

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

**INCOHERENCIA ENTRE EL SIGNIFICADO LÓGICO DE LA FIGURA PENAL  
AGRESIÓN SEXUAL Y LOS ELEMENTOS OBJETIVOS MATERIALES VIOLENCIA  
FÍSICA O PSICOLÓGICA**

**ELVIRA RAFAEL SOLANO DE MORA**

**GUATEMALA, NOVIEMBRE 2012**

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

**INCOHERENCIA ENTRE EL SIGNIFICADO LÓGICO DE LA FIGURA PENAL  
AGRESIÓN SEXUAL Y LOS ELEMENTOS OBJETIVOS MATERIALES VIOLENCIA  
FÍSICA O PSICOLÓGICA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**ELVIRA RAFAEL SOLANO DE MORA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, noviembre 2012

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana  
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi  
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz  
VOCAL IV: Br. Modesto José Estuardo Salazar Dieguez  
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez  
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo  
Vocal: Licda. Gloria Leticia Pérez Puerto  
Secretario: Lic. Héctor David España Pinetta

**Segunda Fase:**

Presidente: Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez  
Vocal: Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla  
Secretaria: Licda. Dora René Navas

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

LICENCIADO RODOLFO ANIBAL GARCIA HERNANDEZ  
4ª. CALLE "A", 2-35 ZONA 1, TELS. 40070626.  
CORREO: anibalgarcia7@gmail.com



Guatemala, 3 de mayo del 2012.-

Licenciado  
M.A. Luis Efraín Guzman Morales  
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.  
Su Despacho.

Licenciado Luis Efraín Guzmán:

Me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que como **ASESOR** del trabajo de tesis de la bachiller ELVIRA RAFAEL SOLANO DE MORA, intitulado "**INCOHERENCIA ENTRE EL SIGNIFICADO LÓGICO DE LA FIGURA PENAL AGRESIÓN SEXUAL Y LOS ELEMENTOS OBJETIVOS MATERIALES VIOLENCIA FÍSICA O PSICOLÓGICA**", procedí a examinar y a sugerir los arreglos que consideré pertinentes en el presente trabajo, los cuales fueron atendidos por la estudiante.

Informo a usted lo siguiente:

- A) El trabajo de investigación desarrollado por la bachiller ELVIRA RAFAEL SOLANO DE MORA, abarca un tema jurídico-social interesante en el sentido que se refiere a una lamentable realidad que agobia a la sociedad guatemalteca relacionado con la violencia física y sexual y puede coadyuvar en la discusión y a la mejora del funcionamiento del sistema de justicia penal en Guatemala. Patrones machistas, violencia, impunidad, discriminación, son factores determinantes en los delitos cometidos en contra de la mujer y específicamente en los casos en donde existe violencia física y sexual. Queda claro que este fenómeno –violencia en contra de la mujer- es un fenómeno, que debe preocupar a la sociedad guatemalteca y que debe ser ésta en su conjunto, la que se comprometa en esta lucha con seriedad, responsabilidad y mucha firmeza. Se puede evidenciar que la investigación se basa en contenidos científicos y técnicos, que son adecuadas la metodología y técnicas de investigación utilizadas, que la bachiller se apoyó en el método analítico-sintético, inductivo-deductivo y dialéctico, y que se utilizó la técnica documental de investigación por estar el tema referido contenido en la dogmática jurídica, doctrinas, principios y leyes facilitando así la selección del material a utilizar para la realización del trabajo de investigación.

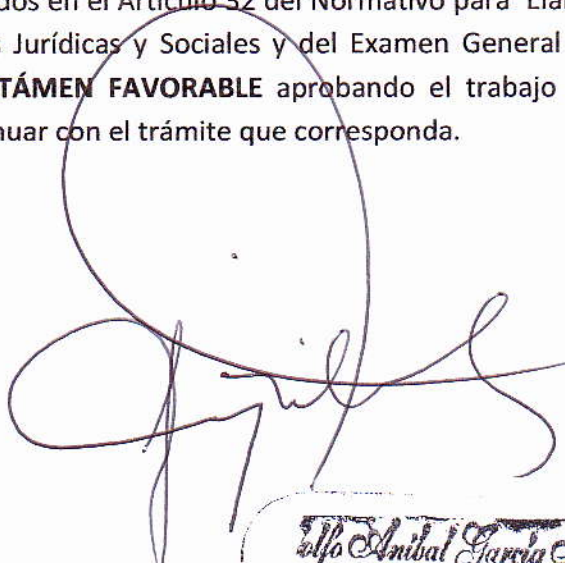


LICENCIADO RODOLFO ANIBAL GARCIA HERNANDEZ  
4ª. CALLE "A", 2-35 ZONA 1, TELS. 40070626.  
CORREO: anibalgarcia7@gmail.com

- B) Con respecto a la redacción del cuerpo de la tesis procedí a considerar la necesidad de sugerir ciertos arreglos los cuales fueron atendidos por la estudiante satisfactoriamente.
- C) En consecuencia, considero que el documento revisado se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que contribuyen a que sean viables las soluciones de estas problemáticas jurídicas profundizando aún más temas sociales como éste en particular.
- D) Que en relación a la redacción de las conclusiones y recomendaciones, surgió la necesidad de ampliarlas, pero si son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación
- E) Con respecto a la bibliografía utilizada pude constatar que es la adecuada puesto que se relaciona con los temas abarcados dentro de la investigación.

En consecuencia, considero que el documento revisado se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que contribuyen a que sean viables las soluciones de esta problemática jurídica abordada por la bachiller: ELVIRA RAFAEL SOLANO DE MORA, abonando en su discusión profesional, técnica y científica. Por lo que considero que la bachiller ponente utilizó la metodología y técnicas de investigación adecuadas, que la redacción, las conclusiones, recomendaciones, y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente el presente **DICTÁMEN FAVORABLE** aprobando el trabajo de tesis asesorado y para que se pueda continuar con el trámite que corresponda.

Atentamente,



Rodolfo Anibal García Hernández  
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

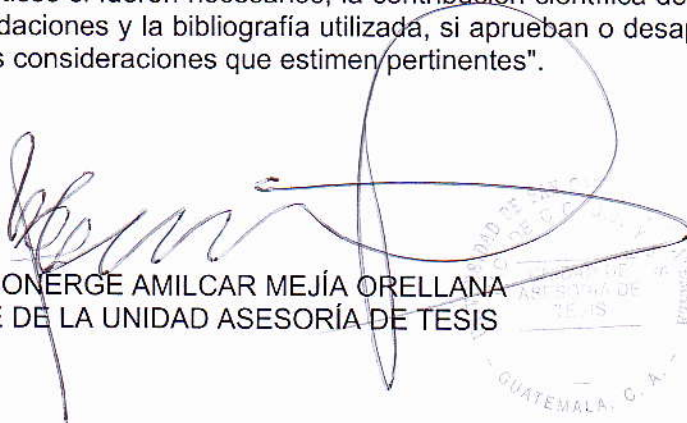
Ciudad Universitaria, zona 12  
GUATEMALA, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, 02 de julio de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO GAMALIEL SENTES LUNA , para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante ELVIRA RAFAEL SOLANO DE MORA, intitulado: "INCOHERENCIA ENTRE EL SIGNIFICADO LÓGICO DE LA FIGURA PENAL AGRESIÓN SEXUAL Y LOS ELEMENTOS OBJETIVOS MATERIALES VIOLENCIA FÍSICA O PSICOLÓGICA".

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

  
DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis  
BAMO/iy.

LICENCIADO GAMALIEL SENTES LUNA

sentesluna@gmail.com



Guatemala, 16 de julio del 2012.-

Dr. Bonerge Amilcar Mejia Orellana  
M.A. Luis Efraín Guzmán Morales  
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.  
Su Despacho.

Dr. Mejia:

En forma atenta me dirijo a usted, para informarle que procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller ELVIRA RAFAEL SOLANO DE MORA, intitulado "INCOHERENCIA ENTRE EL SIGNIFICADO LÓGICO DE LA FIGURA PENAL AGRESIÓN SEXUAL Y LOS ELEMENTOS OBJETIVOS MATERIALES VIOLENCIA FÍSICA O PSICOLÓGICA" y me es grato opinar a usted lo siguiente:

- I) El tema de investigación desarrollado por la bachiller ELVIRA RAFAEL SOLANO DE MORA, es un tema jurídico-penal enfocado al mayor problema que está afectando a la sociedad como lo es la violencia física y sexual y que este flagelo se está incrementando debido al débil sistema de justicia penal y éste fenómeno de violencia debe preocupar al Estado, pues, su deber es cumplir con el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 2º. de la Constitución Política.
- II) Pude comprobar que el tema investigado se refiere a principios, características, doctrinas, instituciones y leyes sustantivas y adjetivas indispensables para su interpretación, integración y aplicación a casos concretos y que la ponente se apoyó en el método analítico-sintético, inductivo-deductivo y dialéctico.



- III) El tema desarrollado se ajusta a los requerimientos que determinan desde su perspectiva la conexión entre el sistema dogmático y el sistema social general que justifican las soluciones a los problemas jurídicos en temas sociales como éste en particular.
  
- IV) En relación con el cuerpo de la tesis consideré que la redacción fue adecuada al tema investigado en virtud que se conceptualizó en teorías y a sistemas ontologicistas que deben recurrir al objeto de las normas y a su naturaleza prejurídica para determinar el contenido de los conceptos.
  
- V) Respecto a la redacción de las conclusiones y recomendaciones llenan su cometido porque son los problemas encontrados en el Artículo 173 Bis del Código Penal por la bachiller Elvira Rafael Solano de Mora congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación realizada.
  
- VI) En la bibliografía utilizada, la bachiller utilizó los lineamientos y elementos previstos en el instructivo como lo es la sangría francesa así como la metodología y técnicas de investigación son adecuadas debido a que está relacionada con los temas abarcados dentro de la investigación.

Concretamente el trabajo de tesis abordada por la bachiller: ELVIRA RAFAEL SOLANO DE MORA cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que resulta procedente el extender el presente **DICTÁMEN FAVORABLE** aprobando el trabajo de tesis revisado para que continúe con el trámite respectivo.

Atentamente,





FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12  
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de octubre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ELVIRA RAFAEL SOLANO DE MORA, titulado INCOHERENCIA ENTRE EL SIGNIFICADO LÓGICO DE LA FIGURA PENAL AGRESIÓN SEXUAL Y LOS ELEMENTOS OBJETIVOS MATERIALES VIOLENCIA FÍSICA O PSICOLÓGICA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyr.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'BAMO/iyr.'.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Lic. Avidán Ortiz Orellana'.

Lic. Avidán Ortiz Orellana  
DECANO



A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Rosario'.





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Dedico esta tesis a Dios, quien es el principio de la sabiduría, a Jesucristo nuestro abogado y al Espíritu Santo que intercede por nosotros.
- A MI MADRE:** Por su apoyo moral y espiritual.
- A MI AMADO ESPOSO:** Marco Antonio Mora Peña por su apoyo, comprensión y motivación para alcanzar mi meta.
- A MIS HIJOS:** Karla mi futura abogada, Kevin mi futuro Ingeniero, Kelly y Hellen como un ejemplo, para que se esfuercen y sean valientes, los amo.
- A MI FAMILIA:** Rafael Solano en general.
- A MIS HERMANAS:** María Elena Rafael Solano en paz descanse, Elsa y Betty.
- A MI FAMILIA:** Mora Peña, en especial a Juan, Rosa y Rina
- EN ESPECIAL A MIS HERMANOS:** Seferino, Juventino y Abel por convivir en familia.
- A MI SOBRINA:** Aura Chávez Rafael por su colaboración, te quiero mucho.
- AL LIC. HAROLDO HOENES:** Por motivarme a que continuara con la tesis.
- A LA UNIVERSIDAD:** San Carlos de Guatemala líder en docencia, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



## ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

### CAPÍTULO I

1. Teorías de la Ley Penal.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Teoría de la aplicación de la Ley Penal.....	1
1.3. Teoría del delito.....	6
1.4. Método analítico de la teoría del delito.....	6
1.5. El delito.....	14
1.6. Delito consumado.....	17
1.7. Objeto material personal del delito.....	17
1.8. Clasificación de los delitos.....	18
1.9. Elementos positivos del delito.....	21
1.10. Elementos negativos del delito.....	36

### CAPÍTULO II

2. La prueba en el proceso penal.....	37
2.1. Conceptos.....	37
2.2. Objetividad.....	39
2.3. Características.....	39
2.4. Principios de la actividad de la prueba.....	42
2.5. Sistemas de valoración de la prueba.....	43
2.6. Elementos de la prueba.....	44

2.7. Fines del proceso.....	45
2.8. Sana crítica razonada.....	46
2.9. Fundamentación.....	46
2.10. La lógica.....	47
2.11. Leyes de la lógica.....	48
2.12. Clasificación de la prueba.....	51

### CAPÍTULO III

3. Análisis de los elementos que integran el tipo de agresión sexual.....	57
3.1. Definición del tipo.....	57
3.2. El tipo objetivo.....	57
3.3. Teoría de la imputación objetiva.....	59
3.4. Concepto de dolo.....	60
3.5. El conocimiento de la realización del tipo objetivo.....	61
3.6. Las especies del dolo.....	62
3.7. Definición legal de agresión sexual.....	62
3.8. Concepto de acto.....	64
3.9. Clasificación de los actos.....	64
3.10. Signos de posible abuso sexual.....	65

### CAPÍTULO IV

4. Análisis del término incapacidad del Artículo 173 bis del Código Penal.....	69
4.1. Definición de incapacidad volitiva.....	69
4.2. Definición de incapacidad cognitiva.....	69
4.3. Psicología cognitiva.....	70



Pág.

4.4. La psicología.....	70
4.5. Manifestaciones psicológicas.....	71
4.6. Incapacidad.....	72
4.7. Incapacidad legal.....	73
4.8. Interdicción judicial.....	73
4.9. Capacidad.....	74
4.10. Capacidad relativa.....	74
4.11. Necesidad de declarar judicialmente la incapacidad cognitiva y volitiva...	75

## CAPÍTULO V

5. Incongruencia de la pena prevista en el Artículo 173 bis del Código Penal.....	81
5.1. Definición de pena.....	81
5.2. Clasificación legal de las penas.....	81
5.3. Penas principales.....	81
5.4. Penas accesorias.....	82
5.5. Principio de proporcionalidad.....	83
5.6. Daños que se generan en la víctima menor de 14 años.....	84
5.7. No existe agravación de la pena por ser la víctima menor de 14 años.....	85
5.8. Registro de casos.....	86
5.9. Falta de sensibilización del Estado.....	89
5.10. Definición legal de víctima.....	90
5.11. Definición de victimario.....	91

## CAPÍTULO VI

6. Análisis de los elementos objetivos materiales violencia física y psicológica.....	93
6.1. Etimología de las palabras agresión y violencia que integran el Artículo....	93
6.2. Agresión legítima.....	95
6.3. Agresión en el derecho penal.....	95
6.4. Agresión sexual.....	96
6.5. Agresor.....	96
6.6. Violencia física.....	97
6.7. Violencia psicológica.....	99
6.8. Violencia sexual.....	99
6.9. Violencia moral.....	101
6.10. Incoherencia e ininteligibilidad del Artículo 173 bis del Código Penal.....	102
<b>CONCLUSIONES</b> .....	107
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	109
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	111



## INTRODUCCIÓN

Elegí este tema porque me enteré en mi comunidad y a través de los medios de comunicación que los delitos de agresión y violación sexual se han incrementado en gran número principalmente en la niñez y adolescencia y que la reforma al Código Penal, hecha a través del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala fue débil e ineficaz y considero que el Artículo 173. Bis del Código Penal, representa un problema para la administración de justicia tanto para el fiscal que tiene que aportar medios de prueba legal, útil, objetiva y pertinente para la imputación objetiva, como para el juez que tiene que valorar la prueba y dictar una sentencia congruente en base a las pruebas presentadas por la fiscalía.

El problema radica en que la violencia física o psicológica no pueden desaparecer de esta figura penal tal como lo pretende el segundo párrafo del mencionado Artículo, porque forman parte de la agresión y son elementos indispensables para su tipificación y uno de los principios que informan al derecho en su conjunto, lo es el principio de seguridad jurídica que consagra el Artículo 2º. de la Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza entre otros deberes del Estado, la justicia, seguridad y libertad las cuales consisten en la confianza que deposita el ciudadano en sus autoridades dentro de un Estado de derecho.

La presente investigación tiene como objeto principal y esencial señalar fundamentalmente que el Artículo 173 Bis del Código Penal es incoherente, contradictorio e inteligible en su segundo párrafo; porque para que se pueda tipificar este delito tiene que haber una relación de causalidad que conlleven a un resultado o a una consecuencia de acción u omisión; por lo tanto mi hipótesis es que este Artículo carece de certeza jurídica y el Estado a través del derecho penal debe proteger a la persona humana a lo largo de toda su vida y aún antes de nacer, por tal razón demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible de otra forma se estaría vulnerando la dignidad de la persona, violando de esa manera una garantía constitucional.

El presente trabajo consta de seis capítulos: En el capítulo I, abordo los temas de las teorías de la ley penal y del delito como fuentes doctrinarias denominado derecho científico que enriquece el análisis y la comprensión del problema estudiado, me ocupó

de los elementos objetivos materiales que sirven de base para encuadrar adecuadamente un hecho delictivo a una figura penal; en el capítulo II, defino las características, principios, sistemas y elementos de valoración de la prueba, caracterizando los principios que le sirven al juez para interpretar, integrar y aplicar la norma jurídica como fuente supletoria; el capítulo III está enfocado a analizar los elementos que integran el tipo de agresión sexual en virtud que el legislador no definió a que actos se refiere; en el capítulo IV, hago referencia al análisis del término incapacidad volitiva y cognitiva, pues, para que la misma tenga valor probatorio tiene que ser declarada judicialmente; el capítulo V me refiero a la pena privativa de libertad prevista para el victimario del delito de agresión sexual, cuando la víctima sea menor de 14 años de edad; finalmente como parte medular del tema estudiado y habiendo utilizado el método deductivo, es decir de lo general a lo particular, y el analítico, así como las técnicas de investigación documental, como es el estudio de la Constitución Política de la República de Guatemala y Código Penal. El capítulo VI está dedicado a la figura penal de Agresión Sexual y los elementos objetivos materiales violencia física o psicológica ya que éstos determinan la tipicidad.

