

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CONMUTACIÓN DE LA PENA Y LA REPARACIÓN DIGNA EN LOS DELITOS PATRIMONIALES, EN
EL PROCESO PENAL, ESTUDIO A LA LUZ DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

TESIS DE GRADO

CLAUDIA EUNICE LÓPEZ SALINAS
CARNET 16197-08

QUETZALTENANGO, JULIO DE 2018
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CONMUTACIÓN DE LA PENA Y LA REPARACIÓN DIGNA EN LOS DELITOS PATRIMONIALES, EN
EL PROCESO PENAL, ESTUDIO A LA LUZ DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
CLAUDIA EUNICE LÓPEZ SALINAS

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, JULIO DE 2018
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
MGTR. VIVIAN ANGÉLICA AXT RODRÍGUEZ DE VIELMAN

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
MGTR. JESÚS INOCENTE ALVARADO MEJÍA

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS:	P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.
SUBDIRECTORA ACADÉMICA:	MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN
SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ
SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO:	MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN GENERAL:	MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ



Quetzaltenango, 10 de noviembre de 2015


Consejo de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Guatemala

Con un cordial saludo, y en atención al nombramiento en que se me designara como asesor de Tesis II de la estudiante **CLAUDIA EUNICE LÓPEZ SALINAS** con número de carné 1619708, del trabajo de tesis titulado: "CONMUTACIÓN DE LA PENA Y LA REPARACIÓN DIGNA EN LOS DELITOS PATRIMONIALES, EN EL PROCESO PENAL, ESTUDIO A LA LUZ DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA." conforme al trabajo de investigación realizado por la estudiante, considero oportuno luego de haber constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el instructivo de tesis de esta casa de estudios, emitir dictamen FAVORABLE sobre la presente investigación, toda vez que, se llegaron a desarrollar puntualmente los aspectos tanto doctrinarios como legales de los elementos de estudio, tales como: la tutela judicial efectiva, la reparación del daño en los delitos contra el patrimonio, de los cuales fueron objeto de estudio de la presente tesis el delito de casos especiales de estafa y estafa mediante cheque.

A través del análisis de sentencias emitidas por los Tribunales de Sentencia de la ciudad de Quetzaltenango se puede establecer que a través de la conmuta de la pena, no obstante se dicta sentencias condenatorias, después de un largo proceso, no se le brinda a la víctima de estos delitos la oportunidad de recuperar su patrimonio; que al final de cuentas es el bien jurídico tutelado en esta clase de delitos, en sí, los aspectos medulares para la consecución del presente trabajo.

En suma, el trabajo desarrollado constituye un valioso aporte doctrinario y analítico de la problemática abordada, el cual puede ser una valiosa herramienta como elemento de estudio para estudiantes y profesionales del derecho. Se deja constancia que se revisó de conformidad con el instructivo el fondo y la forma del presente trabajo de investigación.

Sin otro particular, deferentemente.


Magíster Vivian Angélica Axt Rodríguez de Vielman
Abogada y Notaria
Código 24199
Colegiado No. 11306



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante CLAUDIA EUNICE LÓPEZ SALINAS, Carnet 16197-08 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 0719-2016 de fecha 18 de enero de 2016, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

CONMUTACIÓN DE LA PENA Y LA REPARACIÓN DIGNA EN LOS DELITOS PATRIMONIALES, EN EL PROCESO PENAL, ESTUDIO A LA LUZ DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 3 días del mes de julio del año 2018.



LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

Agradecimiento

Magister Vivian Angélica Axt Rodríguez de Vielman, por su colaboración y aporte en la realización de la presente tesis.

Magister Jesús Inocente Alvarado Mejía, por su ayuda incondicional, su cariño y su comprensión.

Luis Carlos Laparra Rivas y Francisco de León, por su paciencia, comprensión y dedicación en mi preparación académica.

Universidad Rafael Landívar por ser mi alma mater.

Dedicatoria

- A Dios:** Por haberme permitido alcanzar este triunfo, y por su infinita misericordia. Gracias Dios por ser fiel y mí guía principal.
- A mis Padres:** Jorge Alberto López Cifuentes Y Zonia Elizabeth Salinas Escobar, con infinito Amor y agradecimiento por todo su apoyo incondicional, esfuerzo y cariño en todo momento.
- A mis Hermanos:** Sonia Elizabeth López Salinas, Jorge Emanuel López Salinas y en especial a Josselyn Rocio López Salinas por ayudarme en los momentos en que más necesite de tu ayuda.
- A mi Esposo:** Johann Enrique Ramírez Pérez, Gracias Amor por ayudarme durante estos años de mi carrera, siempre estuviste a mi lado dándome la fuerza necesaria para continuar y lograrlo, este triunfo también es tuyo.
- A mi Hijo:** Adrián Alberto Ramírez López, eres mi motor para seguir adelante en todo momento.
- A mis Suegros:** Dionicia Pérez, por ser una segunda madre para mí y por darme todo el apoyo y cariño. Alberto Manuel Gonzáles por sus sabios consejos y cariño. (papa Beto).
- A Toda mi Familia:** Carlos Otoniel Salinas Escobar, Lilian Nohemí de León Ortiz, Francisco Leonel Salinas, Allan David Ramírez Pérez, Alma Elisa Mazariegos López, Por su amor y apoyo incondicional.

A mis Abuelos:

Justiniano López Fuentes (papa Justo) (+), Ernesto Salinas Gonzáles, Emilia Vicenta Escobar Mérida (+) gracias por sus sabios consejos.

A mis Amigos:

Jacqueline María Castillo Gómez, Edgar Felipe Box Paz, Carmen Lucia Longo, Fernando Martínez, Karen Judith Sánchez Xicara, Pedro Pablo Chávez Monge Gracias por todo el apoyo incondicional que me brindaron en los momentos en que más lo necesite.

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	5
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	5
1. Noción de la Tutela judicial efectiva.....	5
2. Antecedentes Históricos.....	6
3. Concepto de Tutela Judicial Efectiva.....	7
4. Definición de la tutela judicial efectiva.....	8
5. El Derecho a la tutela Judicial Efectiva.....	9
5.1. Función tutela Judicial Efectiva.....	15
5.2. Noción de la Tutela judicial efectiva.....	15
CAPÍTULO II.....	22
DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.....	22
MARCO HISTÓRICO.....	22
1. La reparación del daño en el Código de Hammurabi (Babilonia).....	22
1.1. La reparación del daño en el Derecho Romano.....	22
1.2. La Reparación Del Daño en El Derecho Español.....	25
1.3. La reparación del daño En El Derecho Mexicano.....	25
2. La Reparación Del Daño.....	26
2.1. Reseña Histórica sobre la reparación del daño.....	26
2.2. Naturaleza Jurídica De La Reparación Del Daño.....	26
2.3. Concepto de daño.....	27
2.3.1. Concepto de daño (genérico).....	28
2.4. La Producción De Un Daño o menoscabo que sufre la persona.....	28
2.5. Clasificación De Los Daños.....	29
2.6. Relación de causalidad que debe haber entre la causa y el efecto, entre la conducta y el daño producido.....	29
2.6.1. Elementos de la conducta.....	29
2.7. Concepto de reparación del daño.....	30

2.8.	La reparación del daño desde el punto de vista doctrinal.....	30
2.9.	La reparación del daño desde el punto de vista jurisprudencial.....	31
2.10.	La reparación del daño desde el punto de vista legal.....	31
2.11.	La restitución y la reparación del daño.....	33
2.12.	La restauración y la reparación del daño.....	33
2.13.	La indemnización y la reparación del daño.....	34
2.14.	La Reparación Del Daño.....	34
2.15.	Concepto y definición de daño.....	35
2.16.	El interés.....	36
3.	Sujetos que tienen derecho a la reparación del daño.....	36
3.1.	Víctimas de delito.....	36
3.2.	Concepto de víctima.....	37
4.	Víctimas de daño.....	38
5.	El sujeto pasivo del delito.....	39
6.	Teoría subjetiva de la responsabilidad.....	39
7.	La teoría objetiva de la responsabilidad.....	40
8.	La reparación del daño en el derecho penal.....	41
9.	La reparación del daño en el derecho procesal penal.....	41
10.	La reparación del daño al ofendido o víctima del delito.....	42
10.1.	Presupuestos para fijar el monto de la reparación del daño.....	44
10.2.	Aspectos que comprende la reparación del daño.....	46
10.3.	La reparación del daño será fijado por los jueces de acuerdo con las pruebas obtenidas.....	47
10.4.	Capacidad Económica Del Obligado a Pagar la Reparación Del Daño..	49
10.5.	Formas de reparación del daño.....	50
11.	Concepto del Estado.....	51
11.1.	Elementos del Estado.....	51
11.2.	El Estado Y El Derecho.....	52
11.3.	La Responsabilidad del estado.....	52

CAPÍTULO III.....	54
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO.....	54
1. Antecedentes.....	54
2. Concepto.....	54
3. Bien Jurídico Tutelado en el Delito.....	54
4. Su Importancia.....	55
a. Definicion.....	56
b. Su Contenido.....	56
5. Bien jurídico tutelado en los delitos contra el patrimonio.....	57
6. Casos especiales de Estafa.....	58
7. Estafa Mediante Cheque.....	66
CAPÍTULO IV.....	69
PROCESO PENAL EN LOS DELITOS DE CASOS ESPECIALES DE ESTAFA Y ESTAFA MEDIANTE CHEQUE.....	69
1. Persecución penal.....	69
CAPÍTULO V.....	80
CONMUTACIÓN DE LA PENA.....	80
1. Antecedentes.....	80
2. Definicion.....	80
3. Naturaleza juridical.....	81
4. Concepto Legal.....	81
CAPÍTULO VI.....	83
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	83
1. Proceso número 09005-2014-00048.....	83
2. Proceso No.09004-2014-00032.....	85
3. No. 09012-2013-00353.....	86
4. No. 09013-2012-00466. Casos Especiales de Estafa.....	88
5. No. 09005-2014-00056. Estafa Mediante Cheque En Forma Continuada	90

CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	96
REFERENCIAS.....	98
ANEXOS.....	102

Resumen

El siguiente trabajo de investigación que se presenta a continuación es un estudio jurídico propositivo, que se inicia detallando aspectos doctrinarios como legales de la Tutela Judicial Efectiva; La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. La Conmuta se regula entre un mínimo de cinco quetzales y un máximo de cien quetzales por cada día, atendiendo a las circunstancias del hecho y a las condiciones económicas del penado; en los delitos patrimoniales en los que se alcance una condena que sea de cinco años o menos aplicará la conmutación de la pena, no importando el valor o la cuantía del daño causado por el delito patrimonial de que se trate, seguidamente se analizaron cinco sentencias de delitos de estafa mediante cheque, y el Delito de Casos especiales de Estafa; se hizo el análisis con el fin de demostrar que no es tan efectiva la tutela judicial efectiva, por lo que la conmutación viene hacer un gran daño a la hora de dictar una sentencia en los delitos antes mencionados. El delito de Estafa mediante Cheque es un delito perseguible solo por acción privada. Y el Delito de Casos Especiales de Estafa es un delito dependiente de instancia particular por lo que se sigue el procedimiento común. Se alude que la conmutación de la pena debería tener como mínimo requisito previo a su otorgamiento, verificar el pago de la reparación digna al agraviado de esa manera se estaría restaurando el derecho de la parte afectada, y la tutela judicial sería realmente efectiva.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis, es un estudio sobre el derecho a la tutela judicial efectiva es aquél por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos e intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca garantías mínimas para su efectiva realización, proporcionándole la certeza legal de que su petición tendría que ser recibida, analizada y resuelta por el ente encargado de impartir justicia, agregando que el calificativo de efectiva que se le añade le otorga una connotación de realidad a la tutela jurisdiccional, nutriéndola de contenido, aplicando los conceptos teóricos en la práctica procesal.

Y es definida como la finalidad y objeto que persigue una persona durante el ejercicio de su acción procesal y cuando dicha tutela es judicial requiere siempre del previo ejercicio de la acción procesal, como requerimiento de tutela que hace posible el inicio y prosecución de un proceso que declare el derecho de las partes en el caso concreto. Seguidamente se hace una reseña histórica de lo que ha sido la tutela Judicial efectiva a lo largo de los años, este derecho doctrinalmente comprende: la libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo, de obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión, que esa sentencia se cumpla, o se dé la ejecutoria del fallo y el derecho al recurso legalmente previsto. El objetivo dentro de la presente investigación es Investigar y determinar si en el proceso penal guatemalteco el derecho a la tutela judicial efectiva, es operante en los delitos contra el patrimonio, de estafa mediante cheque y casos especiales de estafa, cuando al dictar sentencia se otorga la conmutación de la pena.

Siguiendo un orden lógico y cronológico el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva citado, comprende en primer término, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir a ser parte en un proceso promoviendo la función jurisdiccional, se trata de

la instancia inicial del ejercicio del derecho en el que la protección debe ser fuerte ya que de él dependen las instancias posteriores.

En el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva está dado por el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión, lo que no significa que la decisión sea favorable a la pretensión formulada, lo esencial aquí es que la resolución sea motivada y fundada, es decir razonable, congruente y justa. Seguidamente, se habla acerca de la reparación del daño;

El daño trascendental que se causa por una conducta dolosa o culposa cualquiera que esta sea y que afecte los diversos bienes jurídicos de tutela; abarcando el dolor, el enardecimiento, impotencia y daño tanto económico como moral que resiente, sufre y vive aquel que es ofendido o víctima del delito, tanto como en la víctima como en el victimario, a la hora de dictar una sentencia en los delitos contra el patrimonio.

El otro elemento de estudio son los delitos contra el patrimonio, los cuales se definen como la pérdida al patrimonio personal que sufre una persona y no tiene un impacto social, sino que el daño es personal, y por eso el Estado tiene que proteger el bien jurídico tutelado y a la víctima del delito y que pague la parte contraria por el daño causado al patrimonio de la víctima. La designación del título: “Delitos contra el patrimonio” es reciente en nuestra legislación. Anteriormente, en el código penal de 1936 se incluyeron los de este título dentro de los que se llamaron “delitos contra la propiedad”, sin embargo, al repararse por los legisladores en lo equivoco de la denominación pues las infracciones a que se refiere, dan lugar a atenta no solamente contra la propiedad sino contra todo el patrimonio económico de las personas.

Los delitos contra el patrimonio comprenden, en sentido amplio, el conjunto de Derechos y obligaciones del carácter económico, del que es titular una persona individual o colectiva. Por dar a entender, a primera vista al menos, que el bien jurídico tutelado a través de las normas represivas de estas infracciones es la propiedad, en el código penal de Guatemala existen numerosos delitos que se

incluyen en esta clasificación, sin embargo el objetivo específico en la presente tesis es hacer un análisis sobre el delito de estafa mediante cheque y de casos especiales de estafa, por lo que se analizan diferentes sentencias respecto a estos delitos.

El conocer algunos de los antecedentes de la reparación del daño tiene el objeto de discernir los nuevos enfoques que ha tenido dicha reparación del daño en nuestros días. Cuando se habla acerca de los delitos contra el patrimonio, se debe entender que afecta al patrimonio personal que sufre una persona y no tiene un impacto social, el daño es personal, y el objetivo de acudir a los tribunales es esta clase de delitos para que el Estado proteja el bien jurídico que ha sido violentado y a la víctima del delito obtenga la tutela judicial efectiva, mediante la reparación del daño patrimonial sufrido, mediante la recuperación del patrimonio de la víctima.

Con respecto a que si la conmutación de la pena viola la tutela judicial efectiva en delitos contra el patrimonio se concluye que no obstante la figura de la conmutación de la pena es un beneficio que se otorga con determinados requisitos, lo cierto es que en delitos como casos especiales de estafa y estafa mediante cheque en que lo único que persigue el agraviado al ejercer su derecho de acción es la restitución de lo defraudado, y no obstante resulte condenado en un proceso penal referente a estos delitos al otorgar la conmutación de la pena se brinda al sentenciado una alternativa de salida sin antes haber restituido al agraviado del proceso, por lo que resulta la figura de la conmutación de la pena en detrimento de la tutela judicial efectiva.

En virtud de ello surge el siguiente cuestionamiento ¿Es operante el derecho a la tutela judicial efectiva, en el proceso penal guatemalteco en los Delitos contra el Patrimonio, cuando procede la Conmutación de la Pena?

Para propósitos de la presente investigación, los elementos de estudio se operacionalizaron mediante la elaboración de Cuadro de cotejo, se analizaron cinco sentencias de delitos de estafa mediante cheque y Casos especiales de Estafa, con

los tribunales Primero y Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Quetzaltenango; las cuales fueron utilizadas para relacionar la practica con la teoría.

Los Alcances de la presente Investigación: La presente investigación se desarrolló en la ciudad de Quetzaltenango, y verso únicamente en delitos patrimoniales en los cuales el valor del objeto del delito, era mayor, al valor más alto que se podía pagar en concepto de conmutación de la pena.

En la presente investigación los limitantes en el desarrollo, son respecto al estudio de únicamente dos de los delitos patrimoniales pues el extender el estudio a todos los delitos patrimoniales será exhaustivo. Es un tema novedoso, ya que la víctima o agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos.

Como Aporte en el presente trabajo de investigación se pretende procurar un análisis de la realidad con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva en los delitos contra el patrimonio, de manera que de llegar a determinarse que ese derecho si es violentado al aplicar la conmutación de la pena, cuando el objeto del delito sea mucho mayor a la suma en dinero máxima a pagar en concepto de conmuta, se deberá proponer una reforma en ese sentido y así poder garantizar el derecho de la tutela judicial efectiva.

El tipo de investigación utilizada fue el Jurídico Propositiva: que es la que trata de cuestionar el código penal, específicamente la conmutación de la pena cuando, es aplicada a condenados por delitos contra el patrimonio, y la cantidad objeto del delito sea mucho mayor a la cantidad máxima que se podría pagar en concepto de conmutación, analizaremos también el tema de la reparación digna ; los alcances de esta, y finalmente trataremos de determinar si al ocurrir esto se viola la tutela judicial efectiva y de alguna manera de proponer cambios a la misma o reformas legislativas en concreto.

CAPITULO I

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La presente tesis tiene como objetivo general determinar si en el proceso penal guatemalteco el derecho a la tutela judicial efectiva es operante en los delitos en contra del patrimonio, por lo que se considera oportuno iniciar estableciendo en que consiste la tutela judicial efectiva, sus antecedentes históricos, su regulación a nivel internacional y las garantías que integran esta institución.

1. Noción de la Tutela judicial efectiva.

La palabra tutela implica la idea de cuidado, protección o amparo; más aún de garantía, puede afirmarse que la Tutela es la finalidad y objeto que persigue una persona durante el ejercicio de su acción procesal y cuando dicha tutela es judicial requiere siempre del previo ejercicio de la acción procesal, como requerimiento de tutela que hace posible el inicio y prosecución de un proceso que declare el derecho de las partes en el caso concreto.

El derecho a la tutela, también denominado derecho a la tutela jurisdiccional o protección judicial, es aquel por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses.

En cuanto a la noción de la tutela judicial efectiva la Corte de Constitucionalidad ha expresado lo siguiente:

El Derecho a la tutela judicial efectiva, consiste en la garantía de acceder en condiciones de igualdad a los tribunales de justicia, con el objeto de solicitar de estos la reivindicación (tutela) de derechos e interés legítimos. El acceso a este derecho y a la efectividad del mismo, se da por medio de un debido proceso, que debe culminar

con la emisión con una decisión judicial que resuelva la viabilidad o inviabilidad de la pretensión deducida.¹

Tutela judicial efectiva es un conjunto de órganos jurisdiccionales que están a disposición, para la protección y garantía que las partes persiguen, o que la víctima le sea devuelto lo que ha perdido y dentro de todo cabe daños materiales como por ejemplo pérdidas de patrimonio material, y económico. La tutela se puede decir que es el derecho que toda persona tiene y así para que se le haga justicia.

2. Antecedentes Históricos.

Como principio los seres humanos no tenían conocimiento de reglas o autoridades que dirimieran los conflictos surgidos entre ellos, así pues, cada cual resolvía su controversia por sí mismo, agravando a su adversario de igual o peor forma que la sufrida por él, para lograr su concepción personal de “justicia”. Así lo expresa Conde Cañada, en su obra “Instituciones prácticas de los juicios civiles”: “Esta etapa de autodefensa o derecho por propia mano, como es conocida, fue superada cuando el ser humano reconoció que no podía seguir agravando a su prójimo de aquella manera, ocasionándole incluso hasta la muerte; y consultando otros medios que optimizaran la seguridad de sus personas sin los riesgos anteriormente indicados, acordaron unirse en sociedades y confiar su defensa y la de todos sus derechos a una persona que mirándolos con imparcialidad les distribuyese sus derechos y los conservase en paz y en justicia.”²

De este modo prohibiendo el ejercicio de la fuerza privada como forma de satisfacer las propias pretensiones y derechos, podrá asegurarse el imperio del derecho, y así, del caos preponderante al margen de la norma, con la aplicación cruda de la ley del más fuerte, se pasa a un orden jurídico en el que prevalece el criterio de un sujeto imparcial, sustituyendo la acción de fuerza contra el adversario por la acción jurídica

1 Sentencia de amparo en única instancia, de fecha seis de diciembre de 2004 del expediente número 8902004, Gaceta Jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad número 74.

2 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa, México, Edición, S.E., 1972, pág. 51.

dirigida hacia el Estado con el fin de que los órganos especialmente creados para ello acogieran y actuaran las pretensiones deducidas por un sujeto frente a otro. Así pues se instituyó el proceso, por mucho tiempo denominado juicio y que a diferencia de la acepción modernamente utilizada, se refería solamente al litigio entre partes adversarias, desde el momento mismo en que el Estado recaba para sí la tutela sustitutoria de la autodefensa y establece unos órganos determinados para conceder esa tutela cuando corresponda, nace para la persona un derecho correlativo y necesario de exigir dicha tutela jurisdiccional de sus derechos. “Frente a esa obligación por parte del Estado, los ciudadanos poseen un auténtico derecho subjetivo a que el poder público se organice de tal modo que los imperativos de la justicia queden mínimamente garantizados.”³

Las razones de este resurgimiento de la autodefensa son múltiples, pero radican básicamente en la desconfianza del ciudadano en la actividad jurisdiccional, que se ha tornado ineficaz en la tutela efectiva de sus derechos, más adelante analizaremos aquellos puntos en los que se torna ineficaz dicha tutela.

