

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

**LA INCOVENIENCIA DE CONCEDER EL BENEFICIO DE LA MEDIDA SUSTITUTIVA
EN EL DELITO DE ABUSOS DESHONESTOS VIOLENTOS**

DORA ADALINDA RODAS ROBLERO

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2014

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

**LA INCONVENIENCIA DE CONCEDER EL BENEFICIO DE LA MEDIDA
SUSTITUTIVA EN EL DELITO DE ABUSOS DESHONESTOS VIOLENTOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DORA ADALINDA RODAS ROBLERO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2014

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Ileana Noemí Villatoro Fernández
Vocal: Licda. Edna Mariflor Irungaray López
Secretario: Lic. Jeaner Roberto Arenales Meléndez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Marvin Vinicio Hernández Hernández
Vocal: Lic. Jorge Mario López Chinchilla
Secretario: Lic. Héctor Rolando Guevara González

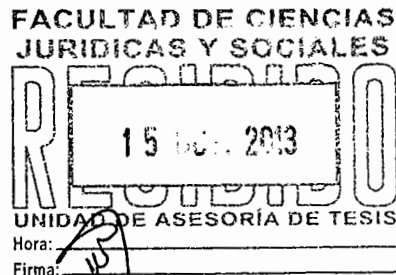
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



LICDA. LESBIA ELIZABETH LÓPEZ PÉREZ
ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala 14 de octubre del año 2013

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Distinguido Doctor:

Hago de su conocimiento que de conformidad con el oficio emitido de fecha trece de mayo del año dos mil trece se me nombró asesora de la bachiller Dora Adalinda Rodas Roblero de su tesis intitulada: **“LA INCONVENIENCIA DE CONCEDER EL BENEFICIO DE LA MEDIDA SUSTITUTIVA EN EL DELITO DE ABUSOS DESHONESTOS VIOLENTOS”**. Para el efecto me permito señalar los siguientes aspectos:

- a) La sustentante durante el desarrollo de su tesis utilizó apropiadamente información científica relacionada con el tema que investigó, a través de la recolección de datos doctrinarios y jurídicos recabados y después de dar lectura detenidamente a la misma, puedo indicar que se adapta perfectamente a los lineamientos exigidos.
- b) Para desarrollar la tesis utilizó la metodología acorde y las técnicas necesarias para fijar claramente los puntos teóricos esenciales, aptos, básicos y acordes a la realidad actual guatemalteca, para así señalar la importancia de estudiar las inconveniencias de conceder medidas sustitutiva en el delito de abusos deshonestos violentos, siendo los métodos empleados: histórico, descriptivo, analítico y sintético. Las técnicas documental y de fichas bibliográficas empleadas, permitieron llevar un orden cronológico y coherente del trabajo de tesis.
- c) En cuanto a la redacción, vocabulario empleado, desarrollo de los capítulos, conclusiones y recomendaciones, es claro que determinan ampliamente las medidas sustitutivas en la legislación vigente en Guatemala.
- d) El tema de la tesis es de bastante interés para profesionales, estudiantes y ciudadanía en general ya que abarca la realidad nacional, señalando a su vez la necesidad de cumplir con los objetivos generales y específicos, así como también presenta la comprobación de la hipótesis formulada, relativa al análisis jurídico y doctrinario de las medidas sustitutivas en el delito de abusos deshonestos violentos.

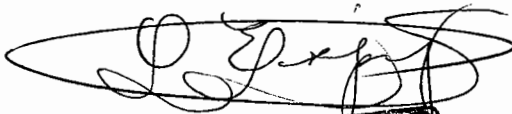
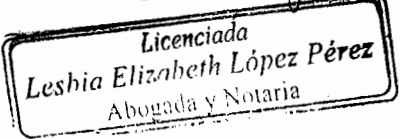


LICDA. LESBIA ELIZABETH LÓPEZ PÉREZ
ABOGADA Y NOTARIA

- e) La bachiller estuvo de acuerdo en llevar a cabo las sugerencias indicadas, siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

Doy a conocer que el trabajo de tesis de la sustentante cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que **DICTAMINO FAVORABLEMENTE** para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Licda. Lesbia Elizabeth López Pérez
Asesora de Tesis
Colegiada 7288



USAC
TRICENTENARIA

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

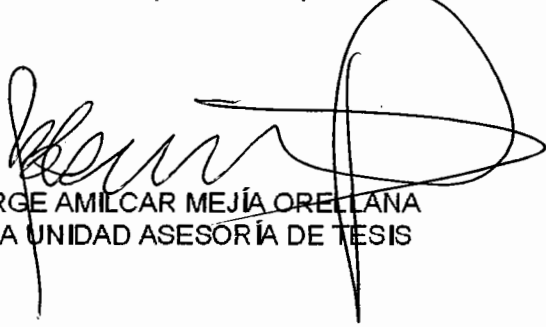
Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 17 de octubre de 2013.

Atentamente, pase a el LICENCIADO GAMALIEL SENTES LUNA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante DORA ADALINDA RODAS ROBLERO, intitulado: "LA INCONVENIENCIA DE CONCEDER EL BENEFICIO DE LA MEDIDA SUSTITUTIVA EN EL DELITO DE ABUSOS DESHONESTOS VIOLENTOS".

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


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

cc.Unidad de Tesis
BAMO/yr.



Lic. Gamaliel Sentes Luna
Abogado y Notario



Guatemala 09 de enero del año 2014

Doctor Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Me dirijo a usted con el objeto de rendirle informe según nombramiento de revisor a su digno cargo de fecha diecisiete de octubre del año dos mil trece, en relación a la tesis de la bachiller Dora Adalinda Rodas Roblero, para su graduación profesional, la cual se intitula: **“La inconveniencia de conceder el beneficio de la medida sustitutiva en el delito de abusos deshonestos violentos”**.

- a. En el desarrollo de la tesis se aborda una temática que reviste gran importancia para el derecho penal guatemalteco, ya que señala y analiza jurídica y dogmáticamente las medidas sustitutivas.
- b. Al redactar la tesis la alumna demostró empeño, interés, seriedad y una rigurosidad científica mediante la utilización de los métodos y técnicas de investigación científicos acordes y necesarios, habiendo sido utilizado el método descriptivo, histórico y deductivo; y la técnica de fichas bibliográficas.
- c. La bachiller tuvo el cuidado de emplear un vocabulario propio de un trabajo de este nivel, haciendo uso y consultando para ese extremo los diccionarios jurídicos necesarios y asistiendo a las bibliotecas del país a hacer las consultas necesarias.
- d. Es bastante interesante el trabajo de tesis, siendo los objetivos que señala puntuales y acordes con la realidad de la sociedad guatemalteca, y de igual forma indicó que la hipótesis planteada comprueba la importancia de analizar los fundamentos jurídicos que informan la medida sustitutiva en el delito de abusos deshonestos.
- e. Cabe señalar que la introducción, márgenes, contenido, conclusiones, recomendaciones, y bibliografía utilizada se adapta perfectamente al tema de la tesis y de que se llevaron a cabo las correcciones sugeridas a la sustentante.

7ª. avenida 15-13 zona 1 tercer nivel oficina 35 Edificio Ejecutivo
Tel: 57084340



Lic. Gamaliel Sentes Luna
Abogado y Notario

El trabajo de tesis reúne los requisitos reglamentarios del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y por lo tanto puede ser materia de discusión en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y en tal sentido emito dictamen favorable.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme con muestras de mi consideración y respeto.


Lic. Gamaliel Sentes Luna
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Gamaliel Sentes Luna
Revisor de Tesis
Colegiado 6522

7^a. avenida 15-13 zona 1 tercer nivel oficina 35 Edificio Ejecutivo
Tel: 57084340



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 06 de mayo de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante DORA ADALINDA RODAS ROBLERO, titulado LA INCONVENIENCIA DE CONCEDER EL BENEFICIO DE LA MEDIDA SUSTITUTIVA EN EL DELITO DE ABUSOS DESHONESTOS VIOLENTOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs

Lic. Avidán Ortíz Orellana
DECANO






DEDICATORIA

- A DIOS:** Que me concedió realizar mis sueños.
- A MIS PADRES:** (Q.E.P.D.).
- A MI HIJA:** Vivian Rocío de León Rodas.
- A MI ESPOSO:** Silvio Gilberto de León Ángel. (Q.E.P.D.).
- A MIS HERMANOS:** Especialmente a mi hermano Saúl Rodas (Q.E.P.D).
- A:** A la Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por formarme como profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Delitos contra la libertad y seguridad sexual.....	1
1.1. La violación.....	3
1.2. El estupro.....	8
1.3. Abusos deshonestos violentos.....	12
1.4. El rapto.....	15
1.5. La corrupción de menores.....	19

CAPÍTULO II

2. El delito de violación y el delito de abusos deshonestos violentos.....	23
2.1. El delito de violación según la doctrina.....	23
2.2. Regulación legal de la violación.....	28
2.3. El delito de abusos deshonestos violentos según la doctrina.....	30
2.4. Análisis comparativo.....	32
2.5. Atenuantes.....	33
2.6. Agravantes.....	35

CAPÍTULO III

Pág.

