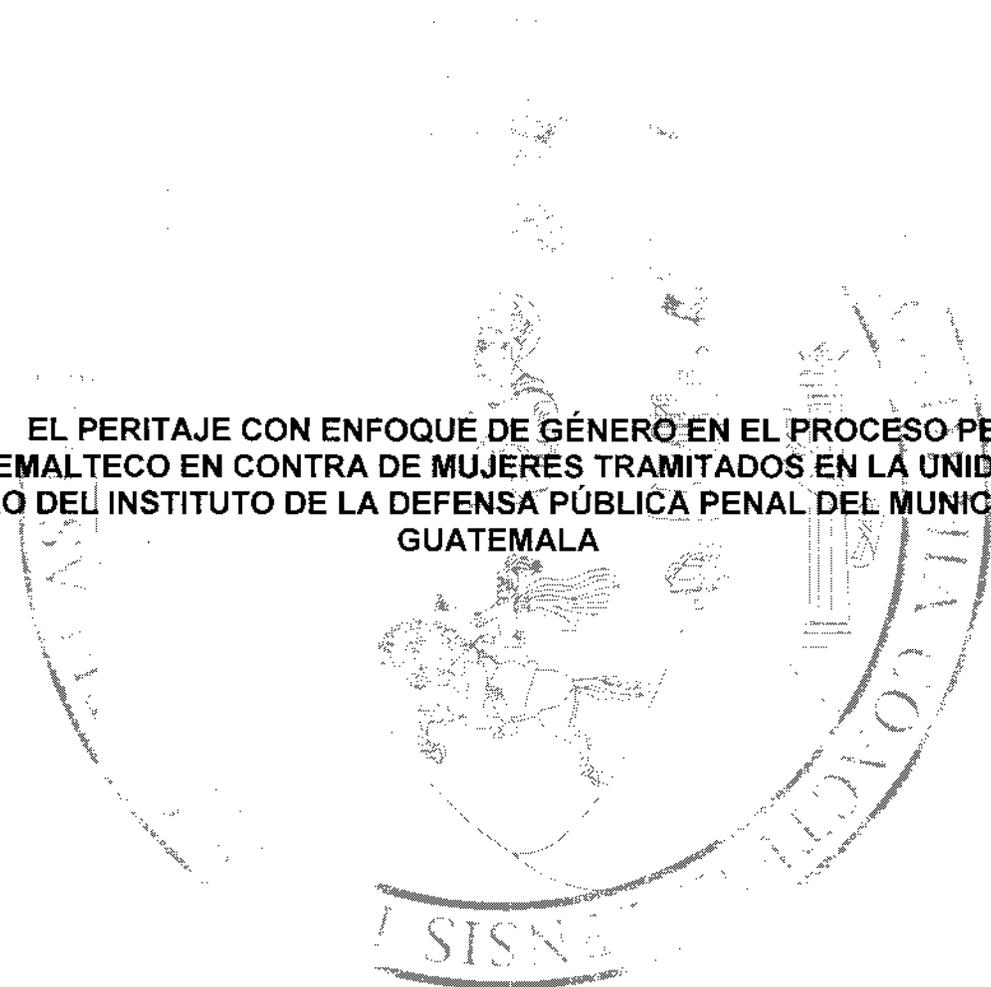


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**EL PERITAJE CON ENFOQUE DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL
GUATEMALTECO EN CONTRA DE MUJERES TRAMITADOS EN LA UNIDAD DE
GÉNERO DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL DEL MUNICIPIO DE
GUATEMALA**

BRENDA CAROLINA GARCÍA CONTRERAS

GUATEMALA, JULIO 2013

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

**EL PERITAJE CON ENFOQUE DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL
GUATEMALTECO EN CONTRA DE MUJERES TRAMITADOS EN LA UNIDAD DE
GÉNERO DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL DEL MUNICIPIO DE
GUATEMALA**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

BRENDA CAROLINA GARCÍA CONTRERAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio 2013

**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 I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIO: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

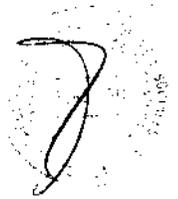
Primera Fase

Presidente: Lic. Ricardo Ambrocio Díaz y Díaz
Vocal: Licda. Miriam Lily Rivera Álvarez
Secretaria: Licda. Ileana Nohemí Villatoro Fernández

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Crista Ruiz de Juárez
Vocal: Licda. Margarita Franco Hernández
Secretaria: Licda. María Lesbia Leal Chávez

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)



Sergio Amadeo Pineda Castañeda
Primera Calle Oriente No. 4 Antigua Guatemala
Colegiado 4418
Tels. 78320790 78320313

Guatemala, 19 de Abril de 2013

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria



Dr. Bonerge Amílcar Mejía Orellana:

En cumplimiento de la resolución dictada por la dirección de la unidad de tesis, por la cual se me requirió como Asesor de tesis de la bachiller BRENDA CAROLINA GARCÍA CONTRERAS, en la realización de la investigación titulada: "EL PERITAJE CON ENFOQUE DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO EN CONTRA DE MUJERES TRAMITADOS EN LA UNIDAD DE GÉNERO DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL DEL MUNICIPIO DE GUATEMALA", me permito emitir el siguiente dictamen:

"La estudiante ha desarrollado esta investigación con una total iniciativa y a criterio propio, en cada capítulo que consta este trabajo se ha expuesto toda la materia tanto científica como jurídica, donde podemos mencionar que partimos desde el punto de vista doctrinario del Derecho Penal, como introducción a una parte práctica: "EL



PERITAJE CON ENFOQUE DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO EN CONTRA DE MUJERES TRAMITADOS EN LA UNIDAD DE GÉNERO DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL DEL MUNICIPIO DE GUATEMALA.” donde la estudiante ha hecho una distinción de caracteres técnicos y físicos de cada escena y tipo de responsabilidad, terminando así con la descripción de la técnica y la práctica utilizada por el órgano investigador en nuestro país, merece especial atención el capítulo del procedimiento para manipulación e investigación de la evidencia recolectada en la escena del crimen y el proceso penal guatemalteco, para la determinación del enfoque de género en el ramo penal guatemalteco; así como también la recreación de los hechos para la determinación de la responsabilidad del delito en el ámbito social guatemalteco.

Para puntualizar, el contenido del trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnica de investigación utilizadas y la redacción son correspondientes con los temas tratados en la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 31 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público (Reforma aprobada en punto SEPTIMO, inciso 7.1 del Acta 01-2013 de la Sesión Ordinaria celebrada por Junta Directiva el 14 de enero de 2013, su modificación y ampliación en punto OCTAVO, inciso 8.14 del Acta 02-2013 de la Sesión Extraordinaria celebrada por Junta Directiva, el 24 de enero de 2013 y su modificación y ampliación en punto CATORCE, inciso 14.15 del Acta 03-2013 de la Sesión Ordinaria celebrada por Junta Directiva, el 11 de febrero de 2013, vigente a partir del uno de abril de dos mil trece), declaro **EXPRESAMENTE** que no soy pariente de la bachiller dentro de los grados de ley, por lo que resulta procedente otorgar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el excelente trabajo que propone.

Atentamente,

Lic. Sergio Amadeo Pineda Castañeda
Asesor de Tesis
Colegiado 4418



USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 21 de junio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante BRENDA CAROLINA GARCÍA CONTRERAS, titulado EL PERITAJE CON ENFOQUE DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO EN CONTRA DE MUJERES TRAMITADOS EN LA UNIDAD DE GÉNERO DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL DEL MUNICIPIO DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/silh,

Lic. Avidán Ortiz Orellana
BECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haberme dado la vida, la fuerza, la paciencia y la sabiduría necesaria.
- A LA VIRGEN MARÍA:** Por todos aquellos favores que en el transcurrir de mi existencia te he pedido y que tú tan afanosamente me has cumplido.
- A MI PADRE:** Aroldo Efraín García, quien desde el cielo me ha cuidado y apoyado. Papi, la promesa está cumplida.
- A MI MADRE:** Dora Violeta Contreras, por su inmenso cariño, sin importar nuestras diferencias de opiniones.
- A MI HIJO:** Pablo René Efraín, quien me prestó el tiempo que le pertenecía y por ser mi inspiración y motivo de lucha.
- A MI FAMILIA:** Hermanos, Abuelos, Tíos, Primos, Sobrinos, por ser parte de mi vida y por el apoyo que obtuve de cada uno de ustedes.
- A LOS QUE NUNCA DUDARON QUE LOGRARÍA ESTE TRUINFO:** Con especial cariño a Ángel, por haberme dado la confianza y el impulso que me hacia falta para culminar esta meta en mi vida.
- A MIS GRANDES AMIGOS:** Oswaldo, Luis, Elmer, Hernán, por estar conmigo en los momentos más difíciles en esta carrera y nunca haberme abandonado, este logro es de ustedes también, muchísimas gracias.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por el privilegio obtenido de formarme en sus gloriosas aulas.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala prestigioso centro de enseñanza superior, del que tuve el honor de ser parte.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Derecho penal	1
1.1. Aspectos históricos del derecho penal	1
1.2. Derecho penal	13
1.2.1. Definición	13
1.2.2. Características y principios	15
1.3. Contenido del derecho penal	17
1.3.1. Acción penal	19
1.4. El proceso penal es garantista	24
1.5. La actividad jurisdiccional	27
1.6. Fin del proceso penal	27

CAPÍTULO II

2. La ley penal	29
2.1. Introducción y definición	29
2.2. Principios y características	31
2.3. Principios fundamentales de la ley penal	32
2.4. Forma, especies y fuentes de la ley penal	35
2.5. Clasificación de leyes o normas penales	37
2.5.1. Atendiendo el ámbito de aplicación	38
2.5.2. Atendiendo el origen	39
2.5.3. Por su estructuración técnica	40
2.5.4. Exégesis o interpretación de la ley penal	44
2.5.5. Clases de interpretación de la ley	45
2.5.6. Reglas legales de interpretación	50



CAPÍTULO III

3. El delito.....	51
3.1. Definición del delito.....	51
3.2. Teoría general del delito.....	52
3.3. Elementos del delito.....	54
3.4. Elementos negativos del delito.....	60
3.5. Causas de justificación.....	60
3.6. La culpabilidad.....	63
3.6.1. Elementos de la culpabilidad.....	64
3.7. La inimputabilidad.....	65
3.7.1. tipos de inimputabilidad.....	66

CAPÍTULO IV

4. Teoría del enfoque de género.....	73
4.1. Género y sexo.....	73
4.2. Género y derecho.....	77
4.3. La forma en que se interpretan y aplican las normas.....	80
4.4. El peritaje con enfoque de género en el proceso penal guatemalteco.....	85
CONCLUSION DISCURSIVA.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97



INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República de Guatemala engloba una serie de garantías que son observadas por el ordenamiento jurídico interno y que además, consagran todas aquellas garantías inherentes al ser humano, siendo deber del Estado la protección de la persona humana, teniendo como fin el bien común, fundamentado en el principio de igualdad.

Ante esta situación de regulación constitucional el derecho procesal penal también establece estas garantías lo que hace que las normas constitucionales y ordinarias activen un derecho pospositivo, pues se aplica con equidad, justicia e igualdad, pero es el caso que ante los diferentes tipos penales creados por normas jurídicas internas se inobserve muchas circunstancias, dentro de ellas el papel que ocupa la mujer guatemalteca por la cultura de la sociedad en que se desarrolla.

La teoría de género estudia no el sexo sino la posición de cierto individuo en la sociedad y su obligación que por la misma se le ha impuesto, siendo evidente el tipo de rol que la mujer ocupa en la sociedad guatemalteca y ante diversas circunstancias que se desarrollaron en la investigación se hace necesario aportar beneficios y ventajas que conlleva la aplicación del enfoque de género en los procesos penales seguidos en contra de la mujer imputados de la comisión de un hecho ilícito.

Sin embargo la presente investigación abordará la teoría de género en el proceso penal de Guatemala en contra de la mujer imputada de un delito en donde el enfoque de género en cuanto a la conducta de la mujer en la conducta realizada sea una pieza elemental para su defensa.

El derecho procesal penal tiene como característica ser reconocedor de garantías, tanto jurídicas como inherentes al propio ser humano, es por eso que ante la situación del rol que la mujer guatemalteca representa en la sociedad se hace necesario desarrollar una teoría de género que demuestre las circunstancias que llevaron al acaecimiento del



hecho delictivo y que en muchas ocasiones son estas vertientes relativas al género las que crean un ambiente propicio, aun sin saberlo, para la comisión de un hecho delictivo.

La problemática que presenta y las desventajas que se presentan dentro del proceso penal en contra de una mujer sin saber su situación dentro de la sociedad y el entorno en donde se suscitó el hecho delictivo se evidenciarán con la aplicación y perspectiva de la teoría de género que doctrinariamente se ha desarrollado.

En la realización del trabajo se utilizó el método analítico, deductivo e inductivo, para la comprobación de la hipótesis y para que en el futuro se tenga conocimiento del procedimiento específico para el juzgamiento de delitos de acción pública, tomando en cuenta aspectos doctrinarios y principalmente legislativos.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

1.1. Aspectos históricos del derecho penal

Cada sociedad, históricamente, ha creado y seguirá creando sus propias normas penales, con rasgos y elementos característicos según el bien jurídico que en cada caso se quiera proteger.¹ Tabú y venganza privada, en los tiempos primitivos no existía un Derecho penal estructurado, sino que había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias no sólo para el ofensor sino también para todos los miembros de su familia, clan o tribu.²

Cuando se responsabilizaba a alguien por la violación de una de estas prohibiciones (tabú), el ofensor quedaba a merced de la víctima y sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y su familia un mal mayor. No existía relación alguna entre la ofensa y la magnitud del castigo.

La Ley del Talión: las primeras limitaciones a la venganza como método de castigo surgen con el Código de Hammurabi, La Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, que

¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, **Manual de derecho penal**, Pág. 56.

² Garrido Montt, Mario. **Derecho penal** . Pág. 33.



intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo.

Es el famoso ojo por ojo, diente por diente.

En los casos en que no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación física, de modo tal, por ejemplo, que al autor de un robo se le cortaba la mano. A esta misma época corresponde la aparición de la denominada composición, consistente en el reemplazo de la pena por el pago de una suma dineraria, por medio de la cual la víctima renunciaba a la venganza. En la actualidad se está introduciendo la remisión de la pena a cambio de servicios a la comunidad.

Derecho romano

El extenso período que abarca lo que habitualmente denominamos Derecho romano puede ser básicamente dividido en épocas, acorde al tipo de gobierno que cada una de ellas tuvo. A partir de la Ley de las XII Tablas se distinguen los delitos públicos (crímenes) de los delitos privados (delitos, en sentido estricto). Los primeros eran perseguidos por los representantes del Estado en interés de éste, en tanto que los segundos eran perseguidos por los particulares en su propio interés. Es de destacar que la Ley de las XII Tablas no establecía distinciones de clases sociales ante el derecho.³

³ Peter G. Stein, **El Derecho romano en la historia de Europa**. Pág. 76.



Con el correr del tiempo los delitos privados pasan a ser perseguidos por el Estado y sometidos a pena pública. Una de la peores penas era la *capitis deminutio maxima*.⁴

Durante la época de la República, solo van quedando como delitos privados los más leves. El derecho penal romano comienza a fundarse en el interés del Estado, reafirmandose de este modo su carácter público. Esta característica se ve claramente en la época del Imperio. Los tribunales actuaban por delegación del emperador; el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del imperio se fue ampliando cada vez más. Con el desarrollo del período imperial no se tratará ya de tutelar públicamente intereses particulares, sino de que todos serán intereses públicos. La pena en esta etapa recrudece su severidad.

Edad media

Durante la edad media desaparece el Imperio romano, y con él la unidad jurídica de Europa. Las invasiones de los bárbaros trajeron costumbres jurídico-penales diferentes, contrapuestas muchas de ellas a los principios del derecho del Imperio romano.