3. Concepto de Tutela Judicial Efectiva.

Es la posibilidad de reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

La tutela judicial de la víctima en el derecho procesal penal, será la garantía dada por el Estado a las personas, para poder, mediante el ejercicio de ese derecho fundamental, buscar resarcir el daño causado, que aunque bien puede corregirse, no siempre puede hacerse desaparecer y menos tan rápido como llega, mediante el debido proceso es que puede evidenciarse tal circunstancia y puede mantenerse el estado de derecho que debe imperar en todo grupo social para poder tener una verdadera convivencia en sociedad donde los derechos y garantías de cada uno de

³ Figueroa Burrieza, Ángela. El derecho a la tutela judicial efectiva, Madrid España, Edición. Tecnos 1990 pág. 50.

sus integrantes sean respetados, como respetados deben ser los bienes jurídicos tutelados. El derecho fundamental a la tutela judicial es: aquel que tiene todo hombre de someter sus conflictos con otro a un juez para que éste resuelva”. El concepto del derecho a la tutela judicial efectiva, comprende en primer término, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir a ser parte en un proceso promoviendo la función jurisdiccional, se trata de la instancia inicial del ejercicio del derecho en el que la protección debe ser fuerte.

El segundo momento en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva está dado por el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión, lo que no significa que la decisión sea favorable a la pretensión formulada, lo esencial aquí es que la resolución sea motivada y fundada, es decir razonable, congruente y justa, esta es una exigencia que deriva de la legitimación democrática del poder judicial y de la interdicción de la indefensión y la irracionalidad, derecho que incluye para muchos tratadistas el de objetar la decisión judicial, con los recursos previamente establecidos por la ley.

Finalmente el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva requiere que la resolución judicial se cumpla, de lo contrario el reconocimiento de derechos establecidos en ella será vano, una mera declaración de intenciones, con grave lesión a la seguridad jurídica que incluye el derecho de objetar las decisiones jurisdiccionales. En resumen se indica que el derecho a la tutela judicial efectiva apunta a garantizar un mecanismo eficaz que permita a los particulares restablecer una situación jurídica vulnerada y está integrado por el derecho de acceso, el derecho a la gratuidad de la justicia, el derecho a una sentencia sin dilaciones indebidas, oportuna, fundamentada en derecho y congruente; a la tutela cautelar y a la garantía de la ejecución de la sentencia.

4. Definición de la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva es aquél por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el

ejercicio o defensa de sus derechos e intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca garantías mínimas para su efectiva realización, proporcionándole la certeza legal de que su petición tendría que ser recibida, analizada y resuelta por el ente encargado de impartir justicia, agregando que el calificativo de efectiva que se le añade le otorga una connotación de realidad a la tutela jurisdiccional, nutriéndola de contenido, aplicando los conceptos teóricos en la práctica procesal.

“La manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar libre, real e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad.”⁴

5. El Derecho a la tutela Judicial Efectiva.

Como se dice que la auto tutela, ha sido superada., esa forma de solución de conflicto por la acción directa de unos de los sujetos involucrados en el ya no es permitida, es prohibida “dentro de esta idea no se comprendida por supuesto los medios alternativos de solución de conflictos”. En un estado de derecho no se admite ninguna reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias, más bien se sanciona. Aunque esto no implica que la Autotutela, en la actualidad haya desaparecido.

Ya no son los sujetos involucrados en un conflicto quienes lo solucionan, sino que es el propio estado quien se encargara de solucionar, pues es el quien lo ostenta el poder o potestad dimanado de la soberanía, para administrar justicia.

4 De Bernardis, Luis Marcelo, La garantía procesal del debido proceso, Lima Perú: Edición Cultural Cusco, S.A., 1985, pag. 45.

No se puede tomar venganza con su propia mano, acá no se puede aplicar la ley de talión, como dice; ojo por ojo y diente por diente, sino que será el Estado quien se encargara de ponerle fin a esa controversia.

a. Convenios y Tratados Internacionales que contemplan el derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde la perspectiva del derecho internacional el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado en diversos tratados aprobados y ratificados por Guatemala.

Entre estos tratados están los siguientes:

a.1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Esta declaración aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia en 1948, expresa en su Artículo XVIII: “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por la cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que viole, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”, en este artículo se observa claramente el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia que tiene cualquier persona, el cual se encuentra consagrado en el art. 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

a.2) La Declaración Universal de Derechos Humanos:, esta declaración adoptada por la resolución 217A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas establece un sistema de derecho y garantías judiciales entre las que cabe citar: “Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que viole sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.” así mismo el Artículo 10 de **La Declaración Universal de Derechos Humanos, establece:** “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con

justicia por un tribunal independiente e imparcial, o para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.” de los artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos anteriormente citados, se observa la consagración del derecho a recurrir de una decisión y el derecho a ser oída públicamente y con justicia en condiciones de plena igualdad. Tales derechos se encuentran reflejados en el derecho positivo guatemalteco en los Artículos 211 y 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Esta declaración Universal de los derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día diez de diciembre del año mil novecientos cuarenta y ocho.

En este documento se pueden encontrar cinco disposiciones referidas al tema en estudio. El precepto que guarda relación directa con el acceso a la justicia, se consigna en el artículo 10; no obstante, los demás complementan sus presupuestos. Estos se transcriben literalmente.

a.3) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente el capítulo II sobre Derechos Civiles y Políticos, se integra con una serie de disposiciones de relevante trascendencia en materia de tutela jurisdiccional, entre las que cabe destacar:

“Artículo 8: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”; en el Artículo transcrito se hace referencia a las garantías judiciales de las cuales goza toda persona ante cualquier acusación formulada contra ella; es decir, el derecho al debido

proceso, consagrado en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Esta convención Americana sobre Derechos Humanos fue reconocida como la carta de San José, también llamada como Pacto de San José de Costa Rica., También el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, indica: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención aun cuando tal violación sea cometido por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales, se aprecia en el Artículo anterior la referencia a la protección judicial por medio del derecho que tiene toda persona contra actos que violen sus garantías a ejercer un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los tribunales competentes, regulados en los Artículos 211 y 265 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Precisando la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que los jueces dirijan el proceso a modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.

a.4) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York el 19 de Diciembre de 1966, establece en su parte II que los Estados se comprometen a garantizar: “Artículo 2: Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.”; en la norma transcrita se reitera el derecho que tiene toda persona a recurrir de la sentencia cuando se violan sus derechos sin menoscabo de que tal violación sea cometida por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

b. Derecho comparado.

I. (Tutela Jurisdiccional Española.)

Es dable resaltar que la Constitución de España, contempla de manera puntual de derecho de sus gobernantes a la tutela judicial efectiva otorgada por los juzgadores en su artículo 24, aunado de un debido proceso legal, ello con la finalidad de que no se produzca su indefensión. El precepto que se invoca por su relación con el tema en estudio señala textualmente lo siguiente:

Artículo 24.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

De todo lo anterior, esto es, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluso de la Constitución Española, se obtiene que se reconoce el derecho de toda persona a la protección judicial, es decir, a la tutela judicial efectiva como un derecho humano, el cual consiste en el derecho que toda persona tiene de acceder al sistema judicial, para que los órganos jurisdiccionales resuelvan su pretensión, mediante un proceso que culmine con una sentencia que debe ser fundada y motivada conforme a derecho corresponde, dictada, además; con la celeridad oportuna, para no dejar en estado de indefensión al justiciable y con

inseguridad jurídica. Efectivamente, es necesario que la cobertura o tutela jurisdiccional sea con la celeridad debida, a fin de que la pretensión de la persona no se torne en ilusoria o de imposible cumplimiento, dejándole en un total estado de indefensión.

Lo anterior resulta de gran trascendencia, en la medida de que ello asegura la paz social, pues evita que las personas hagan justicia por su propia mano, o bien lo que se conoce como justicia comunitaria, al contar con el derecho de acceder a los tribunales para que atiendan sus pretensiones. En otras palabras, todas las personas tienen el derecho de acceder al sistema judicial, para que los órganos llamados a resolver su petición la estudien y emitan una resolución motivada conforme a derecho. Por tanto, la tutela judicial efectiva debe ser entendida como el derecho humano, consistente en que toda persona puede acceder a los órganos jurisdiccionales, para que resuelvan su pretensión mediante un proceso que culmine con una sentencia, en un tiempo razonable.

Como dice el artículo anterior todos tenemos derecho a la tutela judicial efectiva, pero en el caso de nuestro título de tesis, se viola la tutela judicial efectiva y no resulta tan efectiva como tendría que ser, en el caso de la víctima, se olvidan de protegerlo.

II. El Derecho a la tutela judicial efectiva en México.

Esta figura jurídica de carácter universal se encuentra especialmente y de manera sistemática, en los artículos 14, 16, y 17, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que refieren, en términos generales, al derecho que tiene todo gobernado de acudir a los tribunales, donde puedan ser oídos y vencidos, a través de un debido proceso que culmine con una sentencia, en los términos y plazos que establece la propia ley. Lo anterior, sin que se pierda de vista que el artículo 1º, en relación con el diverso numeral 133, de la Constitución Federal, establece que también son de observancia obligatoria los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales donde México sea un Estado parte, dentro de los cuales se

ubican entre otros los mencionados en párrafos anteriores, y que aluden a la tutela judicial efectiva como derecho esencial del hombre, según ya se precisó; esto es, el espectro de los derechos humanos en México no solo comprenden a los mencionados en la Carta Magna sino también a los establecidos en los tratados internacionales, situándolos como parte de nuestra normatividad, y cuya jerarquización será en función del principio *pro personae* o *pro homine*.⁵

5.1. Función Tutela Judicial Efectiva.

La tutela judicial efectiva es un derecho amplio, que garantiza el indiscutido carácter universal de la justicia y como institución jurídica constitucional engloba una serie de derechos a saber: a) el acceso a los órganos de administración de justicia; b) una decisión ajustada a derecho; c) el derecho a recurrir de la decisión; el derecho a ejecutar la decisión y el derecho al debido proceso; por tanto, al verse vulnerados uno de estos derechos se afecta insoslayablemente la tutela judicial efectiva contemplada dispersamente en los **Artículos 12, 29 y 203 de la Constitución política de la república de Guatemala**. En tal sentido, la función del derecho de la tutela judicial efectiva deviene como resultado final de la existencia de un proceso judicial, el cual se da sólo posteriormente a la noción de un debido proceso, toda vez que la afirmación de la efectividad de la protección jurisdiccional sólo se puede concretar después del desarrollo de un proceso adecuado, cuyo acto esencial y final pueda producir el vencedor en juicio, eficaces resultados, pues como señala la doctrina la tutela judicial no será efectiva si el órgano jurisdiccional no reúne ciertas condiciones y antes de dictar una sentencia sigue un proceso investido de los derechos que hagan posible la defensa de las partes, de ahí que la tutela judicial efectiva presupone un debido proceso pero sin negar con ello que ambas se hayan íntimamente relacionadas entre sí, formando parte de un todo.

5.2. Noción de la Tutela judicial efectiva.

La palabra tutela implica la idea de cuidado, protección o amparo; más aún de garantía, puede afirmarse que la Tutela es la finalidad y objeto que persigue una

⁵ Hernández Segovia, Arturo, *El Amparo Adhesivo*, México, Editorial Porrúa, 2,015, Segunda edición, Páginas 53, 54 y 55.

persona durante el ejercicio de su acción procesal y cuando dicha tutela es judicial requiere siempre del previo ejercicio de la acción procesal, como requerimiento de tutela que hace posible el inicio y prosecución de un proceso que declare el derecho de las partes en el caso concreto.

El derecho a la tutela, también denominado derecho a la tutela jurisdiccional o protección judicial, es aquel por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses.

En cuanto a la noción de la tutela judicial efectiva la Corte de Constitucionalidad ha expresado lo siguiente:

El Derecho a la tutela judicial efectiva, consiste en la garantía de acceder en condiciones de igualdad a los tribunales de justicia, con el objeto de solicitar de estos la reivindicación (tutela) de derechos e interés legítimos. El acceso a este derecho y a la efectividad del mismo, se da por medio de un debido proceso, que debe culminar con la emisión con una decisión judicial que resuelva la viabilidad o inviabilidad de la pretensión deducida.⁶

Tutela judicial efectiva es un conjunto de órganos jurisdiccionales que están a disposición, para la protección y garantía que las partes persiguen, o que la víctima le sea devuelto lo que ha perdido y dentro de todo cabe daños materiales como por ejemplo pérdidas de patrimonio material, y económico. La tutela se puede decir que es el derecho que toda persona tiene y así para que se le haga justicia.

La palabra tutela implica la idea de cuidado, protección o amparo; más aún de garantía, puede afirmarse que la Tutela es la finalidad y objeto que persigue una persona durante el ejercicio de su acción procesal y cuando dicha tutela es judicial requiere siempre del previo ejercicio de la acción procesal, como requerimiento de

⁶ Sentencia de amparo en única instancia, de fecha seis de diciembre de 2004 del expediente número 8902004, Gaceta Jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad número 74.

tutela que hace posible el inicio y prosecución de un proceso que declare el derecho de las partes en el caso concreto.

El derecho a la tutela, también denominado derecho a la tutela jurisdiccional o protección judicial, es aquel por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses.

En cuanto a la noción de la tutela judicial efectiva la Corte de Constitucionalidad ha expresado lo siguiente:

El Derecho a la tutela judicial efectiva, consiste en la garantía de acceder en condiciones de igualdad a los tribunales de justicia, con el objeto de solicitar de estos la reivindicación (tutela) de derechos e interés legítimos. El acceso a este derecho y a la efectividad del mismo, se da por medio de un debido proceso, que debe culminar con la emisión con una decisión judicial que resuelva la viabilidad o inviabilidad de la pretensión deducida.⁷

Tutela judicial efectiva es un conjunto de órganos jurisdiccionales que están a disposición, para la protección y garantía que las partes persiguen, o que la víctima le sea devuelto lo que ha perdido y dentro de todo cabe daños materiales como por ejemplo pérdidas de patrimonio material, y económico. La tutela se puede decir que es el derecho que toda persona tiene y así para que se le haga justicia.

5.3. Ventajas de una aplicación de una tutela judicial efectiva, para devolver la confianza al sistema de justicia guatemalteco.

Las ventajas de la aplicación de la tutela judicial efectiva, por parte de los órganos jurisdiccionales, para dar un eficaz cumplimiento de uno de los deberes del estado como lo es la justicia, según lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 2 que indica: “Deberes del Estado. Es deber del Estado

⁷ Sentencia de amparo en única instancia, de fecha seis de diciembre de 2004 del expediente número 8902004, Gaceta Jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad número 74.

garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona“.

La aplicación de la tutela judicial efectiva daría a la función jurisdiccional del estado, la certeza de resolución de los conflictos o situaciones de incertidumbre o inseguridad que se producen en la sociedad, certeza que no significa necesariamente dar la razón a quien recurre al servicio, pero sí a recibir una respuesta razonable y oportuna, y una vez definida la cuestión por el poder judicial, todo el aparato coactivo del estado se ponga al servicio de su ejecución, como único modo que tiene el estado para exigir el cumplimiento de las normas y proscribir la justicia privada es a través de una administración de justicia organizada en forma eficiente. La eliminación de los obstáculos legales irrazonables para alcanzar la jurisdicción, como requisitos excesivos que deben contener las peticiones para que sean entradas a conocer por el órgano jurisdiccional, como elemento de la tutela judicial efectiva, conllevaría una mayor rapidez en la evolución de los procesos y otorgar a los habitantes la sensación de protección jurisdiccional. Devolver a los habitantes la confianza en el sistema de justicia, haciendo un llamado que el acceso a la justicia no es cuestión de tramites onerosos y extensivos sino eficaces ante la urgente necesidad de justicia, porque cuando la administración de justicia fracasa, la seguridad jurídica es reemplazada por la irracionalidad y por la imprevisibilidad desapareciendo la confianza y colocando a los miembros de una sociedad, y a veces hasta al propio gobierno, en estado de indefensión, sin este engranaje se resiente en cualquiera de sus fases, se pone en peligro la seguridad jurídica, el estado de derecho y el estado de justicia, por eso debe comprenderse que dentro de la jurisdicción, la tutela judicial efectiva debe extenderse, sin lagunas ni fisuras, a todas las personas, a todo el territorio y a todas las materias, siendo la mayor responsabilidad de los jueces hacerlo posible y realizable. **[Torres Rodríguez, Daniel Armando,.....].**

6.1 El Derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental.

El de derecho a la tutela judicial efectiva al igual que todos los demás derechos humanos, es inherente al ser humano. Derecho humano, cuya funcionalidad se enmarca en el ámbito procesal. El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un papel relevante respecto al resto de los derechos humanos, pues permite la exigibilidad de aquellos ante un órgano jurisdiccional.

El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del estado social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho. La organización del poder público de modo que quede garantizada la justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la justicia existe con independencia a que figure en las declaraciones de Derechos Humanos ni Pactos Internacionales. Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los ordenamientos positivos se limitan a recogerle, como recogen otros principios del derecho natural, al lado de los principios políticos y tradicionales.⁸

5.4. ¿Que garantiza la tutela judicial efectiva?

“La tutela judicial efectiva garantiza: la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales iniciando un proceso; la obtención de una sentencia motivada que declare el derecho de cada una de las partes; la posibilidad de cada una de las partes, de poder interponer los recursos que la ley provea; y la posibilidad de obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia.”⁹

Las instituciones serán encargadas de resolver el conflicto que surja entre cada una de las partes, y ponerle fin; siempre y cuando estas instituciones para ponerle fin y

8 Martel Chang, Rolando Alfonso. Acera de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil, pagina 3.

9 De Bernardis, Luis Marcelo. La Garantía Procesal del Debido Proceso, Lima, Perú: Ed. Cultural Cusco S.A., 1985 pág. 45.

encontrarle una solución a este tipo de conflicto defiendan ala parte afecta en su patrimonio material.

5.5. Garantías que integran el derecho de la tutela judicial efectiva

La definición de la tutela judicial efectiva dentro de la cual se enmarca esta investigación presenta un conjunto de derechos y garantías que desde un enfoque sistémico conforman esta institución jurídica de carácter universal, tales garantías son las siguientes: a) derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales; b) derecho al debido proceso; c) decisión ajustada a derecho; d) derecho a recurrir de la decisión y derecho a ejecutar la decisión.

“El ordenamiento jurídico debe asegurar a todo sujeto que estime que un interés no le es reconocido o respetado, pueda acudir a los órganos jurisdiccionales, disponiendo de los cauces procesales adecuados para ellos, con la finalidad de perseguir a través de la acción jurídica un pronunciamiento jurisdiccional que declare un derecho en el caso concreto, es decir, pueda procurar obtener una tutela judicial efectiva. El derecho de acceso a los órganos de administración de justicia es un derecho ejercitable por los medios legales -derechos de configuración legal- por lo que si al ejercitarse la acción, la pretensión contenida en la demanda o solicitud no llena con los requisitos o presupuestos procesales establecidos en las leyes, debe declararse inadmisibile la demanda o solicitud, declaratoria ésta que satisface enteramente el derecho de acción como emanación del acceso a los órganos de administración de justicia, comprendido en la garantía de la tutela judicial efectiva, dicho de otra manera la declaratoria de inadmisión de una demanda o solicitud que no cumpla con los requisitos predeterminados en la ley, sin la previa tramitación de un proceso, y no lesiona la garantía constitucional”.¹⁰

El derecho al acceso a la justicia como manifestación de la tutela judicial efectiva es un derecho de prestación de configuración legal; el cual no puede ejercitarse al margen de los cauces y procedimientos legalmente establecidos, por lo que los

¹⁰ De Bernardis, Luis Marcelo, Op. Cit, pág. 150.

requisitos y presupuestos procesales no responden al capricho puramente ritual del operador legislativo, sino a la necesidad de ordenar el proceso a través de ciertas formalidades objetivas establecidas en garantías de derechos e intereses legítimos de las partes.

En tal virtud, el camino al aparato judicial debe mantenerse siempre libre de cualquier tipo de obstáculos, ya sean económicos, sociales o políticos. Tradicionalmente los obstáculos económicos han sido los más nefastos en esta materia, siendo el contraprinipio “solve et repete” su más fiero exponente. Esta regla puede resumirse bajo la frase “pagar para poder reclamar”, pues sujeta la impugnación de tributos liquidados o sanciones pecuniarias determinadas, al previo pago de los mismos.¹¹

El derecho de acceso a la jurisdicción se materializa a través del derecho de petición, que se elabora ante cualesquiera entidad administrativa, la cual incluye por supuesto la que presta el organismo judicial a través de los tribunales de justicia especializados en cada rama y que lleva implícito el resultado de obtener con celeridad una resolución motivada, así que el derecho de petición el cual también constituye el principio de legalidad, y se encuentra regulada **en el Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala**, pero desarrollado en forma específica en el Artículo 51 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece lo siguiente: “Pretensión procesal. La persona que pretenda hacer efectivo un derecho, o que se declare que le asiste, puede pedirlo ante los jueces en la forma prescrita en este Código, Para interponer una demanda o contrademanda, es necesario tener interés en la misma.” En resumen, el derecho de acceso a la justicia confiere a todos los ciudadanos, la posibilidad de presentar sus conflictos a los tribunales competentes, someterlos a su decisión como terceros imparciales y desde ese momento se comienza a ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva.

11 PICÓ I JUNOY, Joan. La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1997. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1998. Página 134.

CAPITULO II

DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MARCO HISTÓRICO.

1. La reparación del daño en el Código de Hammurabi (Babilonia).

El código consta de un breve prologo prácticamente perdido y de 60 artículos y los dos últimos deteriorados y por ello incomprensibles, faltando el epílogo, que al igual que los anteriores códigos hubo de tener.

El cuerpo legal se ocupaba de los siguientes temas: precios y salarios, responsabilidad, alquileres, sociedades comerciales, depósitos financieros, robos, hurtos, empeño ilegal de personas, esponsales, esclavitud, educación, lesiones corporales, danos producidos por los animales y homicidios. Estas leyes son el primer antecedente de la reparación del daño, ya que preveían cuestiones de responsabilidad en las lesiones corporales. La injuria verbal era castigada con el pago del daño producido con su conducta.¹²

Lo más característico del código es la adopción del sistema de la composición legal como fundamento del derecho penal, lo que prueba que los acadios lograron sobrepasar el estado primitivo del derecho.

