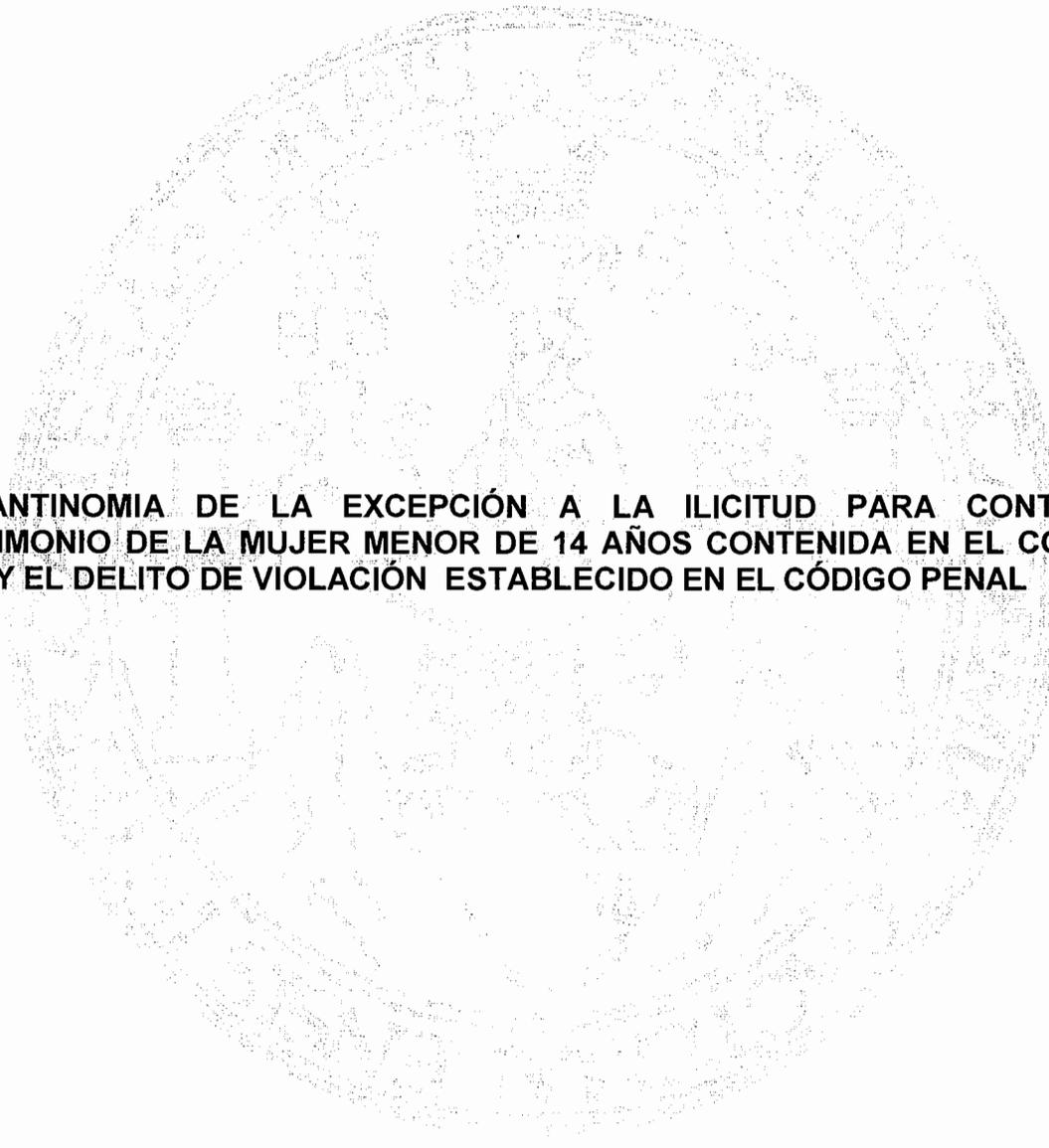


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA ANTINOMIA DE LA EXCEPCIÓN A LA ILICITUD PARA CONTRAER
MATRIMONIO DE LA MUJER MENOR DE 14 AÑOS CONTENIDA EN EL CÓDIGO
CIVIL Y EL DELITO DE VIOLACIÓN ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO PENAL**

SILVIA YANETH VELÁSQUEZ AGUILAR

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2012

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

**LA ANTINOMIA DE LA EXCEPCIÓN A LA ILICITUD PARA CONTRAER
MATRIMONIO DE LA MUJER MENOR DE 14 AÑOS CONTENIDA EN EL CÓDIGO
CIVIL Y EL DELITO DE VIOLACIÓN ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO PENAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SILVIA YANETH VELÁSQUEZ AGUILAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2012

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE 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 Eduardo 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. Otto René Vicente Revolorio
Vocal: Licda. Mirza Eugenia Irungaray López
Secretario: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo

SEGUNDA FASE:

Presidente: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
Vocal: Lic. David Sentés Luna
Secretario: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo

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).

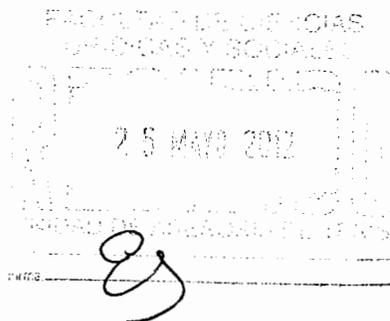
BUFETE PROFESIONAL
Lic. Victor Manuel Quintanilla Escobar

Abogado y Notario
11 calle 7-35 zona 1 3er nivel Of. 3
Edificio Lido, Ciudad de Guatemala
Tl: 56282246-41897890
Email: victor7671_54@yahoo.com



Guatemala 25 de mayo del año 2012

Licenciado:
Luis Efraín Guzmán
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Licenciado Guzmán:

De conformidad con la resolución de fecha dieciocho de Enero del año dos mil doce, de la Unidad de Asesoría de Tesis, he procedido en mí calidad de Asesor, del trabajo de tesis de la estudiante **SILVIA YANETH VELÁSQUEZ AGUILAR**, sobre el tema intitulado **“LA ANTINOMIA DE LA EXCEPCIÓN A LA ILICITUD PARA CONTRAER MATRIMONIO DE LA MUJER MENOR DE 14 AÑOS CONTENIDA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL DELITO DE VIOLACIÓN ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO PENAL”** por lo que en esa calidad me permito presentar el siguiente informe:

1. En el trabajo de tesis expuesto y sometido a examen por la estudiante **SILVIA YANETH VELÁSQUEZ AGUILAR**, he llevado a cabo una minuciosa supervisión y sugerencias, cumpliendo con los requisitos de forma y fondo establecidos en el normativo reglamentario, sugiriéndole, al tenor de lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, a recomendarle las supresiones, agregados y modificaciones necesarias, para la presentación de su tesis de grado, tomando en cuenta la legislación y doctrinas aplicables y, me ha parecido muy interesante puesto que contiene un profundo análisis sobre el tema tratado.
2. Es menester considerar que en el trabajo de investigación se utilizaron métodos y técnicas de investigación como los sistemas analítico, sintético, inductivo y deductivo, mismos que coadyuvaron a la búsqueda de soluciones legales al problema planteado



BUFETE PROFESIONAL
Lic. Victor Manuel Quintanilla Escobar

Abogado y Notario
11 calle 7-35 zona 1 3er nivel Of. 3
Edificio Lido, Ciudad de Guatemala
Tel: 56282246-41897890
Email: victor7671_54@yahoo.com

3. Asimismo la forma de redacción de todo el contenido de la presente Tesis de Grado, es correcta y se adecúa, habiendo utilizado la sustentación de un lenguaje jurídico de acuerdo al tema investigado.
4. En lo personal considero que el presente trabajo de tesis, constituye un aporte científico, toda vez que se trata de un tema relevante, por ser de mucha utilidad por la importancia dentro de nuestra legislación.
5. En cuanto a las conclusiones y recomendaciones a las que se arriba por parte de la estudiante, queda representado un excelente aporte en el estudio y análisis del tema tratado. La bibliografía utilizada es la más adecuada para cada uno de los temas abordados, puesto que se refieren a cada uno de ellos en las materias objeto de la investigación.

Por lo anteriormente anotado, en mi opinión, el presente trabajo de tesis cumple con los requisitos anteriormente relacionados como para ser evaluados por el Asesor, consecuentemente DOY MI DICTAMEN FAVORABLE, para que al final pueda ser discutido en el examen público de graduación profesional de la sustentante.

Me suscribo de usted, con mis muestras de consideración y respeto.

Lic. Víctor Manuel Quintanilla Escobar
Abogado y Notario, Colegiado 8,188
11 calle 7-35 3er. nivel Of. 03, Zona 1
Ciudad de Guatemala
Tls. 41897890- 56282246

Lic. Victor Manuel Quintanilla Escobar
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, cinco de junio de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **VICTALINO DE JESÚS ESPINO PINTO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **SILVIA YANETH VELÁSQUEZ AGUILAR**, Intitulado: **“LA ANTINOMIA DE LA EXCEPCIÓN A LA ILICITUD PARA CONTRAER MATRIMONIO DE LA MUJER MENOR DE 14 AÑOS CONTENIDA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL DELITO DE VIOLACIÓN ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO PENAL”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las 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 estime pertinentes”.

LIC. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



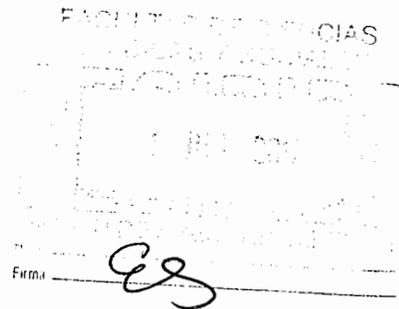
cc.Unidad de Tesis
CEHR/ iyrc

Bufete Profesional
Espino Pinto & Asociados



Guatemala, 19 de junio del año 2012

Licenciado:
Carlos Herrera
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Herrera:

Atendiendo a la designación hecha por la Unidad de Tesis, que usted coordina, me permito informar a usted que procedí a revisar el trabajo de tesis elaborado por la estudiante **SILVIA YANETH VELÁSQUEZ AGUILAR**, intitulado **“LA ANTINOMIA DE LA EXCEPCIÓN A LA ILICITUD PARA CONTRAER MATRIMONIO DE LA MUJER MENOR DE 14 AÑOS CONTENIDA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL DELITO DE VIOLACIÓN ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO PENAL”** por lo que hago de su conocimiento lo siguiente:

1. De la revisión efectuada al trabajo presentado se advierte que el objetivo fundamental de la investigación realizada es brindar un estudio jurídico detallado de la incongruencia que se encuentra en el Artículo 89 del Código Civil y el Artículo 173 del Código Penal, teorías y doctrinas que lo explican; pasando por una breve relación de la teoría del delito, y de la acción desde el punto de vista criminal, hasta hacer aportes y recomendaciones en cuanto a la reforma del Artículo que regula dicho ilícito, por lo que deviene de suma importancia su estudio en los ámbitos, civil y penal.
2. Asimismo, me permito manifestar que el trabajo revisado presenta un lenguaje técnico y adecuado sobre el tema que trata y del mismo se aprecia que el autor sigue una línea de pensamiento ordenada y definida, que se

6ª. Av. “A” 14-62, Edificio Asturias, 2º. Nivel Of. No. 8.

Tel. 22382834 - 44661832

Bufete Profesional

Espino Pinto & Asociados



manifiesta presentando la sustentante una construcción teórica coherente que le permite concluir acertadamente.

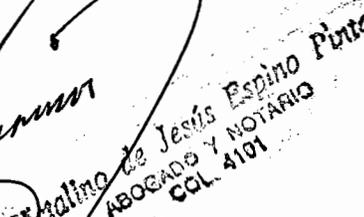
3. Las conclusiones y recomendaciones a las que arribó y brindo la estudiante, son congruentes con el contenido del trabajo de tesis y constituyen un aporte científico en la materia desarrollada, además de ser redactadas en forma sencilla; siendo la bibliografía consultada suficiente y adecuada.
4. En el presente trabajo se emplearon las técnicas de investigación documental que contienen información jurídica y doctrinaria pertinente y los métodos empleados en su desarrollo fueron: a) analítico, b) sintético, c) inductivo y d) deductivo.

Por las razones expuestas considero que al haber finalizado la etapa de revisión del trabajo de tesis antes identificado, me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE, en virtud de que el trabajo de tesis reúne los requisitos enumerados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen General Público.

Atentamente,

Respetuosamente;


Lic. Victalino de Jesús Espino Pinto
Abogado y Notario
Colegiado No. 4101



6ª. Av. "A" 14-62, Edificio Asturias, 2º. Nivel Of. No. 8.

Tel. 22382834 - 44661832



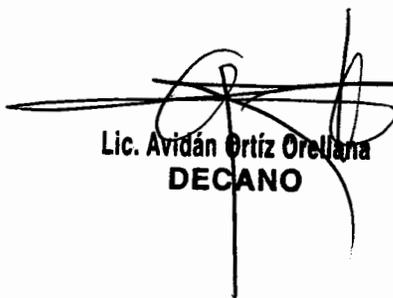
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 10 de octubre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante SILVIA YANETH VELÁSQUEZ AGUILAR, titulado LA ANTINOMIA DE LA EXCEPCIÓN A LA ILICITUD PARA CONTRAER MATRIMONIO DE LA MUJER MENOR DE 14 AÑOS CONTENIDA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL DELITO DE VIOLACIÓN ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO PENAL. 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/iyn



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario 
A circular stamp from the Secretaria of the Faculty of Law and Social Sciences, Universidad de San Carlos de Guatemala. The text 'FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES' and 'UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA' is arranged around the perimeter. In the center, the word 'SECRETARIA' is written. Below the stamp, the text 'Guatemala, C. A.' is visible.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser el motor que impulsa mi vida, por ser mi primer amor, por cuidar de mí en cada momento, a Él honro con este acto.
- A MIS PADRES:** Wladimiro Velásquez y Auda Aguilar, que son la razón de mi existencia, gracias por guiarme por el mejor camino y por su amor incondicional, los amo.
- A MIS HERMANOS:** Mervin Armando, Pedro Antonio y César Eduardo, son parte imprescindible de mi vida, por que me han enseñado lo más hermoso, el amor desinteresado, los amo.
- A MIS SOBRINOS:** Pablo, Gaby, Shirley Sharon y Eduardo, quienes ocupan un lugar importante en mi corazón.
- A MIS TÍOS:** Por compartir conmigo los buenos y los malos momentos, en especial a: Carlota, Victalino, Anita, Hortensia, Ulises y Marcial.
- A MIS PRIMOS:** A todos, por lo que vivimos en la infancia y por permanecer a mi lado, en especial a: Josué, Erick, Dalila, Lupita, Nineth y Peter, por estar tan cerca de mí.
- A MIS AMIGOS:** A todos, por saber el verdadero significado de la amistad y por compartirla conmigo, en especial a: Gloria, Marisol, Gilda, Karina, Lindsay, Fernanda, Víctor, Adolfo y Jorge.
- A:** Mis jefas y compañeros de trabajo por su apoyo y colaboración en mi superación laboral y académica.
- A:** Mis familiares ausentes por el legado sentimental que me dejaron, y que nunca olvidaré.
- A:** Usted, que sin su presencia, no estaría completa en este acto.
- A:** La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser el templo del conocimiento en el cual me he formado como profesional, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Norma jurídica.....	1
1.1 Conflicto de leyes.....	1
1.2. Características de las normas jurídicas:.....	2
1.3. Principios generales del derecho.....	3
1.4. Clases de normas jurídicas	4
1.5. Jerarquía de las leyes.....	7
1.6. Armonización y antinomia.....	10

