁶

2.5. El juez contralor de la acción penal

Esta figura jurídica también llamada “juez de vigilancia penitenciaria o juez del control de la ejecución de la pena es el funcionario judicial que estará encargado de asegurar los derechos del condenado en caso de abuso de los empleados de sus custodia, así mismo, dicho funcionario tendrá la jurisdicción de controlar la legalidad de las decisiones que las demás autoridades penitenciaria tomen cuando las mismas no estén

¹⁵ Cabanellas. **Ob.cit.** Pág. 408

¹⁶ <http://es.scribd.com/doc/16933070/la-victima-en-el-proceso-penal>. 23 Enero 2011



contenida en la sentencia, también verán la aplicación de las sanciones de carácter disciplinarias en el recinto carcelario.¹⁷

Regulado en el Artículo 47 jueces de primera instancia. “Los jueces de primera instancia tendrán a su cargo el control jurisdiccional de la investigación efectuada por el Ministerio Público en la forma que este Código establece.

Instruirán, también, personalmente las diligencias que específicamente les estén señaladas.

Estarán encargados de la tramitación y solución del procedimiento intermedio y del abreviado. Conocerán, además, del procedimiento de liquidación de costas.”

2.6. El acusador

El Ministerio Público, es una institución con funciones autónomas, promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública.

De manera que la parte que figura como sujeto activo en el proceso penal, la constituye el Ministerio Público, al que por mandato constitucional corresponde ejercer la

¹⁷ <http://www.monografias.com/trabajos29/juez-ejecucion-penal/juez-ejecucion-penal.shtml>. 23 enero 2011



persecución penal.

El Código Procesal Penal en el Artículo 46. El Ministerio Público, por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practicar la averiguación por los delitos que este Código le asigna, con intervención de los jueces de primera instancia como contralores jurisdiccionales. Asimismo, ejercerá la acción penal conforme los términos de éste código

La naturaleza de la acusación encargada al Ministerio Público, conforme a nuestro Código, comprende todos los actos necesarios para obtener la culpabilidad del imputado, para que se le imponga la pena que corresponda. (parte formal y material). La facultad de acusación es considerada de carácter público, por cuanto el Ministerio Público, en nombre del Estado y por mandato legal, asume la obligación de ejercer la persecución penal en nombre de toda la sociedad, exigiendo la aplicación de la ley penal, contra del imputado.

a) El auxiliar Fiscal del Ministerio Público: Los auxiliares fiscales asistirán a los fiscales de distrito, fiscales de sección y agentes fiscales, actuando bajo su supervisión y responsabilidad. Serán los encargados de efectuar la investigación en el procedimiento preparatorio del proceso penal en todos los delitos de acción pública y en los delitos que requieran instancia de parte, al llenarse este requisito. Podrán intervenir directamente y por sí mismos en todas las diligencias de investigación y declaraciones de imputados que se produzcan durante el procedimiento



preparatorio. Podrán firmar todas las demandas, peticiones y memoriales que se presenten ante los tribunales durante el procedimiento preparatorio. Asimismo, cuando posean el título de Abogado y Notario, podrán asistir e intervenir en el debate, acompañando al agente fiscal.

El Artículo 45 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala que los Auxiliares Fiscales asistirán a los Fiscales de Distrito, Fiscales de Sección y Agentes Fiscales. Tienen como funciones generales la de investigar y actuar durante el procedimiento preparatorio. Pueden firmar todas las peticiones y actuar en las audiencias que se den en esta fase del procedimiento. Cuando los Auxiliares Fiscales posean el título de abogado y notario podrán asistir e intervenir en el debate, acompañando al Agente Fiscal, reformado por el Artículo 309 del Código Procesal Penal guatemalteco.

CAPÍTULO III



3. Principios y garantías del proceso penal guatemalteco

Es usual que en el medio forense se utilice indistintamente como sinónimos los conceptos jurídicos de derechos, garantías y principios. Sin embargo, los unos se diferencian de los otros, por cuanto que, procesalmente hablando, los derechos son normas de carácter subjetivo que dan facultades de exigir su aplicación; las garantías están concebidas en función de proteger que los derechos establecidos en favor de todo ciudadano sean respetados dentro de toda relación procesal; y, los principios, inspiran y orientan al legislador para la elaboración de las normas o derechos, les sirven al juez para integrar el derecho como fuente supletoria, en ausencia de la ley; y, operan como criterio orientador del juez o del intérprete.

Son garantías aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas, cuando pueden ampararse en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución.

Son las siguientes:

- El debido proceso
- El derecho a la tutela jurisdiccional
- El derecho a la presunción de inocencia
- El derecho de defensa



Las garantías específicas, se refieren a aspectos puntuales y concretos del procedimiento y a la estructura y actuación de los órganos penales. Son, entre otras, las siguientes:

- Derecho de igualdad procesal.
- Intervención necesaria del fuero común para el conocimiento de los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social.
- Derecho al secreto bancario y la reserva tributaria, salvo su levantamiento ordenado por el Juez, el procurador de la nación o una comisión investigadora del Congreso.
- Derecho a la inviolabilidad del domicilio, salvo ingreso y registro por mandato judicial o en flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración.
- Derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, salvo incautación, interceptación o intervención por mandamiento motivado del juez.
- Derecho a la libertad de locomoción, salvo mandato judicial.
- Derecho al secreto profesional.
- Derecho a la libertad individual.
- Derecho a no ser incomunicado, salvo con fines penales. La autoridad debe indicar el lugar de detención de la persona detenida.
- Derecho a no ser víctima de violencia, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Carencia de valor de las declaraciones obtenidas por la violencia.
- Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.



- Garantía del juez natural.
- Garantía de la publicidad de los procesos.
- Garantía de la motivación escrita de las resoluciones.
- -Principio de la pluralidad de la instancia.
- Principio de la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.
- Principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.
- Derecho a la participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley.
- Función del Ministerio Público de conducción desde su inicio de la investigación del delito, de dirección jurídico funcional de la Policía judicial y de promoción de la acción penal, de oficio o a petición de parte.

3.1. Características

Según el autor guatemalteco, José Mynor Par Usen, las garantías, pues, son medios técnicos jurídicos, orientados a proteger las disposiciones constitucionales cuando éstas son infringidas, reintegrando el orden jurídico violado.

Entre estos derechos y garantías constitucionales, se pueden citar las siguientes: derecho a un debido proceso, derecho de defensa, derecho a un defensor letrado, derecho de inocencia, a la igualdad de las partes, a un Juez natural, a la improcedencia



de la persecución penal múltiple, a no declarar contra sí mismo, a un Juez independiente e imparcial y al de legalidad entre otros.

a) Equilibrio, este principio básicamente lo que pretende es:

- Concentrar recursos y esfuerzos en la persecución y sanción efectiva de la delincuencia, y enfrentar las causas que generan el delito;
- Proteger las garantías individuales y sociales consagradas por el derecho moderno;
- Paralelamente a la agilización, persecución y sanción de la delincuencia, y con igual importancia, se mejora y asegura el respeto de los Derechos Humanos y la dignidad del procesado, equilibrando el interés social con la individualidad.

b) Desjudicialización: Las sociedades modernas descubrieron o, mejor dicho, debieron aceptar la imposibilidad de la omnipresencia judicial. La avalancha de trabajo obliga a priorizar, pues es materialmente imposible atender todos los casos por igual, ya que algunos tienen trascendencia social y otros no. Para permitir que los asuntos de menor importancia puedan ser tratados de manera sencilla y rápida fue necesario replantear las teorías del derecho penal sustantivo referentes a los delitos públicos. Surgió así la teoría de la tipicidad relevante, que obliga al Estado a perseguir, prioritariamente los hechos delictivos que producen impacto social.

Los delitos menos graves, de poca o ninguna incidencia social, muchos de ellos conocidos en la práctica jurídica como asuntos de bagatela, son consecuentemente



tratados en diferentes países de manera distinta.

Estas fórmulas de despenalización debieron ser adecuadas a la realidad nacional, puesto que en un país donde existen índices altos de pobreza, un acto delictivo de poca incidencia social puede ser de gran trascendencia individual; su desatención puede provocar la sensación de cierre de las vías judiciales y, por tanto, la utilización de la fuerza bruta y el deseo de justicia por propia mano. La desjudicialización y el tratamiento especial de delitos de menor trascendencia facilitan el acceso a la justicia y simplifica los casos sencillos.

El Código Procesal Penal establece cinco presupuestos en los que es posible aplicar este principio:

- Criterio de oportunidad;
- Conversión;
- Suspensión condicional de la persecución penal;
- Procedimiento Abreviado;
- Mediación.

c) Concordia: Tradicionalmente, en el derecho penal, la concordia o conciliación entre las partes, es posible únicamente en los delitos privados. Las exigencias y necesidades del derecho penal moderno han llevado a la consideración y revisión de los planteamientos que impedían tal actividad en los delitos públicos de poca o ninguna incidencia social.



De tal manera que la falta de peligrosidad del delincuente, y siempre que se trate de delincuente primario, así como la naturaleza poco dañina del delito, han llevado a plantear la posibilidad del avenimiento entre las partes como satisfacción del interés público. No se trata de cualquier clase de convenio, sino del acto jurídico solicitado por el Ministerio Público o propiciado por el juez, que tiene por fin extinguir la acción penal y en consecuencia, evitar la persecución, en los casos en que el sindicado y los agraviados lleguen a acuerdos sobre las responsabilidades civiles y a compromisos para evitar recíprocamente ofensas o molestias.

Este principio está presente en aquella serie de disposiciones de desjudicialización que pretenden buscar soluciones sencillas a los casos de menor trascendencia; se trata de una figura intermedia entre un compromiso arbitral, un contrato de transacción y una conciliación judicial tradicional: a) Avenimiento de las partes con la intervención del Ministerio Público o del juez; b) Renuncia de la acción pública por parte del órgano representativo de los intereses sociales; y, c) Homologación de la renuncia de la acción penal ante el juez.

d) Eficacia: Como resultado de la aplicación de criterios de desjudicialización y de la introducción de la concordia en materia penal, el ministerio público y los tribunales de justicia podrán dedicar esfuerzos y tiempo en la persecución y sanción de los delitos que afectan la sociedad guatemalteca.



El marco de la actividad judicial, puede resumirse así:

- En los delitos de poca o ninguna incidencia social, el Ministerio Público o los jueces deben buscar el avenimiento entre las partes para la solución rápida del proceso penal;
- En los delitos graves el Ministerio Público y los Tribunales Penales deben aplicar el mayor esfuerzo en la investigación del ilícito penal y el procesamiento de los sindicados.

e) Celeridad: Los procedimientos establecidos en el Decreto 51-92 impulsan el cumplimiento de las actuaciones procesales, agilizan el trabajo y buscan el ahorro de tiempo y esfuerzos.

f) Sencillez: La significación del proceso penal es de tanta trascendencia que las formas procesales deben ser simples y sencillas para expeditar dichos fines al tiempo que, paralelamente, se asegura la defensa.

g) Debido proceso: La primera de las garantías del proceso penal es la que se conoce como, juicio previo o debido proceso; por el cual no se puede aplicar el poder penal del Estado si antes no se ha hecho un juicio, es decir, si el imputado no ha tenido oportunidad de defenderse, si no se le ha dotado de un defensor, si no se le ha reconocido como inocente en tanto su presunta culpabilidad no haya sido demostrada y se le haya declarado culpable. Regulado en el Artículo 12



Constitucional y cuatro del segundo párrafo de la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

El proceso penal es un instrumento de los derechos de las personas. El principio de que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y por un acto calificado antes como delito o falta, ante tribunal competente y con observancia de las formas establecidas, existía ya en el Código Procesal Penal derogado; pero no se cumplía y había normas que contradecían tal espíritu.

Analíticamente juzgar y penar sólo es posible si se observan las siguientes condiciones:

- Que el hecho motivo del proceso esté tipificado en ley anterior como delito o falta;
- Que se instruya un proceso seguido con las formas previas y propias fijadas y con observancia de las garantías de defensa;
- Que ese juicio se siga ante el tribunal competente y jueces imparciales;
- Que se trate al procesado como inocente hasta que una sentencia firme declare lo contrario;
- Que el juez, en un proceso justo, elija la pena correspondiente;
- Que el procesado no haya sido perseguido penalmente con anterioridad por el mismo hecho.

h) Defensa: El derecho constitucional de defensa en los procesos es uno de los más elementales y al mismo tiempo fundamental del hombre, y su reconocimiento, forma



parte imprescindible de todo orden jurídico y de cualquier Estado de derecho. Este derecho corresponde al querellante como al imputado, a la sociedad frente al crimen como al procesado por éste. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8 numeral 2 inciso d), señala que el inculpado tiene derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor. (Art. 12 Constitucional)

- i) Inocencia: El Artículo 14 de la Constitución establece: Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada.