1.1. La reparación del daño en el Derecho Romano.

Los romanos en los primeros siglos de la era, estaba subordinada a la religión solo que a través del tiempo superaron tal confusión, es decir, entre la divinidad y las obras humanas, consagrándose esta idea hacia la mitad del siglo VII, bajo la filosofía griega y a partir de ese acontecimiento, los jurisconsultos admitían que fuera de las prescripciones de los legisladores, existía un derecho innato anterior a las leyes escritas y aplicables a todos los ciudadanos. En el Derecho Civil los romanos eran gigantes, pero pigmeos en el Derecho Penal.

¹² Lara Peinado, Federico, Código de Hammurabi, Editora Nacional, Madrid, España, 1982, pag. 18.

El Derecho penal en roma evoluciono desde la venganza privada hasta los más complejos procedimientos penales, mismos que han servido de base e inspiración para la impartición de justicia penal.¹³

El Derecho romano, en las leyes de las XII tablas establecían el delito de traición, castigándolo con pena de muerte. La Lex Cornelia, fue la más grave accion entre las formas de delitos cometidos contra el estado, mientras que encuentra sus orígenes en los tiempos de Lucio Cornelio Sila. El *Judictium Perdullionis* castigaba los actos realizados por el ciudadano que como enemigo de la patria ponía en peligro su seguridad, esta ley fue subrogada posteriormente por la Lex Cornelia que comprendió los mismos delitos de referencia.¹⁴

En la Ley de las XII tablas el ofensor estaba obligado en todos los casos de delitos y cuasidelito al pago de los danos y perjuicios.

En el robo se pagaba el doble de lo robado en los casos “infraganti”, en los demás era el triple. En otros delitos se tomaba en cuenta la calidad del ofendido o víctima del delito y las circunstancias del hecho. En el congreso Penitenciario se propusieron multas en beneficio de una caja que sirviera para compensar a las víctimas del delito; estas multas serian proporcionadas a la fortuna del ofendido o víctima del delito, los deudores solventes serian detenidos hasta que pagaran y los insolventes sufrían descuentos de su salario hasta extinguir la deuda.

Se propuso que la reparación es de interés inmediato para el perjudicado y para la defensa social preventiva y represiva del delito, y por lo tanto manifiestan el deseo de que las legislaciones positivas se pongan en práctica en los procesos lo más pronto posible los medios más convenientes contra los autores del daño, los cómplices y los encubridores, considerando la realización de la reparación como una función de orden social confiada de oficio a las siguientes personas: al ministerio fiscal durante

13 Carranca Y Trujillo, Raúl, ob. Cit., pag. 97.

14 Pavón Vasconcelos, Francisco, Manuel de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1997, Pag. 132.

los debates, a los jueces en las condenas, a la administración de las prisiones en la recompensa eventual del trabajo penitenciario y en las propuestas de liberación condicional” .¹⁵

En Roma los delitos se dividían en públicos y privados, en cuanto a los primeros se perseguían de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano, sancionándose con penas públicas como decapitación, ahorcamiento, lanzamiento desde la roca Tarpeya o destierro entre otros, y en cuanto a los segundos, se perseguían a petición de la víctima y daban lugar a una multa privada a favor del ofendido iniciándose desde la venganza privada, la Ley del Talión, la composición voluntaria hasta llegar a la composición obligatoria fijada por la ley a través del sistema de multas privadas.

¹⁶Dos elementos importantes en el Derecho Romano:

- ✓ El primero como daño causado al acreedor, lo que comprende el daño directo y también, el daño que resulta indirectamente de la inejecución de la obligación;
- ✓ En cuanto al segundo, es la ganancia que el acreedor hubiera podido sacar de su crédito si hubiera sido pagado y de la que ha estado privado.

La reparación del daño, en el Derecho Romano se distinguían dos clases de delitos que eran los siguientes, primero los que provienen de un delito público en donde el Estado regulaba las relaciones entre el estado u los particulares infractores de la ley y los segundos los que emanan de un delito privado o sea entre particulares, en los primeros, el Estado procedía mediante penas públicas como castigo al peligro que únicamente correspondía por su persecución, los cuales daban lugar a una indemnización que solo beneficiaba al propio ofendido.

15 López P., Guillermo y Cruz J., Ma. Aurora, Segundo curso de Derecho Romano, Biblioteca Doctores en Derecho, Anaya Editores, México, 1997, Pag. 107.

16 Pettit, Eugene, Tratado elemental de Derecho Romano, Ed. México, 1986, Pág. 474.

La pena de la reparación del daño se regulo desde la época de las XII tablas, en donde la víctima de un delito privado, era libre de elegir entre el ejercicio de la venganza privada o el pago de una suma de dinero, cuyo monto es fijado por la ley.

1.2. La Reparación Del Daño en El Derecho Español.

La reparación del daño en la Legislación Española tendía a suprimir la venganza privada, ya que condenaba a muerte al asesinato y entregaba al ofensor del derecho a la parte ofendida. La pérdida de la paz, antecedente del régimen de venganza, es absorbida completamente por las penas de muerte, confiscación, destierro, servidumbre, etc.

El Derecho Español, presenta en todo su esplendor las dos formas de ruptura de la paz propia del derecho germánico, una limitada, que hacia incurrir al autor de ciertos delitos en la enemistad de la parte ofendida que tenía derecho a vengarse del ofensor, tomándose la justicia por su mano, y otra general, que atraía sobre el criminal la enemistad de la comunidad política a la que pertenecía, exponiéndolo al derecho de la venganza de todos.

¹⁷En el pueblo español como en las demás partes del mundo tienen poco interés las costumbres de sus aborígenes, así se toma en cuenta los factores racionales, como su rudeza, crueldad, propagación de la guerra, bandolerismo y su carácter que les hacía pródigos de la propia vida. Por estas razones no aportaron ningún interés de carácter penal.

1.3. La reparación del daño En El Derecho Mexicano.

La reparación del daño en el Derecho Mexicano, es precisamente en el Código Penal de 1871, independizo la responsabilidad penal de la civil. A esta última, se le dio el carácter de accion privada patrimonial, con el fin de que el ofendido ejercitara a su arbitro la accion de reparación de los danos ocasionados por el delito, accion que era renunciabile y era sujeta a convenios y transacciones. En el código, los delitos eran

17 Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1991, Pag. 109.

considerados como un mal público, daba lugar al ejercicio de la acción penal y traía como consecuencia la responsabilidad civil, consistente en la obligación del responsable de hacer la restitución, la reparación o bien la indemnización, cuando se lesionaban intereses patrimoniales privados y cuyo ejercicio correspondía únicamente al ofendido. “Hacer que esa obligación se cumpla no solo es de estricta justicia, sino de conveniencia pública pues contribuye a la reparación de los delitos”.¹⁸

2. La Reparación Del Daño.

2.1. Reseña Histórica sobre la reparación del daño.

El conocer algunos de los antecedentes de la reparación del daño tiene el objeto de discernir los nuevos enfoques que ha tenido dicha reparación del daño en nuestros días.

En Roma, la reparación del daño, estaba regulada tanto para los daños de tipo patrimonial, como los de tipo moral siendo el antecedente más remoto de este, la injuria entendida como la lesión física infligida a una persona libre o esclavo o cualquier hecho que significare una ofensa.

En Alemania, la reparación del daño se encuentra solamente regulada para los daños de tipo patrimonial, y es hasta el año de 1912, cuando la Jurisprudencia del Tribunal Superior, proclama el principio de compensación pecuniaria del daño de carácter moral.

2.2. Naturaleza Jurídica De La Reparación Del Daño.

La naturaleza jurídica de tal reparación viene a ser una obligación legal, civil, penal, social, y moral.

18 V. Castro, Juventino, El Ministerio Público en México, Cuarta edición, Ed. Porrúa, México, 1990, pag. 107.

Esta responsabilidad u obligación nacida en provecho de la parte lesionada o perjudicada, tiene por objeto el pago de una cantidad de dinero igual al valor del objeto lesionado.

El efecto de la reparación del daño es entonces el obligar al responsable a pagar lo que debe, esto es, a volver al estado anterior la cosa lesionada, de lo que se deduce que ya hay una responsabilidad respecto de la indemnización ya que trae como consecuencia la devolución de la cosa a ciertos casos o el pago de su precio.

Siendo la reparación del daño un pago o una indemnización, tendrá como consecuencia el resarcimiento de ese daño o perjuicio ocasionado, demostrándose.

Existen teorías como la positiva que justifican la naturaleza jurídica de la reparación del daño; dicha corriente establece que su naturaleza es de carácter público, en donde el estado cumple con una función social ya que la persecución del delito es algo público, toda vez, que al ser quebrantada la ley penal, con el delito se perturba el orden jurídico establecido, en donde el estado debe cumplir un interés indirecto el de la defensa social, los delincuentes también reparan los perjuicios patrimoniales producidos por su actitud antisocial, cumpliéndose además el interés directo del perjudicado o víctima y que dicha corriente da a la reparación del daño el carácter de una enmienda con la cual se beneficia a la víctima.

Existen dos aspectos muy importantes en donde la pena sirve a un interés general y la reparación del daño o resarcimiento a un interés privado, pero por razones de principios tanto sirve la pena al interés privado como el resarcimiento a un interés público.

2.3. Concepto de daño.

Proviene del latín *damnum*, que significa daño, aunque ha tenido una acepción bastante amplia al dársele significados tales como: deterioro, menoscabo,

destrucción, ofensa o dolor que se provoca en la persona, cosa o valores de alguien.¹⁹

El daño es la pérdida o menoscabo de un bien o interés jurídicamente protegido; ello no significa que la protección jurídica tenga que ser expresa ni que debe manifestarse a través de la ley. **También merecen tutela** los intereses simples o de hecho no opuestos a la moral, el orden público, las buenas costumbres o los derechos de terceros.²⁰

2.3.1. Concepto de daño (genérico).

No debe de confundirse con el delito de daño en bienes o daño en propiedad ajena, como también ya conocido ya que este se limita a una conducta típica concreta y se refiere al detrimento, al daño en sí mismo, destrucción o deterioro de bienes.

El daño trascendental que se causa por una conducta dolosa o culposa cualquiera que esta sea y que afecte los diversos bienes jurídicos de tutela; abarcando el dolor, el enardecimiento, impotencia y daño tanto económico como moral que resiente, sufre y vive aquel que es ofendido o víctima del delito.²¹

2.4. La Producción De Una Daño O Menoscabo Que Sufre La Persona.

El daño es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio, que puede ser por el cumplimiento de una obligación. El perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación, **por ello el daño y el perjuicio implican una lesión al patrimonio.**

Etimológicamente el sustantivo menoscabo significa el efecto de menoscabar, verbo que en su primera acepción, se define como “disminuir las cosas, quitándoles una parte; acortarlas, reducirlas a menos”.²²

19 Amuchategui Requena, Irma, Derecho penal, Ed. Karla, México, 1982, pag. 215.

20 Zabala De González, Matilde, Tratado de derecho penal, compañía argentina, buenos Aires, 1976, pag. 79.

21 Contreras Malvaez, Jorge. La reparación del daño al ofendido o víctima del delito, Editorial Porrúa, México, 2008, pag. 99.

2222 Diccionario Enciclopédico Dánae, Tomo III, Ediciones Dánae, Barcelona, España, 2001, pag. 1028.

Etimológicamente dañar, es causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.

2.5. Clasificación De Los Daños.

I. Por razón de su causa:

- a) Compensatorios: comprende el menoscabo patrimonial provocado por un incumplimiento de la obligación que se estima definitivo.
- b) Moratorio: supone la final ejecución de la obligación y computa el detrimento patrimonial producido por la tardanza en satisfacer la prestación por el deudor.

II. Por su conexión:

- a) Indirecto: es indirecto el que refluye en su patrimonio por el mal hecho a su persona o a sus derechos y facultades.

III. En razón de su efectividad:

- a) Actual: es el detrimento patrimonial ya ocurrido y que aún subsiste sin reparar.
- b) Actual o presente: es el ya ocurrido al tiempo en que se dicta la sentencia.
- c) Material: es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio como resultado del delito.

2.6. Relación de causalidad que debe haber entre la causa y el efecto, entre la conducta y el daño producido.

Se comienza, por explicar en qué consiste la conducta como primer elemento básico del delito. “es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito, lo que significa que solo los seres humanos son susceptibles de realizar conductas, ya sean positivas o negativas y es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión”.²³

2.6.1. Elementos de la conducta.

- a) Una manifestación de la voluntad, acto positivo o negativo (acción u omisión);
- b) Resultado y;

²³ López Betancourt, Eduardo, Teoría del delito, Ed. Porrúa, México, 1994, pag. 73.

c) Una relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

En el Derecho penal la conducta se entiende como conducta culpable cuando conlleva un querer, una libre aceptación e importa cuando dicha conducta encuadra o se adecua a la descripción legal (tipicidad), es decir, la coincidencia del comportamiento humano vulnerando eminentemente determinado bien jurídico de los diversos que tutela la legislación punitiva.

Para que un delito sea imputado a un hombre, se necesita ante todo que él lo haya producido que sea la causa física que tuvo como efecto el resultado dañoso, que se traduce en la pérdida, menoscabo o afectación sufrida ya sea en su patrimonio.

2.7. Concepto de reparación del daño.

Es fundamental del derecho de danos, la reparación de los mismos por medio de la cual la infracción ocasionada por el evento dañoso recibe la sanción adecuada y con ella queda restablecido el orden quebrantado por el daño.

Significa componer, aderezar, o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa, enmendar, corregir, desagraviar, satisfacer al ofendido.²⁴

La reparación del daño, es la acción que tiene como finalidad desagraviar a aquella persona que ha sufrido el menoscabo o lesión en sus bienes jurídicos de tutela mediante un pago en efectivo (indemnización), restitución o restauración de las cosas afectadas en su caso.

2.8. La reparación del daño desde el punto de vista doctrinal.

La reparación del daño es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal.²⁵

²⁴ Gran Diccionario Enciclopédico Vanidades, Tomo IV, Ed. Vanidades Continental, México, 1998, pag. 1088.

Es la obligación de los responsables del delito, aparte de cumplir con la pena o medida de seguridad, consiste en resarcir a la víctima de la infracción del orden jurídico, o a los causahabientes de la misma, de todo quebrantando de orden económico, lo cual entraña, la responsabilidad civil, luego la restitución, en los casos en que haya habido sustracción de cosas del patrimonio del perjudicado por el delito esta responsabilidad comprende la reparación del daño causado.

La restitución de la cosa obtenida por el delito, así como la indemnización del daño material, siendo esta acepción mucho más amplia ya que la cosa obtenida por el delito puede ser restituida a su legítimo propietario, lo que se puede observar en aquellos delitos de carácter patrimonial.

Generalmente la reparación del daño tiende primordialmente a colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo y se puede concluir con decir que, la reparación del daño es la obligación que tiene el responsable de un delito o un tercero de restituir o indemnizar a la víctima u ofendido de un delito que sufrió o resistió un daño en cualquiera de sus bienes jurídicos de tutela.

2.9. La reparación del daño desde el punto de vista jurisprudencial.

Se puede generalizar que la reparación del daño tiende primordialmente a colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo. Concluyendo la reparación del daño es la obligación que tiene el responsable de un delito o un tercero de restituir o indemnizar a la víctima u ofendido de un delito que sufrió o resintió un daño en cualquiera de sus bienes jurídicos de tutela.

2.10. La reparación del daño desde el punto de vista legal.

El derecho a la reparación digna se encuentra contemplada fundamentalmente en el Código procesal Penal decreto Numero 51-92, relativo a los derechos de la víctima o del ofendido establece:

25Sánchez Colín, Guillermo, Derecho mexicano de procedimientos penales, México, 1990. Ed. Porrúa, pag. 668.

La reparación a que tiene derecho la víctima comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias como sujeto de derechos contra quien recayó la acción delictiva, hasta las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito; para el ejercicio de este derecho deben observarse las siguientes reglas:

1. La acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria. El Juez o tribunal que dicte la sentencia de condena, cuando exista víctima determinada, en el relato de la sentencia se convocará a los sujetos procesales y a la víctima o agraviado a la audiencia de reparación, la que se llevará a cabo al tercer día.
2. En la audiencia de reparación se deberá acreditar el monto de la indemnización, la restitución y, en su caso, los daños y perjuicios conforme a las reglas probatorias y, pronunciarse la decisión inmediatamente en la propia audiencia.
3. Con la decisión de reparación, y la previamente relatada responsabilidad penal y pena, se integra la sentencia escrita.
4. No obstante lo anterior, en cualquier momento del proceso penal, la víctima o agraviado podrán solicitar al juez o tribunal competente, la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar los bienes suficientes para cubrir el monto de la reparación.
5. La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme. Si la acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil."

2.11. La restitución y la reparación del daño.

La reparación del daño comprende la restitución, la indemnización y el resarcimiento, por lo cual se considera prudente precisar dos conceptos.

Restitución. Es la devolución de la cosa a quien tenga derechos sobre ella y opera tratándose de delitos que recaen sobre bienes plenamente determinados y no fungibles. De no poderse restituir la cosa por haberse consumido o por otra causa, el delincuente queda obligado al pago del precio de la misma.²⁶

Restituir. Volver una cosa a quien la tenía anteriormente. // Poner una cosa en el estado que antes tenía.²⁷

Por último, la reparación del daño comprende la restitución del bien obtenido, en otras palabras, que en tratándose de delitos patrimoniales el sujeto activo del delito tendrá la obligación de devolver al ofendido o víctima el bien mueble o inmueble objeto del delito con sus frutos y acciones, y el pago en su caso del deterioro y menoscabo para satisfacer plenamente al agraviado por el delito.

2.12. La restauración y la reparación del daño.

Como se ha visto anteriormente, la reparación del daño tienen como finalidad desagaviar a aquella persona que ha sufrido el menoscabo o lesión en sus bienes jurídicos de tutela mediante un pago en efectivo, restitución o restauración de las cosas afectadas en su caso.

Ahora se presenta que se entiende por restauración.

Restauración: es la acción y efecto de restaurar.

Restaurar. Volver a poner una cosa en aquel estado o estimación que antes tenía.²⁸

Cuando no fuere posible su restauración, la reparación del daño se llevara a cabo a través del pago de su precio satisfaciendo al agraviado por el delito.

26 Pavón Vasconcelos, Francisco, Diccionario de derecho penal, ob. Cit., pag. 888.

27 De Pina Vara, Rafael, Diccionario de derecho, Ed. Porrúa, México, 1994, pag. 443.

28 Gran Diccionario Enciclopédico Vanidades, Edit. Vanidades Continental, España 1982, Tomo IV, pag. 1094

2.13. La indemnización y la reparación del daño.

Se entiende por indemnización, al respecto; Cantidad de dinero o cosa que se entrega a alguien en concepto de danos o perjuicios que le han ocasionado en su persona o en sus bienes (o en su persona y bienes a la vez).²⁹

Indemnización. Comprende el valor pecuniario del daño originado por el delito y se determinada a través de los medios probatorios autorizados por la ley, aunque ordinariamente se acude al dictamen de los peritos, correspondiendo a los tribunales precisar el monto de la conducta.³⁰

La reparación del daño sea en lo material, también comprende la indemnización del daño material.

Cuando con motivo del delito se causen danos materiales, la comprobación del monto de estos resulta en términos generales fácil de acreditar esto debido a que cuando se trate de bienes muebles o inmuebles, son valorables económicamente, atendiendo a su valor comercial o intrínseco.

2.14. La Reparación Del Daño.

Es fundamental del derecho de danos, la reparación de los mismos por medio de la cual infracción ocasionada por el evento dañoso, recibe la sanción adecuada y con ella queda restablecido el orden quebrantado por el daño.

Los elementos comunes a toda situación de reparación: que son aquellos sin los cuales esta atacada ella en su base estructural.³¹

Son aquellos presupuestos previos al nacimiento de la reparación, y por externos a ella. Los cuales pueden ser facticos como las relaciones causales; jurídicas como la antijuricidad; psicológicas como la culpabilidad o mixtas como el daño.³²

29 De Pina Vara, Rafael, ob. Cit., pag. 317.

30 Pavón Vasconcelos, Francisco, Diccionario de derecho penal, ob. Cit., pag. 888

31 Gherzi, Carlos Alberto, Juicio de Automotores. Editorial Hammurabi, Argentina, 1985.

2.15. Concepto y definición de daño.

El daño es el presupuesto más importante del deber de reparar, siendo el eje en torno del cual gira todo el fenómeno resarcitorio, por lo que el concepto del daño se constituye no solo en el presupuesto básico, sino que también fija la medida de la reparación. El perjuicio causado marca el límite de la obligación indemnizatoria.

Se debe entender el daño como toda lesión de disminución y menoscabo, sufridos en un bien del patrimonio o interés jurídico.

El daño patrimonial es indudablemente, una especie notoria del daño privado, es tan solo una especie, aunque sea la más importante, porque junto al mismo debe también se considera una ulterior especie de daño privado, el llamado daño no patrimonial.³³

Se puede hablar en dos sentidos acerca del Daño.

- a) Identificándolo simplemente con la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera y es claro que con esta aceptación todo acto ilícito por definición debe producirlo, la acción u omisión ilícita entrañan siempre una invasión en la esfera jurídica de otra persona.
- b) Menoscabo de valores económicos o patrimoniales, o bien, en hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones legítimas.³⁴

Así mismo, se debe entender por daño, la pérdida o menoscabo sufrido por la persona en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Y por perjuicio entender, como la privación de cualquier ganancia lícita que debería haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

32 Vázquez Ferreira, Roberto, Manual de Derecho penal, ed. Porrúa, México, 1983, pag. 67.

34 Orgaz, Alfredo. El daño Resarcible. Editorial Ameba. 2/e. 1960, pag. 36-37.

El daño y el perjuicio, son de tipo patrimonial y solo en este sentido debe entenderse el principio de que no hay acto ilícito punible, a los efectos de la responsabilidad civil sin daño causado.

El concepto de daño; “La lesión a un interés jurídico”³⁵ por lo que el interés es el núcleo de la tutela por que los bienes en general, están regulados en vista de la satisfacción de intereses de la persona, haciéndose necesario conocer, si cualquier interés es digno desde la óptica del derecho de daños.

2.16. El interés.

El daño para ser indemnizable debía haber lesionado un derecho subjetivo o interés legítimo, pero no todo daño colma con los requisitos de la reparación, por cuanto no es suficiente la lesión de cualquier interés... el interés lesionado debe ser tutelado por el ordenamiento jurídico, no bastando un simple interés del hecho.