Concretamente con lo expuesto finalizo la presente introducción con cual pretendo dar las bases para una reestructuración o reforma del Artículo porque considero que todo el Artículo tiene que ser analizado minuciosa y exhaustivamente por los congresistas en conjunto, porque es necesario que las leyes cambien pero en beneficio de la sociedad y de los grupos vulnerables.





## CAPÍTULO I

### 1. Teorías de la Ley Penal

#### 1.1. Definición

La teoría de la Ley penal es un conjunto de conocimientos comprobados y determinados por los jurispensalistas en el derecho penal y contiene el conjunto de normas jurídico-penales que describen una conducta antijurídica (delictiva) en la ley sustantiva.

#### 1.2. Teoría de la aplicación de la Ley Penal

Enrique Bacigalupo, define que el sistema de la teoría del delito es: “un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso. En este sentido, es posible afirmar que la teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal. Como tal pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías”.<sup>1</sup>

Desde este punto de vista, la teoría del delito cumple con una doble función mediadora. Por un lado media entre la ley y la solución del caso concreto, es decir, entre la norma general, que expresa la valoración del legislador y la concreción de éste en una norma

---

<sup>1</sup> Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*,. Pág. 25



particular que decide sobre el caso concreto. Por otro lado, existe también una mediación entre la ley y los hechos objeto del juicio, pues cada una de las categorías de la teoría del delito hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley. El ejemplo más elemental en este sentido es el que se refiere a los elementos objetivos o a los elementos subjetivos del hecho que deben ser considerados para la decisión de un aspecto determinado del problema por ejemplo: el comienzo de ejecución de la tentativa se debe fijar atendiendo a los elementos objetivos del hecho o a aspectos subjetivos del autor, o a ambos y, en este caso, en qué medida se debe considerar cada uno.

Los distintos conceptos o categorías que componen la teoría del delito provienen de una selección y generalización de los elementos que se repiten en la aplicación de cada disposición legal que establece un delito. En todo caso es preciso comprobar que alguien se comportó de la manera prevista en la ley, que este comportamiento no estaba autorizado en las circunstancias en las que tuvo lugar y que su autor tenía las condiciones personales requeridas para responsabilizarlo por la conducta ejecutada; de esta tripartición problemática de la aplicación de la ley penal surgieron las conocidas categorías de la teoría del delito de origen alemán que hoy designamos como acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

“El sistema actual de la teoría del delito está integrado prácticamente por las mismas categorías que en su origen en el último cuarto del siglo XIX. La acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad son desde hace casi un siglo las categorías básicas del sistema. De todos modos, la discusión y la polémica en torno a la teoría del delito es y



ha sido continua, sin embargo, no se discute el orden de las categorías, pues este procede del fundamento lógico-normativo de los problemas generados por la aplicación de la ley penal respecto del que el acuerdo es muy estable".<sup>2</sup>

Lo que se discute se refiere precisamente a la cuestión de la mediación entre la ley y los hechos que son objeto del juicio, la razón que explica esto es sencilla: aplicar la ley a un caso significa poner en relación un pensamiento abstracto la ley y un suceso real determinado; en consecuencia, se discute sobre cómo se debe establecer el material de hecho que es preciso considerar en la comprobación de cada categoría y cómo se lo debe configurar, por ejemplo: para verificar si el hecho constituye el supuesto prohibido por la norma, o dicho técnicamente: la tipicidad, ¿se debe tomar en cuenta solo el aspecto formal exterior de su comportamiento, es decir, su vinculación causal con un determinado suceso o, por el contrario, es preciso considerar también lo que el autor supo y la dirección de su voluntad?, esta cuestión estuvo en la base de las discusiones que nutrieron la polémica entre finalistas y causalistas que ocuparon el centro de la discusión científica en los años 50 y comienzos de los 60, pero, aun cuando se respondiera esta pregunta en alguno de los sentidos posibles, siempre quedará en pie un segundo problema: ¿cómo se deben configurar estos elementos del caso que es preciso considerar en la aplicación de la ley penal al caso concreto? ¿Se debe operar con conceptos que recepten el ser, en sentido ontológico, de los elementos del hecho, o, por el contrario, es necesario un proceso de selección de los elementos previamente dados desde algún punto de vista normativo?; la dogmática penal entre el ser y el valor

---

<sup>2</sup> Ibid. pág. 26

y es la que en la actualidad da lugar a polémica entre una dogmática antologicista y otra normativamente del derecho penal. La respuesta a estas cuestiones proviene de lo se puede llamar la referencias externas del sistema de la teoría del delito; el sistema no puede ser una creación arbitraria pues su función está determinada por los principios del estado de derecho, y por lo tanto, la configuración de sus conceptos requiere un fundamento objetivo, dicho de otra manera: los conceptos del sistema tienen que referir estructuras de pensamiento que permitan una justificación racional de su contenido.

Cuáles son estas referencias externas u objetivas del sistema, en la ciencia penal moderna las referencias del sistema han sido, por un lado la esencia del delito, y por otro lado, la teoría de los fines de la pena, la elección de uno u otro punto de vista depende de la teoría de la pena que se adopta. "Si se parte de una teoría absoluta de la pena, en la que la sanción es un fin en sí mismo, no es posible considerar los fines de la pena como un punto de referencia objetivo, las teorías de la pena que le asignan a ésta la función de alcanzar determinados fines establecen una determinada conexión entre el sistema dogmático y el sistema social"<sup>3</sup>.

El sistema puede ser referido al sistema social general como en el caso de la teoría de la prevención general positiva o a aspectos parciales del sistema o subsistemas, es decir del individuo en el sentido de la teoría de la prevención especial o individual, en todo caso, funcional es todo lo que sirva al mantenimiento del sistema social, pero, se

---

<sup>3</sup> *Ibid* pág. 28



debe subrayar de inmediato, no todo lo funcional es legítimo, dado que funcionalidad y legitimidad son magnitudes diferentes, referidas a su vez a puntos de vista distintos.

Como alternativa al modelo de la unidad sistemática de derecho penal y política criminal, se presenta el modelo funcionalista de la teoría de los sistemas. El punto de partida de esta visión del sistema de la teoría del hecho punible es la teoría de la prevención general positiva, es decir, aquella que sostiene que la finalidad de la pena es el mantenimiento estabilizado de las expectativas sociales de los ciudadanos. Estas expectativas son el fundamento de las normas, o sea de los modelos de conducta orientadores del contacto social. La pena consecuentemente tiene la función de contradecir y desautorizar la desobediencia de la norma; el derecho penal, por lo tanto protege la validez de las normas y esta validez es el bien Jurídico del derecho penal.

Por lo tanto, el sistema de la teoría del delito se deberá apoyar en la esencia del delito como acción humana que infringe una norma y requiere una pena justa. Ello da lugar a los sistemas ontologicistas, que deben recurrir al objeto de las normas y a su naturaleza pre-jurídica para determinar el contenido de los conceptos del sistema pues, la esencia del conocimiento no es la producción del objeto, sino la aprehensión de un ser previo e independiente- del objeto conocido.

Es preciso señalar que tampoco resulta un fundamento objetivo adecuado del sistema las definiciones constitucionales del Estado, ante todo porque ello sólo sería posible si el Estado democrático de derecho admitiera una única teoría de la pena, pero esto no

es así y se demuestra históricamente la teoría de la prevención especial, por otra parte son incompatibles con el Estado social de derecho.

### **1.3. Teoría del delito**

“La Teoría del delito es la ciencia que estudia el delito; además es una Institución conceptual y metodológica de conocimientos comprobados y determinados por los doctos versados en materia penal y nos sirve para determinar si una conducta es o no delito; nos provee los elementos que la integran, nos facilita la metodología y la técnica para establecer si la conducta es delictiva y para determinar la pena a imponer y, si efectivamente es el tipo penal que definió el legislador. La teoría del delito se convierte en un instrumento para el fiscal, juez y defensor. La teoría del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito”.<sup>4</sup>

### **1.4. Método analítico de la teoría del delito**

Enrique Bacigalupo, analiza que: “La teoría del delito procede mediante un método analítico que descompone el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas que faciliten la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales. De esta manera, la Teoría de Delito rechaza como adecuada a su función una apreciación total o global del hecho. La afirmación de que un determinado suceso protagonizado por un autor es un delito dependerá no de una intuición total, sino de un análisis que permita comprobar cada una de las notas correspondientes al concepto de delito. La elección de un

---

<sup>4</sup> Muñoz Conde, Francisco **Teoría del delito** Pág. 1

método analítico se vincula con la suposición de una mayor seguridad en la aplicación de la ley penal y por lo tanto de una mejor realización del principio de legalidad”.<sup>5</sup>

¿Qué es para un jurista una perturbación grave del orden social? con esta pregunta se abre toda elaboración de una teoría jurídica del delito. Ante todo una perturbación grave del orden social que pueda ser objeto de una respuesta penal es sólo aquella llevada a cabo por un sujeto responsable. Las perturbaciones graves del orden social cuyo autor no es responsable no tienen por respuesta una pena sino solo una medida de seguridad. En el derecho penal de un Estado Democrático de Derecho, la perturbación del orden social requiere ante todo que el autor haya actuado en un sentido social objetivo, partiendo de estos presupuestos, el primer elemento del delito para los fines de una teoría cuya meta sea la aplicación de la ley, es la infracción de una norma. Una norma es una orden del legislador. No debes matar, no debes apoderarte de cosas ajenas, etc. La extensión que debe darse a este elemento del delito, depende como se conciba la función del derecho penal dentro de la sociedad; por otro lado puede considerarse que al derecho penal sólo le importan las infracciones de una norma si con ella se lesiona un interés social merecedor de protección (bien jurídico protegido), de acuerdo con ello el derecho penal no obraría mientras no se hubiera producido por lo menos un peligro para un bien jurídico protegido; las infracciones de una norma que no resultaren peligrosas para un bien jurídico o que no alcanzaran a provocar una lesión del mismo no serian relevantes como presupuesto de una pena.

---

<sup>5</sup> Bacigalupo, Ob. Cit. Pág. 37

El punto de vista alternativo considera que las infracciones de una norma, cuyo incumplimiento está amenazado con una pena, será relevante y justificará la intervención del derecho penal. Los partidarios de esta concepción entienden que la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, pero reaccionando ya frente a las acciones disvaliosas (acciones que lesionan normas). La diferencia que se desprende para la práctica de es dos concepciones puede verse con toda claridad en los casos de las llamadas tentativas inidónea. Se dice que una tentativa es inidónea cuando el autor que quiere la realización de un delito, no lo puede consumir porque el medio u objeto que utiliza o el objeto sobre el que dirige su acción no permitirán que se produzca el resultado perseguido. Por ejemplo: el autor quiere matar a otro y creyendo ponerle veneno en la sopa, le pone azúcar (medio inidóneo) el que toma la sopa con azúcar no estuvo en peligro de muerte. Los partidarios dicen que solo son relevantes para el derecho penal aquellas acciones que infringen una norma si por lo menos ponen en peligro el bien jurídico protegido, se inclinan en estos por la punibilidad, es decir por no admitir la existencia de una perturbación grave del orden social.

Por el contrario, quienes siguen el segundo punto de vista al derecho penal deben importarle ya las acciones que infringen una norma aunque no lleguen a poner en peligro el bien jurídico protegido, no tienen dificultad alguna para admitir aquí la punibilidad, o sea, la existencia de una perturbación grave del orden social; hay buenas razones para considerar que este último punto de vista debe merecer preferencia, todo autor de una tentativa exterioriza una voluntad criminal que no llega a lesionar un bien jurídico solo por casualidad y por ello no hay razón para que el derecho penal decline entrar en acción para ratificar la vigencia de la norma.



Las normas jurídicas constituyen prohibiciones o mandatos, prohíben ciertas acciones o bien mandan hacer determinados comportamientos. Las prohibiciones se infringen mediante acciones positivas, no haciendo lo ordenado, es decir omitiendo los mandatos, por este motivo las perturbaciones graves del orden social puede constituir tanto en hacer lo prohibido como en no hacer lo ordenado por las normas jurídicas; a estas formas de la infracción de las normas corresponden los delitos de comisión y los de omisión respectivamente. La infracción de las normas, por otra parte, puede tener lugar en forma voluntaria (el autor quiere realizar el hecho que infringe la norma) o no voluntaria, pero expresando el desprecio del autor por los bienes que las normas protegen (el autor no se comporta con el cuidado exigido para evitar la lesión de bienes jurídicos). En primer supuesto se habla de delitos dolosos, mientras que en el segundo se habla de delitos culposos.

“Pero la comprobación de que un hecho es lo opuesto a lo ordenado por la norma no es suficiente para afirmar que estamos en presencia de una perturbación grave del orden social, se requiere de un segundo análisis o elemento para establecer si tal hecho está o no autorizado”<sup>6</sup>. Ello supone que junto a las normas, e independientemente de ellas, existen autorizaciones o permisos para realizar acciones que de otra manera importarían una grave lesión del orden jurídico. Así por ejemplo matar a otro es un comportamiento contrario a la norma que ordena no matar, sin embargo la muerte del otro es necesaria para repeler una agresión antijurídica del

---

<sup>6</sup> Ibid. Pág. 41

mismo, estará autorizada por la defensa legítima; también la autorización para realizar una acción prohibida o para omitir una acción mandada puede provenir del estado de necesidad.

Por lo tanto, una perturbación grave del orden social se dará cuando se realice una acción contraria a una norma jurídica y no autorizada por un autor responsable.

El tercer elemento, en consecuencia, ya no se refiere al hecho sino al autor, el autor debe ser responsable ante el derecho penal; en otras palabras el que pudo no cometer el delito porque sabía del significado de su comportamiento y tenía la posibilidad de comportarse de acuerdo con las normas del ordenamiento jurídico. De todos modos, hay una serie de situaciones previstas en las leyes penales en las que se excluye la responsabilidad del autor de una acción contraria a una norma y no autorizada a pesar de que éste hubiera podido motivarse de otra manera; en tales casos se tiene en cuenta que las consecuencias que se hubieran derivado para el autor del cumplimiento de la norma serían de tal manera perjudiciales para el mismo, que no le es exigible soportarlas, tal es el caso del naufrago que le quita a otro más débil un madero que sólo puede salvar a una persona.

La Teoría del Delito procura, de acuerdo con lo expuesto, dar respuesta a tres cuestiones diferentes, pero que en conjunto permiten afirmar la existencia de un delito con miras a la aplicación de la ley, en este sentido la teoría del delito tiene un carácter claramente instrumental y práctico es un instrumento conceptual que permite aplicar la ley a casos concretos. La Teoría del Delito trata de dar una base científica a la práctica

de los juristas del derecho penal proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad; el grado de seguridad, sin embargo, no es absoluto, el jurista del derecho penal tiene que asumir que la teoría del delito no puede eliminar totalmente la inseguridad que está implícita en la tarea de trasladar al caso concreto lo dispuesto en general por el texto de la ley.

Si resumo ahora lo dicho puede afirmarse que la teoría del delito trata de responder tres preguntas: ¿Es el hecho cometido el prohibido por la norma? (tipicidad), si es el prohibido por la norma, y lo hizo (antijuricidad), ¿estaba en las circunstancias en que lo realizo autorizado?, ¿Es responsable el autor del hecho prohibido y no autorizado? (culpabilidad).

Como puede verse las dos primeras preguntas se refieren al hecho, es decir a la acción (o a la omisión), mientras que la última se relaciona con el autor de la acción; hecho prohibido y no autorizado se designa con el término ilícito (frecuentemente también con la expresión injusto). La respuesta a las tres preguntas es el desarrollo de la teoría del delito y más aún, de toda teoría del delito. La primera pregunta se contesta mediante la teoría del tipo penal y la tipicidad. El tipo penal es la descripción contenida en la ley de una acción contraria a una norma y la tipicidad es la característica de una acción efectivamente realizada de subsumirse bajo el tipo penal. La segunda pregunta se contesta mediante la teoría de la antijuricidad. Esta teoría trata de establecer en qué casos una acción es típica (contraria a una norma) está justificada o autorizada; y si la acción concreta que se juzga pertenece a esos supuestos. La última pregunta se

responde mediante la teoría de la culpabilidad, que determina bajo qué condiciones el autor de una acción prohibida típica y no autorizada (antijurídica) es responsable.

“La ciencia del derecho penal ha llegado a la conclusión que el concepto del delito responde a una doble perspectiva que recae sobre un hecho o acto humano y como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho.”<sup>7</sup>

La teoría finalista de la acción y la teoría del delito apoyado en ella difiere de la teoría causal de la acción y su correspondiente teoría del delito en la manera e concebir los problemas de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Esta polémica ocupó gran parte de las opiniones mayoritarias se inclinan por la teoría finalista o mejor dicho por un sistema cuya fisonomía coincide con el elaborado por los representantes de la teoría finalista de la acción. La diferencia entre una y otra teoría reside en los siguientes puntos: causalistas y finalistas tratan el problema del dolo (voluntad de realización de la acción) en momentos diversos; los causalistas lo hacen en la culpabilidad y los finalistas en el tipo penal de los delitos dolosos. Causalistas y finalistas tratan de manera diferente el problema de la conciencia de la antijuricidad; los finalistas lo tratan como una cuestión de la culpabilidad independiente del dolo; los causalistas como una parte del concepto de dolo; causalistas y finalistas tratan de manera diferente el delito culposo, mientras los causalistas entienden que todos los elementos de la culpa corresponden a la cuestión de la culpabilidad, los finalistas piensan que la infracción del

---

<sup>7</sup> Muñoz, Ob. Cit. Pág. 2

deber de cuidado que caracteriza a la culpa o negligencia es un tema que debe abordarse ya en la cuestión de la tipicidad.

Resumiendo la teoría del delito establece ante todo un orden en el que deben tratarse los problemas de la aplicación de la ley sustantiva a un caso concreto y además una respuesta a esos problemas que representan; las respuestas presuponen una concepción general del delito, de la norma, de lo ilícito, de la acción y de la responsabilidad penal. Sin estos presupuestos de carácter sustantivo no podría interpretarse la ley y aplicarla adecuadamente a un caso concreto.