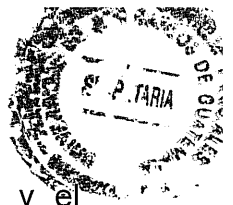
El Decreto 51-92 establece en el Artículo 14 que el procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

3.2. Favor Rei

Como consecuencia del principio de inocencia, el juez deberá favorecer al procesado en caso de duda y por tanto cuando no pueda tener una interpretación unívoca o certeza de culpabilidad deberá decidir en favor de éste. En ámbito penal guatemalteco tal principio es conocido como in dubio pro reo. Este principio fundamenta las características de nuestro derecho procesal penal:



- La retroactividad de la ley penal cuando favorezca al reo. Como es sabido, la ley rige a partir de su vigencia, pero nuevas normas pueden aplicarse a hechos jurídicos ocurridos antes si es más benigna;
- La reformatio in peius. Cuando es el procesado el único que impugna una resolución o el recurso se interpone en su favor, la decisión del tribunal de mayor jerarquía no puede ser modificada ni revocada en perjuicio del reo, salvo que los motivos se refiera a intereses civiles cuando la parte contraria lo haya solicitado;
- La carga de la prueba, la obligación de probar, está a cargo del Ministerio Público y en provecho del imputado. Así, ante la duda del juez sobre un hecho constitutivo, modificativo o impeditivo de la pretensión penal del órgano acusador o del querellante adhesivo deberá resolver en favor del procesado;
- Cuando es incierto el hecho o existe duda sobre la participación o responsabilidad del procesado, nunca podrá tener lugar una sentencia de condena, en este caso el juez absolverá porque la dubitación favorece al reo. La sentencia condenatoria únicamente procede si hay certeza de culpabilidad;
- No hay interpretación extensiva ni analógica de la ley sustantiva penal;
- En materia procesal es posible la interpretación extensiva y analógica porque, a diferencia de las leyes penales de fondo, que deben ser interpretadas restrictivamente, las leyes penales de forma, que tienden a asegurar una mejor administración de justicia represiva y que aprovechan finalmente al justiciable,



pueden recibir una interpretación extensiva; y se añade que la analogía y el razonamiento a fortiori, no están prohibidos en lo procesal penal, también, que las leyes de forma pueden ser extendidas fuera de sus términos estrechos y precisos cuando la razón, el buen sentido y sobre todo, el interés superior de la justicia mandan esta extensión.

- En todo caso, el favor rei constituye una regla de interpretación que obliga, en caso de duda, a elegir lo más favorable al imputado.

3.3. Favor libertatis

Este principio busca la graduación del auto de prisión y, en consecuencia, su aplicación a los casos de mayor gravedad cuando por las características del delito pueda preverse que de no dictarse, el imputado evadirá la justicia. Es decir, reduce la prisión provisional a una medida que asegura la presencia del imputado en el proceso.

- a) Readaptación social: Se pena para reeducar y para prevenir delitos ya no tanto para imponer temor en la sociedad, sino para favorecer y fortalecer el sentimiento de responsabilidad y de fidelidad al ordenamiento jurídico.
- c) Reparación civil: El derecho procesal penal moderno establece los mecanismos que permiten en el mismo proceso la reparación de los daños y perjuicios provocados al agravamiento por el hecho criminal.



Dentro los principios especiales en la legislación guatemalteca se encuentran:

- a) Oficialidad: Este principio obliga al Ministerio Público a realizar o promover la pesquisa objetiva de hechos criminales y a impulsar la persecución penal. La instrucción del Ministerio Público requiere como supuesto que el hecho pesquisado revista los caracteres de acción delictiva y la investigación deja intacto el derecho del agraviado a participar en el proceso en calidad de parte.

- b) Contradicción: Con base a la garantía constitucional, del derecho de defensa que asiste al imputado, la legislación adjetivo penal establece un régimen de bilateralidad e igualdad, en la relación jurídica procesal. Esto da oportunidad suficiente a las partes procesales, para oponerse en iguales condiciones de acusación y defensa. Las "partes" tienen amplias facultades para hacer valer sus derechos y garantías en el proceso penal, pues mientras el Ministerio Público ejerce la persecución penal; por otro lado, el imputado tiene la facultad de defenderse de esa imputación que se le hace. De ahí que las partes por este principio, tienen el derecho del contradictorio, de oponerse a la imputación que se les haga. Para que esto sea efectivo, se hace necesario, también, que ambas partes procesales, acusación y defensa, tengan los mecanismos de ataque y defensa e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación.

- c) Oralidad: La oralidad asegura el contacto directo entre los elementos de prueba y el Juez de sentencia, representa la forma natural de esclarecer la verdad, de reproducir lógicamente el hecho delictuoso, de apreciar la condición de las personas



que suministran tales elementos... En especial la oralidad sirve para preservar el principio de inmediación, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial. La oralidad como principio procesal, encuentra su fundamento en el Artículo 363 del Código Procesal Penal, que dice: "El debate será oral. En esa forma se producirán las declaraciones del acusado, de los órganos de prueba y las intervenciones de todas las personas que participan en él. Las resoluciones del tribunal se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su emisión, pero constarán en el acta del debate".

- d) Concentración: La inmediación exige también una aproximación temporal entre la recepción de la prueba y el pronunciamiento jurisdiccional que se base en ella. Por eso, los beneficios del principio se aseguran mediante la regla de que el debate debe realizarse durante todas las audiencias consecutivas que sean necesarias hasta su terminación.

Esta concentración de los actos que integran el debate, la regla se denomina también así, asegura que la sentencia será dictada inmediatamente después de que sea examinada la prueba que ha de darle fundamento, y de la discusión de las partes. La relativa unidad de tiempo que resulta de esta regla, permite la actuación simultánea de todos los sujetos procesales y una valoración integral de las probanzas, alejando la posibilidad de que se olvide el resultado de los medios probatorios recibidos o los interprete de modo incorrecto.



Con este principio se procura, por un lado, evitar que el fraccionamiento de los actos del debate deforme la realidad con la introducción de elementos extraños, y por el otro, asegurar que los recuerdos perduren en la memoria de los jueces en el momento de la deliberación y de la decisión, que es la actividad que encierra la tarea de síntesis de todo el juicio, siendo necesario que el juez en el momento de pronunciar el fallo, tenga vivo en la mente, todo lo que ha oído y visto.

Entonces el debate y la substanciación de pruebas, médula espinal del juicio oral, deben realizarse en base a este principio, en forma concentrada en el tiempo y en el espacio determinado. Esto significa que no pueden llevarse a cabo en localidades diversas, salvo excepciones determinadas. La concentración procesal, está regulada por el Código en el Artículo 360, al señalar que el debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueran necesarias hasta su conclusión. La norma relacionada continúa con algunas causales que podrían motivar la suspensión del debate, pero únicamente por un plazo máximo de diez días.

e) Inmediación: Como lógica consecuencia de la vigencia del principio de oralidad surge el principio de inmediación, al que no sin razón se le ha denominado compañero de viaje de la oralidad. Este principio aparece también en la fase probatoria y se une en forma inseparable a la oralidad, para funcionar como principios hermanos que dan fundamento al sistema acusatorio.

Para conseguir el imperio de la verdad es necesario que los sujetos procesales reciban



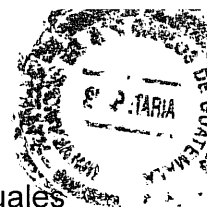
inmediata, directa y simultáneamente los medios de prueba que han de dar fundamento a la discusión y a la sentencia. Por consiguiente, la regla de inmediación implica:

1º. El contacto directo del Juez con los elementos probatorios en que ha de basar su juicio y decisión;

2º. El contacto directo de todos los sujetos procesales entre sí, en el momento de recibir esas pruebas. Ambos aspectos son importantes.

La presencia de los jueces implica, entonces, el desarrollo de ciertas cualidades de observación, receptividad, reflexión y análisis. El proceso penal produce consecuencias jurídicas de importancia ya que genera el título apto para entrar en la esfera jurídica fundamental de la libertad del individuo. No puede, por tanto, consentirse que las actuaciones que dan base a la sentencia se lleven al cabo en ausencia de los jueces. Este principio procesal se hace patente en el proceso penal, pues de acuerdo con el Código, exige que el debate se realice con la presencia ininterrumpida de los jueces llamados a dictar la sentencia, del Ministerio Público, del acusado, de su defensor y de las demás partes o sus mandatarios; los sujetos procesales principales, no pueden abandonar la sala donde se desarrolla el juicio, excepto las partes civiles.

f) Publicidad: El principio de publicidad de las actuaciones procesales es una conquista del pensamiento liberal frente al procedimiento escrito o justicia de gabinete del antiguo régimen; el movimiento liberal opuso la publicidad del



procedimiento como seguridad de los ciudadanos contra el arbitrio y eventuales manipulaciones gubernamentales en la constitución y funcionamiento de los tribunales, así, también, como instrumento de control popular sobre la justicia.

El principio de publicidad tiene sus antecedentes en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y es recogido en el "Artículo diez que establece: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

La ley procesal penal determina que: "La función de los tribunales de justicia en los procesos es obligatoria, gratuita y pública. Los casos de diligencias o actuaciones reservadas serán señalados expresamente por la ley. Además determina que el debate debe ser público, sin perjuicio de que el tribunal pueda resolver de oficio, que se efectúe, total o parcialmente, a puertas cerradas, lo que lógicamente obedece a circunstancias que favorecen una mejor administración de justicia, en casos muy excepcionales.

En este sentido, el Tribunal puede resolver, aun de oficio, que se efectúe total o parcialmente a puertas cerradas, cuando:

- Afecte directamente al pudor, la vida o la integridad física de alguna de las partes o de persona citada para participar en él;



- Afecte gravemente el orden público o la seguridad del Estado;
- Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial cuya revelación indebida sea punible;
- Esté previsto específicamente;
- Se examine a un menor, si el tribunal considera inconveniente la publicidad, porque lo expone a un peligro.

En este caso, la resolución será fundada y se hará constar en el acta del debate. El tribunal podrá imponer a los que intervienen en el caso el deber de guardar reserva sobre los hechos que presenciaren o conocieren, decisión que también constará en el acta del debate.

- j) Sana crítica razona: Por este se obliga a precisar en los autos y las sentencias, de manera explícita, el motivo y la razón de la decisión, lo cual hace al juez reflexivo y lo obliga a prestar atención al debate y al examen de las leyes o doctrinas que tienen relación con la cuestión litigiosa.
- k) Cosa juzgada: El fin del proceso judicial es la sentencia firme, que en el caso del Derecho Procesal Penal absuelve o condena al acusado, Fin equivale a término, límite, consumación, objeto o motivo último.

Lo anterior significa que llega un momento en que las fases del proceso se agotan, en que la sentencia que lo concluye es irrevocable en su forma, no susceptible de



impugnación por haberse agotado o dejado de interponer los recursos pertinentes.

Materialmente han concluido las posibilidades de un nuevo examen del fallo y, en consecuencia, no podrá abrirse nuevo proceso por las mismas acciones entre las mismas partes y con el mismo fin.

La cosa juzgada implica: a) Inimpugnabilidad; b) imposibilidad de cambiar de contenido; c) no procede recurso alguno; y, d) ejecutoriedad, capacidad de hacer cumplir por medios coactivos lo dispuesto en la sentencia. Responde a una necesidad de autoridad en el sentido de que la sentencia adquiere carácter definitivo y que la decisión contenida no será modificada.

Ahora bien, cosa juzgada, tiene excepciones cuando datos relevantes o causas desconocidas en el proceso fenecido o nuevas circunstancias evidencien claramente errores que hacen que la verdad jurídica sea manifiestamente distinta a lo ocurrido en la realidad objetiva, o se descubran actividades dolosas que muestran que el principio de cosa juzgada lesiona la justicia, procede el recurso de revisión, que más que un recurso es un procedimiento especial de reexamen de una sentencia ejecutoriada.

Puede decirse que la revisión también responde, a la luz de los nuevos conceptos, al principio de seguridad jurídica, pues no hay seguridad donde hay injusticia. Pero la mayor justificación de la revisión es que el Estado democrático contemporáneo, como se dijo, protege bienes e intereses individuales, sociales y solidarios de manera



coordinada. Todo lo cual justifica la ampliación de los casos que provocan la revisión.

El Decreto 51-92 del Congreso de la República, consecuente con los modernos postulados jurídicos y la Constitución Política de 1985 amplía los motivos de revisión, que ahora podrá proceder:

- Cuando se presenten documentos decisivos ignorados, extraviados y no incorporados al procedimiento;
- Cuando se demuestre que un medio de prueba, al que se le concedió valor probatorio en la sentencia, es falso, adulterado, falsificado o inválido;
- Cuando la sentencia condenatoria ha sido pronunciada a consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia y otra maquinación fraudulenta, cuya existencia fue declarada en fallo posterior firme;
- Cuando la sentencia penal se basa en una sentencia anulada o que ha sido objeto de revisión;
- Cuando después de la condena sobrevengan hechos o elementos de prueba que hacen evidente que el hecho o circunstancia que agravó la imposición de la pena, no existió, o se demuestre que el condenado no cometió el hecho que se le atribuye;
- La aplicación retroactiva de una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia.

Como puede verse por el principio de favor rei sólo procede la revisión contra sentencias condenatorias firmes. Este mismo principio motiva el que cuando en una



nueva ley substantiva se desagraven delitos y por lo tanto se impongan penas menores, sea revisado el proceso porque se entiende que ha cambiado el criterio para calificar un hecho delictivo. Es importante denotar que los alcances procesales en el proceso penal moderno, fruto del estado de derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico regulado en el Artículo 138 segundo párrafo, sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados, de un lado, por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público regulado en el Artículo. 159, numeral cuatro y cinco de la Constitución y, de otro, por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa regulados en los Artículos dos, 14, 24 y 139 de la Constitución.

Lo expuesto es consecuencia de haber adoptado Constituciones rígidas, que no pueden ser modificadas por la ley ordinaria y normativas que se integran al ordenamiento como normas supremas.