3.	Abusos cometidos contra menores de edad en los delitos de violación y abusos deshonestos.....	41
3.1.	Sistema penal.....	41
3.2.	Daño físico, moral y psicológico.....	43
3.3.	La Fiscalía de la Mujer y de la Niñez.....	47
3.4.	Relación del acusado del delito de violación y del delito de abusos deshonestos con víctimas menores de edad.....	50

CAPÍTULO IV

4.	Análisis de la inconveniencia de conceder medidas sustitutivas en el delito de abusos deshonestos violentos.....	53
4.1.	Las medidas sustitutivas.....	56
4.2.	Clases de medidas sustitutivas.....	57
4.3.	Análisis de la normativa contenida en el Código Procesal Penal.....	58
4.4.	La inconveniencia de conceder medidas sustitutivas en el delito de abusos deshonestos violentos en Guatemala.....	62

	CONCLUSIONES.....	81
	RECOMENDACIONES.....	83
	BIBLIOGRAFÍA.....	85



INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis, señala lo fundamental de analizar la inconveniencia de conceder el beneficio de la medida sustitutiva en el delito de abusos deshonestos. Históricamente, se ha puesto de manifiesto la relevancia que tiene el papel de la víctima en el delito, sin embargo, paralelo a la reacción ante el delito por parte del Estado en el ejercicio del ius puniendi, se deja en el olvido a la víctima del delito y de sus expectativas legítimas, tanto en el campo del derecho penal como en la propia criminología.

Todo ello se manifiesta en la actitud del legislador que ha dejado de considerar dentro de la normativa del Código Procesal Penal, el trato que debe regir para aquél que cometa el delito de abusos deshonestos violentos.

Los objetivos de la tesis dieron a conocer que actualmente, no se encuentra incluido dentro de los casos de improcedencia de la aplicación del beneficio de las medidas sustitutivas, extremo éste que debe tomarse en cuenta, ya que si bien es cierto, que el delito de violación, en todas sus manifestaciones, si fue incluido, no es aceptable que un delito como el de abusos deshonestos violentos y no se encuentre incluido en el Artículo 264 de la ley adjetiva penal, pues, este delito presenta las mismas características que la violación, produce tanto daño moral y físico a las víctimas.

La hipótesis formulada comprobó que la inconveniencia de conceder el beneficio de la medida sustitutiva en el delito de abusos deshonestos violentos, es un tema por sí, interesante de considerar, precisamente porque toma en cuenta el peligro en que se encuentra la víctima menor de edad al encontrarse a expensas del ofensor.

Ello, cuando éste se encuentra en libertad por habersele concedido un beneficio que no debe proceder a otorgar el juez que controla la investigación del delito, ya que es precisamente el hecho de obstaculizar la averiguación de la verdad.



En cuatro capítulos se ha desarrollado el presente trabajo de tesis por demás interesante. En el capítulo uno, se estudian las figuras delictivas afines al tema de respectivo al estudio como lo son la violación, el estupro, el rapto y la corrupción de menores, haciéndose una descripción de cada uno de ellos; en el capítulo dos, se hace un análisis del delito de violación y el delito de abusos deshonestos violentos, doctrinaria y legalmente, culminando el tema estableciendo en forma comparativa sus semejanzas; en el capítulo tres, se toma en cuenta a la víctima en los delitos de violación y de abusos deshonestos violentos, en cuanto al daño físico, moral y psicológico, la victimización que sufre, así como el papel de la Fiscalía de la mujer en este tipo de delitos, haciendo énfasis en la relación del acusado con los menores víctimas de estos delitos y en el capítulo cuatro, se estudian las medidas sustitutivas y un análisis de la inconveniencia de conceder medidas sustitutivas en el delito de abusos deshonestos, las cuales son aplicadas en Guatemala, conforme a lo estipulado en el Código Procesal Penal. Se emplearon los métodos analítico, sintético, inductivo y deductivo. También, se utilizaron las técnicas documental y de fichas bibliográficas.

Es necesario prestar más atención a los menores víctimas de delitos contra la libertad y seguridad sexual, ya que en la actualidad se les deja en segundo plano, dentro del proceso penal en cuanto tomar en cuenta su situación personal tanto presente como futura, por lo que debe ser primordial la protección jurídica para no exponerlos a una mayor victimización familiar al estar en contacto con el ofensor, generando pérdidas de prueba al ser amenazados y evitar con ello su concurrencia a declarar en su contra.

Es un esfuerzo personal y una satisfacción presentar a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, un tema por demás importante tomando en cuenta el interés que actualmente tiene para la doctrina y legislaciones internacionales el tema de los menores de edad víctimas de delitos catalogados de graves y que dentro de la sociedad guatemalteca, debe tomarse en cuenta para protección de los mismos.



CAPÍTULO I

1. Delitos contra la libertad y seguridad sexual

La libertad y la seguridad de la persona humana, se encuentra protegida por la Constitución Política de la República de Guatemala, como una garantía de carácter individual en todas sus manifestaciones dentro de la colectividad.

Es indiscutible entonces, que siendo los actos sexuales, en el caso de la mujer, que éstos sean voluntarios y consensuales en los que la anuencia de realizarlos es factor importante.

Los delitos contra la libertad y seguridad sexual merecen dentro del catálogo de las acriminaciones penales incorporadas al Código Penal, una excepcional consideración en cuanto a que no sólo son castigados por los actos carnales en sí; sino que también por su ejecución extra-consensual, es decir que es irrelevante para el campo del derecho penal y criminológico la ejecución propiamente de los actos materiales que se verifican en contra del sujeto pasivo, constitutivos ya sea de actos carnales o libidinosos, lo que importa es que los mismos se lleven a cabo sin la voluntad de la víctima en muchos casos, agravándose la comisión de estos delitos, al tratarse de menores de edad.

Es importante recordar la concepción que el Código Penal derogado contenido en el Decreto 2164 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, de mil



novecientos treinta y seis, hace de los mismos, éste siguiendo en la regulación de los delitos sexuales a la Escuela Clásica, los denominaba: “Delitos contra la honestidad y de contagio venéreo”, incorporando bajo el título mencionado a tipos delictuosos como la violación, el adulterio, los abusos deshonestos, el estupro y la corrupción de menores, y desde luego el contagio venéreo, sin siquiera regular los llamados delitos contra el pudor.

Por otro lado, no es en realidad la honestidad, como sinónimo de la vida arreglada en el aspecto sexual lo que se ataca en estas infracciones, por el contrario, lo que se persigue es la coacción a la libertad sexual en forma de violencia o engaño, como la violación, abusos deshonestos o estupros, en otras la forma pública de perpetración o manifestación como lo es el escándalo público, y en otras los atentados al pudor o intervención de terceros, como el caso del proxenetismo o rufianismo.

El Código Penal vigente, ha sistematizado en mejor forma la regulación de todas las figuras delictivas relacionadas con los actos carnales y los ha denominado: “Delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el pudor”.

Es de considerar que la sistemática del Código Penal vigente es adecuada, y se ajusta en su totalidad a las prescripciones de la doctrina moderna, sobre todo porque brinda protección en contra de los atentados que se producen en contra de la libertad y seguridad sexuales y el pudor, tomando en cuenta que la mayoría de tales acriminaciones penales, tienen como sujeto pasivo del delito, o víctima a la mujer y/o a menores de edad, que por su inexperiencia, falta de capacidad de razonamiento o por

necesidad patrimonial caen en el terrible vicio de la amoralidad sexual que produce graves consecuencias en la colectividad.

1.1. La violación

"El más grave de los delitos contra la libertad y seguridad sexuales, regulado en el Código Penal vigente es el de violación, al que en razón de su penalidad asimila de modo indirecto a la valoración moral del honor sexual de la persona, tanto como la vida misma".¹

Efectivamente, el aspecto consensual es importante para la comisión de este delito, el elemento coactivo, aunque es imprescindible y predominante, así como también debe tomarse en cuenta que el yacimiento es relevante.

El sujeto activo de este delito puede ser cualquiera, no sólo un hombre, sino también una mujer cuando obre en concepto de inductora o cooperadora, mientras que el sujeto pasivo sólo puede ser la mujer, casada o soltera, de buena o mala fama.

Son elementos de este delito los siguientes:

- a) El hecho de yacimiento: yacer significa tener trato carnal con una persona o sea que exista una unión carnal.

¹ Gimeno Sendra, Vicente. **Derecho penal**. Pág. 30.

- b) El yacimiento o acceso carnal realizado ha de ser ilícito: en este elemento cabe señalar que el ejecutado por el marido con violencia o sin consentimiento de la esposa, no constituye violación, según lo afirma la doctrina, pues aquél, al disponer sexualmente de ésta, obra en el ejercicio legítimo de un derecho.