La teoría del delito cumple también una importante función con relación al estado del derecho. Este presupone no sólo la existencia de un poder legislativo elegido por sufragio universal, sino también un poder judicial que aplique el derecho racionalmente de tal forma que la teoría del delito contribuye a la racionalidad de la aplicación del derecho penal proporcional un soporte significadito para la práctica judicial del estado de derecho y a su vez brinda un punto de referencia para la crítica de las desviaciones de la práctica judicial respecto de los principios del estado de derecho.

“Este último aspecto ha sido frecuentemente desconocido sobre todo por los criminólogos partidarios de análisis poco matizados de la ciencia del derecho penal, en otras palabras, la teoría del delito persigue la obtención de soluciones de las cuestiones penales en forma legítima”.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Bacigalupo, *Ob. Cit.* Pág. 47

## 1.5. El delito

“Desde un punto de vista pre jurídico el delito es una perturbación grave del orden social pero un concepto como éste no resulta adecuado a los fines de la Teoría del Delito; este tiene por objeto proporcionar los instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor es precisamente el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena”.<sup>9</sup> Para alcanzar esta meta la teoría del delito procede mediante un método analítico. “Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena y es una consecuencia del principio nullum crimen sine lege que rige el derecho penal”.<sup>10</sup>

Estas definiciones jurídicas del delito resume un punto de vista compartido por casi todos los trabajos científicos modernos; las diferencias entre unas y otras definiciones del delito no son sustanciales, sin embargo, es posible concebir los problemas y las soluciones de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad de diferentes manera; los autores decidieron conocer las perspectivas de alumnos, docentes, directivos y equipos de orientación escolar, acerca de la violencia y el delito. En las escuelas sí existe la violencia y esto se demuestra mayormente con peleas; entre las situaciones que provocan esto, está en alguien que actúe de manera incorrecta, por otro lado expertos aseguran que para comprender en qué consiste el delito se tiene que ver primero la

---

<sup>9</sup> *Ibid.* Pág. 37

<sup>10</sup> Muñoz, *Ob. Cit.* Pág. 1

adolescencia del sujeto, pues este sería el factor más importante en la vida de una persona.

El delito no tiene ninguna edad en específico. Esto es un tema que no se debe mezclar con ningún tipo de edad, no hay que decir que la adolescencia o la niñez son puntos importantes para el delito de un hombre, pues esto no tiene nada que ver, mientras tanto otros opinan que la justicia juvenil es injusta, puesto que los derechos de los adolescentes están en seguir las reglas y abandonar, en otras palabras, su adolescencia. La justicia debe estimular el cambio de conducta, ayudar a éstos a sentirse responsables de sus actos y a comprender el efecto que tienen sobre los demás, se debe crear una serie de ayudas para estos adolescentes y cambiar estas infracciones que se toman contra los niños y adolescentes como si fuese un adulto; la adolescencia necesita mucho más que justicia, sino ayudas y orientaciones que ayuden a estos a salir de los problemas. Pueden ser muchas las causas que pueden ocasionar esta acción en la juventud. Yo sugiero que un adolescente o niño que comete un delito se debe internar en un centro de rehabilitación especial y no juzgarlo en el procedimiento penal de menores, sino por el contrario esperar que éste cumpla la mayoría de edad para juzgarlo como adulto en el fuero común.

El tratadista Jiménez De Asúa considera que: "delito es un fenómeno sociológicamente anormal, un mal aislado o algo excepcional y que tanto el delito como la delincuencia son manifestaciones de desorganización social o de patología social; el delito y la delincuencia no son conceptos separables, ambos constituyen un fenómeno normal, ya que la criminalidad refleja las características sociales, económicas, culturales y demás

propias de la sociedad en que ésta se manifiesta, es preciso hablar de conducta, causas y factores como un proceso complejo a lo que le denominan “desviaciones Criminológicas”.<sup>11</sup>

“El delito es el prototipo de desviación; es la violación de una norma que ha sido codificada en la ley y está respaldada por la autoridad del Estado. Es considerado una desviación criminal y termina en sanciones formales como el arresto y prisión”.<sup>12</sup>

El control social opera a través de las sanciones por violación a las normas, ante esta realidad se hace necesaria la conformación de un ideario social que vincule orgánicamente a la sociedad en un proyecto que de alguna manera garantice el orden social. La sociología del delito nos ofrece los elementos teóricos para abordar la realidad social y proponer acciones que permitan transformar el escenario de inseguridad por uno de orden social que impulse la dinámica social hacia el país que todos sueñan.

Crimen y delito son términos equivalentes. Su diferencia radica en que delito es genérico, y por crimen se entiende un delito más grave o, en ciertos países, un delito ofensivo en contra de las personas. Tanto el delito como el crimen son categorías presentadas habitualmente como universales; sin embargo los delitos y los crímenes son definidos por los distintos ordenamientos jurídicos vigentes en un territorio o en un intervalo de tiempo, matar a otro es castigado como homicidio sólo bajo estrictas

---

<sup>11</sup> Jiménez de Asúa, Luis, **La ley y el delito**, pág. 177

<sup>12</sup> Gil, Rosario y Paiz, Carlos. **Sociología**. pág. 370



condiciones: que no se mate en una guerra, que no se mate ejerciendo una profesión (médicos, enfermeros, policías, jueces, ministros de defensa), o que no se mate en legítima defensa y seguridad. Por otro lado, existen delitos y crímenes considerados internacionales, como el genocidio, la piratería naval, el tráfico de personas, etc. Pero un crimen que no es castigado es solamente un reproche moral injurioso.

### **1.6. Delito consumado**

El delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación. Los jurisconsultos De Mata Vela y De León Velasco definen: “que si se han realizado voluntariamente todos los actos propios del delito y se configuran los elementos que lo integran, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico objeto de protección penal, entonces el delito se considera consumado y se sanciona de acuerdo al artículo 62 del Código Penal”.<sup>13</sup>

### **1.7. Objeto material personal del delito**

El objeto material está determinado por las personas, animales o cosas, sobre las que recae la acción delictiva; el objeto jurídico lo constituye el bien jurídicamente protegido por el Estado en cada tipo penal (figura del delito), y el sujeto pasivo es el titular de estos bienes jurídicamente protegidos o tutelados por el Estado; resulta importante delimitar cada uno de ellos.

---

<sup>13</sup> De Mata Vela, José Francisco y De León Velasco, Héctor Aníbal. **Derecho Penal Guatemalteco**. pág. 145

“Es toda persona física, viva o muerta, consciente o inconsciente a la que se refiere el comportamiento típico de la cual se concreta el bien jurídico tutelado”.<sup>14</sup>

## 1.8. Clasificación de los delitos

### Por las formas de la culpabilidad:

- a) Doloso: el autor ha querido la realización del hecho típico. Hay coincidencia entre lo que el autor hizo y lo que deseaba hacer.
- b) Culposos o imprudentes: el autor no ha querido la realización del hecho típico. El resultado no es producto de su voluntad, sino del incumplimiento del deber de cuidado.

### Por la forma de la acción:

- a) Por comisión: Surgen de la acción del autor. Cuando la norma prohíbe realizar una determinada conducta y el actor la realiza.
- b) Por omisión: Son abstenciones, se fundamentan en normas que ordenan hacer algo. El delito se considera realizado en el momento en que debió realizarse la acción omitida.
- c) Por omisión propia: Están establecidos en el Código Penal, los puede realizar cualquier persona, basta con omitir la conducta a la que la norma obliga.

---

<sup>14</sup> Ossorio, Manuel, *Diccionario ciencias políticas y sociales*. pág. 1018

- d) Por omisión impropia: No están establecidos en el Código Penal. Es posible mediante una omisión, consumir un delito de comisión (delitos de comisión por omisión), como consecuencia el autor será reprimido por la realización del tipo legal basado en la prohibición de realizar una acción positiva. No cualquiera puede cometer un delito de omisión impropia, es necesario que quien se abstiene tenga el deber de evitar el resultado (deber de garante). Por ejemplo: la madre que no alimenta al bebe, y en consecuencia muere, es un delito de comisión por omisión.

**Por la calidad del sujeto activo:**

- a) Comunes: Pueden ser realizados por cualquiera. No mencionan una calificación especial de autor, se refieren a él en forma genérica.
- b) Especiales: Solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas: aquellos que tengan las características especiales requeridas por la ley para ser su autor. Estos delitos no sólo establecen la prohibición de una acción, sino que requieren además una determinada calificación del autor. Son delitos especiales propios cuando hacen referencia al carácter del sujeto por ejemplo: el prevaricato, que sólo puede cometerlo quien es juez. Son delitos especiales impropios aquellos en los que la calificación específica del autor opera como fundamento de agravación o atenuación. Verbigracia la agravación del homicidio cometido por el ascendiente, descendiente o cónyuge. Por la forma procesal son:

- c) De acción pública: Son aquellos que para promover su persecución penal ante los tribunales jurisdiccionales y dirigir la investigación no requieren de denuncia previa.
- d) Dependientes de instancia privada: Son aquellos que no pueden ser perseguidos de oficio y requieren de una denuncia inicial.
- e) De instancia privada: Son aquellos que además de la denuncia, el denunciante debe proseguir dando impulso procesal como querellante.

**Por el resultado pueden ser:**

- a) Materiales. Exigen la producción de determinado resultado. Están integrados por la acción, la imputación objetiva y el resultado.
- b) Formales. Son aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella. El tipo se agota en la realización de una acción, y la cuestión de la imputación objetiva es totalmente ajena a estos tipos penales, dado que no vinculan la acción con un resultado. En estos delitos no se presenta problema alguno de causalidad.

**Por el daño que causan:**

- a) De lesión. Hay un daño apreciable del bien jurídico. Se relaciona con los delitos de resultado.

- b) De peligro. No se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar. El peligro puede ser concreto cuando debe darse realmente la posibilidad de la lesión, o abstracto cuando el tipo penal se reduce simplemente a describir una forma de comportamiento que representa un peligro, sin necesidad de que ese peligro se haya verificado. (Cuando la acción crea un riesgo determinado por la ley y objetivamente desaprobado, indistintamente riesgo o peligro afecte o no el objeto que el bien jurídico protege de manera concreta).

## **1.9. Elementos positivos del delito**

Los elementos positivos del delito son seis:

### **A. La acción o conducta humana**

“Las normas del derecho penal tienen por objeto acciones humanas se refieren tanto a la realización de una acción en sentido estricto (como comportamiento activo) como a la omisión de un comportamiento determinado. El concepto de acción es común también a la realización de una acción dirigida a la lesión del bien jurídico y la que se lleva a cabo sin esa dirección, pero sin el cuidado debido”.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup>Bacigalupo. Ob. Cit. Pág. 57

La función del concepto de acción no es otra que la de establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal. Es este sentido el concepto de acción establece las formas de determinación de un suceso por parte de un ser humano, por lo que no puede ser sino una abstracción, que debe de entenderse por la determinación relevante para lo ilícito de un suceso, dependerá precisamente del concepto de ilícito que se adopte. A diferencia de lo que se pensaba en los años de la gran discusión en torno a la teoría finalista de la acción, es el concepto de ilícito el que determina qué elementos constituyen circunstancias relevantes para este juicio. Un concepto causal de lo ilícito tendrá una teoría causal de la acción, por el contrario, un concepto personal de lo ilícito requerirá un concepto de acción que no se identifique con la mera causación del resultado.

El jurispensalista Muñoz Conde define la acción como: “un comportamiento dependiente de la voluntad humana con la intención de lograr el resultado previsto y la voluntad implica siempre una finalidad; el contenido de la voluntad es siempre algo que quiere alcanzar, es decir, un fin, la acción es siempre el ejercicio de una voluntad final”.<sup>16</sup>

La dirección final de la acción se realiza en dos fases una interna y otra externa; ambas fases de la acción es lo que se ha conocido como itercriminis, es decir el camino del crimen hasta su realización final.

---

<sup>16</sup> Muñoz, **Ob. Cit.** Pág. 9



Fase interna: Ésta ocurre siempre en la esfera del pensamiento del autor, en donde se propone la realización de un fin. Para llevar a cabo el fin selecciona los medios necesarios; la selección sólo ocurre a partir de la finalidad; cuando el autor está seguro de lo que quiere, decide resolver el problema de cómo o quiere. En esta fase se toma en cuenta también los efectos contaminantes que van unidos a los medios para la realización del fin; y una vez los admite como se segura a probable producción los realiza tales efectos pertenecen a la acción,

Fase externa: Después de la realización interna el autor realiza la actividad en el mundo externo; ahí pone en marcha conforme a su fin sus actividades, su proceso de ejecución del acto. La fase externa del itercriminis, comienza cuando el sujeto activo exterioriza la conducta tramada durante la fase interna, en este momento principia a atacar o a poner en peligro un bien jurídico protegido, a través de su resolución criminal manifiesta.

Ausencia de acción. Los reflejos o movimientos instintivos no constituyen acción, pues, tales movimientos no están controlados por la voluntad ejemplo: quien tiene una convulsión epiléptica y como consecuencia de ello causan un daño, no tiene la voluntad puesta en ello.

Estados de inconsciencia. La situación de un sonámbulo por ejemplo se puede realizar actos que no dependan de la voluntad y en consecuencia no hay acción,

penalmente relevante. Es posible también hablar de un estado de inconsciencia en el hipnotizado.

La tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad como elementos normativos del delito y son los encargados de circunscribir dentro del cuadro puramente fáctico que el delito merece una sanción; los factores hipotéticamente casuales del suceso quedan fuera de la consideración jurídico penal sino se les puede conectar al resultado producido como *conditio sine qua non* (equivalencia); en el análisis de la acción hay que entender a la eficacia intrínseca de la condición para producir en abstracto la consecuencia dada (causalidad adecuada).

Yo analizo que si unen ambas teorías se demuestra que en los elementos subjetivos materiales va la acción y en la acción va la voluntad y si el agente se propone un fin y lo logra, esa acción lleva dolo y en el Artículo 173 Bis del Código Penal, al eliminar los elementos subjetivos materiales se entiende que el sujeto activo solo con ver al sujeto pasivo comete el delito de agresión sexual y con ver no se agrede sólo se intimida, se acosa mentalmente.

## **B. Relación de causalidad**

En los delitos de resultado siempre hay una relación de causalidad entre acción y resultado, es decir, una relación que permite, en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido, al autor de la conducta que lo causa. O sea que la relación entre acción y resultado se denomina imputación objetiva.



El Artículo 10 del Código Penal regula: Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta. Según este Artículo, yo analizo que en el delito de agresión sexual si no hay un resultado de daño físico o psicológico en la víctima, no hay delito.

Teorías que determinan si hay relación de causalidad

#### **a. Teoría de la causalidad**

Las teorías sobre la causalidad han sido desarrolladas modernamente por los juristas alemanes y todos han incurrido en el error garrafal de explicarla desde un punto de vista jurídico. Como consecuencia proliferan las teorías al respecto. Pero conveniente es señalar, que entre ellas no se suscita polémica ardorosa, por la sencilla razón de que pueden pacíficamente coexistir al no producirse enfrentamiento. Concretamente en la práctica, dos son las que sobresalen: la teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*) y teoría de la adecuación (condición adecuada).

“La teoría de la causalidad se subdivide en dos grandes corrientes. La de la equivalencia de las condiciones y la de la causalidad adecuada. La equivalencia de las condiciones obedece a una acción ciega (causa causae est causa causati) y se le considera sin interferencia alguna de las nociones valorativas o subjetivas”<sup>17</sup>

#### **b. Teoría de la equivalencia de las condiciones**

“Arango dice que esta teoría originalmente la postuló el filósofo John Stuart Mill, manejando el concepto de causalidad desde el punto de vista de las ciencias naturales, es decir considerando que todas las condiciones positivas de un fenómeno son por igual agentes y, por igual activos, lo que significa que todas las condiciones equivalen a causa”.<sup>18</sup> Estos principios dice Arango fueron acogidos por el Magistrado Maximiliano Von Burí quien los llevó a la práctica jurídica, pero no es procedente establecer distinciones entre las condiciones esenciales y no esenciales del resultado, pues las fuerzas que coadyuvan al mismo tiempo son esenciales y de ahí que todos se deben de tomar en cuenta.

#### **c. Teoría de la condición más eficaz o causalidad adecuada**

Partiendo de esta teoría, dice Arango se la disputan Johannes Von Kiries Romagn, quienes han considerado que no todas las condiciones son causas, ya que la experiencia y la observación empírica demuestran lo contrario, es decir que

---

<sup>17</sup> De Mata y de León **Ob. Cit.** Pág. 133

<sup>18</sup> Arango Escobar, Julio Eduardo, **Teoría del delito.** Pág. 173

solamente algunas tienen poder intrínseco de causación. Por ejemplo: un disparo de revólver normalmente causa la muerte, de ahí que el disparo, es adecuado para producir el resultado, en cambio el propinar a alguien una bofetada no es causa adecuada para producir el resultado.

“Para Arango el mérito de esta teoría está en el señalamiento de que la simple relación causal de las condiciones, no afirma más la responsabilidad penal del agente; considera además que no todas las condiciones son equivalentes y centra su preocupación en descubrir de entre ellas, la causa verdadera que en todo caso, será la adecuada para producir el resultado”.<sup>19</sup>

La Teoría de la causalidad adecuada surge como reacción a la teoría de la equivalencia de las condiciones con afán de superar el problema de las causas, en el sentido de que si las causas de un específico efecto son las condiciones que normal, regular, probablemente y generalmente son idóneas de producirlo, las concausas adolecen de tales requisitos, sin embargo, tales requisitos conllevan desde ya, juicios valorativos, pues significan los conceptos de normalidad y regularidad cuya valoración deberá hacerse en otra fase.