CAPÍTULO II

2. Violación.....	15
2.1. Breve historia.....	15
2.2 De los delitos contra la libertad y la seguridad sexual.....	17
2.3 El régimen de acción.....	18
2.4 Denominaciones.....	20
2.5 El perdón expreso y el perdón presunto del ofendido o de su representante legal.....	21
2.6 Elementos de la violación propias.....	26
2.7 Los elementos del delito para el presente estudio son.....	30
2.8 Delito.....	33
2.9 Causas de justificación.....	51
2.10 Eficacia de las normas en el espacio.....	53

CAPÍTULO III

3. El matrimonio.....	63
3.1 Definición.....	63
3.2 Etimología del matrimonio.....	63
3.3 Elementos del matrimonio.....	64

3.4	La caracterización del matrimonio en Guatemala.....	64
3.5	Aptitudes para contraer matrimonio.....	66
3.6	Capacidad relativa de los menores de edad.....	67
3.7	Incapacidad.....	69
3.8	Ilícitud del matrimonio.....	71
3.9.	Funcionarios que pueden autorizar el matrimonio.....	72

CAPÍTULO IV

4.	Concepto de antinomia.....	77
4.1	Análisis jurídico de la antinomia entre normas jurídicas.....	77
4.2	Clasificación de las antinomias.....	78
4.3	Análisis jurídico de la antinomia entre normas jurídicas.....	79
4.4	Reglas o criterios de resolución antinomias jurídicas.....	81
4.5	Derogación.....	82
4.6	Necesidad de derogar el numeral segundo del Artículo 89 del Código Civil, por contravenir lo establecido en el Artículo 173 del Código Penal guatemalteco:.....	82
 CONCLUSIONES		85
RECOMENDACIONES		87
BIBLIOGRAFIA		89



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación de tesis de grado, se elabora con el propósito de establecer un análisis jurídico del contenido de los Artículos ciento setenta y tres (173) del Código Penal y el numeral segundo (2do) del Artículo ochenta y nueve (89) del Código Civil, al existir contradicción entre ambas normas jurídicas en lo referente a su contenido, que específicamente, se produce al aplicar el Artículo 173 del Código Penal guatemalteco, delito de violación: “Quien con violencia física o psicológica tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirse a si misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce 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...” en contraposición de lo que se establece en el Artículo 89 numeral segundo del Código Civil, al establecer que cuando la mujer menor de catorce años de edad, hubiere concebido y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela, se puede efectuar el matrimonio; del contenido de esta última norma se entiende que es con su consentimiento, el varón mayor de edad podrá exculparse del delito cometido, contrayendo matrimonio con la mujer menor de edad y de esa manera desaparecería la figura delictiva; de esa situación se crea un vacío legal y es necesario un análisis de la norma jurídica, al no haber sido derogado del Código Civil esa salvedad contemplada, generando ello una serie de interpretaciones por parte de los estudiosos.

El punto hacia el cual se pretende llegar es esclarecer el conflicto de normas entre ambas leyes ordinarias, partiendo de la interpretación que se le pudiere dar en determinado momento para la resolución de un caso, con éstas figuras, ya que puede conducir a que personas mal intencionadas llegaren a apoyarse en determinado momento en que las normas se contrarían entre sí. Al establecer en el Código Penal la tipificación del delito de violación de la persona menor de catorce años, hago la aclaración de que en la utilización de ese término en la reforma al Código Penal del año



dos mil siete (2007), ese texto debe entenderse que engloba tanto a varones menores de edad como a mujeres en la misma situación.

La presente investigación fue analizada desde el punto de vista jurídico teniendo el cuidado de hacer uso del método científico, analítico y sintético, proponiendo la hipótesis en cuanto a la responsabilidad penal en la que incurre el Notario que autorice el matrimonio de la mujer menor de 14 años de edad que resultare embarazada con su consentimiento, por el delito de omisión de denuncia, por encontrarse un vacío legal en cuanto a la aplicación de la norma establecida en el Artículo 89 numeral segundo del Código Civil, en contravención de lo establecido en el Artículo 173 del Código Penal, de lo que se establece la antinomia que existe entre los artículos ya descritos, proponiendo la derogación del numeral segundo del Artículo 89 del Código Civil.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación se dividió en cuatro capítulos a saber: el primero, establece la norma jurídica, definiciones, características, principios y clases; el capítulo segundo, desarrolla lo relativo a la violación, atendiendo a sus antecedentes históricos, su naturaleza jurídica, concepto, elementos y causas de justificación; el capítulo tercero, abarca lo relativo a una breve recapitulación del matrimonio, definición, etimología, elementos, características, capacidad, ilicitud y funcionarios que pueden autorizar matrimonios; el capítulo cuarto, trata de la antinomia, análisis jurídico y la derogación de los Artículos objeto de la investigación, para el caso concreto de la presente tesis.



CAPÍTULO I

1. Norma jurídica:

“Denominase así a la significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana en un tiempo y lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente a determinadas circunstancias condicionantes, deberes y facultades, y estableciendo una o más sanciones coactivas para el supuesto de que dichos deberes no sean cumplidos”.¹

1.1 Conflicto de leyes

La norma es una regla de conducta que se debe acatar o a la que se deben ajustar las operaciones, negocios, hechos, actos que para el caso que nos ocupa tengan un ámbito jurídico legal. Toda norma debe contener dos afirmaciones. Por un lado, la que describe los contenidos de voluntades de los repartidores; por el otro, la que describe el cumplimiento de esas voluntades. La norma al afirmar lo que llamamos fidelidad de la norma, expresa la voluntad del autor, para los efectos de nuestra investigación, y que es el legislador. El principio destinado para averiguar si se cumple la fidelidad de la norma se llama positividad, que más adelante analizaremos en su interpretación particular; caso contrario si la norma es vigente pero sin positividad pueden emplearse

¹García Maynes, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 144

varios recursos para corregirla; como por ejemplo, mediante un decreto, o una nueva ley, con fundamento al principio que toda ley nueva se abroga o deroga por una ley anterior.

Por otro lado, su vigencia en relación a la exactitud de la norma, se refiere cuando la norma asegura su cumplimiento. La exactitud de la norma cumple análoga función como la de una promesa, dentro del mundo del deber ser, y en el ámbito del mundo de la vida humana y la objetividad o subjetividad del derecho.

1.2. Características de las normas jurídicas:

- a) Coercibilidad
- b) Heterónoma
- c) Exterioridad
- d) Bilateralidad

"a) Coercibilidad: consiste en la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación contenida en la norma aún en contra del obligado ejerciendo si es necesaria la fuerza sobre el sujeto para que cumpla con la exigencia.

b) Heterónoma: significa que las normas jurídicas son creadas por otra persona distinta al destinatario de la norma, y, que ésta, además, es impuesta en contra de su voluntad; esta característica se opone a la Autonomía que significa que la norma es creada de acuerdo a la propia conciencia de la persona, es auto legislación (darse sus propias leyes).

c) Exterioridad: La norma jurídica únicamente toma en cuenta la adecuación externa de la conducta con el deber estatuido en la norma, sin importarle la intención o convicción del sujeto obligado; se pone a la Interioridad en la cual el cumplimiento del deber no se realiza solo d acuerdo con la norma, sino conforme a los principios y convicciones del obligado.

d) Bilateralidad: Consiste en que la norma jurídica al mismo tiempo que impone derechos, también concede derechos a uno o varios sujetos. Las normas jurídicas son imperativo - atributivas, siendo esta, otra manera de designar el carácter bilateral del derecho, pues lo imperativo significa el ordenamiento jurídico, que impone obligaciones, y lo atributivo que estatuye derechos y obligaciones, esta característica se opone a la Unilateralidad que consiste en que frente al sujeto a quien obligan las normas, no existe otro autorizado para exigir su cumplimiento”.²

1.3 Principios generales del derecho:

Los principios generales del derecho se encuentran contenidos en el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala los cuales son: bien común, legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz

Estos sólo son aplicables en defecto de ley y costumbre. La inclusión de los principios generales del derecho como fuente del ordenamiento jurídico tiene como fin que los jueces tengan plena libertad para resolver una litis en el que no hay ley ni costumbre aplicable.

² www.buenastareas.com “ensayos/normas jurídicas” html.

En estos casos el juez no puede actuar como personalmente entienda, sino que ha de acudir a la tercera fuente. Los principios generales del derecho son los principios básicos que inspiran nuestro ordenamiento jurídico. La generalidad y vaguedad de estos principios permiten a los Jueces actuar con un amplio margen de libertad; dichos principios se integran en los principios del derecho natural y los principios lógico-positivos.

En virtud de lo anotado con anterioridad se confirma que la ley es la primera fuente formal del ordenamiento jurídico guatemalteco, y por ello la costumbre sólo será aplicable en defecto de ley, y sólo se podrá recurrir al auxilio de los principios generales del derecho cuando no hay ni ley ni costumbre aplicables.

Igualdad

Seguridad Jurídica

Paz

1.4 Clases de normas jurídicas

Atendiendo al rango de jerarquía Hans kelsen las clasifica en:

a) Normas jurídicas constitucionales:

La ley constitucional más común es la Constitución Política, término utilizado para designar a la ley superior de cada Estado; también se utilizan los nombres de Carta Magna, Carta Fundamental, Carta Política. La Constitución Política es la ley principal que establece garantías básicas para los gobernados, organiza la estructura de

gobierno, fijando las atribuciones de los gobernantes y alguna forma de control de sus actos, a través de los medios de impugnación.³

Como ley superior en la jerarquía normativa, todo el resto del ordenamiento jurídico tiene que partir de sus principios generales, considerándose inconstitucional cualquier norma jurídica inferior que contraríe sus principios. Como medio idóneo para el control de la constitucionalidad de las leyes, se establece la Acción de Inconstitucionalidad.

La Constitución como norma fundamental del Estado, establecido así en la Misma Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 174, el cual establece literalmente “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure”. El Artículo 2, del la Ley del Organismo Judicial, no solo establece las fuentes formales del ordenamiento jurídico guatemalteco expresamente reconocidas, sino que determina también su jerarquía o prelación. Asimismo el Artículo 9 del mismo precepto legal se refiere a la Supremacía de la Constitución y Jerarquía normativa.

De lo anteriormente anotado se confirma que la ley es la primera fuente formal del ordenamiento jurídico guatemalteco, y por ello la costumbre sólo será aplicable en defecto de ley, y sólo se podrá recurrir al auxilio de los principios generales del derecho cuando no hay ni ley ni costumbre aplicables.

b) Normas jurídicas ordinarias

Las normas jurídicas ordinarias son las que su creación principal está encomendada al órgano permanente u ordinario de la legislación, que puede ser unicameral o bicameral;

³ Kelsen, hans. Estructura lógica de las normas jurídicas. Buenas tareas.com.



esta legislación tiene que estar acorde con los principios generales de la Constitución Política de la República, ya que de lo contrario adolecería de vicios de inconstitucionalidad. La gran mayoría de estas leyes se aprueban con el voto de la mayoría absoluta, (mitad más uno del total de integrantes del Congreso de la República de Guatemala) que en la actualidad asciende a 158 diputados conformándose tal mayoría con 80 diputados; salvo algunos casos, en que por disposición de la misma Constitución Política de la República deben aprobarse con el voto de las dos terceras partes.

c) Normas reglamentarias

Tienen como objetivo fundamental fijar los mecanismos más adecuados para la aplicación de las leyes ordinarias, siendo atribución de los tres organismos del Estado, en donde estos funcionan.

Para Guatemala, por ejemplo, el Congreso de la República elabora su reglamento interior; el Organismo Ejecutivo es quien tiene la mayor responsabilidad en la elaboración de los reglamentos, ya que es el encargado de ejecutar y velar porque se cumpla la legislación constitucional y ordinaria; y el Organismo Judicial elabora su propio reglamento general de tribunales.

d) Normas individualizadas

Son de aplicación particular, es decir, se aplican a personas determinadas; en esta clase de normas se pueden citar los contratos, los convenios de trabajo y las



sentencias. En la creación de esta clase de normas jurídicas también debe respetarse la jerarquía de las normas, partiendo de las constitucionales.

Tanto los preceptos constitucionales como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter general; las individualizadas en cambio se refieren a situaciones jurídicas concretas.

1.5 Jerarquía de las normas jurídicas

La jerarquía de las normas jurídicas se establece en nuestro país, siguiendo el triángulo de Kelsen, los ámbitos de validez nos han dado pautas para clasificar las normas jurídicas.

Estas normas se relacionan entre sí y por su naturaleza deben de tener jerarquía entre ellas para que cada una conserve la validez que le toca. Las normas generalmente están sujetas a una ley superior con jerarquía sobre todas las demás. Llamada por Kelsen “norma fundamental”.⁴ En la mayoría de los estados modernos esta recibe el nombre de constitución.

Las normas declaradas superiores en su jerarquía deben de regular las normas que le son inferiores tanto en su creación como en el ámbito en el que tienen validez. Además deben de imponer límites y preceptos a los que las normas de jerarquía inferior se acaten para así garantizar el cumplimiento por ambas partes de sus respectivas facultades.

⁴ Kelsen, Hans “Teoría pura del derecho”, segunda versión, México 1191, Pág. 15

Una norma se encuentra condicionada por otra cuando de la primera depende la existencia de la segunda. Los actos jurídicos se encuentran sujetos a las normas del derecho. Por ejemplo un contrato entre dos partes está condicionado por las normas usadas en el proceso de contratación, requisitos y otras reglas.

Entre dos normas de diferente validez sólo puede haber una dependencia jerárquica de una con la otra o una relación de independencia entre sí pero siempre sujetas a una norma de jerarquía superior.

“El universo jurídico es una jerarquía de normas y preceptos, los cuales desembocan en un límite superior y otro límite inferior”.⁵ Según Kelsen, la jerarquía normativa se establece de la siguiente forma:

a) “La Constitución como norma fundamental del Estado”⁶. De lo anteriormente anotado se confirma que la ley es la primera fuente formal del ordenamiento jurídico guatemalteco, y por ello la costumbre sólo será aplicable en defecto de ley, y sólo se podrá recurrir al auxilio de los principios generales del derecho cuando no hay ni ley ni costumbre aplicables.

El Artículo dos (2), del la Ley del Organismo Judicial, no solo establece las fuentes formales del ordenamiento jurídico guatemalteco expresamente reconocidas, sino que determina también su jerarquía o prelación, jerarquización que también exige de forma expresa la Constitución española.

⁵ <http://www.eft.com.ar> “principios generales del derecho”. (21 de octubre de 2011).

⁶ Cossio, Carlos. “La constitución como norma fundamental”. Enciclopedia Microsoft. Pág. 15

En resumen la ley es la primera fuente formal del ordenamiento jurídico guatemalteco, y por ello la costumbre sólo será aplicable en defecto de ley, y sólo se podrá recurrir al auxilio de los principios generales del derecho cuando no hay ni ley ni costumbre aplicables.

Las fuentes formales indiscutidas, en el orden jerárquico, son la ley y sus clases. Aunque la ley tiene múltiples acepciones, se puede afirmar que todas ellas vienen a recaer en un mismo principio, como una norma de conducta, ya sea física, moral, social o propiamente jurídica. Pero aún centrándonos más en el ámbito propio del derecho, tampoco la palabra ley presenta un único significado, porque hay que distinguir un sentido estricto y un sentido amplio.