3. Sujetos que tienen derecho a la reparación del daño.

3.1. Víctimas de delito.

Se comenzara a decir que la víctima del delito es un ente sin el cual no podrá existir el delincuente, puesto que sin la “pareja penal” no habrá una conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

La víctima y su victimario intervienen en la trasgresión del derecho, provocando con ello el lógico resultado de la concepción de la norma que debería regular en especial caso el hecho delictivo.

La evolución de las ideas penales ha sido siempre identificada por su protagonista pasivo “la víctima”, defecto del pensamiento intelectual de gravísimas consecuencias para la aplicación de la pena en un caso concreto.

35 Vázquez Ferreyra, Roberto A. Responsabilidad por danos. Depalma. Buenos Aires, 1933, pag. 174.

En México, acerca de las víctimas del delito, en 1969 se protegen los derechos de la víctima bajo la denominación de Ley sobre Auxilio a la Víctima del delito.

Señalado con antelación, la víctima del delito es a quien se considera de vital importancia para los efectos de la reparación del daño causado, sin embargo, tanto la víctima como el ofendido por el delito son los grandes olvidados en el proceso penal.

Se encuentran dos tipos de personas como aquellas que resienten el daño después de la comisión de un delito y son precisamente la víctima u ofendido, para lo cual cabe señalar la diferencia entre uno y otro, ya que las denominaciones de sujeto pasivo, ofendido y víctima del delito pueden considerarse como sinónimos.

3.2. Concepto de víctima.

Victima viene del latín víctima y con ello se designa a la persona. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita y las consecuencias dañosas de un delito.³⁶

Se entiende por victima a la persona física o moral que con motivo o como consecuencia de la comisión de algún delito sufre algún daño o perjuicio material o moral, y tenga derecho a la reparación del daño, o a la asesoría jurídica gratuita, a coadyuvar con el Ministerio Público para configurar los elementos del tipo penal y probar la responsabilidad de la reparación del daño que le corresponde, a recibir la ayuda médica psicológica de urgencia por las instituciones públicas.³⁷

En general se puede decir que víctima del delito es aquella persona física o colectiva que sufre danos materiales, a consecuencia de aquellas conductas u omisiones tipificadas como delitos.

36 Diccionario Manual Ilustrado de la Lengua Española, Real Academia Española, ob cit., pag. 1421.

37 Anteproyecto Académico, 1994, Documentos de la facultad de derecho de la UAEM, secretaria Académica, México, pág. 1.

Clasificación de las víctimas del delito.

- ✓ Directas: la víctima directa es la persona a la que se le causo la afectación en sus bienes jurídicos de tutela, con el resultado del delito y estuvo presente en el hecho participado en el mismo.
- ✓ Indirectas: la víctima indirecta puede ser que no haya presenciado el hecho delictivo y fue enterada con posterioridad de su acontecer, pero el resultado dañoso del delito le ocasiona perjuicios en sus bienes jurídicos.

En conclusión la víctima es quien sufre los efectos del delito. “víctima es la persona que sufre los efectos del delito. Quien padece del daño por culpa ajena o por caso fortuito”.

En el código Penal Decreto Número 17-73. No se encontró una definición específica de víctima, tampoco En el código procesal penal; pero en su artículo 117, a mi criterio se refiere a la víctima como sinónimo.

4. Víctimas de daño.

Es la persona física en la que recae un daño. Etimológicamente la palabra víctima en latín es “victima”,. Pero independientemente de su acepción etimológica, el concepto de victima ha evolucionado, como ya se ha venido mencionando desde aquel que podía vengarse libremente.

La víctima del delito por extensión también se ha considerado como: la persona que se sacrifica voluntariamente (atendiendo a las circunstancias del delito).³⁸

Definirlo como aquella persona que interviene en la comisión de un delito como paciente del mismo. Es la persona sobre la cual recae la conducta penalmente relevante, que no siempre es el titular del bien jurídico y recae la conducta delictiva. Por tanto cabe aclarar que la víctima del delito puede ser sujeto pasivo del mismo, siempre y cuando él sea el titular del bien jurídico afectado. El sujeto pasivo no

38 Rodríguez Manzanera, Luis, Victimología, Edit. Porrúa, México, 1997, pag. 56.

siempre ha de ser la víctima del delito porque por circunstancias diversas fue la persona que participo en el delito de manera pasiva.

Desde el punto de vista jurídico; víctima, una persona es victimizada cuando cualquiera de sus derechos ha sido violado por actos deliberados maliciosamente o imprudente.

5. El sujeto pasivo del delito.

Sujeto pasivo. Es la persona que interviene en la comisión de un delito de manera pasivo, es quien y sobre quien recae la conducta penalmente relevante.

El sujeto pasivo en muchas ocasiones se convierte en víctima del delito ya que es la persona que padece la conducta.

Es la persona individual, el sujeto pasivo del menor número de los delitos. El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito. Como la ley tutela bienes no solo personales sino colectivos, pueden ser sujetos pasivos: a) la persona moral o jurídica sobre quien pueda recaer igualmente la conducta delictiva, lesionando bienes jurídicos tales como el patrimonio, robo y fraude. b) el Estado, como poder jurídico es titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal y el tal virtud puede ser ofendido o víctima de la conducta delictiva delitos contra la seguridad de la nación, delitos patrimoniales que afectan bienes propios.³⁹

6. Teoría subjetiva de la responsabilidad.

La responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. Tal responsabilidad genérica se clasifica tradicionalmente en Contractual y Aquiliana o Extracontractual.

³⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco, ob cit., pag. 56.

La responsabilidad Contractual supone la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato.

La responsabilidad Extracontractual o Aquiliana responde, por el contrario a la idea de producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber de abstenerse de un comportamiento lesivo de los demás.

Fundamentalmente esta teoría sostiene que el particular no tiene derecho a reclamar al Estado una indemnización porque el Estado es irresponsable, el servidor público es el único responsable de sus actos y debe responder de ese daño con su patrimonio personal.

El Daño. El daño es uno de los presupuestos necesarios para que surja la obligación de reparar. La jurisprudencia admite que lo mismo puede ser patrimonial que moral, según que se produzca en la esfera patrimonial o en la persona misma, y se indemnizan prescindiendo que la lesión repercuta en el patrimonio del dañado.

La Jurisprudencia ha reconocido de manera reiteradísima la obligación de resarcimiento de los danos patrimoniales, sin que pueda decirse que se indemniza a la víctima doblemente. El daño indemnizable puede ser tanto actual como futuro y surgirá según racional certidumbre.

7. La teoría objetiva de la responsabilidad.

En el sistema tradicional de la responsabilidad subjetiva jugaba un papel primordial la causalidad porque solo respondía el que había causado el daño, elemento al que se agregaba la culpabilidad del responsable o sus agentes, sea en la acción misma o en la vigilancia de las cosas.⁴⁰

40 Orgaz, Alfredo, La culpa, Edit. Porrúa, México, 1993, pag. 185.

Ciencias jurídicas que guardan relación con la reparación del daño.

8. La reparación del daño en el derecho penal.

Respecto al tema de reparación del daño en el Derecho Penal Federal establece: es el de considerar la reparación del daño proveniente de un delito como pena publica cuando es reclamable al delinciente, y el Ministerio Publico y a través de la jurisdicción represiva penal.⁴¹

Establecida una accion privada para obtener la reparación de los danos ocasionados por el delito, accion que era ejercitada por el ofendido, como si se tratara de una accion civil común y que era renunciabile y transigible.

La reparación civil no es una responsabilidad pena, por lo que no se ve diferencia alguna real entre el pago de una suma a título de multa y el pago a título de reparación; pero sobre todo se cree que, existe error y ha existido hasta ahora en separar de una manera demasiado radical los medios civiles de los medios penales. La reparación del daño proveniente del delito tiene el carácter de pena publica cuanto es reclamable al sentenciado y solo puede ser exigida no por el particular como parte civil, sino por el Ministerio Publico y a través de la jurisdicción represiva penal.

Se ha dicho que para hacer efectiva la reparación del daño se requiere, que dentro del procedimiento penal se declare la existencia del delito, situación está que en muchas ocasiones ha sido violada.

9. La reparación del daño en el derecho procesal penal.

Las únicas vías indirectas existentes son: la circunstancia atenuante y el sustitutivo penal de la libertad condicional.

41 Vázquez Sánchez, Rogelio. El Ofendido en el delito. Editorial Cajicá. México. 1991, pag. 52.

Es en el Código procesal penal, en donde ya se contienen algunos instrumentos específicos indirectos de protección de las víctimas, que se canalizan por medio de la reparación del daño causado. Estos se dan a través de determinadas circunstancias por las que se ofrecen posibles ventajas al reo si repara, tales como el criterio de oportunidad y la suspensión condicional de la persecución penal. De este modo se pretende estimular al responsable a que repare el daño.

Es el Artículo 112 del Código Penal es donde subyace esa conexión íntima entre responsabilidad penal y responsabilidad civil; si bien las fronteras entre lo penal y lo civil son difusas, en el Código Penal y Procesal Penal, de igual forma, por dos motivos principales: uno de ellos, que la responsabilidad civil derivada del delito recibe un tratamiento legal dentro del mismo Código Penal, otro, que la acción civil puede acumularse en proceso penal. Es también un elemento a tener en cuenta, el que la determinación de la pena se basa no sólo en la culpabilidad del autor, sino también lo complementa, el daño objetivamente considerado.

Al hablar de la reparación del daño en el Derecho Procesal Penal, se puede destacar que el ofendido no es parte en el proceso penal, sino que es el Ministerio Público quien lo representa, quien tiene personalidad para reclamar la responsabilidad civil exigible a terceros y pedir al aseguramiento precautorio de bienes que garanticen su derecho a la reparación del daño y solo apelar la sentencia en lo que a la reparación del daño se refiere.

La reparación del daño al ofendido o víctima del delito.

10. La reparación del daño al ofendido o víctima del delito.

En reiteras ocasiones se ha expresado que la revisión y actualización de las normas jurídicas constituye uno de los principales compromisos por estar convencidos que el estado de derecho es la base fundamental en la que descansa la armonía entre el ejercicio de la autoridad y la libertad de personas, considerando al derecho penal como ciencia y ordenamiento sancionador de la conducta de los hombres, debe

revisarse permanentemente para asegurar la vigencia de sus principios y eficacia social de su observancia y aplicación.

La reparación del daño al ofendido o víctima del delito debe de comprenderse como la restitución del bien obtenido por el delito con frutos y acciones y el pago en su caso del deterioro y menoscabo, la restitución se debe llevar a cabo aun en el caso de que el bien hubiere pasado a ser propiedad de terceros, a menos que sea irrevindicable o se haya extinguido el derecho de propiedad.

El pago de su precio si el bien se hubiere perdido, o incorporado a otro por derecho de accesión, o por cualquier causa no pudiese ser restituido, así como la indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos que, como consecuencia del delito sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima.

Se debe satisfacer en lo posible al ofendido o víctima de una delito, lo cual resulta obtenido por el delito, p bien con el pago de su precio más aun, contempla la indemnización del daño material y moral causado.

Por ello la reparación del daño debe imponerse de oficio al responsable del delito, pero cuando sea exigible a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitara en forma incidental, en los términos correspondientes. Porque cuando se comete un delito este genera consecuencias no solamente jurídicas, sino sociales, familiares, económicas, etc., es por ello que la reparación del daño debe imponer de manera oficiosa al responsable del delito.

En muchas ocasiones en los procesos penales no se acredita el monto de la reparación del daño y por tal motivo los jueces al momento de emitir su sentencia absuelven del pago de la reparación del daño al responsable del delito, sin embargo, no se debe olvidar, que el ofendido o la víctima del delito si se le causo un daño con

la conducta delictiva cometida y resulta una injusticia el hecho de que no se le condene a dicha reparación.

Para hacerse efectivo el pago de la reparación del daño, lo correcto sería que los depósitos que garanticen la reparación del daño se entregaran al ofendido o a sus causahabientes inmediatamente después del acuerdo de reaprehensión o revocación de la libertad que corresponda, ello con la finalidad de proteger al ofendido o víctima del delito y no dejar por tiempo indeterminado que cubra el deposito ya efectuado para tal efecto.

10.1. Presupuestos para fijar el monto de la reparación del daño.

Los presupuestos de la obligación resarcitoria, la cual debe ser consecuencia necesaria de unos requisitos previos comprobados dan lugar a ella. Por lo que veremos que hoy en día, resulta indiscutible la presencia de estos requisitos comunes.

- a. Incumplimiento del deudor o ilicitud;
- b. Imputabilidad del acto, pudiendo ser este a su vez de primer o segundo grado;
Segundo grado;
- c. Daño;
- d. Relación de causalidad.⁴²

Al respecto el doctrinario Roberto Vázquez Ferreira, dice: la imputabilidad dentro de la teoría en estudio comprende dos etapas. “En una primera etapa, la imputabilidad de primer grado se habrá de establecer si el acto que se pretende imputar a alguien ha sido realizado con intención, discernimiento y libertad, para solo luego en la imputabilidad de segundo grado formular juicio ético sobre la conducta del autor del acto para determinar si ha habido o no culpabilidad”.⁴³

42 Lamibias, Jorge. El derecho no es una física de las acciones humanas. L.L.Argentina.1987, pag.1015.

43 Vázquez Ferreyra, Roberto A. Manual de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1983. Pag. 109.

La primera etapa se presenta con los elementos comunes propios de toda institución de reparación, siendo los tres componentes mínimos e imprescindibles sin los cuales no es posible avanzar, siendo los siguientes: a). Hecho u obrar humano. b) El daño.

c) la relación de causalidad., d) antijuricidad;⁴⁴

En cuanto al hecho humano se refiere a la presencia del ser humano como fuente y única causa de producción del resultado dañoso. Respecto al daño este debe ser considerado o constado en su presencia para posteriormente verificar si reúne los requisitos intrínsecos de la reparabilidad. Respecto de la antijuricidad como presupuesto de la acción resarcitoria, sin la antijuricidad como requisito, otros en cambio, en un terreno intermedio, no prestando atención a la antijuricidad, se ubican en la culpabilidad. Este presupuesto de la reparación y también elemento de la teoría del delito en el derecho penal, ha recibido variados nombres como por ejemplo; antijuricidad e litud.

El factor de atribución o fundamento del deber de reparar, se hace mención al fundamento que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño, haciendo recaer su peso sobre a quién en justicia corresponde.

Cuando hay un daño causado, este presupuesto de la pauta de respuesta acerca de quién y porque debe soportarlo. El factor de atribución es el fundamento de la obligación indemnizatoria que atribuye jurídicamente al daño a quien debe indemnizarlo.⁴⁵

Si los bienes dañados no han sido reparados, repuestos o sustituidos por el damnificado, se atenderá a la prueba rendida sobre el valor actual de reparación, reposición o restitución salvo, por supuesto que el obligado a reparar ofreciese la reparación o restitución en especie y liquidara ese valor al momento de la sentencia.

44 Vázquez Ferreira, Roberto A., ob cit., pag. 109.

45 Vázquez Ferreira, Roberto A., ob cit., pag. 194.

10.2. Aspectos que comprende la reparación del daño.

Al hablar de este tema como acto preparatorio es natural la restitución de la cosa, esto es imperativo, de manera tal que si existe la imposibilidad de hacerlo pagar el precio de la misma.

La reparación del daño debe ser cabal y para ello tienen que ser satisfechos los danos materiales y los perjuicios sufridos por la víctima o sus familiares o las terceras personas que tengan derecho, así como los danos morales ocasionados por el hecho ilícito.

El delito establece relaciones jurídicas entre el delincuente y los ofendidos, puesto que ha producido la disminución o pérdida de sus intereses, cuya reparación es indispensable para la existencia del orden jurídico.⁴⁶

Cuando hay un mal causado, debe de ser reparado en cuanto sea posible por quien se ha hecho culpable del mismo, tal es, sin duda, la exigencia primera y más elemental de justicia. De ella dimana la manera obvia, de la obligación de reparar el daño causado.

Es preciso que siempre sea reparados los danos que se hubiesen causado de cualquier especie que estos sean, es decir deben ser reparados a título de danos materiales, tanto los danos como los perjuicios para que pueda lograrse un resarcimiento cabal a favor del ofendido o víctima del delito, o bien de terceros personas que hayan dependido económicamente. A diferencia del daño patrimonial que repone medios económicos o que computa los que debieron acrecer el patrimonio del damnificado de no acaecer el evento delictivo, el resarcimiento del daño moral, pero en todo caso deberán resarcirse también hasta donde sea posibles los danos materiales.

46 Abarca, Ricardo. El derecho penal en México. JUS. Revista de derecho y ciencias sociales. México. Junio de 1941, pag. 26

10.3. La reparación del daño será fijado por los jueces de acuerdo con las pruebas obtenidas.

Los jueces estarían obligados a tomar en cuenta en su totalidad las pruebas obtenidas en el proceso, ya que dentro de las actividades de las partes, es natural que tengan que ofrecer las que a sus intereses estimaren convenientes, según los hechos que pretendieren probar.

Hay que recordar que solo puede condenarse al pago de la reparación del daño, si en el proceso se comprueba debidamente la existencia del daño material o moral que causó el delito cometido.

La confesión judicial: es una manifestación que hace el inculpado sobre la participación activa que hubiera tenido en los hechos delictivos; dicha manifestación debe ser libre, es decir, con la voluntad del acusado.

El testimonio: será valorado con los demás medios de prueba y este nos permitirá tener mayor certeza respecto al autor del hecho delictuoso y a la forma en que este se haya verificado y teniendo la certeza de ello, se hará mas fácil una sentencia condenatoria a través de la cual puede exigirse el pago de la reparación del daño causado.

Careos: la palabra vienen de la acción y efecto de carear, y esta a su vez, de cara, de poner cara a cara a dos sujetos o más para discutir. En el ámbito jurídico, careo significa enfrentar a dos o a varios individuos para descubrir la verdad de un hecho, comparando sus declaraciones. Procesalmente, es un medio de prueba autónoma que se utiliza para despejar las dudas provocadas por deposiciones discordes.

El modo o manera en que el daño ha de ser reparado implica la determinación del contenido de esa reparación.

El contenido de la relación obligatoria encaminada a obtener la reparación del daño.⁴⁷

El daño que ha de ser susceptible de reparación es el material y el moral, que tienen un ámbito de resarcimiento específico, de tal suerte que se pueda afirmar que, conceptualmente y fuera de toda consideración de un especial derecho positivo, hay dos modos o maneras de reparar el daño material o también llamado patrimonial. Un modo de hacerlo, es a través de los que se denomina la reparación en especie, que implica literalmente volver las cosas al estado en que se encontraban antes de lo ocurrido el hecho delictuoso. El otro modo de reparar el daño es la llamada reparación por equivalente o propiamente indemnización, mediante la cual aunque no se repone o reintegra en forma específica el bien dañado, se compensa o se resarce el menoscabo patrimonial sufrido en razón del daño se tiende de esta manera a restablecer el equilibrio patrimonial en función del valor que presenta el perjuicio.

Lo primero que debe señalarse es que la llamada reintegración en forma específica o en especie, es posible, cuando se trata de daño patrimonial directo. Si el daño es indirecto, es decir, perjuicio patrimonial que acaece como consecuencia de la lesión o menoscabo de un interés extra patrimonial de la víctima, la reposición no puede interesar el bien jurídica personal afectado, pues solo es posible a la suma de indemnizar las consecuencias patrimoniales que el menoscabo o la pérdida de ese interés provoca.⁴⁸

El daño material es directo la reintegración en especie supone reponer el patrimonio el bien dañado, como si el daño en ese objeto no se hubiese producido, pero es claro que en estos casos, la reparación se ejecuta cuando el responsable cumple con

47 Hendemann, Justus W. tratado de derecho civil. Derechos de las obligaciones. Traducción de Santos Briz. Madrid. Revista de derecho privado. 1958, pag. 276.

48 Zannoni, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. Edit. Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1996, pag. 224.

volver, reintegrar al patrimonio de la víctima el bien u objeto sin danos (como en los casos de los delitos de danos en los bienes).⁴⁹

¿Que comprende La reparación del daño?

La restitución del bien obtenido por el delito, con sus frutos y acciones, y en el pago en su caso del deterioro y menoscabo. La restitución, se hará aun en el caso de que el bien hubiere pasado a ser propiedad de terceros; a menos que se irreivindicable o se haya extinguido el derecho de propiedad, los terceros serán escuchados en un incidente. El pago de su precio si el bien se hubiere perdido, o incorporado a otro por derecho de accesión, o por cualquier causa no pudiere ser restituido. La indemnización del daño material y moral causado.⁵⁰

10.4. Capacidad Económica Del Obligado a Pagar la Reparación Del Daño.

Respecto a la capacidad económica del obligado a pagar la reparación del daño, pues en este caso de nada sirve que exista delito y consecuentemente la responsabilidad penal del sentenciado, si se dejan a salvo los derechos para que el ofendido o víctima del delito, quede de momento desamparada económicamente.

Por ello lo verdaderamente indispensable es cargar el acento sobre las medidas cautelares reales en el proceso y proveer a un adeudo en prisión, sino se llega a cancelar la deuda que tiene el obligado a la víctima.

Es preciso que los daños causados a la parte ofendida o a la víctima del delito sean reparados en su totalidad, es decir, que la reparación satisfaga los daños materiales, así como los perjuicios por ser eso lo más justo y equitativo.

Los daños y perjuicios cuya existencia se haya probado en autos como consecuencia del hecho ilícito deben ser cuantificados pero nunca disminuidos, pues ello

49 Malvaez Contreras, Jorge, La reparación del daño al ofendido o víctima del delito, editorial Porrúa, México, 2008. Pag. 313.

50Loc. Cit.

constituiría una lesión patrimonial contra la parte ofendida y a favor del ofensor un enriquecimiento son causa que ninguna legislación puede tolerar.⁵¹

Enseguida se tiene que establecer es, que una vez declarada la responsabilidad penal del acusado en cualquiera de sus formas de intervención en el delito, es procedente la condena a la reparación del daño, el juez debe atender a la capacidad económica del obligado a pagarla, motivando y razonando suficientemente dicha condena además de las costas procesales de la víctima.

10.5. Formas de reparación del daño.

La reparación del daño ha resultado ser uno de los dilemas más difíciles y complejos que ostenta el derecho penal, puesto que la víctima, casi nunca, especialmente en Guatemala, se ve beneficiada en forma directa y en ninguna otra forma y materialmente representada por las consecuencias sufridas a raíz del hecho delictivo del cual fue objeto. Siempre se deja venir una disyuntiva en relación a la satisfacción plena de la persona que ha sufrido el delito.