A medida que el señor feudal fortalece su poder, se va haciendo más uniforme el

⁴ *Ibíd.* Pág. 82.



derecho, como fruto de la unión del antiguo derecho romano y de las costumbres bárbaras. Así cobra fuerza el derecho canónico, proveniente de la religión católica que se imponía en Europa por ser la religión que se había extendido junto con el Imperio romano.

El derecho canónico que comenzó siendo un simple ordenamiento disciplinario crece y su jurisdicción se extiende por razón de las personas y por razón de la materia, llegando a ser un completo y complejo sistema de derecho positivo.

El delito y el pecado (se homologaban) representaban la esclavitud y la pena la liberación; es fruto de esa concepción el criterio tutelar de este derecho que va a desembocar en el procedimiento inquisitorial. Se puede destacar que el derecho canónico institucionalizó el derecho de asilo, se opuso a las ordalías y afirmó el elemento subjetivo del delito. Es muy debatido si se distinguía el delito del pecado, pero la mayoría de los autores coinciden en que aunque haya existido una distinción teórica, en la práctica la misma se desvanecía. Basta con mencionar algunos de los actos que se consideraban delitos: la blasfemia, la hechicería, el comer carne en cuaresma, el suministro, tenencia y lectura de libros prohibidos, la inobservancia del feriado religioso, etc.



Los glosadores y los postglosadores

Con la concentración del poder en manos de los reyes, y la consiguiente pérdida del mismo por parte de los señores feudales, se sientan las bases de los Estados modernos. Se produce entonces el renacimiento del derecho romano. En las universidades italianas, principalmente, se estudia este derecho, como también las instituciones del derecho canónico y del derecho germano.

Los glosadores avanzan sobre el derecho romano a través del Corpus Iuris de Justiniano, recibiendo su nombre por los comentarios (glosas) que incluían en los textos originales.

Las partidas

Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio constituyen un código aparecido entre los años 1256-1265, que ejerció luego una enorme influencia en la legislación general. Las disposiciones penales de Las Partidas se encuentran en la partida VII, completándose con numerosas disposiciones procesales atinentes a lo penal contenidas en la Partida III. Queda definitivamente consagrado el carácter público de la actividad represiva, y se establece que la finalidad de la pena es la expiación, es decir, la retribución del mal causado, como medio de intimidación, para que el hecho no se repita.



Se distingue conforme con la influencia del derecho romano el hecho cometido por el inimputable (por ejemplo el loco, el furioso, el desmemoriado y el menor de diez años y medio, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurran los parientes por su falta de cuidado). Distinguida así la condición subjetiva para la imputación, estableciéndose que a tales sujetos no se les puede acusar, queda firmemente fijado el sentido subjetivo de esta ley penal, la cual, en este terreno, traza nítidas diferencias entre la simple comisión de un hecho y su comisión culpable. Contiene también, especialmente en el homicidio, la diferencia entre el hecho doloso, el culposo y el justificado. Se prevén ciertas formas de instigación, de tentativa y complicidad.

La Carolina

- Constitutio Criminalis Carolina

En 1532 Carlos V sancionó la Constitutio Criminalis Carolina u Ordenanza de Justicia Penal, que si bien no era obligatoria para los señores feudales en sus territorios, igualmente sustentó el derecho penal común alemán. Tipificaba delitos tales como la blasfemia, la hechicería, la sodomía, la seducción, el incesto, etc. y las penas variaban entre el fuego, la espada, el descuartizamiento, la horca, la muerte por asfixia, el enterramiento del cuerpo vivo, el hierro candente y la flagelación.

La Carolina es un código penal, de procedimiento penal y una ley de organización de



tribunales. En realidad no tiene un verdadero método, sino que es una larga y compleja enumeración de reglamentaciones, admitiendo la analogía y la pena de muerte cuya agravación en diversas formas admite, mostrando claramente que el objeto principal de la pena es la intimidación. Su importancia radica en la reafirmación del carácter estatal de la actividad punitiva. Por otra parte, desaparece definitivamente el sistema compositivo y privado, y la objetividad del derecho germánico, con la admisión de la tentativa.

Derecho penal liberal

César Bonesana (Cesare Beccaria) fue el autor de *De los delitos y las penas* (1764) al cual se considera como la obra más importante del Iluminismo en el campo del derecho penal. La pretensión de Beccaria no fue construir un sistema de derecho penal, sino trazar lineamientos para una política criminal.

Beccaria fue el primero que se atrevió a escribir en forma sencilla, en italiano, en forma de opúsculo, y concebido en escuetos silogismos y no en la de aquellos infolios en que los prácticos trataban de resumir la multiplicidad de las leyes de la época. Sobre todo, Beccaria es el primero que se atreve a hacer política criminal, es decir, una crítica de la ley. Así se expresaba Jiménez de Asúa haciendo referencia al autor italiano.

Sin embargo, no se puede dejar de mencionar en la misma línea



a Montesquieu, Marat y Voltaire. Beccaria parte de los presupuestos filosóficos imperantes de la época (el Contrato Social, de Rousseau) como origen de la constitución de la sociedad y la cesión de mínimos de libertad a manos del Estado y su poder punitivo para la conservación de las restantes libertades.

La crítica surgida del libro de Beccaria conduce a la formulación de una serie de reformas penales que son la base de lo que conocemos como Derecho Penal liberal, resumido en términos de humanización general de las penas, abolición de la tortura, Ley, Principio, proporcionalidad entre delito y pena, etc. Uno de los más importantes difusores de la obra de Beccaria fue Voltaire.

Escuela clásica o liberal

El primer representante de ésta escuela es Francisco Carmignani. Su obra Elementos de Derecho Criminal, propone un sistema de derecho penal derivado de la razón, siendo uno de los primeros en trazar un sistema científico del derecho penal en lengua no germana. Siguiendo a Carmignani, pero superándolo, aparece en el escenario de la escuela liberal Francesco Carrara, conocido como El Maestro de Pisa. En su Programma del Corso di Diritto Criminale (1859), la construcción del sistema de derecho penal alcanza picos de depuración técnica, tanto que cuando muere Carrara se empieza a visualizar el proceso de demolición del derecho penal liberal.



Positivismismo

Ante los avances de la ciencia y el afán por superar el Estado liberal no intervencionista, buscando afrontar su ineficacia respecto al nuevo crecimiento de la criminalidad, nace el positivismo. Su idea es que la lucha contra la criminalidad debe hacerse de una forma integral permitiendo la intervención directa del Estado.

Las mayores críticas contra los autores positivistas radican en el olvido de las garantías individuales, ya que su foco es la peligrosidad social del delincuente.

Escuela Positivista Italiana: su fundador fue César Lombroso quien cambió el enfoque del delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable. Lombroso escribió *L'uomo delinquente* en 1876, colocando al delincuente como fenómeno patológico, respecto del cual sostiene la existencia de una predisposición anatómica para delinquir, por lo que afirma la existencia de un delincuente nato por una malformación en el occipital izquierdo. Para Lombroso el que delinque es un ser que no ha terminado su desarrollo embriofetal. Lombroso no era un jurista, por lo que Enrico Ferri será quien le dé trascendencia jurídica a las teorías de Lombroso. Ferri rotula como delincuente nato al *uomo delinquente* de Lombroso. El punto central de Ferri es que para su positivismo el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito.



Con el estado peligroso sin delito se quiso limpiar la sociedad de vagos, alcohólicos y todo aquel que demostrara peligrosidad pre delictual.

Con Rafael Garófalo se completa el trío positivista italiano, y con él queda demarcada la tesis de guerra al delincuente. Con él surge la idea de un delito natural, ya que las culturas que no compartían las pautas valorativas europeas eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores, y que eran a la humanidad lo que el delincuente a la sociedad. El delito natural sería el que lesione los sentimientos de piedad y justicia, que eran los pilares de la civilización occidental.

Otros Positivistas

Dentro del positivismo se cita también otras posiciones, como las escuelas alemanas (Von Liszt y su positivismo criminológico y Binding y su positivismo jurídico).

Franz Von Liszt ocupó todas las áreas académicas que consideraba lindantes con el delito y formuló lo que llamó gesamte Strafrechtswissenschaft (ciencia total del derecho penal), en la que incluye al derecho penal de fondo, derecho procesal penal, la criminología, política criminal, entre otras ramas. Para Von Liszt el derecho penal es la carta magna del delincuente. Es decir, no protege al orden jurídico ni a la comunidad, sino al sujeto que ha obrado contra ella. Dispone para él el derecho a ser castigado sólo si concurren los requisitos legales y dentro de los límites establecidos por la ley.



Von Liszt adjudica a la pena, y como parte de un Estado intervencionista, un fin preventivo especial, rechazando el retribucionismo. Tal prevención tiene, a su juicio, un triple contenido: corrección de los delincuentes corregibles y necesitados de mejora, no intervención en caso de delincuentes no necesitados de mejora y la inocuización de los delincuentes no susceptibles de mejora o incorregibles. Defiende así la pena indeterminada. En todo caso, ya admite la doble vía penal: penas más medidas de seguridad.

Karl Binding con su positivismo jurídico desarrolló la teoría de las normas, donde afirma que el delincuente no viola la ley penal sino que la cumple, lo que viola es la norma prohibitiva u ordenatoria que subyace dentro de la norma penal.

La Crisis del positivismo jurídico

El positivismo entra en crisis desde finales del XIX, surgiendo nuevos movimientos doctrinales, entre ellos el neokantismo y el finalismo. Neokantismo de Edmund Mezger: en él se encuadran 2 direcciones distintas: la Escuela de Marburgo y la Escuela Sudoccidental Germana.

La crítica básica del neokantismo al positivismo es la insuficiencia de su concepto de ciencia. El método de las ciencias naturales sólo dá un conocimiento parcial, pues sólo determina aquello que se repite. Es necesario añadir las ciencias del espíritu y otras



clases de métodos distintos a los científicos naturales. Es necesario referir los datos de la realidad a los valores de una comunidad, lo que se hace a través de las ciencias de la cultura, entre ellas el derecho. Ha sido la base para el gran desarrollo de la dogmática penal al delimitar con claridad qué es lo que le correspondía estudiar a la ciencia del Derecho penal.

Finalismo

El renacimiento del derecho natural en los primeros años de la segunda posguerra mundial, era un necesario volver a fundar el derecho penal en límites precisos y garantistas. La más modesta de todas las remakes de la doctrina del derecho natural fue la de Hans Welzel con su teoría de las estructuras lógico-objetivas. Se trataba de un derecho natural en sentido negativo: no pretendía decir cómo debería ser el derecho, sino sólo lo que no era derecho. A diferencia del neokantismo, para el cual el valor era lo que ponía orden en el caos del mundo y lo hacía disponible, para el ontologismo welzeliano el mundo tiene varios órdenes a los que el legislador se vincula por las estructuras lógicas de la realidad. Según Welzel, cuando se las ignora o quiebra, el derecho pierde eficacia, salvo que quiebre la que lo vincula a la estructura del ser humano como persona, en cuyo caso deja de ser derecho.



1.2. Derecho penal

Derecho penal es el conjunto de principios y reglas jurídicas que determinan las infracciones, las penas o sanciones, y las relaciones del Estado con las personas con motivo de las infracciones o para prevenirlas.⁵

Cuando se habla de derecho penal se utiliza el término con diferentes significados, de acuerdo a lo que se desee hacer referencia; de tal modo, podemos mencionar una clasificación preliminar tal como: Derecho penal sustantivo, y por otro lado, el Derecho penal adjetivo o procesal penal.

El primero de ellos está constituido por lo que generalmente se conoce como Código Penal o leyes penales de fondo, que son las normas promulgadas por el Estado, estableciendo los delitos y las penas, mientras que el derecho procesal penal es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación de aquellas.

1.2.1. Definición

El Derecho penal es el saber jurídico que establece los principios para la creación, interpretación y así ejecutar la aplicación de las leyes penales (aún a los casos privados); propone a los jueces un sistema orientador de sus decisiones, que contiene y

⁵Garrido Montt, Mario. **Derecho penal**. Pág. 34.



reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho.

Entre otras definiciones se pueden citar las de algunos doctrinarios, tales como:

- a) Conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia. (Franz von Liszt)

- b) La rama del Derecho que regula la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias, y aplicar una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles. (Ricardo Nuñez)

- c) Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora. (Luis Jiménez de Asúa)

- d) Rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción. (Fontán Balestra)

- e) Conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado, que definen las conductas delictivas y las penas o medidas de seguridad que hay que aplicar a sus infractores. (Cándido Herrero)



- f) Es la rama del derecho publico interno relativo a los delitos, a las penas y medidas de seguridad que tienen por objeto inmediato la creación y conservación del orden social. (Universidad Humanitas).

1.2.2. Características y principios

- A. La fuente del derecho es aquello de donde el mismo emana, dónde y cómo se produce la norma jurídica. Entonces, la única fuente del derecho penal en los sistemas en los que impera el principio de legalidad es la Ley, de la cual emana el poder para la construcción de las demás normas y su respectiva aplicación, por lo tanto, sólo ésta puede ser la creadora y fuente directa del derecho penal.
- B. Costumbre: la costumbre no es fuente del derecho penal, ni en su vertiente positiva, en los sistemas penales denominados continentales, es decir, en aquellos en los que impera el principio de legalidad, aunque pueda serlo de otras ramas del derecho.
- C. Otra cosa sucede en los sistemas penales del derecho anglosajón. Para éstos sistemas penales el antecedente judicial es fuente de derecho, aunque son cada vez más, por razones de seguridad jurídica, los estados que adoptan el modelo del sistema maestro o codificación. Inglaterra, que necesitaba un derecho en constante evolución por ser un país marítimo y no poder esperar la creación de leyes para



adecuarlas a su comercio, adoptó la costumbre como fuente del derecho; en derecho penal, sin embargo, la costumbre no puede operar como creadora de delitos y penas.

D. A pesar de lo anteriormente dicho, algunos autores admiten la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad. Según éste argumento se afirma que en determinados casos, una conducta que pareciera típica, sin embargo, por fuerza de la actividad social se la considera atípica o permitida.

E. Jurisprudencia: fuente clásica en el derecho anglosajón (Common law). La jurisprudencia es la reiteración de decisiones sobre un mismo asunto de forma similar, no es una sola decisión, tiene que ver con una actividad plural de decisiones que consolidan una tendencia para la solución de un caso. No sólo en Estados Unidos o en Inglaterra la jurisprudencia es utilizada para la toma de decisiones, sino que todos los abogados tienden a buscar precedentes jurisprudenciales porque son los que le indican cómo interpretan los tribunales una determinada norma. Ahora bien, en los sistemas penales continentales la jurisprudencia no es fuente de derecho, así como tampoco lo es la analogía.

F. Doctrina: No es fuente del derecho penal aunque cumple importantes funciones de cara a la creación e interpretación de la ley penal.

G. Principios generales del derecho: Tampoco pueden ser considerados fuente del



derecho penal, aunque cumplen otras funciones al orientar y limitar la actividad legislativa; la interpretación o la aplicación de la ley penal.

1.3. Contenido del derecho penal

Concepto:

Secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión. Serie ordenada de actos preestablecidos por la ley y cumplidos por el órgano jurisdiccional, que se inician luego de producirse un hecho delictuoso y terminan con una resolución final.

En el proceso penal se denuncia la comisión de un delito, luego se actúan todas las pruebas pertinentes para que el órgano jurisdiccional resuelva la situación jurídica del procesado, archivando el proceso, absolviendo al procesado o condenándolo.

Procedimiento

Trámite o rito específico dentro del Proceso. El Proceso comprende al procedimiento.



Juicio

En sentido subjetivo significa: Capacidad o facultad del alma humana de apreciar el bien y el mal, y de distinguir entre la verdad y la falsedad.

Conocimiento, tramitación y fallo de una causa por el juez o tribunal.

Objeto

Busca llevar a cabo la finalidad retributiva y resocializadora, y en menor medida preventiva que postula el derecho penal. Tiende a hacer cumplir la Ley Penal.