La teoría de la equivalencia de las condiciones manifiesta un enfoque crítico, en el sentido que el concepto de causalidad se considera como juicio lógico mediante la utilización de medios jurídicos, otro yerro de magnitud, se encuentra en su

---

<sup>19</sup> *Ibid.* Pág. 176

trascendencia en la construcción del delito, cuando a priori, anula la actuación en el hecho por ausencia de relación causal, lo que hace que desaparezca la posibilidad de formulación de un delito si el intérprete concluye que no hay causa adecuada, cuando bien podía suceder que el sujeto haya decidido maniobrar los requisitos de la normalidad y regularidad. Ejemplo: Juan da la noticia a Pedro de que ha ganado el premio mayor de la lotería y éste muere de la emoción. De acuerdo a la teoría de la adecuación, transmitir una noticia normal regularmente no produce la muerte.

### **C. La tipicidad**

El tipo penal es un concepto jurídico producto de la interpretación de la ley penal. Por este motivo resulta adecuada la distinción entre tipo de texto y tipo de interpretación, que muestra la diferencia entre el texto de la ley y el resultado de su interpretación. En este sentido, el tipo es la descripción de la conducta prohibida por una norma el hecho será, por lo tanto típico si se ajusta a esta descripción, en este caso se dice que el hecho se subsume bajo el tipo penal que se está considerando. Este tipo penal se denomina tipo de adecuación y se diferencia de otros conceptos contiene todos los elementos que, de acuerdo con el principio de legalidad condicionan la aplicación de una pena u que puedan no caber dentro del tipo de la adecuación por ejemplo: el desistimiento en la tentativa.

“La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su

vertiente del nullum crimen sine lege, sólo los hechos tipificados en la ley penal pueden ser considerados como delitos”.<sup>20</sup>

La finalidad práctica de la teoría del tipo penal consiste en permitir establecer que la acción realizada es la acción prohibida por la norma y sancionada con pena por la ley, para ello la teoría del tipo procede descomponiendo cada uno de los elementos que integran la descripción. El elemento fundamental de la descripción es la acción. El elemento fundamental de la descripción del tipo es una acción generadora de un peligro no permitido, por lo tanto, el peligro permitido excluye la tipicidad de la acción y no como en ocasiones se sostiene su antijuricidad. En los delitos de resultado (de lesión o de peligro) la modificación sensible del mundo exterior también forma parte del tipo, en tanta concreción del peligro creado por la acción. El resultado no es un producto causal de la acción, sino como se dijo la concreción del peligro generado por ella, en la medida en la que es objetivamente imputable. Las reglas de la imputación objetiva garantizan, precisamente, que el resultado no haya sido causal, es decir, que el delito se agote en la acción corporal o requiera una consecuencia que sea producto de la acción (el resultado se distingue).

Funciones de la tipicidad:

---

<sup>20</sup> Ibid Pág. 62

### **a) Función sistematizadora**

Porque se relaciona la parte general con la especial del derecho penal.

### **b) Función garantizadora**

Garantiza el cumplimiento al principio constitucional de legalidad, en virtud que tiene una calificación jurídica previa en la primera declaración del imputado, en la etapa intermedia, en el juicio oral y público, en los recursos de apelación especial, casación y la acción constitucional de amparo.

### **c) Función fundamentadora**

Porque fundamenta la actitud del Juez para conminar una pena o medida de seguridad.

Elementos que determinan la tipicidad

#### **1. Elementos objetivos materiales.**

Son los que contienen la acción o verbo rector.

#### **2. Elementos Normativos.**

Son los que están autorizados legalmente y no lo contienen todos los tipos penales es necesario acudir a una valoración jurídica.

#### **3. Resultado o consecuencia.**

4. Acción o conducta humana.
5. Sujeto Activo
6. Sujeto Pasivo

Sujeto activo: “Es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley. Al ser la acción es un acaecimiento dependiente de la voluntad, no puede ser atribuida, ni por consiguiente realizada, sino por una persona humana. Sujeto activo del delito es quien lo comete o participa en su ejecución; el que lo comete es activo primario; el que participa es activo secundario”.<sup>21</sup> La ciencia del delito y del delincuente llamada criminalística, sostiene que el sujeto activo es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico (estudio del significado de las palabras) de tal forma que el drama humano del delito se convierte en drama penal y los elementos incluidos en el particular tipo legal; cuya calidad específica que es el conjunto de características exigidas en el tipo y determinadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber, de tal suerte que el número específico de sujetos activos, es el número de personas físicas (singular o plural) exigido en el tipo necesario y suficiente para hacer factible la lesión del bien jurídico.

Las piedras angulares sobre las cuales se edifica el tipo son el sujeto activo, la acción, el objeto de la acción, el bien jurídico y el sujeto pasivo, por lo tanto, sujeto activo es quien realiza la acción descrita en el tipo, existiendo distinción entre lo que entendemos por sujeto activo y autor, pues cuando se habla de sujeto activo, hacemos referencia al

---

<sup>21</sup>De Mata y De León, **Ob. Cit.** Pág. 200

sujeto de la acción con independencia de que sea o no responsable del delito. La teoría tradicional estudia también siempre a nivel del tipo la pluralidad específica del sujeto activo; en los delitos plurisubjetivos que se producen en los casos en el que tipo requiere de la concurrencia de varios sujetos.

Sujeto pasivo: “Es el titular de interés jurídicamente protegido, atacado por el delito. Es el titular de derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito. Es el titular del bien jurídico protegido en el tipo. De las definiciones anteriores se puede saber quiénes son los titulares del derecho protegido y resulta evidente que en la actualidad hay acuerdo en el sentido de que el sujeto pasivo del delito es el titular de derecho o interés que jurídicamente protege el Derecho Penal.”<sup>22</sup>

Es totalmente indiscutible que la persona humana individualmente considerada, es titular de mayor número de bienes jurídicos protegidos y por ende el sujeto pasivo de la materia de delitos. El Derecho penal protege a la persona humana a lo largo de toda su existencia y aun antes de nacer, no importando su condición, edad, sexo, raza, color, estado mental y a decir de Cuello Calón, cualquiera que sea su condición jurídica durante su vida.

#### **D. La antijuricidad**

La realización del tipo no es suficiente, como vimos para establecer la ilicitud del comportamiento. Esta requiere que la realización del tipo no esté especialmente

---

<sup>22</sup> *Ibíd.* Pág. 205



autorizado, es decir, que sea antijurídica. En otras palabras, la cuestión de la antijuricidad no es otra la de saber si la realización del tipo está o no amparada por una causa de justificación. La expresión antijuricidad para expresar esta problemática no resulta ser, por lo tanto, la más adecuada. Se presupone que una teoría del delito en que la realización del tipo no tenía ninguna significación respecto del ordenamiento jurídico y solo su falta de autorización especial era determinante de lo ilícito. En la actualidad, es preferible hablar de justificación, con ello se hace referencia a la situación que se da cuando alguien ha obrado lesionando una norma, pero no el orden jurídico, es decir, ha realizado una acción típica, pero adecuada al derecho.

Resumiendo: una conducta es típica si con ella se infringe una norma y será antijurídica si no está justificada por una causa de justificación. Como hemos dicho, una conducta típica representa un indicio de antijuricidad. La función indiciaria de la antijuricidad propia de la tipicidad tiene de todos modos límites.

## **E. La culpabilidad**

Enrique Bacigalupo la define de esta manera “Culpabilidad es reprochabilidad jurídico penal; con esta afirmación inicial no se ha dicho todavía en qué consiste la reprochabilidad jurídico-penal, o lo que es lo mismo, en qué condiciones la realización no justificada del tipo es reprochable. Esta es precisamente la pregunta

que quiere contestar la teoría de la culpabilidad y por culpabilidad no debe entenderse la culpabilidad moral, sino simplemente la culpabilidad jurídica”.<sup>23</sup>

“La culpabilidad para Muñoz Conde, se basa en que el autor de la infracción penal del tipo de injusto del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos”.<sup>24</sup>

Culpable, en este sentido, es aquel que, pudiendo, no se ha motivado ni por el deber impuesto por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la infracción a ella. Este punto de vista se aparta de los criterios tradicionales, los que no atribuyen relevancia alguna a la posibilidad del autor del motivarse por la amenaza e la pena. Los conceptos tradicionales han considerado totalmente ajena a la problemática de derecho penal, la motivación del autor por la amenaza de la pena. La culpabilidad es entonces, consecuencia de la capacidad de motivarse por el derecho, sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de la pena.

## 6. La punibilidad

“Es la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud

---

<sup>23</sup>Bacigalupo **Ob. Cit.** Pág. 133

<sup>24</sup>Muñoz **Ob. Cit.** Pág. 107

del bien y del ataque a éste. Es la abstracta descripción de la pena que plasma como una amenaza de prevención general, el legislador en la ley penal”.<sup>25</sup>

Averiguar si la pena es un elemento característico del delito o bien es una consecuencia del mismo. Lo cierto es que desde los incisos de la construcción técnica del delito, hasta nuestros días, no ha habido unidad de criterio entre los criminalistas para ponerle fin al conflicto, lo único que se ha alcanzado es establecer son dos marcadas corrientes: una que considera la punibilidad como elemento del delito y la otra que como su consecuencia, partiendo de estos dos criterios, algunos tratadistas incluyen la penalidad al definir el delito y otros convienen en excluirla. Los que sostienen que la punibilidad es elemento del delito creen que la conducta humana típicamente, antijurídica y culpable, para que constituya delito se requiere que esté sancionada con una pena. La teoría del delito que se dedicó al estudio de los requisitos para la existencia de la punibilidad, la considera así: que el delito era la acción antijurídica, culpable, sancionada con una pena suficiente a las condiciones objetivas de penalidad.

La punibilidad como consecuencia del delito, los que sostienen este criterio definen la acción típicamente antijurídica y culpable, incluyendo la mención de la penalidad por considerar que ella es una consecuencia y no un elemento característico del delito, pero pena es sólo una consecuencia de la concurrencia de la acción que reúna los elementos esenciales para estar en presencia de un delito.

---

<sup>25</sup> De Mata, De León, **Ob. Cit.** Pág. 247



## 1.10. Elementos negativos del delito

Los elementos negativos del delito tienden a destruir la configuración técnica jurídica del mismo y como consecuencia tienen a eliminar la responsabilidad penal del sujeto activo.

- A) Causas de inimputabilidad.
- B) Causas de justificación.
- C) Causas de inculpabilidad o causas que eximen la culpabilidad.

## CAPÍTULO II

### 2. La prueba en el proceso penal

Este tema trata sobre la valoración de la prueba, pues, en el Artículo estudiado analizo que es sumamente indispensable, ya que no se puede imputar al sindicado el delito de agresión sexual si no hay un resultado de la acción en virtud de haber eliminado la violencia física o psicológica.

#### 2.1. Conceptos

“En la síntesis de diversos aspectos, pues la figura de la prueba es poliédrica(sólida) inclusive, un análisis sucinto muestra su completo contenido del cual debemos tener en cuenta los aspectos que más interés revisten para los fines prácticos del procedimiento penal. En su acepción más genérica y puramente lógica, prueba quiere decir, a un mismo tiempo. Todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa, y en sentido más amplio y haciendo abstracción de las fuentes, significa el conjunto de motivos que nos suministran ese conocimiento”.<sup>26</sup>

“En su sentido más estrictamente técnico profesional, se puede enunciar la conceptualización de prueba como el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez conocimiento sobre la

---

<sup>26</sup>Florian, Eugenio. *De las pruebas penales en general*. Tomo I. Pág. 43

existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir”.<sup>27</sup>

El significado del término de prueba y de las palabras análogas del Código Procesal Penal emplea varias locuciones que conducen a significados fundamentales que sirven para comprobar, demostrar y convencer al juez en la etapa procesal que el sujeto activo participó en la comisión u omisión del delito.

“En sentido más amplio, cabe decir que la prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente”.<sup>28</sup> Visto desde una óptica técnicamente más estricta, el fenómeno de la prueba presenta cuatro aspectos que pueden ser analizados por separado,

- 1) el elemento de prueba;
- 2) el órgano de prueba;
- 3) el medio de prueba;
- 4) el objeto de la prueba

Esta noción llevada al proceso penal, permitirá conceptualizar la prueba como todo lo que pueda servir para obtener la certeza y para ello es de suma importancia las características que le sirven al juez para valorar la prueba, pues la inobservancia de una de ellas conlleva a una sentencia absolutoria o condenatoria.

---

<sup>27</sup> Jauchen, Eduardo M. **La prueba en materia penal**. Pág. 17

<sup>28</sup> CaferrataNores, José I. **La prueba en el proceso penal**. Pág. 3

## 2.2. Objetividad

Hay un objeto de prueba principal, que es el hecho del delito y que existe un objeto de prueba accesorio y secundario que son los hechos distintos del delito, pero conexos de los cuales puede deducirse el delito.

“En efecto, el objeto de prueba se amplía tanto cuanto lo exigen las circunstancias directas o indirectas que pueden servir a hacer conocer la verdad; pero todas estas circunstancias convergen a la comprobación del hecho fundamental, esto es la imputación”.<sup>29</sup>

## 2.3. Características

- Legal
- Objetiva
- Útil
- Pertinente

Las características legales son las realidades que en general pueden ser probadas, con lo que se incluye todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico, del que se deriva una consecuencia también jurídica.

---

<sup>29</sup> Florian. Ob. Cit. Pág. 98

El tema del objeto de la averiguación de la prueba busca una respuesta para la pregunta: ¿qué se prueba?, ¿Qué cosas deben probarse? Cabe ciertamente distinguir entre los juicios de hecho de los de puro derecho. Los primeros dan lugar a la prueba; los segundos no; esta división elemental suministra una primera noción para el tema en estudio; regularmente, el derecho no es objeto de prueba; sólo lo es el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes en el juicio.

#### - Prueba pertinente

De acuerdo al Artículo 185 Código Procesal Penal, las pruebas deben tener relación con el objeto del proceso, ciñéndose al asunto de que se trata, ya sea en lo principal, en los incidentes o en las circunstancias importantes, es decir que la prueba que se presente debe ser coherente con lo que se plantea en el juicio.

La utilidad corresponde a la inadmisibilidad o admisibilidad de la prueba. Al ser ofrecido un medio probatorio, puede el tribunal válidamente admitir, es decir, incorporar el procedimiento propuesto, o rechazarlo (o sea negarse a la admisión si no es legal, útil, objetiva y pertinente). Las razones para rechazar un medio propuesto son varias: la falta de idoneidad, falta de adecuación entre el medio o procedimiento propuesto y el dato o fuente que desea corroborarse, la impertinencia (que no se relaciona con el objeto del proceso), la extemporaneidad) ofrecimiento fuera del plazo.

La prueba del hecho notorio, cuando se postule un hecho como notorio, el tribunal, con el acuerdo de todas las partes, pueden prescindir de la prueba ofrecida para declararlo



comprobado, existe un vínculo entre la regla general de que el derecho no se prueba y el principio general que consagra la presunción de su conocimiento; no tendría sentido la prueba del derecho, en un sistema en el cual éste se supone conocido. El conocimiento, se ha dicho, trae la obligatoriedad de la aplicación de la norma, como la luz proyecta la sombra del cuerpo. La regla a la inversa en el derecho griego primitivo, en el juez sólo podía aplicar la ley invocada y probada por las partes.

- La prueba de los hechos: ejemplo el embarazo.

Determinación de la carga de la prueba, la carga de la prueba no puede ser predeterminada por la ley, sino que su distribución se debe basar en dos principios: el principio ontológico y el principio lógico. El principio ontológico determina la carga de la prueba sobre la base de la naturaleza de las cosas de modo tal que se presumen determinados hechos sobre la base de las cualidades que generalmente tienen las personas, cosas o fenómenos y en consecuencia debe probarse lo contrario; por ejemplo, si se presume la inocencia de las personas es porque éstas generalmente no cometen delitos y en consecuencia lo extraordinario será que sí los cometan, siendo lo extraordinario lo que debe probarse frente a lo ordinario, que es lo que se presume. El principio lógico, por su parte, considera que es más fácil probar las afirmaciones positivas que las afirmaciones negativas, de modo tal que quien hace una afirmación positiva tiene que probar frente al que hace una afirmación negativa (proponer lo contrario es lo que se denomina prueba inquisitorial). Por último, se considera que, de haber una contradicción entre el principio ontológico y el principio lógico, debe preferirse el primero.

## 2.4. Principios de la actividad de la prueba

- a) Principio de libertad de prueba. Para alcanzar la verdad concreta no se requiere la utilización de un medio de prueba determinado. Todos los medios de prueba son admisibles, es decir, se puede probar con los medios de prueba típicos como también con aquellos que no han sido contemplados en la ley (atípicos) siempre y cuando no recaigan en la ilicitud.
- b) Principio de pertinencia. En virtud del cual debe existir relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar.
- c) Principio de utilidad. Se refiere este principio a la relevancia que tienen los hechos probados, si estos van a ser útiles para resolver el caso en particular. Una razón de inutilidad de la prueba es la superabundancia, es decir, cantidad excesiva de elementos de prueba referidos al mismo hecho.
- d) Principio de legalidad o legitimidad. Tiene que ver con alguna prohibición o impedimento que expresamente declare el ordenamiento jurídico, procesal, respecto a un medio de prueba. Están prohibidos aquellos medios de prueba que van contra la dignidad o integridad de las personas, o que se hubieren obtenido por medios ilícitos o que violente de alguna manera los derechos de alguna de las partes.

## 2.5. Sistemas de valoración de la prueba

“Es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia convencional de los elementos de prueba recibidos, que tiende a establecer cuál es su real utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso”.<sup>30</sup>

Tres son los principales sistemas de valoración de la prueba que se conocen:

- A. La prueba legal o, judicial. En la valoración de la prueba es la ley procesal la que prefija una operación intelectual destinada a establecer la eficacia convencional de los elementos de prueba recibidos. La valoración o apreciación de la prueba judicial es aquella operación que tiene como fin conocer el mérito o valor convencional que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez, es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria. Su importancia es extraordinaria. La Prueba legal llamada también tasada, es aquel sistema de valoración de la prueba en donde el juzgador en el momento de apreciar los elementos de prueba, queda sometido a una serie de reglas abstractas preestablecidas por el legislador. En este sistema el legislador el que, partiendo de supuestos determinados, fija de modo abstracto la manera de apreciar determinados elementos de decisión, separando ésta operación lógica de aquellas que el juez debía realizar libremente por su cuenta.