Se debe de tener claro que hay varias formas de reparación del daño, dependiendo del bien jurídico lesionado por el hecho, sin embargo, podemos decir que las más conocidas son: La reparación natural y la reparación por equivalencia.

1. La reparación natural, es aquella que hace posible que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de producirse el evento dañoso.
2. La reparación por equivalencia, esta se da cuando no es posible el desagravio perfecto, ya que las cosas no pueden estar en una situación idéntica a la que tenía antes del daño, es decir, una indemnización adecuada en dinero y fijada de acuerdo a la gravedad del daño causado.

51

En el primer término se tiene la restitución de la cosa o pago del precio de la misma indemnización del daño y restitución de la cosa o pago del precio de la misma.

Cuando el objeto del delito es material, es posible la restitución, o en su defecto pagar el precio del mismo de acuerdo al valor comercial en el mercado en la fecha que se cometió el delito y no el estimativo.

El Estado Y La Reparación Del Daño.

11. Concepto del Estado.

Se dice que la reparación del daño patrimonial como el daño moral, se funda precisamente en el daño causado injustamente, no importando la culpabilidad o no de su autor. El estado es responsable de los daños que pudiese ocasionar a un sujeto por su actuar ilícito, fundándose precisamente dicha reparación, en el hecho de que este el sujeto, no tiene por qué soportar dicho daño.

El estado es aquel fenómeno político y social, que consiste en el conjunto de seres humanos que forman la sociedad humana y que viven en un territorio determinado y bajo un régimen de derecho.

11.1. Elementos del Estado.

- ✓ La población;
- ✓ El territorio y
- ✓ El poder.

La población, está compuesta por la sociedad humana, es decir, por el grupo de hombres que pertenecen a un estado. Los cuales se encuentran sometidos a la autoridad política y en cuanto participan en la formación de la voluntad general (ciudadanos).

El territorio se encuentra constituido por la porción de espacio en la que el estado ejercita su poder y que sirve de asiento permanente a la población.

El poder, cómo aquel poder de mando, de dominio y coactivo de imponer incondicionalmente su voluntad a otras voluntades.

11.2. El Estado Y El Derecho.

Hay doctrinas que pretenden contestar las siguientes interrogantes:

✓ Doctrinas que establecen una identidad entre el Estado y el Derecho.

Para estas dos doctrinas, el Estado no es más, que el sistema del orden jurídico vigente y el derecho es un sistema de normas coactivas. Por lo que, el Estado y el Derecho se identifican por ser aquel un orden jurídico luego entonces es un sistema de normas.

Tanto el estado como el Derecho solo son dos posturas para designar un mismo ser, es decir, que su relación es la identidad. Se objeta a esta doctrina en razón a que el estado se reduce a un sistema de normas, es decir, es el sistema del derecho vigente y positivo, y si bien el aspecto jurídico es parte sustancial del Estado, también lo es sociológica que produce condiciones y vivifica al orden jurídico dándole el mínimo de efectividad.⁵²

El estado y el Derecho son seres distintos pero relacionados, ya que el Estado es el todo y el derecho una de sus partes. El Estado no se concibe sin el Derecho, ya que este regula las relaciones normativas, constituyéndose el Derecho una limitación del Estado pues este es quien crea a aquel. No existe uno sin el otro, ya que el Estado sin Derecho se considera un simple fenómeno de fuerza, en sentido inverso, se considera una mera idealidad normativa sin efectividad. La posición correcta es "Estado con Derecho, lo que equivale al Estado de Derecho Moderno".⁵³

11.3. La Responsabilidad del estado.

El afirmar que el Estado sea irresponsable por cualquiera de sus actividades, implica la desigualdad ante la ley.

52 Porrúa Pérez, Francisco. Teoría del Estado. Editorial Porrúa. 8/e. México. 1975, pag. 152.

53 Ibíd., pag.158.

La doctrina más calificada entiende que la responsabilidad del estado, a despecho de sus matizaciones propias y de su tinte publicitado, se inserta en una teoría unitaria del responder, que es común a los derechos público y privado. Esta premisa diluye el supuesto distingo entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil, en cuanto concierne al aspecto estructural y al fundamento de las obligaciones preparatorias.⁵⁴

No olvidad que todo daño significa un detrimento en la estafa jurídica personal de un sujeto, por lo tanto una injusticia. Frente a la falta de una norma legal que declare la responsabilidad del Estado, es necesario dictar una norma, que establezca dicha responsabilidad.

Cuando el Estado obra como persona del Derecho público o del Derecho Privado, es responsable por los actos de sus agentes, en los límites de sus funciones; el Estado sanciona el derecho y debe vivir dentro de él; ya que es inconcebible que el daño originado por este sea soportado únicamente por el sujeto que sufrió el daño.

El estado cumpliendo con su fines y de conformidad con cualquiera de sus funciones, puede ocasionar danos injustos, esta responsabilidad, nace de la conducta de cualquiera de sus órganos de forma extracontractual que origine un perjuicio o un excesivo sacrificio al particular quebrando el principio de igualdad.

El Estado está para representar a todos, debe de reparar los danos ocasionados por un particular, en pro del interés colectivo.

54 Alberto J. Bueres. Su voto como Juez de la cámara Nacional Civil. 3/3/88. En autos "Ricci, Carlos, C. municipalidad" en "J.A" 1998-II-347. Argentina.

CAPÍTULO III

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO.

1. Antecedentes:

La designación del título: “Delitos contra el patrimonio” es reciente en nuestra legislación. Anteriormente, en el código penal de 1936 se incluyeron los de este título dentro de los que se llamaron “delitos contra la propiedad”, sin embargo, al repararse por los legisladores en lo equivoco de la denominación pues las infracciones a que se refiere, dan lugar a atentados no solamente contra la propiedad sino contra todo el patrimonio económico de las personas, se ha cambiado por el nombre con el cual encabezamos; es equivoco designarle únicamente “delitos contra la propiedad”.⁵⁵

2. Concepto.

Este comprende, en sentido amplio, el conjunto de Derechos y obligaciones del carácter económico, del que es titular una persona individual o colectiva.

Por dar a entender, a primera vista al menos, que el único derecho protegido a través de las normas represivas de estas infracciones lo era el de propiedad, cuando es evidente que por la vía del robo...puedan lesionarse algunos otros patrimoniales; en la actual denominación es entonces “Certera y clara; desde luego nos recuerda que las personas, tanto físicas como morales, pueden ser posibles sujetos pasivos de las infracciones ya enumeradas, y también hace notar que el objeto de la tutela penal no es únicamente la protección del derecho de propiedad, sino en general, la salvaguarda jurídica de cualesquiera otros derechos que puedan constituir el activo patrimonial de una persona”.⁵⁶

3. Bien Jurídico Tutelado en el Delito.

El “Jus Peniendi” es una facultad que corresponde única y exclusivamente al Estado que como ente soberano debidamente organizado, tiende a la protección de ciertos

55 De León Velasco, José Francisco de mata, derecho penal guatemalteco, Guatemala, Magna Terra editores S.A. 2008, decima octava edición.

56 Ibid. pag. 466.

valores que son indispensables para el desarrollo y la convivencia sociales; cuando esa serie de valores humanos, materiales y morales son elevados a (categoría jurídica) por parte del órgano estatal destinado para ello “organismo legislativo”, es cuando trascienden en el Derecho Penal como vienen o intereses jurídicamente protegidos o tutelados por el Estado, encontrando cada uno de ellos, acomodo en cada una de las figuras de delito que encierran todos los códigos penales del mundo, por tal razón reciben el nombre de “Bien Jurídico Tutelado en el Delito” que doctrinariamente se conoce como el objeto jurídico de ataque en el delito.⁵⁷

Si bien, es cierto el estado es el único ente capacitado para la protección de todos los guatemaltecos, hablando de valores que son muy importantes en el desarrollo, educación y convivencia social. Por lo cual el Estado tiene que estar preparado para tomar cualquier decisión que sea necesaria, hablando de bienes o intereses jurídicamente tutelados, a la hora de cualquier ataque de un delito.

4. Su Importancia.

El bien jurídico tutelado o protegido es de vital importancia para la constitución de las figuras delictivas, a tal extremo que no se puede concebir un delito que no pretenda la protección de un bien jurídico, todos los delitos tienen un interés jurídicamente protegido (un objeto jurídico), lo que no ocurre en el objeto material, que se a quedado apuntado anteriormente, solo existe en los delitos de resultado.

Cuando se habla de “Bien Jurídicamente Protegido”, se está advirtiendo que no se trata de proteger la mera lesión o puesta en peligro de cualquier clase de bien como tal, sino solo cuando el mismo esta elevado a categoría jurídica por parte del Estado. La lesión de los intereses de la sociedad, derivada de la conducta del hombre, por probable que sea, ninguna consecuencia penal acarrea si el Derecho Punitivo no ha tomado bajo su tutela el interés afectado.⁵⁸

57 De León Velasco, Héctor Aníbal, José Francisco de mata vela, Derecho Penal Guatemalteco, Guatemala, Editorial Magna Terra, 2008, Edición Decima octava, Paginas 224-225.

58 De León Velasco, Héctor Aníbal, José Francisco de mata vela, Loc. Cit, Pagina 225.

Como se ha dicho con anterioridad el Jus Peniendi es una expresión latina que el Estado utiliza para referirse a cierta facultad sancionadora que tiene el Estado de Guatemala y el ius se refiere nada y nada menos que ala de derecho y por último puniendi significa castigar.

a. Definicion.

El bien jurídico protegido o tutelado en el delito, también jurídico y objeto de ataque como también suele llamársele en la doctrina:

“Es el interés que el Estado pretende proteger a través de los distintos tipos penales intereses que es lesionado o puesto en peligro de la accion del sujeto activo, cuando esta conducta se ajusta a la descripción legal” ⁵⁹

El objeto jurídico del delito, es el bien jurídico que el hecho punible lesiona o pone en peligro, es decir, el concreto valor elevado a su categoría de interés jurídico, individual o colectivo de orden social, protegido en el tipo legal.

b. Su Contenido.

La doctrina contemporánea del derecho penal, distingue dos clases de objetos jurídicos en el delito; uno que es “**Genérico**” y que está constituido por el bien o interés colectivo o social que el Estado como ente soberano tiende a su conservación y en tal sentido aparece indistintamente en toda clase de delitos; el otro que es “**Específico**” y que está constituido por el bien o interés del sujeto pasivo. Y que cada uno de los delitos particularmente posee, en cuanto se lesiona o pone en peligro el particular interés del agraviado.

Los intereses que en un momento determinado pueden resultar lesionados disminuidos o puestos en peligro por la conducta delictiva del sujeto activo, pueden pertenecer según el caso; a las personas individualmente consideradas, a las personas jurídicas o colectivas, al estado y a la sociedad misma.

59 Palacios Mota, Jorge Alfonso, Apuntes de derecho penal, Guatemala. Ed. ServiPrensa Centroamericana, 1980, Pagina 45.

Los intereses o bienes jurídicos tutelados que corresponden realmente a una persona individual son: la vida, su integridad personal, su honor, su seguridad y libertad sexual, su libertad y seguridad personal, su patrimonio, su orden jurídico familiar, su estado civil, etc.; en tanto que las personas jurídicas o colectivas pueden verse lesionadas o puestas en peligro en su patrimonio o en su honor. El estado particularmente puede verse amenazado, tanto en su seguridad interna como externa, y la sociedad se protege de los delitos que atentan contra la seguridad colectiva.

Por último, el presente tema, solo resta advertir que los sujetos (activo y pasivo), el objeto (material), y el bien jurídico tutelado (objeto jurídico), juegan el papel de presupuestos indispensables para la conformación real de delito.⁶⁰

Recordando que el estado, es el único ente obligado, ante todos los guatemaltecos para protegerlos en todo el sentido de la palabra, tanto económico como a la vida propia, como lo establece la constitución Política De La Republica de Guatemala, que es deber del estado garantizar a todos los habitantes de la república, la vida, libertad, la seguridad, la paz y la justicia que se habla en este tema, acerca de su patrimonio personal.

5. Bien jurídico tutelado en los delitos contra el patrimonio.

Desde otro punto de vista, el objeto jurídico protegido por la norma penal y que resulta lesionado o puesto en peligro por el sujeto activo, sirve como elemento directriz de ordenación de las figuras delictivas o tipos penales dentro de un código penal sustantivo en su parte especial, tal es el caso del código Penal vigente en el cual las figuras delictivas están agrupadas atendiendo al bien jurídico protegido, de la manera siguiente:

60 Ibíd. Página 227.

- **Título VI. De los Delitos contra el Patrimonio.**

Si la gran importancia que tiene el bien jurídico tutelado, no solo como objeto jurídico del delito, sino como elemento ordenador de las figuras delictivas en los diferentes códigos penales que parten del valor jurídico que el estado protege en la norma penal, para estructurar adecuadamente el Derecho penal sustantivo en su parte especial.⁶¹

Cuando se habla acerca de los delitos contra el patrimonio, se debe entender que afecta al patrimonio personal que sufre una persona y no tiene un impacto social, sino que el daño es personal, y por eso el Estado tiene que proteger el bien jurídico tutelado y a la víctima del delito y que pague la parte contraria por el daño causado al patrimonio de la víctima.

6 Casos especiales de Estafa.

El artículo 264 del Código Penal menciona veintidós posibilidades punibles de engaño o ardid, sin embargo se comete estafa no solamente dentro de tales posibilidades sino cuando el activo se vale de cualquier otro engaño que defraude o perjudique a otro. Las posibilidades legales indicadas, son:

a) Quien defraudare a otro usando nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia, relaciones o cualidades supuestas, aparentando bienes, comisión, empresa o negociaciones imaginarias. Es esta la materialidad del hecho. Se contienen en este inciso legal algunas variedades del fraude de simulación o fingimiento de poder, influencia, relaciones o cualidades, bienes, omisión, empresa o negociaciones imaginarias.

El elemento interno: radica como en toda estafa en el propósito de defraudar patrimonialmente a otro.

b) El platero o joyero que alterare en su calidad, ley o peso, los objetos relativos a su arte o comercio, o traficare con ellos. En este caso la defraudación consiste en la

61 Ibid., Página 226

alteración de la calidad, ley o peso de los objetos que el platero elabora o comercia siendo el elemento interno que a través de tal defraudación se perjudique patrimonialmente a otro por el sujeto activo, que en todo caso ha de ser siempre un platero o joyero.

c) Los traficantes que defraudaren, usando pesas o medidas falsas, en el despacho de los objetos de su tráfico. Sujetos de este hecho son solamente los traficantes o comerciantes que expenden artículos a base de pesas o medidas y que utilicen falsas pesas o falsas medidas, con el propósito de afectar patrimonialmente a sus clientes”.⁶²

d) Quien defraudare a otro con supuesta remuneración, a funcionarios, autoridades, agentes de ésta o empleados públicos, o como recompensa de su mediación para obtener una resolución favorable en un asunto que de los mismos dependa, sin perjuicio de las acciones de calumnia que a éstos corresponda.⁶³ Consiste el hecho en:

1º. Defraudar patrimonialmente a otro;

2º. El engaño consiste en una supuesta remuneración a autoridades, agentes de esta, funcionarios o empleados públicos; la remuneración ha de ser supuesta en caso de verificarse realmente se integraría el delito de cohecho.

e) Quien cometiere alguna defraudación, abusando de firma de otro en blanco o extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero.

⁶⁴Este delito debería de contener sus elementos que son:

1º Previamente, debe existir un documento con una firma en blanco;

2º Que se abuse de tal firma extendiendo un documento conteniendo alguna obligación o situación no autorizada por quien hizo la firma;

3º Elemento interno, causar un perjuicio patrimonial cuantificable”.

62 Monzón Paz, Guillermo Alfonso. Introducción al Derecho Penal Guatemalteco Parte Especial, Guatemala, Editorial Gardisa, 1980. Pág. 46.

63 Loc.cit.

64 Loc.cit.

Muchas veces este tipo de estafa se da cuando la persona firma algún documento el cual no se ha escrito nada en él, y este mismo se puede prestar para actos que vayan a perjudicar al mismo o a un tercero.

f) Quien defraudare a otro haciéndole suscribir, con engaño, algún documento.

⁶⁵“Elementos del delito son:

1° Material: La materialidad del hecho está integrada por los siguientes aspectos:

2° hacer suscribir con engaño a otro, un documento; inicialmente ha de utilizarse algún engaño para que el pasivo suscriba el documento; y segundo, se necesita además una defraudación patrimonial sobre el pasivo,

2° El elemento interno es la conciencia de la defraudación patrimonial a través del engaño realizado para hacer que el pasivo suscriba el documento”.

g) ⁶⁶Quien se valiere de fraude para asegurar la suerte en juegos de azar. El medio debe ser la utilización de un fraude, que debe ser inicial y debe darse en un juego de azar; elemento interno es el propósito o conciencia de usarlo es un juego de azar.

h) Quien cometiere defraudación sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, documento u otro escrito.

⁶⁷“Requiere como partes del elemento material:

1° Cometer alguna defraudación.

2° Un acto de sustracción, ocultación o inutilización total o parcial de algún proceso, expediente, o cualquier otro escrito;

3° Que con dichos actos se cause un perjuicio patrimonial al pasivo;

4° El ánimo de defraudar a través de la realización de las acciones indicadas, constituye el elemento interno del delito”.

Ocurre este tipo de defraudación muchas veces en los asuntos hereditarios, al momento de que una persona muere y esta deja en su testamento ciertas

65 Loc. cit

66 Ibid., p. 47.

67 Loc. Cit.

cosas para una persona no grata para la familia, estos lo ocultan o alteran parte del mismo, asimismo si lo pueden sustraer para su beneficio.

- i) Quien, fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenare, gravare o dispusiere de ella, en cualquier otra forma.

⁶⁸Elemento material: para que este hecho se materialice requiere:

1° Que el sujeto activo se finja propietario de una cosa inmueble;

2° Que a través de dicha simulación, la enajene, la grave o disponga de ella en alguna forma.

Elemento interno: la voluntad de defraudar el patrimonio a través del engaño representado en el hecho de fingirse propietario”.

Muchas veces en la actualidad existen personas que gravan o ponen a disposición de ellos mismos cualquier cosa inmueble que no es propiedad de los mismos, y es aquí cuando se da este tipo especial de defraudación.

- j) Quien dispusiere de un bien como libre,⁶⁹ sabiendo que estaba gravado o sujeto a otra clase de limitaciones y quien, con su enajenación o gravamen, impidiere, con ánimo de lucro, el ejercicio de tales derechos. ⁷⁰Se requiere en este caso, que el sujeto activo sea el propietario del bien, y que disponga de él cómo libre sabiendo la limitación, por ejemplo: enajenándolo con el conocimiento de que está hipotecado (si es inmueble) e indicando que está libre de gravámenes. El segundo caso que señala este inciso se refiere a quien con el ánimo de lucro, realiza la venta o gravamen para impedir que se ejerciten los gravámenes anteriores.

- k) Quien enajena separadamente una cosa a dos o más personas, con perjuicio de cualquiera de ellas o de tercero. ⁷¹En este caso el hecho se materializa por la doble venta de una misma cosa. Se requiere:

68 Loc. cit

69 Fraude de disposición indebida para la legislación Mexicana.

70 Loc. Cit.

71 Ibid., p. 49

1º La venta de un bien, puede ser mueble o inmueble, aunque nuestra ley se refiere a otra cosa;

2º Que dicha venta se haga dos veces a personas diferentes;

3º La conciencia del autor de que no tiene derecho a hacer la segunda venta, por el conocimiento de que ya no le pertenece.

Sujeto activo es el propietario que realiza la doble venta. Pasivo es inicialmente, quien resulte perjudicado con la transferencia en la primera operación.

- l) Quien otorgare, en perjuicio de otro, un contrato simulado. ⁷²“Estimamos que en este caso la simulación puede ser unilateral o plurilateral. Puede ser que varios otorgantes finjan o aparenten la creación de obligaciones o de derechos en un contrato o bien que uno solo realice tales acciones. Se requiere también que se cause perjuicio a otro, generalmente un tercero ajeno al contrato, y la conciencia de que la simulación contractual ocasiona un perjuicio a otro”.
- m) Quien, a sabiendas, adquiere o recibiere, en cualquier forma, bienes de quien no fuere su dueño o no tuviere derecho para disponer de ellos. ⁷³“El sujeto activo en este caso, debe tener conocimiento de que quien le ha entregado la cosa no es su propietario, o que siéndolo no puede disponer de la misma y la recibe causando con ello perjuicio a tercero, que son quienes tienen disposición sobre los bienes”.
- n) Quien, con perjuicio de otro, ejerciere un derecho de cualquier naturaleza a sabiendas de que ha sido privado del mismo por resolución judicial firme. ⁷⁴“La materialidad del hecho contiene los siguientes aspectos:
- 1º Ejercer un derecho de cualquier naturaleza, por parte del activo, sabiendo que ha sido privado del mismo por resolución judicial firme;
- 2º Que con dicho ejercicio se cause un perjuicio patrimonial;

72 Loc. Cit.

73 Loc. Cit.

74 Loc. Cit.

- 3° La voluntad de realizar el hecho sabiendo que se está privando del mismo y que con la resolución dicha, se causara un perjuicio”.
- o) Quien destruyere o deteriorare, total o parcialmente, bienes que le pertenezcan, afectos a derechos de un tercero, con el propósito de defraudar a éste. ⁷⁵El elemento material de la infracción está compuesto por:
- 1° Que se destruya o deteriore, total o parcialmente bienes que pertenezcan al sujeto activo;
 - 2° Que dichos bienes estén afectos a los derechos de un tercero;
 - 3° Que la destrucción o deterioro se realicen con el propósito de defraudar al tercero que tiene derechos sobre los bienes;
 - 4° El elemento psicológico del delito está constituido precisamente por la conciencia de que con el hecho se afectan los derechos del tercero en forma patrimonial.
- p) Quien comprare a plazos un bien y lo enajenare posteriormente o dispusiere de él, en cualquier otra forma, sin haber pagado la totalidad del precio. ⁷⁶“La estafa en las compraventas a plazos, que con rigor draconiano establece nuestra ley penal está compuesta por:
- 1° Realizar la compraventa de un objeto comprado a plazos;
 - 2° Que el comprador, enajena el bien o disponga de el en cualquier forma sin haber pagado la totalidad del precio.
- Elemento interno del hecho es la voluntad de causar perjuicio patrimonial al vendedor”.
- q) Quien negare su firma en cualquier documento de obligación o descargo. ⁷⁷“Este hecho, materialmente consiste en:
- 1° Que exista previamente la firma del obligado en cualquier documento;
 - 2° Que la persona obligada niegue dicha firma;

75 Ibid., p. 50

76 Loc.cit.

77 Loc.cit.

3° Que con la negativa se cause perjuicio patrimonial.