Principios

Debido Proceso: juicio justo; publicidad en el juzgamiento; notificación de la acusación formulada; principio de oralidad; derecho al juez natural; igualdad efectiva de las partes; oportunidad probatoria (ofrecimiento y actuación de pruebas); providencias precautorias (derecho a solicitar medidas cautelares antes o durante el Proceso); fundamentación y motivación de resoluciones judiciales; control constitucional del proceso; derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; derecho a la defensa (derecho del denunciante o denunciado a contar con un abogado); observancia de la formalidad procesal; ausencia de dilaciones indebidas (justicia que tarde no es justicia); presunción de inocencia;



pluralidad de instancias; prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo y contra sus familiares.

Debido proceso

Es el proceso penal formal seguido contra una persona bajo el amparo de las garantías que establece tanto la constitución como las Leyes vigentes, dentro de un plazo preestablecido, con todas las formalidades y solemnidades señaladas por las leyes procesales, reconociendo al imputado su condición humana y sus derechos inherentes.

Es el conjunto de disposiciones materiales de la aplicación de la justicia integradas en garantía fundamentales, sistematizadas para la adecuada prestación o impartición de justicia exigida por la constitución y cuya finalidad es permitir a los justiciables la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a un proceso penal justo, equitativo, veraz, imparcial y definitivo. En términos más bien generales, podríamos decir que el debido proceso enmarca e integra a los demás principios, pues los mismos son los que juntos generan el debido proceso.

1.3.1. Acción penal:

Concepto

Es aquella acción ejercitada por el Ministerio Público o por los particulares (según la



naturaleza del delito), para establecer, mediante el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, la responsabilidad en un evento considerado como delito o falta. La acción tiene por fin la aplicación del derecho material por parte del juez. El objeto es la aplicación de una pretensión punitiva.

Para interponer la acción penal, no es necesario que exista un hecho, delito o no. El proceso se establece justamente para comprobar si el hecho existió o no, y si existió corresponderá establecer si es o no delito.

Para la tesis romanista o clásica de la acción, actualmente queda descartado el postulado que señalaba que la acción es el mismo derecho (ius puniendi) en pie de guerra o el derecho de perseguir en juicio lo que se debe.

En atención a lo expuesto, muchos juristas utilizan el término acción penal, al simplificar un conjunto de palabras que significan acción procesal tendiente o encaminada a resolver un conflicto penal.

Caracteres de la Acción Penal:

a) Autónoma: Es independiente del derecho material.

b) Oficialidad - carácter público: El ejercicio de la acción es del Poder Público, excepto cuando se trata de delitos de acción privada.



- c) Publicidad: Puede ser ejercitada por personas públicas, cuando se busca proteger a la sociedad en su conjunto; se ejercita en interés de sus miembros.
- d) Irrevocabilidad: La regla general es que una vez promovida la acción penal no existe posibilidad de desistimiento. Se puede interrumpir, suspender o hacer cesar, sólo y exclusivamente cuando está expresamente previsto en la ley.
- e) Indiscrecionalidad: Se debe ejercer siempre que la ley lo exija. No está obligado a ejercer la acción penal sino cuando se siente obligado y debe ser desarrollada en función de la investigación realizada por el fiscal, que tiene discrecionalidad, cuando cree que hay motivos para suspender, cesar, etc., el proceso.
- f) Indivisibilidad: La acción es una sola y comprende a todos los que hayan participado en el hecho delictivo.
- g) Unicidad: No se admite pluralidad o concurso de titulares de la acción.
- h) Principio de oportunidad: Por este principio, el órgano persecutor e iniciador de la acción penal (Fiscal General de la Nación) tiene la facultad de abstenerse de ejercitar la Acción Penal o archivar la causa penal. Es decir, se permite que los órganos Públicos encargados de la persecución penal prescindan de ella y cierren definitivamente el caso.



- **Circunstancias Imperativas de la acción penal**

La denuncia se da por no presentada y se anula todo lo actuado. Si los procesados se encuentran con mandato de detención o en prisión se ordena la libertad inmediata. Es toda condición legal para poder denunciar un hecho como delito o es todo elemento señalado como indispensable para el ejercicio del la acción penal.

- **Cuestión prejudicial**

Medio de defensa técnico del imputado que procede ante la existencia de un hecho o acto preexistente autónomo y que requiere ser resuelto en vía extrapenal, para recién dar inicio a un Proceso Penal. En tanto se resuelve dicho acto, la acción penal se archiva provisionalmente.

- **Excepciones**

Medios de defensas conferidos al imputado para impedir (provisoria o definitivamente) la prosecución del Proceso Penal. Las excepciones están referidas a un elemento procesal y no a los elementos constitutivos del delito.



- Clases de Excepciones

Naturaleza de juicio

Excepción Dilatoria. No se refiere al fondo del asunto sino a la forma, se interpone cuando se da a la investigación una sustanciación distinta a la prevista en la ley penal.

Naturaleza de Acción

Excepción Preventiva. Ataca el fondo del asunto e impide definitivamente la prosecución del proceso penal, se interpone cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

Cosa Juzgada

Excepción Perentoria. Se interpone cuando el hecho investigado ya ha sido objeto de un fallo o decisión judicial (nacional o extranjera) en un proceso penal, por los mismos hechos y contra la misma persona.



Amnistía

Excepción Perentoria. Se interpone cuando el procesado ha sido sujeto de la amnistía por el delito que se le imputa. La amnistía es aquel acto de poder soberano (congreso) por la cual se olvidan las infracciones penales, generalmente político - sociales.

Prescripción

Excepción Perentoria. Se interpone cuando ha transcurrido el plazo señalado para la extinción del derecho a ejercitar la acción penal o la prosecución de la misma, más no de la pena. Puede ejercitarse de oficio pero ya no como excepción sino mediante resolución.

1.4. El proceso penal es garantista

El Artículo 71 del Código Procesal Penal establece: "Derechos. Los derechos que la Constitución y este Código otorgan al imputado puede hacerlos valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o de participar en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal que este Código establece. Si el



sindicado estuviere privado de su libertad, toda autoridad que intervenga en el procedimiento velará para que se conozca, inmediatamente, los derechos que las leyes fundamentales del Estado y este Código le conceden”.

Es de importancia desarrollar los principios procesales y las garantías constitucionales desde el primer momento procesal.

Por primer acto se entienden los siguientes momentos:

La sindicación, que se encuentra establecida en el Artículo 70 del Código Procesal Penal: “Denominación. Se denominará sindicado, imputado, procesado o acusado a toda persona a quien se le señala de haber cometido un hecho delictuoso, y condenado a aquél sobre quien haya recaído una sentencia condenatoria firme”.

La aprehensión, que se establece en el Artículo 257 del Código Procesal Penal: “Aprehensión. La policía deberá aprehender a quien sorprenda en delito flagrante. Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento mismo de cometer el delito. Procederá igualmente la aprehensión cuando la persona es descubierta instantes después de ejecutado el delito, con huellas, instrumentos o efectos del delito que hagan pensar fundadamente que acaba de participar en la comisión del mismo. La policía iniciará la persecución inmediata del delincuente que haya sido sorprendido en flagrancia cuando no haya sido posible su aprehensión en el mismo lugar del hecho. Para que proceda la aprehensión en este caso, es necesario



que exista continuidad entre la comisión del hecho y la persecución.

En el mismo caso, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el hecho punible produzca consecuencias ulteriores. Deberá entregar inmediatamente al aprehendido juntamente con las cosas recogidas, al Ministerio Público, a la policía o a la autoridad judicial más próxima. El Ministerio Público podrá solicitar la aprehensión del sindicado al juez o tribunal cuando estime que concurren los requisitos de ley y que resulta necesario su encarcelamiento, en cuyo caso lo pondrá a disposición del juez que controla la investigación. El juez podrá ordenar cualquier medida sustitutiva de la privación de la libertad, o prescindir de ella, caso en el cual liberará al sindicado”.

La prestación de la primera declaración que establecida en el Código Procesal Penal en el Artículo 81: “Antes de comenzar las preguntas se comunicará detalladamente al sindicado el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, su calificación jurídica provisional un resumen de los elementos de prueba existentes, y las disposiciones penales que se juzguen aplicables. Se le advertirá también que puede abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio. En las declaraciones que preste durante el procedimiento preparatorio será instruido acerca de que puede exigir la presencia de su defensor y consultar con él la actitud a asumir, antes de comenzar la declaración sobre el hecho. El defensor, el querellante o las partes civiles, deberán dar su dirección para recibir citaciones y notificaciones en el perímetro de la población y se les indicará que tienen la



obligación de notificar los cambios a los mismos”.

1.5. La actividad jurisdiccional

La jurisdicción criminal o penal como también se le denomina, consiste en la jurisdicción que se encuentra clasificada dentro de la privativa y es la que se tramita e instruye en el proceso penal para la averiguación de los delitos y la imposición de las penas o absolución correspondiente.

Se establece en el Artículo 37 del Código Procesal Penal: “Jurisdicción penal. Corresponde a la jurisdicción penal el conocimiento de los delitos y las faltas. Los tribunales tienen la potestad pública, con exclusividad, para conocer los procesos penales, decidirlos y ejecutar sus resoluciones”.

El ejercicio y la jurisdicción abarcan la función jurisdiccional, la cual comprende a su vez la instrucción, el trámite y la sentencia en el proceso penal, lo cual equivale a ser citado, oído y vencido.

1.6. Fin del proceso penal

La finalidad primordial del proceso penal consiste en obligar al Estado a invertir los



recursos económicos para la persecución y sanción de los delitos, en especial constituir un fuerte Ministerio Público al que tiene que dotar de personal técnico y de medios científicos de investigación adecuados, así como también supervisar a las fuerzas de seguridad para que realicen o colaboren con las investigaciones criminales. El Artículo 5 del Código Procesal Penal establece los fines del proceso penal al señalar: “El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido, el establecimiento de la posible participación del sindicado, el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma”.



CAPÍTULO II

2. La ley penal

El derecho penal, comprendido como el conjunto de normas jurídicas penales que integran el sistema penal, se conforma por todas las leyes que establecen los delitos, las penas y las medidas de seguridad, es decir, las leyes penales son la manifestación del derecho penal material; y cabe resaltar nuevamente la importancia de la ley penal pues, debido al principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*, la ley es la única fuente inmediata que reconoce el derecho penal.

2.1. Introducción y definición

La ley penal es la expresión de la voluntad de la autoridad que tiene la potestad legislativa, manifestada por medio de normas jurídicas penales, y puede ser definida como el conjunto de normas jurídicas positivas que determinan los delitos y las faltas, y que establecen las correspondientes penas y/o medidas de seguridad que se deben aplicar a los delincuentes.

Eugenio Zaffaroni afirma que: "Por derecho penal se designan dos entes diferentes: La legislación penal y su sistema de interpretación. La legislación penal es aquella que a la



infracción (delito) le asocia una pena".⁶ En ese sentido, explican De León Velasco y De Mata Vela.⁷ Que la definición de la ley penal se identifica con la definición del derecho penal; sin embargo, se diferencian entre ellas sustancialmente pues la ley penal son las disposiciones con carácter de generalidad por las cuales el Estado crea derecho, definiendo los delitos y estableciendo las penas correspondientes a los mismos; así mismo, desde un punto de vista estricto, concluyen en que la ley penal es una norma de carácter general que asocia una sanción a una conducta prohibida por ella.⁸

Las normas penales están estructuralmente elaboradas de forma similar a la de las demás normas jurídicas pues están compuestas por un presupuesto, como la tipificación de una conducta delictiva, y una consecuencia, la que está prevista para el caso en que se dé ese presupuesto: La sanción penal. En la mayoría de los casos, las normas penales tienen como presupuesto un delito y como consecuencia una pena, es allí en dónde radica su particularidad por tanto el precepto pierde su sentido sin la sanción, conformando precepto y sanción un todo: La norma jurídica penal.

Según Muñoz Conde,⁹ la norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas; ésta no difiere en nada de cualquier otro tipo de norma, en cuanto a su estructura se refiere, pero su contenido sí es distinto a las demás porque la frustración de la expectativa debe ser un delito y la reacción frente a ella, una pena. Así, la

⁶ Zaffaroni, **Ob. cit.** Pág. 667.

⁷ De León Velasco, **Derecho penal guatemalteco.** Pág. 72.

⁸ **Ob. Cit.** Pág. 73.

⁹ Muñoz Conde, **Ob. cit.** , pág. 14.



protección de la convivencia se lleva a cabo a través de un proceso psicológico de intimidación y represión de los individuos.

2.2. Principios y características

La teoría de la ley penal abarca el estudio de sus características, es decir, lo que distingue a las normas penales de las que pertenecen a las otras materias jurídicas.

Las características que se listan a continuación son las generalmente aceptadas por la doctrina; no obstante, al igual que toda regla, tienen sus excepciones, como la inmunidad diplomática, en virtud de la cual no se pueden aplicar las leyes penales de un Estado al Jefe de otro Estado ni a otras personas protegidas por esa exención, con base en el derecho internacional; y como el derecho de antejuicio, que establece a favor de determinadas personas un procedimiento previo para declarar si ha lugar o no a formación de causa y poder aplicarles la ley penal, tal es el caso de los diputados del Congreso de la República, el Presidente y Vicepresidente de la República, los ministros Estado, el Presidente del Organismo Judicial y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte de Constitucionalidad, y algunos otros altos funcionarios públicos. Asimismo, por la delicada función de administrar justicia, los magistrados y jueces también tienen el derecho de antejuicio.



2.3. Principios fundamentales de la ley penal

- General

Se dice que la ley penal es general porque está destinada a ser aplicada a todas las personas que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, o sea, por cuanto se dirige a la colectividad. En Guatemala, la ley penal tiene como ámbito de aplicación todo lo que comprende el territorio de la República y algunos otros casos especiales, conforme a los Artículos 4 y 5 del Código Penal.

- Obligatoriedad

La ley penal también es obligatoria porque todas las personas tienen el deber de respetarla. Como la ley en general, la ley penal es creada por el legislador con el propósito de ordenar la convivencia de las personas en sociedad, lo que fundamenta ese deber de todas las personas de acatarla; pero, a diferencia de las demás leyes, esa obligación de cumplir con la ley penal tiene una gran magnitud porque a través de esta se protegen los presupuestos mas fundamentales para la convivencia pacifica en la sociedad.



– **Igualitaria**

Además de que la ley penal está dirigida hacia la generalidad y de que es obligatoria para todos, tal y como se expuso, ésta tiene la característica de ser igualitaria con base en uno de los principios más dignos en los que se basa el Estado: Todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos. Así, como se estima jurídicamente, la ley penal es igualitaria por tanto ante ella todas las personas son semejantes entre sí, sin hacer diferencias, a favor o en contra, por su nacionalidad, raza, credo, o religión.

– **Exclusiva**

La característica de exclusividad de la ley penal está íntimamente relacionada con el principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*, porque sólo la ley penal puede crear derecho penal, es decir, determinar los delitos y establecer las penas correspondientes a ellos. Explican De León Velasco y De Mata Vela.¹⁰ Que ésta característica muestra una doble función de la ley penal: Advertencia, porque ésta sirve de claro aviso a las personas de las sanciones con las que se verían afectadas por la comisión de delitos; y, garantía, pues también las personas pueden estar tranquilas y seguras de que no se les afectará con sanciones penales si no realizan alguna conducta tipificada en la ley penal.

¹⁰ De León Velasco, **Ob. cit.** , Pág. 73.



- Imperativa

La ley penal se caracteriza por ser imperativa porque el legislador, cuando la crea, no solamente la hace obligatoria e ineludible, características por la que todas las personas tienen el deber de respetarla forzosamente, sino que está plasmando en ella prohibiciones y mandatos que son necesarios obedecer, bajo la amenaza de la imposición de una sanción penal en caso éstos no se cumplan, o sea, coactivamente. Así, el legislador no está proporcionando en la ley penal sugerencias sino exigencias cuya observación no está sometida a la voluntad de las personas, como si se pueden variar las normas o pactar al contrario sensu, en otras materias jurídicas.