CAPÍTULO IV

4. Conflicto obrero, patronal

Con el transcurso del tiempo las relaciones obrero patronales se han visto afectadas por los múltiples conflictos existentes entre las dos partes de la relación laboral. Dichos conflictos han desarmonizado el ambiente pacifico y de tranquilidad en que el trabajo debe desarrollarse y se ha ocasionado por las divergencias acerca de la interpretación o el alcance de una norma de la ley, pacto, convenio o contrato de trabajo, ya sea individual o colectivo; o en el caso de que una de las partes de la relación laboral pretenda crear o modificar las condiciones de trabajo vigentes, se produce entonces un conflicto laboral que afecta ya sea a un trabajador en relación de dependencia o grupo de trabajadores, en el caso de convención colectiva.

Es debido a la constante lucha de clases, la reivindicación de parte del asalariado por obtener un mejoramiento social y económico frente al empleador que pretende tener un poderío cada vez mas grande, se ha recrudecido el enfrentamiento obrero-patronal, ocasionando con ello el desequilibrio en la armonía de las relaciones laborales y afectando la esfera social que gira a su alrededor. Esta pugna de intereses es la causa de la lucha sorda y constante ente el capital y el trabajo y de sus frecuentes estallidos: los conflictos laborales.



El célebre autor Guillermo Cabanellas, se inclina por la denominación conflictos de trabajo y señala “la diferencia existente entre conflicto y controversia, diferencia que a su juicio es de índole gramatical y técnica, porque conflicto es sinónimo de combate en su punto mas recio y se aplica para designar las pugnas que se producen en derecho laboral reveladoras de posiciones antagónicas que teniendo su origen en intereses opuestos conducen necesariamente a esta posición de lucha; de ahí que la adopción de la voz conflicto para indicar los de trabajo provenga de los caracteres violentos que revistieron las primeras manifestaciones de la lucha de clases y controversia es la discusión larga y minuciosa entre dos o mas personas. Se admite igualmente pero para indicar una fase distinta al conflicto, pues mientras en este la pugna existe, en la controversia hay un punto de coincidencia que consiste precisamente en que las partes antagónicas entran en discusión, por eso estima mas conveniente reservar la denominación conflicto de trabajo para indicar la existencia de una dificultad, de intrincada solución de cualquier clase que sea entre el patrono y los trabajadores a su servicio, uno, varios o la totalidad siempre que se origine en el trabajo.”¹⁸

4.1. Trazando un mapa del conflicto obrero, patronal

En la actualidad, la teoría de la resolución de conflictos, está orientada al estudio global de un conflicto e intenta dar respuesta a las siguientes preguntas:

¿En qué consiste la incompatibilidad básica?

¿Quiénes componen las partes?

¹⁸ Cabanellas, Guillermo. **Tratado de Derecho Laboral**. Pág. 549



¿Cuáles son las necesidades y el interés básico de los que están implicados en la situación de conflicto?

¿Cuál es la relación costo, beneficio de las soluciones propuestas?

Para habituarse con la naturaleza de un conflicto, esta teoría enfoca las incompatibilidades existentes, reales o bien supuestas, pero que se perciben como tales en la psicología de las partes y de los protagonistas.

Esto es importante porque, cuando se percibe que se ha formado una incompatibilidad se entra a la primera fase donde se organizan los actores y al enfrentamiento entre las partes.

Una incompatibilidad consiste en una situación que presenta la imposibilidad de satisfacer, de manera simultánea, adoso más partes, las cuales luchan por adquirir al mismo tiempo, los mismos recursos escasos.

El arreglo de una incompatibilidad supone la dificultad inicial de lograr un acuerdo entre las partes sobre la manera de definir y tratar una incompatibilidad. Al principio, suele suceder que una incompatibilidad puede estar reconocida sólo por una de las partes, por un observador, o bien puede hallarse latente u oculta.



También es necesario distinguir entre una incompatibilidad real entre las partes de una supuesta incompatibilidad. Esta confusión generalmente suele aparecer en los pronunciamientos propagandísticos o apreciaciones de carácter subjetivo.

Reconocer que existe una incompatibilidad real cuando están presentes tres elementos básicos:

- a) Objetivos que se excluyen mutuamente;
- b) Recursos escasos en disputa;
- c) Tiempo escaso.

Una incompatibilidad así planteada conduce generalmente a un comportamiento de naturaleza conflictiva y a un proceso de organización de las partes.

La resolución del conflicto suele venir cuando las partes observan que se le ha hallado una solución viable a la incompatibilidad básica; sin embargo, este requiere de la transformación del conjunto de los componentes de un conflicto:

- a. Cambio de las relaciones de poder entre las partes
- b. Cambio en la acción y la conducta que sigue las partes;
- c. Reorientar el carácter y el destino de las diferentes propuestas que se han planteado para resolver el conflicto posible salidas.



4.2. Las relaciones de poder entre las partes

La búsqueda de un arreglo a una incompatibilidad nos obliga necesariamente a analizar las relaciones de poder y las posiciones de igualdad o desigualdad que se mantienen entre las partes asimetría.

Las posiciones se suelen dar en los siguientes tres campos:

- a) Reconocimiento: Situaciones en las que a una parte se le considera legítima y a la otra no;
- b) Principios: Situación en que las reglas de juego y los procedimientos existentes favorecen solo a una de las partes.
- c) Participación: el contexto en que se produce la toma de decisiones, y los factores que hacen de una de las partes la más poderosa.

4.3. Segunda fase del conflicto, el proceso de organización de las partes

El comportamiento y las actitudes de las partes, sean positivas o negativas son el síntoma más visible del conflicto.

El comportamiento es producto de una intervención consciente o planificada de los dirigentes, y al mismo tiempo, una voluntad no totalmente libre, debido a que es formada con base en determinadas estructurales y por la historia del conflicto; sujeta también a las tendencias de los procesos políticos y sociales.



4.4. El problema de la percepción del comportamiento

El comportamiento de un actor puede ser interpretado por acciones positivas o negativas. Sin embargo, suele olvidarse que hay acciones difíciles de interpretar, o ser vistas como señal de amenaza.

En un comportamiento positivo, los objetivos son vistos como demandas aceptables, imperando el respeto mutuo entre las partes, aunque no haya consenso sobre las soluciones aceptables para el problema.

4.5. La dinámica del conflicto

El desarrollo de un conflicto puede ser seguido tomando en cuenta los siguientes aspectos:

¿Presentó situaciones de alerta?

¿La incompatibilidad central está plasmada abiertamente?

¿Están las partes ciertamente identificadas?

¿Da signos de polarización?

¿Presenta muestras de agravamiento o descenso?

¿Se ha generalizado el conflicto?

¿Se ha construido una figura estereotipada del enemigo?

¿Qué tipo de influencias están circulando?: ¿Endógenas? ¿Exógenas? ¿De terceras partes?



Listado de fatalidades: damnificados, heridos, muertos: En los estudios sobre el conflicto es prioritario hacer una previsión del posible comportamiento que se dará entre las partes. Esto es posible de lograr si se hace un examen minucioso de la conformación interna de las partes.

Estructura organizativa.

Los fines y el interés máximo de la organización.

Las presiones externas con que opera;

La metodología de trabajo interna;

4.6. Tercera fase de un conflicto, la búsqueda de una solución

En ocasiones de un actor o ambos es incapaz de ver una solución, o sólo se ve un determinado tipo de solución. También puede suceder que sólo terceras partes visualicen una posible solución.

En este campo, la teoría de la resolución de conflictos puede hacer una contribución importante debido a que estudia las soluciones propuestas y las fórmulas que son posibles de aplicar para obtener soluciones duraderas.



4.7. Modalidades de resoluciones

Popularmente se cree que sólo hay dos tipos de solución: el consentimiento o la violencia. Sin embargo existe una serie de gamas intermedias.

Cuando el uso de la fuerza es el método central de una estrategia de resolución, el conflicto termina con la aniquilación de la parte que se define como adversaria.

En este caso, no es posible negociación alguna y por lo general, las partes se reorganizan para replantear el conflicto.

4.8 El manejo de las negociaciones y del dialogo entre las partes

Contenidos: La fórmula política de resolución de conflictos. Negociación y diálogo.

Negociación: Métodos tradicionales y métodos innovadores.

Negociación con base en posiciones: ganar, perder o transacción.

Negociación con base en principios: las personas, los intereses, las opciones y los criterios.

Mecanismos de apoyo a una negociación y la mediación: Las Naciones Unidas, en su informe de Desarrollo Humano 1991, llegó a la conclusión de que la ausencia de compromiso político, y no la falta de recursos financieros, es con frecuencia la causa verdadera del abandono en que se encuentra el hombre.



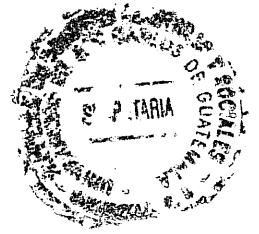
Cuando en un conflicto se produce una ausencia de compromisos políticos, esto conduce a la pérdida de oportunidades, a un desperdicio y una desviación de recursos, a formar estructuras ineficientes, vicios en las conductas humanas y a imponer un orden irreal en las prioridades de la sociedad.

La negociación es básicamente un proceso político, que se nutre de compromisos políticos. La negociación es además un medio básico para lograr lo que queremos de otros pero privilegiando procedimientos democráticos.

La negociación es una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo, cuando usted y otros comparten algunos intereses en común pero que además tienen intereses opuestos.

4.9 Promoción de las negociaciones y del dialogo entre las partes

- a) Cuando ambas partes consideran que algún tipo de entendimiento o acuerdo es posible.
- b) Cuando las partes entran en un proceso de discusión que incluye propuestas y contra propuestas dirigidas a hallar algún tipo de solución a satisfacción de las partes implicadas y por las partes mismas.



4.10 Los diferentes métodos de negociación

La negociación con base en posiciones: Este es un método de uso tradicional, según él todas las negociaciones pasan por tres fases sucesivas:

- a) establecimiento de posiciones sobre un paquete de asuntos negociables.
- b) Exploración de la fortaleza o debilidad de tales posiciones.
- c) Obtención de un acuerdo o compromiso.

Este método de negociación basado en principios se resume en cuatro puntos básicos:

Preocupación: sugerencias

Las personas: separe las personas del problema.

Los intereses: concéntrese en los intereses, no en las posiciones.

Opciones: genere una variedad de posibilidades antes de decidirse a actuar.

Criterios: insista en que el resultado se base en algún criterio objetivo.

Resumiendo las etapas de la negociación:

- La etapa del análisis.

Antes de empezar a trabajar sobre el problema de fondo haga un diagnóstico de los negociadores, sus problemas humanos, las emociones, las comunicaciones poco claras. El cumplimiento de esta fase es importante para que en una negociación no se ataque a las personas sino al problema.



El mapa mental: Esta es una etapa de análisis en que simplemente se hace un diagnóstico de la situación, se recoge información, se le organiza y se reflexiona sobre ella.

Diversos problemas que se enfrentan en una negociación

Uno: Qué hacer cuando la otra parte es más poderosa.

Cuando en un proceso de negociación, la parte que está en una posición más fuerte goza de mayores ventajas; en éste caso, lo que cualquier negociador puede lograr se reduce a los siguientes objetivos:

- a) Protegerlo contra un acuerdo que no le conviene.
- b) Ayudarlo a sacar el máximo provecho de las ventajas que usted pudiera tener.

4.11 La mejor alternativa para negociar un acuerdo

La razón para negociar es obtener algo mejor de lo que se obtendría sin negociar. ¿Cuáles son esos resultados que se esperan de la negociación? ¿Cómo identificar la mejor alternativa disponible?

Conocer cual es la mejor alternativa que tenemos disponible en una negociación nos protege de aceptar acuerdos demasiado desfavorables y de rechazar aquellos que sería conveniente a aceptar. Pregunte por ejemplo:



- a) ¿Cuál sería el acuerdo mínimo que usted aceptaría en una negociación?
- b) ¿Cuál sería el acuerdo máximo (más ventajoso) que usted podría lograr?

Descubrir con precisión la mejor alternativa que te conviene para negociar un acuerdo es el criterio que puede ayudarlo a evitar un resultado desfavorable. Este es también el criterio con el que se debe juzgar cualquier propuesta.

Y si las negociaciones fracasan (no se alcanza un acuerdo) ¿Qué hacer?

Cuando no se ha pensado cuidadosamente en lo que haría al no lograr un acuerdo, se dice que está negociando con los ojos cerrados. Al respecto observe:

- a) Hacer uso de las ventajas comparativas que se poseen frente a la otra parte.
- b) Las ventajas que obtendrá con respecto a la situación actual.

Tres: El aspecto integrativo y el distributivo en una negociación es crear un ambiente de franqueza que permita generar las alternativas que mayor beneficio mutuo permitirían.

Cuatro: ¿Qué es lo que permite a un conflicto ser resuelto de manera durable?

Respeto mutuo, tolerancia, igualdad, no interferencia y no agresión.



4.12 Los diferentes métodos de negociación

“Acción o efecto de negociar. Trato mercantil o lucrativo, comercio, transmisión o traspaso...gestión diplomática de cierta importancia o laboriosa; ya sea de tratado de paz, de alianza o de comercio; de alguna dificultad propia o de asunto en el cual se intervenga por iniciativa propia o ante requerimiento de otra potencia.”¹⁹

Así también la negociación se encuentra implícita el Artículo 278 del Código de Trabajo, segundo párrafo, establece lo referente a los arreglos directos y conciliatorios que se suscriben ante los Inspectores de trabajo, este tipo de arreglos considero son parte de la negociación del pago de prestaciones laborales, por cuotas consecutivas mediante convenio de pago también son negociación en la vía administrativa. Siendo este uno de los métodos legales que establece el Código de Trabajo para negociar, no debiéndose apartar el negociador de que el Derecho del Trabajo es Irrenunciable para el trabajador y por consiguiente no se debe admitir pagos por inferior de los mínimos que establece la ley laboral.