Es importante recordar en este capítulo que la Constitución de Guatemala que fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente en el año mil novecientos ochenta y cinco (1985) y fue reformada luego de un referéndum en 1993. De acuerdo con la misma, Guatemala es un Estado de Derecho, se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común y su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo. La soberanía reside en el pueblo y se encuentra conformado por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya.

El territorio de la República se estructura en departamentos y se dividen a su vez en municipios, pero sólo estos últimos gozan de autonomía y poseen un Gobierno elegido por el pueblo.



La validez de todo el sistema jurídico guatemalteco depende de su conformidad con la Constitución, considerada como la ley suprema. Sin embargo, en el Artículo cuarenta y seis (46) de este mismo cuerpo legal, establece que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el Derecho Interno.

En esta materia Guatemala ha ratificado La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Políticos y Culturales.

b) En segundo lugar, se encuentran las leyes emitidas por el Congreso de la República que pueden ser de dos tipos, leyes constitucionales y leyes ordinarias. Las primeras priman sobre las segundas y requieren para su reforma el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el congreso de la República.

c) En tercer lugar se encuentran las disposiciones emitidas por el organismo ejecutivo o disposiciones reglamentarias, que no pueden contrariar los peldaños anteriores. Ocupan el último escalón las normas individualizadas que comprenden las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas.

1.6. Armonización y antinomia:

Los principios son generales o son específicos o especiales. Cabe preguntar cuáles tienen prevalencia y la respuesta no es única, pues se hace necesario precisar:

- el momento de sanción o exteriorización del principio,

- su carácter formal o material, así como su jerarquía,
- su interpretación de acuerdo al orbe específico (penal, laboral, civil, etcétera), primando la especificidad,
- la **ratio legis**, es decir la interpretación de acuerdo con las circunstancias y la finalidad que se tuvo en cuenta al dictar la norma,
- La condición de general o especial, la congruencia o incongruencia, en la Pirámide de los principios y de las fuentes jurídicas y del orden jurídico nacional, y
- la razonabilidad, en particular.

(Se trata de una muestra representativa, relacionada con el alcance de las facultades del **iudicatum**, en el caso de la aplicación judicial del Derecho, o de cualquier otro órgano público).

En opinión propia, los principios tendrían prevalencia en el siguiente orden inverso: individual, de grupo y general. Es decir, debe predominar el interés de la colectividad con respecto al grupo y el de éste con respecto al individuo.

En otra corriente de opinión, contraria a la expuesta en primer término, a), prevalece el principio específico sobre el general; b), siempre que los dos tengan prescripción o exteriorización formal o que los dos por igual sean fuentes materiales; y c), primacía del que tuvo exteriorización con respecto al que no, institucionalmente hablando.

Más ponderable es la variedad si analizamos todos los sectores del orden jurídico.

Creemos que lo correcto es separar, por un lado los principios generales y por otro los específicos o especiales que corresponden a cada "rama" del Derecho, o asignatura o sector particular de la dogmática jurídica.

Lo expuesto es lo que nos permite hablar de una pirámide y una jerarquía de principios; la variedad y abundancia alcanza hasta los últimos “estamentos” del Derecho sustantivo y adjetivo. La buena fe es un principio general, tiene especificidad en diversos campos legales y se particulariza más cuando se afirma como principio dependiente que “la duda excluye la buena fe”.⁷ que: muchas normas de los códigos o de la Constitución son normas generalísimas y, por consiguiente, son verdaderos principios generales (por ejemplo sobre normas de convivencia, enriquecimiento ilícito, cumplimiento de obligaciones). Pueden ser normas expresas, pero están así consagrados principios expresos, y además hay principios no expresos, o sea aquellos que se pueden obtener por deducción de normas específicas o, por lo menos, no muy generales; son principios formulados por el intérprete, quien trata de acoger, comparando normas aparentemente diferentes entre sí, aquello que comúnmente se llama el espíritu del sistema: a mayor abundamiento: cuando los principios generales son expresos, son normas; y cuando la ley se refiere a las lagunas y a los medios para completarlas, éstos no tienen entidad de normas. Cuando los principios generales son expresos –es decir, legislados- no se puede hablar de lagunas. Derivando un concepto de dicho autor, cabe aclarar que el legislador italiano, al referirse a los principios no los ha autorizado “a falta de disposición expresa” sino “a falta de disposición precisa”, aunque Betti aclare que “un principio general expreso es una disposición precisa”.

Dice Norberto Bobbio, en Teoría del la norma jurídica: “En derecho se habla de antinomia para referirse al hecho de que un ordenamiento jurídico puede estar inspirado

⁷ Kelsen, Hans “Teoría Pura del derecho”, segunda versión, México 1191, Pág. 19.



en valores contrapuestos (o en ideologías opuestas). Así se consideran, por ejemplo, el valor de la libertad y el de la seguridad como valores antinómicos, en el sentido de que la garantía de la libertad va generalmente en perjuicio de la seguridad, y la garantía de la seguridad tiende a restringir la libertad; por consiguiente, un ordenamiento que se inspira en ambos valores descansa sobre principios antinómicos. En este caso se puede hablar de antinomias del principio. Las antinomias de principio no son antinomias jurídicas propiamente dichas, pero pueden dar lugar a normas incompatibles. Es lícito suponer que una fuente de normas incompatibles puede ser la causa de que el ordenamiento esté minado de antinomias de principio”.⁸

⁸ <http://www.eft.com.ar> “Principios del derecho”. (22 de octubre de 2011)





CAPÍTULO II

2. Violación

Es el acto por medio del cual utilizando la violencia física o psicológica, se tenga acceso carnal con otra persona en contra de su voluntad, deviene como un quebrantamiento, infracción o trasgresión de la ley en cuanto se transgrede el Artículo 173 del Código Penal que establece: “Quien con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirse los a si misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce 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, aun cuando no medie violencia física o psicológica”.

2.1. Breve historia

“El Derecho Romano no estableció una categoría diferenciada para la violación, sancionándola como especie de los delitos de coacción, y a veces, de injuria”, Dentro de estos delitos sexuales. Se sancionaba con la pena de muerte el estupro violento. El Derecho Canónico consideró violación la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad. En los códigos penales contemporáneos, la infracción a que nos referimos sigue castigándose con el máximo rigor, llegándose en una época, nuestra legislación

a sancionar uno de los casos de violación (Artículo 175 derogado), con la pena de muerte".⁹

En la actual legislación se sigue utilizando la palabra yacer como sinónimo de acceso carnal y en el caso que nos ocupa, sexual. En términos generales la doctrina actual acepta que la imposición de la cópula sexual sin consentimiento de la ofendida, ya sea por medio de la "coacción física o la intimidación moral, es lo que tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación.

El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo de la ofendida "anulando así su resistencia (violencia física), o bien, por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños le impiden resistir (violencia moral, metus). Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido ofendiéndose así el derecho personal a la determinación de su conducta en materia erótica. Además en la violación se contempla una de las infracciones de naturaleza compleja más grave, la utilización de medios coactivos dispositivos, al daño causado, específicamente contra la libertad sexual. Se suman otras ofensas a diversas categorías de bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos o dañados; estos ataques se manifiestan en forma de

⁹ <http://www.monografias.com/trabajos76/derecho-penal/derecho-penal5.shtml> (octubre 2011).

amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de la libertad física, asalto, lesiones más o menos graves, y aún homicidio".

Modalidades: En la legislación guatemalteca aparecen claramente definidas dos: modalidades de violación; la común, o sea la ejecutada en todo caso mediante violencia, y la denominada doctrinalmente violación presunta o delito equiparado a la violación, consistente en el acceso sexual con personas incapacitadas para resistir el acto por enfermedades de la mente o en el cuerpo, por su corta edad, o por semejantes condiciones de indefensión.

Como estas hipótesis delictivas no implican para su existencia el uso de violencia. más bien constituyen un delito especial provisto de su propia descripción legislativa y distinto a la verdadera violación, su nombre adecuado dice González de la Vega, "debe ser el de delito que se equipara a la violación o violación impropia".¹⁰ Nuestra ley hace referencia a esta modalidad mencionada en el Artículo ciento setenta y tres (173) del Código Penal.

2.2 De los delitos contra la libertad y la seguridad sexual

En los delitos contra la libertad y seguridad sexuales el hecho consiste en atentar contra la libertad y seguridad que en materia erótica tienen las personas. También aparecen atentados contra el pudor en materia sexual.

¹⁰ González de la Vega, Derechos Sexuales y la Regulación de la Sexualidad 191

Disposiciones comunes a los delitos sexuales

La acción penal: Los delitos de violación, raptó, estupro y abusos deshonestos. son considerados de acción pública dependiente de instancia particular, pues la doctrina establece que son perseguibles únicamente mediante denuncia del agraviado, sus padres, abuelos, hermanos, tutores o protutores; pero cuando la persona agraviada carece de capacidad para acusar o no tiene representante legal, entonces el hecho será perseguido por el estado, llamado acción pública.

Inhabilitaciones:

Para los responsables de los delitos relacionados en los Artículos 173, 174 y 175 (Violación); 178 y 179 (Estupro y Abusos Deshonestos); 181 al 183. (Raptó); 188 y 189 (Corrupción de Menores); y 191 al 195 (Contra el Pudor) del Código Penal, si el hecho se comete con infracción de deberes inherentes a una profesión o actividad apareja la pena de inhabilitación en la misma.

2.3 El régimen de acción:

Artículo 197. De la acción penal. En cuanto al ejercicio de la acción penal en los delitos contemplados en el Título III del Libro II de este Código, rigen las siguientes disposiciones:

1º. Son de acción pública perseguibles de oficio por el Ministerio Público.

2º. El perdón de la persona ofendida o de su representante legal no extingue la acción penal, la responsabilidad penal o la pena impuesta.



3°. El ejercicio de la acción penal no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar.

4°. La Procuraduría General de la Nación se constituirá de oficio como querellante adhesivo y actor civil cuando la víctima sea una persona menor de edad o incapaz que carece de representante legal, o cuando exista conflicto de intereses entre la víctima y su representante legal. En todo caso, velará por los derechos de la niñez víctima de acuerdo a su interés superior.

5°. El Ministerio Público se constituirá de oficio en actor civil, cuando la víctima sea una persona de escasos recursos económicos.

6°. Los jueces están facultados para hacer declaraciones que procedan en materia de filiación y fijación de alimentos, cuando así sea solicitado por la víctima o su representante legal.

a) La acción preponderante en el hecho que es de materia sexual, y atenta contra la libertad o seguridad en tal sentido. No basta que haya existido en la acción un antecedente de tipo sexual, sino que se requiere de acciones directas encaminadas a limitar o lesionar la libertad o seguridad, a través de actos manifiestamente lúbrico somáticos ejecutados en el cuerpo de la persona ofendida.

b) Que la acción de finalidad erótica ejecutada sobre el pasivo produzca inmediatamente un daño o un peligro al bien Jurídico protegido, que en estos casos es la libertad y seguridad en cuanto a la determinación sexual, así como el pudor o recato en materia sexual.

2.4 Denominaciones:

“Estos delitos han sido objeto de diferentes denominaciones a través del tiempo y de las diferentes legislaciones; el español " delitos contra la honestidad" título que según Cuello Calón, se emplea como equivalente a moralidad sexual (I), y que se encontraba en nuestra legislación penal anterior”.¹¹ En la actual se denominan con mejor técnica "Delitos contra la Libertad y Seguridad Sexuales y el Pudor".

Clases: Los delitos que en el Código Penal vigente incluye en el título III. con carácter de sexuales son los siguientes:

1. Violación, en sus formas propia e impropia (Artículo 173 a174) y el Decreto 9-2009 Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.
2. Estupro, estipulado en el Decreto 9-2009 Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.
3. Abusos Deshonestos, Decreto 9-2009 Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.
4. Rapto, en sus formas propio e impropio o consensual, Decreto 9-2009 Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.
5. Corrupción de menores (Artículos 188 al 190)
6. Distintos atentados contra el pudor: Decreto 9-2009 Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

De tal suerte que existe la necesidad de no Confundir las Anomalías o Anormalidades Sexuales con los Delitos Sexuales: La descripción que hace la ley sobre los delitos

¹¹ González de la Vega, Ob. Cit. 191

sexuales. No puede coincidir con las anormalidades, aberraciones o desviaciones sexuales, salvo algunos casos; por ejemplo: I. En cuanto a la frigidez en el campo sexual, esta no es relevante para el Derecho Penal; pero si lo es la hiperestesia sexual, la exacerbación en sus grados de satiriasis o ninfomanía, que puede conducir a la persona que tiene un furor lúbrico de los descritos a perturbar el orden jurídico mediante hechos delictivos, como atentados al pudor, estupro o violaciones. En cuando al homosexualismo, esta ha sido una de las perturbaciones sexuales más discutidas, especialmente en el Derecho Penal. En los países de tradición latina, como el nuestro, ha existido indiferencia ante el problema, salvo cuando los actos de sodomía "se realizan con empleo de fuerza física o intimidación moral, o cuando se practican en menores, constituyendo así pederastia".

2.5 El perdón expreso y el perdón presunto del ofendido o de su representante legal:

Perdón de la parte ofendida: En los delitos de violación, estupro, abusos deshonestos y raptó, el perdón de la parte ofendida extingue la responsabilidad. operando expresamente el perdón corriente o expreso. (Artículo 106 Código Penal) y el perdón presunto, que consistía en el matrimonio de la víctima con el ofensor (Artículo 200 del Código Penal, declarado inconstitucional), siempre que fuere mayor de catorce años de edad y con previa aprobación del Ministerio Público.

Artículo 106.- El perdón del ofendido extingue la responsabilidad penal y la pena si ya se hubiere impuesto, por delitos solamente perseguibles mediante denuncia o querrela.

En los delitos cometidos contra menores o incapacitados, el tribunal podrá rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la



continuación del proceso o el cumplimiento de la condena, a solicitud o con intervención del Ministerio Público.

En virtud de haber desaparecido esta figura en el ordenamiento legal guatemalteco, según el expediente 2818-2005 el cual expone:

EXPEDIENTE 2818-2005

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS JUAN FRANCISCO FLORES JUÁREZ, QUIEN LA PRESIDE; RODOLFO ROHRMOSER VALDEAVELLANO, SAÚL DIGHERO HERRERA, MARIO GUILLERMO RUIZ WONG, CIPRIANO FRANCISCO SOTO TOBAR, GLORIA MELGAR AGUILAR Y CARLOS ENRIQUE LUNA VILLACORTA: Guatemala, diecisiete de marzo de dos mil seis.

Se tiene a la vista para dictar sentencia, la acción de inconstitucionalidad general de carácter parcial que promovió el Procurador de los Derechos Humanos, quien impugna el Artículo 200 del Código Penal. El denunciante actuó con el patrocinio de los abogados Marco Tulio Castillo Lutín, Alejandro Rodríguez Barrillas y José Guillermo Rodríguez Arévalo.