---

<sup>30</sup>Cafferata. **Ob. Cit.** Pág.39

- B. Íntima convicción. La ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas, el juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer de la existencia o inexistencia de los hechos, valorando aquellas según su leal saber y entender. Por su parte la valoración o evaluación constituye un acto de trascendental importancia dentro del proceso y de la etapa preparatoria, dado que el resultado que se obtenga a través de él dependerá la suerte del juicio que tanto se puede traducir en la condena como en la absolución del acusado en materia criminal, como en la obtención de una justa reparación del daño sufrido o de pérdida.
- C. La libre convicción o sana crítica racional. Esta valoración de la prueba se puede definir como aquella operación mental que realiza la autoridad jurisdiccional con el objeto de obtener de cada elemento probatorio la suficiente convicción para determinar la culpabilidad o inocencia del imputado.

## 2.6. Elementos de la prueba

“Elemento de prueba, o prueba propiamente dicha, es todo objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva”.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> **Ibid.** Pág. 14

- a) Hechos en sus más variadas manifestaciones, en su más amplia complejidad, en sus más sutiles matices.
- b) El principio de la verdad material y efectiva que rige todo el proceso por el carácter eminente que tiene el derecho público.
- c) Los documentos que evidentemente hacen plena prueba.
- d) La persona física, sus cualidades, condiciones físicas, morales y síquicas han de tenerse en cuenta los testigos deben ser interrogados sobre hechos determinados.

Finalmente, se logra uniformidad en las decisiones judiciales en lo que respecta a la prueba. El valor de cada medio de prueba se encuentra establecido por la ley, en forma permanente, invariable e inalterable, además suple la falta de experiencia e ignorancia de los jueces e impide el rechazo injustificado o arbitrario de medios de prueba aportados al proceso.

## **2.7. Fines del proceso**

Se obtiene la verdad formal y no real. Porque el proceso penal tiene por objeto:

1. La averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido así como la posible participación del sindicado.
2. Respetar las garantías constitucionales.
3. Valorar la prueba
4. El pronunciamiento de la sentencia respectiva.

## **2.8. Sana crítica razonada**

Este sistema de valoración es aquel que exige que la sentencia se motive expresamente el razonamiento realizado por el juzgador para obtener su convencimiento. El juzgador deberá ajustarse en todo momento a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos, de ahí que necesariamente tenga la obligación de exteriorizar el razonamiento probatorio empleado, plasmándolo en el texto de la sentencia como única forma de controlar su racionalidad y coherencia. La motivación fáctica de la sentencia permite constatar que la libertad de ponderación de la prueba ha sido utilizada de forma correcta, adecuada y que no ha generado en arbitrariedad. Únicamente cuando la convicción sea fruto de un proceso mental razonado podrá plasmarse dicho razonamiento en la sentencia mediante motivación.

## **2.9. Fundamentación**

El Artículo 11 bis del Código Procesal Penal regula: “los autos y las sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión, así como la indicación del valor que se le hubiere asignado a los medios de prueba”.

La fundamentación y redacción de la sentencia implica un procedimiento de exteriorización del razonamiento sobre la eficacia o fuerza probatoria acreditada a cada

elemento probatorio y su incidencia en los hechos probados. Este sistema está compuesto por las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología.

## 2.10. La lógica

Cuello Calón define la lógica como “el estudio de las reglas y métodos para distinguir el razonamiento válido del inválido. Un razonamiento viene a ser el producto de una inferencia, pues puede ser entendido como un conjunto de proposiciones de tal manera que una de ellas (la conclusión) se afirma que se deriva de las otras (las premisas), las cuales son consideradas como elementos explicativos de la primera”.<sup>32</sup>

Asimismo se tiene tres tipos de relaciones entre proposiciones que son:

- a) Implicación
- b) Equivalencia
- c) Independencia

- **Implicación**

La proposición A implica la proposición B, en consecuencia ambas son verdaderas.

Ejemplo:

A: Todos los jueces son abogados

B: Algunos abogados son jueces.

---

<sup>32</sup> Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal Español*. Pág. 167

- **Equivalencia**

La proposición A debe implicar a B y viceversa, en consecuencia ambas son verdaderas o falsas en forma simultánea.

Ejemplo: A: Pedro mató a Juan con un arma de fuego.

B: Juan falleció producto de un disparo de un arma de fuego que le propinó Pedro.

- **Independencia**

La independencia se origina porque la falsedad o verdad de una proposición no guarda ninguna relación con la verdad o falsedad de la otra proposición.

Ejemplo: A: Carlos mató a José.

B: Luis violó a Ana.

Las reglas de la lógica la operación lógica constituye un aspecto medular en la apreciación de los medios de prueba.

## **2.11. Leyes de la lógica**

Dentro de las leyes de la lógica están las siguientes:

- a) Ley de la identidad
- b) Ley de la contradicción
- c) Ley del tercero excluido
- d) Ley de la razón suficiente



- **Ley de la identidad**

Significa que si una proposición es verdadera, siempre será verdadera. La identidad de la persona o cosa es la misma que se supone.

Ejemplo: Luis es Luis

Luis es Carlos

En el segundo supuesto se produce la trasgresión a la ley de identidad, ya que una misma identidad no puede calzar en dos personas.

- **Ley de la contradicción**

Una proposición no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo. Dos juicios contrapuestos o contradictorios se neutralizan o destruyen entre sí.

Dos juicios opuestos entre si contradictoriamente, no pueden ser verdaderos.

Ejemplo: Pedro es culpable.

Pedro es inocente.

- **Ley de tercero excluido**

Una proposición no puede ser verdadera o falsa al mismo tiempo. Se presenta en los casos en dónde un juicio de valor es verdadero y el otro es falso.

Ejemplo: Carlos es un niño.

Carlos es un anciano.



- **Ley de la razón suficiente**

Cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho, tiene que estar fundamentada o probada.

Ejemplo: Pedro fue declarado culpable por homicidio.

En el juicio cinco testigos observaron que Pedro mató a María.

La falacia es un razonamiento incorrecto o inválido que parece válido. A continuación se observa como se produce el razonamiento incorrecto:

Estructura del razonamiento:

PREMISA A + PRECISA B = CONCLUSIÓN

Razonamiento correcto:

CERTEZA + CERTEZA = CERTEZA (Premisa A) + (Premisa A) = CONCLUSIÓN

CERTEZA + DUDA O PROBABILIDAD = NO CERTEZA (Premisa A) + (Premisa A) = CONCLUSIÓN

Razonamiento incorrecto:

CERTEZA + CERTEZA = DUDA (Premisa A) + (Premisa A) = CONCLUSIÓN

CERTEZA + DUDA = CERTEZA (Premisa A) + (Premisa A) = CONCLUSIÓN.

Con los anteriores ejemplos ha quedado claro cuando se está en presencia de violaciones a las reglas de la lógica. "La certeza puede tener una doble proyección positiva (firme creencia de que algo existe) o negativa (firme creencia de algo no

existe). Pero estas posiciones (certeza positiva y certeza negativa) son absolutas. El intelecto humano, para llegar a esos extremos, debe generalmente recorrer un camino, debe ir salvando obstáculos tratando de alcanzar esa certeza. Y en este transito se van produciendo estados intelectuales intermedios, que suelen ser denominados duda, probabilidad e improbabilidad".<sup>33</sup>

La duda entre la certeza positiva y la certeza negativa se puede ubicar a la duda en sentido estricto, como una indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o inexistencia del objeto sobre el cual se está pensando, derivada del equilibrio entre los elementos que induce a afirmarla y los elementos que inducen a negarla, siendo todos ellos igualmente atendibles.

## **2.12. Clasificación de la prueba**

La prueba puede ser clasificada de acuerdo a distintos criterios. A continuación se plantean tres:

A) De acuerdo a su utilidad en la búsqueda de la verdad.

### **Prueba directa**

Son todos aquellos datos que de ser creídos por el juzgador, comprueban los hechos que se buscaba demostrar sin ningún otro tipo de consideración. Ejemplo: la declaración de una persona que se encontraba en la misma habitación donde el

---

<sup>33</sup>Cafferata. Ob Cit. Cit. Pág. 7

sindicado dio muerte a su víctima, la cual no es susceptible de ninguna clase de impugnación.

### **Prueba indirecta**

También llamada circunstancial, son todos aquellos datos de los cuales se pueden desprender inferencias que permitan en un momento dado convencer al juzgador de la forma en que ocurrieron determinados hechos. La declaración de una persona que vio al acusado en la escena del crimen poco tiempo antes de que este ocurriera, el hallazgo del arma homicida en la que aparecen las huellas dactilares del acusado, etc. La prueba indirecta cobra un valor muy importante en materia penal, pues difícilmente puede contarse en un gran número de casos con prueba directa para plantear las acusaciones u mientras más delicados sean los delitos que se persigue en nuestro medio, mas difícil resulta el lograr que la gente participe por la misma cultura de silencio y miedo en la que hemos estado inmersos por muchos años.

B) De acuerdo a su forma de presentación en el debate.

1. Testimonial: También denominada personal por otros autores, comprende a todas aquellas personas que suministran información al juzgador ya sea sobre los hechos que le constan, o sobre algún aspecto relacionado con el delito y que requiera de sus especiales conocimientos en cualquier ciencia profesión o arte. pueden clasificarse en:

- a. Testigo lego: El Artículo 207 del Código Procesal Penal dispone: “Deber de concurrir a prestar declaración. Todo habitante del país o persona que se halle en él tendrá el deber de concurrir a una citación con el fin de prestar declaración testimonial”. El comúnmente denominado testigo, es aquella persona común y corriente que tiene conocimiento personal y directo de la forma en que ocurrieron determinados hechos.
  
  - b. Testigo perito: Es aquella persona que por sus conocimientos especializados en determinada ciencia, arte u oficio, puede ser considerado como experta en materia y puede desempeñar la función de perito o testigo de conformidad con el Código Procesal Penal Artículo 225, segundo párrafo el cual dispone: -No rigen las reglas de la prueba pericial para quienes declaren sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, sin haber sido requerido por la autoridad competente, aunque para informar utilice las aptitudes especiales que posea. En este caso, rigen las reglas de la prueba testimonial.
2. Demostrativa: Está constituida por todas aquellas personas, objetos o representaciones perceptibles por los sentidos ropa, armas, croquis, planos. Etc. Cuyo objetivo es demostrarle al juzgador como ocurrieron los hechos. Se clasifica en dos clases:
- a. Real: Se da cuando los objetos que se presentan son los mismos que fueron parte del hecho en el cual se quieren presentar como prueba: el arma homicida,

la ropa que llevaba puesta la víctima o el victimario, un reconocimiento en la escena del crimen.

- c. Ilustrativa: Consiste en aquellas representaciones que ilustran al juzgador sobre cómo ocurrieron los hechos que pretenden probar: un arma del mismo calibre y la misma marca que se utilizó en el crimen, una ropa de la misma clase que portaba la víctima, una representación computarizada de la trayectoria de los proyectiles disparados.

“Aparte de estos otros medios se mencionan, además, las categorías de pruebas científicas y conocimiento judicial que consideramos que al ser aceptadas para su admisión en juicio deben de presentarse a través de un perito o medio representativo en el caso de la primera, y por lo mismo sería factible incluirla dentro de las categorías ya mencionadas y; en cuanto a la segunda por ser una evidencia sobre hechos no sujetos a prueba, que ya están admitidas dentro de la mente de los juzgadores”.<sup>34</sup>

#### C) De acuerdo al ordenamiento jurídico

El Código Procesal Penal contempla en el Artículo 182 una disposición por la cual los hechos o circunstancias de interés para la correcta solución de un caso podrán ser probados por cualquier medio de prueba permitido. El Artículo 185 establece que inclusive pueden ser utilizados otros medios de prueba no contemplados en

---

<sup>34</sup>Jauregui, Hugo Roberto. **Introducción al Derecho Probatorio**. 2do. Tomo. Pág. 38



este código, siempre que los mismos no contravengan al ordenamiento jurídico.

Dentro de los medios de prueba que se contemplan expresamente se encuentran testimonio, peritación, reconocimientos y careos.

Otro aspecto a considerar, es que en materia penal, la carga de la prueba, o sea la obligación que tienen las partes de probar sus distintas aseveraciones, opera sólo en función de la parte acusadora, pues es el Estado como ente soberano el que debe ejercer la persecución penal y el obligado a demostrar que la persona que se encuentra sindicada del un delito fue quien lo cometió, que según sus investigaciones de acuerdo a la legislación guatemalteca todo procesado es considerado inocente, hasta en tanto el tribunal correspondiente lo haya declarado culpable en sentencia firme. Dicha apreciación debe hacerse más allá de toda duda, pues, en caso de duda se debe favorecer al reo, se está afirmando que la condena solo puede emitirse cuando no exista ninguna duda razonable.





## CAPÍTULO III

### 3. Análisis de los elementos que integran el tipo de agresión sexual

En este título analizo los elementos objetivos y subjetivos que deberán integrar el delito de agresión sexual para que se le pueda imputar este delito al sindicado.

#### 3.1. Definición del tipo

“Es la estructura sobre la realización de una conducta prohibida por el legislador que lleva la imposición de una pena. La adecuación típica de los delitos dolosos se caracteriza por el tipo penal que registra una coincidencia entre la voluntad del autor y la realización de la acción, esta circunstancia permite analizar el problema en dos niveles: el tipo objetivo y el tipo subjetivo”.<sup>35</sup>

#### 3.2. El tipo objetivo

Es el verbo rector está en la mente del individuo que sabe lo que hace y hace lo que quiere. El esquema básico de los delitos de lesión se compone de tres elementos

- a. La acción,
- b. La imputación objetiva y
- c. El resultado

---

<sup>35</sup>Bacigalupo, **Ob. Cit.** Pág. 71

La acción, el elemento más problemático es el de la imputación objetiva porque se requiere la comprobación de que acción y resultado se encuentran en una relación tal que sea posible sostener que el resultado es producto de la acción y cuando concurren todos los elementos del tipo objetivo en la realización de un hecho, el delito está consumado. La imputación objetiva, esta teoría va más allá de la relación entre la acción y el resultado y se extiende a todos los ámbitos de la teoría del delito. Los criterios de la imputación objetiva se deducen de la naturaleza de las normas jurídicas y de su finalidad protectora de bienes jurídicos.

Otro elemento problemático de la imputación objetiva, es la tipicidad en los delitos con resultado de lesión, que requiere la comprobación de que acción y resultado se encuentran en una relación tal que sea posible sostener que el resultado es producto de la acción. El punto de vista clásico afirma que un resultado era el producto de la acción cuando ambos estaban unidos por una relación de causalidad; la relación causal que resulta relevante para lo ilícito de acuerdo con criterios deducidos de la naturaleza de la norma de su finalidad protectora de bienes jurídicos.

La imputación objetiva desde el punto de vista de la naturaleza de la norma es que se debe tomar en cuenta para saber si la acción y resultado se encuentran en la relación en la que es posible sostener que el resultado es producto de la acción. Las normas jurídicas solo prohíben resultados evitables y también prohíbe acciones que representen un peligro para el bien jurídico que protegen.

### 3.3. Teoría de la imputación objetiva

Con base a consideraciones jurídicas y no naturales, ejemplo: la acción de conducir un carro es peligroso, sin embargo, si el conductor produce un resultado de lesiones corporales a otro sin haber transgredido los reglamentos, el resultado no será imputable.

El resultado, como también se ha visto, consiste en la lesión del objeto de la acción. En las lesiones corporales, por ejemplo, el resultado consiste el daño en el cuerpo o en la salud; en el delito de muerte del feto; en los daños cosas, en la inutilización o el deterioro de la cosa etcétera.

En una teoría que reconoce sus fundamentos en el mismo concepto de causalidad que el de las ciencias de la naturaleza, de acuerdo con ello todas las condiciones que determinan un cierto resultado tienen idéntica y equivalentemente causas.

En las omisiones se sostiene que la omisión es causal del resultado cuando supuesta la realización de la acción omitida, el resultado no se habría producido, en otras palabras, para aplicar la teoría de la condición, es preciso pensar el hecho como si la acción no hubiera ocurrido o como la omisión no hubiera tenido lugar, es decir, como si se hubiera realizado la acción omitida.

La teoría de la causalidad adecuada enfrenta éste y otros problemas de la causalidad sosteniendo que no todas las condiciones son causas, sino solamente aquellas que de

acuerdo con la experiencia general producen habitualmente el resultado, ejemplo: el disparo de una arma de fuego produce habitualmente la muerte o lesiones considerables a otros, por ello es adecuado para producir tales resultados; por el contrario una bofetada no es adecuada para producir como resultado la muerte de una persona y si la persona se muere es porque es hemofílico. La teoría de la *conditio sine qua non* o de la equivalencia de las condiciones no tendría dificultad alguna en afirmar en este caso la causalidad.

- El tipo subjetivo

Son elementos externos que objetivan una determinada actitud del sujeto, siendo el dolo el elemento más importante del tipo subjetivo. Ocasionalmente el tipo subjetivo contiene además del dolo elementos subjetivos de la autoría, llamados también elementos subjetivos de lo injusto o de la tipicidad.

En la acción se dan elementos exteriores objetivos y elementos subjetivos, que transcurren en la conciencia del autor, el aspecto subjetivo lo constituye lo que llamamos tipo subjetivo.

### **3.4. Concepto de dolo**

“La tradicional definición de dolo considera que este se caracteriza por el conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo”<sup>36</sup>. Obra con dolo quien sabe lo que hace y

---

<sup>36</sup> Bacigalupo, ob.cit. pág. 81

hace lo que quiere, en efecto afirmar que el autor no solo ha querido las consecuencias que eran la mira de su acción y las que eran consecuencias necesarias de ellas, sino también las que se presentan como probables, no resulta convincente, pues el autor, en realidad no ha tenido una auténtica voluntad de realización. Por otra parte el elemento volitivo aparece como innecesario dado que todo el que conoce el peligro generado por su acción y actúa, realiza todos los elementos necesarios por haber obrado con dolo.

Esta situación no es, en verdad, otra cosa que la culminación de un proceso de lento aflojamiento de las exigencias volitivas del concepto de dolo eventual de las teorías que consideraron que la esencia del dolo era la voluntad del autor. Un proceso que, por lo demás, había comenzado en el ámbito del delito de omisión, en el que el dolo ya había renunciado a un elemento volitivo.