4.13. Mediación

En sentido amplio puede afirmarse que el uso de la mediación uno de los varios medios alternativos disponibles actualmente para la resolución de disputas contribuye a generar

¹⁹ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 20



un cambio en la conducta de las relaciones humanas facilitando una mejor calidad de vida y promoviendo la paz social.

En este contexto la mediación constituye un procedimiento no adversarial y pacífico de resolución de conflictos, tendiente a lograr un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo, objetivo difícil de conseguir cuando los conflictos deben dirimirse en sede judicial.

“Participación secundaria en un negocio ajeno a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados. Apaciguamiento, real o intentado, en una controversia, conflicto o lucha. Facilitación, de un contrato presentado a las partes u opinado acerca de alguno de sus aspectos. Intervención, intercesión. Conciliación. Complicidad. Proxenetismo”²⁰. Es también importante mencionar que a la par de la mediación se debe establecer que es el Conciliador como parte importante en la mediación “Quien participa en un asunto

negocio, contrato o conflicto, por encargo de una o ambas partes, o para prestarles algún servicio sin convertirse en una mas equiparable a las principales. Conciliador. Intercesor. Interventor. Comisionista. Cómplice. Proxeneta. En la mediación internacional el papel de mediador consiste en conciliar las pretensiones opuestas y en apaciguar los resentimientos que puedan producirse ente los Estados en conflicto (Art. 4º del Convenio de la Haya, de 1.907, para el arreglo pacifico de los conflictos internacionales. El Código de comercio español denomina agentes mediadores del

²⁰ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 674



comercio a los agentes de cambio y bolsa, los corredores de comercio y los corredores interpretes de buques. En la contratación, mediador es el que transmite las palabras de un contratante a otro, busca un cliente, procura una mercadería o señala quien dispone de ella y en que condiciones, etc."²¹

a) Ventajas que ofrece: Los beneficios derivados de la utilización de este recurso son muchos y muy variados. Si embargo, las principales ventajas de la mediación como método alternativo de resolución de disputas a partir de su comparación con la vía judicial tradicionalmente utilizada para dirimir los conflictos, son las siguientes:

- Es más rápida.
- Es menos onerosa.
- Es privada y confidencial.
- Se desarrolla en un entorno y un clima adecuados para el tratamiento del conflicto.
- Brinda a los participantes la posibilidad de gestionar su propio acuerdo.
- Es efectiva, voluntaria y neutral (el mediador no toma partido).
- Una de las principales ventajas de su aplicación en el marco empresarial es el ahorro de recursos humanos y económicos que normalmente conlleva. En Estados Unidos más de 4000 empresas líderes (Coca Cola, IBM, Toshiba, Motorola, Philip Morris, The Chase Manhattan Bank, Johnson & Johnson, etc) adhirieron a convenios mediante los cuales se comprometen a utilizar los mecanismos de mediación como instancia previa a cualquier proceso judicial, lo cual se traduce en un ahorro superior

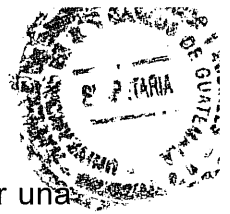
²¹ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 674, 675



a los 35000 millones de pesetas al año y, además, arroja mejores resultados que el pleito tradicional.

b) Conflictos que pueden resolverse a través de la mediación: La mediación es efectiva para resolver una amplia gama de conflictos, entre los cuales pueden destacarse los siguientes:

- Empresarial: La mediación comercial, conflictos en el seno de la organización y entre distintas empresas, franchising, conflictos entre consumidores y empresas, patentes, marcas, dominios web.
- Inmuebles: división de condominio, límites.
- Trabajo: conflictos entre trabajadores y empleadores.
- Familiar: procesos de separación, conflictos generacionales, procesos sucesorios, alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas, liquidación de la sociedad conyugal.
- Comunitaria barrial, ruidos molestos, animales domésticos, uso de espacios comunes, conflictos en comunidades.
- Escolar conflictos institucionales, entre estudiantes, normas de convivencia.
- Conflictos públicos medioambientales, urbanísticos, asistencia social, crisis institucionales, planificación tributaria, conflictos en organismos municipales, conflictos con los vecinos.



- c) Mediación penal: El mediador penal no decide ni tiene autoridad para imponer una solución a ninguna de las partes, característica que lo diferencia del juez o del árbitro. Es una persona entrenada para asistir a aquellas otras que se encuentran en conflicto, estimulándolas, guiándolas y escuchándolas para que ellas mismas arriben a un acuerdo.

Frecuentemente el mediador es abogado, pero no necesariamente debe serlo. Del mismo modo, el abogado puede participar en la mediación como guía y asesor jurídico y también trabajará activamente en la formalización del acuerdo que eventualmente logren las partes.

Es necesaria asimismo la intervención de abogados cuando el acuerdo logrado requiera homologación judicial. La elección del mediador no se distingue de la de cualquier otro profesional. Una siempre entrevista será suficiente para conocer el estrilo del profesional, su entrenamiento, su experiencia y los conocimientos que posee en relación con el tipo de disputa de que se trate.

- d) Perfil del mediador: El mediador perfecto debe poseer relevantes cualidades a fin de poder adoptar conductas adecuadas.
- e) Cualidades del mediador

Las principales cualidades que se predicen del mediador son:



- a) Neutralidad: La cualidad más importante de un mediador eficaz es su capacidad de mantener un papel imparcial y neutral en medio de una controversia.
- b) Capacidad: Para abstenerse de proyectar su propio juicio. El rol del mediador es ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo cuyos términos sean aceptables para ellas, aun cuando el mediador esté en desacuerdo con la sabiduría o con la justicia de la solución.
- c) Flexibilidad: Debe estimular la fluidez en las comunicaciones.
- d) Inteligencia: Las partes buscan un mediador que les facilite el camino de la resolución, con una mentalidad ágil y eficaz. Debe ser capaz de ver las cuestiones en múltiples niveles, de tratar hechos complejos y de analizar los problemas.
- e) Paciencia: Es importante que el mediador pueda esperar los tiempos necesarios según lo requieran las partes. Empatía: El mediador debe de ser capaz de valorar las percepciones, miedos e historia que cada parte revele en la discusión. La confianza se instala a partir de esta corriente personal.
- f) Sensibilidad y respeto: El mediador debe ser respetuoso con las partes y sensible a sus fuertes sentimientos valorativos, incluyendo sexo, raza y diferencias culturales. Oyente activo: Las partes deben sentir que el mediador ha oído las respectivas presentaciones y dichos. Imaginativo y hábil en recursos: Es importante que el



mediador tenga capacidad de aportar y generar ideas nuevas. Enérgico y persuasivo: A través de la conducción del proceso, el mediador debe intervenir eficazmente para lograr flexibilidad en las partes, aunque debe dirigir la dinámica y controlar la audiencia sin ser autoritario.

- g) Capacidad para tomar distancia en los ataques: Si alguna de las partes hace un comentario despectivo o agresivo hacia el sistema de mediación o hacia el mediador, es conveniente no actuar a la defensiva, de lo contrario se establecería una nueva disputa. Honesto: No debe prometer a las partes algo que no pueda cumplir. Digno de confianza para guardar confidencias: Debe guardar confidencialidad y las partes tienen que estar convencidas de que ello será así. Tener sentido del humor: Es necesario para aflojar tensiones y crear un clima favorable. Perseverante: Cuando las partes lleguen lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar la espera y la ansiedad que esto provoca.

En la práctica como miembros de la defensoría, que tenemos que afrontar materias muy diversas, importante cualidad será la versatilidad, pues se impone adaptar el estilo de mediar a cada circunstancia.

Al afirmar que el mediador es un facilitador, un vehículo que recupera la comunicación o ayuda a las partes a comunicarse y establecer o restablecer el diálogo con miras a concertar, cabe destacar que el mediador no es juez, orientador, consejero, abogado, árbitro o cosa parecida; el mediador no decide, dirime, recomienda o aconseja; el



mediador se limita a conducir el diálogo –facilitar y orientar el proceso- y, utilizando su percepción, las prácticas y entrenamiento adquirido, estimula a las partes a encontrar una solución creativa, mutuamente compartida.

Objetivos de la escucha activa

- Asegurar al interlocutor que hemos recogido y entendido su mensaje.
- Alentar al interlocutor a emitir nuevos mensajes.

Como escuchar activamente, dar señales no verbales de escucha:

- Proximidad física
- Contacto visual
- Postura orientada y relajada
- Asentir
- Mímica y gestos
- Contacto físico ligero

Dar señales verbales de escucha:

- Sonidos confirmatorios (Ajá, ya, uh, etc...)
- Parafrasear
- Resumir
- Preguntar
- Recibir y no emitir
- Pedir más información



- No anticipar lo que el otro va a decir.

Aplicación de técnicas al procedimiento de mediación: Antes de iniciar la Mediación propiamente dicha; es necesario valorar y decidir lo siguiente:

- La adecuación de la mediación en el caso que se plantea.
- Quien será la persona adecuada para mediar.
- Si podrán reunirse las partes o tendremos que trabajar por separado.
- Tiempo necesario para reunirse con las partes.
- Quién estará presente en el proceso: implicados, abogados, expertos, otros...
- Como será el espacio: lugar, distribución de los asientos, donde se harán las reuniones privadas, entrada y salida de los participantes.

Entrada o inicio de la sesión: Esta etapa se utiliza para recabar información pertinente sobre las percepciones del conflicto que tienen los participantes, sus metas y sus expectativas, y la situación de conflicto. El mediador debe:

- Proporcionar la estructura inicial.
- Obtener la confianza y cooperación de las partes.
- Fomentar su participación activa en el proceso.
- Demostrar su neutralidad.



Habilidades del mediador	Técnicas utilizadas
1. Construir credibilidad.	a- Confirmación de datos.
2. Conferir a los clientes confianza y autoestima.	b- Cesión de la palabra.
3. Trabajar con abogados y otros profesionales.	c- Intervención para aliviar la tensión.
	d- Generar credibilidad. e- Normalizar

Fuente: Cabanellas, Guillermo

Etapa de explicación del Método e intervención de las partes

El propósito de esta etapa de la mediación es ofrecer un espacio para hacer a un lado las defensas y traer a la superficie los problemas ocultos.

En esta etapa de la mediación requiere que se definan todo los problemas. Cada uno de los implicados:

- ✓ Tiene la oportunidad de exponer su versión y cómo se sienten.
- ✓ Se siente escuchado por la otra parte (y por el mediador)

El mediador:



- ✓ No valora ni juzga.
- ✓ Escucha, parafrasea y anima a que los participantes expliquen más.
- ✓ Ayuda a que se planteen todos los lemas posibles.

Explicación	Técnicas utilizadas
Habilidades del mediador:	
1. Identificar y analizar los conflictos.	a- Escucha activa.
2. Afrontar la cólera de los participantes.	b- Preguntar.
3. Equilibrar poder.	c- Reconocer los sentimientos.
4. Facilitar e intercambiar información.	d- Parafrasear.
5. Neutralizar los comportamientos negativos.	e- Equilibrar el poder
	f- Hablar en yo

Fuente: Cabanellas, Guillermo

La comunicación errónea y la generación de conflictos: La percepción interpersonal. En la vida cotidiana, continuamente estamos interactuando con otras personas. Desde que nos levantamos en la mañana y saludamos los miembros de nuestra familia, hasta que nos volvemos a dormir noche, la mayor parte de nuestro quehacer supone un continuo intercambio con otras personas:



Damos indicaciones a nuestra secretaria, discutimos un informe con un compañero de trabajo, atendemos varias visitas, llamadas telefónicas, almorzamos con unos amigos, y así hora tras hora, días tras día. En toda esta continua toma y daca entre las personas nuestro quehacer no es un simple repertorio de respuestas vinculadas con mayor o menor fuerza a una estimulación: ni siquiera las estimulaciones que recibimos son totalmente conocidas y menos aún previsibles.

La persona actúa más bien a partir del sentido que las otras personas adquieren en cada situación: se trata de la señorara De López, mi secretaria, o de Ricardo, mi amigo, y vienen a presentarme una solicitud o una invitación, a que firme una carta o a notificarme de un suceso importante. Mi acción estará en función directa de lo que la situación objetivamente demande, pero también de la captación subjetiva que de esa situación y de las personas involucradas en ella yo tenga. Así, mi acción tendrá unos condicionamientos subjetivos, en buena medida determinados por mi percepción de los hechos y de las personas.

Hoy las víctimas y los individuos que componen la sociedad en su conjunto, como víctimas potenciales del delito sienten que el sistema penal no da una respuesta acorde con el incremento de la criminalidad y existe en todo el tejido social una sensación generalizada de inseguridad.



Si las víctimas se sienten desamparadas, es una reacción natural que pidan aumento de las penas y de las conductas penalizadas, una mayor represión, o que decidan ser ellas mismas las que impartan justicia por propia mano.