- Sancionadora

La ley penal se distingue por ser fundamentalmente sancionadora, a pesar que otras leyes también sancionan la infracción a sus normas, por tanto la ley penal siempre ha tenido el propósito de castigar las conductas que ha tenido por delitos; no obstante, el castigo ya no es lo único que pretende la ley penal pues, condicionada por los actuales fines del derecho penal, ésta también procura la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente. Vale afirmar que esa distinción de las sanciones penales respecto a las demás sanciones se debe a su mayor gravedad, ya que las aquéllas afectan los derechos más imprescindibles de las personas.



- Constitucional

La declaración que afirma que las leyes penales son el reflejo de una determinada concepción del Estado y la sociedad, lo cual significa que el derecho penal reinante corresponde a la idea que se tenga del Estado, se basa en que las normas constitucionales establecen las condiciones bajo las cuales el Estado debe ejercer su *jus puniendi*. Pero el ser constitucional no es sólo una característica de la ley penal sino de todas las leyes, pues todas deben tener como fundamento y estar acordes a los postulados constitucionales. Por lo tanto, las leyes penales necesariamente deben coincidir con la Constitución, la cual es la base sobre la cual se debe cimentar todo el ordenamiento jurídico, en todo caso, si alguna ley se contraría, esa ley cae en lo inconstitucional y por ese hecho queda inaplicable.

2.4. Forma, especies y fuentes de la ley penal

Ordinariamente, la ley penal ha sido considerada en las dos formas siguientes: Como ley penal formal y como ley penal material; sin embargo, por las razones que se exponen adelante, parece más adecuado hablar de ley penal material, como género, y de ley penal formal o no formal, como especies de la ley penal material, clasificándose de una u otra manera dependiendo de si fueron emanadas o no por el órgano que constitucionalmente tiene la potestad legislativa. Para fundamentar lo anterior, bastan las afirmaciones de Palacios Motta, para quien la ley penal, en sentido material: “Es



todo precepto de carácter general acompañado de sanción punitiva, haya o no emanado del organismo técnico establecido por el Derecho Constitucional para promulgar las leyes”.¹¹ Por su parte, De León Velasco y De Mata Vela difieren de lo anterior pues aseveran que para determinar las formas de la ley penal se debe tomar como base al órgano del cual surge a la vida jurídica, lo que la hará ser formal o, por el contrario, material.¹² No obstante que parezca más técnico el trabajo de clasificación de éstos últimos autores respecto al primero, debe considerarse que tiene razón Palacios Motta en sus afirmaciones pues, sin importar el origen de las normas jurídicas penales, si éstas tienen la categoría de ley penal, son leyes penales materiales, las que pueden ser divididas en las categorías de formal o no formal, tal y como se expone a continuación.

- **Ley penal formal**

La ley penal, para ser considerada como formal, debe ser promulgada por el órgano que está debidamente facultado para crearla; en Guatemala, quien tiene constitucionalmente la potestad para legislar y, por consiguiente, para crear normas jurídicas penales, es el Congreso de la República. Un ejemplo de ley penal formal es el Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, el que contiene el Código Penal del ordenamiento jurídico guatemalteco.

¹¹ Palacios Motta, **Apuntes de derecho penal**. Pág. 76.

¹² De León Velasco, **Ob. cit.** , Pág. 75.



- Ley penal no formal

Contrariamente, una ley penal es considerada como no formal cuando nació a la vida jurídica por medio de alguien distinto a quien tiene constitucionalmente la potestad para legislar, como es el caso de un jefe de Estado que, en un gobierno de facto, emite un decreto ley.

2.5. Clasificación de leyes o normas penales

Para su estudio, se han elaborado diversas clasificaciones de la ley penal atendiendo al ámbito de quiénes están sometidos a ella, así se distinguen las leyes penales generales u ordinarias, de las especiales; a sus orígenes, debido a los que varían las leyes penales nacionales (como ley penal formal), los convenios internacionales y los decretos leyes; y a su estructuración técnica, razón por la cual se diferencian las leyes penales completas, las en blanco y las incompletas; entre otros conceptos de clasificación.



2.5.1. Atendiendo el ámbito de aplicación

Ley penal general

Las leyes penales generales, conforme a lo expuesto por Maurach, son: "aquéllas normas penales que, en cuanto no se disponga otra cosa, se aplican a los hechos punibles de todos quienes estén sometidos al poder estatal".¹³ Dicho en otras palabras, estas leyes contienen normas jurídicas penales, de carácter general u ordinario, a las que están sujetas todas las personas sometidas a la potestad punitiva del Estado.

Leyes penales especiales

En cambio, las leyes penales especiales se diferencian de las generales en que a las primeras quedan sometidos: "tan sólo determinadas categorías de personas, las más veces aquellas a quienes cabe exigir un mayor deber de fidelidad frente al Estado".¹⁴ Así, las leyes penales especiales no están dirigidas a la generalidad de las personas sino solamente a quienes tienen un más elevado compromiso de lealtad al Estado por el solo hecho de su ocupación; tal es el caso de los militares y de los funcionarios públicos.

¹³ Maurach, **Derecho penal parte general**. Pág. 135.

¹⁴ **Ibid.** Pág. 136.



2.5.2. Atendiendo el origen

Leyes penales nacionales

Las leyes penales nacionales, tomando en cuenta dentro de esta categoría nada más a las leyes penales formales, son las normas jurídicas penales creadas por el órgano que está debidamente facultado para ello; como se apuntó antes, en Guatemala quien tiene constitucionalmente la potestad para legislar y, por consiguiente, para crear normas jurídicas penales, es el Congreso de la República.

Convenios internacionales

Los convenios internacionales, considerados como una de las especies de la ley penal, son aquellos acuerdos suscritos entre diversos Estados de la Comunidad Internacional y que contienen normas jurídicas penales que se deben aplicar a las personas que se encuentran en los territorios de los Estados partes. Por lo general, para darles el reconocimiento de ley penal a estos convenios en cada uno de los Estados signatarios, una ley ordinaria los convierte en legislación del Estado; clásico ejemplo de ellos es el Código de Derecho Internacional Privado.



Decretos leyes

Los decretos leyes son preceptos que contienen normas jurídicas, en el caso que interesa a este estudio, penales, que son prescritas por alguien distinto al órgano constitucionalmente facultado para crearlas. Ahora bien, conforme a derecho, éstos deben ser dictados respetando el sistema constitucional, el que generalmente regula su emisión y procedimientos para determinados estados de emergencia, como es el caso de la Ley de Orden Público, en Guatemala; pero en muchas ocasiones, tal y como ha sucedido en éste país, los decretos leyes han sido emitidos durante gobiernos de facto por militares que se han proclamado jefes de Estado y arrogado de hecho todo el poder público, desconociendo la autoridad del órgano que detenta la potestad legislativa y atribuyéndose la misma.

2.5.3. Por su estructuración técnica

Ley penal completa

La mayoría de las conminaciones penales, expone Maurach, constituyen las denominadas leyes penales completas.¹⁵ Por éstas se entienden las leyes en las que el legislador, en la misma norma, establece el tipo y la amenaza de pena. Al respecto, el mismo autor explica que es igual que la amenaza de la pena formule el tipo: Quien

¹⁵ Ob. Cit.. Pág. 134.



hurte será castigado, lo que constituye la regla general, o que se remita a una norma contenida en la misma fuente, creando de tal modo un tipo de gran complejidad externa: Quien infrinja la prohibición contenida en el Artículo X, será castigado. Sin embargo, por una y otra razón, no todas las leyes penales están elaboradas así, pues también existen las llamadas leyes penales en blanco y las leyes penales incompletas.

Ley penal en blanco

Diferentes a las leyes penales completas se presentan las leyes penales en blanco; en éstas el legislador se limita a determinar una amenaza de pena, pero deja la enunciación de los tipos penales, es decir: El llenado del blanco, a otras instancias.

La teoría y la jurisprudencia españolas, explica Bacigalupo, entienden el concepto de ley penal en blanco como los casos en los que la prohibición de determinadas conductas se encuentra en disposiciones distintas de la ley que contiene la sanción penal; es decir, aquéllas cuyo supuesto de hecho deber ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima.¹⁶

Así, las leyes penales en blanco o abiertas, como también se les denomina, son las normas en las que está determinada la sanción pero no el tipo legal, pues éste está definido en otra ley o en un reglamento. Éstas son el resultado de la aplicación de una

¹⁶ Bacigalupo, Enríque. **Principios de derecho penal parte general**, Pág. 99.



técnica legislativa que busca regular penalmente, de manera más fácil, materias muy especiales o cambiantes que, de hacerlo de otra forma, sería mucho más complicado.

Algunos autores se pronuncian en contra de este tipo de técnica pues, con cada norma penal en blanco, se produce un conflicto con el principio de legalidad de los delitos que rige al derecho penal porque la autoridad que tiene exclusivamente la potestad legislativa, sin estar facultada para hacerlo, la está delegando en otra (como la autoridad administrativa que dicta un reglamento), o por los inconvenientes que ésta técnica implica al ciudadano en relación a la dificultad de informarse sobre el derecho vigente; pero la mayoría de autores la aceptan por las razones prácticas expuestas.

En conclusión, puede decirse que es la técnica de la remisión a otras leyes pero, en todo caso, sólo debe utilizarse si existe una concreta precisión de la conducta calificada como delito en el complemento al que remite la ley penal, ya que sólo así se salvaguarda la garantía que da el tipo penal.

Ley penal incompleta

Las leyes penales en blanco o abiertas, exponen De León Velasco y De Mata Vela, son diferentes de las leyes penales incompletas debido a que: “éstas no dependen precisamente del auxilio de otra ley o reglamento, sino más bien de una interpretación extensiva, ya que en su conformación (en su estructura), son deficientes y muy



limitadas, no expresan todo lo que el legislador realmente quiso decir”.¹⁷ Así, la clasificación de leyes penales incompletas se les asigna a las leyes penales que nacen a la vida jurídica con un defecto de forma, por ejemplo: La omisión de alguna palabra en la redacción de la ley debido a una falla en la técnica legislativa, lo cual la deja un poco corta respecto a lo que el legislador pretendió disponer en ella. Puede decirse entonces que este tipo de leyes son las que fueron creadas cojas por el órgano con potestad legislativa por tanto hace falta utilizar la interpretación extensiva o analógica para poder interpretarlas correctamente.

Por otro lado, para que una ley penal incompleta pueda ser clasificada como tal y no como una laguna legal (como se denomina al caso en el que hay ausencia absoluta de regulación legal para una situación concreta), en donde no se puede recurrir a la interpretación extensiva, debe al menos tener cierto contenido. Según Maurach, las consecuencias que resultan de la aplicación del principio de legalidad, consideradas en conjunto, traen consigo el presupuesto estatal jurídico de la determinación legal de la penalidad, y dice que: “(...) deben estar legalmente determinadas: a) las circunstancias de hecho (tipos) sujetas a pena, en cuyo caso la determinación legal no queda excluida por el hecho de que el legislador se sirva, para la formulación del tipo penal, (...) de la ley penal en blanco, y b) cuando menos, la clase de pena establecida”.¹⁸

¹⁷ De León Velasco, **Ob. cit.**, Pág. 78.

¹⁸ Maurach, **Ob. cit.**, Pág. 137.



2.5.4. Exégesis o interpretación de la ley penal

Jiménez de Asúa explica que: “La interpretación es una operación lógico-jurídica que se dirige a descubrir la voluntad de la ley, en funciones con todo el ordenamiento jurídico y las normas superiores de cultura, a fin de aplicarla a los casos concretos de la vida real”.¹⁹ Sin embargo, debe entenderse que el sentido que se busca es el de la propia ley y no el de la voluntad del legislador pues es un error equiparar el sentido de los textos legales con la intención significativa del creador de la ley, ya que la voluntad de éste puede no ser el propósito que luego objetivamente tienen los preceptos de una ley, publicada tal y como lo ha sido a las personas sujetas a su imperio, o puede tener otros además. Así, independientemente del pensamiento de sus autores, es preciso atenerse a lo que resulte de la ley misma.

Para aplicarlas, generalmente todas las leyes deben ser interpretadas pues para encarrilar un hecho en la vía legal correcta es necesario efectuar una labor mental que, como podrá apreciarse más adelante, es realizada por medio de distintos órganos y procedimientos, y con resultados también diversos. En esa misma dirección, Palacios Motta afirma que la interpretación de la ley es siempre necesaria pues para aplicar correctamente la ley a un caso concreto se debe indagar cuál es su verdadero sentido y finalidad, y que hasta las leyes más claras deben ser interpretadas pues el juez, antes de aplicarlas, debe entenderlas.²⁰

¹⁹ Jiménez de Asúa, **Lecciones de derecho penal**, Pág. 352.

²⁰ Palacios Motta, **Ob. cit.**, Pág. 79.



La interpretación debe entenderse como la determinación del sentido de los preceptos jurídicos para el objeto de su aplicación a situaciones concretas de hecho pues el modo del trabajo jurídico se caracteriza porque, al aplicarse el derecho, debe examinarse si determinados hechos de la vida pueden ser subsumidos en los elementos abstractos de la ley.

Con base en lo anterior, es válido afirmar que la exégesis o interpretación de la ley penal es un ejercicio racional jurídico por el que se busca determinar el verdadero sentido y alcance de las normas penales, el que debe tener como propósito aplicarlas correctamente a los casos reales.

2.5.5. Clases de interpretación de la ley

La interpretación de la ley penal puede clasificarse conforme al órgano o sujeto que la hace, a los medios que se utilizan y al resultado que se pretende, como se podrá apreciar a continuación.

Según el órgano que interpreta la ley penal: Interpretación auténtica, judicial y doctrinal

La interpretación auténtica o legal, según lo explica Maurach, se da en algunos casos



en que el legislador prescribe autoritariamente al juez la forma en que éste debe interpretar determinados fragmentos de la ley.²¹ Pero, la mayoría de las veces, en ellos el problema de interpretar sólo es desplazado por el de interpretar auténtica o legalmente, pues es frecuente que los elementos o definiciones que se usen para esta última interpretación hagan necesaria una nueva interpretación. Por otro lado, algunos autores concuerdan en que la interpretación legal no solamente obliga al juez sino a la generalidad de las personas pues cuando el legislador la emplea impone un lineamiento de cómo se debe entender el contenido de ciertos textos legales.

Otra clase de interpretación es la que elabora el juez, denominada judicial o usual, debido a que en él recae la atribución de aplicar la ley penal al caso concreto, para lo cual debe indagar y determinar el verdadero sentido y objetivo de las normas penales.

El efecto de esta interpretación tiene fuerza obligatoria únicamente para el o los sujetos a quienes va dirigida y su gran trascendencia se debe a que, entre otras cosas, puede llegar a afectar los más estimados bienes jurídicos protegidos, como la vida o la libertad de las personas.

Finalmente y pesar de que no tiene fuerza obligatoria como sí la tienen las anteriores, la interpretación doctrinal es muy valiosa porque puede llegar a ejercer mucha influencia, para bien del derecho penal, en la interpretación que realizan los otros órganos interpretativos, ya sea sirviendo de guía al legislador para la formación de las leyes penales o como fundamento en las resoluciones de los jueces. Su importancia radica

²¹ Ob. Cit. Pág. 145.



en que ésta es el resultado de los estudios de los científicos o doctos de la materia, en los cuales resuelven o tratan de resolver los problemas que surgen del derecho penal o plantean nuevos problemas a solucionar.

Según el medio por el que se interpreta la ley penal: Interpretación gramatical y teleológica

La interpretación gramatical es aquella por la que se pretende establecer el sentido de la ley penal ateniéndose estrictamente al significado de las palabras que conforman el texto legal. Palacios Motta expresa que al utilizar este medio de interpretación: "se parte del supuesto de que todas las palabras tienen significado, de que nada es superfluo y de que el texto expresa con exactitud la voluntad de las leyes".²² Sin embargo, en algunos casos puede que, al limitarse a este método y no ir un poco más allá de la letra de la ley, no se llegue a conocer la verdadera razón por la cual fue creada la ley penal ni los fines que se proponía alcanzar.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco está establecido, en las partes conducentes del Artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial, que: "Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente."