- c) Invocar en el caso de resistencia violenta la legítima defensa: ya que no existe la agresión ilegítima, podrá resultar responsable de las lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta.

Ahora bien, el acceso carnal violento dentro del matrimonio será ilícito y constituirá violación cuando la mujer, tenga derecho a resistir, como cuando fuere peligroso para ella o para la familia, tal es el caso del marido que haya adquirido una enfermedad incurable que se transmita por vía del acceso carnal o cuando constituyere un acto lesivo del pudor público o del de la propia mujer.

El marido que obliga con violencia o intimidación a su cónyuge a tener relación sexual anormal no es culpable de violación, sino de abusos deshonestos violentos, pues el acceso sexual a que se refiere el delito de violación es normal.

- d) La intención delictuosa: relativa a la voluntad de yacer, pero el dolo genérico varía en las diversas modalidades de éste.

Las modalidades de violencia que contiene el Código Penal, son las siguientes:

- a) Empleo de fuerza o intimidación: o sea, que se use la violencia, y en este caso se admiten dos hipótesis:
- b) Concurrencia de violencia física o sea que haya fuerza.
- c) La violencia moral o sea la intimidación.

"Cuando se habla de violencia suficiente, es aquella violencia física o a la intimidación. Existe ésta cuando dos o más personas inmovilizan a la víctima o la impiden oponer resistencia al acometimiento deshonesto del ofensor; pero también podrá estimarse que la víctima ha cedido a la fuerza empleada cuando no le sea posible persistir en la resistencia opuesta, más no es preciso que llegue al completo abatimiento físico existente".²

La resistencia de la mujer no sólo es la expresión de una voluntad contraria, sino también constante, sostenida hasta el último momento, pues si la mujer, después de resistir se entrega voluntariamente el delito desaparece.

La intimidación constituye otra de las modalidades de ejecución de este delito y consiste en el empleo de violencia moral o la amenaza de un mal.

¹ Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal**. Pág. 55.



El elemento subjetivo en esta modalidad de la violación se halla integrado por la conciencia de obrar en contra de la voluntad de la violada y por la voluntad de emplear violencia para el yacimiento.

Las mujeres privadas de razón o enajenadas son incapaces por su estado mental de apreciar la ofensa que el culpable infiere a su honestidad y, por tanto, incapaces de consentir.

Pero no es condición precisa que la carencia de razón sea completa, hasta la anormalidad o deficiencia mental que sólo la disminuye.

El elemento subjetivo de esta modalidad de la violación está constituido por la conciencia en el agente del estado de privación de razón o de sentido de la víctima y por la voluntad de yacer con ella.

Cuando la mujer fuere menor de doce años, es indiferente que el hecho se realice contra o sin la voluntad de la agraviada o con su pleno asentimiento, pues la ley presume implícitamente, sin admitir prueba en contrario, la incapacidad de consentir de la violada.

Además, el elemento subjetivo de esta modalidad de la violación está integrado por la conciencia de ser la violada, menor de doce años, y por la voluntad de realizar la unión carnal, por tanto, el desconocimiento de esta circunstancia excluye el dolo.



Cuando se habla de consumación y tentativa, el delito se consuma cuando tiene lugar el yacimiento sin que sea preciso que éste se realice de un modo completo.

La determinación de que si el hecho constituye tentativa de violación presenta no escasas dificultades por las semejanzas que presenta con el abuso deshonesto violento contenido en el Artículo 179 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Los actos externos de ambos delitos son los mismos, como lanzar a la víctima sobre el lecho o sobre el suelo, levantar sus vestidos, etcétera, pero se diferencian entre sí, en que en la tentativa de violación los actos realizados se encaminan al acceso carnal, existe ánimo de yacer, mientras que los constitutivos del abuso deshonesto violento no aspiran a tal fin, la finalidad de tales hechos están en ellos mismos.

Por tanto, para que los actos impúdicos realizados violentamente sobre una mujer o sin su consentimiento, puedan ser calificados de tentativa de violación debe probarse cumplidamente en el culpable, el ánimo de yacer.

Si el culpable en el momento de haber dado principio a la ejecución del delito desiste espontáneamente, no será punible conforme el Artículo 16 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, sin embargo, si los actos anteriores al desistimiento constituyen por sí un abuso deshonesto violento, será penado conforme al Artículo 179 de la normativa anotada. Si el desistimiento no es espontáneo, y si tiene lugar ante la resistencia de la víctima, o de la llegada de un tercero, hay tentativa punible.

La violación puede concurrir con otros delitos, con el de homicidio o asesinato y especialmente con el de lesiones graves o leves causadas a la víctima en sus partes sexuales o en otras de su cuerpo o, a causa de la violencia empleada, o proveniente del contagio de enfermedades sexuales.

A veces las lesiones causadas a la víctima son exclusivamente manifestaciones sádicas que pueden llegar a gravísimas mutilaciones incluso a la muerte de la violada, hechos que pueden ser manifestaciones de anormalidad psíquica del agente.

La pena se agravará en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando concurren en la ejecución del delito dos o más personas.
- b) Cuando el autor fuere pariente de la víctima dentro de los grados de ley o encargado de su educación, custodia o guarda.
- c) Cuando como consecuencia del delito, se produjere grave daño a la víctima.

1.2. El estupro

Se encuentra relacionado con la violación, como delito contra la libertad sexual, en cualquiera de sus modalidades, sea mediante inexperiencia, abuso o confianza o engaño, y en el sujeto pasivo que necesariamente debe ser una mujer honesta que

merece la protección penal, fundamentada especialmente en su minoría de edad no tanto biológica como psíquica.

"Este parentesco, al igual que en el delito de violación se basa fundamentalmente por el acto del yacimiento y por la heterosexualidad de los sujetos del delito y se diferencia de ella, porque en éste se da el consentimiento de la mujer, aunque desde luego, este consentimiento se encuentra viciado, ya sea por una circunstancia de hecho o por la prevalencia de la inexperiencia o la situación económica".³

La espontaneidad del consentimiento, que es característica de todo los estupro, salvo el de la especie del incesto, al cual se unen también dos elementos:

- a) La minoría de edad de la víctima u ofendida que coincide tanto en el campo civil como en el penal.
- b) El de honestidad que es determinante para la configuración del tipo, debiéndose entender por mujer honesta a toda aquella que lleve una vida normal dentro de la moralidad sexual de sus costumbres hogareñas, sin que necesariamente sea virgen, puesto que este atributo, pudo haber sido perdido, no sólo por causas independientes a los actos carnales, sino también por actos ejecutados en contra de su voluntad mediante una violación, y en tal virtud no sería justo que la ley, le privara de su protección, por esa sola circunstancia, que en la época actual es muy excepcional.

³ Bovino, Alberto. **Temas de derecho penal guatemalteco**. Pág. 60.

Existen legalmente dos clases de estupro:

- a) El que se realiza aprovechando la inexperiencia o con abuso de confianza en la doncella.
- b) El que se realiza mediante engaño o promesa falsa de matrimonio, agravándose cualquiera de los dos casos, cuando el sujeto activo ostente un grado de parentesco consanguíneo dentro del cuarto grado que ejerce autoridad.

De conformidad con el Artículo 200 del Código Penal, podía darse el caso del matrimonio de la ofendida con el ofensor, quedando extinguida por el legítimo matrimonio la responsabilidad penal, siempre que aquella fuere mayor de doce años y en todo caso, con la previa aprobación del Ministerio Público.

No obstante el contenido del Artículo anterior en el expediente número 2818-2005 de la Corte de Constitucionalidad consta que la Procuraduría de los Derechos Humanos obtuvo en resolución de fecha treinta de noviembre de dos mil cinco una acción de inconstitucionalidad del Artículo 200 citado, en el cual en la parte conducente de dicha resolución consta lo siguiente:..." POR TANTO: La Corte de Constitucional, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Se decreta la suspensión provisional del Artículo 200 del Código Penal de la República de Guatemala, II)... III) Notifíquese.

En atención a lo antes indicado, se resume, que el ofensor no puede actualmente contraer matrimonio con la víctima.

Los elementos de este delito son:

- a) **Un acto de yacimiento:** es decir de acceso carnal, debido a que si el hecho realizado fuere cualquier otro acto impúdico, distinto de éste, integraría el delito de abusos deshonestos.
- b) Que tenga lugar con mujer mayor de doce años y menor de dieciocho.
- c) El acceso carnal debe ser consecuencia del engaño, inexperiencia o confianza: la cual es empleada por parte del culpable.
- d) **Voluntad delictuosa:** está integrada por la voluntad de yacer, por el conocimiento de la edad y de la vida honesta de la ofendida, así como por la conciencia del engaño empleado.

Dentro del delito de estupro, se encuentra el estupro agravado, figura delictiva aplicable a cualquiera de los supuestos desarrollados con anterioridad que incorpora la siguiente hipótesis legal:

Cuando el autor fuere pariente, dentro de los grados de ley de la estuprada o encargado de su educación, custodia o guarda, harán que las sanciones se aumenten en dos terceras partes.