### **3.5. El conocimiento de la realización del tipo objetivo**

Para obrar con dolo el autor debe haber tenido conocimiento de la realización del tipo objetivo. Por tanto al determinar cuáles son los elementos del tipo objetivo se define, al mismo tiempo, qué elementos debe haber conocido el autor para afirmar que su obrar fue doloso. Por el contrario, en la medida en la que el tipo se estructura sobre la base de la realización de un peligro no permitido, el conocimiento que debe haber tenido el autor para obrar con dolo es el de las circunstancias que general el peligro concreto de la lesión.

No se requiere para el dolo el conocimiento de la antijuricidad de la acción de la realización del tipo, ni tampoco de la punibilidad del hecho. El autor que ignora la prohibición del hurto o que supone una causa de justificación de su acción, obrará con dolo, si tenía conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Lo mismo cabe decir del que ignora o supone falsamente la no punibilidad del hecho.

### **3.6. Las especies del dolo**

Las especies del dolo se han explicado en teoría de la voluntad, a partir de las circunstancias que demuestran que el autor quiso la realización del tipo. Este punto de vista crea especiales problemas en relación al dolo eventual, en el que la existencia de un elemento volitivo está hoy en día seriamente puesta en duda; ejemplo: A quiere dar muerte a B y lo mata, cuando la realización del tipo es la meta del autor se está hablando de un dolo directo.

### **3.7. Definición legal de agresión sexual**

Esta definición solamente aparece regulada en el Artículo 173 bis del Código Penal el cual regula: "Quien con violencia física o psicológica realice actos con fines sexuales o eróticos a otra persona, al agresor o a sí misma, siempre que no constituya delito de violación, será sancionado con prisión de cinco a ocho años.

Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aún cuando no medie violencia física o psicológica”.

Yo analizo que la definición de esta figura penal, es ininteligible debido a que la palabra agresión lleva incorporada la violencia física y psicológica, pues, significa: acometer a alguien para hacerle un daño físico, psicológico o moral.

Las palabras violencia física y psicológica forman parte del complemento de la palabra agresión y si se eliminan de la figura penal tal como lo establece el segundo párrafo de este Artículo se está desintegrando el significado de la palabra agresión y si no hay agresión a mi juicio, tampoco hay acción pues la acción es el verbo rector ejemplo: yo agredo tu agredes, él o ella agrede nosotros agredimos etc.

A criterio de la titular la definición de esta figura penal en su primer párrafo, debió ser ésta: **agresión sexual**. Quien agrede y realice actos inmorales con fines sexuales o eróticos a otra persona, siempre que no constituya delito de violación, será sancionado con prisión de cinco a ocho años. (La palabra al agresor o a si misma) eliminarla porque da motivos a entender que hay una tercera persona que agrede al agresor y que el agresor se puede agredir asimismo.

Segundo párrafo debió regularse así: la pena se aumentará en dos terceras partes cuando la víctima fuere menor de catorce años o adolezca de incapacidad volitiva o

cognitiva declarada judicialmente y en ningún momento se tomará en cuenta el consentimiento prestado por la víctima o por su representante legal.

### 3.8. Concepto de acto

“Hecho o acción. Manifestación de la voluntad humana.”<sup>37</sup>

“Comportamiento exterior evitable”.<sup>38</sup> Las normas del derecho penal tienen por objeto acciones humanas, se refiere a un comportamiento activo.

### 3.9. Clasificación de los actos

#### A. Actos eróticos

“Son acciones amoratorias y comportamientos sexuales, relativos al amor”.<sup>39</sup>

#### B. Actos sexuales

Como actividad sexual se incluye cualquier tipo de penetración de órganos genitales con consentimiento o en contra de la voluntad, o aprovechando la incapacidad de un menor para comprender ciertos actos. También se incluye el inducir u obligar a tocar los órganos genitales del agresor y cualquier acción que

---

<sup>37</sup> Diccionario de la Real Academia Española

<sup>38</sup> Bacigalupo, **Ob. Cit.** Pág. 58

<sup>39</sup> Diccionario de la Real Academia Española



incite al menor a escuchar o presenciar contenido sexual impropio; observar al adulto desnudo o mientras mantiene relaciones sexuales con otras personas, ver material pornográfico o asistir a conversaciones de contenido sexual. El abuso sexual de violación y el estupro son considerados delitos sin importar el sexo o edad de la víctima. En el caso de abuso sexual infantil, los fenómenos que se desencadenan tienen que ver con trastornos en el desarrollo psicosexual. Una dificultad en la relación madre-hija puede complicar el riesgo para el abuso sexual infantil y las consecuencias del abuso carnal que tienen por finalidad satisfacer la lujuria. En los delitos de atentado al pudor además de ser diversos de la conjunción carnal en cuanto a su materialidad, no significa que deben ser más de uno los actos no deben constituir parte del itercriminis. El abuso sexual es definido como cualquier actividad sexual entre dos o más personas sin consentimiento de una persona. El abuso sexual puede producirse entre adultos, de un adulto a un menor abuso sexual a menores y abuso sexual infantil o incluso entre menores.

### **3.10. Signos de posible abuso sexual**

Cambios comportamientos mentales abruptos, heridas inexplicables, especialmente en los genitales y los senos (en mujeres), vestimenta rota o manchada, embarazo, Infecciones de transmisión sexual, problemas de comportamiento inexplicables, depresión, auto abuso o comportamiento suicida, abuso de drogas o alcohol, pérdida espontánea de interés en la actividad sexual, aumento espontáneo del comportamiento sexual, trauma.

La clínica de enfermedades infecciosas del Hospital Roosevelt se ha caracterizado por ser la pionera en la atención integral a personas sobrevivientes de violencia sexual, desde que se implementó este programa en el año 2003, como una respuesta a la demanda y necesidades observadas.

“Se realizó un estudio descriptivo en el área de Psicología del Hospital Roosevelt en pacientes femeninas en edad reproductiva de 15 a 49 años en un período de 4 años (enero 2005 a diciembre 2009) en el cual se pudo determinar que las impresiones clínicas y hallazgos psicológicas más frecuentes es la depresión con un 55.9%, seguido de la ansiedad con 17.8% y en estado clínico la tristeza es el hallazgo psicológico con más frecuencia”.<sup>40</sup>

Al hablar de actos sexuales es implícito hablar de los abusos deshonestos que influyen y definen la conducción de las relaciones entre dos o más personas del género femenino y masculino.

La Organización Mundial de la Salud la violencia basada en su género causa más problemas de salud que los accidentes de tránsito, ha comprobado que la violencia sexual produce estrés post traumático el cual se manifiesta con imágenes repetitivas, pesadillas y otros síntomas intrusivos de la memoria.

---

<sup>40</sup>Revista del Colegio Médico de Guatemala. Pág. 31

En Guatemala, se tiene conocimiento que desde la conquista las mujeres de los vencidos y las mujeres indígenas sufrieron ultrajes sexuales por parte de los conquistadores, siendo en muchos casos sometidas a esclavitud sexual, los primeros mestizos fueron engendrados en odio y miedo. El mestizaje en Guatemala fue un proceso de violencia extrema contra las mujeres, consumativo de una violación frustrada. Estudiando la doctrina del derecho penal observé que existe diversos actos, por lo que es necesario que el legislador defina en cada figura penal el tipo de actos que prohíbe en la norma penal.

Yo analizo, que el legislador al titular: de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas, se refirió al derecho que tienen las personas menores e incapacitados de ser protegidos por el bien jurídico tutelado, y dentro de ese rubro figura en el delito de agresión sexual, sin embargo, a mi juicio no se está protegiendo a la víctima cuando fuere menor de catorce años porque la misma ley permite que los menores de 13 años tienen capacidad relativa para ser testigos y en este caso se hubiera regulado por la minoridad de edad, que en ningún momento se tomará el consentimiento prestado por la víctima, tal como lo regula el Artículo 202 Ter del Código Penal, porque a veces éstas víctimas prestan su consentimiento bajo amenaza con el objeto de evadir responsabilidad penal o simplemente atenuar la pena por ser familiar el victimario.

Y con respecto del resultado que es uno de los elementos más importantes en los delitos de lesión, tal como es el caso de agresión sexual tiene que haber una lesión física o psicológica y si nos vamos al segundo párrafo del Artículo expone que el



agresor comete el mismo delito aunque no use violencia, es ilógica esa frase y contradictorio al primer párrafo; por lo concerniente según esta teoría sino hay resultado no se ejecutó la acción por lo tanto no hay delito.

## CAPÍTULO IV

### 4. Análisis del término incapacidad del Artículo 173 bis del Código Penal

En este título hago un análisis de la palabra incapacidad que para tener valor jurídico tiene que ser declarada por un juez competente.

#### 4.1. Definición de incapacidad volitiva

“Falta de entendimiento y voluntad para tomar decisiones”.<sup>41</sup> En Derecho Penal debe entenderse como el trastorno mental y la carencia de aptitud legal para ejercer sus derechos y contraer obligaciones.

El tercer párrafo del Artículo 76 del Código Procesal Penal, estipula que la incapacidad será declarada por el tribunal competente, según el estado del juicio

#### 4.2. Definición de incapacidad cognitiva

La incapacidad cognitiva tiene estrecha relación con la rama de la psicología general que se dedica al estudio de los procesos mentales superiores, es decir, al funcionamiento de la mente y cómo a través de estos procesos se interactúa adecuadamente en el mundo, memorizando, solucionando problemas, discerniendo

---

<sup>41</sup> Diccionario de la Real Academia Española

sobre una situación, tanto la comunicación cómo la reflexión sobre los propios pensamientos (meta cognición).

#### **4.3. Psicología cognitiva**

La psicología cognitiva es una de las más complejas ramas de la psicología y la que más se ha beneficiado de la experimentación; pues ha puesto de manifiesto algunas de las capacidades y de las limitaciones cognitivas de los seres humanos. Por ejemplo, ha mostrado la gran cantidad de errores que cometemos con argumentos deductivos, al aceptar conclusiones que no se siguen de las premisas; y que los seres humanos solemos aceptar conclusiones que se parecen a las premisas de un argumento. También, ha mostrado que las personas tienen especiales dificultades para adquirir y utilizar información negativa en relación.

#### **4.4. La psicología**

La psicología estudia las manifestaciones físicas con las que se responde a los diferentes estímulos tanto internos como externos.

La psicología juega un papel muy importante en los procesos de pensamiento del hombre y demás actividades psíquicas, que nos permitirán remitirnos al pasado para tener una visión más clara de los hechos. El factor psicológico siempre debe estar unido al factor lógico en lo que respecta a la formación del juicio valorativo de las pruebas.

#### 4.5. Manifestaciones psicológicas

Las personas violentadas sexualmente, están expuestas a serios daños para la salud física y mental unas más complejas y otras menos obvias entre ellas están: a) la baja autoestima, b) agresión, c) depresión y d) la ansiedad.

“La autoestima llamada también amor propio o amor a nosotros mismos, aceptación a la vida y de nuestro semejantes”.<sup>42</sup> Situaciones que se hacen más vulnerables en las y los adolescentes, aunque la edad no es un factor determinante para ser víctima de la violencia sexual, ya que este estudio nos permite identificar también a niños como seres más vulnerables, pues ellos muchas veces son obligados a callar por el temor a las amenazas de muerte hacia los progenitores; en la mayor parte de casos, los niños son abusados por familiares o amigos de la familia, personas que se consideran de confianza.

La violencia sexual en las diferentes etapas de la vida de un ser humano, está causando devastadoras consecuencias psicológicas, emocionales y físicas que modifica o altera la vida de la persona víctima/sobreviviente; estas alteraciones son generadas por el hecho de haber sido humillada, ultrajada denigrada usada de forma violenta, en contra de su voluntad y privada de la libertad de elección, ya que en ese momento no existe otra alternativa más que ceder a las exigencias del agresor y de esa manera obtener la oportunidad de vivir.

---

<sup>42</sup> Asturias, Ingrid. **psicología fácil**. pág. 213

La mayoría de las personas indican que el temor a morir en manos del agresor es el que activa el instinto de supervivencia, más si se tiene un arma en el vientre o en la sien, además destruye la autoestima y fomenta la desvalorización que condiciona a la sobreviviente e induce a ponerse en situaciones de riesgo y se expone a otro ataque violento, de modo que alguien que ha sido abusado en la niñez o adolescencia de alguna manera desarrolla características que lo hacen más vulnerables.

Problemas psicosomáticos. “La Psicósomática es una rama de la psicología y estudia la relación entre el cuerpo y la mente; y para una persona que ha sido víctima de agresión o violación sexual, para esa persona no hay cosa más indignante que un médico le diga que los exámenes no revelan señales de haber sido ultrajada y/o que un juez no haga justicia”<sup>43</sup>.

#### **4.6. Incapacidad**

Manifestación que hace el juez competente para declarar incapaz a toda persona mayor de edad que se halla en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tenga intervalos lúcidos, o la manía sea parcial. La ONU en el primero de los Principios, dedicado a las libertades fundamentales y derechos básicos, enumera cinco derechos fundamentales de la persona que padece enfermedad mental: a) El derecho a la mejor atención disponible en materia de salud mental, que será parte del sistema de asistencia sanitaria y social; b) El derecho al trato humanitario y digno; c) El derecho a

---

43 Ibid. pág. 56



la protección contra la explotación económica, sexual o de otra índole, el maltrato físico o de otra índole y el trato degradante. d) El derecho a no sufrir discriminación por motivo de enfermedad mental, que remite también al respeto de la dignidad de toda persona humana; e) El derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos por todas las declaraciones y los tratados de derechos humanos.

#### **4.7. Incapacidad legal**

La falta de aptitud jurídica para realizar, gozar o ejercer derechos o contraer obligaciones por sí mismo. Las perturbaciones mentales transitorias no determinan la incapacidad de obrar, pero son nulas las declaraciones de voluntad emitidas en tales situaciones.

#### **4.8. Interdicción judicial**

Definición del Artículo 9 del Código Civil. Los mayores de edad que adolecen de enfermedad que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción. Pueden asimismo ser declarados en estado de interdicción las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefaciente, se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos.

La declaratoria de interdicción produce, desde la fecha en que sea establecida en

sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos, pero los actos anteriores a tal declaratoria en la época en que se verificaron.

El Artículo 12 de Código Civil regula: la interdicción judicial puede solicitarla indistintamente a) La Procuraduría General de la Nación; b) Los parientes del incapacitado; c) Las personas que tengan contra él alguna acción que deducir; y termina cuando cesa la causal que la motivo y así lo declare la autoridad judicial a instancia de quienes tienen derecho a pedirla o del mismo declarado incapaz. Dichas personas tienen prohibido ejercer la capacidad de ejercicio.

Quienes padezcan de ceguera congénita o adquirida en la infancia y los sordomudos tienen incapacidad civil para ejercitar sus derechos, pero son capaces los que pueden expresar su voluntad de manera indubitable. Los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales.

#### **4.9. Capacidad**

La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.

#### **4.10. Capacidad relativa**

Es la que poseen los menores de edad para ciertas actividades, según el artículo 213

del Código Procesal Penal los menores de 13 años tienen capacidad para ser testigos; además las mujeres mayores de 14 años tienen capacidad relativa para contraer matrimonio y reconocer hijos y los hombres mayores de 16 años, según el Artículo 81 y 218 del Código Civil, pues un menor posee derechos reconocidos por nuestra legislación guatemalteca como lo es el derecho al trabajo y de constituir una nueva familia a través del matrimonio en el caso de las mujeres.

#### **4.11. Necesidad de declarar judicialmente la incapacidad cognitiva y volitiva**

Yo opino, que si bien el legislador en el tipo penal agresión sexual previó en la regulación del mismo, que se comete el mismo delito cuando la víctima sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, no prescribe si es necesario declararla judicialmente y en todo caso dicha descripción puede dar lugar a dos situaciones que podrían ser injustas.

1. perseguir penalmente casos en los cuales existe manipulación o adulteración de la información criminal, pues algunos progenitores u otros familiares cercanos a la víctima actúan por venganza o por despecho.
2. Si la víctima realmente adolece de incapacidad y no ha sido declarada judicialmente, utilizarlo como herramienta para decir que la víctima está mintiendo y particularmente encubrir algún familiar.



Yo analizo que la norma penal de agresión sexual en vez de ser más beneficiosa, es todo lo contrario, porque no describe expresamente la declaratoria de incapacidad judicial para las menores de edad o que se encuentren en estado de incapacidad cognitiva o volitiva que pueden ser mayores de edad, aunque pudiera integrarse con las normas civiles para exigir su aplicación; es decir, dicha norma posibilita jurídicamente que aún siendo mayor o menor de edad, pueda encontrarse en tales situaciones que podrían afectar un futuro debate y tomando en cuenta el principio procesal del Debido Proceso contenido en el Artículo 12 y 17 de la Constitución de la República de Guatemala el cual en el segundo párrafo del Artículo 12 estipula ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

El principio debido proceso llamado también juicio previo contenido en el Artículo 4 del Código Procesal Penal, establece en su segundo párrafo. “La inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio”.

De manera que la norma penal no cuenta con una manifestación expresa o tácita que demuestre o haga suponer que la intención del legislador, fue la de dejar establecido certeramente que aun sin declarar judicialmente la incapacidad, puede ser prueba admisible dentro del proceso penal y darle valor probatorio a la declaración de un menor, debido a que éste estuviese o no manipulada por sus representantes legales o progenitores, ya que la mayoría de abusos sexuales en menores se da entre familiares cercanos a la víctima según estadística de la fundación sobrevivientes.

Además se advierte que la falta de certeza o convicción puede dar lugar a que el juzgador declare sobreseimiento o clausura provisional del proceso según el Artículo 328 del Código Procesal Penal el cual establece: corresponderá sobreseer a favor del imputado.

- 1) “Cuando resultare evidente la falta de alguna de las condiciones para la imposición de una pena, salvo que correspondiere proseguir el procedimiento para decidir exclusivamente sobre la aplicación de una medida de seguridad y corrección.
- 2) Cuando a pesar de la falta de certeza, no existiere razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir fundamentalmente la apertura a prueba”.