Elemento interno del hecho es la conciencia de que con la negativa de la firma se cause un perjuicio patrimonial”.

r) Quien, con datos falsos u ocultando antecedentes que le son conocidos, celebrare, dolosamente, contratos basados en dichos datos o antecedentes. ⁷⁸“Es necesario para tratar el elemento subjetivo de este delito hacer una separación entre el dolo civil que otorga al afectado una acción de reparación del perjuicio, del dolo penal que hace incurrir en sanción penal. En este caso hay referencia al dolo penal: el ánimo de lucro incitó en el sujeto activo del hecho a utilizar datos falsos o antecedentes conocidos para celebrar contratos basados en ellos”.

s) Quien, sin autorización o haciendo uso indebido de ésta, mediante colectas o recaudaciones, defraudare a otros. ⁷⁹Si la recaudación o colecta se hace sin autorización y sin propósito de defraudar, o estando autorizada no se cumple con los requisitos legales correspondientes, la sanción será de multa de veinte a doscientos quetzales.

Implica este delito:

1° La realización de colectas o recaudaciones;

2° No tener autorización o hacer uso indebido de ella;

3° Causar perjuicio.

Elemento interno: es la voluntad de causar perjuicio patrimonial”.

t) Quien cobrare sueldos no devengados, servicios o suministros no efectuados.

⁸⁰“En todo caso, sujeto activo puede ser cualquier particular y la materialidad se da cuando:

1° Cobra sueldos no devengados, o cobra servicios no efectuados;

78 Loc. Cit.

79 Ibid., p. 51

80 Loc. Cit.

2° Que dicho acto cause un perjuicio. Es de notar en este caso, que el perjuicio no sea contra el Estado pues entonces se manifiesta un delito contra la Administración Pública.

Elemento interno del hecho es la conciencia de que los servicios no se han efectuado y la voluntad de perjudicar el patrimonio ajeno”.

- u) Quien defraudare valiéndose de la inexperiencia, falta de discernimiento o pasiones de un menor o incapacitado. ⁸¹“Se está ante una estafa genérica con un sujeto pasivo determinado: el menor de edad o incapacitado. El elemento moral está compuesto por la conciencia de la situación del sujeto pasivo y la voluntad, el querer aprovecharse de su inexperiencia, falta de discernimiento o pasiones”.
- v) El deudor que dispusiere, en cualquier forma, de los frutos gravados con prenda para garantizar créditos destinados a la producción. ⁸²“En este caso el sujeto activo debe ser el deudor que realiza una acción determinada: que dispone en cualquier forma de los frutos agravados con prenda que garantiza créditos destinados a la producción. Es necesario también, que previamente se haya constituido un crédito garantizado con prenda.

Elemento interno: es la intención de causar un perjuicio con la acción descrita”

Que el engaño es sinónimo de enredo, trampa, treta, artimaña, es una maquinación dolosa, para inducir a error de manera más fácil. Haciendo evidente el dolo genérico que supone la conciencia y voluntad de obtener para sí mismo o para otros un provecho injusto, en perjuicio ajeno. En el delito de casos especiales de estafa, los medios que se utilizan para alterar la verdad, dándole una apariencia de legítima, lo que está específicamente determinados en la ley.

81 Loc. Cit

82 Loc. Cit.

7. Estafa Mediante Cheque.

Para nuestra legislación guatemalteca, el cheque es considerado como un título de crédito, lo cual queda establecido al estar regulado en el Capítulo VII, Título I, del Libro III del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República.

Según el artículo 268 del Código Penal establece que “Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su presentación, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a cinco mil quetzales”.

La expedición de cheques sin fondos, con fondos insuficientes para cubrir el que se ha dado, o retirando los fondos antes de que los cheques puedan ser cobrados, ha dado lugar a que se verifique este delito.

El cheque, necesita de la tutela que da la represión penal pues “al sustituirse por medio del cheque la circulación directa del dinero, no es posible lograr su aceptación universal en el comercio si los tomadores del documento no gozan de las garantías jurídicas suficientes, tuteladoras de la buena fe de la emisión, en la rápida circulación y en el exacto pago del documento”⁸³.

8 Concepto Legal.

En el artículo 268 del Código Penal el cual establece que “Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su presentación, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a cinco mil quetzales”.

9. Concepto Doctrinario.

Será responsable del delito de estafa mediante cheque la persona que simulando un pago defraude a otro librando un cheque sin fondos o disponer de él, antes de que expire el plazo para su cobro o alternando cualquier parte del que o usándolo

83 *Ibíd.*, Pág. 477.

debidamente. El librador debe tener fondos disponibles en el banco librado y hacer recibido de éste autorización expresa o tácita para disponer de esos fondos por medio de cheque.⁸⁴

Según el autor Raúl Goldstein, “La entrega por cualquier concepto de un cheque sin contar con la suficiente provisión de fondos, o en su defecto, con autorización expresa para girar en descubierto”.

10 De León Velasco⁸⁵, “Elementos.

a) Material. Integrado por:

1º. La acción de librar un cheque en pago;

2º. Que el librador del cheque no tenga fondo o haya dispuesto de los mismos antes de transcurrido el plazo de presentación. Según el artículo 502 del Decreto 2-70 del congreso de la republica (código de comercio) “los cheques deberán presentarse para su pago dentro de los quince días calendario de su creación”,

b) Interno. La culpabilidad en este delito (que solo puede ser dolosa) consiste en que el librador emita el titulo con conciencia de no tener derecho, ello por la falta de fondos o por haber dispuesto de los mismos, el conocimiento de que los cheques no pueden ser pagados y la voluntad de extenderlos.

La autora considera importante establecer la diferencia en el proceso de los delitos que son objeto de estudio en la presente tesis y para el efecto se hace la siguiente acotación:

84 Sazo Ordoñez, Angélica Maritza, delitos contra el patrimonio, Guatemala, 2011, Tesis de la facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Rafael Landívar Campus Central de Guatemala.

85 Op. cit. Pag. 477.

En el caso del delito de estafa mediante cheque según lo establece el artículo 24 quáter del código procesal penal es un delito perseguible solo por acción privada. Este es un proceso específico establecido en según art. 474 del Código penal.

A diferencia del delito de casos especiales de estafa que según el artículo El delito de estafa mediante cheque según lo establece el artículo 24 ter del código procesal penal es un delito dependiente de instancia particular por lo que se sigue el procedimiento común establecido en el código procesal penal.

CAPITULO IV

PROCESO PENAL EN LOS DELITOS PATRIMONIALES DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE Y CASOS ESPECIALES DE ESTAFA.

Como se pudo concluir en el anterior capítulo el procedimiento es diferente para el caso de los delitos patrimoniales objeto de estudio en la presente tesis por lo que se establece a continuación:

1. Persecución penal en el delito de estafa mediante cheque.

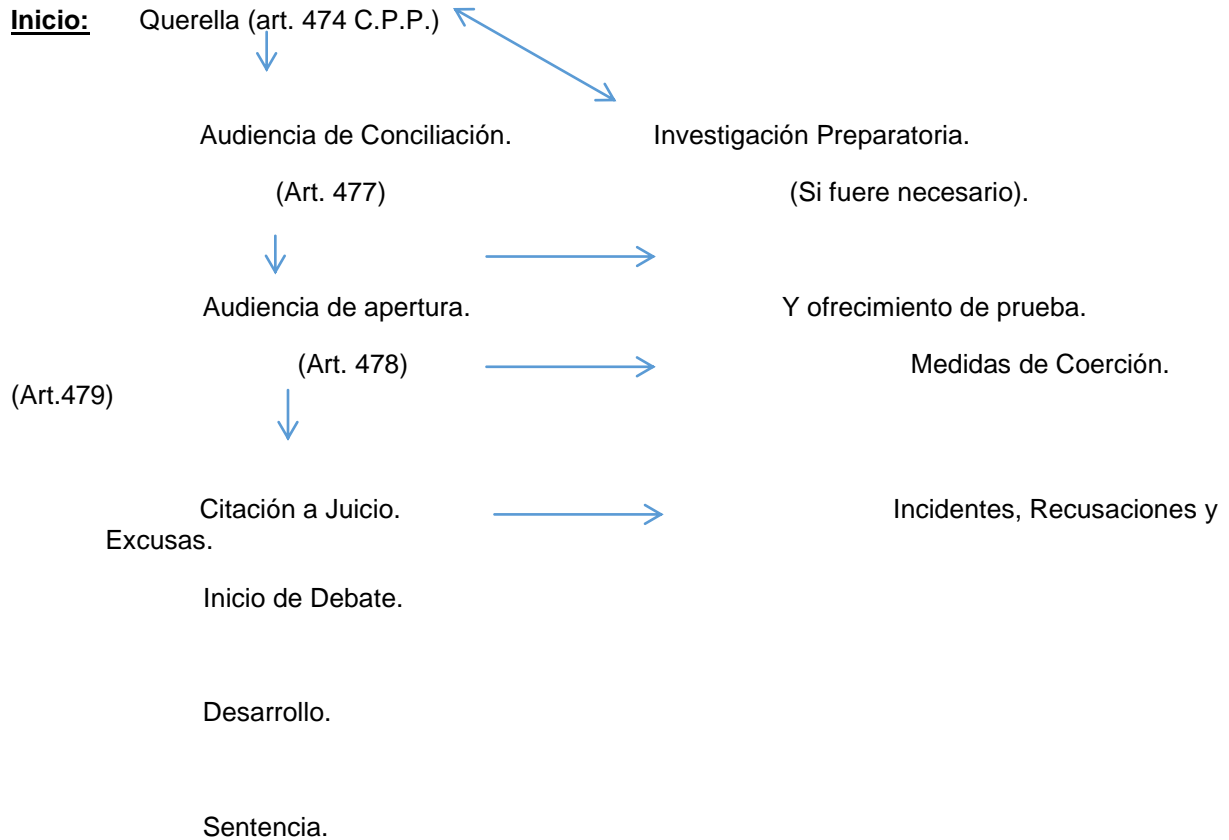
El análisis parte inicialmente analizando el contenido del artículo 24 del código procesal penal de Guatemala que establece lo siguiente:

“La acción penal se ejercerá de acuerdo a la siguiente clasificación:

- a. Acción pública
- b. Acción pública dependiente de instancia particular o que requiera autorización estatal.
- c. Acción privada.

En virtud que en el caso del delito de estafa mediante cheque el artículo 24 quater numeral 5) del código procesal penal establece que delitos serán perseguibles sólo por acción privada, esto significa este delito se procederá únicamente por acusación de la víctima, por lo tanto sin intervención del Ministerio Público, conforme al procedimiento especial regulado en este código debemos hacer mención del Juicio por delito de acción privada establecido en el artículo 474 del código Procesal penal que constituye uno de los procedimientos específicos regulados en el Libro Cuarto, que señalamos a continuación:

Procedimiento Juicio por delito de acción privada.



En este proceso cabe resaltar que como lo establece el artículo 474 del código procesal penal se inicia únicamente mediante querella presentada al Tribunal de sentencia competente, como requisito específico a considerar es que en este acto introductorio, debe formularse la acusación, lo que implica que desaparece la investigación preliminar, quien debe realizarlo es la víctima ofendida por el delito.

El artículo 476 establece, que cuando fuere imprescindible llevar a cabo una investigación preliminar por no haber sido posible identificar o individualizar al querellado o determinar su domicilio o residencia o fuere necesario establecer en forma clara y precisa el hecho punible, el querellante lo requerirá por escrito, indicando las medidas pertinentes. El tribunal así lo acordara y enviara el expediente al Ministerio Público (que sería la única intervención en el proceso por parte de órgano de persecución penal) para que actuara conforme a las reglas de la investigación preparatoria, quien lo devolverá una vez concluidas las diligencias.

La citación a que se refiere este artículo, es la citación a juicio oral y público, pero en la práctica, se ha utilizado para obligar al imputado o querellado a que asista de lo contrario será conducido, por la fuerza a la audiencia de conciliación, por lo que el imputado tiene que asistir para responder por lo que ha hecho o mejor dicho por lo que ha defraudado

Posteriormente establece el artículo 480 del código procesal penal que finalizada la audiencia de conciliación sin resultado, el tribunal citará a juicio en la forma correspondiente y a partir de ese momento rigen las disposiciones comunes por lo que el querellante tendrá dichas facultades y obligaciones por parte del Ministerio Público. La citación a una junta conciliatoria, en el juicio por delitos de acción privada, es un acto previo al inicio del procedimiento especial, con el objeto de facilitar el acceso a la administración de justicia, presentándole a la víctima, una forma sencilla y económica de tramitar el conflicto penal. En el juicio por delitos de acción privada, el imputado tiene la oportunidad de intervenir y participar en el juicio.

No existe una investigación preliminar, como tampoco una etapa intermedia, porque el hecho motivo del juicio se formula en el escrito de querrela, siendo responsabilidad del propio interesado quien la promueve, y que como querellante es el sujeto procesal que excluye y sustituye al Ministerio Público, porque en este procedimiento especial, es relevante la no intervención del ente acusador del Estado, salvo alguna excepción, y se requiera una investigación. Y por último se da el desarrollo del debate con la reglas del procedimiento común y se dicta la sentencia que en derecho corresponde.

2. Persecución penal en el delito de casos especiales de estafa

Según el artículo 24 ter en donde se establece que la acción pública en esta clase de delitos debe ser dependiente de instancia particular, que significa que el órgano acusador del Estado que en este caso es el Ministerio Público para perseguir el delito de casos especiales de estafa depende de que el agraviado realice la instancia particular, lo que constituye el inicio del proceso común que puede ser mediante,

denuncia, querrela o prevención policial en la que conste que la víctima pidió el auxilio del estado.

De esa manera se faculta al Ministerio Público su intervención en esta clase de proceso a cargo de quien estará la investigación preliminar.

Es la etapa inicial del proceso penal en la que el Ministerio Público debe practicar la investigación, recabando los medios de convicción pertinentes para esclarecer si un hecho se cometió, si éste es delictivo y, en su caso, quién participó en su comisión, para, en su oportunidad, formular su requerimiento ante el juez contralor de la investigación y obtener de éste una decisión.

En este tipo de procedimiento, debe entenderse en que el juez evalúa si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público, así mismo en la audiencia respectiva, las partes pueden oponerse, señalar vicios y objetar la acusación por diversos motivos, ya sea porque se omite a algún imputado ó algún hecho, o bien porque se presenta alguna excepción. Acá el imputado es declarado sujeto a la verificación de la sospecha probable de un hecho calificado como ilícito penal o delito, y como consecuencia convocado a juicio oral y público.

Esta fase está situada entre la investigación y el juicio oral, cuya función principal consiste en determinar si concurren los presupuestos procesales que ameritan la apertura del juicio penal. Se caracteriza por ser un tanto breve, ya que es un momento procesal en el que el Juez de Primera Instancia; contralor de la investigación, califica los hechos y las evidencias en que fundamenta la acusación el Ministerio Público y si está llena los requisitos necesarios para abrir a juicio penal o si hace falta darle mayor consistencia, lo cual implica la necesidad de practicar otras diligencias o determinar en su caso si se hace sobreseer o archivar la causa.

Dicha intervención se manifiesta emitiendo las autorizaciones para determinar diligencias y dictando las resoluciones que establezcan medidas de coerción o cautelares

Medidas de coerción:

Presentación espontanea. Si considera que puede estar sindicado en un proceso penal; este podrá presentarse ante el Ministerio Publico, para ser escuchado.

Citación: cuando fuere necesaria la presencia del sindicado se dispondrá su citación o conducción., este podrá

Aprehensión. La policía deberá aprehender a quien sorprenda en delito flagrante, se entiende que hay flagrancia cuando dicha persona es sorprendida cometiendo el delito; de igual forma después de haber cometido el delito. La policía iniciara la persecución inmediata de la persona que cometió el delito.

Otros casos de aprehensión. El aprehendido será puesto inmediatamente a disposición de la autoridad que ordenó su detención o del encargado de su custodia.

Primera Declaración:

Falta de mérito; si no concurren los presupuestos para dicar auto de prisión preventiva, el tribunal declarara la falta de mérito y no aplicara ninguna medida de coerción, salvo que fuera absolutamente imprescindible para evitar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad, caso en el cual solo podrá ordenar alguna de las medidas previstas de sustitución de prisión preventiva.

Auto de procesamiento: inmediatamente de dictado el auto de prisión o una medida sustitutiva, el juez que controla la investigación, emitirá auto de procesamiento contra la persona a que se refiere.

Aún cuando el primer párrafo del artículo 321 contiene un mandato, como lo es el de que inmediatamente de dictado el auto que impone una medida de coerción debe emitirse el auto de procesamiento, dicho mandato no puede cumplirse si no se han cumplido con el otro requisito contenido en el segundo párrafo de dicho precepto, que establece que solo puede dictarse después de que sea indagada la persona contra quien se emita. Para cumplir estrictamente con tal mandato, es menester que el Ministerio Público tenga disponibilidad de agentes y auxiliares para asistir a las audiencias respectivas, pues siendo ese Ministerio el encargado de la investigación.

Auto de Prisión preventiva: se ordenara la prisión preventiva, después de oír al sindicado, cuando medie información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o haya participado en él.

Medida sustitutiva: Las medidas sustitutivas son alternativas que ofrece el Código Procesal Penal a la prisión preventiva, en aquellos casos en los que los fines de la misma pueden lograrse por otras vías menos gravosas para el sindicado.

A los tres meses de dictado el auto de prisión preventiva si el PM, no ha planteado su solicitud de conclusión del procedimiento preparatorio, el juez bajo su responsabilidad dictara resolución concediéndole un plazo máximo de **tres días** para que haga llegar su solicitud correspondiente.

El procedimiento preparatorio deberá concluir lo antes posible, procediéndose con la celeridad que el caso amerita, y deberá practicarse dentro de un plazo **de tres meses**.

Si el fiscal asignado no formulare petición alguna, el juez lo comunicara al Fiscal General de la Republica o al fiscal de distrito o de sección correspondiente para que tome las medidas disciplinarias correspondientes y ordene la formulación de la petición procedente.

El juez lo comunicara, además, obligatoriamente al consejo del ministerio público para lo que proceda conforme a la ley.

Si el plazo máximo de ocho días el fiscal aun no hubiere formulado petición alguna, el juez ordenara la clausura provisional del procedimiento con las consecuencias de ley hasta que lo reactive el ministerio público a través de los procedimientos. En el caso de que se haya dictado una medida sustitutiva, el plazo máximo del procedimiento preparatorio durara seis meses a partir del auto de procesamiento.

Si el MP, estima que no existe fundamento para promover el juicio público del imputado, solicitara el sobreseimiento o la clausura provisional, o cuando a pesar de la falta de certeza, no existiere, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir fundamentalmente la apertura del juicio.

Clausura provisional; si no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura del juicio, se ordenara la cláusula del procedimiento, por auto fundado.

El Código Procesal Penal establece en su Artículo 25 al criterio de oportunidad, como una medida desjudicializadora en virtud de la cual el Ministerio Público se podrá abstener de ejercitar la acción penal, siempre y cuando considere que el interés público o la seguridad ciudadana no se encuentren gravemente afectados o amenazados, previo el consentimiento del agraviado.

La etapa intermedia tiene su inicio cuando el ente fiscal del Ministerio Público presenta alguno de los actos conclusivos de la etapa de investigación. El procedimiento intermedio, es la fase de transición entre el procedimiento preparatorio y el juicio propiamente dicho. Desde el punto de vista formal, la fase intermedia, constituye el conjunto de actos procesales que tienen como fin la corrección de los

requerimientos o actos conclusivos de la investigación, el control de esos actos conclusivos de la investigación los realiza el juzgado competente para ello.

Dentro de este debate preliminar tanto el imputado como su defensor, tienen oportunidad de objetar la acusación solicitada por el Ministerio Público, por considerar que la misma carece de fundamento suficiente y se pretende someter a una persona a juicio, sin contar con los elementos necesarios para probar la acusación. También pueden objetar en cuanto a la tipicidad del delito; es decir, si el hecho por el cual se solicita la acusación constituye un delito diferente del considerado en el requerimiento o bien que el hecho por el cual se solicita dicha acusación, no constituye delito. En esta discusión preliminar pueden plantearse, también, las distintas excepciones sobre aspectos sustanciales del ejercicio de la acción.

- a. La fase intermedia empieza con la presentación del requerimiento por parte del Ministerio Público. El fiscal podrá formular tanto la acusación del procedimiento común como por procedimientos específicos, requerir el sobreseimiento o la clausura provisional
- b. Una vez recibido el requerimiento, el Juez, al día siguiente, ordenará la notificación de la solicitud de conclusión del procedimiento preparatorio, entregando copia a las partes de la petición, pondrá a disposición las actuaciones y los medios de investigación recopilados y señalará día y hora para la audiencia c. La notificación se dará a conocer a quien corresponda a más tardar el día siguiente de emitida la resolución.
- d. La audiencia oral se celebrará en un plazo no menor de diez días ni mayor de quince en el caso de que se hubiere presentado acusación.
- d. En las audiencias las partes podrán hacer valer sus pretensiones.

- e. Al concluir la audiencia oral el juez deberá dictar la resolución que corresponda al caso. Únicamente en el caso de que se hubiere discutido la formulación de la acusación y siempre que por la complejidad del asunto no se pudiere dictar inmediatamente la resolución, el juez podrá diferirlo por veinticuatro horas para emitir la resolución, y en el acto citará a las partes.

Esta debe celebrarse en un plazo no menor de diez días ni mayor de quince si el pedido que hace el Ministerio Público es la apertura de juicio y la formulación de la acusación (art.340), y, en un plazo no menor de cinco días ni mayor de diez si la solicitud De Ministerio Público consiste en sobreseimiento o clausura provisional.

Esta etapa se desarrolla después de agotada la etapa de investigación, es decir después de haber realizado un cúmulo de diligencias consistentes en informaciones evidencias o pruebas auténticas, que servirán al juez contralor para determinar si procede someter al procesado a una formal acusación y como consecuencia se accede a la petición de abrir a juicio oral y público.