Sujetos de este delito son solamente las personas constituidas en autoridad pública, los sacerdotes, domésticos, tutores, maestros o encargados por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada.

"En lo referente a las autoridades públicas no se requiere que se hallen en ejercicio de sus funciones, pues la ley no exige este requisito. Respecto de los sacerdotes no es preciso que abusen de su cargo, por no exigirlo expresamente la ley, basta la calidad de ministro de la religión".⁴

Al decir doméstico se refiere a las personas que habitualmente viven bajo el mismo techo, pertenecen a una misma casa y forman en este concepto parte de ella..

1.3. Abusos deshonestos violentos

En perfecta coincidencia formal con el delito de violación, el de abusos deshonestos violentos presenta una tipificación negativa, por ausencia de ánimo de yacimiento.

Esta condición trae como consecuencia un retardamiento considerable de la órbita comisiva, que abarca una variadísima gama de modalidades sexuales imposibles de precisar por casuística.

Para que eso suceda, y la metamorfosis se opere, es imprescindible la concurrencia de los tres supuestos del delito de estupro, en los que la efectividad o el valor del consentimiento se anula.

⁴ Albeño Ovando, Gladis Yolanda. **Derecho penal**. Pág. 70.

Otra extensión que la actual figura delictiva supone es la referente a las personas. En la violación, por la exigencia del requisito del yacimiento no pueden ser protagonistas del acto más que la mujer, como sujeto pasivo, y el varón como activo principal, aunque sean dables participaciones femeninas a título de autoría moral, complicidad o encubrimiento.

En el abuso deshonesto es totalmente indiferente la condición del género de ambos sujetos. Es más, cuando la homosexualidad exista, la clasificación de abusos deshonestos será la única posible siempre sobre la base de la coacción.

La existencia de un sujeto pasivo concreto es, en todo caso, necesario, no sólo para cubrir las exigencias formales del delito, sino para determinar la diferencia entre éste y el de escándalo público en el que la ofensa no suele ser dirigida contra persona determinada. Por lo mismo, será necesario un contacto efectivo cuya cuantía deshonesto es objeto de discusión en la doctrina científica y jurisprudencial.

Los elementos de este delito son los siguientes:

- a) Un acto de ofensa al pudor de una persona realizado sin ánimo de acceso carnal.
- b) El abuso deshonesto ha de estar integrado por un acto o actos impúdicos ofensivos para el pudor ajeno, con exclusión del yacimiento. Puede consistir en un contacto con el cuerpo aunque no se halle desnudo, de la víctima, o en

obligar a inducir a ésta a realizar actos impúdicos sobre la persona del culpable o en actos que no presupongan contacto con el cuerpo de la víctima.

- c) El elemento esencial de este delito que en él concurra cualquiera de las circunstancias expresadas en la violación, la agravación de la pena y la violación calificada, es decir que se use fuerza o intimidación, que la víctima por cualquier causa, se halle privada de razón o de sentido o que sea menor de doce años.

Por consiguiente hay abuso deshonesto cuando se realice mediante el empleo de fuerza física, de violencia moral o sobre persona alienada, dormida, en estado de sonambulismo natural, hipnotizada, anestesiada, embriagada o víctima en todas las situaciones que se han examinado al hablar de la violación.

Asimismo cuando se realice sobre menores de doce años, en cuyo caso el delito existe aun cuando no concurra violencia ni intimidación, ni la víctima se hallare privada de razón, ni de sentido, esto es, aún cuando se realizare con su consentimiento.

- d) Voluntad criminal: al tratar el elemento subjetivo, se ha debatido si para la existencia del abuso deshonesto basta la voluntad de ejecutar el acto deshonesto o si, por el contrario es necesario además la concurrencia del móvil.

El delito de abusos deshonestos reviste los mismos caracteres externos que la tentativa de violación por lo cual ambos hechos pueden ser objeto de confusión.

Sin embargo, existe un criterio seguro para su diferencia, la tentativa de violación presenta como elemento especial el propósito de yacer, mientras que en el delito de abusos deshonestos no concurre semejante propósito.

Por tanto, cuando se pruebe la ausencia del ánimo de yacer existirá un delito de abusos deshonestos.

Este delito se consuma cuando se da la concurrencia de cualquiera de las circunstancias cuando se realiza un acto atentatorio contra el honor.

"La realización de diversos actos lascivos con la misma persona en diversos momentos constituyen diversos delitos de abusos deshonestos, si se realizan sobre distintas personas habrá tantos delitos como sujetos pasivos". 5

Puede concurrir con otros delitos, especialmente con el de lesiones producidas por la violencia del atentado o con el penado en caso de contagio de enfermedades sexuales.

1.4. El rapto

Es su acepción común, es la sustracción o retención con violencia o por engaño de una mujer con fines sexuales.

⁵ Herrarte, Alberto. **Derecho penal**. Pág. 75.

Legalmente existen dos modalidades:

- a) El rapto de una mujer contra su voluntad.
- b) El rapto de una menor con su consentimiento, con propósitos sexuales, de matrimonio o concubinato.

El rapto impropio está constituido por el rapto de una mujer, ejecutado contra su voluntad y con propósitos sexuales.

El sujeto activo de este delito puede ser cualquiera. Sujeto pasivo ha de ser una mujer mayor o menor de edad, no es menester que sea doncella ni siquiera de vida honesta y buenas costumbres.

Los elementos de este delito son:

- a) La sustracción de una mujer del lugar donde se encuentra llevándola a otro, en el que su libertad sexual se halle desprovista de protección.

Es indiferente la duración de la privación de la libertad de la raptada. El delito existe aún cuando no se intente el yacimiento ni abuso deshonesto alguno.

- b) Ha de ser efectuada sin voluntad de la ofendida, por tanto, mediante violencia, amenaza, engaño o meramente sin su voluntad como en el caso de la mujer privada de razón o de sentido.

- c) Debe ejecutarse con propósitos sexuales que comprenden no sólo el propósito de yacer, sino el de ejecutar cualquier género de actos.

No es necesario que estas miras sean propias, personales del ejecutor del rapto, pueden ser de éste o de otro por cuenta del cual obre el ejecutor material. La concurrencia de otro móvil excluye el delito pudiendo constituir entonces una detención ilegal. El rapto con fin de matrimonio anteriormente no integraba delito. Actualmente este fin, ya no tiene efecto.

Este delito se consuma en el momento en que la sustracción de la mujer tiene lugar, siendo indiferente que la mujer raptada sea o no el objeto de algún atentado contra su honestidad.

El rapto impropio es el rapto de una mujer mayor de doce años y menor de dieciséis realizado con su anuencia, con propósitos sexuales de matrimonio o concubinato.

El sujeto activo de este delito puede ser cualquiera. El sujeto pasivo es una mujer cualquiera, doncella o no, menor de dieciséis y mayor de doce años.

Los elementos de este delito son los siguientes:

- a) La sustracción de una mujer de doce o más años y menor de dieciséis. La sustracción se efectúa mediante el alejamiento de la menor de la patria potestad, de la autoridad tutelar o de la persona de quien legítimamente dependa en cualquier lugar en que se halle, en casa de sus padres o en el que preste sus servicios.
- b) Que tenga lugar con su anuencia pero con propósitos sexuales de matrimonio o concubinato. No es precisa la concurrencia del engaño, éste sólo constituye una agravante específica del delito.
- c) Voluntad delictuosa: que presupone la conciencia de que la mujer es alejada del círculo de sus padres, tutores o encargados y el conocimiento de su edad.

Se exige como elemento de la infracción las miras deshonestas, esta infracción puede concurrir con otros delitos.

El Artículo 184 del Código Penal, establece que en caso de desaparición de la raptada, si los raptadores no probaren el paradero de la víctima o que su muerte o desaparición se debió a causas ajenas al rapto agravarán su penalidad.

1.5. La corrupción de menores

"La corrupción de menores es aquella en la cual se promueve, facilita o favorece la prostitución o corrupción sexual de menores de edad aunque la víctima consienta en participar o en verlos ejecutar".⁶

El sujeto activo, de este delito, puede ser cualquiera, hombre o mujer, pero los actos materiales de ejecución, están catalogados de simple inducción.

El sujeto pasivo, sólo lo pueden ser los menores de edad, conforme las estipulaciones del Código Civil, aun cuando expresen voluntariamente su consentimiento en ejecutar u observar los actos sexuales, no importando el género de la víctima.

Los elementos de este delito son los siguientes:

- a) Promover, facilitar o favorecer la prostitución o corrupción sexual de un menor de edad.
- b) Basta para los efectos de la consumación de este delito, con que una sola vez, se promueva, facilite o favorezca la prostitución o la corrupción de un menor de edad, no siendo necesaria la habitualidad o la reiteración de los actos.

⁶ Bovino, Alberto. **Problemas del derecho penal**. Pág. 80.