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA IMPUGNACIÓN Y LA PRETENSIÓN

Lo expuesto por el accionante se resume: A) Fundamentos jurídicos de la impugnación:

a) Se señala de inconstitucional el Artículo 200 del Código Penal que establece que en los delitos de Violación, Estupro, Abusos Deshonestos, y Rapto, la responsabilidad penal del sujeto activo o la pena, en su caso, quedarán extinguidas por el legítimo matrimonio de la víctima con el ofensor, siempre que aquélla fuera mayor de doce años

y, en todo caso, con la previa aprobación del Ministerio Público. El solicitante afirma que el Artículo impugnado transgrede diversas normas por las razones que siguen: b) al contemplar el Artículo impugnado el matrimonio de la víctima con su victimario, viola el derecho de igualdad establecido en el Artículo 4º constitucional, pues si la víctima es una niña o adolescente, no contará con la madurez suficiente para otorgar su consentimiento libre y pleno para dicho acto. Asegura que la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, establece en su Artículo 5º que los Estados partes deben tomar las medidas necesarias para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas.

La norma impugnada parte de una posición subordinada de la mujer, en la que un acto sexual violento contra ella no es considerado en sí mismo un atentado contra la libertad sexual, sino fundamentalmente un atentado contra el honor, no de la mujer, sino de la familia misma. Se desvaloriza el hecho de la agresión sexual, la violencia y humillación que causó un acto violento, privilegiando el hecho de que la mujer “recobre su honor” o su legitimidad sexual como “mujer digna” a través del matrimonio con su agresor.

Con tal disposición, la violencia sexual pasa a ocupar un segundo plano, subordinado a las concepciones sociales sobre la posición de la mujer en la sociedad. El contraer matrimonio es consecuencia, entonces, de una posición de presión social, que parte de estereotipos sociales que limitan el campo de decisión de la mujer y que igualmente

coaccionan al agresor, a casarse; decisión que, en ninguno de ambos contrayentes, es libre y voluntaria.

Por su parte, el Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante éste y en caso de su disolución. Hace énfasis dicho precepto en que sólo Expediente 2818-2005 mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá formarse el vínculo conyugal. Asegura el solicitante de la inconstitucionalidad que al consentimiento dado por la mujer que es víctima de aquellos delitos para contraer matrimonio con su victimario, no pueden conferírsele aquellos calificativos.

También inobserva el Artículo aludido, lo establecido en el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen la instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. También establece que los estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley.

Asegura el solicitante que admitir el matrimonio de las niñas menores con su victimario, viola el principio del interés superior del niño, por cuanto se les deja expuestas a una

vida en la que pueden ser sometidas a abusos y maltratos por parte del esposo, quien contrajo el matrimonio, no por voluntad libre y pleno sino como un acto para evadir la responsabilidad penal dimanante de una agresión sexual. Asegura que permitir dicho matrimonio no responde a las finalidades constitucionales de protección frente al abuso, sino que las expone a las niñas a graves atentados contra su integridad física y mental.

Afirma que muchas mujeres a causa del hecho sexual violento reviven la agresión y son incapaces de sostener relaciones sexuales normales. Efectos que resultan más graves cuando la víctima debe convivir con el agresor, puesto que las reminiscencias del hecho violento son permanentes y le provocan grave sufrimiento y angustia mental; c) el Artículo impugnado viola lo preceptuado por el Artículo 29 constitucional que garantiza el libre acceso a los tribunales y dependencias del Estado pues impide a la mujer que ha sido víctima de la violencia el acceso, tener acceso efectivo a los procesos de justicia, incluyendo un juicio oportuno.

La posibilidad de exonerar la responsabilidad penal a través del matrimonio, impide asegurar que la víctima sea protegida de hechos de violencia futura y que pueda obtener justicia y reparación; la norma impugnada también inobserva el Artículo 47 constitucional, el cual establece que el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos. Asegura que la norma impugnada supone someter a la mujer a un trato degradante, especialmente, si el matrimonio es de una niña, y la decisión no es tomada por ella, sino por sus padres.

B) Pretensión: Solicitó que se declarara con lugar la inconstitucionalidad del Artículo 200 del Código Penal y, como consecuencia, que se dispusiera la expulsión del mismo del ordenamiento jurídico vigente.

Una vez declarado inconstitucional el Artículo 200 del Código Penal según el expediente anteriormente expuesto, y al hacer uso del Artículo 89 numeral 2 del Código Civil, se deja un espacio abierto para que probando el estado de gravidez de la menor, aún pueda ser otorgada la dispensa judicial para contraer matrimonio, de esta manera, no desaparece totalmente el perdón del ofendido. De tal manera que, el agresor al ejercer intimidación sobre la víctima o sus familiares, pueda coaccionarlos a solicitar la dispensa judicial, con el objeto de que no recaiga sobre el peso de la ley, como lo establece la reforma al código penal actual.

2.6 Elementos de la violación propia: a continuación enumerare los elementos de la Violación Propia para una mejor percepción de este delito.

a.1: El elemento material para el presente trabajo de tesis, puede a su vez estar integrado por los siguientes: I: Una acción de yacer con mujer. El yacimiento sin dichas connotación no tiene significado penal para este estudio. A diferencia, de otra época, que algunas legislaciones que estimaban como violación el acceso violento con persona de cualquiera de los dos sexos. El yacimiento, se refiere, en nuestra ley, originalmente, al acceso sexual normal. El legislador empleó la palabra yacer, tomándola de la legislación anterior, como significando por la de acceso sexual; físicamente se caracteriza por la intromisión sexual del hombre hacia la mujer; sin embargo la nueva corriente establecida con los cambios suscitados en el ordenamiento

penal, ya quedan comprendidos aquí los ayuntamientos homosexuales. Tampoco es relevante para la consumación del delito, que el acto sexual se agote plenamente con el derrame seminal o el orgasmo femenino. El daño que sufre la ofendida en su libertad sexual existe, aún cuando su violador haya realizado la totalidad del acto o bien, lo haya interrumpido. No tiene tampoco que ver, para la determinación de este delito, que a consecuencia del mismo se haya originado la preñez de la violada. Consecuentemente: en el delito de violación el elemento "yacer" consiste en una relación sexual usando violencia, independientemente de su pleno agotamiento físico o que el acto se haya interrumpido, con independencia también de consecuencias posteriores a la cópula. El momento consumativo entonces es el de la penetración viril no importando incluso que después de ella la mujer se abandone.

a.2: La acción debe ser violenta. El elemento fundamental del delito es la violencia, pudiendo ser física o moral. La violencia física es la fuerza material que se emplea para cometer el hecho, es decir, la fuerza material aplicada directamente sobre el cuerpo de la víctima, fuerza que vence cualquier intento de resistencia y la obliga a recibir una relación sexual que no quería.

Algunos autores plantean dudas acerca de la posibilidad de que sin utilización de armas, instrumentos o acompañantes, un solo varón de fuerzas normales pueda violentar a una mujer también normal, pero, la fuerza física, de alguna manera implica, en el momento, cierta fuerza moral que puede causar igualmente una impresión moral en la mujer sujeto pasivo, en la que se observa que la violencia debe ser ejecutada sobre la persona y precisamente sobre la persona misma de la que se quiere abusar.

No habrá violencia carnal cuando se violentasen cosas para llegar a la mujer anente Empero, es de advertir, los actos violentos ejercitados en tercera persona allegada a la víctima por el parentesco o en el afecto pueden integrar casos de violencia moral.

Debe señalarse que la violencia puede consistir en otras formas delictivas como ataques corporales, disparos, etc., y en cuanto a la concurrencia de la violación con el homicidio, nuestra ley acepta la hipótesis de la unidad del acto, ya que si la muerte resulta de la violación o con motivo de ella, no hay un delito diferente, sino una penalidad agravada, la cual ya desapareció en nuestra legislación, tal y como lo definía el contenido del Artículo setenta y cinco del Código Penal (Artículo 175 C.P).

Violencia moral: La ley penal guatemalteca, admite expresamente las dos formas de violencia: la física y la psicológica o moral. La primera como se dijo, es manifestación de la fuerza.

La segunda es intimidación; su esencia consiste en causar o poner miedo en el ánimo de una persona o en llevar a ella una perturbación angustiosa por un riesgo o mal que realmente amenace o se finja.

La violación puede consistir en constreñimientos psicológicos, análogos de daños, de tal manera que por el temor que causan impiden resistir.

La ley guatemalteca, admite dentro de estos casos de violencia moral, cuando concurre hipnosis narcosis o privación de razón o de sentido, ya sea que el sujeto activo provoque la situación o la aproveche.

b) Elemento Interno: El elemento subjetivo en este delito está integrado por conocer que se actúa contra la voluntad de la violada y el querer emplear violencia para el yacimiento. Delito doloso.

Sujetos de Hecho: En cuanto al sujeto activo, debe ser siempre un hombre no descartándose la posibilidad de que la mujer pueda actuar como tal, en caso de coparticipación en el hecho (Artículo 36 del Código Penal), pero básicamente el hecho se caracteriza por una actividad viril.

En cuanto al sujeto pasivo, conforme la tendencia de nuestra legislación en el presente estudio, ha de ser siempre una mujer no importando que sea mayor de edad o menor, casada o soltera, viuda, doncella o prostituta. En efecto, la mujer puede ser sujeto pasivo de este delito, "sea virgen o desflorada. casada o soltera de buena o mala fama, incluso una prostituta"; según a la legislación española, indica que: "En la violencia ejercida sobre la meretriz se encuentran reunidas todas las condiciones necesarias para la imputación del delito".

Delito equiparado a la violación o violación Impropia:

La acción en este delito consiste en tener acceso con personas incapacitadas (mujeres siempre), para resistir psíquica o corporalmente al acto, debido a enfermedades de la mente o del cuerpo, a la corta edad (menores de 12 años en cualquier caso), o a análogas condiciones de indefensión de la víctima. Tales acciones no implican realmente la existencia de violencia, y consecuentemente no son propiamente violaciones. La doctrina generalmente aceptada en la actualidad indica que se trata de

un delito especial autónomo en su descripción legislativa, provisto de sus propios elementos manifestando que su nombre adecuado ha de ser violación impropia o delito que se equipara a la violación; nuestra ley se refiere a dicho delito en el Artículo 173 del Código Penal.

2.7 Los Elementos del Delito Para el Presente Estudio Son:

a) Una acción de yacer o realizar conjunción sexual con mujer;

b) Debe ser una de las indicadas en el Artículo 173 del Código Penal, o sea, que haya violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal, o introducir cualquier parte del cuerpo u objetos así como obligar a la persona a introducirse a sí misma, señalando que se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad o se encuentre privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir.

Modalidades:

a) Persona menor de catorce años: en los casos de que personas menores de esta edad, prestan su voluntad para el ayuntamiento sexual, se presume que su temprana edad no les permite conocer los alcances de la relación sexual.

b) Persona que esté privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir. No interesa en este caso que la persona privada de razón preste o no su consentimiento, porque el estima que no están aptas jurídicamente para hacerlo. También queda

comprendida en esta modalidad la cópula sexual con persona privada de sentido por causa psíquica, tóxica o patológicas, como desfallecimientos o desmayos producidos por extrema debilidad, el letardo o sueño; la narcosis, la hipnosis e incluso el sueño provocado por ebriedad.

“El Derecho Canónico consideró violación la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad. En términos generales, la doctrina actual acepta que la imposición de la cópula sexual sin consentimiento de la ofendida, ya sea por medio de la "coacción física o la intimidación moral, es lo que tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación.

El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo de la ofendida "anulando así su resistencia (violencia física), o bien, por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños le impiden resistir (violencia moral, metus) .

Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido ofendiéndose así el derecho personal a la determinación de su conducta en materia erótica. Además, en la violación se contempla una de las infracciones de naturaleza compleja más grave, la utilización de medios

coactivos dispositivos, al daño causado, específicamente contra la libertad sexual. Se suman otras ofensas a diversas categorías de bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos o dañados; estos ataques se manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de la libertad física, asalto, lesiones o más o menos graves, y aún homicidio".¹²

Con la reforma al Código Penal guatemalteco, no se puede referir únicamente a la mujer como sujeto pasivo del delito, puesto que la norma actual indica que indistintamente del sexo de la persona que sea objeto de agresión sexual, esta protegida por la ley, debido a que uno de los principios de la Constitución Política de la República de Guatemala es la igualdad, por lo que debe de brindar seguridad tanto a hombres como mujeres.

El Código Penal expresa en su Artículo 173 " quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirse a si misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce 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.

¹² [http://www.wikipedia.org/wiki "violación"](http://www.wikipedia.org/wiki/violación). (25 de octubre de 2011).

2.8 Delito:

“Es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se haya conminado con una pena, ó en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella.

Otro concepto de delito estipula que es una conducta humana consciente y voluntaria que produce un efecto en el mundo exterior, que se encuentra prohibida por la ley, la cual es contra derecho y que la persona ha Incumplido a pesar que conoce y valora la norma. La persona debe estar en capacidad de comprender lo ilícito de su acción”.¹³

a) Clasificación de los delitos:

El Código Penal guatemalteco los clasifica de forma bipartita:

- I) Delitos: Infracciones importante o relevantes a la ley penal, se encuentran establecidas en el libro II del Artículo 123 al 479 del Código Penal.
- II) Faltas: Infracciones leves a la ley penal. Establecidas en el libro III del Artículo 480 al 498 del Código Penal.

De acuerdo a las dos maneras de actuar se clasifican así:

- 1). Delitos de acción o comisión: La conducta humana consiste en hacer algo que infringe una ley prohibitiva.
- 2). Delitos de pura omisión (omisión pura): La conducta humana consiste en no hacer algo, infringiendo una ley preceptiva que ordena hacer algo.

¹³ De León Velasco, Héctor Aníbal. De Mata Vela, José Francisco. “Curso de derecho penal guatemalteco”. Pág. 138.

- 3). Delitos de comisión por omisión (omisión impropia) La conducta humana infringe una ley prohibitiva, mediante la infracción de una ley preceptiva, es decir, son delitos de acción cometidos mediante una omisión. Ej: Una madre que no alimenta a su hijo recién nacido, con lo que le causa la muerte.
- 4). Delitos de pura actividad: Estos no requieren de un cambio en el mundo exterior, es suficiente la condición humana. Ej: Participar en asociaciones ilícitas.

b) Elementos del delito: Se habla de dos clases de elementos: Los Positivos que conforman al delito y los Negativos que hacen que jurídicamente no exista el delito, los cuales se detallan de la siguiente manera:

I. Elementos positivos: son los que permiten encuadrar un hecho antijurídico en una figura delictiva establecida con anterioridad en la ley penal y son: La acción o conducta humana, la tipicidad, la antijuricidad o antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad.

II. Elementos negativos: son los que hacen que jurídicamente no exista el delito y son: falta de acción, atipicidad, causas de justificación, causas de inculpabilidad, causas de inimputabilidad. Entre los elementos negativos tenemos: falta de acción, la atipicidad o ausencia de tipo, las causas de justificación, las causas de inculpabilidad, las causas de inimputabilidad, la falta de condiciones objetivas de punibilidad, y las causas de exclusión de la pena o excusas absolutorias.

La legislación guatemalteca al referirse a los elementos negativos del delito lo hace

como causas que eximen de responsabilidad penal, así:

1. Causas de inimputabilidad. Artículo 23 del Código Penal.

Minoría de edad,

Trastorno mental transitorio.

2. Causas de justificación. Artículo 24 C.P.

Legítima defensa,

Estado de necesidad,

Legítimo ejercicio de un derecho.

3. Causas de inculpabilidad. Artículo 25 C.P.

Miedo invencible,

Fuerza exterior,

Error,

Obediencia debida,

Omisión justificada.