²² Palacios Motta, **Ob. cit.**, Pág. 81.



Además, en el Artículo 10 del mismo cuerpo legal están plasmadas las reglas legales de la interpretación de la ley, las cuales se citarán más adelante.

Por el contrario, Maurach, explica que el método de interpretación teleológica es aquél por el que se cuestiona el sentido del derecho penal en general y el objetivo del precepto penal específico de que se trata, es decir, es el método en el que el sentido y el objetivo de la norma determinan la interpretación.²³ El principal campo de aplicación de este método en el derecho penal es en la parte especial pues en ella, debido a la función de garantía de las leyes penales, se trata siempre de determinar si el caso concreto que se pretende adecuar a la norma penal aún está ajustado a su tenor literal, o si rebasó sus límites y pasó a los de la prohibida analogía.

Entre los autores de la materia hay consenso en que el enfoque de la interpretación de la ley penal debe ser la finalidad del texto de las normas penales, según el tiempo o la época en las que se aplican. Así, mientras las razones que motivaron la voluntad del legislador al momento de crear una ley determinada pueden con el tiempo llegar a perder todo sentido, la mayoría de las veces debe prevalecer la interpretación basada en el particular y más permanente tenor literal de la ley.

²³ Maurach, **Derecho penal parte general**. Pág. 50.



Interpretación declarativa, restrictiva y extensiva

Cuando se aplica la ley penal, según el órgano o sujeto de interpretación y los medios para realizarla, es probable que la interpretación de la misma tenga distintos resultados. Luego, si no hay dudas en que el sentido y objetivo del texto legal corresponden al caso concreto, sin necesidad de darle a esa norma un significado más extenso o limitado para lograrlo, se dice que tenemos una interpretación declarativa.

Jiménez de Asúa expone que, siendo diferentes al resultado interpretativo anterior, puede decirse que: "hay interpretación restrictiva cuando se reduce el alcance de las palabras de la ley por entender que su pensamiento y voluntad no consiente atribuir a su letra todo el significado que en ella podía contenerse. Por el contrario, la interpretación es extensiva en el caso en que el intérprete crea debe ampliar el alcance de las palabras legales para que la letra corresponda al espíritu y voluntad del texto".²⁴

Como regla, la tarea y los límites de la interpretación de las leyes penales, que consisten en examinar en concreto la aplicabilidad de una norma penal a un caso real, debiendo utilizar como guía para ello el objetivo de esa norma; están determinadas por la especialización (el método de trabajo que va de lo general a lo especial). En algunos casos ese objetivo no sólo no limitará la aplicación de la norma penal sino que incluso dará lugar a una explotación hasta el límite de su contenido, lo que se conoce como

²⁴ Jiménez de Asúa, **Lecciones de derecho penal**. Pág. 399.



una interpretación extensiva o analógica.²⁵

Debido a su importancia, será al final de este trabajo dónde se profundizará sobre este tema, con el objeto de hacer una mejor comparación entre la interpretación analógica y la analogía.

2.5.6. Reglas legales de interpretación

De manera general, por medio del Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, en el ordenamiento jurídico guatemalteco están establecidas las siguientes reglas de interpretación: Artículo 10 Interpretación de la ley. **(Reformado por el Decreto Ley 75-90)**. Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras. a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales.

Según el conjunto de una ley el contenido de cada una de sus partes. pero los pasajes de la misma se podrán aclarar. atendiendo al orden siguiente.

- a) A la finalidad y al espíritu de la misma:
- b) A la historia fidedigna de su Institución;
- c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas.
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

²⁵ Maurach, **Derecho penal parte general**. Pág. 144.



CAPÍTULO III

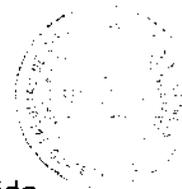
3. El delito

La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. La definición de delito ha diferido y difiere todavía hoy entre escuelas criminológicas. Alguna vez, especialmente en la tradición, se intentó establecer a través del concepto de Derecho natural, creando por tanto el delito natural. Hoy esa acepción se ha dejado de lado, y se acepta más una reducción a ciertos tipos de comportamiento que una sociedad, en un determinado momento, decide punir. Así se pretende liberar de paradojas y diferencias culturales que dificultan una definición universal.

3.1. Definición del delito

Dentro de las diferentes clasificaciones elaboradas por la doctrina para definir el delito, González señala que la más clara es la definición dogmática porque señala qué conductas son las delictivas; así, el delito es la acción típica, antijurídica y culpable.²⁶ No obstante, algunos autores, afirman que en la anterior definición también debe incluirse el requisito de punible. Con fundamento en lo anterior, se debe entender por

²⁶ González Cauhapé-Cazaux, Eduardo. **Apuntes de derecho penal**, Pág. 25.



delito a la conducta humana típicamente antijurídica y culpable, que tiene establecida una pena o medida de seguridad.

3.2. Teoría general del delito

La teoría del delito es un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.²⁷ Esta teoría, creación de la doctrina, aunque basada en ciertos preceptos legales, no se ocupa de los elementos o requisitos específicos de un delito en particular (homicidio, robo, violación, etc.), sino de los elementos o condiciones básicas y comunes a todos los delitos.

Históricamente, se puede hablar de dos corrientes o líneas: la teoría causalista del delito y la teoría finalista del delito. Para la explicación causal del delito la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta. La teoría finalista del delito entiende la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis deben considerarse los aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad. La primera corriente considera preponderantemente los elementos referidos al desvalor del resultado; la segunda, por el contrario, pone mayor énfasis, en el desvalor de la acción.

²⁷ Muñoz Conde, Francisco, **Derecho penal**. Parte General, Pág. 205.



Recientemente, la teoría funcionalista intenta constituir un punto de encuentro entre finalistas y causalistas, destacando en esta línea Claus Roxin en Alemania y Paz de la Cuesta en España, entre otros.

La mayoría de los países de la tradición jurídica de derecho continental utilizan la teoría finalista del delito. A partir de los años 90, en Alemania, Italia y España, aunque parece imponerse en la doctrina y jurisprudencia la estructura finalista del concepto de delito, se ha iniciado el abandono del concepto de injusto personal, propio de la teoría finalista, para introducirse paulatinamente las aportaciones político-criminales de un concepto funcionalista del delito orientado a sus consecuencias. Quizá la aportación más significativa a la teoría de delito del funcionalismo moderado sea la denominada Teoría de la imputación objetiva que introduce el concepto de riesgo en la tipicidad, buscando la moderación, en unos casos, de la amplitud de las conductas inicialmente susceptibles de ser consideradas como causa y en otros, la fundamentación de la tipicidad en base a criterios normativos en aquellos supuestos en los que ésta no puede fundamentarse en la causalidad (como sucede en los delitos de omisión, algunas modalidades de delitos de peligro, entre otros).



3.3. Elementos del delito

Conducta humana

Este elemento del delito, la conducta humana, es ampliamente conocido también como acción pero, a pesar de que para algunos autores es intrascendente y carezca de relevancia práctica la cuestión terminológica, se debe considerar que la denominación correcta de este elemento es conducta humana y no simplemente acción pues el significado de ésta es más limitado debido a que no puede incluir a los denominados delitos de omisión; a diferencia de la palabra conducta, que es más amplia y puede muy bien abarcar tanto a los delitos en que se realiza una acción como a los delitos en los cuales lo que se reprocha es no hacer algo que se espera que se haga. En ese sentido, al utilizar la palabra acción para denominar a este elemento del delito se da lugar a complicaciones innecesarias ya que se deben separar los delitos de acción de los de omisión, como si fueran dos conceptos diferentes, mientras que al emplear la de conducta humana se puede referir, en general, a cualquier comportamiento humano reprochable penalmente; así, aunque un delito determinado consista en que una persona no realice algo que está obligada a hacer, de igual manera se trata de una conducta, no obstante ésta consista en omitir hacer algo, porque es ese comportamiento precisamente lo que se reprocha.

Luego, más allá de la denominación y en cuanto a los elementos del delito se refiere, muchos autores manifiestan que son afectivos e intelectuales. Jiménez de Asúa hace la



distinción entre uno y otro, y los describe de la siguiente manera: En cuanto a los elementos afectivos o emocionales se refiere, deben unirse la teoría de la voluntad y de la representación para que estos elementos del dolo queden perfectos. La voluntad sola no basta, debiéndose distinguir claramente la mera voluntad del dolo propiamente dicho. Del mismo modo deben separarse deseo e intención. Se puede tener afán de que una persona muera y aunque obtengamos el resultado, puede no ser éste doloso.²⁸

Si con la intención el sujeto busca hacerle daño a otro mediante la comisión de un delito y efectivamente produce el daño, habrá dolo porque antes de cometer el mismo se lo representó y lo ejecutó. Igualmente, en el hecho de que el sujeto se representa cometer un delito, pero se comete otro mayor, habrá dolo pues el agente tuvo la intención de cometer un hecho ilícito aunque al final se haya provocado otro distinto, mayor. La intencionalidad es una de las características esenciales del dolo pues con ésta el sujeto activo ha supuesto consumir el delito, se lo ha representado, lo ha previsto y lo ejecuta; es decir, que antes de cometer el delito, el sujeto activo ya se lo ha imaginado, aunque el resultado de la acción sea la consumación de otro delito diferente del que se había imaginado el sujeto activo de la acción delincuencia.

Así, el dolo es la intención de cometer el ilícito, es la consciencia que tiene el imputado de saber que el hecho que cometerá está establecido en la ley y que constituye una ilegalidad, es la voluntad de la persona de que, a pesar de saber que el hecho es perseguible por la ley y que el mismo lleva consigo la persecución penal, lo ejecuta.

²⁸ Jiménez de Asúa, **Ob. Cit.**, Pág. 240.



Por otro lado, en cuanto a los elementos intelectuales se refiere, hay que explorar en primer lugar si el dolo supone en el agente la consciencia de tipo, la consciencia de la antijuridicidad o la consciencia de otro concepto más eficaz para la conducta de los hombres. Se sabe que el tipo no es otra cosa que la descripción que ha hecho no la norma, sino la ley, partiendo del supuesto de que la vida real presentará casos que precisen punición. Ahora bien, cuando se dice que el homicidio es matar a un hombre; que el robo es el apoderamiento de una cosa perteneciente a otro, ¿es preciso que el sujeto, para que obre con dolo, tenga consciencia de que hay un ordenamiento jurídico el cual define como delito ese acto, tipificando el hecho? No. En éste elemento no se supone que el agente deba necesariamente conocer la descripción típica del delito para considerarse su conducta como tal. En ese sentido, la representación del agente debe ser de la situación real correspondiente a la descripción típica, y no debe exigirse que conozca los elementos de tipo legal, pues ello presupondría un estudio jurídico.

En conclusión, el elemento intelectual es el hecho por el cual el sujeto activo comete un hecho delictuoso a sabiendas que el mismo está penado por la ley, es decir, que tiene consciencia del hecho que está cometiendo, pero no es necesario que el sujeto activo conozca jurídicamente su descripción señalada en la ley, la pena asignada al mismo y sus consecuencias doctrinarias y legales. El sujeto activo comete el ilícito sabiendo que el hecho está señalado como delito, pero no tiene mayores conocimientos del mismo.



Tipicidad

La tipicidad es el elemento esencial para poder catalogar criminalmente el hecho antijurídico cometido por el sujeto activo pues ésta es el encuadramiento de la conducta antijurídica, violatoria de las normas de convivencia social; así también, puede considerarse como la adecuación del hecho cometido y la forma en que se cometió para catalogar su responsabilidad.

La tipicidad como tal, es una descripción descargada de todo elemento valorativo, amparando, como consecuencia del principio de legalidad, una determinación previa legal de los casos en que se puede y se debe aplicar la pena, supuesta, claro está la culpabilidad. Cuando sea una conducta determinada, que como tal es antijurídica o por decirlo de otro modo, contraria a la ley, el legislador, para sancionar esa conducta, puede optar por tres caminos o bien declarar que toda conducta antijurídica es punible.²⁹

Antijuridicidad

Cuando se dice que todo delito debe ser contrario a la ley se está hablando del elemento antijuridicidad, entendido este como el quebrantamiento de la norma, la violación de lo estipulado en el ordenamiento penal. También se ha dicho que el

²⁹ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**, Pág. 963.



concepto de antijuridicidad se obtiene de la confrontación entre la conducta ejecutada por un sujeto y lo que la ley penal pretendía que éste realizara, obteniendo así un juicio de valor al declarar que dicho comportamiento no era el que el derecho demanda.

Los autores De León Velasco y De Mata Vela exponen que la antijuridicidad es: "La contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico-penal establecido previamente por el Estado".³⁰ Por lo tanto, la antijuridicidad es lo contrario a derecho, es la enmarcación de la conducta fuera de los cánones legales.

Culpabilidad

Doctrinariamente: Se habla de delito culposo, sin perjuicio de otras matizaciones, cuando el tipo penal se realiza por la infracción por parte del sujeto del deber de cuidado exigido en una situación concreta, deber que puede ser definido de forma objetiva (el correspondiente a un ciudadano medio cuidadoso) o de forma individual (teniendo en cuenta los conocimientos y capacidades del sujeto).³¹

En cuanto a las clases de culpa, se distingue entre una culpa consistente (el autor se representa la posible realización del tipo pero confía en que no producirá) y una culpa inconsciente (el autor no tiene esa representación), ofreciendo dificultades la

³⁰ De León Velasco, **Ob. cit.**, Págs. 163 y 164.

³¹ Fundación Tomás Moro, **Ob. cit.**, Pág. 267.

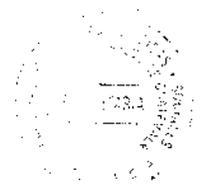


delimitación de la primera con el dolo eventual.

El Artículo 12 del Código Penal establece lo siguiente: “El delito es culposo, cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley.”

La imprudencia es dinámica: Una acción que lleva consigo un riesgo, se hace algo que no debiera hacerse; en cambio, la negligencia es pasiva: Se deja de hacer algo que la prudencia recomienda. Por otro lado, la impericia entraña violación a los principios de experiencia, conocimiento y habilidad en la realización del hecho. No obstante, todos los conceptos anteriores se pueden resumir en que hay culpabilidad cuando se realiza una conducta en la cual hubo falta al deber de cuidado que se debió tener.

En la culpa, la relación entre el propósito y el resultado delictuoso es en unos casos indirecta y, en otros, puede faltar. Se caracteriza porque el agente no previó que su conducta podría lastimar las exigencias de la vida en común; le faltó reflexión, en casos de la llamada culpa con representación, pues al no meditar sobre la posibilidad del resultado dañoso, mostró un tipo de conducta antisocial. Culpa inconsciente, es cuando el agente no se imaginó el resultado dañoso; no llegó a representarse la secuela de su actividad. Culpa consciente o con representación, es cuando el agente sí se imaginó la posibilidad del resultado. Hay diferencia entre ella y el dolo eventual. En la clase de culpa el agente confía en que su conducta no producirá el resultado imaginada o representado; en el dolo eventual se prevé la consecuencia y se obra aceptando la



posibilidad del resultado.

3.4. Elementos negativos del delito

Los elementos negativos del delito son la contraposición a los anteriormente expuestos elementos positivos del delito; De León Velasco y De Mata Vela explican que: los elementos llamados “negativos” del delito, tienden a destruir la configuración técnica jurídica del mismo, y como consecuencia tienden a eliminar la responsabilidad del sujeto activo.³²

Entendido así, el aspecto negativo de la conducta o acción es la ausencia de conducta o falta de acción; el de la tipicidad es la falta de tipicidad o del tipo, ya sea por falta total de tipo, de objeto, de sujeto o de medio típico; el de la antijuridicidad es la existencia de las causas de justificación; el de la culpabilidad es la inculpabilidad por falta de existencia de la voluntad del sujeto, es decir, no hay dolo, culpa o preterintencionalidad; y el de la punibilidad en la existencia de excusas absolutorias a favor de quien comete el delito, por motivos de política criminal.