- c) La edad de la víctima, comprendida entre doce y dieciocho años de edad, sin importar el género, ya que si fuere menor de doce años, se califica la conducta de corrupción agravada.
- d) La voluntad delictuosa, bastando para el efecto la ejecución de los actos de promoción, facilitación o favorecimiento de la prostitución o la corrupción de menores, es decir se trata de un dolo genérico directo, aunque podría darse el hecho de que el error en la edad de la víctima excluiría el dolo y por ende la responsabilidad criminal en este tipo y se trasladaría al mencionado en el inciso anterior.

El delito se consuma al realizarse los actos materiales descritos, aunque la corrupción o prostitución no llegue a producirse; en caso de ser varios menores los sujetos pasivos, existirán tantos delitos como personas corrompidas o prostituidas en concurso real.

Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.

Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.



"Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas o toda representación de las parte genitales de un niño con fines primordialmente sexuales".⁷

Los delitos cometidos contra menores de edad son deleznable, y dignos del reproche social, toda vez que se está dañando a quienes son el futuro de un país y al cometerse estos delitos se dejan secuelas de daños físicos y lo más preocupante los psicológicos que son difíciles de superar.

⁷ Florián, Eugenio. **Elementos del derecho penal**. Pág. 91.



CAPÍTULO II

2. El delito de violación y el delito de abusos deshonestos violentos

2.1. El delito de violación según la doctrina

"Por violación se entiende el delito de tener relaciones sexuales con otra persona sin su consentimiento empleando violencia en la acción, pudiendo ser la misma violencia física, psicológica, y/o emocional".⁸

El delito de violación de conformidad lo establece la legislación, la jurisprudencia y los distintos tratadistas siempre conlleva los siguientes elementos: el de la cópula con persona de cualquier género, y que ésta se lleve a cabo sin el consentimiento del sujeto pasivo o mediante el uso de la violencia física o moral. Copular significa unirse o juntarse sexualmente, por lo que esa unión tiene que ser más que un sencillo contacto físico. La cópula existe por el mismo hechos de realizarse la introducción, sea ésta normal o anormal, y la materialidad del delito la constituye el acceso carnal, respecto de cualquier género, con violencia o amenazas o abusando en determinadas condiciones o situaciones, y recae sobre el individuo ya sea masculino o femenino, siendo el elemento normativo de la violencia física uno de los núcleos del tipo, e implica el uso de la fuerza corporal materializada en la parte ofendida para conseguir la cópula, la cual puede consistir en golpes o malos tratos.

⁸ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 150.

Se considera la violación como uno de los delitos más graves, sólo por detrás del asesinato, especialmente por el hecho de que, en ocasiones, hay una segunda víctima en las violaciones: el hijo que pueda resultar de tales acciones.

Se verifica contra la voluntad utilizándose para el efecto fuerza o intimidación o bien ambas a la vez.

Un delito sexual es un acto que atenta contra las costumbres sexuales de la sociedad en la que el individuo vive y ofende principalmente porque genera ansiedad entre los miembros de esa sociedad.

Diversos autores a lo largo del tiempo, han enumerado los delitos sexuales de acuerdo con las normas sociales bajo las que se regían y describían a la sodomía como una perversión sexual.

"Para comprender la patología, se deben tener algunos datos acerca de la vida del delincuente; su historia muestra desintegración familiar, falta de supervisión, de afecto y cuidados, rodeados durante la infancia de condiciones muy poco favorables. Estas dan lugar a características dominantes".⁹

⁹ Elias, Neuman. **Prisión abierta**. Pág. 101.

Muestran gran inseguridad, lo que hace que su comportamiento sea tímido, retraído, inhibido, esto genera fallas en la comunicación interpersonal y desconfianza.

Su pensamiento es de tipo obsesivo con contenidos sexuales y tiende a ser ilógico ya que tiene una personalidad inmadura y conflictiva.

Su afectividad posee un grave trastorno que parte de su conflictiva sexual, es dependiente, de baja autoestima y la angustia que proyecta está manifestada por la necesidad de controlar sus impulsos sexuales y no poder hacerlo.

Presenta alteración de la consciencia y niega sus conflictos y comportamiento asociales y agresivos. Por lo general, disminuye su culpa atribuyendo el ataque sexual a su víctima. Su atención y percepción están fuertemente influidas por el contenido sexual de su problemática.

Este comportamiento delictivo está asociado a parafilias, las cuales se caracterizan por impulsos sexuales intensos y recurrentes, fantasías o comportamientos que implican objetos, actividades o situaciones poco habituales.

Estos trastornos producen malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo. La tipificación de las mismas se encuentra determinada por las características del centro de interés parafílico.

Una de ellas es el sadismo sexual, el cual implica actos reales, no simulados, en los que el sufrimiento físico o psicológico que incluyen la humillación.

Algunos individuos con este trastorno se encuentran alterados por sus fantasías sádicas, las cuales evocan durante la actividad sexual, pero sin llevarlas a cabo; en estos casos las fantasías sádicas consisten normalmente en tener un completo control sobre la víctima, que se encuentra aterrorizada por la anticipación del acto sádico.

Otros individuos satisfacen las necesidades sexuales sádicas con una pareja que consiente sufrir el dolor o la humillación. Otro tipo de individuos con sadismo sexual llevan a cabo sus necesidades sexuales con víctimas que no consienten.

Doctrinariamente se ha hecho un estudio claro que permite apreciarlo para comprender jurídicamente su magnitud, pues el daño que causa a la víctima es irreparable tanto moral como físicamente.

Muchos autores ubican a este delito dentro de los delitos contra la honestidad, otros contra la libertad y seguridad sexuales y del pudor. No obstante ello, sus características, elementos y forma de comisión no discrepa entre estos autores.

Dentro de los delitos que atentan contra la moralidad sexual, cabe perfectamente distinguir en primer lugar, los hechos que atacan la libertad sexual, siendo éstos la violación, los abusos deshonestos violentos, el rapto y el estupro.

Desde el punto de vista doctrinario, basado en proyecciones de la Escuela Positiva, la mayoría de Códigos Penales modernos han tipificado en su parte especial los delitos basados en la siguiente clasificación: delitos de acción pública, delitos de acción privada y delitos de acción mixta. Los primeros son aquellos en los cuáles se ejercita en toda su plenitud la potestad punitiva del Estado y cuya investigación, persecución y castigo se verifican de oficio, con la simple denuncia del agraviado o cualquier ciudadano, y con la intervención del Ministerio Público; los de acción privada son aquellos en los cuales la actividad punitiva del Estado se ve limitada a la voluntad del sujeto pasivo del delito, quien es el único que posee la personalidad jurídica suficiente para la investigación, persecución y sanción del delito, personalidad que se hace efectiva dentro del campo procesal, a través de la querrela.

Los delitos de acción mixta son aquellos cuya naturaleza jurídica corresponde a la acción privada, pero el ejercicio procesal es público, bastando con la simple denuncia de la ofendida y/o de su representante legal, para que se inicie el proceso respectivo, sin que sea necesario formalizar acusación e incluso es factible seguirlos de oficio sin su



intervención, éste es el caso de los delitos de violación, estupro, abusos deshonestos y raptos, ya que los demás regulados bajo éste título, como la corrupción de menores y los delitos contra el pudor, como el proxenetismo, rufianería, trata de personas o exhibiciones obscenas se tipifican en la categoría de públicos.

2.2. Regulación legal de la violación

Se encuentra regulado en los artículos 173, 174 y 175 del Código Penal.

El contenido de dichas normas es el siguiente:

El Artículo 173 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa: "Violación. Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas u obligue a otra persona a introducirse a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años.

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

La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos".

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala señala en el Artículo 173 Bis. que: "Agresión sexual. Quien con violencia física o psicológica,

realice actos con fines sexuales o eróticos a otra persona, al agresor a si misma, siempre que no constituya delito de violación, será sancionado con prisión de cinco a ocho años.

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

La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos".

El Artículo 174 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Agravación de la pena. La pena a imponer por los delitos enunciados en los artículos anteriores, se aumentará en dos terceras partes en los siguientes casos:

- 1) Cuando la conducta se cometa por la acción conjunta de dos o más personas.
- 2) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por ser adulto mayor, padecer de enfermedad, estar en situación de discapacidad física o mental, o por encontrarse privada de libertad.
- 3) Cuando el autor actúe con uso de armas o de sustancias alcohólicas, narcóticas o estupefacientes o de otros instrumentos o sustancias que lesionen gravemente la salud de la persona ofendida o alteren su capacidad volitiva.
- 4) Cuando se cometa en contra de una mujer en estado de embarazo o cuando se produzca dicho estado como consecuencia del delito.

- 5) Cuando el autor fuere pariente de la víctima, o responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela, o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima o de uno de sus parientes dentro de los grados de Ley.
- 6) Cuando a consecuencia de la conducta el autor produjere contagio de cualquier enfermedad de transmisión sexual a la víctima.
- 7) Cuando el autor fuere un funcionario o empleado público o un profesional en el ejercicio de sus funciones".