No obstante, prestar atención a la víctima no es una cuestión de invertir los términos concluyendo que, a mayor atención a la víctima, más represión para el delincuente. Es preciso reconocer que un sistema penal a la altura de los tiempos que corren, tiene que tener en cuenta tres elementos: autor, víctima y comunidad para lograr la paz social. Es en este marco que se acepta la reparación como un modo alternativo a la pena para lograr la solución del conflicto generado por el delito





CAPÍTULO V

5. La conciliación víctima y delincuente

Hoy las víctimas y los individuos que componen la sociedad en su conjunto, como víctimas potenciales del delito sienten que el sistema penal no da una respuesta acorde con el incremento de la criminalidad y existe en todo el tejido social una sensación generalizada de inseguridad.

Si las víctimas se sienten desamparadas, es una reacción natural que pidan aumento de las penas y de las conductas penalizadas, una mayor represión, o que decidan ser ellas mismas las que impartan justicia por propia mano.

No obstante, prestar atención a la víctima no es una cuestión de invertir los términos concluyendo que, a mayor atención a la víctima, más represión para el delincuente. "Es preciso reconocer que un sistema penal a la altura de los tiempos que corren, tiene que tener en cuenta tres elementos: autor, víctima y comunidad para lograr la paz social. Es en este marco que se acepta la reparación como un modo alternativo a la pena para lograr la solución del conflicto generado por el delito."²²

En gran medida es por eso que la idea de reparación a las víctimas se ha ido extendiendo internacionalmente, tanto dentro del Derecho Penal al incluirse como

²² Rodríguez Manzanera, Luis. **Victimología**. Pag. 53



sanción o junto a ella; como con el objeto de hacer retroceder al Derecho penal a través de la conciliación víctima- delincuente, en una etapa prejudicial²³.

Si bien la conciliación y la mediación penal arrancan del movimiento en torno a la atención y preocupación por la víctima del delito, se han ido diferenciando de éste y hoy apuntan a establecer un proceso dinámico interactivo entre víctima y delincuente, que logre una respuesta diferente que resulte satisfactoria para ambos.

Todo indica que en “el siglo XXI, las sanciones penales tradicionales sólo se aplicarán cuando fracase la reconstrucción de la paz social por la vía de la reparación y quedarán reservadas para aquellos casos que por su gravedad e impacto social, afecten el interés público.”²⁴

La intervención de la víctima en la resolución del conflicto del cual fue coprotagonista, o pretende volver a la venganza ni es una privatización del sistema. Simplemente, como apunta Rossner, se abre una tercera vía, la de la reparación y se ha comprobado que esta reparación contribuye en gran medida a una mejora del clima social.”²⁵

No hablamos de suprimir el sistema penal, ni de renegar de los avances hechos en materia de legalidad y respeto por las garantías, sino de ver que en muchos casos,

²³ Giménez Salinas I. Colomer, Ester. **La conciliación víctima- delincuente como alternativa a la justicia penal.** Pág. 125

²⁴ Roxin, Claus. **La reparación en el sistema de los fines de la pena.** Pág. 155

²⁵ **Ibíd.** Pág. 141



puede no ser ésta la respuesta adecuada y si víctima e imputado están de acuerdo y no existe en ello grave perjuicio al interés público, se les debe dar la posibilidad de solucionar su problema por otros medios.

5.1 Estudio jurídico de la conciliación en casos concretos

Analíticamente “el fracaso del derecho penal en dar una respuesta adecuada a los casos que se le plantean se debe en gran medida a la rigidez de la respuesta que está habilitado para dar.”²⁶

El principio de legalidad y la inexistencia de soluciones alternativas que permitan despenalizar situaciones que no ameritan la coerción penal, anquilosan este sistema que, como señala el maestro Zaffaroni, es la única coerción jurídica que no busca la reparación. Para mencionar algunas de las fallas del sistema penal vale señalar:

El derecho penal, está para regular las normas básicas de convivencia social. Sin embargo, muchos de los hechos hoy calificados como delitos no responden a esta premisa y consecuentemente el conflicto que se genera a partir de ellos podría ser solucionado por otras ramas del ordenamiento jurídico.

²⁶ Zaffaroni, Raúl. **En busca de las penas perdidas**. Pág. 226



El fenómeno de la cifra negra, delitos que no se denuncian, muchas veces se debe a razones culturales que hacen que en una sociedad o una región determinada, ciertos hechos no se denuncien por considerarlos triviales o por entender que la respuesta adecuada no será la imposición de una pena.

Este es uno de los modos en que la víctima expresa su voluntad, pero también su desconfianza en el sistema penal estatal. Por el contrario, se denuncian hechos esperando que este sistema dé una respuesta que no es la que le es propia. Esto se ve muy claro en las usurpaciones, donde lo que busca el denunciante es que se le restituya su propiedad y poco le importa que luego el infractor sea condenado o cumpla una pena.

Dada la complejidad de las interacciones que existen en la trama social, hay infinidad de situaciones litigiosas que se encuentran en una zona límite difusa; hecho en los que no está claro que la conducta desplegada caiga bajo una sanción penal o donde la ausencia de pruebas anticipa el fracaso inexorable del proceso penal.

En estas situaciones, si la víctima acude al sistema y realiza una denuncia, una vez ingresado en la maquinaria judicial, su problema será procesado en forma totalmente inadecuada y terminará simplemente siendo expulsado, archivado, reservado, desestimado, prescripto, sin que la persona afectada haya logrado ninguna respuesta.



Sabemos también que un número mínimo de casos llega a juicio y que muchas veces ni siquiera son los más relevantes o los de mayor repercusión social, dado el *método* de selección al azar a que ha ido llevando el criterio de legalidad.

En este esquema, tiene más probabilidades de llegar rápidamente a juicio un hurto en flagrancia que un grave homicidio. No hablemos de los delitos contra la administración pública o estafas con algún grado de complejidad, cuyo destino más seguro es la prescripción.

Este tipo de situaciones, reiteradas a diario, provocan una sensación de frustración en la víctima y de impunidad en toda de la comunidad que ha llevado progresivamente al desprestigio y a la deslegitimación del sistema y de la justicia penal.

Una más rigurosa medición de la criminalidad, mejor conocimiento de la cifra negra, así como un mayor acercamiento a la interacción víctima, victimario; y en esto han sido muy importantes los aportes realizados por la victimología, han llevado a pensar y aceptar nuevas formas de resolución del conflicto que surge del fenómeno delictual, como la mediación y la conciliación.

5.2. Reparación del daño causado a la víctima

La reparación del daño como presupuesto de la suspensión del proceso a prueba. En los países que admiten la suspensión condicional del proceso, o proceso a prueba, se



establece como requisito indispensable que el agresor repare los daños ocasionados a la víctima. Como los casos de Portugal, Brasil, Costa Rica, El Salvador, y Venezuela.

En Portugal “es admisible la suspensión provisoria del proceso penal, frente a casos por delito sancionado con pena no superior a tres años de prisión, o con multa, siempre que el imputado sea primario, y responda a una serie de condiciones que se le imponen para suspender el procedimiento, dentro de las cuales se encuentra necesariamente la indemnización del afectado, así como el darle satisfacción moral adecuada, lo que equivale a fórmulas que buscan la conciliación entre imputados y ofendidos.”²⁷

Esta fórmula a provocado algunas críticas en la experiencia portuguesa, según nos refiere el doctor Vieira da Silva, al estimarse que la discrecionalidad de la suspensión del proceso introduce una “impunidad selectiva”, haciendo aparecer dos tipos de condenas y de condenados, los verdaderos y propios condenados por el juez, con todas las garantías y publicidad, y los condenados por el Ministerio Público, por medio de estos pactos. Sin embargo, se trata de posiciones rígidas que estiman como un dogma intocable y absoluto, todavía, el principio de legalidad, frente a otros presupuestos básicos que también encuentran tutela constitucional²⁸.

En Brasil también, conforme a la ley 9099 del 26 de setiembre de 1995, es aplicable la suspensión del proceso a prueba para los delitos cuya pena mínima sea igual o inferior

²⁷ **Vieira Da Silva, Fernão. O consenso no âmbito do Sistema Penal Português.** Pág. 16

²⁸ **Ibíd.** Pág. 20



a un año de privación de libertad. En estos casos el proceso se inicia, pero se puede suspender si el acusado se somete a determinadas condiciones, entre las cuales se encuentra la obligación de indemnizar el daño sufrido por la víctima. En tal caso el proceso se suspende por un plazo de dos a cuatro años, transcurridos los cuales se extingue la pretensión punitiva siempre que el imputado haya cumplido las condiciones.

La legislación penal de Costa Rica, también adopta la figura de la suspensión del proceso a prueba en todos aquellos casos en que es admisible la suspensión condicional de la pena, siempre que exista un plan para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el delito y un detalle de las condiciones que el imputado estaría dispuesto a cumplir. En ese supuesto el plan puede consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos, regulados en los Artículos 25 a 29 del Código Procesal Penal de 1996.

El plazo de prueba va de dos a cinco años, y la legislación prevé taxativamente las posibles condiciones a las cuales puede someterse el imputado, agregándose que “sólo a proposición del imputado, el tribunal podrá imponer otras reglas de conducta análogas cuando estime que resultan razonables” regulado en el Artículo 26 in fine del Código Procesal Penal de Costa Rica.

La nueva legislación procesal penal de El Salvador prevé la suspensión condicional del procedimiento para los casos en que es admisible la suspensión condicional de la



ejecución de la pena, siempre que el imputado haya reparado los daños causados por el delito, o asumido formalmente la obligación de reparar el daño en la medida de sus posibilidades, incluso mediante acuerdos con la víctima, regulado en los Artículos 22, 23, 24 del Código Procesal Penal de 1996 de la república del El Salvador.

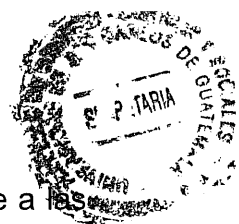
También el nuevo Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, admite la suspensión condicional del proceso para los casos en que el delito admita la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero no se exige en forma directa que se haya indemnizado a la víctima, sino solamente existe el deber de escucharla antes de aprobar la medida.

Habrá que esperar algún tiempo para observar la práctica jurisprudencial, pues los jueces podrían tomar en consideración ese aspecto para acordar la suspensión.

5.3. La Conciliación víctima delincuyente

Si bien no está pacíficamente aceptada, poco a poco se va admitiendo tal posibilidad como modo de resolver el conflicto causado por el delito. Esta forma de resolución produce una mayor satisfacción en los receptores del sistema, el imputado, víctima y comunidad.

Por ser nuevos, los sistemas de consenso víctima- victimario se encuentran con la dificultad de que ambas partes tienen poca experiencia para resolver de esta forma el problema; por lo que el mediador, además de convencerlos de participar en el



programa, debe estar preparado para formular posibles modos de reparación que a las partes por sí no se les ocurrirían.

Basados en las definiciones conceptuales que adopta fundación libra, que, “si bien no universalmente aceptadas, brindan un marco teórico adecuado para comprender el proceso, se debe aclarar que, aún cuando generalmente se hable de mediación penal, lo cierto es que en esta materia se usan tanto técnicas de mediación como de conciliación.”²⁹

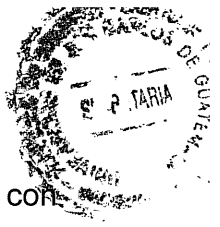
5.4. Principales puntos que favorecen la conciliación víctima delinciente

Es indudable que este sistema tiene para ella considerables ventajas. El vigente, históricamente la ha usado como testigo principal de lo sucedido, la ha revictimizado y no ha tenido en cuenta su opinión, sus deseos, sus temores o expectativas al momento de decidir sobre el delito que ha padecido. Al contrario, la solución restaurativa:

Le da la oportunidad de ser oída al momento de resolver con relación a su conflicto.

Le da la ocasión de decidir respecto del mismo, con la asistencia de un tercero imparcial que le garantiza seguridad, confidencialidad y equilibra el poder frente a su victimario.

²⁹ Giménez Salinas I. **Ob. Cit.** Pág. 85



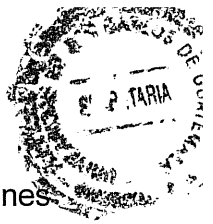
Desde un punto de vista victimológico, obtener una respuesta a sus preguntas con relación al hecho vivido hará que se recupere mejor de su experiencia traumática y le ayudará a superar sus temores.

Le da la posibilidad de lograr una reparación, entendida ésta no sólo como un resarcimiento económico, que también puede darse- sino como algo más integral que puede incluir el pedido de disculpas de su ofensor o el compromiso de éste de cumplir con algo que le resulte satisfactorio (tarea comunitaria, retomar estudios, compromiso de no reiterar ciertas conductas, etc..

5.5. Pretensión de la conciliación víctima delinciente

La conciliación en materia penal ha sido recomendada desde 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder”, al disponer formalmente lo siguiente: “7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas”³⁰

³⁰ Séptimo Congreso de las Naciones Unidas. **Sobre prevención del delito y tratamiento del delinciente**. Pág. 19



No obstante esa declaración de principios, “su incorporación a las legislaciones latinoamericanas no ha sido un tema pacífico. Muchos la adversan en defensa del principio de legalidad, sin admitir como este último ha sido y sigue siendo excepcionado por la realidad. Sin embargo hasta ahora las principales objeciones y las críticas que se han esgrimido en su contra no han sido producto de una reflexión empírica, sino básicamente de carácter ideológico.”³¹

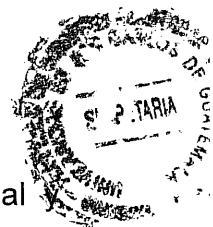
Como se puede apreciar a lo largo de esta exposición, existen diferencias teóricas y legales entre los distintos países que la regulan, sin embargo, como ya ha sido expuesto respecto de otras regiones, lo cierto es que “a pesar de las diferencias, los modelos vienen marcados por una misma filosofía, en esencia la de recuperar el conflicto para la víctima y el delincuente, de ahí que la cuestión fundamental de la práctica se centre en el conflicto y no en los problemas procesales u organizativos.”³²

Son muchas las razones que han justificado recurrir a la negociación y a la conciliación para dirimir también los conflictos penales. En efecto, la búsqueda de soluciones alternativas y diferentes a la justicia formal en América Latina ha sido y sigue siendo muy frecuente, por múltiples razones.