El Artículo 331 del Código Procesal Penal regula: “Clausura provisional. Si no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura del juicio, se ordenará la clausura del procedimiento, por auto fundado, que deberá mencionar concretamente los elementos de prueba que se espera poder incorporar. Cesará toda medida de coerción para el imputado a cuyo respecto de ordena la clausura”.

Para el efecto transcribo la parte resolutive de una sentencia emitida por un juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y delitos contra el ambiente, donde una jueza dictó clausura provisional en un caso de delito de agresión sexual debido a que el Ministerio Público no pudo incorporar al escrito de acusación dictámenes periciales que indicaran la afectación emocional de una menor víctima de una agresión sexual.



Contenido de la parte resolutive del auto que se realizó en forma verbal:

“POR TANTO: Se clausura provisionalmente el presente proceso a favor del sindicato Manuel De los Palotes por el delito de agresión sexual cometido en agravio de la menor Blanca Azul Celeste por lo antes considerado, debiendo el Ministerio Público incorporar los dictámenes periciales que demuestren la afectación emocional de la menor por el hecho denunciado por lo que se debe resolver conforme a derecho. Se ordena el cese de toda medida de coerción decretada en contra del sindicato”.

Naturaleza de la resolución recurrida. La naturaleza de la resolución recurrida, lo es un auto dictado de forma oral por la jueza declarando la clausura del proceso esto es de conformidad con el Artículo 404 inciso 8 del Código Procesal Penal, contra el que cabe el recurso de apelación.

En caso de procedencia del recurso de apelación y el agravio que se denuncia cometido. El caso de procedencia del recurso de apelación especial que se deduce contra la resolución que declara la clausura del proceso, dictada por la jueza cuarto de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente, está contenido en los Artículos 15 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 1 y 2 del Código Penal, 7 de la Ley del Organismo Judicial y 328, 331 y 332 del Código Procesal Penal y el Artículo 3 inciso 1 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño y 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Agravios cometidos que se denuncian. El Artículo 331 del Código Procesal Penal indica que si no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura a juicio se ordenará la clausura del procedimiento, por auto fundado, que deberá concretamente mencionar los elementos de prueba que se espera poder incorporar.

Por lo tanto, la señora jueza al clausurar el presente proceso a indicar que medios de investigación debe aportar la fiscalía, ha inobservado lo previsto en este último citado pues la fiscalía ya tiene por determinada la probabilidad de participación del sindicado en el hecho que se le imputa, en caso contrario si la fiscalía no hubiese tenido por determinada esta probabilidad de participación hubiera solicitado la clausura provisional o inclusive el sobreseimiento del mismo, asimismo establece el Artículo 332 segundo párrafo del Código Procesal Penal que la etapa intermedia tiene por objeto que el juez evalúe si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público.

Además opino, que la inobservancia de lo previsto en este punto puede ser usado por el victimario para aprovechar también la condición de vulnerabilidad e inmadurez emocional del o la menor de edad, pues en algunos casos los dictámenes periciales demuestran la afectación emocional de la víctima.





Tiene carácter extraordinario y sólo puede aplicarse en los casos expresamente consignados en la ley.

b. Prisión

Consiste en la privación de la libertad personal, su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años

c. Arresto

Consiste en la privación de la libertad personal hasta por sesenta días. Se aplicará al responsable de faltas.

d. Multa

Consiste en el pago de una cantidad de dinero que el juez fijará dentro de los límites legales.

#### 5.4. Penas accesorias

a. Inhabilitación absoluta

Comprende:

1. La pérdida o suspensión de los derechos políticos
2. La pérdida del empleo o cargo público.
3. La incapacidad para obtener cargos o empleos públicos.
4. La privación del derecho de elegir y ser electo.
5. La incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor.

b. Inhabilitación especial consiste en:

1. En la imposición de alguna o algunas de las inhabilitaciones establecidas en los distintos incisos del Artículo que antecede.

2. En la prohibición de ejercer una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación.

### **5.5. Principio de proporcionalidad**

Este principio considera que atendiendo indiscutiblemente a los caracteres de la personalidad del delincuente, la pena debe ser en proporción a la naturaleza y a la gravedad del delito valorada objetiva y subjetivamente por el juzgador en el momento de dictar la sentencia condenatoria. El límite racional a la posibilidad de privar la libertad del imputado está constituido por el principio de proporcionalidad: Parece racional el intento de impedir que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija a quien la soporta, un mal mayor, irremediable, que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena.

La proporcionalidad se refiere, sin duda a la comparación entre la detención preventiva de libertad cumplida o a cumplir y el daño causado a la persona agraviada a medida que no resulte inapropiada. La pena concreta que se puede establecer en ese procedimiento para el imputado de ese delito, sin embargo el principio de excepcionalidad, no agota las exigencias que deben ser verificadas para permitir el encarcelamiento de un culpable o inocente.

Yo pienso que la pena establecida para este delito es insuficiente para el daño psicológico causado a una, niña, niño o adolescente, porque está comprobado por la Organización Mundial de la Salud que causa estrés, pesadillas y falta de memoria, y si



estando regulada la pena de muerte en el delito de violación calificada, los depravadores sexuales no temían a la ley y cometían esta clase de delitos macabros, no se diga ahora que la ley es más débil.

## **5.6. Daños que se generan en la víctima menor de 14 años**

### **a. Daño psicológico o moral.**

Ha sido definido de diversas maneras, aun cuando ellas no impliquen opiniones encontradas de los autores. No se define bajo la expresión de agravio, sino de su equivalente daño, como el que incide sobre la consideración, el honor o los efectos de una persona; así la difamación, la ruptura injustificada de una promesa de matrimonio, la muerte del cónyuge o de un pariente próximo etc.

Así si se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados, el agravio moral consiste en el desmedro sufrido en los bienes extra patrimoniales que cuentan con protección jurídica y si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se inflige a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley. El daño moral tanto puede proceder de un acto ilícito como de uno criminal y en cualquier supuesto, la responsabilidad de la indemnización del daño causado corresponde al agraviante. Claro es que la tasación del daño moral resulta más dificultosa que la del daño material aun cuando en ambos casos su determinación queda atribuida al arbitrio judicial las

mujeres quedan traumatadas y de mal carácter, con alteración de nervios, miedo y si tienen hijos les afecta.

#### b. Daño físico

“Es el perjuicio que recibe una persona producido por un daño corporal o que es ofendida en su dignidad, honra o fama con algún dicho o hecho o afectada por la comisión de un delito.(todo lo que pueda confundirse con la injuria y la calumnia). También el hecho o dicho con que se hace esta ofensa. Típicamente forense, mal, daño o perjuicio que se le causa a una persona que lo llevan a la muerte”.<sup>45</sup>

### **5.7. No existe agravación de la pena por ser la víctima menor de 14 años**

Yo pienso que cuál sería la razón del legislador al hacer taxativa la edad de la víctima si no fijó agravación de la pena dentro de los numerales del Artículo 174 del Código Penal. Agravación de la Pena. La pena a imponer por los delitos enunciados en los Artículos anteriores, se aumentará en dos terceras partes en los siguientes casos:

- 1º. Cuando la conducta se cometa por la acción conjunta de dos o más personas.
- 2º. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por ser adulto mayor, padecer de enfermedad, estar en situación de discapacidad física o mental, o por encontrarse privada de libertad.

---

<sup>45</sup>Ossorio. Ob. Cit. Pág. 71

- 3°. Cuando el autor actuare con uso de armas o de sustancias alcohólicas, narcóticas o Estupefacientes o de otros instrumentos o sustancias que lesionen gravemente la salud de la persona ofendida o altere en su capacidad volitiva.
- 4°. Cuando se comete en contra de una mujer en estado de embarazo o cuando se produzca dicho estado como consecuencia del delito.
- 5°. Cuando el autor fuere pariente de la víctima, o responsable de su educación, guarda custodia, cuidado tutela, o sea del cónyuge, ex cónyuge, conviviente, exconviviente de la víctima o de uno de sus parientes dentro de los grados de ley.
- 6°. Cuando a consecuencia de la conducta, el autor produjere contagio de cualquier enfermedad de transmisión sexual a la víctima.
- 7°. Cuando el autor fuere un funcionario, empleado público o un profesional en el ejercicio de sus funciones.

A criterio de la titular el legislador debió agravar la pena y hacerla taxativa dentro de los numerales del Artículo 174 debido a que antes de ser derogado el delito de violación calificada por el Decreto número 9-2009 el cual tenía estipulada la pena de muerte, y aún así cometían crímenes que causaban revuelo en la sociedad ahora se cometen crímenes macabros de impacto social y para comprobar tal extremo la titular conformó el siguiente registro.

### **5.8. Registro de casos**

El Departamento de Prensa y Estadística del Ministerio Público reconocen que no tienen un registro actualizado del año 2010 y 2011 que les permita determinar la

cantidad total de denuncias a escala nacional por este hecho, sin embargo tienen registrado que en el año 2009 recibió un promedio de 32 denuncias diarias en todo el país por los delitos de agresión sexual, violación, estupro, abusos deshonestos e incesto, la mayor cantidad de denuncias se concentra en la capital, Mixco, Villa Nueva 11,836 denuncias, sólo la Oficina de Atención a la Víctima de la central recibe un promedio de ocho a diez casos diarios de niños y niñas de 10 a 12 años que han sido abusados por familiares, maestros, compañeros de estudios, cuidadores o desconocidos y en la Fiscalía de la Mujer a diario ingresan un promedio de seis denuncias relacionadas con violencia sexual, sin embargo, la jefa de esa fiscalía, Yolanda Sandoval, aseguró que las denuncias podrían ser muchas más, debido a que las víctimas se acercan a comisarías, fiscalías y hospitales, donde reciben atención médica de inmediato y que no llevan un registro adecuado ni los notifican a las autoridades encargadas de velar por este flagelo.

Por si eso fuera poco, de acuerdo con un informe de Médicos Sin Fronteras (MSF), ese programa atendido a más de cuatro mil víctimas de este flagelo desde el 2008, cuando comenzó a funcionar el 95 por ciento mujeres, y el resto, hombres, en su mayoría menores de 14 años.

Según informe de la clínica de enfermedades infecciosas del Hospital Roosevelt del año 2009 el 68% de las personas atendidas, indicó ser sometida bajo amenaza de arma de fuego o arma blanca, el 41% reportó haber sido golpeada, mientras que el 24% fue violentada sexualmente en estado inconsciente por el efecto de alguna sustancia. De todas las personas atendidas el 70% no hizo denuncia, también se recabó que un 30%



de las personas que sufrieron violación sexual conocen a su agresor y que no hicieron denuncia por temor a represalias. Representantes de Médicos sin fronteras coinciden que el sobre registro de casos de violación podría ser mayor debido a que el 70 % las víctimas no denuncian las agresiones por temor.

La mayoría de abusos se da en niñas, porque hay más vulnerabilidad, pero también se da en varones, pero por la cultura machista no se atreven a denunciar y pedir ayuda explicó Odilia Ajxup, de la clínica médicos sin fronteras de la zona 7. Aunque el promedio diario de denuncias por violaciones (32) excede el de muertes violentas (17), de acuerdo con Norma Cruz, directora de la Fundación Sobrevivientes. En 9 de cada 10 hogares suceden agresiones sexuales, la mayoría de víctimas son niñas, adolescentes y mujeres jóvenes, según estudios de la agrupación. Del total de denuncias presentadas al Ministerio Público durante el año 2009, el 48.9% corresponde a víctimas mayores de edad y el 32.7% a menores; el 82.5% de las personas agraviadas fue de sexo femenino y 17.5% masculino.

El sector salud presenta un registro de casos con una gran debilidad porque dice que no tienen unidades especiales para la atención de sobrevivientes de violencia y agresión sexual ni cuenta con personal capacitado y sensibilizado en el tema ya que pierden las evidencias y esto no permite aportar pruebas suficientes que sustenten a la fiscalía y a veces no tienen abierto un expediente clínico, lo que limita el seguimiento que debe darse a los casos, lo recomendable a mi criterio es que el Ministerio Público, la Policía Nacional Civil, el Organismo Judicial y los Hospitales deben trabajar en forma coordinada en un cruce de denuncias.



## 5.9. Falta de sensibilización del Estado

El tema no es prioridad del Estado y esto se expresa en la falta de compromisos de las autoridades de gobierno, pues no están cumpliendo con la función de prevención y protección porque a sabiendas se cuenta con una cultura machista que no solo incrementa las agresiones sino que también limita las denuncias, la respuesta del Congreso de la República en cuanto a la emisión de leyes para contrarrestar esta clase de crímenes en la niñez y adolescencia, en vez de hacer una ley más fuerte la emitieron más débil y por esa razón el sistema de justicia no mejora, por ejemplo, si al victimario del delito de agresión sexual el tribunal de sentencia le imponen una pena máxima de ocho años y el condenado hace uso del recurso de apelación especial, la Sala de Apelaciones puede modificar la sentencia rebajando la condena a la pena mínima de cinco años y cinco años de prisión son conmutables según el Artículo 50 del Código Penal, por tal razón la pena máxima señalada en el tipo, no es congruente si la víctima es menor de 14 años .

Por el objetivo expuesto la titular considera que es necesario dar a conocer las diferentes definiciones de víctima según el ordenamiento jurídico, ¿Qué es el victimario?, y ¿Qué es agresión legítima? para que haya una mejor comprensión en el tema.



## 5.10. Definición legal de víctima

El Artículo 10 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas regula: “Es la mujer de cualquier edad a quien se le inflige cualquier castigo o tipo de violencia”.

Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer. Decreto 22-2008.

“Es toda persona que individual o colectivamente, haya sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos como consecuencia de acciones u omisiones que violan la legislación penal”.

“Víctima es la persona jurídica que sufre un daño provocado por un delito. El daño no tiene por qué ser un daño físico. También puede ser víctima de delitos que no hayan producido un daño corporal un robo o una estafa, siendo entonces el daño meramente patrimonial. También puede ser la persona que sufre daños morales (por ejemplo, en los casos de acoso)”.<sup>46</sup>

El condenado por un delito debe resarcir a la víctima por los daños causados, si bien, dado que no siempre es posible revertir el daño, en muchas ocasiones se sustituye por una indemnización de carácter pecuniario. En el ámbito de la víctima femenina, cabe destacar, frente a otras formas de victimización, la relación existente entre el agresor y la víctima (fenómeno de simbiosis). Ciertamente tienen un importante papel las

---

<sup>46</sup>Ossorio Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 1018

concepciones y roles sociales sexistas, donde la conciencia de la superioridad del hombre y los comportamientos agresivos son dos caras de la misma moneda.

Víctima, en primer término, es todo ser viviente sacrificado o destinado al sacrificio. Sin embargo, desde el punto de vista utilizado habitualmente, una víctima es la persona que sufre un daño o perjuicio, que es provocado por una acción, ya sea por culpa de otra persona, o por fuerza mayor. Una víctima es quien sufre un daño personalizable por caso fortuito o culpa ajena. El victimista se diferencia de la víctima porque se disfraza consciente o inconscientemente simulando una agresión o menoscabo inexistente; y/o responsabilizando erróneamente al entorno o a los demás. El término víctima se utiliza. En América, homicida o autor de lesiones punibles. La Academia sólo admite la voz como el auxiliar de los sacerdotes que sacrificaban a personas, a las que ataba y a las que prendía fuego en el momento ceremonial indicado.

### **5.11. Definición de victimario**

“En América latina al homicida o autor de lesiones punibles se le denomina victimario. La Academia sólo admite la voz como auxiliar de los sacerdotes que sacrificaban a personas, a las que ataba y las que prendía fuego en el momento ceremonial indicado”<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> *Ibíd.* Pág. 1018



Es el que hizo víctima otra persona, cuando no ha habido previa provocación por su parte y el agredido no haya empleado medios para defenderse. El bien jurídico protegido o tutelado en el delito u objeto del ataque como suele llamarse en la doctrina, es el interés que el Estado pretende proteger a través de los distintos tipos penales, interés que es lesionado o puesto en peligro por la acción del sujeto activo, cuando esta conducta se ajusta a la descripción legal.

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. Persona ofendida en su honra o fama con algún dicho o hecho (lo que pueda confundirse con la injuria y la calumnia). También el hecho o dicho con que se hace esta ofensa. Típicamente forense, mal, daño o perjuicio que el apelante expone ante el juez superior.

## CAPÍTULO VI

### **6. Análisis de los elementos objetivos materiales violencia física y psicológica**

#### **6.1. Etimología de las palabras agresión y violencia que integran el Artículo**

En el presente capítulo me dediqué a estudiar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal violencia física y violencia psicológica o moral regulada en el Artículo 173 Bis del Código Penal donde prescribe. “Agresión Sexual. Quien con violencia física o Psicológica, realice actos con fines sexuales o eróticos a otra persona, al agresor o a si misma, siempre que no constituya delito de violación, será sancionado con prisión de cinco a ocho años”.

“Siempre comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aún cuando no medie violencia física o psicológica”.

De lo anterior, me fue oportuno previamente recurrir, particularmente, a la norma de interpretación gramatical que se hace analizando el verdadero sentido de las palabras de acuerdo a su uso y al Diccionario de la Real Academia Española para establecer el significado de las palabras agresión y violencia. Al interpretar la norma penal en cuestión y conforme a las reglas de interpretación recurro al Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial.

Interpretación de la ley. Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. Refiriéndose a la interpretación gramatical; ésta interpretación busca relación con las otras palabras que forman el texto tomando en cuenta los puntos y comas, por lo tanto, cuando la ley no es clara, se desatenderá su tenor literal con la finalidad de consultar su espíritu, para ello recurrimos a la etimología de las palabras agresión y violencia.

**“Agresión.** Viene del latín *agressio*, ónis que significa:

1. Acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo, o hacerle daño.
2. Acto contrario al derecho de otra persona.
3. Ataque armado de una nación contra otra, sin declaración previa.