Los elementos accidentales del delito, los trata como circunstancias que modifican la responsabilidad penal, ya sean atenuantes o agravantes. Artículos 26 y 27 del Código Penal.

c) Tipificación: Es la especial característica de hallarse el hecho descrito en la ley como delito. Es una consecuencia del principio de legalidad. " ¹⁴

¹⁴ De León Velasco, Héctor Aníbal. De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 142.

Sujeto activo:

En legislaciones antiguas y principalmente en los pueblos primitivos, absurdamente atribuyeron capacidad delictiva a los animales y hasta las cosas inanimadas, considerándolos y juzgándolos como sujetos activos de los delitos imputados a los mismos.

Sin embargo con las legislaciones modernas eso fue cambiando y ahora podemos decir que “sujeto activo del delito es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley”.¹⁵ Al ser la acción 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 directamente es sujeto activo primario y el que participa es sujeto activo secundario.

Con respecto a las personas jurídicas como sujetos activos del delito podemos mencionar que luego de realizado el Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en Bucarest, concluyeron que se debe establecer en el Derecho Penal medidas eficaces de defensa social contra la persona jurídica cuando se trate de infracciones perpetradas con el propósito de satisfacer el interés colectivo de dichas personas o con recursos proporcionados por ellas y que envuelven también su responsabilidad.

¹⁵ De León Velasco, Héctor Aníbal de Mata vela, José Francisco. Ob. Cit. 193

Que la aplicación de las medidas de defensa social a las personas jurídicas no debe excluir la responsabilidad penal individual, que por la misma infracción se exija a las personas físicas que tomen parte en la administración de los intereses de la persona jurídica.

La legislación guatemalteca penal vigente en el Artículo 38 acepta la responsabilidad individual de los miembros de las personas jurídicas, que hubieren participado en hechos delictivos.

Sujeto pasivo del delito:

Sujeto que sufre las consecuencias del delito. “Es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito, o puesto en peligro”.¹⁶ Para el interés del estudio que desarrollo, el sujeto pasivo de acuerdo a la reforma del Código Penal Guatemalteco, es toda persona (hombre o mujer) que haya sido objeto de agresión o supresión de la libertad e indemnidad sexual, que como derecho inherente a su persona le otorga la Constitución Política de la República de Guatemala.

Objetos del delito:

Es todo ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo penal. “Es todo aquello sobre lo que se concreta el interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo, y al cual se refiere la conducta del sujeto activo”.¹⁷ Su contenido son las personas individuales o jurídicas, los animales y los objetos inanimados.

¹⁶ De León Velasco, Héctor Aníbal de Mata vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 195

¹⁷ De León Velasco, Héctor Aníbal de Mata vela, José Francisco. Ob. Cit. 199



Formas de manifestación del delito:

La conducta humana, como presupuesto indispensable, para la creación formal de todas las figuras delictivas, suele operar de dos maneras distintas (obrar activo y obrar pasivo), dando origen a la clasificación de los delitos atendiendo a las formas de acción.

Noción: La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir.

Algunos tratadistas lo han llamado acción, hecho, acto o actividad.

Conducta: Es un comportamiento humano voluntario (algunas veces la conducta humana puede tener responsabilidad imprudencial o preterintencional), activo (acción o hacer positivo) o negativo (inactividad o no hacer) que produce un resultado.

Para explicar mejor la acción como primer elemento para que exista el delito, mencionare las Teorías sociales de la conducta.

La llamada teoría social de la acción, pretendió ser un puente o posición intermedia entre las teorías causal y final.

Se basa en la afirmación de que no cualquier acción puede ser materia prohibida por el derecho penal, "sino sólo aquellas que tienen sentido social, es decir, que trascienden a terceros, formando parte del interaccionar humano, sólo las acciones que forman parte de esta interacción pueden interesar al derecho penal, y no aquellas que no trascienden el ámbito individual".¹⁸

¹⁸ De León Velasco, Héctor Anfbal. De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 148.

Un poco más adelante dentro del planteo, se llega a sostener que sólo pueden ser acciones con relevancia penal las que perturban el orden social y que, por definición, deben formar parte de esa interacción.

Dentro de las teorías sociales de la conducta humana tenemos:

a) Teoría causal de la acción:

Al derecho penal le interesa las causas, que tienen su nacimiento en la conducta humana, entre ésta y el resultado delictuoso debe existir una relación de causa y efecto, de lo cual es fácil observarse en los delitos de resultados --comisión o comisión por omisión--, pero en el caso de los delitos puros de omisión se da el problema, sin embargo se indica que existe esta relación de causalidad debido a que si no se da la ilícita inactividad del agente no hubiera llegado a producirse el delito.

La teoría de la causalidad, se subdivide así:

- 1) Corriente de la equivalencia de las condiciones, indicando que existe un actuar ciego;
- 2) La causalidad adecuada: que indica que la eficacia intrínseca de la condición para producir en abstracto la condición dada.

El Código Penal en su Artículo 10 sigue la corriente causalista, quedando entonces las argumentaciones sobre la causalidad adecuada, como las de la equivalencia de condiciones (conditio sine qua non) expresado en el pensamiento causalista del legislador.

Aspecto negativo: ausencia de conducta

Puesto que el derecho penal sólo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad. Sucede esto en tres grupos de casos:

a) Fuerza irresistible.

El Código Penal, en uno de sus Artículos declara exento de responsabilidad criminal al que obra violentado por una fuerza irresistible. La fuerza irresistible es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente.

Desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza ha de ser absoluta de tal forma que no deje ninguna opción para el que la sufre. Si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esta posibilidad, no cabe apreciar esta eximente. No es lo mismo amarrar fuertemente a una persona a un árbol mientras duerme para impedir que cumpla con su deber (por ejemplo el guardián de una bodega para impedir que de la alarma de robo, o el guardián de vías de tren) que amenazarle con una pistola con la misma finalidad.

En el primer caso falta la acción, al no poder el sujeto ni siquiera manifestar su voluntad. En el segundo caso, la voluntad existe pero está viciada en sus motivaciones. El primer caso constituye un supuesto de fuerza irresistible que excluye la acción; el segundo es un supuesto de vicio compulsivo que no excluye la acción al no anular totalmente la voluntad, sino la antijuricidad o la culpabilidad, según se estime existe aquí estado de necesidad o miedo insuperable.

La fuerza ha de provenir del exterior, es decir, de una tercera persona o incluso, más dudosamente, de fuerzas naturales (en contra de esta última posibilidad, se han pronunciado algunos doctrinarios y algunos Tribunales Supremos de otros países, ya en reiteradas oportunidades)

La doctrina considera que los impulsos irresistibles de origen interno (arrebato, estados pasionales) no pueden servir de base a esta eximente, porque se trata de actos en los que no está ausente totalmente la voluntad, aunque esto no excluye que puedan servir de base a la apreciación de otras eximentes, como la de trastorno mental transitorio que excluyen o disminuyen la imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

En la práctica “la fuerza irresistible” carece de importancia, salvo raras hipótesis, en los delitos de acción; pero es importante en los delitos de omisión (atar al encargado de preservar la seguridad en el parque nacional Tikal, para que éste no advierta a los pilotos de buses que transportan turistas al mismo, a efecto de tener la posibilidad de asaltarlos al momento de que éstos lleguen al parque; atar al encargado de guiar el tráfico aéreo para que éste no pueda advertir a los pilotos de aviones que están por aterrizar que existe peligro en la pista, por lo que no pueden aterrizar en ese momento, o recibir la advertencia de peligro en la misma; o atar al guardián encargado del control de las vías de trenes para que éste no pueda accionar el cambio de dichas vías). La consecuencia principal de la apreciación de esta eximente es que el que violenta, empleando fuerza irresistible contra un tercero, responde como autor directo del delito cometido, y el que actuó violentado por la fuerza irresistible no solo no responde, sino

que su actuación es irrelevante penalmente, siendo un mero instrumento en manos de otro que es el verdadero responsable.

b) Movimientos reflejos.

Los movimientos reflejos tales como las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa, no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad.

Hay estudios científicos que actualmente han determinado que las glándulas que conocemos con el nombre de "las Amígdalas" tienen la funcionalidad de ordenar la acción del movimiento reflejo del ser humano ante un ataque que amerite respuesta inmediata y que no de tiempo a la reflexión cerebral.

El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros censors del cerebro que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores. Desde el punto de vista penal no actúa quien en una convulsión epiléptica deja caer un valioso jarrón que tenía en ese momento en la mano, o quien aparta la mano de una placa al rojo vivo rompiendo con ello un valioso objeto de cristal, o el que en el sueño profundo y en la convulsión epiléptica toma del cuello a la pareja y la estrangula.

Distintos de los movimientos reflejos son los actos en "corto circuito", las reacciones impulsivas o explosivas, en los que la voluntad participa, así sea fugazmente, y que por lo tanto no excluyen la acción.-

c) Estados de inconsciencia.

También falta la acción en los estados de inconsciencia, tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc. En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes. Se discute si la hipnosis puede dar lugar a uno de estos estados.

La opinión dominante se inclina por la negativa, aunque teóricamente no está excluida la posibilidad de que el hipnotizador llegue a dominar totalmente al hipnotizado, sobre todo si éste es de constitución débil, surgiendo en este caso una situación muy próxima a la fuerza irresistible.-

Aunque en los estados de inconsciencia falta la acción, pueden ser penalmente relevantes, si el sujeto se ha colocado voluntariamente en dicho estado para delinquir (el encargado del control del tráfico aéreo, el encargado de la seguridad en el parque nacional Tikal, o el guardián del cambio de vías de tren al que nos referíamos con anterioridad) se emborrachan hasta quedar dormidos para provocar intencionadamente un choque de trenes, o de aviones, o que lleguen los turistas para ser asaltados más adelante, llegan a ese estado por negligencia (el indicado guardia se queda dormido y no cambia a tiempo las vías, provocando el choque de trenes, o el del aeropuerto causa un choque de aviones, o bien, el del parque, pierde la conciencia y no avisa a los transportista que hay unos asaltantes esperándoles en dicho parque).

En estos casos llamados acciones liberae in causa lo relevante penalmente es el actuar procedente. El problema de las acciones liberae in causa es, sin embargo, muy compleja.

d) Tipicidad:

“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 solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerado como tal”.¹⁹

Es decir, es nula la acción del Estado cuando pretende sancionar conductas del ser humano que la ley no ha calificado como acto ilícito, ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si al mismo tiempo no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal. De la amplia gama de comportamientos antijurídicos que se dan en la realidad, el legislador selecciona, conforme al principio de intervención mínima, aquellos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, describiéndolos en el supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo así, además, las exigencias del principio de legalidad o de intervención legalizada.

Esto no quiere decir que el legislador tenga que describir con toda exactitud y hasta en sus más íntimos detalles los comportamientos que estime deban ser castigados como delito.

Ello supondría una exasperación del principio de legalidad que, llevado hasta sus últimas consecuencias, desembocaría en un casuismo abrumador que, de todos

¹⁹ De León Velasco, Héctor Aníbal. De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 172.

modos, siempre dejaría algún supuesto de hecho fuera de la descripción legal)

Principios generales de la tipicidad

La tipicidad se encuentra apoyada en el ordenamiento jurídico y en especial en los preceptos constitucionales y estos principios supremos constituyen una garantía de legalidad.

- Nullum crimen sine lege. No hay delito sin ley (indubio pro reo).
- Nullum rimen sine tipo. No hay delito sin tipo.
- Nullum poena sine tipo. No hay pena sin tipo.
- Nullum poena sine crimen. No hay pena sin delito.
- Nullum poena sine lege. No hay pena sin ley.

Las garantías constitucionales garantizan al sujeto su libertad en tanto no exista una norma o tipo que establezca el comportamiento que se pudiera imputar.

Clasificación de los tipos

Los tipos presentan características distintas de acuerdo con su estructura, con el sujeto activo al cual se refieren, con el bien jurídico que buscan proteger o con el alcance de la conducta que describen.

f) División de los tipos en relación con su estructura:

Si nos atenemos a su estructura formal, los tipos penales pueden ser básicos, especiales y subordinados; elementales y compuestos; autónomos y en blanco. De lo



anterior la división de los tipos en relación con su estructura se divide de la siguiente manera:

1) Tipos básicos, conocidos igualmente como fundamentales son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro. Por lo regular, estos tipos encabezan cada uno de los capítulos del código y constituyen su espina dorsal; de esta especie son el homicidio simple y el hurto.

2) Son especiales aquellos tipos que, además de los elementos propios del básico contienen otros nuevos o modifican requisitos previstos en el tipo fundamental; por eso se aplican con independencia de este. Es ejemplo de éste, el hurto de uso respecto del hurto propiamente dicho

3) Llámense subordinados o complementados los tipos que, refiriéndose a uno básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en estos; por esa razón no pueden aplicarse en forma independiente; su vida jurídica depende de la del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de su aplicación se reflejan solo en el momento procesal de la imposición de la pena de esta clase son el homicidio agravado y el hurto cualificado.

Tanto los tipos especiales como los subordinados pueden ser privilegiados o agravados; aquellos prevén una sanción más leve que la de los básicos o los especiales de los básicos o los especiales, y estos, una de mayor gravedad Debe

advertirse que esta clasificación supone que en las tres categorías precedentes (tipos básicos, especiales y subordinados) se tutela el mismo bien jurídico; son, pues, formas diversas de protección de idéntico interés fundamental.

4) Con el nombre de elementales calificamos aquellos tipos que solo describen un modelo de comportamiento; se distinguen porque tienen apenas un verbo rector; son de esta categoría la fuga de presos y la violación carnal.

5) Compuestos son los tipos que describen una pluralidad de conductas cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto aunque referido al mismo bien jurídico; se identifican sin mayor dificultad porque tienen varios verbos rectores; pertenecen a esta categoría la concusión y el falso testimonio.

6) Son tipos autónomos aquellos que describen un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse directa o inmediatamente la conducta del actor, sin que el intérprete deba acudir al mismo o a otro ordenamiento jurídico para completar su significado; de esta especie son, entre otros:

1.- el secuestro

2.- y el aborto

7) Llámense tipos en blanco aquellos cuya conducta no está integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla; mientras tal concreción no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica. Desde el punto de vista estrictamente formal, pueden ser

completos o incompletos; pero sustancialmente muestran un vacío conceptual que ha de ser llenado por otra disposición legal; son como cheques en blanco que esperan ser completados en su confección para que tengan valor pleno; todos ellos con conteniendo ingredientes normativos de carácter jurídico.

En la elaboración de esta clase de tipos ha de tener especial cuidado el legislador, “pues se corre el riesgo de que su norma integradora (generalmente proveniente del ejecutivo) no tenga suficiente claridad o de que sea modificada frecuentemente, con eventual violación del principio de tipicidad”.²⁰

División de los tipos en relación con el sujeto activo:

Si nos atenemos al número de agentes que se requieren para la realización de la conducta típica, los tipos se dividen en mono-subjetivos y pluri-subjetivos.

Son mono-subjetivos aquellos tipos que describen conductas realizables por una sola persona; así, el prevaricato y el abuso de confianza.

Tipos pluri-subjetivos son los que exigen la presencia de por lo menos dos personas para la realización de la conducta en ellos descrita; tal la rebelión y el concierto para delinquir. En cuanto a la calidad de los actores, divídanse los tipos en: de sujeto activo indeterminado y de sujeto activo cualificado.

²⁰ De León Velasco, Héctor Aníbal. De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 184.