2.3. El delito de abusos deshonestos violentos según la doctrina

"El delito de abusos deshonestos violentos consiste en la realización de actos libidinosos atentatorios al pudor de otra persona de uno u otro género, con exclusión del yacimiento y concurriendo las circunstancias prescritas en la legislación penal guatemalteca".¹⁰

Estas circunstancias son las que determinan el delito de violación o las que cualifican el estupro simple, y de aquí la división de los abusos deshonestos en violentos y fraudulentos.

Las distintas figuras de este delito son las siguientes:

- a) Abusos deshonestos violentos: la realización de actos libidinosos con otra persona sin propósito de yacimiento siendo el mismo el que se descompone en los siguientes elementos:

¹⁰ Bustos Ramírez, Juan. **Manual del derecho penal**. Pág. 107.

- b) Realización de actos libidinosos: éstos constituyen un atentado al pudor de otra persona, bien sea en cuerpo propio o bien en cuerpo ajeno.
- c) Exclusión del ánimo de yacer: precisamente en la inexistencia de este ánimo se distingue este delito de la tentativa de violación, ya que aquél se caracteriza porque los actos ejecutados no tienden al yacimiento.

No se exige que el acto tenga por objeto procurarse un goce sexual, e igual criterio sostiene la jurisprudencia, para que el atentado contra el pudor resulte del hecho mismo independiente de la intención del culpable que se haya buscado intencionalmente.

La doctrina guatemalteca por su parte, toma en consideración la ausencia del ánimo de yacimiento, integrado con actos impúdicos ofensivos para el pudor ajeno. Este delito presenta una tipificación negativa, por ausencia de ánimo de yacimiento y trae como consecuencia un dilatamiento considerable de la órbita comitiva, que abarca una variadísima gama de modalidades sexuales imposibles de precisar por casuística.

Son elementos de este delito:

- a) Un acto de ofensa al pudor de una persona realizado sin ánimo de acceso carnal: el abuso deshonesto ha de estar integrado por un acto o actos impúdicos ofensivos para el pudor ajeno, con exclusión del yacimiento.

- b) Que se use la fuerza o intimidación: que la víctima por cualquier causa, se halle privada de razón o de sentido o que sea menor de doce años. Por consiguiente hay abuso deshonesto cuando se realice mediante el empleo de la fuerza física, de violencia moral o sobre persona alienada, dormida, en estado de sonambulismo natural, hipnotizada, anestesiada o embriagada.

- c) La voluntad criminal: el delito de abusos deshonestos reviste los mismos caracteres externos que la tentativa de violación, por lo cual ambos hechos pueden ser objeto de confusión.

Se consuma el delito en el momento en que se realiza un acto atentatorio del pudor.

2.4. Análisis comparativo

Como se estableció al exponer ambos delitos en forma separada, ambos constituyen atentados que se producen contra la libertad y seguridad sexuales y el pudor, tomando en consideración de que la mayoría de tales acriminaciones penales, tienen como sujeto pasivo del delito o víctima, a la mujer y/o a menores de edad que por su inexperiencia, falta de capacidad de razonamiento o por necesidad patrimonial caen en terribles vicios de la amoralidad sexual que produce graves consecuencias en la colectividad, por las proyecciones imprevistas en los mismos.

No debe perderse de vista que, la mayoría de los delincuentes que cometen este tipo de atentados, son enfermos mentales, que merecen ser sujetos a un tratamiento especial de curación y/o de aislamiento, ya que en gran parte son incapaces de readaptarse a una vida sexual normal. No basta sólo la imposición de la sanción penal, sino se hace imprescindible la aplicación de medidas curativas de su personalidad delictógena.

2.5. Atenuantes

Las circunstancias atenuantes, se encuentran reguladas en el Artículo 26 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: "Son circunstancias atenuantes:

Inferioridad síquica

- 1º. Las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto.

Exceso de las causas de justificación

- 2º. El exceso de los límites establecidos en las causas de justificación.

Estado emotivo

- 3º. Obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebató u obcecación.

Arrepentimiento eficaz

- 4º. Si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

Reparación del perjuicio

- 5°. Si el delincuente, a criterio del tribunal, ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado antes de dictarse sentencia.

Preterintencionalidad

- 6°. No haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo

Presentación a la autoridad

- 7°. Si, pudiendo el imputado eludir la acción de la justicia por fuga u otro medio idóneo, se ha presentado voluntariamente a la autoridad.

Confesión espontánea

- 8°. La confesión del procesado, si la hubiere prestado en su primera declaración.

Ignorancia

- 9°. La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución.

Dificultad de prever

10. En los delitos culposos, causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever.

Provocación o amenaza

11. Haber precedido inmediatamente, de parte del ofendido, provocación o amenaza en proporción al delito.

Vindicación de ofensas

12. Haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, su concubinario, sus parientes dentro de los grados de ley, sus adoptantes o sus adoptados.

Se entiende por vindicación próxima la que se ejerce consecutivamente a la ofensa, o cuando no ha habido el tiempo necesario para la reflexión.

Inculpabilidad incompleta

13. Las expresadas en el artículo 25 cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos.

Atenuantes por analogía

14. Cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores”.

2.6. Agravantes

Las circunstancias agravantes, se encuentran preceptuadas en el Artículo 27 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Motivos fútiles o abyectos

- 1º. Haber obrado el delincuente por motivos fútiles o abyectos.

Alevosía

- 2º. Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía, cuando se comete el delito empleando medios, modos o formas, que tiendan directa o especialmente a asegurar su ejecución, sin riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido; o cuando éste, por sus condiciones personales o por circunstancias en que se encuentre, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse.

Premeditación

- 3º. Obrar con premeditación conocida.

Hay premeditación conocida, cuando se demuestre que los actos externos realizados revelen que la idea del delito surgió en la mente de su autor, con

anterioridad suficiente a su ejecución, para organizarlo, deliberarlo o planearlo y que, en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, preparó ésta y la ejecutó fría y reflexivamente.

Medios gravemente peligrosos

- 4º. Ejecutar el hecho por medio de explosivos, gases perjudiciales, inundación, incendio, envenenamiento, narcótico, varamiento de nave, accidente de aviación, avería causada a propósito, descarrilamiento, alteración del orden público o por cualquier otro medio idóneo para ocasionar estragos de carácter general.

Aprovechamiento de calamidad

- 5º. Aprovechar para la ejecución del delito, que ocurra o haya ocurrido un ciclón, terremoto, inundación, naufragio, incendio, descarrilamiento, accidente de tránsito de cualquier clase, explosión, alteración del orden público o cualquier otro estrago o calamidad pública.

Abuso de superioridad

- 6º. Abusar de superioridad física o mental, o emplear medios que debiliten la defensa de la víctima.

Ensañamiento

- 7º. Aumentar, deliberadamente los efectos del delito, causando otros innecesarios para su realización o emplear medios que añadan la ignominia a la acción delictual.

Preparación para la fuga

- 8º. Ejecutar el hecho empleando vehículo o cualquier medio, modo o forma que asegure la fuga del delincuente.

Artificio para realizar el delito

- 9º. Cometer el delito empleando astucia, fraude, disfraz o cualquier otro engaño suficiente para facilitar la ejecución del delito u ocultar la identidad del delincuente.

Cooperación de menores de edad

10. Cometer el delito utilizando la participación o ayuda de persona menor de edad.

Interés lucrativo

11. Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

Abuso de autoridad

12. Prevalerse, el delincuente, de su carácter público o del poder inherente al cargo, oficio, ministerio o profesión, o cometerlo haciendo uso de defunciones que anteriormente, hubiere tenido.

Auxilio de gente armada

13. Ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

Cuadrilla

14. Ejecutar el delito en cuadrilla.

Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres personas armadas.

Nocturnidad y despoblado

15. Ejecutar el delito de noche o en despoblado, ya sea que se elija o se aproveche una u otra circunstancia, según la naturaleza y accidentes del hecho.

Menosprecio de autoridad

16. Ejecutar el delito con ofensa o menosprecio de la autoridad pública o en el lugar en que ésta éste ejerciendo sus funciones.

Embriaguez

17. Embriagarse el delincuente o intoxicarse, deliberadamente para ejecutar el delito.

Menosprecio al ofendido

18. Ejecutar el hecho con desprecio de la edad avanzada o de la niñez, del sexo, de la enfermedad o de la condición de incapacidad física o penuria económica del ofendido, según la naturaleza y accidentes del hecho.

Vinculación con otro delito

19. Ejecutar el delito para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para impedir su descubrimiento.

Menosprecio del lugar

20. Ejecutar el delito en la morada del ofendido, cuando éste no haya provocado el suceso.

Facilidades de prever

21. En los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible.

Uso de medios publicitarios

22. Ejecutar el hecho por medio de la imprenta, grabado, cuadros expuestos al público, cinematógrafo, proyecciones luminosas, radiotelégrafo, teléfono, televisión o cualquier otro medio de alta difusión.

Reincidencia

23. La de ser reincidente el reo.

Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena.