**Violencia.** Del latín *Violentía* que significa:

1. Cualidad de violento
2. Acción y efecto de violentar o violentarse.
3. Acción violenta o contra el natural modo de proceder.
4. Acción de violar a una mujer”<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Diccionario de la Real Academia Española

## **6.2. Agresión legítima**

En otro sentido la agresión constituye un elemento que juega o armoniza con la legítima defensa ya que representa un medio proporcionado para defenderse de la agresión de otro de conformidad a este escenario representa un eximente de responsabilidad para quien ha actuado repeliendo la agresión legítima o ilegítima, es decir que la expresión comentada presenta dos sentidos: Uno de carácter substantivo representado por un daño corporal o material que puede dar lugar a responsabilidad de orden civil o penal para el agravante y otro de índole adjetiva, en cuanto da derecho a la impugnación de una resolución judicial cuyo contenido se reputa agravante al derecho de quien lo alega.

## **6.3. Agresión en el derecho penal**

Agresión es acometimiento de hecho por una o varias personas contra otra u otras personas o contra bienes protegidos por la ley penal. La agresión como hecho violento, injusto y contrario a la norma jurídica protectora de bienes e intereses individuales está referida a los delitos de homicidio, lesiones y abusos de armas; para la legislación Guatemalteca es necesario que la agresión tenga un resultado eminente. Con relación al aspecto subjetivo del delito de agresión, no debe confundirse la intención del sujeto con el dolo que es el resultado previsto, ni tampoco el dolo propio de una figura de daño.

La agresión también se evalúa como peligro para el que se defiende y, sin ese riesgo, no se estima necesaria la defensa. En esta representación el sujeto se refiere al dolo, daño y peligro como tal, como situación objetiva, bastando que la voluntad esté expresamente dirigida a crear esa situación.

#### **6.4. Agresión sexual**

“La que atenta contra la libertad sexual de las personas y realizarse con violencia o intimidación es constitutiva de delito”.<sup>49</sup>

#### **6.5. Agresor**

“Es la persona que acomete a otro con propósito de golpearlo, herirlo y matarlo, cuando dos personajes se acometen el que ataca primero en general es el que viola o quebranta el derecho ajeno y quien inicia el daño”.<sup>50</sup>

La expresión comentada presenta dos sentidos: uno de carácter sustantivo representado por la ofensa que contiene y que puede dar lugar a responsabilidad de orden civil o penal para el agresor y otro de índole adjetiva, en cuanto da derecho a la impugnación de una resolución judicial cuyo contenido se reputa agravante al derecho de quien lo alega. Se observa como consecuencia que el concepto se estructura

---

<sup>49</sup> Diccionario de la Real Academia Española

<sup>50</sup> Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 70

tomando como base fundamental la descripción de los elementos objetivos en la conducta y cuando estos concurren se está hablando de una agresión legítima.

## 6.6. Violencia física

“Es toda acción de agresión en la que se utiliza fuerza corporal directa y objetos tales como todo tipo de armas y sustancia que causen daño sufrimiento físico, lesiones o enfermedad a una mujer” Artículo 6 de la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer”.

“El Artículo 1, inciso 4º. De las disposiciones generales del código Penal define que es la manifestación de la fuerza sobre personas o cosas”.

La violencia puede ser ejercida por una persona sobre otras de modo material o moral; en el primer caso, la expresión equivale a la fuerza y en el segundo, la intimidación. Y con respecto al primero, el empleo de la violencia es lo que configura o califica determinados delitos (homicidio, robo, violación, quebrantamiento de condena evasión, allanamiento de morada), temas considerados en las voces respectivas.

Aunque la locución posee sentido muy amplio en una análisis antijurídico con ilicitud como predominante, salvo cumplimiento forzoso de alguna comisión legal la comparecencia de los testigos rebeldes, la detención a viva fuerza de los sospechosos, la persecución a fuego incluso de los fugitivos y la ejecución de la pena capital,



adquiere típica formulación de lo penal como una de las circunstancias que transforman en robo, el apoderamiento de las cosas muebles ajenos.

La violencia que se ofrece como alternativa tipificadora con la fuerza en las cosas, es de toda índole, desde la muerte y las lesiones, los golpes o empujones, hasta el arrebató de algo que se tiene en sí o en la mano y que se disputa, sin daño físico o personal. Es decir, cuanto manifiesta la activa oposición del despojado, la fuerza material ejercida sobre o contra una persona, a fin de lograr que preste su consentimiento; para la formalización de un acto jurídico, vicia este consentimiento y torna anulable, a pedido de parte el acto jurídico en cuestión.

De acuerdo con la definición de salvar, la violencia, hablando en términos jurídicos, es la coerción ejercida sobre una persona para obligarla a ejecutar un acto que no quería realizar. La acción y efecto de violentar, de aplicar medios violentos para vencer su resistencia tiene repercusiones jurídicas que son tanto de orden civil como penal. Con respecto al primero, porque representa un acto atentatorio contra la libre voluntad de las personas en la realización de los actos jurídicos, por lo cual es causa de nulidad.

El codificador estableció una norma lógica ya que es indudable que la violencia física allegada era realmente irresistible, considerando para ello, las circunstancias en que el hecho se produjo y también las condiciones personales tanto de la persona sometida a coerción, como de aquel o aquellos que lo han coercido.

## 6.7. Violencia psicológica

El Artículo 1 inciso 4º. De las disposiciones generales del Código penal la define como: “intimidación a personas y toda conducta a través de la cual se ocasione daño emocional, disminuya la autoestima, perjudique o perturbe el sano desarrollo integral de la persona”.

“Son acciones que pueden producir daño o sufrimiento psicológico o emocional, a una mujer”<sup>51</sup>.

## 6.8. Violencia sexual

La organización Mundial de la Salud la define como: “todo acto en el que una persona en relación de poder y por medio de la fuerza física, coerción o intimidación psicológica, seducción, persuasión, presión o amenaza que obliga a otra a que ejecute actos sexuales en contra de su voluntad, o que participe en interacción sexuales que propicien su victimización”.<sup>52</sup>

Se refiere a las acciones que obligan a una persona a mantener contactos sexualizados físicos o verbales, o, a participar en ellos mediante la fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza u otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. También se comprende el hecho que la persona agresora obligue a

---

<sup>51</sup> Diccionario de la Real Academia Española

<sup>52</sup> Revista del Colegio Médico de Guatemala. Pág. 11

la persona agredida a realizar alguno de los actos descritos con otras personas, ajenas a la familia. La violencia sexual en sentido amplio atenta contra la integridad sexual y la dignidad humana buscando fundamentalmente someter el cuerpo y la voluntad víctima del delito. Se entenderá por víctimas a las personas que le son violados sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, etc. O sea que se considera víctima de una delito: al que sufre directamente el daño; a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa; a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. La psicóloga Lydia Motta en la recopilación de la información para la revista del Colegio Médico de Guatemala menciona que Mendelshon clasificó a las víctimas cualitativamente según el grado de participación en: a) víctima inocente, aquella que nada hizo para desencadenar la acción criminal; b) víctima voluntaria, colaboradora con el victimario, por ejemplo: eutanasia; e) víctima agresora, simula una agresión de la que no fue objeto, victimizándose.

La Organización Mundial de la Salud define la victimización como: “aquellos sufrimientos que a las víctimas de un delito les infieren las instituciones encargadas de hacer justicia o brindar salud: jueces, policías, peritos, criminólogos, médicos, enfermeras y otros funcionarios públicos”.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Revista del Colegio Médicos y cirujanos Pág. 43

El procedimiento penal guatemalteco por aplicación del principio del debido proceso según los Decretos 18-2010 y 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, pretende fortalecer las debilidades del sistema de justicia penal, pues se dice que la justicia es un derecho humano de impostergable cumplimiento, por lo tanto debe responder a las legítimas pretensiones de ambos como sujetos procesales, pues ambos tienen derecho a la tutela judicial efectiva. Consecuente con la corriente actual latinoamericana, le da un cierto rol a la víctima, como el derecho a ser informada de sus facultades para constituirse no solo en querellante particular, sino, además, en actor civil y su reconocimiento a un trato digno, y a ser notificada de las resoluciones fundamentales del proceso. La víctima del delito debe tener un reconocimiento en la ley.

### **6.9. Violencia moral**

El empleo de cualquier medio lógico destinado a inspirar temor o intimidación. Si, por sus proyecciones en el campo jurídico, resulta muy difícil fijar los límites de la violencia física irresistible, es indudable que los de la violencia moral son casi imposibles de precisar, ya que dependen de un cúmulo de factores subjetivos y circunstanciales.

Para la apreciación de la violencia moral se ha de tener en cuenta si ha podido producir racionalmente fuerte impresión en la persona violentada, dadas sus condiciones de carácter, costumbres o sexo. Suele entenderse que no hay intimidación o injusta amenaza cuando el que las hace se reduce al ejercicio de sus propios derechos, así como tampoco el temor reverencial o el de los descendientes para con los ascendientes

o el de la mujer para con el marido o el de los subordinados para con sus superiores son causa de intimidación que justifique la anulación de los actos.

La fuerza o la intimidación ejercida por un tercero que no intervenido en el acto, lo hace anulable. Pero estos términos son también vagos y susceptibles de distintas interpretaciones y queda librada al según juzgador la responsabilidad de determinar si, en cada uno de los casos que se le plantean, se han cumplido los extremos requeridos para decretar la nulidad de un acto jurídico impugnada por esta causa, si es que se prueba.

#### **6.10. Incoherencia e ininteligibilidad del Artículo 173 bis del Código Penal**

- a) En el contenido del primer párrafo del referido Artículo es ambiguo al describir lo siguiente: quién realice actos no especificando qué clase de actos son; al agresor o a sí misma. Esta otra frase es ambigua y representa un problema de interpretación. ¿A quién se refiere al describir al agresor? pues, da lugar a entender primero que entre el agresor y la víctima puede intervenir un tercero que agrede al agresor; por lo tanto, la descripción al agresor contenida en la norma penal 173 Bis del Código Penal, es incoherente con una adecuada relación de causalidad, no siendo posible que una tercera persona que agrede al agresor sea sancionado. Por otra parte, la descripción a sí misma tampoco es clara y representa otro problema de interpretación sobre todo si entendemos que se trata del agresor o del tercero que interviene (o), constituyendo una acción normalmente inidónea para configurar coherentemente el tipo.

- b) El segundo párrafo del artículo en mención es contradictorio al regular, siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de 14 años de edad o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aún cuando no medie violencia física o psicológica, la violencia física o psicológica integran la relación causal del tipo sino que también contienen vinculación con la acción o verbo rector y al eliminar estos elementos del tipo, dentro del contexto del procedimiento penal: No se le podría imputar el hecho al individuo, porque imputación objetiva dentro del contexto sustantivo podría deducirse como: la relación entre la acción y el resultado; por lo tanto, se le debe imputar al autor del delito consumado y, el delito es consumado cuando concurren todos los elementos de su tipificación que son a) Acción o conducta Humana; b) Relación de causalidad; c) Tipicidad; d) Antijuricidad y e) Culpabilidad por lo tanto si falta uno de estos elementos, se estaría hablando de una tentativa.
- c) La palabra agresión tiene incorporada la violencia como ya mencioné que según el Diccionario de la Real Academia Española, agresión significa acometimiento a una persona para hacerle un daño material o moral, por lo tanto tiene que haber un resultado o consecuencia de la acción u omisión idónea. El Artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial establece: Idioma de la ley. El idioma oficial es el español. Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el diccionario de La Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente.
- d) Toda norma penal lleva implícito un verbo rector que equivale a la acción o conducta

humana que realiza el sujeto, en este caso la palabra agresión es el verbo rector y todo verbo va acompañado de sujeto y predicado, por lo tanto si se elimina la violencia física, psicológica o moral se extingue uno de los presupuestos que configuran el tipo. Contraria a la norma (antijuricidad) cuando en el autor se representa los siguientes elementos exteriores: a) Un cierto comportamiento, b) Un resultado, y c) Relación causal entre acción y resultado. El resultado es un ineludible fenómeno físico que acompaña a toda conducta. No hay conducta sin resultado, interpretando esta norma penal, el sujeto activo al no usar la violencia física, psicológica o moral, solo con ver al sujeto pasivo podría decirse que comete el delito de agresión sexual.

Cuando la voluntad falta no hay acción penalmente relevante como en el siguiente caso; por lo consiguiente esta figura penal puede prestarse para una calumnia en momentos de furia o venganza.

- e) En los elementos objetivos materiales (violencia física, psicológica o moral) va la acción y en la acción va la voluntad del sujeto activo y si éste se propone un fin y lo logra, la acción lleva dolo por lo tanto tiene que haber un resultado o consecuencia.

dado que la interpretación jurídica tiene como finalidad descubrir y comprender el significado de una disposición legal, la figura penal del Artículo 173 BIS es completamente adverso, incoherente e inconstitucional, en primer término porque para que se le impute un delito a una persona se tiene que confrontar la conducta humana



con la ley para determinar si concurren todos los elementos positivos del delito que son acción o conducta humana, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y la relación de causalidad y en segundo término sostengo que podría ser inconstitucional la norma que recoge el tipo por la falta de certeza y seguridad jurídica consagrado en el Artículo 2º. De la Constitución Política de la República de Guatemala que consiste en la confianza que tiene el ciudadano dentro de un Estado de Derecho, hacia el conjunto de leyes que garanticen se seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible; en todo caso, los jurisconsultos crearon la teoría del delito que sirve e ilustra para determinar si una conducta humana es o no delito. Para configurar el delito agresión sexual, la estructura debe contener necesariamente los siguientes elementos:

- a) el objetivo material que es la acción o conducta humana.
- b) el elemento externo subjetivo que objetiva una determinada actitud del sujeto.
- c) el sujeto pasivo que recibe la acción.
- d) el dolo, que es la voluntad del sujeto dirigida a cometer el delito previsto y con un elemento positivo que haga falta ya no hay delito.





## CONCLUSIONES

1. El Artículo 173 Bis del Código Penal es incoherente, porque los elementos materiales violencia física y psicológica son necesarios para configurar la relación causal del tipo; sin embargo, en el segundo párrafo la figura penal regula que podría calificarse aún sin ellos.
2. En el primer párrafo menciona la palabra “al agresor o a si misma” esta frase está mal redactada porque presenta un problema de interpretación porque se entiende que entre el agresor y la víctima puede intervenir un tercero que agrede al agresor, o que por el contrario el agresor se puede atacar asimismo.
3. El legislador no previó en el segundo párrafo del Artículo 173 Bis que un menor de trece años tiene capacidad relativa para ser testigo penalmente, pues puede darse el hecho de que un menor puede declarar bajo amenaza para favorecer al agresor por ser familiar.
4. El legislador no plasmó en forma taxativa que la capacidad volitiva o cognitiva de la víctima debe ser declarada judicialmente, pues de lo contrario se puede incurrir en perjurio y le restaría valor probatorio al proceso y esto podría dar lugar a que el juez le dicte una sentencia injusta ya sea absolutoria o condenatoria frente al acusado.



5. La pena de prisión regulada en la figura penal de agresión sexual es muy liviana, pues, la legislación anterior era más fuerte ya que tenía contemplada la pena de muerte cuando la víctima era menor de doce años.

## RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe revisar y estudiar cuidadosamente el Artículo 173 bis del Código Penal y reformarlo en virtud que es incoherente, contradictorio al regular que la figura penal puede existir aún sin usar la violencia física o psicológica y éstas palabras no se pueden eliminar pues dentro de la violencia está inmersa la agresión.
2. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, aclare a través de la reforma del Artículo 173 Bis del Código Penal a qué se refirió el legislador al regular la frase “al agresor o a si misma” debido a que se puede interpretar de diversas formas, principalmente que se ataque asimismo o que intervenga un tercer agresor.
3. El Congreso de la República de Guatemala, debe estipular en el segundo párrafo del Artículo 173 bis del Código Penal, que en ningún caso se tomará en cuenta el consentimiento prestado cuando la víctima sea menor de 14 años, o de su representante legal o tutor cuando a la víctima le sea declarada judicialmente la incapacidad volitiva o cognitiva.

4. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, regule en este mismo Artículo que la incapacidad cognitiva y volitiva debe ser declarada judicialmente para tener valor probatorio y consecuentemente una justa sentencia, en virtud que la víctima menor de edad puede declarar bajo amenazas para favorecer a familiares o progenitor
  
5. El Congreso de la República de Guatemala, al reformar el segundo párrafo del Artículo 173 Bis del Código Penal debe incrementar la pena de prisión para esta clase de delito porque en vez de disminuir los delitos de violación y agresión con la reforma del Decreto número 9-2009 se ha incrementado en gran número.



## BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. **Teoría del delito**. Guatemala, Guatemala Editorial Estudiantil Fénix. 1997
- ASTURIAS, Ingrid. **Psicología fácil**. Ed. Expresa, Guatemala Centro América, 1998
- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. 3ª. Ed.; renovada y ampliada; Madrid, España: Editorial Hammurabi S.R.L.1994
- CAFFERATA NORES, José. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma. 1988
- Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala. Revista 2010. Pág. 11
- CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho penal español**. México - México: Editorial Nacional. 1961
- DE MATA, VELA, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. **Derecho penal guatemalteco**. 2ª- Ed.; Edi-An; 1989
- Diccionario de la Real Academia Española**. Madrid España, Ed; Hernando 2012
- FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales en general**. 1t.; 3ra. Ed.; Bogotá Colombia: Editorial Temis.1982
- FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales en particular**. 2t.; 3ra. Ed.; Bogotá Colombia: Editorial Temis.1982
- GIL, Rosario y Carlos Paíz. **Sociología**. Guatemala, Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix, 2010
- JAUCHEN, Eduardo M. **La prueba en materia penal**. Santa Fe, Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni. 1992
- JAUREGUI, Hugo Roberto. **Introducción al derecho probatorio**. 2ª. Ed.; Guatemala, Guatemala: Edición Magna Terra. 2003
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La ley y el delito**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hemres. 1959
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2ª. Ed.; Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A. 2004

OSSORIO Manuel. **Diccionario ciencias políticas y sociales**. 28ava Ed.; Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta. 2001



### **Legislación:**

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

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

**Código Penal.** Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

**Código Procesal Penal.** Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

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

**Ley de Acceso a la Información Pública.** Decreto número 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

**Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer.** Decreto número 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala

**Ley Contra la Violencia Sexual Explotación y Trata de Personas.** Decreto Número 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala.

**Ley Para Prevenir y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.** Decreto número 97-96 del Congreso de la República de Guatemala.