Llámense tipos de sujeto activo indeterminado, aquellos en los; que no se exige ninguna condición especial para ejecutar la conducta en ellos descrita; para referirse a tales sujetos el legislador suele emplear palabras como "el que" o "quien"; de esta categoría son la inducción a la prostitución y la extorsión.

Por tipos de sujeto activo cualificado se conocen los que requieren del sujeto agente una cualidad o categoría especial, sin la cual la conducta no es típica o se adecua a otro tipo penal; dicha cualificación puede ser natural, jurídica o profesional; la primera se relaciona con la edad, el sexo o cualquiera otra condición bio-síquica del actor, como en caso del aborto en cuanto solo puede ser cometido por una mujer embarazada; la segunda se refiere a una condición personal con relevancia jurídica inmediata, como la de ser funcionario o empleado público (peculado, cohecho), la última dice relación a la actividad profesional que debe desarrollar el sujeto activo, como la condición de comerciante reclamada en la quiebra fraudulenta.

División de los tipos en relación con el bien jurídico tutelado:

Desde este punto de vista los tipos penales pueden ser simples y complejos, de lesión y de peligro.

a) Con el nombre de tipos simples o mono-ofensivos se conocen aquellos en los que el legislador quiso tutelar un solo bien jurídico; tales el hurto, en el que se pretende velar por el derecho de propiedad privada, y el homicidio, mediante el cual se busca amparar el derecho a la vida.

b) Complejos o pluriofensivos se llaman, en cambio, los tipos que pretenden amparar simultáneamente varios bienes jurídicos; quien realiza la conducta en ellos prevista afecta, pues, al propio tiempo, una pluralidad de intereses. En el incendio de cosa mueble o inmueble por ejemplo. se está lesionando el bien jurídico de la propiedad de quien tiene el dominio sobre la cosa quemada, pero igualmente se está atentando contra la integridad colectiva por el peligro que para el conglomerado social representa un incendio.

c) Tipos de lesión son los que protegen bienes jurídicos cuya integridad desaparece o sufre mengua con la conducta del agente; de esta categoría son el homicidio, pues que quien da muerte a otro destruye el bien jurídico de la vida, y el hurto, en cuanto quien sustrae cosa ajena disminuye el patrimonio económico de la persona afectada.

d) Son tipos de peligro los que describen conductas cuya ejecución apenas amenaza o pone en peligro el bien jurídico que se ha querido proteger; se trata por lo regular de intereses colectivos de tal importancia que el legislador no espera a que sean destruidos para sancionar al infractor, sino que los defiende incluso de conductas que tengan poder suficiente para afectarlos; en estos casos basta, pues, que el comportamiento del actor sea idóneo para amenazar el bien Jurídico, sin que se requiera que efectivamente lo haya lesionado; el envenenamiento o contaminación de aguas o sustancias destinadas a la alimentación es claro ejemplo de esta especie de tipos penales; ellos sancionan la conducta de quien pone en peligro la vida del grupo social por el solo hecho de contaminar aguas o sustancias alimenticias, sin esperar a que el consumo de estas o aquellas pueda causar real daño.

La atipicidad será relativa respecto de la conducta, cuando el comportamiento del actor no puede subsumirse dentro de un determinado tipo penal por falta de un elemento descriptivo o normativo señalado en dicho tipo; ha de advertirse que al mencionar el elemento descriptivo de la conducta típica nos referimos igualmente a una cualquiera de las circunstancias modales, temporales o espaciales que integran tal elemento. En estas condiciones sería atípica la conducta de quien, para su propia satisfacción, induce a la prostitución a persona honesta.

Finalmente, habrá atipicidad relativa en relación con el objeto material “cuando este no reúne las características señaladas en el respectivo tipo, como cuando alguien causa daño a un animal de su propiedad, cuando la conducta no lo vulnera como en la falsedad inocua”.²¹

Puede considerarse también como forma de atipicidad relativa la que surge de la producción de un resultado típico derivado de caso fortuito o fuerza mayor no predicable de conducta humana, lo mismo que la inacción”.

2.9 Causas de justificación:

son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica. De acuerdo a los principios generales, las causas o los fundamentos de la justificación se encuentran en todo el Ordenamiento Jurídico, es así indiferente que la realización de la acción típica esté autorizada por el derecho civil, administrativo o penal. Por ejemplo, el derecho de retención que también rige en materia civil.

²¹ De León Velasco, Héctor Aníbal. De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 190.

La principal característica de la causa de justificación, es que excluye totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no solo la penal, sino también la civil, administrativa etc., no solo respecto al autor, sino también a quienes le han ayudado o inducido, a diferencia de las de inculpabilidad y las excusas legales absolutorias, en las cuales subsiste la responsabilidad civil y la responsabilidad de los partícipes.²²

Para autores como Bacigalupo y Jescheck el número de causas de justificación no quedará nunca cerrado, es decir que por ley no podrán limitarse y definirse las causas de justificación posibles, por el contrario, lo que fundamenta la calidad de una circunstancia como causa de justificación, es la decisión referente a que esa circunstancia debe tratarse bajo las reglas de las causas de justificación.

La existencia de una causa de justificación depende de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de las mismas: el elemento objetivo se refiere a la existencia real de la situación objetiva justificante y el elemento subjetivo al conocimiento de la existencia de la situación objetiva justificante y el querer ejercer el derecho de esa causa de justificación.

Bacigalupo al analizar la teoría de la justificación afirma:

“Un punto de vista que combine el criterio objetivo y subjetivo, resulta ser en verdad, el que mejor responde a una estructura de lo ilícito que reconoce un disvalor del resultado junto con un disvalor de la acción y que, en la teoría de la justificación debe requerir

²² BACIGALUPO (Enrique) Manual de Derecho Penal, Santa Fe de Bogotá Colombia, Editorial Temis S.A 1994, p 117.

paralelamente la exclusión tanto del disvalor del resultado como del disvalor de la acción.”²³

Anteriormente puntualizamos sobre los efectos de la existencia de una causa de justificación, a saber la exclusión de la responsabilidad penal y civil para el autor y la extensión del efecto justificante hacia los partícipes, por ejemplo a quien induce a otro a defenderse dentro de los límites de la defensa necesaria o a obrar dentro del estado de necesidad. Pero es necesario desde ahora señalar que para que tales efectos se produzcan deben en general concurrir las siguientes condiciones en toda causa de justificación: que la situación que de lugar a la permisión no sea provocada, que la justificación se limite a la acción necesaria por parte del autor para salvar el bien jurídico el cual no podía ser protegido de otra manera y que el autor obre con conocimiento de las circunstancias de la causa de justificación. A partir de estas comprobaciones iniciales, se determinará en cada caso en particular si estamos ante situación justificante o bien si operó algún tipo de error, exceso o simplemente no se trata de ninguna circunstancia que deba verse bajo este análisis.

2.10 Eficacia de las normas en el espacio:

La fuerza obligatoria de las normas esta limitada en el tiempo y espacio.

Aplicación de las normas en el espacio: principios aplicables, ¿Cuándo debe aplicarse una ley extranjera y cuándo una nacional? De esto se ocupa el Derecho Internacional Privado. En ocasiones tales problemas se resuelven mediante Tratados entre los Estados, pero como los mismos no agotan todos los problemas posibles que puedan darse, entran en juego las normas disciplinadas por el Derecho Internacional Privado.²⁴

²³ Ibid. Pág. 121.

²⁴ Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal parte general Pág. 220.

a) **Ámbito temporal de validez:**

a.1 **Extractividad de la ley penal:** La denominada extractividad de la ley penal no es más que una particular “Excepción” al principio general de “Irretroactividad” en cualquier clase de ley, por el cual una ley solo debe de aplicarse a los hechos ocurridos bajo su imperio, es decir bajo su eficacia temporal de validez según el Artículo 2 del Código Penal, la extractividad se puede dar de dos formas: Retroactividad y Ultractividad de la ley Penal.

a.2 **Retroactividad:** consiste en aplica una ley vigente con efectos hacia el pasado, a pesar de que se haya cometido el hecho bajo el imperio de una ley distinta y ya se haya dictado sentencia.

a.3 **Ultractividad:** En el caso que una ley posterior al hecho sea perjudicial al reo, entonces seguirá teniendo vigencia la ley anterior.

b. **Sucesión de leyes penales en el tiempo:** Se interpreta esta figura jurídica de conformidad con los conceptos enumerados a continuación:

b.1 **La nueva ley crea un tipo penal nuevo:** quiere decir que una conducta que anteriormente carencia de relevancia penal, resulta castigada por la ley nueva. En este caso la ley penal nueva es irretroactiva, no se puede aplicar porque perjudica al sujeto.

b.2 La nueva ley destipifica un hecho delictivo: quiere decir que una ley nueva le quita tacita o expresamente el carácter delictivo a una conducta reprimida o sancionada por una ley anterior.

En este caso la ley penal nueva es retroactiva, debe aplicarse al caso en concreto porque favorece al sujeto.

b.3 La nueva ley mantiene la tipificación del hecho delictivo y es mas severa: una ley castiga mas severa la conducta delictiva que la ley anterior. No es retroactiva ya que no favorece al sujeto.

b.4 La ley nueva mantiene la tipificación del hecho delictivo y es menos severa: “La ley nueva castiga menos severo la conducta delictiva, es retroactiva ya que beneficia al sujeto”.²⁵

De lo interpretado con relación a con la retroactividad y la cosa juzgada debe de tenerse cuidado, ya que se puede decir que cuando se dictado la sentencia no puede aplicarse la retroactividad, pero el criterio que al parecer es el correcta es el que si se puede aplicar ya que siempre debe aplicarse las normas que favorezcan al reo, y además debe siempre prevalecer el derecho sustantivo sobre el adjetivo, asimismo constitucionalmente también esta previsto la retroactividad de la ley, ver Artículo 18 del Código Procesal Penal y 2 del Código Penal.

²⁵ Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal parte general Pág. 221.

b.5 Leyes excepcionales o temporarias: Son las que fijan por si mismas por sí mismas su ámbito de validez temporal, es decir, que en ellas mismas se fijan su tiempo de duración y regula determinadas conductas sancionada temporalmente, tal es el caso de las leyes de emergencia.

c) **Ámbito Temporal de validez de la ley penal:**

Cuando la doctrina se refiere al la ley penal es el espacio, lo hace con el fin de explicar el campo de aplicación que puede tener la ley penal en un país determinado.

La determinación del ámbito especial de validez de la ley penal es el resultado de un conjunto de principios jurídicos que fijan el alcance de la validez de las leyes penales del Estado con relación al espacio. el ámbito especial de validez de una ley es mucho más amplio que el denominado territorio, la ley penal de un país regularmente trasciende a regular hechos cometidos fuera de su territorio.

d) **Problemas de eficacia espacial de la ley penal:**

Se puede aplicar la ley penal a un territorio distinto del país al cual pertenece. Para tener una mejor concepción del problema de eficacia espacial de la ley penal, citaré a continuación algunos de estos principios:

d.1 **Principio de Territorialidad**

Sostiene que la ley penal debe aplicarse únicamente a los hechos cometidos dentro del los limites del territorio del Estado que la expide y dentro de ese limite la ley penal debe

aplicarse a autores o a cómplices de los delitos, sin importar su condición de nacional o extranjero, residente o transeúnte, ni la pretensión punitiva de otro Estado.

Se fundamenta en la soberanía de los Estados, por lo que la ley penal no puede ir más allá del territorio donde ejerce su soberanía determinado territorio. Ver Artículo 4 del Código Penal.

d.2 Principio de extraterritorialidad:

Es una partícula excepción al principio de territorialidad y sostiene que la ley penal de un país, si puede aplicarse a delitos cometidos fuera de su territorio teniendo como base los siguientes principios (ver Artículo 5 y 6 del Código Penal).

d.3) Principio de nacionalidad o de la personalidad:

La ley penal del Estado sigue al nacional donde quiera que este vaya, de modo que la competencia se determina por la nacionalidad del autor del delito y tiene en la actualidad aplicación cuando se dan las siguientes circunstancias: Que el delincuente nacional no haya sido penado en el extranjero y que se encuentre en su propio país. Se fundamenta en una desconfianza existente respecto de una posible falta de garantías al enjuicia el hecho cometido por un nacional de un país extranjero. ver Art. 5 inciso 3 del Código Penal.

d.4 Principio real de protección de defensa:

Fundamenta la extra territorialidad de la ley penal, diciendo que un Estado no puede permanecer aislado frente a ataques contra la comunidad que representa por el solo hecho de que se realicen el en extranjero de tal manera que la competencia del Estado

para el ejercicio de la actividad punitiva esta determinada porque el interés lesionado puesto en peligro por el delito sea nacional. Ejemplo: falsificación de moneda nacional en el extranjero. Ver Artículo 5 inciso 1, 2, 4 y 6 del Código Penal.²⁶

d.5 Principio universal o de comunidad de intereses:

Sostiene que la ley penal de cada Estado tiene validez universal, por lo que todas las naciones tienen derecho a sancionar a los autores de determinados delitos, no importando su nacionalidad, lugar de comisión de delito, ni el interés jurídico vulnerado, la única condición es que el delincuente se encuentre en el territorio de su Estado y que haya sido castigado por este delito. Ver Artículo 5 inciso 5 del Código Penal.

e) Aplicación de leyes en el tiempo y en el espacio:

Tiene por objeto la aplicación de la ley a cada caso concreto, por medio de esta figura, se interpreta la forma adecuada de aplicar la ley en un problema específico, de acuerdo a la interpretación del juzgador. La ley tiene un tiempo en el que rige y un espacio en que se aplica.

e.1 La retroactividad

“Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusiere lo contrario”. La retroactividad trata de determinar si la nueva ley debe aplicarse a las relaciones jurídicas surgidas con anterioridad o no. Si esas relaciones jurídicas siguen rigiéndose por la ley antigua, decimos que la nueva ley no es retroactiva.

²⁶ Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal parte general Pág. 223.

e.2 Regulación positiva

Si la nueva ley no dice nada sobre su alcance temporal será irretroactiva.

Si la nueva ley ofrece dudas sobre su alcance temporal, se hará una interpretación favorable a su irretroactividad.

Grados De Retroactividad De Las Leyes:

Retroactividad fuerte: cuando la nueva ley incide incluso en los efectos ya producidos por la ley anterior.

Retroactividad débil: cuando la nueva ley incide sólo en los efectos que se produzcan a partir de su entrada en vigor.

Si la nueva ley no afecta para nada a las relaciones jurídicas surgidas con anterioridad a su entrada en vigor: irretroactiva. Son leyes retroactivas las leyes interpretativas y las complementarias de la otra ley anterior y las leyes penales cuando favorecen al reo.

f) Sistema penal y control social:

Desde el preámbulo de la constitución Política de la República de Guatemala, podemos observar que se afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, a la familia como origen y motor de la sociedad y al Estado como protector del bien común y como responsable de la seguridad, paz, igualdad, libertad y legalidad en el país, de conformidad con esto se han desarrollado, dos controles importantes como lo son:

Control Social: El hombre siempre aparece en sociedad, interaccionando estrechísimamente con otros hombres. “Se agrupan dentro de la sociedad en grupos permanentes alternativa o eventualmente coincidentes o antagónicos en sus intereses y expectativas”.²⁷

Los conflictos entre grupos se resuelven en forma que, si bien siempre es dinámica, logra una cierta estabilización que va configurando la estructura de poder de una sociedad, que en parte es institucionalizada y en parte difusa.