3.5. Causas de justificación

Las causas de justificación son situaciones reconocidas por el Derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida, es decir, suponen normas

³² De León Velasco, *Ob. cit.*, Pág. 173.



permisivas que autorizan, bajo ciertos requisitos, la realización de actos generalmente prohibidos.

Vienen a ser normas dirigidas a situaciones específicas que excluyen la antijuridicidad de un determinado comportamiento típico, que a priori podría considerarse antijurídico. Cabe destacar que la comprobación del carácter antijurídico de la conducta tiene un carácter negativo, de manera que una vez identificada la conducta típica, habrá de analizarse su eventual inclusión dentro de las causas de justificación, excluyendo el delito si encuadra en ella, y suponiendo antijuridicidad si no encajase.

Consentimiento del titular

Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a. Que se trate de un bien jurídico del que pueda disponer el titular.
- b. Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo
- c. Que haya consentimiento expreso, tácito o presunto, sin que exista vicio alguno.

Sin embargo, en la doctrina europea existen dudas acerca de la función del consentimiento en el concepto de delito. Aunque tradicionalmente era considerado causa de justificación supralegal (Alemania) más modernamente se distingue entre consentimiento (causa de justificación) y acuerdo de voluntades (causa de exclusión de



la tipicidad). Finalmente, alguna doctrina, considera que el consentimiento habría de ser analizado como elemento determinante del ámbito del riesgo permitido en la teoría de la imputación objetiva.³³

Legítima defensa

Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

Estado de necesidad

Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro

³³ Machicado J., *La acción y la omisión en la teoría de la causalidad*. Pág. 56.



real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Ejercicio de un derecho

El ejercicio de un derecho se da cuando se causa algún daño al obrar en forma legítima, siempre y cuando exista la necesidad racional del medio empleado.

Cumplimiento de un deber

El cumplimiento de un deber, consiste en causar daño actuando de forma legítima en el cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista la necesidad racional del medio empleado. El cumplimiento de un deber se encuentra derivado del ejercicio de una profesión.

3.6. La culpabilidad

Bajo la categoría de la culpabilidad, como tercer elemento del concepto de delito se agrupan aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que



concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho ya calificado como típico y antijurídico. Se trata del elemento del delito en el que la persona del autor se relaciona dialécticamente con el detentador del ius puniendi.³⁴

Es común definir la culpabilidad como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico, fundada en que su autor, en la situación concreta, lo ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, es decir, conforme a derecho. Algunos códigos penales, como el de Paraguay de 1998 llegaba a hacer desaparecer el término culpabilidad que era sustituido por el de reprochabilidad. Sin embargo, la doctrina española pone de manifiesto como el término reprochabilidad se asocia al reconocimiento de la existencia del libre albedrío, algo imposible de probar en el caso concreto por lo que desde teorías preventivas de la pena se propugna su sustitución por la idea de motivabilidad o de exigibilidad.³⁵

3.6.1. Elementos de la culpabilidad

– Determinantes de su existencia

Valoración de conducta: La culpabilidad exige inexcusablemente una valoración del comportamiento humano, y allí donde pueda hacerse un juicio de reproche puede existir

³⁴ De La Cuesta Aguado, **Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación** Pág. 20.

³⁵ Machicado J., **La acción y la omisión en la teoría de la causalidad**. Pág. 57.



una culpabilidad.

Juicio de reproche: Es la valoración que se hace en el individuo que cometió un ilícito y su correspondiente acción. En el juicio de reproche se individualiza la pena, es decir, se vincula al hecho injusto con su autor.

Estructurantes

La imputabilidad: capacidad de conocer lo injusto del actuar, así como de reconocer la posibilidad de actuar de otra manera.

La conciencia de antijuridicidad: posibilidad de comprender lo injusto del acto concreto.

La exigibilidad de actuar de forma diferente: posibilidad de autodeterminarse conforme al Derecho en el caso concreto.

3.7. La inimputabilidad

Establece la capacidad de conocer lo injusto o inconveniencia para la sociedad, o simplemente, que esta no es apropiada; así como de reconocer la posibilidad de actuar de otra manera. Un imputable es capaz de comprender el elemento de reproche que



forma parte de todo juicio penal, y por lo tanto, si se le halla culpable, será acreedor de una pena. Si no lo puede comprender, será inimputable, no podrá serle reprochada su conducta y el juez, llegado el caso, podrá someterlo a una medida de seguridad y no a una pena.

3.7.1. tipos de inimputabilidad

Enfermedad mental

La generalidad de los códigos penales incluyen en un mismo artículo dos supuestos, la anomalía o alteración psíquica y el trastorno mental transitorio. Se considera que tales supuestos constituyen una situación de inimputabilidad para el sujeto.

La alteración psíquica trata sobre trastornos mentales psíquicos u orgánicos en los cuales se encuentra presente una desorganización profunda de la personalidad, alteraciones del juicio crítico y de la relación con la realidad, trastornos del pensamiento, ideas y construcciones delirantes, así como trastornos sensoriales, en definitiva, estímulos que anulan el equilibrio psíquico y la capacidad de obrar. Pudiendo englobar este glosario en el concepto más amplio de enajenación mental, excluyendo las neurosis y psicopatías y considerando las psicosis y enfermedades orgánico cerebrales.



Según J. Homs Sanz de la Garza la enajenación mental (EM) es una figura jurídica determinada con importantes relaciones con el trastorno mental transitorio (TMT), con entidad propia que exige un tratamiento y estudio diferenciado de la EM.

Las siguientes patologías quedan encuadradas por la jurisprudencia y por la doctrina (Joaquín Homs Sanz de la Garza, Fco. Javier Álvarez García) bajo la figura jurídica de la EM, dichas patologías son las siguientes: psicosis tales como la esquizofrenia, la paranoia, los trastornos bipolares maniaco-depresivos, determinadas neurosis graves como la histeria o la obsesiva. Además también se tienen en cuenta otras psicopatías y patologías como el alcoholismo degenerativo crónico, drogadicción con menoscabo de la capacidad intelectual, ludopatía, oligofrenia, personalidad delirante y trastornos de la personalidad.

No obstante, determinadas enfermedades mentales dan lugar a episodios transitorios, que tras desarrollar su virulencia desaparecen sin ningún rastro aparente. Sin embargo, no es así en los casos de EM, ya que la duración del trastorno es crónica y larga, en consecuencia, en la EM, la prueba de que el sujeto activo sufre una patología mental grave crónica, es fundamental para apreciar la inimputabilidad del sujeto aunque debido precisamente al carácter crónico de su enfermedad mental se exigirá una condena con medidas de seguridad.



Trastorno mental transitorio

Patología caracterizada por manifestaciones psíquicas de entidad patológica que emergen en forma de brotes puntuales causando trastornos de corta duración, quedando el sujeto en situación de inimputabilidad para a continuación remitir y desaparecer completamente.

En el caso del TMT es fundamental poder apreciar que tales manifestaciones patológicas han sido un brote puntual y de carácter exógeno. Ante estas circunstancias, el Ordenamiento Jurídico aprecia que EM y TMT difieren en la duración del trastorno y en las causas que lo provocan, por tanto se consideran típicas del TMT aquellas manifestaciones psíquicas de entidad patológica de carácter puntual y exógenas. Ya que el sujeto activo, al no ser un auténtico enajenado, no puede ser sometido a internamiento, y tras probarse la falta de peligrosidad del sujeto, se deberá de omitir las medidas de seguridad.

Dentro del TMT se encuadran aquellos trastornos del control de los impulsos y otras manifestaciones psicológicas que anulan la imputabilidad temporalmente, tales como el trastorno explosivo aislado, trastornos por consumo de drogas y tóxicos, la piromanía, cleptomanía y el juego patológico o ludopatía, como afecciones que inciden en la conciencia hasta el punto de anularla. Se incluyen también dentro del TMT aquellos supuestos de hipnosis y inconsciencia por sueño, que producen fenómenos repentinos, y comportan una grave interferencia en la elaboración mental propia del sujeto, para



luego desaparecer y no dejar huella. Son todos, supuestos de inimputabilidad.

Aunque el TMT y la EM están relacionados con otros fenómenos patológicos como el arrebató o la obcecación, y presentan rasgos paralelos, en ningún momento se llega a anular la capacidad de valoración general del sujeto, sino que más bien es una pérdida momentánea del dominio a consecuencia de la ira o sentimientos afectivos. El estado de obcecación o arrebató puede ser producido por múltiples causas, pero nunca con la intensidad suficiente como para ser considerada como un hecho revelador de inimputabilidad. Se consideran atenuantes.

Actio libera in causa

Según la actio libera in causa se puede imputar a quien comete un acto típico y antijurídico en un estado de inconsciencia provocado por alcohol o estupefacientes, en el cual él mismo se introdujo, que en principio le haría irresponsable por falta del requisito de la culpabilidad, pero el análisis de este es llevado al momento en que se causa el estado de ebriedad, momento en el cual el sujeto pudo haber actuado con culpa o dolo. También por medio de esta doctrina se puede llegar a la conclusión de que el sujeto activo del presunto delito carece de responsabilidad, por haber sido introducido en estado de inconsciencia por un tercero que, por error, dolo o violencia, quebrantó o vició su voluntad.



Los detractores de la acto libera in causa señalan que no se puede construir un delito (acción típica, antijurídica y culpable) sumando la tipicidad y antijuricidad de una acción no culpable, y la culpabilidad de una acción atípica.

Miedo insuperable

El miedo insuperable consiste en la ausencia total de representación en el actor de la acción delictiva de las consecuencias de su proceder en el resultado a causa del temor que siente y que es provocado por la persona causante del miedo.

Obediencia debida

La obediencia debida es una eximente de responsabilidad penal, por delitos cometidos con motivo de la ejecución de una orden impartida por un superior jerárquico, que beneficia al subordinado dejando subsistente la sanción penal del superior.

Habitualmente se relaciona con la actividad castrense, debido a la subordinación que los miembros de una jerarquía militar deben rendir a sus superiores, en las acciones que competen al servicio prestado. No obstante, puede presentarse en otras actividades de derecho público, como la administración. En el ordenamiento penal español democrático no se admite la obediencia debida como causa de justificación a



diferencia de lo que sucedía en épocas anteriores.

La exigibilidad

Es la posibilidad de autoderminarse conforme a Derecho en el caso concreto. Se admite que el ordenamiento jurídico penal no puede exigir al ciudadano comportamiento heroico. Surge así la posibilidad de excluir la imposición de la pena (exculpar) por la existencia de circunstancias que sitúen al autor del delito en una situación según la cual adecuar su comportamiento a las exigencias normativas hubiera supuesto una exigencia intolerable para el hombre medio.

El juicio de exigibilidad se realiza mediante la comparación de las características personales o circunstanciales del destinatario de la normas y de un modelo idealizado construido mediante la generalización.³⁶ Cuando de esta comparación se deduzca que al sujeto no le era exigible actuar conforme al mandato normativo, su conducta típica y antijurídica no merecerá reproche penal, y como consecuencia, no se podrá afirmar la existencia de un delito por ausencia de culpabilidad. La mayoría de la doctrina configura dentro de la categoría de la culpabilidad, a exigibilidad de otra conducta en sentido negativo, como causas de no exigibilidad. Ahora bien, recientemente se propugna desde una perspectiva dialéctica y democrática de la culpabilidad, la consideración de la exigibilidad entendida como posibilidad de reclamar e imponer por parte del ius

³⁶ De La Cuesta Aguado, P. M. **Ob. Cit.** Pág.33.



puniendi un comportamiento acorde con la norma jurídico-penal como el auténtico fundamento material de la culpabilidad.

Los diversos códigos penales admiten estos supuestos con diversos enunciados, pero si el juicio de exigibilidad es un juicio que debe realizar el juez podrían surgir otros supuestos, distintos a los tradicionalmente reconocidos que deberían admitirse como causa de exculpación, aunque la mayoría podría ser considerados como supuestos de estado de necesidad.



CAPÍTULO IV

4. Teoría del enfoque de género

4.1. Género y sexo

La perspectiva de género, es un tema que se ha venido impulsando en estos últimos años, debido a compromisos firmados en acuerdos internacionales. El logro del Tercer Objetivo del Milenio: Promover la igualdad de género y la potencialización de la mujer, los Acuerdos de Paz, así como las necesidades propias del desarrollo económico y social, han contribuido a que el marco legal guatemalteco relacionado con la temática en cuestión, se vea reformado y reforzado, debido a que persisten las condiciones que acentúan la desigualdad de ingresos y oportunidades que limitan habilitar a las mujeres para que tengan poder y capacidades de decidir y actuar en igualdad de condiciones con los hombres, y con ello, se pueda asegurar el desarrollo en una sociedad más justa.

"El enfoque de equidad de género se define como la igualdad de oportunidades para todos los hombres y todas las mujeres, en todos los ámbitos: independientemente de sus características o condiciones objetivas y subjetivas: sexo, edad, clase social, etnia,



entre otras".³⁷

Para la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), implica las diferentes oportunidades que tienen los hombres y las mujeres, las interrelaciones existentes entre ellos y los distintos papeles que socialmente se les asignan.³⁸ Este organismo sostiene que cualquier plan, o meta política que los organismos nacionales o internacionales se tracen con el fin de fortalecer este aspecto, se verá reflejado en el desarrollo de la sociedad, ya que, su importancia radica en el efecto económico y social que la aplicación o ausencia de la misma, produce en una comunidad.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que las funciones que se asignan a los géneros, están literalmente ligadas con asuntos de tipo cultural; de ahí que, ello determina las distintas maneras de acceder a recursos de tipo material, como tierra y crédito, o de otra índole, tal cual el poder político.

La repercusión de esta situación se deja ver en asuntos relacionados con la división del trabajo; por mencionar un ejemplo, el doméstico y extra-doméstico; en las responsabilidades familiares, en el área de la educación, en las oportunidades de promoción profesional, así como en instancias ejecutivas.

³⁷ Alvarado, Laura. **Información del uso de los recursos públicos invertidos por INCAGRO**. Pág.28.

³⁸ www.fao.org. **El enfoque de género**. (23 de julio de 2012).



En cuanto a asuntos culturales se refiere, también puede decirse que las relaciones entre género masculino y femenino, han mostrado desventaja y dependencia de la mujer frente al hombre, lo cual representa barreras diversas en sus oportunidades de desarrollo humano.

La trayectoria del actual modelo de desarrollo económico y social seguido por el país, no ha podido revertir la pobreza y ha continuado aumentando la desigualdad y la exclusión social de la mayor parte de la población. Es entre las niñas y las mujeres donde se resienten, con mayor dureza, los efectos negativos de estas condiciones. De ahí que, ante un modelo excluyente e inequitativo, se considera necesario diseñar y aplicar con amplitud y profundidad políticas públicas incluyentes.

El género es una perspectiva y una variable determinante para el funcionamiento adecuado de la sociedad; y debe estar incluida en todas las cuestiones de política pública e institucional, pues contribuye a superar las limitaciones de desarrollo e igualdad en todo el país; ya que, no sólo beneficia a las mujeres, sino que permite percibir impactos diferenciados para los géneros.

Por esta razón, a partir de un escenario de exclusión y limitación, se ha emprendido la búsqueda de la equidad entre los géneros, buscando derribar barreras de tipo institucional, social y cultural, con el fin de lograr un equilibrio que beneficiará al país en general.



Para autores como Alejandra Castillo, Género es un concepto o una categoría utilizada para analizar y comprender los aspectos culturales que explican las diferencias y la situación de inequidad, de discriminación, la falta de derechos y la opresión en que tradicionalmente ha vivido la mujer.³⁹

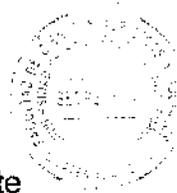
A diferencia del sexo, que se refiere a las características biológicas del cuerpo, el género se refiere al conjunto de características, que las sociedades definen como propias de los sexos; es decir, que se refiere al conjunto de ideas, percepciones y valoraciones sociales sobre lo femenino y lo masculino; esto es, un determinado orden cultural que asocia a lo femenino o masculino con los procesos de diferenciación, dominación y subordinación entre hombres y mujeres. En otras palabras, género determina las funciones, responsabilidades, actitudes, y valores que se le atribuye como mandato a hombres y mujeres y puede variar según el tiempo, la generación y el lugar.⁴⁰

La distinción entre sexo y género nos permite visibilizar cuales, de las funciones y características diferenciales que se le atribuyen a hombres y mujeres, son construcciones socioculturales.