Se ha justificado recurrir a mecanismos informales para solucionar los diferendos, “como la conciliación, porque son más simples, más rápidos, más efectivos, en muchos

³¹ Dúnkel Frieder. **La conciliación delinciente, víctima y la reparación de daños.** Pág. 70.

³² Giménez Salinas Esther. **La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado.** Pág. 207



casos más baratos, directos, e incluso más transparentes que la justicia formal tradicional, en virtud de la desconfianza generada por los órganos de justicia oficiales, en muchas ocasiones con un alto índice de corrupción, plagados de procedimientos obsoletos y formalistas, donde en el mejor de los casos importa más la solución jurídica que la solución real del problema, donde las partes no tienen espacio, porque los abogados y los funcionarios, jueces, fiscales, policías, secretarios, auxiliares, etc. han asumido el problema con el fin de aplicar la ley, sin importar lo que piensan y desean los sujetos involucrados en el conflicto, según los procedimientos formalmente establecidos.”³³

Como muy bien se concreta para la experiencia peruana, y que” puede ser extensible para una gran mayoría de los países de la región, entre las razones para adoptar la conciliación pueden invocarse:”³⁴

- La incapacidad del poder judicial de constituir una instancia efectiva de solución de conflictos. En algunos casos la verdad legal dista mucho de lo que las partes pueden considerar una solución justa al conflicto;
- La onerosidad de lo que significa llevar un proceso por la vía judicial;
- La demora con la cual normalmente son resueltos los casos por el poder judicial;
- La impredecibilidad del fallo genera una incertidumbre jurídica en las partes que demandan la solución a un conflicto. Esto se debe no sólo a los serios problemas

³³ Mair, Julio. **Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica, en reformas procesales en América Latina.** Pág. 201

³⁴ Revilla Vergara Ana Teresa. **La experiencia de la justicia alternativa en la república del Perú.** Pág. 63, 64.



de corrupción que podemos encontrar en el sistema judicial sino también a la falta de criterios jurisprudenciales uniformes;

- La existencia de una pluralidad cultural al interior del territorio nacional, que lleva a la co-existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos, que corresponden a los valores, intereses, usos y costumbres de los distintos grupos culturales que existen en el Perú.

Al referirnos indistintamente a la conciliación, a “la reparación, a la reconciliación y a la regulación de conflictos a sabiendas de que no tienen contenido idéntico. La reconciliación y la regulación de conflictos son conceptos más altos, porque se trata de una amplia reconstrucción de la paz social, o en su caso, del apaciguamiento del conflicto generado por el delito, mientras que la conciliación delincente, víctima y la reparación de daños, por el contrario, se refieren más bien a las circunstancias externas de una prestación de reparaciones materiales o inmateriales.”³⁵

Como bien se afirma, “la reparación es, básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo; colocando el mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar...Esta reparación ideal, sustitución del statu quo ante; reparación in natura es, en ocasiones, imposible por ejemplo: la vida no se puede reponer.

³⁵ Dünkel Frieder. **Ob. Cit.** Pág. 48



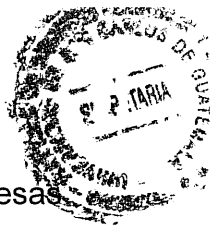
Por ello en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación por resarcimiento económico del daño, indemnización. Existen, sin embargo, otros sustitutos, más alejados del concepto originario. A la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original. Importante es el acuerdo compensatorio y la inteligencia de ambos, víctima y victimario, de que así satisfacen en su justa medida el interés del dañado.”³⁶

Todas estas posibilidades hacen más atractiva la conciliación y la reparación, frente a la simple posibilidad del castigo, con todas sus implicaciones e imperfecciones.

Sin embargo, no se debe entusiasmar con las novedades. Existen riesgos que se debe cuidar al adoptarse mecanismos como la conciliación. En primer término, su adopción no debe significar la privatización de la justicia penal, y menos en la minimización del aparato judicial.

Se Coincide con el profesor Walter Antillón, al indicar que la adopción de mecanismos alternos para solucionar conflictos debe hacerse bajo dos condiciones: en primer término se debe “...aumentar a la vez la eficiencia de la justicia estatal, a fin de beneficiarse del inmenso caudal de experiencias acumulado por la cultura occidental en lo que se refiere, al menos, a la racionalidad del proceso y a la independencia del juez, y en segundo lugar debe procurarse que ese instituto constituya, no una instancia

³⁶ Mair, Julio B.J. **Ob. Cit.** 212



elitista, simplemente y solamente para que las transnacionales y las grandes empresas en general tengan un instrumento de solución de conflictos a la medida de sus deseos; sino una instancia democrática, para enseñar a la población otras vías de solución que podrían ser más baratas y expeditas que la administración estatal de la justicia, y quizás tan seguras como ésta; de modo que el pueblo se organice para administrar equitativamente sus propios conflictos con instrumentos seguros y fáciles de manejar...³⁷.

Existe una tendencia a la privatización de una serie de funciones que tocan sensiblemente los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ha iniciado un acelerado proceso de privatización en la vigilancia policial de casas, negocios, lugares. Tareas que tradicionalmente estaban en manos del estado, hoy observamos trasladar a los sectores privados sin mayor discusión. También comienza la discusión sobre la posible privatización de las cárceles en varios sentidos: sobre su financiación y construcción; sobre su gestión; sobre la contratación de personal; y sobre la comercialización del trabajo de los presos. Estos procesos no han sido reglamentados, ni se han demarcado claramente las fronteras entre lo que podría trasladarse a los sectores privados y lo que debe permanecer en manos del estado.³⁸

Es evidente, en lo que respecta a la conciliación y la reparación, que se hace necesario por un lado delimitar claramente las fronteras, señalando lo posible y lo imposible; y

³⁷ Antillón Montealegre, Walter. **Jurisdicción y resolución alternativa de conflictos**. Pág. 41

³⁸ Giménez Salinas, Esther. **La conciliación víctima, delincuente: hacia un derecho penal reparador**. Pág. 355



además, fortaleciendo la convicción de que el sistema penal por regla continúa en manos del Estado con todas sus implicaciones. Desde luego, “no se trata de privatizar a la justicia penal privatizando el conflicto, sino de repersonalizarlo, lo que sugiere otras vivencias y compromisos, empezando por el resarcimiento de los daños a la víctima.”³⁹

La conciliación y la reparación no constituyen tampoco formas fáciles y rápidas para estar al día con el trabajo pendiente en los tribunales, ni mecanismos para festinar los casos. En muchas ocasiones “llegar a un proceso de conciliación puede ser más laborioso que la imposición de una pena. La reparación no es una manera de agitar la justicia, de sacarse casos, sino de introducir en términos de Derecho penal, en un sentido más amplio, la posibilidad de una justicia negociada. La mediación y la confrontación son aspectos importantes de un proceso dinámico entre víctima y delincuente, de una participación activa para llegar a resolver el conflicto...”⁴⁰

Desde luego, “el tiempo invertido en la solución de un conflicto penal suele ser inferior al tiempo que la justicia penal tradicional emplea en la atención del caso, desde luego que el sistema tradicional emplea la mayor parte de su tiempo en tramitar papeles y en actos rituales y formales, pero no en atender a sus víctimas.”⁴¹

Por otra parte, también, debe evitarse que los “programas de reparación corran el peligro de ser acaparados por la tendencia, predominantemente represiva en la

³⁹ Neuman Elias. **Mediación y conciliación penal.** Pág. 52

⁴⁰ Giménez Salinas. Esther. **Ob. Cit.** Pág. 202

⁴¹ **Ibíd.** Pág. 208



actualidad, de la justicia. Con frecuencia, para algunos la reparación debiera constituir simplemente un agregado de la pena, y en especial se le asocia como una condición de una serie de beneficios condicionales durante la ejecución, y ello debe evitarse.”⁴²

Como muy bien se afirma, la reparación es una meta racional propuesta como tarea para el derecho penal, bajo dos condiciones: “que ello no perjudique, sino que coopere, con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto...Por esa razón las vías de ingreso de la reparación al sistema del derecho penal deben ser pensadas cuidadosamente, para que no se frustren sus objetivos principales: auxiliar realmente a la víctima o, mejor dicho, colaborar en la tarea de restitución, que se corresponde con su naturaleza, y reducir la violencia de la reacción estatal frente al delito.”⁴³

Entre las ventajas que se le asignan a la conciliación en general se mencionan, “entre otras, la de ofrecer a los litigantes un enfoque colaborativo y consensuado para llegar a una resolución creativa y mutuamente satisfactoria; la de ampliar los servicios de resolución de disputas del tribunal a relativamente bajo costo y cumplimentar la demanda de las partes para obtener la facilitación de un acuerdo; y además resultar de un alto grado de satisfacción para las partes involucradas.”⁴⁴

⁴² Dünkel Frieder. **Ob. Cit.** Pág. 52 y 53

⁴³ Maer, Julio B.J. **Ob. Cit.** Pág. 208

⁴⁴ Álvarez Gradys S., Highton Elena. **Mediación y justicia.** Pág. 154



Ello la hace un instrumento bastante atractivo en materia penal para contribuir a reparar la paz social resquebrajada con el hecho delictivo, sobre todo tratándose de infracciones de contenido patrimonial o de consecuencias muy leves.

Se afirmar entonces, que en materia penal, la razón básica por la cual debería recurrir en mayor medida a la conciliación, debiera ser la reconstrucción de la paz social, o por lo menos apaciguar el conflicto surgido entre las partes y las demás personas relacionadas con ellas, a consecuencia del hecho delictivo. Se trata de un concepto más amplio que la reparación del daño o la conciliación concreta entre el delincuente y la víctima.

5.6 Ante quién se realiza la conciliación

En Guatemala corresponde al juez pronunciarse sobre la solicitud que formula el Ministerio Público para aplicar el criterio de oportunidad o para suspender la persecución penal, y de acuerdo con las modificaciones señaladas le corresponde también controlar los posibles excesos de una parte sobre otra, o la debilidad de una de ellas durante el proceso de negociación, aspectos que antes realizaba el Ministerio Público.

En Guatemala no existen oficinas públicas o privadas que se dediquen a facilitar o promover la conciliación en asuntos penales de acuerdo con el informe del Doctor Aguirre, sin embargo ya en el Artículo 477 del Código Procesal Penal, recientemente



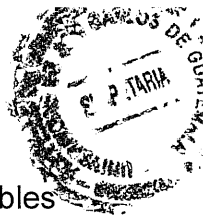
reformado se hace referencia a que “previo a acudir a la audiencia de conciliación, las partes podrán someter su conflicto al conocimiento de centros de conciliación o mediación...”

“Si bien no está pacíficamente aceptada, poco a poco se va admitiendo tal posibilidad como modo de resolver el conflicto causado por el delito. Esta forma de resolución produce una mayor satisfacción en los receptores del sistema, imputado, víctima y comunidad.

Por ser nuevos, los sistemas de consenso víctima, victimario se encuentran con la dificultad de que ambas partes tienen poca experiencia para resolver de esta forma el problema; por lo que el mediador, además de convencerlos de participar en el programa, debe estar preparado para formular posibles modos de reparación que a las partes por sí no se les ocurrirían.

Basados en las definiciones conceptuales que adopta Fundación Libra que, si bien no universalmente aceptadas, nos brindan un marco teórico adecuado para comprender el proceso debemos aclarar que, aún cuando generalmente se hable de mediación penal, lo cierto es que en esta materia se usan tanto técnicas de mediación como de conciliación.

Ventajas de este tipo de sistemas en el proceso penal de adultos



a) Ventajas para la víctima: Es indudable que este sistema tiene para ella considerables ventajas. El vigente, históricamente la ha usado como testigo principal de lo sucedido, la ha revictimizado y no ha tenido en cuenta su opinión, sus deseos, sus temores o expectativas al momento de decidir sobre el delito que ha padecido.

Al contrario, la solución restaurativa:

Le da la oportunidad de ser oída al momento de resolver con relación a su conflicto.

Le da la ocasión de decidir respecto del mismo, con la asistencia de un tercero imparcial que le garantiza seguridad, confidencialidad y equilibra el poder frente a su victimario.

Desde un punto de vista victimológico, obtener una respuesta a sus preguntas con relación al hecho vivido hará que se recupere mejor de su experiencia traumática y le ayudará a superar sus temores.

Le da la posibilidad de lograr una reparación, entendida ésta no sólo como un resarcimiento económico que también puede darse sino como algo más integral que puede incluir el pedido de disculpas de su ofensor o el compromiso de éste de cumplir con algo que le resulte satisfactorio (tarea comunitaria, retomar estudios, compromiso de no reiterar ciertas conductas, etc.).

b) ¿Qué ventaja obtiene el imputado adulto en un sistema con principio de legalidad?



Este es uno de los puntos más críticos de la mediación penal ya que se debe aventar el riesgo de que la mediación funcione como un plus en perjuicio del imputado o como una pena añadida.