Habitualidad

24. La de ser el reo delincuente habitual.

Se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas.

El delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena”.



CAPÍTULO III

3. Abusos cometidos contra menores de edad en los delitos de violación y abusos deshonestos

En los últimos tiempos se observa en el derecho comparado una reacción a las voces que lamentaban la falta de simetría existente en la actitud del sistema penal ante los niños, dado que por una parte se establecía un derecho penal especial para los menores infractores, pero por otra parte no se había tenido en cuenta la singularidad de los menores cuando éstos aparecían como víctimas de delitos.

3.1. Sistema penal

"El sistema penal fue diseñado de manera que, la tendencia era el olvido o neutralización de la víctima por parte del derecho penal, sin embargo, este nuevo impulso que se observa, hace pensar que los procesos penales, han de empezar a tomar en cuenta los efectos de la victimización secundaria en los delitos sexuales contra menores de edad".¹¹

Uno de los aspectos positivos que regularmente se mencionan en Guatemala es el Código Procesal Penal, que dejó atrás el sistema inquisitivo, y adoptó el sistema acusatorio que responde de mejor forma a la defensa de la persona en conflicto con la ley penal.

¹¹ Puig Peña, Federico. **Derecho penal**. Pág. 114.



Sin despreciar esta verdad, lo cierto es que en los sistemas procesales, al privilegiar la efectiva defensa del imputado, se han olvidado de la víctima y de las consecuencias secundarias que surgen del proceso penal, que han sido diseñadas exclusivamente para garantizar al procesado un juicio justo que permita legitimar al Estado la imposición de la pena en caso que se le halle culpable, relegando a un segundo plano la protección de las víctimas.

Lo anterior, se agrava cuando las víctimas son más vulnerables como en el caso de los menores de edad, para los cuales no se prevé en el Código Procesal Penal un trato diferenciado que permita atenuar los efectos de la victimización secundaria surgida con ocasión del trato directo en el proceso penal, de la víctima menor de edad y el imputado que implica consecuencias como sentimiento de miedo, autocompasión y sentimiento de culpabilidad o de impotencia e incluso efectos potenciales aún más dañinos para el integral desarrollo del menor.

El hecho de tener que afrontar diversas declaraciones en distintos escenarios, de tener que revivir el hecho en cada una de ellas, de tener que enfrentarse de algún modo con el acusado en el acto del juicio oral y, sobre todo, la posibilidad de una absolución del imputado por insuficiencia de la prueba que refuerza el sentimiento de culpabilidad del menor, puede reportar daños psíquicos de una gravedad superior a los derivados de los propios abusos.

Entonces de esta manera el sistema procesal penal guatemalteco, debe adoptar finalidades tuitivas a las víctimas menores de edad de los delitos de violación y de



abusos deshonestos violentos, para una efectiva protección y participación desde el inicio del procedimiento penal, tomando en cuenta la vulnerabilidad y el interés superior de éstos.

En este sentido, el Código Procesal Penal no consigue eliminar éstos efectos, sino los empeora, al no contener posibilidades reales de protección en el proceso penal, a víctimas por estos delitos a menores de edad.

Esta se ha diseñado para brindar servicios de protección con personal de seguridad, sin embargo se requiere una serie de trámites, que lógicamente no se adaptan a las necesidades de atenuar la victimización secundaria en los delitos cometidos contra menores de edad.

Todo lo anterior lleva a resumir el tema de que el tratamiento que se otorga a los menores de edad víctimas, el marco normativo procesal penal guatemalteco, es el primer y más general elemento que debe tenerse en cuenta para analizar el funcionamiento del sistema penal para la protección de los derechos de la niñez en Guatemala.

3.2. Daño físico, moral y psicológico

La niñez sufre secuelas producidas por el maltrato físico de los niños. Los delitos sexuales contra menores son frecuentes, especialmente dentro del ámbito familiar y

dentro de éste, el incesto, o sea la relación entre padre e hija, es el más común. El ofensor suele ser conocido por la víctima o la familia de a víctima.

"El abuso sexual contra niños es mucho más común de lo que se supone; sin embargo, no siempre se producen lesiones o lastimaduras que descubren la relación. Los niños, por vergüenza, por pudor, por sentimiento de culpa, no comunican generalmente la manipulación física de que son objeto".¹²

A veces ni siquiera existe violencia, sino que el infante se ve atraído por promesas de regalos, por engaño, por un erróneo sentimiento de obediencia, puro afecto o curiosidad.

A veces, la ausencia de conciencia del niño en cuanto a la relación sexual hace que éste no perciba la falta como agresión, ni haya sentimientos de culpa; estos se generan después a consecuencia de la intervención de los padres y/o de las autoridades encargadas del caso.

Las secuelas de los abusos sexuales contra menores varían dependiendo de la edad, la forma en que se produjo la agresión y la percepción que la víctima haya tenido sobre el hecho.

Entre las diversas consecuencias físicas que pueden ser ocasionadas por la agresión sexual se pueden citar:

¹² Silva, Jorge Alberto. **Historia del derecho penal**. Pág. 122.

- a) Contagio de enfermedades venéreas.
- b) Lesiones internas que pueden llegar a provocar incapacidad permanente para procrear.
- c) Severos daños a los órganos reproductores.

Las consecuencias psicológicas pueden ser igualmente graves, siendo la víctima puede padecer un temor permanente a sufrir un ataque similar.

La vivencia criminal se actualiza, revive y perpetúa. Este temor a la repetición puede producir ansiedad y depresiones, pudiendo dar lugar a la propia autoculpabilización de responsabilidad y llevar a la víctima a que tenga problemas posteriores para sostener una relación adecuada con personas del género contrario a que pueda mantener una vida sexual satisfactoria.

La estigmatización social que sufre el niño víctima puede además traducirse en aislamiento social, en automarginación y en profundos trastornos interpersonales. Por ello, el abuso sexual a un niño o niña, que además es tratado inadecuadamente por las autoridades del caso, puede causar daños irreparables en su desarrollo posterior.

El término victimización se usa para describir los efectos que produce el delito en la víctima. El término significa el efecto de sufrir un daño, directa o indirectamente por un

delito, la victimización supone los daños que sufre una persona, grupo o sector que es o fue objeto de un delito infracción

Para evaluar en mejor forma los distintos efectos que se generan sobre la víctima como consecuencia de un hecho delictivo, se han establecido grados de victimización, habiéndose definido tres niveles fundamentales:

- a) La victimización primaria: orientada a los daños directos e inmediatos del hecho delictivo.
- b) La victimización secundaria: en donde se analizan los daños causados por la intervención del sistema penal sobre la víctima.
- c) La victimización terciaria: son los daños que la sociedad causa a la víctima.

Es importante destacar los puntos más relevantes del proceso de victimización que sufren los niños y niñas, pues de ello va a depender en gran medida una adecuada política criminal.

La misma, tiene que encargarse de proteger adecuadamente al niño víctima de un delito, y la elaboración de las correspondientes normas legales que realmente respondan al interés superior del niño.



3.3. La Fiscalía de la Mujer y de la Niñez

El Ministerio Público se integra por el Fiscal General de la República, el Consejo del Ministerio Público, los Fiscales de Distrito y Fiscales de Sección, los Agentes Fiscales y los Auxiliares Fiscales, el objetivo de este análisis no lo constituye la institución en sí, sino más bien analizar su organización y funcionamiento para brindar protección a los bienes jurídicos de los niños, conviene entonces centrar la atención en la Fiscalía de Sección que tiene a su cargo esta función.

Las Fiscalías de Sección son las unidades del Ministerio Público a cargo de un Fiscal de Sección, que se encarga de la persecución penal de los delitos que por su trascendencia y complejidad merecen una política de persecución penal a cargo de una unidad especial.

En este sentido, La Ley Orgánica del Ministerio Público estableció originalmente ocho Fiscalías de Sección que a su vez representaban ocho áreas de persecución penal cuya naturaleza e importancia merecían la implementación de una política especial de persecución penal.

Las Fiscalías de sección que originalmente se crearon fueron:

- a) Fiscalía de delitos administrativos.
- b) De delitos económicos.

- c) De delitos contra la narcoactividad.
- d) De delitos contra el ambiente.
- e) De delitos constitucionales, amparos y exhibición personal.
- f) De menores o de la niñez.
- g) De ejecución.
- h) Fiscalía de la mujer.

Estas ocho fiscalías inicialmente constituyeron un número cerrado, toda vez que actualmente existen más fiscalías que han sido creadas conforme la necesidad de organización administrativa para combatir los diferentes delitos a los que debe prestar atención.

"Al hacer un análisis de la competencia de la Sección de la niñez en Guatemala, ésta no se refiere a organizar la persecución penal de quienes afecten bienes jurídicos de la niñez sino más bien, se organiza para ejercer la persecución penal en contra de los niños que transgreden la ley penal".¹³

¹³ Monzón Paz, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco**. Pág. 142.