A manera de ejemplo, se menciona que la maternidad, fue el elemento que, en primera instancia, determinó la permanencia de la mujer en el hogar; sin embargo, junto a esta

³⁹ Castillo H., Alejandra. **Nudos feministas: política, filosofía, democracia.** Pág. 129.

⁴⁰ Marum Espinoza, Elia. **Liderazgo y equidad. Una Perspectiva de género.** Pág. 34.



realidad se construyeron explicaciones que colocaron en posiciones completamente diferentes a los hombres y a las mujeres.

En Guatemala, el enfoque de género se ha ido construyendo y desarrollando al mismo tiempo que algunos modelos de desarrollo; ha ido variando de acuerdo con el contexto histórico y socio-político. Su aplicación y modificación, se desarrolló a lo largo de décadas, influenciadas por experiencias, críticas y esfuerzos por encontrar un enfoque integral adecuado.

Por éstas y otras importantes razones, la comunidad internacional, así como muchos de los gobiernos del mundo, han mostrado su preocupación por este tema y lo han abordado desde cualquier espacio político, con el fin de lograr su fortalecimiento.

4.2. Género y Derecho

- Mujeres y hombres con igualdad de oportunidades

En Guatemala, a pesar de todos los avances en este tema, las mujeres no tienen acceso a las mismas oportunidades que los hombres; esto significa que las funciones sociales asignadas a las mujeres, son todavía muy tradicionales y las coloca en situación de desventaja a la hora de educarse y para su desarrollo profesional, entre otras cosas.



Por otra parte, los hombres siguen sin asumir suficiente responsabilidad por la crianza y el cuidado de los hijos y por las tareas domésticas. Esto significa que las mujeres llevan, por lo menos, una doble carga en la vida; situación que, en muchas ocasiones, no les facilita la realización de sus derechos y libertades humanas.

Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, (PNUD), Guatemala ha realizado algunos logros bastante significativos, al tratar de eliminar desigualdades entre hombres y mujeres, especialmente en la educación primaria, como resultado de ello. cada año se inscriben más niñas en la escuela. La educación en las mujeres influye directamente en la calidad de vida, ya que les permitirá, en un futuro, tener mejores posibilidades de acceder a trabajos calificados y mejor remunerados.⁴¹

Alrededor del mundo, una gran cantidad de países, asientan en sus constituciones el principio de igualdad de derechos entre mujeres y hombres; esta situación, induce a creer en la inexistencia de normas discriminatorias; sin embargo, cuando se hace un análisis completo de los sistemas jurídicos, queda claramente evidenciado que la igualdad existe únicamente en la teoría, razón por la que se dice que ello todavía sigue siendo un ideal.

Aún está lejos la garantía del pleno respeto y disfrute de los derechos humanos de las mujeres, pues muchas de las leyes que supuestamente las benefician, están plagadas

⁴¹ PNUD. **Guatemala: hacia un Estado para el desarrollo humano**. Informe 2009/2010. Pág. 285



de prejuicios sexistas, o únicamente, ofrecen respuestas parciales o no responden a la realidad social, siendo por tanto, limitada su aplicación y efectividad.

De la situación mencionada anteriormente, se deduce que igualdad de género no es lo mismo que equidad; el primero implica la oportunidad de ejercer los derechos humanos en las mismas condiciones, tanto hombres como mujeres; sin embargo, la equidad implica, "El proceso de ser justo con las mujeres y los hombres, para lo cual es necesario que se tomen medidas que reduzcan las desventajas y diferencias sociales que impiden actuar en igualdad de condiciones".⁴² Esta situación es la que seguramente no se encuentra clara en las diferentes instituciones sociales, ya que muchas situaciones de la vida resultan ser injustas para las mujeres.

Vale la pena mencionar que los diferentes instrumentos emitidos por las Naciones Unidas, con relación a los derechos de las mujeres, constituyen un avance, hecho que está relacionado directamente con los grandes esfuerzos realizados por los movimientos y organizaciones de mujeres en todo el mundo; sin embargo, el camino por recorrer sigue siendo largo y en ocasiones tormentoso.

Es importante también que se continúen los esfuerzos por incluir el enfoque de género en todos los ámbitos institucionales públicos, considerando el respeto por las diferentes etnias del país.

⁴² **Ob.Cit.** Pág. 275.



La existencia de numerosas leyes nacionales e internacionales que promueven la igualdad entre los sexos no es suficiente. Solo si en la práctica se promueven e implementan mecanismos que permitan eliminar la desigualdad y promover la equidad, se asegurará que las mujeres tengan las mismas oportunidades que los hombres de mejorar sus vidas, tal cual es su derecho.

La importancia de la promoción de la igualdad de género y del empoderamiento de la mujer, radica además, en que son medidas efectivas para combatir la pobreza, el hambre, las enfermedades y para estimular el desarrollo de una manera que sea verdaderamente sostenible.

4.3. La forma en que se interpretan y aplican las normas

En cuanto a quién aplica las normas, en Guatemala la mayoría de funcionarios de justicia son varones: en el Instituto de la Defensa Pública Penal, 37% mujeres son defensoras; en el Organismo Judicial, 27.5% de las funcionarias son mujeres; en la Policía Nacional Civil, 20% de las agentes son mujeres (la mayoría en puestos administrativos) y en el Ministerio Público no se cuenta con datos. Además de la desigualdad que conlleva que las mujeres no se encuentren proporcionalmente representadas en estas instancias, la preponderancia de hombres en la administración de justicia causa un sesgo de género en la aplicación de la ley. Son de conocimiento común algunas de las respuestas de funcionarios de justicia frente a la violencia



doméstica: siga con su marido si es bueno o es mejor para sus hijos que usted permanezca en su hogar.

Sin embargo, y a pesar de que una mayor presencia de mujeres sin duda redundaría en una aplicación de la justicia más sensible a sus problemas, esto no sería suficiente, ya que tanto varones como mujeres, al aplicar las normas jurídicas, reflejan prejuicios y estereotipos. Por ejemplo, la Constitución Política de la República de Guatemala, establece en el Artículo 4 que en Guatemala, los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, y el Código Procesal Penal, en el Artículo 21 determina: "Quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación".

A pesar de la claridad de este principio: igualdad y no discriminación, es posible que las personas funcionarias de justicia reaccionen de una manera distinta si los intereses en juego pueden afectar las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Por ejemplo: en un caso de lesiones, si la misma ocurre entre desconocidos, lo más probable es que se le de trámite a la denuncia; por el contrario, si el autor del delito es el esposo es posible que la causa se desestime. Habrá funcionarios/as que justifiquen esta omisión, argumentando que se trata de un problema privado o simplemente porque la lesión se produjo a causa de una pelea familiar. Como se distingue en el ejemplo anterior, el principio de igualdad establecido en la Constitución, puede ser vulnerado debido a la interpretación diferenciada que se hace de los hechos, a partir de las valoraciones particulares de cada funcionario/a. Muchas de las deficiencias observadas en las



prácticas judiciales responden a la creencia de que la interpretación de las leyes es una tarea técnica y absolutamente objetiva o aséptica, sin tomar en cuenta que la interpretación implica: valoración, elección, decisión y, que quienes interpretan son personas con valores ideológicos y culturales que influyen en el proceso de interpretación y aplicación de las normas.

Incluso, la filosofía del derecho contemporáneo reconoce que el empleo de los llamados Métodos de interpretación presuponen posturas valorativas.⁴³ Esta situación se ha documentado en diversas investigaciones. Así lo señala un estudio reciente elaborado por Instituto de Estudio Comparado de Ciencias Penales y Sociales (INECIP): “No obstante, los criterios subjetivos de los juzgadores inciden en la valoración que se haga de estos (se refiere a los medios de prueba), los cuales en ocasiones se describen con argumentos fuera de lugar. Esta es la situación del caso referente al delito de Abusos Deshonestos Agravados que le dan valor probatorio a la declaración de la víctima (una mujer de 16 años), por la razón siguiente: porque fue evidente en su tierno rostro que refleja esa inocencia por su corta edad, que está diciendo la verdad. Nos preguntamos cuáles serían los criterios para dar valor probatorio a la declaración de una mujer mayor, que no posea un tierno rostro y no digamos en el caso de una mujer prostituta que llegara a denunciar una violación”.⁴⁴

En el caso de las mujeres, la aplicación de los pretendidos criterios objetivos es igual a

⁴³ Herrera, Kenia. **Manual justicia penal y género**; Pág. 56.

⁴⁴ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, **Región Centroamericana; Impacto de la reforma del sistema penal guatemalteco, en los delitos sexuales y violencia intrafamiliar**. Pág. 34..



decir que se les valora con criterios masculinos, produciendo inmediatamente una acción discriminatoria y, a su vez, la violación a sus derechos humanos.

En este orden de ideas, a continuación se describen algunos de los sesgos de género que pueden influir en los funcionarios y funcionarias de justicia al interpretar el derecho.

Si examinamos el derecho penal, es posible encontrar muchos de estos sesgos: El androcentrismo del sistema penal, se manifiesta entre otras cosas, en la actual regulación de la legítima defensa que se refiere a un varón que se defiende, él o a su familia, del ataque de un desconocido, no reconoce que podrían existir situaciones de legítima defensa, entre miembros de una misma familia, en una situación de violencia doméstica.

En cuanto al deber ser de cada sexo, existe una especie de tolerancia o comprensión frente a los varones que matan a sus parejas por encontrarlas siendo infieles. Incluso el derecho recoge esta figura en el Homicidio en estado de emoción violenta. Por el contrario, si una mujer da muerte a su marido, incluso en medio de una situación de violencia intrafamiliar, se tiende a considerar que ella tiene responsabilidad, porque está transgrediendo su rol social de mujer dócil y sumisa, es decir, en nuestro contexto la violencia contra las mujeres es un hecho cotidiano y hasta normal, pero no lo es que una mujer defienda su vida e integridad física, o las de sus hijos e hijas.

Una sentencia dictada en un caso de parricidio, nos ejemplifica esta grave situación en



donde la sindicada estuvo detenida durante año y medio: "...la acusación es tan superficial y arbitraria que el tribunal no se explica cómo el ente acusador se atrevió a formular acusación por delitos tan serios sin contar al menos con un mínimo de probabilidad de participación en el hecho antijurídico que se le atribuye a la sindicada. Lo más lamentable es que el juez contralor avaló el pésimo proceder fiscal. Cuando lo correcto hubiese sido sobreseer a favor de la sindicada en la fase intermedia.⁴⁵ En relación con el doble parámetro, un elevado porcentaje de las mujeres detenidas es por faltas. En realidad se trata de mujeres trabajadoras del sexo que son detenidas en redadas. Esto a pesar de que no es un delito ejercer la prostitución. Por el contrario, en el caso de los varones, prácticamente no existen procesos por rufianería y en ningún caso se ha detenido a un hombre por solicitar los servicios de una mujer sexoservidora.

Por lo tanto, las prácticas judiciales en Guatemala mantienen relaciones discriminatorias de género que nacen fundamentalmente de los roles asignados socialmente a los sexos y la división del mundo en privado y público. Por lo que debe ser un reto personal detectar estas desigualdades para intentar superarlas.⁴⁶

- Afirmar que el derecho tiene género significa

Que existen normas que refuerzan la discriminación contra las mujeres.

⁴⁵ Ob. Cit. Pág. 35.

⁴⁶ Ob. Cit. Pág. 46.



Que las mismas prácticas significan cosas diferentes para hombres y mujeres, las cuales pueden observarse en la metodología de análisis e interpretación jurídica y en el esquema de valoración personal de quien está a cargo de aplicar el derecho.⁴⁷

4.4. El peritaje con enfoque de género en el proceso penal guatemalteco

La administración de justicia como instrumento fundamental para el logro de una convivencia armoniosa y equilibrada, no puede librarse del compromiso de incorporar en su estructura, organización y políticas, una perspectiva de género, con el fin de garantizar a la mujer el acceso a la justicia y con ello, el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales.⁴⁸

El derecho como las demás instituciones sociales no es ajeno a las desigualdades de género, ya que las normas se elaboran desde el poder y el derecho es formulado, interpretado y aplicado por personas, cuyas ideologías y conductas responden a un contexto determinado. El derecho es influido así por las distintas jerarquías en que se encuentra estructurado el sistema de género en una sociedad y a su vez influye y reproduce este sistema, es por ello que el derecho procesal penal no es ajeno a estas circunstancias.

⁴⁷ **Ob. Cit.** Pág. 47.

⁴⁸ Facio, Mario. **La administración de justicia**, Pág. 106.



A pesar de los principios establecidos en nuestras normas legales, es posible que las personas funcionarias de justicia reaccionen de una manera distinta si los intereses en juego pueden afectar las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Por ejemplo, en un caso de lesiones, si la misma ocurre entre desconocidos, lo más probable es que se le dé trámite a la denuncia, por el contrario, si el autor del delito es el esposo, es posible que la causa se desestime.

El principio de igualdad establecido en la constitución puede ser vulnerado, debido a la interpretación diferenciada que se hace de los hechos, a partir de las valoraciones particulares de cada funcionario.

Muchas de las deficiencias observadas en las prácticas judiciales responden a la creencia de que la interpretación de las leyes es una tarea técnica y absolutamente objetiva o aséptica, sin tomar en cuenta que implica valoración, elección, decisión, y que quienes la hacen son personas con fundamentos ideológicos y culturales que influyen en el proceso de análisis y aplicación de las normas.

En el caso de las mujeres, la aplicación de los pretendidos criterios objetivos es igual a decir que se les valora con criterios masculinos, produciendo inmediatamente una acción discriminatoria y, a su vez, la violación de sus derechos humanos.

La aplicación del enfoque de género puede influir en los funcionarios y funcionarias que aplican justicia, por lo que al hacer un análisis profundo con el derecho procesal penal

vemos los problemas que se dan por preferencias tradicionales de los hombres y en las desventajas de las mujeres, estableciendo la necesidad de reconocer y eliminar esos factores.

Para continuar éste análisis es necesario ilustrar otro proceso al cual le corresponde el número de causa cero cinco mil cinco guión dos mil nueve guión cero cero quinientos ochenta y ocho, oficial quinto, Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Escuintla, Departamento de Escuintla, en el cual se encuentra como sindicada la señora Gloria Estela Valenzuela, por el delito de homicidio preterintencional.

La señora Valenzuela, fue víctima de violencia intrafamiliar durante varios años, por parte de su conviviente, este le propiciaba golpes, vivía en un estado emocional denigrante, presentaba el síndrome de mujer maltratada, el conviviente no trabajaba, no aportaba dinero para el hogar, se mantenía ebrio la mayoría del tiempo, continuo soportando malos tratos que iban de golpes hasta maltrato psicológico. (Sentencia del Tribunal de Escuintla, 17/05/2010).

El día doce de abril del año dos mil nueve, en horas de la noche el esposo la agredió físicamente y con un arma blanca tipo machete intento lesionarla, ella para defender su integridad física utilizó un cuchillo con el cual le ocasionó varias heridas, ha causa de las mismas el esposo falleció, la sindicada se presentó voluntariamente a la sub estación mas cercana a prestar declaración de lo sucedido, por tal motivo se procedió a



su aprehensión. (Sentencia del Tribunal de Escuintla, 17/05/2010).