Procedimiento Común.

Actos introductorios.

- Denuncia. Art. 297. C.P.P.
- Querrela. Art. 302. C.P.P.
- Prevención Policial. Art. 304. C.P.P.



Investigación Preliminar.

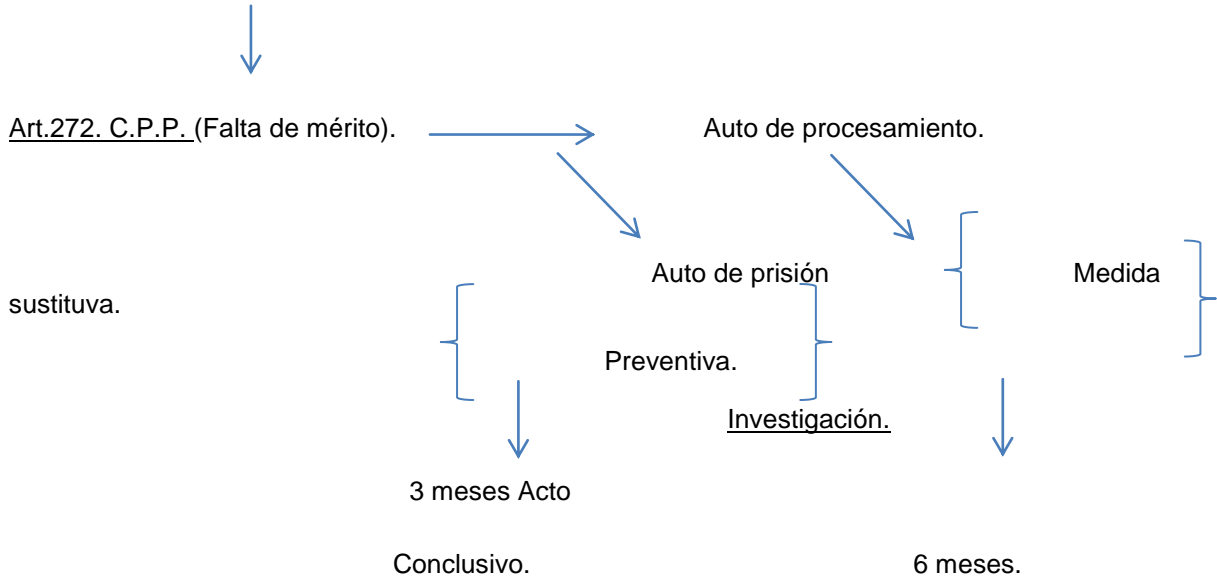
Procedimiento Preparatorio.



- Medidas de coerción.
- Presentación espontanea.
- Citación.

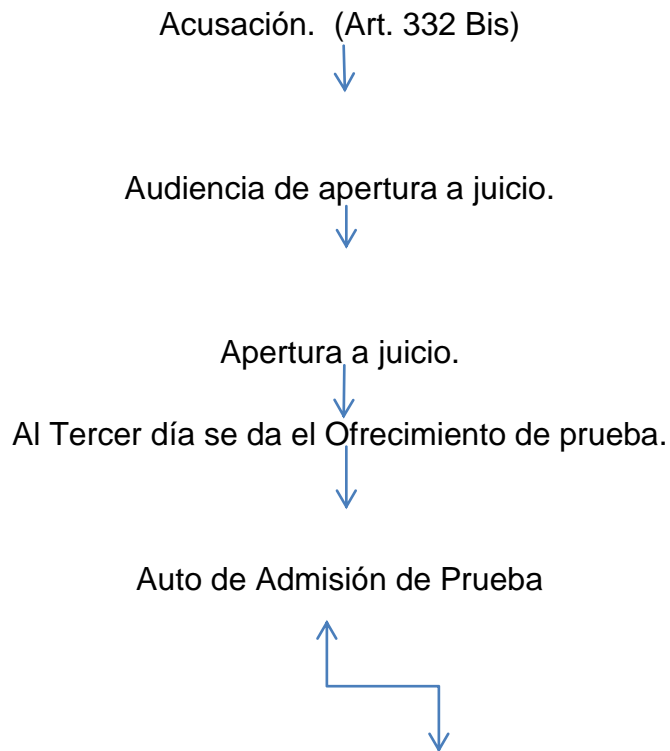
- Aprehensión.
- Otros casos de aprehensión.

Primera Declaración.



Sobreseimiento. → Clausura Provisional → Criterio de oportunidad → apertura a juicio

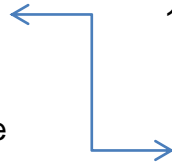
Procedimiento Intermedio.



Y Citación a juicio. Art. 344. C.P.P.

5 días para recusaciones y
Excusas

Inicio de Audiencia de



10 - 15 días.

CAPÍTULO V

CONMUTACIÓN DE LA PENA.

1. Antecedentes:

Hay que tomar en cuenta que una vez concluido el proceso penal mediante sentencia condenatoria en la parte resolutive de la sentencia el juzgador en primer lugar declara quien es el autor responsable y por qué delito, así mismo debe establecer la pena a imponer. Sin embargo en las sentencias de los delitos analizados puede establecerse que como la pena correspondiente para el caso del delito de estafa mediante cheque establecida en el art. 268 del código penal será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a cinco mil quetzales.

En el caso del delito de casos especiales de estafa la pena establecida en el artículo 263 del código Penal; el responsable de este delito será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a diez mil quetzales.

Lo que significa que en ambos delitos las penas privativas de libertad a que puede ser condenada una persona, es conmutable por lo que la autora de la presente tesis considera de suma importancia establecer en qué consiste la conmuta de la pena, lo que se hace a continuación:

La palabra conmutar tiene su origen en el latín. Proviene del verbo commuto, commutare, commutavi, commutatum.

2. Definición:

La conmutación de pena es un indulto parcial que altera la naturaleza del castigo en favor del reo.⁸⁶

⁸⁶Diccionario de la real academia española, vigésima segunda edición. <http://www.rae.es/rae.html>, consultado el; 15-6-15.

Con la conmutación de penas, instituto que se ha de manejar con el mayor cuidado ya que, “se busca corregir las injusticias que puedan resultar de una estricta aplicación del Derecho positivo, porque de una sentencia condenatoria, equitativa en su forma, puede derivarse una flagrante imperfección. La norma penal es fruto de un proceso de abstracción referido a los casos concretos mayoritarios, y como siempre, hay un núcleo de hechos que se adapta mal a lo genérico, la potestad de clemencia, en cualquiera de sus formas (amnistía, indulto y conmutación), se puede imaginar como un coeficiente de reducción y corrección, a las inevitables incongruencias prácticas de la norma penal.⁸⁷

3. Naturaleza jurídica.

La doctrina debate acerca de que si la conmutación de penas es acto jurisdiccional o bien administrativo, claro en cuanto entendamos la existencia de alguna función jurisdiccional a cargo del poder ejecutivo; las opiniones están aquí divididas y los argumentos invocados sugieren la posibilidad de una figura mixta o híbrida.

Favorece a una sola persona determinada, satisfaciendo así una posible readaptación social del condenado.

En nuestro medio claramente la conmutación de pena, es claramente un acto jurisdiccional; ya que es otorgada por el mismo órgano que dictó la sentencia, previo requisitos preestablecidos en nuestro Código Penal.

4. Concepto Legal:

En nuestro código penal guatemalteco en su artículo 50 establece lo siguiente:

Conmutación de las penas privativas de libertad. Son conmutables:

1º. La prisión que no exceda de cinco años. La conmuta se regulará entre un mínimo de cinco quetzales y un máximo de cien quetzales por cada día atendiendo a las circunstancias del hecho y a las condiciones económicas del penado.

⁸⁷ Nocetti Fasolino, Alfredo voz conmutación de penas, en enciclopedia jurídica omeba, Buenos Aires, 1979, t. III, pag. 905.

2º. El arresto.

Si bien, la Conmuta se regulará entre un mínimo de cinco quetzales y un máximo de cien quetzales por cada día, atendiendo a las circunstancias del hecho y a las condiciones económicas del penado; en los delitos patrimoniales en los que se alcance una condena que sea de cinco años o menos aplicará la conmutación de la pena, no importando el valor o la cuantía del daño causado por el delito patrimonial de que se trate, y la cantidad máxima a pagar en concepto de conmutación es 182500 quetzales, en el caso más severo, aun siendo esta cantidad bastante alta, resultaría beneficioso para el condenado, si el daño causado es de gran cuantía, ya que al pagar la conmuta, quedaría en libertad, no importando si el agraviado fue resarcido o no, lo cual no responde a los fines del proceso, pues lo que busca alguien en un proceso penal por algún delito patrimonial es la recuperación de lo perdido o dañado.

La conmutación de penas opera en nuestro sistema de Derecho cuando el poder Ejecutivo (sea nacional o provisional, según el caso de que se trate), varía la pena impuesta por el poder judicial a un delincuente por una sanción menos rigurosa.

Consiste en que la sanción que se impone originalmente, se cambia o sustituye por otra; ejemplo: años de prisión, se cambia por multa; o la multa por servicio a la comunidad.

Pensamos que Conmutación es un cambio o sustitución que se hace de una cosa por otra. La conmutación de penas y por naturaleza favorece a una persona determinada satisfaciendo así una posible readaptación social del condenado.

Por lo que se analizarán a continuación casos correspondientes al delito de estafa mediante cheque y delito de Casos Especiales de Estafa.

CAPÍTULO VI.

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.

En el actual trabajo de Tesis se realizó un estudio de casos por lo que para el efecto se analizaron causas fenecidas y firmes en los Tribunales de sentencia de la ciudad de Quetzaltenango, en los cuales se dictó sentencia condenatoria por delitos de estafa mediante Cheque, y caso especial de estafa, resumiendo y tratando de verificar los objetivos del presente trabajo, se presenta el siguiente resultado:

1. Proceso número 09005-2014-00048. Delito de Estafa mediante cheque.

Se tuvo por acreditados medios de prueba, son los siguientes:

- ✓ Documento privado con legalización de firmas,
- ✓ un cheque con la cantidad de Q.112,000.00,
- ✓ informe del Banco de la cuenta del querrellado.

El Querrellado, realizo acciones humanas, idóneas para alcanzar un resultado, acciones en las que medió la voluntad del querrellado, conociendo con antelación su ilicitud, así como el resultado que iba a obtener, concretizándose este al lesionar el bien jurídico protegido por la norma penal.

Que lo que determina la existencia del delito cometido es que el querrellado dio en pago al querellante adhesivo el cheque objeto del delito, el juez unipersonal que conoció esta causa, de la lectura del cheque establece que el cheque fue dado en pago, que el cheque es un sustitutivo eficaz de la moneda, pago que fue rehusado por falta de fondos disponibles, es decir falta de disponibilidad dineraria.

En el proceso identificado el cual es una estafa mediante cheque por la suma de Q.112,000.00 se estableció que el hecho fue cometido en fecha diecinueve de noviembre del año dos mil catorce, la sentencia fue dictada el 17 de abril de 2015, en total 4 meses y 12 días duración del proceso.

Como se puede observar en el cuadro de cotejo, se obtuvo una sentencia condenatoria, imponiendo al querellado una pena de 4 años de prisión conmutables a razón de 10 quetzales por día, (Q.14,600.00 en total por pago de conmutación) y una multa de 10 mil quetzales, haciendo un total de Q.24,600.00 en total para la completa liberación del proceso penal; en reparación digna se fijó el resarcimiento de la cantidad reclamada más las costas procesales haciendo un total de Q.127,600.00 (cantidad que es ejecutable por la vía civil), al hacer la operación matemática de resta del total defraudado Q112,000 – lo que debe pagar el condenado para su total liberación del proceso penal que es Q.24,600.00 nos da un resultado de Q.87,400.00 cantidad positiva para el condenado pues significa que haber defraudado 112,000 quetzales le costara Q. 24,600.00 quetzales, habiendo pagado las consecuencias jurídicas máximas por lo defraudado, entendiéndose que el Estado le aplico por medio del poder coercitivo que está dentro de sus límites la pena adecuada para el caso concreto.

De esta manera observamos que la persona agraviada fue defraudada por Q.112,000.00, y tuvo que gastar en concepto de costas procesales la cantidad de 15600 quetzales, así mismo invertir 4 meses y 12 días para darse cuenta que el sujeto que lo defraudo al pagar una cantidad de 24,600 quetzales al Estado, quedo en completa libertad, no obstante al integrar la sentencia condenatoria, con la audiencia de reparación digna en la misma se condena al querellado al pago de lo defraudado y costas procesales, pero dicha condena al pago mencionado es ejecutable únicamente por la vía civil, lo que representa un nuevo proceso más tiempo y más inversión económica por parte del agraviado, de esta manera el proceso penal para esta clase de delito resulta un tanto inútil, no obstante se cumplen con todos los fines del proceso enumerados por el artículo 5 del código procesal penal, la tutela judicial efectiva no logra hacer la restitución mínima pues el agraviado no pudo recuperar su patrimonio mediante el proceso penal, y mediante la vía civil la oportunidad será mucho menor, pues para cualquier persona el temor a un proceso penal es mayor que el de un proceso civil, y debemos tomar en cuenta la

astucia y medidas que acostumbran este tipo de personas al nunca tener bienes a su nombre ante una posible ejecución por la vía civil.

2. Proceso No.09004-2014-00032. Delito de Estafa Mediante Cheque en forma continuada Se tuvo por acreditados medios de prueba, son los siguientes:

✓ Dos cheques por la cantidad de Q. 20,000.00,

En síntesis, en cuanto al móvil del delito se determina que por parte de la inculpada radicó en defraudar a la víctima en su patrimonio al darle en pago los cheques de autos y carecer de provisión de fondos al momento de su presentación a los bancos librados, empleando para ello ardid o engaño, lo que impidió el pago a su legítimo tenedor de los títulos de crédito.

En el proceso identificado el cual es una estafa mediante cheque por la suma de Q.20, 000.00 se estableció que el hecho fue cometido en fecha treinta de diciembre del año dos mil trece, y treinta de enero del año dos mil catorce, la sentencia fue dictada el, veintisiete de octubre de dos mil catorce; haciendo un total de ocho meses con veintisiete días.

Como se puede observar en el cuadro de cotejo, se obtuvo una sentencia condenatoria, imponiendo al querellado una pena de 4 años de prisión conmutables a razón de Q. 25.00 veinticinco quetzales diarios haciendo un total de (Q. 36,500.00 en total por pago de conmutación); y una multa de Q. Q.8, 0000.00 ocho mil quetzales, haciendo un total de Q. 44,500.00 en total para la completa liberación del proceso penal; en reparación digna se fijó el resarcimiento de la cantidad reclamada Q. 20,000 (cantidad que es ejecutable por la vía civil), en el presente caso la condenada al obtener el beneficio de la conmutación de la pena y sumando el pago de la pena de multa termino pagando más al Estado que lo que realmente defraudo al querellante adhesivo o agraviado, de igual manera la agraviada tendrá que recurrir a la vía civil para intentar recobrar su bien lesionado como lo es su patrimonio defraudado. En el presente caso El Estado obtuvo un beneficio pues si la condenada realiza el pago de conmuta y pago de multa el Estado resulta beneficiado y con una

cantidad mayor a la reclamada por el accionante, y nuevamente concluimos en que la tutela judicial no es efectiva para este tipo de delitos.

3. Proceso No. 09012-2013-00353. Delito Casos Especiales de Estafa

Se tuvo por acreditados medios de prueba:

- a. Fotocopia simple de la escritura pública setenta y siete, autorizada en Quetzaltenango, el dos de julio de mil novecientos noventa y siete.
- b. Fotocopia simple de la copia legalizada de la escritura pública número doscientos cuarenta del dieciséis de agosto de dos mil doce. donde consta como a la agraviada se le vendió dicha finca.
- c. Fotocopia del cheque número 157. por ciento ochenta mil quetzales, al portador. Atestado de suma utilidad dentro del presente juicio, pues da soporte a lo dicho por las personas víctimas y lo contenido en la tesis acusatoria, de donde deviene su pertinencia probatoria, pues en el mismo claramente se ve que el cheque en referencia fue cobrado por la ahora acusada.
- d. Fotocopia del cheque 156, por la cantidad de Cien mil quetzales, al portador.
- e. Consulta de movimientos de dicha cuenta, donde se establece que en la cuenta de la agraviada, se efectuaron retiros por las cantidades de: cien mil quetzales y ciento ochenta mil quetzales y en efecto se establece que los cheques: 156 y 157 por los valores ya consignados operados.

Observaciones que el Juzgador hizo: se evidenció que la sujeto activo del delito desafió el patrimonio de la víctima siendo un bien jurídico tutelado por el Estado, siendo merecedora del juicio de reproche, pues no obstante que pudo asumir un comportamiento distinto, hizo lo contrario que la ley le prohíbe.

A la imputada, en función de comisionista de bienes raíces, al vender un bien inmueble propiedad de terceros, utilizando como ardid o engaño, la participación de personas desconocidas que suplantaban identidades, con el objeto de no dejar evidencia de la acción que realizaron, defraudando el patrimonio de la agraviada por la cantidad de DOSCIENTOS OCHENTA MIL QUETZALES. El daño causado es

grave porque mediante la acción dolosa asumida por la sujeto activo del delito, se lesionó considerablemente el patrimonio de la ofendida.

En el proceso identificado el cual es un delito de Casos Especiales de Estafa, por la suma de Q. 280,000.00 se estableció que el hecho fue cometido en fecha con fecha 16 del mes de agosto de 2014, la sentencia fue dictada el cinco de noviembre de dos mil catorce, en total 2meses y veinticinco días duración del proceso.

Como se puede observar en el cuadro de cotejo, se obtuvo una sentencia condenatoria, imponiendo al querellado una pena de 3 años de prisión conmutables a razón de 25 quetzales por día, Q. 27,375.00, en total por pago de conmutación) y una multa de Q. 50,000.00 haciendo un total de Q 77,375 en total para la completa liberación del proceso penal; en reparación digna se fijó el resarcimiento de la cantidad reclamada de Q. 333,426.97 (cantidad que es ejecutable por la vía civil), al hacer la operación matemática de resta del total defraudado Q.280,000 – lo que debe pagar el condenado para su total liberación del proceso penal que es Q. 50,000.00 nos da un resultado de Q. 23,000.00 cantidad positiva para el condenado pues significa que haber defraudado Q. 280,000.00 quetzales le costara Q. 50,000.00 quetzales, habiendo pagado las consecuencias jurídicas máximas por lo defraudado, entendiendo que el Estado le aplico por medio del poder coercitivo que está dentro de sus límites la pena adecuada para el caso concreto.

De esta manera observamos que en este caso la persona agraviada fue defraudada por Q. 280,000.00, en concepto de costas procesales, hay que acotar que en este caso le eximen al imputado el pago de costas procesales; el tiempo en que duro el proceso que es de en total 2meses y veinticinco días duración del proceso. para darse cuenta que el sujeto que lo defraudo al pagar una cantidad de 50,000.00, quetzales al Estado, quedo en completa libertad, no obstante al integrar la sentencia condenatoria, con la audiencia de reparación digna en la misma se condena al querellado al pago de lo defraudado y costas procesales, pero dicha condena al pago mencionado es ejecutable únicamente por la vía civil, lo que representa un nuevo

proceso más tiempo y más inversión económica por parte del agraviado, de esta manera el proceso penal para esta clase de delito resulta un tanto inútil, no obstante se cumplen con todos los fines del proceso enumerados por el artículo 5 del código procesal penal, la tutela judicial efectiva no logra hacer la restitución mínima pues el agraviado no pudo recuperar su patrimonio mediante el proceso penal, y mediante la vía civil la oportunidad será mucho menor, pues para cualquier persona el temor a un proceso penal es mayor que el de un proceso civil, y debemos tomar en cuenta la astucia y medidas que acostumbran este tipo de personas al nunca tener bienes a su nombre ante una posible ejecución por la vía civil.

4. Proceso No. 09013-2012-00466. Casos Especiales de Estafa

Se tuvieron por acreditados, los siguientes medios de prueba:

- a) Fotocopia autenticada de la escritura pública número 57.
- b) Copia simple legalizada de la escritura pública número 84.
- c) Copia autenticada de la escritura pública número: 39

Observaciones que hizo la Juzgadora:

La juzgadora es del criterio de imponer al sindicado la pena pecuniaria de cincuenta mil quetzales ya que de acceder a lo pedido por el ente acusador oficial y particular, no se alcanzaría los fines de la prevención especial, pues se tornaría en insignificante y entonces no se cumple con ese fin preventivo. Es de advertir, que hay casos especiales en que la pena debe cumplir ese fin de prevención a fin de que el hallado culpable entienda que las acciones ilícitas que cometió no están permitidas legalmente y que en consecuencia debe acatar lo que la norma penal le ordena, caso contrario debe soportar las consecuencias jurídicas del delito.

En el proceso identificado el cual es una estafa mediante cheque por la suma de Q. 500,000.00 se estableció que el hecho fue cometido en fecha el once de diciembre de dos mil nueve, la sentencia fue dictada el cuatro de junio de dos mil catorce, en total 4 años y 28 días duración del proceso.

Como se puede observar en el cuadro de cotejo, se dictó una sentencia condenatoria, imponiendo al acusado, una pena de 3 años de prisión conmutables a razón de 25 quetzales por día (Q. 27,375 en total por pago de conmutación)) y una multa de Q.50, 000 mil quetzales, haciendo un total de Q. 77,375 (cantidad que es ejecutable por la vía civil), al hacer la operación matemática de resta del total defraudado Q. 500,000.00 – lo que debe pagar el condenado para su total liberación del proceso penal que es Q. 77,375 nos da un resultado de Q. 422,625.00 cantidad positiva para el condenado pues significa que haber defraudado Q. 500,000.00 quetzales le costara Q. 77,375.00 quetzales, habiendo pagado las consecuencias jurídicas máximas por lo defraudado, entendiéndose que el Estado le aplico por medio del poder coercitivo que está dentro de sus límites la pena adecuada para el caso concreto.