Lo cierto es que toda sociedad presenta una estructura de poder, con grupos que dominan y grupos que son dominados, con sectores más cercanos o más lejanos a los centros de decisión. Conforme a esta estructura, se controla socialmente la conducta de los hombres, control que no sólo se ejerce sobre los grupos más alejados del centro del poder, sino también sobre los grupos más cercanos al mismo, a los que se les impone controlar su propia conducta para no debilitarse.

De este modo, toda sociedad tiene una estructura de poder (político y económico) con grupos más cercanos al poder y grupos más marginados del poder, en lo cual, lógicamente, pueden distinguirse grados de centralización y de marginación del poder. Esta centralización-marginación teje una maraña de múltiples y proteicas formas de control social (influencia de la sociedad delimitadora del ámbito de conducta del individuo). Investigando la estructura de poder nos explicamos el control social e, inversamente, analizando éste, se nos esclarece la naturaleza de la primera.

²⁷ Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal parte general Pág. 223.

El ámbito del control social es amplísimo y, dada su proteica configuración y la inmersión del investigador en el mismo, no siempre es evidente. El control social se vale, pues, desde medios más o menos difusos y encubiertos hasta medios específicos y explícitos, como es el Sistema Penal (policía, jueces, personal penitenciarios, etc).

Sistema Penal: Llamamos sistema penal al control social punitivo institucionalizado, que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normativizadora que genera la ley que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones para actuar.

Distintos sectores del Sistema Penal:

- El Subsistema Judicial-Fiscal: Puede controlar la ejecución, es garantizador, basado en el retribucionismo o en la resocialización.
- El Policial: Se ocupa de los traslados de presos condenados o de informar acerca de la conducta del liberado condicional.

El Sistema Penal debe aspirar a prevenir la comisión de delitos.

- El Penitenciario: Es aquel que busca la readaptación social de aquel individuo que delinquirió y se encuentra pagando una condena. Así como también tiene la función de velar por la seguridad y el adecuado tratamiento a todas estas personas que se encuentren cumpliendo una condena.



CAPÍTULO III

3. El matrimonio

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece en su Artículo 47 “el Estado garantiza la protección social económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de los hijos”. El Código Civil define el matrimonio en el Artículo 78 como “la institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”.

3.1 Definición:

Es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí. (Art. 78 ya citado)

3.2 Etimología del matrimonio:

“Del latín mater (madre) formado a partir de patrimoniun (patrimonio) cuyo sufijo monium de origen oscuro. Oficio de la madre, aunque con más propiedad se debería decir carga de la madre, porque es ella quien lleva, de producirse, el peso mayor antes

del parto, en el parto y después del parto; así como el oficio del padre, es o era, el sostenimiento económico de la familia”.²⁸

3.3 Elementos del matrimonio:

- a) Elementos esenciales: Manifestación de voluntad de los contrayentes y del funcionario competente.
 - a.1) Elementos personales: Son los contrayentes, que de conformidad con nuestra ley solamente pueden ser una mujer y un hombre.
 - a.2) Elementos formales: Ya que puede ser autorizado por alcalde, ministro de culto o Notario, el mismo debe de cumplir con las formalidades establecidas en el Artículo 99 del Código Civil.
 - a.3) Elementos de validez: Capacidad, ausencia de vicios de consentimiento, observancia de las formalidades legales, licitud en el objeto del acto.

3.4 La caracterización del matrimonio en Guatemala:

Como punto de partida mediar, en el desarrollo de esta parte, debemos sentar como premisa fundamental que el matrimonio guatemalteco responde, a la categoría de la familia monogámica; hay que observar como el Artículo 312 del Código de Napoleón vino a conformar todo el andamiaje jurídico relacionado con el orden familiar, los alimentos entre parientes y las demás instituciones colaterales. De esta forma dentro del Código Civil guatemalteco, al describirse el matrimonio, se determina con claridad,

²⁸ Brañas, Alfonso. Manual de derecho civil guatemalteco. Pág. 301.

que esta institución se desenvuelve bajo una base estrictamente patrimonial, claro está que esa familia monogámica no es predominante en Guatemala, y por el contrario, únicamente trata de mantener vigentes ciertos principios morales, religiosos y sociales para tratar de incorporar a ésta regulación normativa a miembros de las familias campesinas que no se adecuan en su conformación familiar, a este tipo. En la realidad social guatemalteca, existen diferentes formas familiares; la primera es la familia monogámica, que es sobre la cual se basa toda la normatividad del Código Civil.

La segunda es la campesina que agrupa la mayor parte de los núcleos familiares guatemaltecos y que discrepan diametralmente de la anterior. Si analizamos desde un punto de vista objetivo qué es lo que sucede con la conformación de estas familias, observamos que en su mayoría, la forma de vida, de tratamiento, y de desarrollo, está basada en las tradiciones ancestrales que se han visto sometidas por virtud de la conquista a regímenes jurídicos extraños y por eso en la actualidad, no se conforman ni tampoco se adecuan a la forma matrimonial que trae contemplada el Código Civil. Claro, que se ha tratado de incorporar, mediante disposiciones de carácter gubernamental o religioso, a las familias campesinas a las normas legales de la familia monogámica, pero en la mayoría de los casos, no se ha conseguido este objetivo y, por el contrario, esos núcleos familiares se han mantenido graníticos y no dispuestos a aceptar otra regulación que no sea la que tradicional y culturalmente han desarrollado.

No se puede dejar de aceptar la realidad de que la familia campesina es totalmente ajena a toda aplicación normativa que trae el Código Civil. Como consecuencia de lo anterior, existe una contradicción, en la adecuación de la tipología penal, y la realidad

familiar, puesto que en la gran mayoría de los casos la familia campesina está fuera de la ubicación de los tipos delictivos, que regula el orden penal sustantivo, debido a que su propia conformación social rechaza la creación jurídica fundamentada en los hechos hipotéticos previstos en las normas penales. Por ejemplo, dentro del Código Penal existe la figura denominada bigamia o doble matrimonio, delito por el cual se sanciona a una persona, que contrae matrimonio en dos oportunidades, sin estar disuelto el vínculo anterior (delito 226 del Código Penal). “Dentro de la familia campesina, no podría darse nunca el delito de bigamia puesto que la mayoría de las personas que la componen no están unidas por un matrimonio como el que describe el Código Civil”.²⁹

3.5 Aptitudes para contraer matrimonio:

La aptitud para contraer matrimonio está determinada por la mayoría de edad (Art. 81 del Código Civil) por el hecho que los contrayentes hubiesen cumplido los dieciocho años de edad, sin obstar que puede contraerlo el varón mayor de dieciséis y la mujer mayor de catorce, siempre que medie la autorización conjunta del padre y de la madre (Art. 81, 82, 83, 84 del Código Civil), o de uno de ellos, y si ninguno puede hacerlo por un juez.

El Código Civil fija la mayoría de edad como punto de partida a efecto de precisar la aptitud legal para contraer matrimonio, a manera de excepción dispone que puede celebrarlo el varón mayor de dieciséis y la mujer mayor de catorce. La ley da primordial importancia a la aptitud física como determinante para la celebración del matrimonio.

²⁹ Brañas, Alfonso. Manual de derecho civil guatemalteco. Pág. 303.



3.6 Capacidad relativa de los menores de edad:

Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley. (Art. 8 y 259 del Código Civil) Tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida con la que ayudarán a sus padres y contraer matrimonio con autorización de los padres.

a) Capacidad Civil:

Definición:

Es la aptitud que toda persona tiene para ser titular como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas o bien de derechos y obligaciones. En la legislación guatemalteca se encuentran reguladas dos tipos de capacidad, las cuales son:

1) Capacidad de goce o de derecho: Es la facultad que tiene la persona capaz para adquirir derechos e incorporarlos a su patrimonio, ser titular de ellos, ser sujeto de derecho; es innata al ser humano, incluso al nasciturus, es subjetiva e inseparable de la persona humana.

Para Coviello "La capacidad de goce es la aptitud de una personas para participar en la vida jurídica por si mismas o por medio de un representante figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación".³⁰

³⁰ Coviello, Nicolas. Doctrina general del derecho civil. Primer tomo. Pág. 522.



2) Capacidad de hecho o de ejercicio: Es la aptitud legal de una persona para poder ejercer personalmente, por sí misma, los derechos que le corresponde o de que es titular, es el derecho objetivo llevado a la práctica. Para Rojina Villegas es “La capacidad de ejercicio supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio, actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales”.³¹

b) Causas que modifican la capacidad civil: Son aquellas circunstancias o excepciones que imposibilitan o privan a la persona de ejercer la ese atributo de gozar y responder de derechos y obligaciones.

Al respecto el tratadista Coviello indica que “cabe distinguir los grupos o causas que modifican la capacidad, haciendo la siguiente clasificación”:³²

c) Causas que limitan la capacidad de obrar: Minoría de edad, enfermedad, condena penal, concurso y quiebra.

d) Causas que se derivan de vínculos sociales permanentes o Estados propiamente dicho: territorio, (domicilio, residencia, ausencia), Familiares, (capacidad del marido y la mujer, parentesco), Religión, (clérigos, religiosos, profesos), y a la ciudadanía, (nacionalidad, regionalidad y extranjería).

³¹ Rojina, Villegas. 2001 Derecho civil mexicano, Pág. 222.

³² Coviello, Nicolas. Doctrina general del derecho civil. Primer tomo. Pág. 525.

En doctrina como legalmente a estas causas que modifican la capacidad se le denominan incapacidades que producen desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos.

Las perturbaciones mentales transitorias no determinan la incapacidad de obrar, pero son nulas las declaraciones de voluntad emitidas en tales situaciones.

Interdicción:

Es el estado en que se encuentran las personas que han sido incapacitadas para la realización de todos o de algunos actos de la vida civil; dementes pródigos, quebrados o condenados a ciertas penas. “Únicamente por decisión judicial puede ser sujeta a interdicción de una persona”. (Manuel Osorio)³³

3.7 Incapacidad: Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declare incapaces.

Las incapacidades de derecho parciales pueden ser:

- a) Por razón de la edad: por ejemplo, para otorgar testamento (Art. 934 del Código Civil)
- b) Por razón de la salud: por ejemplo para ser tutor, no lo puede ser quien padezca de enfermedad grave o contagiosa (Art. 314 inc. 10 del Código Civil)
- c) Por razón de conducta delictuosa.

³³ Osorio Manuel. Ob. Cit. Pág.432

- d) Por razón de la función o empleo: para suceder por testamento los ministros de cualquier culto y los médicos y cirujanos (Art. 926 del Código Civil)

La incapacidad de hecho puede ser absoluta o relativa, esta incapacidad inhabilita a la persona para actuar u obrar personalmente, por sí misma; la incapacidad de hecho absoluta tiene lugar en varios casos:

- I) en los menores de catorce años;
- II) en los enfermos mentales desde sentencia firme en que se declara la interdicción;
- III) en los dipsómanos o toxicómanos desde su declaración de interdicción;
- IV) los ciegos y sordomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable.

Los actos jurídicos de los absolutamente incapaces son nulos absolutamente, los actos anteriores a la declaratoria de interdicción pueden ser anulados (Artículos 9, 10, 11 del Código Civil).

En la incapacidad de hecho relativa se puede mencionar la que tiene los llamados menores adultos, que son aquellos cuya edad fluctúa entre los catorce años cumplidos y los dieciocho años de edad, los actos de estos pueden ser anulados (Art. 8 del Código Civil).

La incapacidad de hecho persigue la protección de los intereses de una persona no capacitada (Art. 14 del Código Civil).

3.8 Ilícitud del matrimonio:

Ocurre esta figura jurídica, “cuando se realiza el matrimonio sin llenar los requisitos establecidos en la ley. El Artículo 89 del Código Civil, establece quienes no pueden contraer matrimonio, al celebrarse este, contrariando este Artículo, se transgrede la ley, por lo que pueden ser objeto de nulidad”.³⁴

Siendo el objeto primordial de la institución matrimonial, la unión de un hombre y una mujer con el ánimo de permanencia, la ley establece impedimentos para contraer Matrimonio siendo estos, hechos o circunstancias que constituyen obstáculo legal para la celebración del Matrimonio, los cuales han sido clasificados de la siguiente manera:
Impedimentos Dirimentes: Están constituidos por aquellas prohibiciones cuya violación produce la nulidad del matrimonio.

- a.1. Absolutos: Imposibilidad de una persona de casarse, provocan la insubsistencia y nulidad del matrimonio (Artículos 88 y 144 del Código Civil).
- a.2 Relativos: Imposibilidad de una persona de casarse con determinada persona, pueden causar la anulación del matrimonio (Artículo 145 Código Civil).
- a.3 Impedimentos Impidientes: Son prohibiciones cuya contravención no afecta la validez del acto, sólo da lugar a sanciones legales (Artículo 89 del Código Civil).

³⁴ Rojina, Villegas Rafael. Derecho civil I. capítulo III. Pág.120

3.9. Funcionarios que pueden autorizar el matrimonio:

El Artículo 49 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que el matrimonio podrá ser autorizado por los alcaldes, concejales, notarios en ejercicio y ministros de culto facultados por la autoridad administrativa correspondiente, asimismo el Artículo 92 Del Código Civil establece (Funcionarios que pueden autorizar el matrimonio).

El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, o por un notario hábil legalmente para el ejercicio de su profesión.

También podrá autorizarlo el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad, otorgada por la autoridad administrativa

Cumplimiento de la ley:

Señala el Código Penal en su Artículo 25: No delinque quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho.

“La doctrina no trata en forma amplia esta causal. Su fundamento o justificación se ha señalado en la preponderancia del interés que tiene el Derecho en la observancia de un deber jurídico especial impuesto al individuo, sobre el interés que tiene en la preservación del bien jurídico tutelado por la pena”.³⁵

³⁵ Ibid. Pág. 400.

Con base en el texto legal desarrollaremos sus presupuestos:

Cumplimiento de un deber legal.

Se debe empezar por delimitar que al referirse el Código a un deber legal, excluye deberes filiales o religiosos. “Se entenderán incluidos solo en el tanto el Derecho los reconozca como tales”.³⁶

Cabe resaltar que se actúa bajo la eximente de cumplimiento de un deber jurídico cuando se le impone a un individuo expresa o implícitamente la obligación de actuar u omitir hacerlo de una manera que es formalmente delictiva. Así por ejemplo la obligación que tiene el testigo de decir verdad aunque ello conlleve el lesionar el honor ajeno, lo mismo que la obligación de denunciar que le es impuesta a ciertos sujetos. De modo que se trata de una relación entre el sujeto y la norma que viene obligado a cumplir.

Se distinguen dentro de los deberes legales aquellos que son impuestos por el desempeño de funciones públicas o ciertas profesiones, las cuales traen consigo, el tener que asumir ciertas obligaciones derivadas directamente de la ley. Así por ejemplo, el deber de guardar secreto en ciertas profesiones, o la obligación de detener, que le es impuesta a los agentes de policía.

Esta causal de justificación debe valorarse dentro de los límites que la propia norma establece, debe ejercerse con el debido respeto hacia los otros bienes jurídicos que

³⁶ En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA Op Cit. Pág. 510.



pueden entrar en colisión en algunas ocasiones con las obligaciones que deben cumplirse.

Lo anterior, significa que deben apreciarse las circunstancias de cada caso, pues los excesos no están comprendidos por la eximente. La doctrina cita el ejemplo de que el policía para efectuar una detención debe utilizar la fuerza que sea estrictamente necesaria para reducir la resistencia que se ponga.