El punto de inflexión ideal sería la existencia de criterios de oportunidad que permitieran evitar el uso del poder penal estatal cuando éste no fuera totalmente imprescindible, relegándolo al lugar de última ratio que le está asignado en un verdadero estado de derecho. Sin embargo, aún cuando éstos no existan, ciertos mecanismos hoy vigentes hacen que una mediación en materia penal pueda aplicarse y tener ciertos efectos sobre el proceso y la imposición de una pena.

Suspensión del proceso a prueba: El resultado favorable de una mediación que haya logrado la composición del conflicto podría ser utilizado en la suspensión del proceso a prueba ya que este instituto está supeditado, entre otros, al compromiso del imputado de hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible; particularmente podría tenerse en cuenta para fundar la extinción de la acción, ya que el juez al declararla debe valorar este extremo.

Si se lograra complementar la mediación en estos casos con el criterio amplio de la concesión de la suspensión del proceso a prueba, teniendo en cuenta la pena en concreto, muchos de los casos que hoy procesa mal el sistema penal, podrían ser



resueltos de un modo más satisfactorio para la víctima, para el imputado y para la comunidad en su conjunto.

Determinación de la pena y condena de ejecución condicional: Aún en casos en que haya imposición de pena, el haber arribado a una solución consensuada con la víctima podría tenerse en cuenta para la determinación de la pena y para conceder una condena de ejecución condicional.

Criterios de oportunidad: La posibilidad de aplicar criterios de oportunidad reglados en los casos de delitos imputados a mayores de 18 años, autorizaría a resolver fuera del sistema muchos casos que hoy van a la justicia penal, dándoles un tratamiento más adecuado y acorde con las expectativas que tuvo en miras la víctima al hacer la denuncia.

De este modo, los involucrados en el conflicto, ayudados por la presencia del mediador, llegarían a la solución que ellos consideraran más adecuada, en una etapa prejudicial, pero con un tipo de intervención que implique algún grado de seguimiento y contralor del cumplimiento de lo acordado, prescindiendo del ingreso del caso al sistema penal.



Este tipo de soluciones permitirían descongestionar los tribunales penales, reservando su actuación para los casos graves, de mayor complejidad y con más alto grado de repercusión social.”⁴⁵

El sistema penal atraviesa una crisis de efectividad muy seria. La crisis de la prisión y de los fines de la pena, de la reeducación y de la resocialización justifican recurrir a otros métodos para obtener resultados más positivos. No se trata en modo alguno de retornar a la venganza privada, ni de privatizar la justicia penal, pues una gran mayoría de los postulados del sistema penal constituyen serias garantías que se conquistaron a lo largo de años de civilización y hoy son incuestionables⁴⁶.

La conciliación y en particular la reparación, han venido a restablecer y hacer más efectivos postulados tradicionales del derecho penal, que mantenían una base más teórica que real, haciendo del proceso un sistema más confiable y creíble en la práctica cotidiana.

Desde luego, “la conciliación víctima delincente, debe ubicarse dentro del derecho penal, y regirse según sus principios generales, aunque se lleve a término fuera del proceso penal. La conciliación víctima delincente necesita por consiguiente del derecho penal para decidir qué es delito, quién es delincente, quién es víctima...”⁴⁷.

⁴⁵ www.pensamientopenal.com.ar/42mediacion.doc 11 abril 2011

⁴⁶ Ferrajoli, Luigi. **Derecho y razón, teoría del garantismo penal**. Pág. 209

⁴⁷ Gimenez Salinas, Esther. **La conciliación víctima, delincente: hacia un derecho penal reparador**. Pág. 359.



Junto a los postulados clásicos del derecho penal, aparece una nueva función que podría denominarse como la reconstitución de la paz jurídica, cumpliéndose una función pacificadora y que en Austria ha sido denominada como la tercera vía. Así la reparación constituye una consecuencia jurídica distinta y junto a la clásica pena y a la medida de seguridad.

Como muy bien se ha expuesto, la función pacificadora, que el derecho penal ha perdido en gran medida, puede alcanzarse del modo más consecuente, bajo evitación de los conocidos efectos negativos de la sanción penal, estigmatización, consolidación y escalada de procesos de socialización de trayectoria negativa, efectos desintegradores de la pena de privación de libertad, etc., en el nivel prejudicial. La idea básica de la institución del arrepentimiento activo es que, con la solución del conflicto de derecho civil, desaparecen un interés de satisfacción de la víctima que supere ese marco y, desde el punto de vista de la sociedad, la necesidad de una punición, puesto que el delincuente ha vuelto a la legalidad...⁴⁸.

Podrá así el sistema penal recuperar un poco la confianza perdida, y atender más directamente las necesidades básicas que demandan los ciudadanos.

El sistema penal “ha profundizado un proceso en el que los conflictos le han sido arrebatados a las personas directamente involucradas, de modo tal que, o bien han

⁴⁸ Dünkel Frieder. **Ob. Cit.** 50 y 51.



desaparecido, o bien se han transformado en pertenencia de otra gente... Los abogados son particularmente buenos robando conflictos...”⁴⁹.

La víctima “ha sido un perdedor por partida doble, primero frente al agresor y luego frente al Estado, pues este último le roba su conflicto para ser resuelto por profesionales que en la mayoría de los casos ni siquiera le toman opinión.”⁵⁰

Resultaba necesario, entonces, restituirle el conflicto a sus propietarios, y así contribuir al fortalecimiento de la paz social.

También para el derecho penal la reparación ha venido a contribuir al cumplimiento efectivo de los fines de la pena. “La reparación, en el sentido indicado, puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivo general y especial. Su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de partida aquí defendido, reprivatización alguna del derecho penal, promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla.”⁵¹

⁴⁹ Christie Nils. **Los conflictos como pertenencia**. Pág.159 y 163.

⁵⁰ **Ibíd.** Pág. 1

⁵¹ Roxin Claus. **La reparación en el sistema de los fines de la pena, en los delitos y de las víctimas**. Pág. 154



Indiscutiblemente también fortalece la resocialización el que el imputado acepte los hechos delictivos atribuidos y asuma con responsabilidad la reparación de todos los intereses legítimos de la víctima. “Un derecho penal orientado a la reparación es fundamentalmente un derecho penal de la resocialización. Un acto reparador implica no solamente la reparación de la víctima sino también un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso a la interiorización...Pero también significa, como ha puesto reiteradamente de manifiesto la doctrina alemana, que cuando el autor repara acepta públicamente la vigencia de las normas delante de la comunidad y se reafirma la prevención general positiva...”⁵².

En lo que al derecho procesal se refiere, la conciliación y la reparación constituyen, sin lugar a dudas, las fórmulas básicas para introducir a la víctima en la solución del conflicto penal, rescatándola así del olvido en que se encontraba y corrigiéndose también una distorsión más del propio sistema penal. La necesidad de escuchar a la víctima, así como a todos los demás sujetos involucrados en el conflicto, hacen necesario recurrir a otros métodos de solución, para dirimir el conflictos o al menos transformarlo en otro de menor violencia.

En efecto, con la “llegada del derecho penal público cambia el concepto de venganza privada, creándose una protección especial para el imputado a quien se le garantiza un proceso penal debido y justo, un sistema de garantías básicas, que vienen a expropiar a la víctima de la solución del conflicto. El Estado asume entonces la venganza y toma

⁵² Giménez Salinas, Esther. **Ob. Cit.** 196 y 201



en sus manos la labor de aplicar la pena, de espaldas a la víctima. La víctima sufre entonces no sólo las consecuencias del delito, sino además otro tipo de daños psíquicos, sociales, económicos y físicos, al ser abandonada e incomprendida, menospreciada en el proceso penal y sólo se le utiliza como un objeto para descubrir la verdad real. No es sino hasta la mitad del presente siglo cuando comienzan las voces a clamar por una mayor intervención de la víctima en el proceso penal, y se plantea la necesidad de darle un papel protagónico en la solución del conflicto, es decir devolviendo a sede privada algo que el Estado había asumido como suyo.”⁵³

La víctima es, como consecuencia, un protagonista principal del conflicto social, junto al autor, y el conflicto nunca podrá pretender haber hallado solución integral, si su interés no es atendido, al menos si no se abre la puerta para que él ingrese al procedimiento, dado que, en este punto, gobierna la autonomía de la voluntad privada.”⁵⁴

Indiscutiblemente que aquí también encontramos una nueva misión que es cumplida por la reparación del daño y la conciliación jurídica a favor del sistema penal.

En la región latinoamericana la conciliación penal ha provocado alguna susceptibilidad por su supuesto origen norteamericano y europeo, al estimarse ajena a nuestras costumbres. Es cierto que en materia penal la conciliación comenzó a utilizarse en

⁵³ Eser Albin. **Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal.** Pág. 13

⁵⁴ Maier, Julio B.J. **Ob. Cit.** Pág. 220



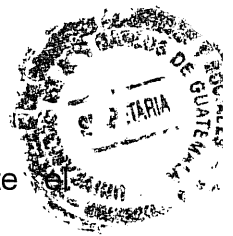
Estados Unidos y en Europa, sin embargo no se trata de una institución que podamos estimar como ajena a nuestra idiosincrasia según observamos.

En primer término, “se trata de una forma de solución alternativa de conflictos que ha sido utilizada de hecho con mucha frecuencia en nuestros países, incluso ante la existencia de un delito, sobre todo cuando estos son de poca gravedad o sus efectos son de carácter meramente patrimonial, y sin que haya mediado violencia sobre las personas. Si bien el sistema penal guatemalteco, adoptan como regla el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.”⁵⁵

Según el cual frente a todos los hechos en apariencia delictivos resultaba necesario iniciar una investigación policial que desembocara en un proceso penal, con el fin de averiguar la verdad real en todos los casos, es indiscutible señalar también que al margen e incluso dentro del mismo sistema penal han funcionado mecanismos selectivos, dentro de los cuales debemos mencionar los acuerdos previos entre víctimas y delincuentes, que permiten resolver el conflicto de manera distinta a las fijadas en la ley.

Haya o no reconocimiento formal, es evidente que en nuestras comunidades se aplican criterios de conciliación para dirimir sus conflictos. Ello ocurre en todos los estratos sociales, incluso al interno de las organizaciones sociales y empresariales, debido a la

⁵⁵ González Álvarez, Daniel. **La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense**. Pág. 88.



ineficacia del sistema oficial de justicia para resolver los problemas, ante el anacronismo de sus procedimientos, la corrupción, y la indiferencia estatal.

La cifra negra de la criminalidad es muy amplia. No todos los hechos criminales llegan a conocimiento de las autoridades, ni todos ellos son resueltos por los tribunales.

Pero además, en segundo lugar, “tampoco podría estimarse que la conciliación constituya un mecanismo ajeno a nuestra idiosincrasia, porque ha sido y sigue siendo utilizado desde épocas ancestrales por nuestras comunidades indígenas para resolver conflictos, incluso los de carácter penal. En efecto, conforme lo han determinado los estudiosos del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.”⁵⁶

Existen connotados conciliadores indios, reconocidos como jueces del lugar, que juegan un papel muy importante en el desarrollo de la cohesión y la armonía social dentro del grupo, que buscan un acuerdo entre las partes cuando surge un conflicto, cuya principal misión consiste en fijar la reparación del daño ocasionado, de manera satisfactoria para las partes involucradas. “...Dentro del proceso conciliatorio interesa sobre todo la reconstrucción de los hechos para la búsqueda de una verdad; el castigo por la falta está en último plano; es más importante volver a relacionar a dos miembros de la comunidad disgustados que castigar a un transgresor...”⁵⁷. Estas situaciones se

⁵⁶ Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego. **Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina.** Pág. 10

⁵⁷ Issa El Khoury Jacob, Henry. **Ob. Cit** Pág. 11



producen incluso hoy día entre las comunidades indígenas latinoamericanas, aunque formal y oficialmente no hayan logrado imponerse, ni sean acogidas en la ley.

Así, por ejemplo, Guatemala es un país con una alta población indígena, y conforme a su Constitución Política “se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres, regulado en el Artículo. 58 de la Constitución de la Constitución, así como también se indica en forma expresa que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos, entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya.

El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos regulado en el Artículo 66 del mismo cuerpo legal constitucional, sin embargo no se encuentra un reconocimiento expreso y formal de estos métodos de conciliación entre indígenas frente a un hecho delictivo a falta de una ley que debe regular dichas comunidades según el artículo 70 de la Constitución Política, ley que a la fecha no ha sido promulgada. Un avance en esta dirección lo constituye el Artículo 25 bis del Código Procesal Penal de ese país al disponer que en el proceso de conciliación “...pueden aplicarse los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos...siempre que no violen garantías constitucionales ni tratados internacionales en materia de Derechos Humanos...”.



Por el contrario, “en Perú la Constitución Política de 1993, ha reconocido la existencia de la pluralidad étnica y cultural, en las distintas organizaciones sociales, lo cual en algunos casos se ha traducido en el derecho a utilizar sus propios sistemas de resolución de conflictos.”⁵⁸

En este sentido dispone: “Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de paz y demás instancias del Poder Judicial, Artículo 149 de la Constitución Política de Perú de 1993.