De esta manera observamos que la persona agraviada fue defraudada por Q. 500,000.00; esta sentencia fue muy diferente a las demás; porque acá, el único afectado fue el último propietario y tercero afectado pues ha de tomarse en cuenta que Rosa Virginia es legítima hermana del procesado que no obstante haber consumado el delito de falsedad ideológica, hizo patente su accionar criminal al celebrar un contrato de compraventa de bien inmueble con José Alejandro Cum Ramírez, presentándole al Notario autorizante dicho atestado con lo cual lo defraudó en su patrimonio, al igual que a Rosa Virginia Pérez Hernández, sorprendiéndolo en su buena fe al utilizar escritura falsa, en perjuicio de ambas víctimas y en consecuencia, en cumplimiento al fin de la pena de carácter preventivo especial, la juzgadora es del criterio de imponer al sindicado la pena pecuniaria de cincuenta mil quetzales ya que de acceder a lo pedido por el ente acusador oficial y particular, no se alcanzaría los fines de la prevención especial, pues se tornaría en insignificante y entonces no se cumple con ese fin preventivo.

Debe hacerse notar que el invertir en total 4 años y 28 días duración del proceso, para darse cuenta que el sujeto que lo defraudo al pagar una cantidad de 77,375 quetzales al Estado, quedo en completa libertad, no obstante al integrar la sentencia

condenatoria, con la audiencia de reparación digna en la misma se condena al querellado al pago de lo defraudado y costas procesales, pero dicha condena al pago mencionado es ejecutable únicamente por la vía civil, lo que representa un nuevo proceso más tiempo y más inversión económica por parte del agraviado, de esta manera el proceso penal para esta clase de delito resulta un tanto inútil, no obstante se cumplen con todos los fines del proceso enumerados por el artículo 5 del código procesal penal, la tutela judicial efectiva no logra hacer la restitución mínima pues el agraviado no pudo recuperar su patrimonio mediante el proceso penal, y mediante la vía civil la oportunidad será mucho menor, pues para cualquier persona el temor a un proceso penal es mayor que el de un proceso civil, y debemos tomar en cuenta la astucia y medidas que acostumbran este tipo de personas al nunca tener bienes a su nombre ante una posible ejecución por la vía civil.

5. Proceso No. 09005-2014-00056. Estafa Mediante Cheque En Forma Continuada.

Determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el juzgador estima acreditados: el juzgador estima acreditados los siguientes hechos:

- ✓ El acusado, dio en pago por concepto de saldos en negociaciones de intermediación inmobiliaria que realizo con el querellado adhesivo, siete Cheques que fueron presentados para su pago en diferentes agencias del Banco, por la cantidad de Q.25, 000.00, pero fueron rechazados por falta de fondos.

Lo que confirma que el acusado si cometió los hechos ilícitos que se le incriminan, dar en pago los cheques de autos sin tener fondos disponibles, defraudando en su patrimonio a la persona agraviada. El juzgador establece, que no obstante la negociación que se haya realizado, lo que determinada la existencia del delito cometido es que el querellado dio en pago los cheques objeto de delito al querellado adhesivo, cheques que son un sustitutivo eficaz de la moneda, pero su pago fue rechazado por falta de fondos.

En el proceso identificado el cual es una **Estafa Mediante Cheque En Forma Continuada** la suma de Q. 25,000.00 se estableció que el hecho fue cometido en

fecha 15 de febrero del 2013 la sentencia fue dictada el 16 de julio del 2,015. En total 2 años con 5 meses y un día de duración del proceso.

Como se puede observar en el cuadro de cotejo, se obtuvo una sentencia condenatoria, imponiendo al querellado una pena 2 años con ocho meses, de prisión conmutables a razón de Q.10.00 por cada día. (Q.10, 220.00 en total por pago de conmutación y una multa de Q. 2,000.00 haciendo un total de Q.12, 220.00 en total para la completa liberación del proceso penal; en reparación digna se fijó el resarcimiento de la cantidad reclamada más las costas procesales haciendo un total de Q. 41,454.80 (cantidad que es ejecutable por la vía civil), al hacer la operación matemática de resta del total defraudado Q. 25,000.00 – lo que debe pagar el condenado para su total liberación del proceso penal que es Q.12, 220.00 nos da un resultado de Q. 12,780 cantidad positiva para el condenado pues significa que haber defraudado Q. 25,000.00 quetzales le costara Q.12, 220.00 habiendo pagado las consecuencias jurídicas máximas por lo defraudado, entendiéndose que el Estado le aplico por medio del poder coercitivo que está dentro de sus límites la pena adecuada para el caso concreto.

De esta manera observamos que la persona agraviada fue defraudada por Q. 25,000.00 así mismo invertir 2 años con 5 meses y un día, para darse cuenta que el sujeto que lo defraudo al pagar una cantidad de Q.12, 220.00 al Estado, quedo en completa libertad, no obstante al integrar la sentencia condenatoria, con la audiencia de reparación digna en la misma se condena al querellado al pago de lo defraudado y costas procesales, pero dicha condena al pago mencionado es ejecutable únicamente por la vía civil, lo que representa un nuevo proceso más tiempo y más inversión económica por parte del agraviado, de esta manera el proceso penal para esta clase de delito resulta un tanto inútil, no obstante se cumplen con todos los fines del proceso enumerados por el artículo 5 del código procesal penal, la tutela judicial efectiva no logra hacer la restitución mínima pues el agraviado no pudo recuperar su patrimonio mediante el proceso penal, y mediante la vía civil la oportunidad será mucho menor, pues para cualquier persona el temor a un proceso penal es mayor

que el de un proceso civil, y debemos tomar en cuenta la astucia y medidas que acostumbran este tipo de personas al nunca tener bienes a su nombre ante una posible ejecución por la vía civil.

En la presente investigación se concluye que la restauración del derecho afectado, en el caso analizado no fue posible por parte del Estado, ya que no obstante el agraviado lo único que buscaba era exactamente el resarcimiento del daño sufrido, y en último caso pues que el sindicado cumpla con la pena impuesta, cuestión que no es así pues la sentencia por ley, le concede la conmutación de la pena lo cual resulta bastante beneficioso para el condenado, lo que se pretende poner en evidencia en la presente investigación es que la conmutación de la pena afecta la tutela judicial efectiva en este tipo de procesos, pues aunque se observen todas las reglas del proceso penal a letra muerta y con las garantías debidas, el derecho de la víctima no es resarcido ni en mínima parte.

Como sugerencia la conmutación de la pena debería tener como mínimo requisito previo a su otorgamiento, verificar el pago de la reparación digna al agraviado de esa manera se estaría restaurando el derecho de la parte afectada, y la tutela judicial sería realmente efectiva.

No se está sugiriendo que el concepto de la reparación digna se convierta en prisión, sino que simplemente al no ser hecho este pago el condenado cumpla con la pena impuesta por el órgano jurisdiccional que llevo a cabo el proceso.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo de investigación de acuerdo a los temas y sentencias desarrolladas; se arriva a las siguientes conclusiones:

- Con respecto a que si la conmutación de la pena viola la tutela judicial efectiva en delitos contra el patrimonio estudiados en la presente tesis, se concluye que no obstante la figura de la conmutación de la pena es un beneficio que se otorga con determinados requisitos, lo cierto es que en delitos como la estafa mediante cheque o casos especiales de estafa, lo único que persigue el agraviado al ejercer su derecho de acción es la restitución de lo defraudado, y al otorgar la conmutación de la pena se brinda al sentenciado una alternativa de salida sin antes haber restituido al agraviado del proceso, por lo que resulta la figura de la conmutación de la pena en detrimento de la tutela judicial efectiva.
- Con respecto a que si la figura de la reparación digna cumple con su función u objetivo en los delitos contra el patrimonio al conmutarse la pena en la sentencia, se establece, que la figura resulta ser una declaración de derechos pero para ser ejercitada en la vía civil, desligándose totalmente de las facultades coercitivas del estado en materia penal, por lo que será muy difícil lograr la restitución por la vía civil, por lo que se concluye que su función no es positiva si se aplica la conmutación de la pena, y constituye un violación a la tutela judicial efectiva.
- Al tratar de establecer esta clase de beneficios para la persona condenada por los delitos de estafa mediante cheque o casos especiales de estafa es violatoria de la tutela judicial efectiva pues debe tomarse en cuenta que en estos delitos el bien jurídico tutelado es el patrimonio de la persona. Se establece en el artículo 112 del código penal que toda persona responsable penalmente en un delito lo es también civilmente.

No obstante que en los casos analizados las personas fueron condenadas penal y civilmente, no se tomó en cuenta lo establecido en el artículo 119 del código

penal que indica que la responsabilidad civil comprende, la restitución, la reparación de los daños materiales o morales y la indemnización de los perjuicios, el artículo 120 y 121 del mismo cuerpo legal señalan que la restitución debe hacerse de la misma cosa y la reparación del daño material se hará valorando la afección del agraviado, lo cual en ningún caso se intenta pues al otorgar la conmuta de la pena en la misma sentencia se le está enviando un mensaje al condenado de que si paga la conmuta, no sólo puede salir de la cárcel y aunque la sentencia no lo diga, olvidarse del proceso, Pues remite a un proceso civil el cobro de la condena civil, por lo que si se lleva a cabo por el agraviado, pero no existen bienes que embargar, no se puede ejecutar, la víctima no recupera su patrimonio y por lo tanto no se protege el bien jurídico tutelado por la ley.

- En cuanto a determinar si es adecuado que la normativa limite al juzgador al momento de regular la conmutación de la pena entre 5 y 100 quetzales por día en los delitos contra el patrimonio, concluimos que no obstante la ley establece al juzgador siempre un marco de mínimos y máximos la legislación como todo debe evolucionar, la economía es muy dinámica y en algunos casos aun imponiendo el valor máximo en concepto de conmutación de la pena, en algunos casos resulta bastante conveniente para el condenado, pagar por la conmutación de la pena para poder liberarse de la pena de prisión impuesta, sin restituir al agraviado pues obviamente es más importante su libertad que restituir al agraviado, por lo que este margen de mínimos y máximos en cuanto a la conmutación de la pena debería analizarse si la pena está cumpliendo el fin preventivo de la misma o se convierte en un ejemplo de impunidad que no va a cumplir el fin preventivo sino viene a fomentar la impunidad en nuestro país.
- Se concluye en cuanto al análisis de la necesidad o funcionalidad de agregar como requisito para poder optar a la conmutación de la pena, que se verifique el cumplimiento de la obligación declarada en la audiencia de reparación digna, que si es necesario y funcional pues al agregar el referido requisito, por lo que se hace necesaria una reforma legal resultaría altamente efectiva en cuanto a tutela

judicial efectiva, pues sería únicamente un requisito previo a otorgar un beneficio, lo cual resulta muy importante, en cuanto a justicia propiamente dicha, pues resultaría que el derecho del agraviado se vería restituido a toda costa, y de no ser así, entonces el sentenciado deberá ser limitado en su bien más preciado “la libertad” hasta el efectivo cumplimiento de la obligación declarada en la audiencia de reparación digna.

- En General se concluye que en el proceso penal Guatemalteco la tutela judicial no es efectiva ni operante en los procesos seguidos por delitos contra el patrimonio cuando procede la conmutación de la pena, pues al finalizar el proceso penal, a los sentenciados se les otorga la conmutación de la pena y resulta más beneficioso para ellos pagar al Estado una cantidad mucho menor a la defraudada al agraviado en la mayoría de casos, por lo que el beneficio resulta únicamente para el Estado pues a cambio de no guardar prisión pagaran lo impuesto por concepto de conmutación de la pena, entonces la consecuencia jurídica de la comisión del hecho delictivo resulta menor en la mayoría de casos a lo defraudado, y aunque la reparación digna declare una cantidad mayor, obviamente la vía civil en la mayoría de casos no es efectiva, de serlo se optaría desde un inicio por la misma, pero en la realidad no lo es, el temor a un proceso penal y la amenaza de la pérdida de libertad es lo máximo en cuanto a coerción por parte del Estado, entonces la opinión es que la protección del Estado resulta insuficiente para los agraviados en este tipo de delitos.

RECOMENDACIONES.

- El punto central del presente trabajo de investigación es la tutela judicial efectiva, y como hemos determinado a través del presente, resulta inefectiva por disposición legal, por lo que la recomendación de parte de esta investigación es la reforma del artículo 50 del código penal, reforma que debería ir en el sentido de que para otorgar el beneficio de la conmutación de la pena, únicamente en caso de haber pagado al agraviado, el monto al que fue condenado en la audiencia de reparación digna, suprimiendo el referir a un proceso ejecutivo en los tribunales civiles.
- Realizar una formación integral en los estudiantes de derecho con respecto a los fines del proceso penal pues mediante decreto 7-2011 se introdujo una reforma al código penal en donde a la víctima se le da la calidad de sujeto procesal con derecho a la tutela judicial efectiva, y no únicamente como se ha enfocado anteriormente en que era enfocado el proceso solo en beneficio del imputado.
- Es necesario el fortalecimiento de la carrera judicial, a efecto de que la tutela judicial sea realmente efectiva, no solo en los delitos contra el patrimonio sino en todo el actuar que compete a determinados jueces, máximo en los delitos de acción privada como la estafa mediante cheque, en los cuales por criterio de los jueces de tribunales de sentencia, las querellas pasan por un excesivo control, lo cual resulta desgastante para el agraviado; para que al final ni siquiera sean tomadas las víctimas como sujetos procesales, pues ni siquiera se hace el intento de tratar de que el agraviado recupere su patrimonio.
- Los jueces deben tener en cuenta que para la audiencia de reparación digna ya se ha demostrado la culpabilidad del sindicado y las reglas probatorias para la acreditación del daño deben ser simples, y no exigir en exceso lo que ya es evidente desde que se ha declarado la culpabilidad, y no obstante que la misma ley determina la condena en costas al vencido, en la mayoría de casos se exime

de las costas al sentenciado, situación que es totalmente perjudicial para el agraviado.

REFERENCIAS

Bibliográficas:

Alberto J. Bueres. Su voto como Juez de la cámara Nacional Civil. 3/3/88. En autos "Ricci, Carlos, C. municipalidad" en "J.A" 1998-II-347. Argentina.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa, México, Edición, S.E., 1972, pág. 51.

Amuchategui Requena, Irma, Derecho penal, Ed. Karla, México, 1982, pag. 215.

Calderón Maldonado, Luis Alexis: Materia de enjuiciamiento criminal. Guatemala, Textos y formas Impresas, 2,000. Pag. 58.

Carranca Y Trujillo, Raúl, ob. Cit., pag. 97.

Chocano Núñez, Percy: teoría de la Actividad procesal. España, editorial Rodhas, 2002 pag. 189.

Contreras Malvaez, Jorge. La reparación del daño al ofendido o víctima del delito, Editorial Porrúa, México, 2008, pag. 99.

De Bernardis, Luis Marcelo, La garantía procesal del debido proceso, Lima Perú: Edición Cultural Cusco, S.A., 1985, pag. 45.

De Pina Vara, Rafael, Diccionario de derecho, Ed. Porrúa, México, 1994, pag. 443.

De León Velasco, José Francisco de mata, derecho penal guatemalteco, Guatemala, Magna Terra editores S.A. 2008, decima octava edición.

De León Velasco, Héctor Aníbal, José Francisco de mata vela, Derecho Penal Guatemalteco, Guatemala, Editorial Magna Terra, 2008, Edición Decima octava, Paginas 224-225

Diccionario de la real academia española, vigésima segunda edición. <http://www.rae.es/rae.html>, consultado el; 15-6-15.

Diccionario Enciclopédico Dánae, Tomo III, Ediciones Dánae, Barcelona, España, 2001, pag. 1028.

Diccionario Manual Ilustrado de la Lengua Española, Real Academia Española, pag. 1421.

Figuroa Burrieza, Ángela. El derecho a la tutela judicial efectiva, Madrid España, Edición. Tecnos 1990 pág. 50.

Fraude de disposición indebida para la legislación Mexicana.

Figuroa Burrieza, Ángela. El derecho a la tutela judicial efectiva, Madrid España, Edición. Tecnos 1990 pág. 50.

Gran Diccionario Enciclopédico Vanidades, Tomo IV, Ed. Vanidades Continental, México, 1998, pag. 1088.

Gran Diccionario Enciclopédico Vanidades, Edit. Vanidades Continental, España 1982, Tomo IV, pag. 1094

Gherzi, Carlos Alberto, Juicio de Automotores. Editorial Hammurabi, Argentina, 1985.

Lamibias, Jorge. El derecho no es una física de las acciones humanas. L.L.Argentina.1987, pag.1015.

Lara Peinado, Federico, Código de Hammurabi, Editora Nacional, Madrid, España, 1982, pag. 18.

López Betancourt, Eduardo, Teoría del delito, Ed. Porrúa, México, 1994, pag. 73.

López P., Guillermo y Cruz J., Ma. Aurora, Segundo curso de Derecho Romano, Biblioteca Doctores en Derecho, Anaya Editores, México, 1997, Pag. 107.

Malvaez Contreras, Jorge, La reparación del daño al ofendido o víctima del delito, editorial Porrúa, México, 2008. Pag. 313.

Martel Chang, Rolando Alfonso. Acera de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil, pagina 3.

Monzón Paz, Guillermo Alfonso. Introducción al Derecho Penal Guatemalteco Parte Especial, Guatemala, Editorial Gardisa, 1980. Pág. 46.

Muñoz Conde, Francisco, García Aran, Mercedes, Derecho Penal. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pag.27.

Nocetti Fasolino, Alfredo voz conmutación de penas, en enciclopedia jurídica omeba, Buenos Aires, 1979, t. III, pag. 905.

Orgaz, Alfredo. El daño Resarcible. Editorial Ameba. 2/e. 1960, pag. 36-37.

Orgaz, Alfredo, La culpa, Edit. Porrúa, México, 1993, pag. 185.

Palacios Mota, Jorge Alfonso, Apuntes de derecho penal, Guatemala. Ed. ServiPrensa Centroamericana, 1980, Pagina 45.

Pavón Vasconcelos, Francisco, Manuel de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1997, Pag. 132.

Pettit, Eugene, Tratado elemental de Derecho Romano, Ed. México, 1986, Pág. 474.

PICÓ I JUNOY, Joan. La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1997. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1998. Página 134.

Porrúa Pérez, Francisco. Teoría del Estado. Editorial Porrúa. 8/e. México. 1975, pag. 152.

Rodríguez Manzanera, Luis, Victimología, Edit. Porrúa, México, 1997, pag. 56.

Sazo Ordoñez, Angélica Maritza, delitos contra el patrimonio, Guatemala, 2011, Tesis de la facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Rafael Landívar Campus Central de Guatemala.

Sánchez Colín, Guillermo, Derecho mexicano de procedimientos penales, México, 1990. Ed. Porrúa, pag. 668.

Ussher Vivas Gustavo, Manuel de derecho procesal penal 1, República Argentina, Copyright By Alveroni Ediciones 1999.

Vázquez Ferreyra, Roberto A. Responsabilidad por danos. Depalma. Buenos Aires, 1933, pag. 174.

Vázquez Ferreyra, Roberto A. Manual de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1983. Pag. 109.

Vázquez Sánchez, Rogelio. El Ofendido en el delito. Editorial Cajicá. México. 1991, pag. 52.

Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1991, Pag. 109.

V. Castro, Juventino, El Ministerio Público en México, Cuarta edición, Ed. Porrúa, México, 1990, pag. 107.

Zanoni, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. Edit. Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1996, pag. 224.

Referencias Normativas:

Zabala De González, Matilde, Tratado de derecho penal, compañía Argentina, Buenos Aires, 1976, pag. 79.

Otras Referencias:

Abarca, Ricardo. El derecho penal en México. JUS. Revista de derecho y ciencias sociales. México. Junio de 1941, pag. 26.

Anteproyecto Académico, 1994, Documentos de la facultad de derecho de la UAEM, secretaria Académica, México, pág. 1.

Hendemann, Justus W. tratado de derecho civil. Derechos de las obligaciones. Traducción de Santos Briz. Madrid. Revista de derecho privado. 1958, pag. 276.

Sentencia de amparo en única instancia, de fecha seis de diciembre de 2004 del expediente número 8902004, Gaceta Jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad número 74.

Referencias Electrónicas:

Diccionario de la real academia española, vigésima segunda edición.

<http://www.rae.es/rae.html>, consultado el; 15-6-15.

ANEXO

CUADRO DE COTEJO/SENTENCIAS DE DELITO DE ESTAFA Y ESTAFA MEDIANTE CHEQUE.

No. De Proceso.	Delito.	Tribunal.	Juez.	Penas Impuestas	Conmutación de la Pena.	Multa	Cantidad Reclamada	Cantidad fijada en reparación digna.	Costas Procesales
No. 09005-2014-00048	Delito de Estafa Mediante Cheque, en forma continuada.	Segundo De Sentencia, Narcoactividad Y Delitos Contra El Ambiente De Quetzaltenango.	Constituido En Juez Unipersonal.	Cuatro años	Se dictó en sentido condenatorio una pena conmutable a razón de Diez quetzales por cada día. A razón de 14,600	Q. 10,000.00	Q.112,000.00	Q. 127,600.000	Q 15,600.00
No.09004-2014-00032	Delito de Estafa Mediante Cheque, en forma continuada.	Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Quetzaltenango.	Constituido de Forma Unipersonal	4 años, con carácter conmutable en su totalidad.	se dictó en sentido condenatorio una pena conmutable a razón de veinticinco quetzales por cada día. Sumando por los cuatro años que sería de Q. 11,680.00	Q. 8,000.00	Q. 125,000.00	Q. 20,000.00	Eximida de costas.
No. 09012-2013-	delito de Casos Especiales	Primero de Sentencia Penal,	Constituido en forma Unipersonal.	3 años de prisión conmutables	Se dictó en sentido condenatorio una pena conmutable a razón de Cinco	Q. 50,000.00	Q. 280,000.00	Q. 333,426.97	Eximida de Costas.

00353	de Estafa	Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Quetzaltenango			quetzales por cada día.				
No. 09013-2012-00466	Casos Especiales de Estafa	Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Quetzaltenango	Constituido en forma Unipersonal.	3 años	Se dictó en sentido condenatorio una pena conmutable a razón de veinticinco quetzales diarios	Q. 50,000.00	Q. 500,000.00	X	Eximida de Costas.
No. 09005-2014-00056	Estafa Mediante Cheque En Forma Continuada.	Segundo de Sentencia Penal Del Departamento De Quetzaltenango.	Constituido En Juez Unipersonal	2 años con ocho meses,	Se dictó en sentido condenatorio, una pena conmutable en su totalidad de Q. 10.00 por cada día.	Q. 2,000.00	Q. 25,000.00	Q.41,454.80	Eximido al sentenciado.