Encontramos un caso resuelto por una Sala de Casación de Costa Rica donde precisamente se trató este punto. En lo que interesa señaló la Sala: ...”Como puede verse, los hechos tenidos por demostrados si configuran el delito de abuso de cargo que señala el Artículo 329 del Código Penal, pues ya el imputado, después del intercambio verbal en que supuestamente se produjo la falta de respeto del Ofendido hacia su persona, había logrado su propósito, cual era el decomiso de la bicicleta que inclusive ordenó trasladar hasta la delegación correspondiente”.

Pero su actuación posterior está reñida con los deberes de la función pública, sin que pueda entenderse que estaba haciéndolo en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio de un derecho (Artículo 25 Código Penal), ya que como lo señala el Juez de mérito, se presentó ofuscado a la casa del testigo A.M. donde se encontraba A. H. y sin justificación alguna le disparó a los pies, lo cual, desde luego, no era la forma idónea para procurar la detención, aún admitiendo la tesis de la defensa en el sentido de que lo hacía por la falta de respeto, sufrida en el primer enfrentamiento. En el presente caso no se trató de un simple extralimitación funcional vista en su aspecto extensivo sino de

un abuso de autoridad que al autor le confirió su propia función. Voto 2-F de las 9:55 horas del 8 de enero de 1987.

En conclusión, no se trata de que el cargo o el especial deber es una autorización para delinquir, para cumplir deseos ilícitos aprovechándose del especial deber conferido por la ley, no sobra repetir aquí que el Derecho debe interpretarse en forma racional, y en especial el derecho penal sobre todo tomando en cuenta las especiales circunstancias que rodean cada caso. Pues si en un caso como el expuesto la actuación policial desbordó los límites del deber legal, en otros casos, sobre todo con referencia a las bandas organizadas o delincuentes poderosos el medio no sería excesivo.



CAPÍTULO IV

4. Concepto de antinomia

“Son contradicciones normativas, para explicar mejor vamos a decir que son dos enunciados lógicamente incompatibles cuando uno prohíbe una acción y el otro la permite. Atendiendo a las condiciones necesarias para que existan antinomias jurídicas, que explicaremos a continuación, esta definición ha quedado expresada de la siguiente manera: la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen al mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito de aplicación”.³⁷

En el ámbito del derecho, se entiende por antinomia jurídica o legal la incongruencia o contradicción real o aparente de las leyes con el sistema jurídico, o consigo mismas, o respecto de otras leyes, o de partes de ellas. Todo ordenamiento jurídico procura tener coherencia interna, es decir que una norma o dos normas aplicables al mismo caso no den soluciones contradictorias. Cuando ello sucede, se aplica en el caso concreto la norma anterior, la de rango superior o la prevalencia de la especial sobre la general, si tales presupuestos no se dan, ocurre un conflicto de leyes.

4.1 Análisis jurídico de la antinomia entre normas jurídicas:

Para poder analizar la antinomia de las normas jurídicas es necesario clasificarlas, y lo haré a continuación según la clasificación que hace Norberto Bobbio:

³⁷ <http://enciclopedia.us.es/index.php/Antinomia>.

4.2 Clasificación de las antinomias:

Bobbio realiza su clasificación estableciendo tres tipos diferentes de antinomias según el ámbito de validez de las normas que entran en conflicto.

Así, si ambas normas tienen idéntico ámbito de validez, Bobbio “entiende que la antinomia es total-total, utilizando la terminología de Alf Ross. En este caso, ninguna de las dos normas puede ser aplicada sin generar un conflicto con la otra. Esta sería la oposición que se daría entre una norma que prohibiera fumar de las cinco a las siete de la tarde y otra norma que permitiera realizar dicho acto de las cinco a las siete de la tarde. Como vemos, la oposición entre estas normas es clara, puesto que el cumplimiento de la primera ocasionaría la desobediencia a la segunda, al igual que ocurriría en el caso contrario”.³⁸

Otro caso distinto sería el planteado entre dos normas cuyo ámbito de validez fuera en parte igual y en parte diverso: es la denominada por Norberto Bobbio controversia parcial-parcial. Aquí la controversia sólo subsiste en aquellas partes que ambas normas tengan en común, puesto que cada una tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y otro campo de aplicación en el que el conflicto no existe. Como ejemplo a esta controversia podemos citar una norma que prohíba fumar pipa y cigarrillo de las cinco a las siete de la tarde y otra que permita fumar cigarros y cigarrillos durante las mismas horas. En el caso planteado sólo observamos la incompatibilidad en la prohibición de la primera norma de fumar cigarrillos, y la permisión de la misma acción por parte de la segunda.

³⁸ Bobbio, Norberto. Teoría general del derecho 2 Pág. 370

Un último tipo de antinomias son las denominadas total-parcial, dándose este cuando dos normas coinciden en el ámbito de validez, pero en una de ellas es más restringido, por lo que nos encontraríamos frente a una antinomia total de la primera respecto de la segunda, y sólo parcial de la segunda respecto de la primera. Así, lo encontraríamos representado en el caso de una norma que prohibiera fumar desde las cinco hasta las siete de la tarde y otra que solamente permitiera fumar cigarrillos desde las cinco hasta las siete.

4.3 Análisis jurídico de la antinomia entre normas jurídicas:

Para poder analizar la antinomia de las normas jurídicas es necesario clasificarlas, y lo haré a continuación según la clasificación que hace Norberto Bobbio:

Clasificación de las antinomias:

Bobbio realiza su clasificación “estableciendo tres tipos diferentes de antinomias según el ámbito de validez de las normas que entran en conflicto”.³⁹

Así, si ambas normas tienen idéntico ámbito de validez, Bobbio “entiende que la antinomia es total-total, utilizando la terminología de Alf Ross. En este caso, ninguna de las dos normas puede ser aplicada sin generar un conflicto con la otra. Esta sería la oposición que se daría entre una norma que prohibiera fumar de las cinco a las siete de la tarde y otra norma que permitiera realizar dicho acto de las cinco a las siete de la tarde. Como vemos, la oposición entre estas normas es clara, puesto que el

³⁹ Bobbio, Norberto. Teoría general del derecho 2 Pág. 370

cumplimiento de la primera ocasionaría la desobediencia a la segunda, al igual que ocurriría en el caso contrario”.⁴⁰

Otro caso distinto sería el planteado entre dos normas cuyo ámbito de validez fuera en parte igual y en parte diverso: es la denominada por el tratadista, controversia parcial-parcial. Aquí la controversia sólo subsiste en aquellas partes que ambas normas tengan en común, puesto que cada una tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y otro campo de aplicación en el que el conflicto no existe. Como ejemplo a esta controversia podemos citar una norma que prohíba fumar pipa y cigarrillo de las cinco a las siete de la tarde y otra que permita fumar cigarros y cigarrillos durante las mismas horas.

En el caso planteado sólo observamos la incompatibilidad en la prohibición de la primera norma de fumar cigarrillos, y la permisón de la misma acción por parte de la segunda.

Un último tipo de antinomias son las denominadas total-parcial, dándose este cuando dos normas coinciden en el ámbito de validez, pero en una de ellas es más restringido, por lo que nos encontraríamos frente a una antinomia total de la primera respecto de la segunda, y sólo parcial de la segunda respecto de la primera. Así, lo encontraríamos representado en el caso de una norma que prohibiera fumar desde las cinco hasta las siete de la tarde y otra que solamente permitiera fumar cigarrillos desde las cinco hasta las siete.

⁴⁰ Bobbio, Norberto. Teoría general del derecho 2 Pág. 375

4.4 Reglas o Criterios de resolución antinomias jurídicas

Cuestión bien distinta al reconocimiento de una antinomia normativa es la de su resolución, puesto que tras identificar las inconsistencias, hay que examinar las técnicas o métodos posibles que pueden ser usados para eliminarlas. A este respecto, se trata de saber si las antinomias pueden ser resueltas mediante unos criterios intrasistemáticos o reglas dispuestas a tal fin, y qué características y peculiaridades tienen las mismas, o si por el contrario, el propio ordenamiento jurídico no es capaz de dar cuenta del problema de las antinomias. En este sentido, podría “afirmarse que el ordenamiento jurídico es coherente siempre y cuando existan unos criterios que permitan solucionar las antinomias; en caso contrario, la coherencia lógica o consistencia sólo se puede entender como un ideal inalcanzable, de imposible realización”.⁴¹

La tradición jurídica y la jurisprudencia han tenido en cuenta tres criterios para resolver las antinomias, que son los siguientes:

- a) Criterio jerárquico (*lex superior derogat inferiori*), según el cual la norma de rango superior prevalece, en caso de conflicto, sobre la de rango inferior.
- b) Criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*); en el caso que se den dos normas incompatibles promulgadas en momentos distintos, prevalecerá la posterior en el tiempo.
- c) Criterio de especialidad (*lex specialis derogat generali*); si se produce un conflicto

⁴¹ Bobbio, Norberto. Teoría general del derecho 2 Pág. 378

entre una norma general y otra especial con respecto a la primera, prevalece esta última.

La aplicación de cada uno de los tres criterios en la resolución de antinomias conlleva consecuencias diferentes. Previamente, conviene introducir una distinción entre lo que el tratadista denomina antinomias aparentes y antinomias reales, que también llama solubles e insolubles, respectivamente. Para este autor, las “antinomias aparentes o solubles serían aquellas que pueden ser resueltas y las reales o insolubles, las que no tienen resolución”.⁴²

4.5 Derogación:

Literalmente, derogar significa dejar sin efecto o suprimir parcialmente una ley; pero, comúnmente, se usa como sinónimo de abrogar o suprimir la ley en su totalidad. Derogación, entonces, es el acto de proceder, mediante disposición posterior, a dejar sin efecto, en todo o en parte, un precepto jurídico precedente”.⁴³

4.6

Necesidad de derogar el numeral segundo del Artículo 89 del Código Civil, en virtud de contravenir lo establecido en el Artículo 173 del Código Penal guatemalteco:

La finalidad del presente trabajo de tesis, es demostrar la necesidad de dejar sin efecto, derogando el numeral segundo del Artículo ochenta y nueve del Código Civil,

⁴² Bobbio, Norberto. Ob. Cit. 2 Pág. 375

⁴³ Osorio Manuel. Ob. Cit. Pág. 331

en virtud que este contraviene el contenido del Artículo ciento setenta y tres del Código Penal guatemalteco, puesto que deja un espacio para que el infractor de la ley pueda obtener bajo amenazas, intimidación, o cualquier medio de violencia ya sea psicológica, física o moral, un desistimiento tácito al contraer matrimonio con la menor de edad violentada, lo cual jurídica y socialmente es inaceptable.





CONCLUSIONES

1. En virtud de observarse desde el preámbulo constitucional, que se afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, a la familia como origen y motor de la sociedad, el Estado debe cumplir con su fin primordial que es el bien común y resguardar la seguridad, libertad, paz, igualdad y legalidad de los menores de edad.
2. El Estado de Guatemala es el responsable de brindar seguridad jurídica a las personas, debe velar por el estricto cumplimiento de la ley, apegado a lo regulado en el Código Penal, no dejando lagunas dentro del Código Civil, que pueden ser aprovechadas por el imputado, para que se le otorgue un beneficio.
3. Por la premura del tiempo y las exigencias por parte de la Sociedad Civil en Guatemala, nació a la vida jurídica la Ley contra el Femicidio, misma que carece de severidad en las penas que impone, por lo que debe mejorarse, no dejando vacíos legales, que puedan ser objeto de beneficio al imputado.
4. La misma Universidad de San Carlos de Guatemala y demás entes de derecho, no se han pronunciado al respecto, en relación a la contradicción existente entre el Artículo 89 del Código Civil y el Artículo 173 del Código Penal, que da lugar a tergiversar la norma jurídica en beneficio del infractor de la ley, que con su hecho ilícito ha producido un daño inminente, ocasionándole traumas a un ser humano.



5. Es necesario dejar sin efecto, derogar el numeral segundo del Artículo 189 del Código Civil, por contravenir el contenido del Artículo 173 del Código Penal guatemalteco, al dejar una laguna legal que puede ser objeto de interpretación errónea y aplicarse vulnerando la norma jurídica aludida.

RECOMENDACIONES

1. En forma inmediata debe tratarse el tema, de oficio, por parte del Organismo Judicial, la Universidad de San Carlos, el Colegio de Abogados, etcétera con el propósito de corregir la incongruencia entre el Artículo 89 numeral 2º. del Código Civil y el Artículo 173 del Código Penal guatemalteco, por parte del Organismo Legislativo, por ser de su competencia, con el objeto de cumplir con el fin primordial del Estado de Guatemala.
2. El Estado de Guatemala debe realizar un estudio sobre el caso de las personas, que su conducta los ha llevado a una sentencia penal fundamentada en estos presupuestos procesales, y que por la controversia que se encuentra entre las normas de derecho citadas, han obtenido un beneficio, ya que es el Estado el responsable de brindar seguridad jurídica y velar por su estricto cumplimiento.
3. Es necesario que el Congreso de la República, emita una norma transitoria con el objeto de hacer lícitos los matrimonios realizados dentro del actual ordenamiento jurídico; logrando una dispensa hacia los Notarios que fundamentados en la ley civil, siguen autorizando matrimonios de menores, sin denunciar al varón, lo cual se desprende de la norma penal objeto de este trabajo de investigación.
4. De forma inmediata, el Estado de Guatemala, en virtud de la responsabilidad ante la niñez guatemalteca, debe revisar la controversia de las normas citadas, para poder cumplir con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala,

los Derechos Humanos, y los Tratados Internacionales, en cuanto a la protección de la vida y la seguridad sexual de las personas.

5. El Estado, debe verificar la existencia de la antinomia existente entre el Artículo 89 numeral 2º. del Código Civil y el Artículo 173 del Código Penal guatemalteco, a fin de derogarlo, para garantizar la seguridad sexual de la mujer menor de catorce años, fortaleciendo de esta manera el sistema de justicia guatemalteco, evitando de esta forma lagunas legales que faciliten la impunidad de los transgresores de la ley.



BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal**, Santa Fe de Bogotá Colombia, Editorial Temis S.A 1994, p 117.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil guatemalteco**, Guatemala, Ed. Estudiantil. Fenix, Cooperativa de Ciencia Política. RL. Universidad de San Carlos de Guatemala, Marzo 1996.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. **La autoría mediata**. ISBN 9977470847 (9977-47-084-7). Hardcover, Facultad de Derecho. Costa Rica, San José de Costa Rica 1987.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal parte general**. Salamanca, 1879, Santander. Tomo II. 1971 – 463 páginas.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. 2010 – 788 páginas.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, **La defensa de la Constitución**. Guatemala coedición 1983.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 5ª. Ed. Porrúa México, 1974.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, **Derecho Penal**, Derechos Sexuales y la Regulación de la Sexualidad, Ed. Porrúa 1997.
- KELSEN, Hans **“Teoría pura del derecho”**, 2ª. Ed. Universidad Nacional Autónoma México 1991.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Ed. Heliasta. Trigésima Ed. 1973. 1008 Pág.
- PUIG PEÑA, Federico. **Derecho Penal, parte especial**, tomo II. Ed. Nauta, Barcelona 1959.



RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho Penal Español**, parte general, Madrid 2005.

VILLEGAS, Rojina Rafael. 2001. **Derecho Civil Mexicano**, Ed. Porrúa México 1998. tomo II.

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 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Código Civil, Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdía, 1974.

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

Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, Decreto número 27-2003, del Congreso de la República de Guatemala.