Estas “normas han permitido a las comunidades rurales organizadas en comunidades campesinas, en comunidades nativas y en rondas campesinas, han logrado solucionar los conflictos de una manera directa, entre sus propios integrantes y sin necesidad de la intervención de la justicia oficial del Estado.”⁵⁹

En Colombia, país pionero en lo que a “la conciliación penal se refiere en el ámbito latinoamericano, encontramos algunas disposiciones constitucionales que reconocen, por un lado, la posibilidad de los particulares de ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores, y por otra observamos

⁵⁸ Revilla Vergara, Ana Teresa. **Ob. Cit.** Pág. 61

⁵⁹ **Ibíd.** Pág. 67



normas que reconocen como válidas las funciones jurisdiccionales de sus pueblos indígenas. En efecto la Constitución Política dispone que, “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley, regulado en el Artículo 116 de la Constitución colombiana; luego que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de un ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República, regulado en el Artículo 246 ibídem; y finalmente que la ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular, regulado en el Artículo 247 ídem.”⁶⁰

En “Costa Rica, no obstante contar con una población indígena reducida, la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no descarta la posibilidad de aplicar los usos, costumbres y tradiciones indígenas con el fin de resolver los conflictos de una manera distinta a la establecida en las leyes ordinarias, en virtud de haber suscrito el país el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.”⁶¹

⁶⁰ Giraldo Angel, Jaime. **Elementos prácticos para la puesta en marcha de un programa nacional de resolución alternativa de conflictos.** Pág. 31

⁶¹ Dobles Ovares, Víctor y Guillén Grillo, Georgina. **Problemas en la aplicación de la ley penal a los grupos indígenas costarricenses,** Pág. 40



Existen además amplias experiencias de mediación en las comunidades aborígenes costarricenses que constituyen y conformen el verdadero antecedente de lo que vino a hacer, finalmente, el nuevo Código Procesal Penal de 1996, al aceptar la conciliación penal como causa de extinción de la acción penal.”⁶²

De cualquier manera, no obstante “la falta de reconocimiento expreso y directo en la mayoría de las legislaciones, lo cierto es que debemos rescatar esas formas de solucionar los problemas, de manera más simple, pues además así también realizaremos en la práctica otros importantes principios como la inmediación, la continuidad, la concentración y muchos otros. Los procedimientos orales, como la conciliación, constituyen mecanismos más efectivos para garantizar el cumplimiento de esos principios, los cuales son básicos en un sistema democrático de administración de justicia.”⁶³.

Se coincide con Bertolino al afirmar que en la búsqueda de formas alternativas a la justicia tradicional, “...debemos tener en cuenta que, tanto óntica como axiológicamente, la solución negociada del conflicto (aún el penal) es superior a la definición coercitiva, y en este carácter mal podría desecharse la primera, so color de afectación de garantías o principios.”⁶⁴

⁶² Neuman, Elías. **Mediación y conciliación penal**. Pág.123

⁶³ González Álvarez, Daniel. **La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal**. Pág. 11

⁶⁴ BERTOLINO, Pedro J. **Para un encuadre del proceso penal abreviado**. Buenos Aires, 1997, p. 41.



A título de ejemplo podemos mencionar la experiencia uruguaya, no porque constituya una excepción, sino todo lo contrario, porque reproduce situaciones que se están repitiendo en muchos de nuestros países. En efecto, según refiere el Doctor Luis María Simón, “una de las razones por las que más se ha criticado uno de los proyectos para modificar la legislación procesal penal en ese país ha sido porque recoge la conciliación, al estimar los parlamentarios que esa solución es ajena a la idiosincrasia, sistema jurídico e intereses nacionales, y por el contrario han alabado la aprobación de otro proyecto porque no contiene fórmulas de negociación de tipo anglosajón.”⁶⁵

Sin embargo, como lo refiere el doctor Simón, resulta que en la práctica y de hecho operan criterios de oportunidad, sobre todo frente a delitos de poca gravedad, sin violencia en las personas y realizados por sujetos primarios, que han indemnizado adecuadamente a sus víctimas. En esos casos, el Ministerio Público y los jueces penales resuelven en múltiples ocasiones no comenzar el proceso, en aplicación de lo que suelen llamar “razones de buena política criminal”. Ninguna norma establece en qué casos corresponde la aplicación de tales principios, ni qué contenido tienen los mismos, ni qué se considera “razones de buena política criminal ameritante de una clausura”, pero lo cierto es que se aplica sobre todo cuando ha habido una conciliación entre las partes, o ha transcurrido mucho tiempo del hecho al extremo de haberse diluido sus efectos, siempre que se trate de delincuencia de bagatela.

⁶⁵ Bertolino, Pedro J. **Para un encuadre del proceso penal abreviado**. Pág. 41



Por lo anterior, se puede afirmar, como ocurre en la mayoría de nuestros países, la conciliación en materia penal tiene un claro contenido popular, aplicable en la práctica diaria tanto fuera como dentro de nuestros tribunales, por lo que la vía de la regulación formal parece ser la más atinada, con el fin de evitar arbitrariedades por exceso u omisión.

Este uso a sistemas alternos “han sido populares en nuestra región porque el acceso a la justicia oficial es muy dificultoso, tanto para reclamar derechos como para defenderlos. Estas dificultades provienen no sólo de los costos económicos, honorarios, costas, tiempo, sino de obstáculos culturales y sociales. El lenguaje, la vestimenta, las actitudes de los abogados y de los funcionarios judiciales, se convierten en barreras insalvables.”⁶⁶

“El libre e irrestricto acceso a la jurisdicción constituye un postulado ideal que está condicionado por la realidad práctica y por la existencia de obstáculos diversos que lo restringen. Las vallas son económicas, costo del servicio y excesiva duración de los procesos, culturales, desconocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y falta de confianza en los resortes de la justicia y sus operadores y surgen también de la complejidad de los procedimientos judiciales... Una cosa es, acceso a la justicia, entendida como sistema judicial y otra es acceso a justicia, entendida como solución justa.”⁶⁷

⁶⁶ Alvarez Gladys S. Highton Elena, Jassan Elías. **Ob. Cit.** Págs. 20, 21

⁶⁷ **Ibíd.** Págs. 21 y 28.



En todo caso “la falta de recursos económicos no ha sido un obstáculo para la conciliación penal, pues en este campo las víctimas aceptan en gran medida las ofertas de reparación, disculpas, etc., mientras que la indemnización material completa muchas veces para, como secundaria, a un segundo plano.”⁶⁸

Como se observa de seguido, además, la conciliación penal comienza a ser tomada en consideración y regulada formalmente en los procesos de reforma del sistema penal en nuestra región, no dejando ninguna duda de que forman parte de nuestras propias tradiciones.

⁶⁸ Dúnkel Frieder. **Ob. Cit.** Págs. 59 y 70.

CONCLUSIONES



1. Que ha variado el pensamiento penal, en cuanto a la importancia de la víctima y su rol en el proceso frente a las partes integrantes del mismo. Sentido a la posición de la víctima como aquella persona damnificada por la comisión de un hecho tipificado como delito, contravención o falta.
2. Que la victimología, podría decirse que nace a partir de los estudios de dos criminalistas han estudiado los comportamientos, características y vulnerabilidades de las víctimas, desarrollando toda una teoría en la medida que entienden que hay ciertas personalidades, que se hallarían más proclives a ser víctimas de un ilícito.
3. Que la victimología, crea una normativa que suponga un avance y evolución de las ciencias criminológicas en especial, y de las jurídicas en general, permitiendo así, una comprensión del fenómeno criminal, y de la personalidad del delincuente desde el punto de vista de la víctima.
4. Que la justicia debe de dar un cambio al paradigma a la victimología, y mejorar aspectos donde el viejo sistema penal de justicia no las dio. En este sentido, que la aplicación de estos nuevos institutos como la conciliación, auto composición o mediación víctima, imputado, como una alternativa, hacen más que dar

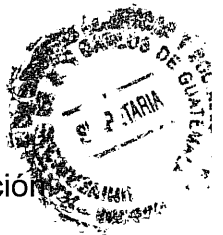


soluciones a reclamos y en este sentido vienen a dar respuesta a interrogantes del proceso penal.

RECOMENDACIONES



1. Que los tribunales de justicia a través de llamada justicia restaurativa, busquen un mejor clima social a través de unos mecanismos distintos del control social formal vigente. A través de mecanismos alternativos del análisis de casos concretos, mediante discusiones y llegan a resolver conflictos que de otra manera, por más que sean resueltos con sentencias condenatorias o absolutorias, no terminan por dar respuesta al conflicto en sí.
2. Que el Ministerio Público, con relación a la figura de la víctima cumpla aún sin quererlo una función esencial en el control del delito, ya que es a través de la denuncia donde se ejercita una buena parte del control social, que se trasluce, en virtud es que a través del proceso penal, se piensa que el imputado es la víctima, de un sistema penal perverso y no a la inversa.
3. Que se logre un mayor protagonismo de la víctima tanto en la iniciación como en el desarrollo del proceso penal, puesto que su participación y su consentimiento, resultan indispensables para brindar a la sociedad una respuesta ágil y dinámica a sus necesidades, a la par que contribuye a descomprimir el proceso penal.
4. El Código Procesal Penal en el Artículo 25 ter, establece que formulada la solicitud por parte del Ministerio Público o por el síndico municipal o por el agraviado el imputado o su defensor para la aplicación de un criterio de oportunidad, el juez de



paz citara a las partes, bajo apercibimiento de ley, a una audiencia de conciliación.
Quiere decir entonces que el Estado de Guatemala está obligado a garantizar la conciliación como un medio de desjudicialización del proceso penal.



BIBLIOGRAFÍA

- ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. **Jurisdicción y resolución alternativa de conflictos**. En justicia alternativa en Costa Rica: de la justicia tradicional a la justicia necesaria, Colegio de Abogados, San José, Costa Rica. 1995.
- ALVAREZ, Gladys. **Mediación y justicia**. Ed. De palma. Edi. Buenos Aires, Argentina 1996.
- BINDER, Alberto. **Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina, en "Justicia Penal y Estado de Derecho"**, Ad-Hoc.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Edi. Helianista, 14 ed. tomo V. Argentina 1979.
- CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Tomo III. Derecho colectivo del trabajo. Edi. el Grafico Impresores, Buenos Aires, Argentina 1949.
- CAFERRETA MORES, Jorge Ignacio, **Conveniencia de la participación del querellante conjunto cuadernos de derecho procesal penal**. Edi. Guatemala. 2005.
- CALDERÓN MALDONADO, L.A. **Materia de enjuiciamiento criminal**. 2a. ed. Edi. Textos y Formas Impresas. Guatemala 2002
- COLIN SANCHEZ, Guillermo **Derecho mexicano de procedimientos penales**. 10ª Ed. Edit. Porrúa México, 1986.
- DE ELIA, Carlos M. **Manual de derecho procesal penal**. Ed. Librería el Foro. Edi. Buenos Aires, Argentina. 1993.
- DE LA CRUZ AGUERO, Leopolda. **Procedimiento penal mexicano. Teoría, práctica y jurisprudencia**. 4ª. Ed. Edi. Pomia. México. 2000.
- DÛNKEL Frieder. **La conciliación delincente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica del derecho penal en la comparación internacional**. En Papers D'Estudios I Formació. Número especial, justicia y cambio social. Edi. Generalitat de Catalunya, España, diciembre de 1990.
- GIMÉNEZ SALINAS, Esther. **La conciliación víctima, delincente como alternativa a la justicia penal**. Ed. material bibliográfico tres del Curso de Victimología II. Edi. Universidad de Córdoba. 2001.



GIMENEZ SALINAS, Esther. **La mediación en el sistema de justicia juvenil, una visión desde el derecho comparado.** en Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Edi. San Sebastián, España 1996.

GIMÉNEZ-SALINAS, Esther. **La conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho penal reparador.** En cuadernos de derecho judicial. **La Victimología**, Consejo General del Poder Judicial. Edi. Madrid. España. 1993.

<http://es.scribd.com/doc/16933070/la-victima-en-el-proceso-penal>. 23 enero 2011

<http://www.monografias.com/trabajos29/juez-ejecucion-penal/juez-ejecucion-penal.shtml>. 11 abril 2011

Instituto de Investigaciones Jurídicas. **D iccionario jurídico mexicano.** Novena Ed. Porrúa, UNAM. México 1996.

MAIER, Julio. **Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica, en reformas procesales en América Latina. La oralidad en los procesos.** Corporación de Promoción Universitaria, Chile, 1993.

MAIER, Julio B.J. **La víctima y el sistema penal.** Corporación de Promoción Universitaria, Chile, 1993.

NEUMAN Elías. **Mediación y conciliación penal.** Edi. Universal, Buenos Aires, Argentina, 1994.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Edi. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta, S.R.L. 1998.

REVILLA VERGARA, Ana Teresa. **La experiencia de la justicia alternativa en la República del Perú, en justicia alternativa en Costa Rica: De la justicia tradicional a la justicia necesaria.** Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimología.** Ed. Porrúa, S. A., 2a. ed., México 1990.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** Traducción a la 25ª ed. alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires, Argentina. Edi. del Puerto s.r.l. 2000.

VIEIRA DA SILVA, FERNÃO. O. **Consenso no âmbito do Sistema Penal Português.** Informe citado del Dr. Vieira Da Silva, Esa Declaración fue recomendada por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y



Tratamiento del delincuente, Milán, agosto-setiembre de 1985, y fue adoptada por la Asamblea General en resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.

VILLALTA LUIS. **Ministerio público de Guatemala, un estudio histórico, comparativo, descriptivo y propositivo.** 1ª. Ed. (2008).

Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal.** Argentina. (s.e.) Ed. Ediar, S.A. 1990.

LEGISLACION:

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

Código Penal. Congreso de la Republica. Decreto 17-73, 1973.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la Republica. Decreto numero 2-89, 1989.

Código Procesal Penal. Congreso de la Republica. Decreto número 51-92, 1992.