Por el presente hecho se le imputó el delito de homicidio preterintencional llevando el proceso hasta la fase oral, por lo que se inició juicio oral y público en un tribunal de sentencia, el cual estuvo conformado por dos jueces hombres y una mujer, quienes aunque aplicaron enfoque de género al dictar el fallo solo tomaron en consideración la igualdad de derechos, no analizaron el hecho del punto de vista de la desigualdad de la fuerza física, el medio empleado que se utilizó en contra de ella, el tribunal no valoró el miedo invencible, el daño corporal y emocional que sufrió durante varios años, esta inestabilidad fue la que la orilló a defenderse por el exceso de superioridad física, la intención no fue darle muerte a su esposo, el ilícito penal se derivó al actuar en defensa propia y resguardar su integridad física, para salvar su vida, su intención fue detener la agresión física que estaba sufriendo.

Los jueces que integraron el tribunal evaluaron el caso únicamente de la igualdad de condiciones, igualdad de derechos, si bien es cierto que género pretende enmarcar la igualdad entre hombres y mujeres, no se puede condenar a una persona por argumentar si un hombre mata a una mujer es condenado, por lo que por el derecho de igualdad la sindicada debe ser condenada, no se está valorando el concepto de legitimada defensa, miedo invencible o fuerza exterior.

A la sindicada se le condenó a cinco años de prisión conmutables a razón de cinco quetzales diarios, se eximió de costas procesales por ser una persona de extrema



pobreza, prácticamente se desnaturalizó la conmuta, lo que la hizo vulnerable ante el sector justicia, prácticamente también se le condenando por el componente socioeconómico.

La norma legal constitucional en el Artículo 12 preceptúa que el juzgamiento de las causas penales se deben regir por procedimientos preestablecidos, y es con la interposición de recurso legales y pertinentes que las partes buscan que se respete esa garantía del debido proceso que se traduce en un juicio justo, cualquiera que sea su pretensión como parte, por lo que cabe resaltar que el recurso de apelación especial se encuentra en el ordenamiento legal, como medio para subsanar los errores judiciales, para satisfacer la necesidad social de la corrección de las decisiones judiciales y que el derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo. Por lo que en el presente caso fue necesario recurrir el fallo ante un tribunal superior, que permita un nuevo fallo, por no encontrarse ajustada a derecho la sentencia dictada. (Sentencia de la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones, 13/10/2010).

Por medio del recurso de apelación especial se impugnó la sentencia dictada por el tribunal, por haber aplicado erróneamente la ley en el caso concreto, específicamente por la tipificación del delito de homicidio preterintencional, toda vez que su conducta no se adecúa al tipo penal por que fue condenada la sindicada, ya que claramente se establece que no concurren todos los elementos propios de la figura tipo, ya que al momento de la comisión del ilícito la sindicada no actuó dentro del límite de sus facultades mentales y volitivas, a consecuencia de existir miedo invencible a un daño a



su integridad física como producto de los reiterados problemas de violencia intrafamiliar que sufría por parte de su conviviente, lo cual constituye una causal de inculpabilidad, por lo tanto el tribunal no debió dictar una sentencia condenatoria.

Es necesario que los jueces actúen de forma objetiva, si el hecho se cometió al amparo de una regla permitida para excluir la pena, los defensores y fiscales deben aplicar eximentes de responsabilidad penal utilizando enfoque de género en procesos que lo ameriten, como en los casos mencionados y el indicado anteriormente, el tribunal tipificó erróneamente el ilícito penal, al momento de emitir el fallo no valoró el miedo invencible, la legítima defensa, se debió probar en el debate oral y público, para que la sindicada no fuera sentenciada por el delito de homicidio preterintencional ya que existía una causa de inculpabilidad, por lo que se tuvo que acudir a una sala para que verificara el fallo.

La sala al analizar la sentencia concluyó que la agresión debe ser antijurídica, es decir debe darse una efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos defendibles, que con la agresión estén en un verdadero riesgo inminente de ser lesionados, por tanto, el presupuesto a la legítima defensa se encuentran no solo los bienes en sentido patrimonial sino la vida, la integridad física, la libertad o el honor, que son los que el sujeto individualmente puede defender. Quiere decir que dicha agresión fue suficiente como para justificar la defensa, ya que la agresión fue real, a la vez se puede ver que el medio racional empleado para defenderse fue justo, fue la única vía posible para repeler la agresión o impedir la, en cuanto a la provocación para defenderse fue



suficiente para que la señora actuara de esa manera. (Sentencia de la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones, 13/10/2010).

Por lo que al analizar este proceso se desprende que existió una agresión ilegítima se puso en peligro de manera dolosa la vida y la integridad de la sindicada, es decir, que con la agresión hubo una efectiva puesta en peligro de bienes defendibles que estuvieron en riesgo eminente de ser lesionados siendo una de ellas y de las de mayor relevancia como el valor de la vida.

La defensa de la agresión se efectuó en el momento que los bienes jurídicos que se defendieron eran atacados, es decir, la agresión no había cesado, había además necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, además era la única vía posible para repelerla o impedir la agresión, la agresión ocurrió en horas de la noche en un lugar donde no existía posibilidad de requerir ayuda inmediata para impedir la ilegítima agresión, resultando por lo tanto proporcionalidad del medio empleado, el uso del arma blanca contra una agresión en la que también se usó un arma de ese tipo. (Sentencia de la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones, 13/10/2010).

El tribunal falló al exigir la existencia de los objetos utilizados ya que el cuchillo y el machete no aparecieron y nunca fueron puestos a disposición del tribunal, ello debido a la proporcionalidad absoluta en las armas empleadas, porque ello implicaría limitar la defensa a tal grado que terminaría haciéndola ineficaz, se debe tomar en cuenta que la necesidad racional del medio empleado, fundamentalmente debe estar vinculada a la



mente o pensamiento del que se defiende por el simple hecho de estar siendo atacado o agredido de muerte.

La inocencia o la culpabilidad se debe probar, sin embargo, según el actuar del imputado en el momento del hecho que se le atribuye, es inocente, si no desobedeció ningún mandato o no infringió ninguna prohibición o si, comportándose de esa manera, lo hizo al amparo de una regla permisiva que eliminaba la antijuridicidad de ese comportamiento, o bien concurrió alguna causa que eliminaba su culpabilidad, o, en fin se arriba al mismo resultado practicado ante la existencia de una de las causas que excluyen la punibilidad, como ocurre en el caso de estudio ante la evidente causa de justificación resultante en una legitima defensa.

Y siendo que por medio de un peritaje de genero, se analizó los niveles de violencia a los que estaba sujeta la sindicada, se enmarca su comportamiento en el síndrome de la mujer agredida, acentuándose en consecuencia el miedo invencible, como la falta de capacidad de defenderse que en definitiva produjo el miedo insuperable de perder su vida al sentirse amenazada.

Por estas razones la sala acogió el recurso de apelación especial por motivo de fondo, debiéndose dictar la sentencia que corresponde a derecho. Y procedió a dictar nueva sentencia, absolviendo a la sindicada, debido a la existencia de una causa que exime de responsabilidad penal, específicamente de justificación en cuanto a una legitima defensa.



Los jueces del tribunal al emitir el fallo aplicaron enfoque de género, sin embargo la sindicada fue condenada, podemos ver que si bien se está aplicando perspectiva de género por algunos órganos jurisdiccionales del ramo penal, todavía falta profundizar en este tema, hay que dar a conocer algunos aspectos que lo rodean, como en el presente caso, la violencia constante en el hogar, la impotencia por la desigualdad de la fuerza física entre esposos o convivientes.

De ahí la importancia de que el derecho procesal penal se estudie con perspectiva de género y metodología de género, para aplicar justicia con igualdad real, apegado al marco jurídico que permita establecer que existen factores legales determinantes. Tal como el en caso planteado, la sindicada no actuó por venganza, no hay premeditación, sino la esperanza de que su esposo cambiara.

Se puede evidenciar cuando ella se presentó ante la policía Nacional Civil espontáneamente, no huyó porque necesita que la reconozcan, no como alguien que cometió un delito sino como víctima que tuvo que defenderse por la violencia física extrema a que fue sometida por varios años.

Es necesario modernizar al sector justicia, conjugando esfuerzos con los diferentes sectores que lo conforman, concientizando en la importancia que tiene la implementación de género, no vale la pena resistirse ya que sería un retroceso en el avance que se ha venido dando a lo largo de los años, se debe fortalecer sobre todo en materia de derechos humanos.



En ese sentido como sociedad se debe fortalecer las transformaciones en relación a la política del Estado guatemalteco, respetando los derechos humanos inherentes a cada persona, ya que es la esencia de las condicionantes de las mujeres y los hombres ante el sistema judicial, porque van demarcando con equidad el tratamiento adecuado a que estos deben estar sujetos dadas las consideraciones, condicionantes no solo sociales, económicas, culturales y de género, sino principalmente legales, que permitan tener herramientas legales con el fin de que las personas que son objeto de abuso por parte de su conviviente, se atrevan a denunciar y con ello evitar que se llegue al extremo de un ilícito penal y por ende mayores consecuencias, como lo es el darle muerte a otra persona, aún en defensa propia.

Ya que al no estimarse éstas condicionantes, las personas son vulneradas desde otras múltiples facetas, retrayendo con ello los principios que han sido contraídos por parte del Estado, y que sin embargo no se han asumido desde la perspectiva de un tratamiento judicial incluyente, integral, que visualice a las mujeres y hombres desde un enfoque humano de equidad.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En el orden de los factores que inciden en el tema del enfoque de género en Guatemala, se analizó que el proceso penal guatemalteco no ofrece las garantías necesarias para el enfoque de género en función al principio de igualdad, por lo que en el trabajo investigativo se evidenció que es necesario que las partes que intervienen en procesos penales de esta naturaleza, conozcan sobre la perspectiva de género, y que a pesar de la implementación de mecanismos, tales como la creación de políticas y la promulgación y sanción de nuevas leyes, Guatemala, como Estado, aún no ha logrado los efectos para revertir la situación de desigualdad a la que se ven enfrentadas las mujeres, el cual es viciado al momento de que el administrador de justicia se ve en la necesidad de aplicar en condiciones de igualdad las normas correspondientes, puesto que el enfoque de género lo maneja desde una perspectiva social más que jurídica.

En el ámbito de las instituciones involucradas con el mejoramiento y promoción de la igualdad de género, se puede evidenciar que no cuentan con presupuesto para desarrollar de manera efectiva los programas y proyectos que garanticen el cumplimiento de los derechos de las mujeres guatemaltecas, en especial, el Instituto de la Defensa Pública Penal.

En el transcurso del proceso investigativo se evidencia que el sector justicia no cuenta con una capacitación constante y efectiva sobre el enfoque de género, y con el propósito de garantizar un debido proceso, se respete los análisis o dictámenes



propuestos por peritos dentro del ámbito jurídico que les permitirá ver los hechos y actos ilícitos desde otra perspectiva. El proceso penal guatemalteco, actores y administradores de justicia deben obtener un criterio unificado acerca del enfoque de género no solo desde el punto de vista jurídico sino también social, en función de que el derecho nace para regular la misma.

Se evidencia que el Estado a través del Organismo Legislativo debe mejorar y fortalecer las leyes e instituciones, para desarrollar con eficiencia, la política de género, a efecto de garantizar la igualdad dentro de la sociedad guatemalteca. A través de las instancias responsables, deben realizar evaluaciones permanentes a las unidades relacionadas con enfoque de género, para constatar la funcionalidad de las mismas y dar seguimiento y/o asesoría necesaria, para la efectividad de sus políticas.

En respuesta a las instituciones y el combate a la desigualdad de género el gobierno debe asignar un porcentaje más alto de presupuesto, a todas las instituciones involucradas en asuntos referentes a la equidad de género, con el fin de lograr una mayor y mejor promoción, en aspectos relacionados con la igualdad de la sociedad guatemalteca.



BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO, Laura. **Información del uso de los recursos públicos invertidos por INCAGRO.** 2000.
- BACIGALUPO, Enrique. **Principios del derecho penal: parte general**, 5ª ed., Madrid, España, Ed. AKAL, 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Buenos Aires, Ed. S.R.L., 1978.
- CASTILLO, Alejandra. **Nudos feministas: política, filosofía, democracia.** Santiago Chile: Editorial Palinodia, 2011.
- DE LA CRUZ, C. **Guía metodológica para integrar la perspectiva de género en proyectos y programas de desarrollo.** Emakunde / Secretaría General de Acción Exterior, 1998.
- DE LA CUESTA AGUADO, P.M., **Culpabilidad. exigibilidad y razones para la exculpación.** Madrid 2004.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**, 10ª ed., corregida, aumentada y actualizada; Guatemala, Ed. F&G Editores, 1998.
- FACIO, Mario. **La administración de justicia.** Publicación UNAM, México D.F. 2000.



FUNDACIÓN Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1994.

GARRIDO MONTT, Mario. **Derecho penal. Parte general**. Chile. (s.e.), 1999.

GONZÁLEZ CAUHAPÉ-CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco, la teoría del delito (conceptos básicos)**, Guatemala, Ed. Fundación Myrna Mack, 1998.

GRUPO interinstitucional Género y Agricultura. **Cómo aplicar el enfoque de género en los programas de desarrollo rural**. Nicaragua; (s.e.), 1999.

GUZMÁN, V. **El género en la planificación social**. En Sin Morir en el intento: Experiencias de Planificación de Género en el Desarrollo. Lima: Entre Mujeres/Flora Tristán. 1994.

HERRERA, Kenia. **Manual justicia penal y género**. Instituto de estudios comparados en ciencias penales. Guatemala. 2006.

HOLIDAY, David. Mapeo de las organizaciones de la sociedad civil en Guatemala. Guatemala; BID, Junio 1996.

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, **Región Centroamericana; Impacto de la reforma del sistema penal guatemalteco, en los delitos sexuales y violencia intrafamiliar**. Guatemala, 2004.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Lecciones de derecho penal**, México, Ed. Pedagógica Iberoamericana, 1995.



LÓPEZ NÉNDEZ, I. y Sierra Leguina, B. **integrando el análisis de género en el desarrollo**. Manual para técnicos de cooperación. Madrid: (s.e). 2001.

MACHICADO J., **La acción y la omisión en la teoría de la causalidad**. Barcelona, España, 2001.

MARÚM ESPINOZA, Elia. **Liderazgo y equidad. Una perspectiva de género**. Jalisco, México: Primera edición, Centro Universitario de Ciencias Económicas Administrativas, 2009.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal, parte general.**, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1994.

MOSER, C: **Hacia la planificación de género: Una nueva tradición de planificación y metodología planificadora**. Lima, Perú, 1995.

MOSER, C.: **Procedimientos operacionales para la implementación de políticas, programas y proyectos de género**. Lima, Perú. 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**, Barcelona, Ed. Bosch, 1975.

PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal**, Guatemala, Ed. Gardenia, s.f.

PÉREZ DE ARMIÑO, K. **Diccionario de Acción Humanitaria y cooperación al Desarrollo**. Barcelona: Icaria y Hegoa, 2001.

PROYECTO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). **Manual de los Objetivos de Desarrollo del Milenio con enfoque de derechos humanos**. (s.l.i.): (s.e.), 2010.



PROYECTO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD):
Guatemala: hacia un Estado para el desarrollo humano. Informe 2009/2010.

RAMOS, B. y Sosa, V. **Los caminos de la participación ciudadana, el clientelismo y la cultura política en Huehuetenango.** Síntesis interpretativa. Guatemala: (s.e), CEDFOG 2010.

STEIN Peter G., **El Derecho romano en la historia de Europa.** Siglo XXI España Editores. 2000.

WWW.FAO.ORG. **El enfoque de género.** Página electrónica consultada el 23 de abril de 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal,** México, Ed. Cárdenas, 1998.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1985.

Ley de Promoción Educativa contra la Discriminación, Decreto Número 81-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Protección integral de la Niñez y de la Adolescencia. Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

Reforma al Código Penal. Decreto Número 4-2012 del Congreso de la República de Guatemala.



Ley Marco de los Acuerdos de Paz. Decreto Número 52-2005 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Penal, Decreto Número 17-73. Congreso de la República de Guatemala.

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

Ley contra el de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Decreto Número 22-2008. Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89. Congreso de la República de Guatemala.

Ley para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto Número 97-96. Congreso de la República de Guatemala.