Desde el punto de vista político criminal, es adecuado que exista una unidad especial que se encargue de intervenir en procesos contra jóvenes infractores de la ley penal, de tal manera que la misma se realice por personas con especial capacitación sobre el tema.

La encargada actualmente de la persecución penal en contra de aquellas personas que cometen delitos contra la libertad y seguridad sexual, es la Fiscalía de la Mujer, la cual mediante el Reglamento de Distribución de casos, aprobado por Instrucción del Fiscal General de fecha 29 de octubre de 1996, se vino a solucionar la situación de esta fiscalía, se corrigió la competencia de la Fiscalía de la mujer indicando literalmente que esta fiscalía conocería aquellos casos que involucran a mujeres y en los que se involucren a una o varias mujeres y estén relacionado con su calidad de mujer.

La Fiscalía de la Mujer, distribuye el desarrollo del trabajo entre los Auxiliares Fiscales y los Agentes Fiscales de una manera más objetiva.

Los Auxiliares Fiscales desarrollan las primera diligencias de proceso hasta el momento en que se dicta un auto de procesamiento en contra del sindicado.

Una vez que existe una persona ligada a proceso penal mediante el auto de procesamiento, la persecución penal continúa siendo ejercida por los Agentes Fiscales.

Esto significa que los Agentes Fiscales desarrollan directamente la dirección de la investigación de los delitos en que hay una persona ligada a proceso penal y no



únicamente en la etapa intermedia o en la etapa del juicio como sucede en todas las unidades del Ministerio Público.

En resumen la Fiscalía de la mujer es la Fiscalía de Sección se encarga de impulsar la persecución penal de los delitos cometidos en contra de mujeres que han sido victimizadas por su condición de mujer, así como de los niños que han sido víctimas de delitos relacionados a su condición de niño y siempre que el procesado no sea un joven menor de edad.

3.4. Relación del acusado del delito de violación y del delito de abusos deshonestos con víctimas menores de edad

Como ya se analizó, en la mayoría de delitos de abuso sexual, es cometido por parientes de la víctima, o bien por personas que habitan en la misma casa donde se encuentra la víctima, por lo que el acceso a ellas es fácil, el sujeto activo, calcula el momento apropiado para acercarse a su víctima, y este regularmente es cuando se encuentra sola, desprotegida, porque sus padres o encargados se encuentran lejos, razón por la que el acceso les resulta inmediato.

En tal virtud, cuando se denuncia un delito de esta naturaleza y se procede en contra del ofensor, específicamente cuando se trata del delito de abusos deshonestos violentos, se le otorga medida sustitutiva que evita que éste vaya a prisión, por lo que su relación cercana a la víctima continúa aún después de cometido el hecho y de que las autoridades han intervenido.



Esto es importante tomarlo en cuenta, ya que, si el ofensor se encuentra libre, es muy probable que amenace a su víctima para que evite declarar en su contra o bien que altere la verdad de los hechos.

Lo que es difícil de detectar ya que se trata de menores de edad. No se descarta también que pueda amenazar e influir en los padres del menor para que desistan de la acción penal que se ha iniciado en su contra, lo que perjudica toda decisión de aclarar el hecho y de que se haga justicia.



CAPÍTULO IV

4. Análisis de la inconveniencia de conceder medidas sustitutivas en el delito de abusos deshonestos violentos

Las medidas sustitutivas son aquellas medidas que el juzgador impone a la persona que está siendo procesada en sustitución de la prisión preventiva, beneficiando así al sujeto activo con su libertad, siempre y cuando sea razonablemente evitado el peligro de fuga y obstaculización para la averiguación de la verdad.

No podrá concederse ninguna medida sustitutiva en los procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por los delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado.

Así como en los delitos comprendidos en el capítulo VII de la Ley de Narcoactividad. Cuando se trate de hechos de tránsito los causantes de ellos deberán quedar en libertad mediante el arresto domiciliario.

Esta medida podrá constituirse mediante acta faccionada por un Notario, Juez de Paz o por el propio Jefe de la Policía que tenga conocimiento del asunto, estos funcionarios serán responsables si demoran innecesariamente el otorgamiento de la medida.



El Juez de Primera Instancia competente, al recibir los antecedentes examinará y determinará la duración de la medida, pudiendo ordenar la sustitución de la misma, por cualesquiera de las contempladas en la ley.

No gozará del arresto domiciliario en hechos de tránsito la persona que en el momento del hecho se encontrare en estado de ebriedad o bajo efecto de drogas o estupefacientes, sin licencia de conducir vigente, no haber prestado ayuda a la víctima, no obstante de haber estado en posibilidad de hacerlo, o haberse puesto en fuga u ocultado para evitar su procesamiento.

Cualquier medida sustitutiva podrá solicitarse en el momento en que es indagado el procesado o en cualquier oportunidad en el procedimiento preparatorio.

El Artículo 264 del Código Procesal Penal contiene la norma referente a las medidas sustitutivas en la siguiente forma: "Sustitución: Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aflicción de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes:

- 1) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quién informará periódicamente al tribunal.
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.

- 4) La prohibición de salir sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante el depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación.

En casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado.



También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto 48-92 del Congreso de la República. Ley contra la Narcoactividad.

Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este Artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado".

En resumen, las medidas sustitutivas pueden ser aplicadas a quienes no obstaculicen la averiguación de la verdad, entre otras condiciones, y siendo que en los delitos de abusos deshonestos violentos el sindicado puede optar al beneficio de las medidas sustitutivas, éste, sí puede obstaculizar la averiguación de la verdad, mediante las amenazas que profiere a la víctima del delito, quienes regularmente son menores de edad, fácilmente disuadibles para que no declaren ante un tribunal.

4.1. Las medidas sustitutivas

Las medidas sustitutivas son las siguientes:

- a) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- b) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quién informará periódicamente al tribunal.

- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
- d) La prohibición de salir sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- e) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- g) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante el depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

4.2. Clases de medidas sustitutivas

"Las medidas sustitutivas son diversas clases, como ya se indicó, unas son de carácter domiciliario, económicas, prendarias, hipotecarias, de fianza pero siempre deben llenarse los requisitos que establece la legislación".¹⁴

¹⁴ Righi, Esteban. **Derecho penal**. Pág. 150.

Las medidas sustitutivas vienen enumeradas en el Artículo 264 del Código Procesal Penal. Al respecto hay que señalar que la lista es tasada, no pudiéndose inventar nuevas medidas.

4.3. Análisis de la normativa contenida en el Código Procesal Penal

La normativa procesal penal busca otorgar un beneficio al acusado con el fin de evitar que éste permanezca en prisión y por ello se señalan los requisitos que deben cumplirse para ello, asimismo, como ya se indicó la enumeración de las medidas sustitutivas es tasada, sólo se pueden aplicar las establecidas en el Artículo mencionado.

La medida sustitutiva es la que más se aplica es la de arresto domiciliario y de caución económica, deducción lógica obtenida del conocimiento público, asimismo, es muy importante que el juez, tome en consideración que al sindicado que se le ha de aplicar la misma y verificar que no presente vestigios de que se pondrá en fuga, siendo así, que no es necesario ligarlo al proceso mediante el auto de prisión preventiva, es por ello precisamente que se denominan sustitutivas, porque sustituyen la prisión.

Cuando se habla de caución económica, al respecto debe atenderse lo estipulado en el Artículo 269 del Código Procesal Penal: "Cauciones. El tribunal, cuando corresponda, fijará el importe y la clase de la caución, decidirá sobre la idoneidad del fiador, según libre apreciación de las circunstancias del caso. A pedido del Tribunal, el fiador justificará su solvencia.



Cuando la caución fuere prestada por otra persona, ella asumirá solidariamente con el imputado la obligación de pagar, sin beneficio de exclusión, la suma que el tribunal haya fiado.

El imputado y el fiador podrán sustituir la caución por otra equivalente, previa autorización del tribunal".

Todas las cauciones económicas que fije el juez, ingresarán a la Tesorería del Organismo Judicial y para tal efecto, existen los formularios correspondientes los cuales son comprobantes para el beneficiado para poder reclamar su devolución cuando se encuentre resuelta su situación jurídica en sentido favorable.

Ahora bien, existe otro aspecto a tomar en cuenta, el cual es la eliminación de la obstaculización para la averiguación de la verdad. Existen delitos en los cuales el sujeto activo, no constituye ningún peligro porque no le interesa obstruir la averiguación de la verdad. Pero esto no sucede en aquellos delitos que mediante la persecución penal, lo van a comprometer a la hora de llegar a juicio oral.

"En el delito de abusos deshonestos violentos, al sindicado no le conviene que tanto los menores de edad como sus padres, presten declaración en su contra, ya que siendo este tipo de delito el que guarda gran semejanza por sus elementos y características con los de violación, éste considera que evitar o entorpecer la presentación de la prueba le beneficia, recurriendo a las amenazas a la familia para que no se presenten a declarar, lo que le es accesible ya que se encuentra en libertad, gozando de medida



sustitutiva, mediante el pago de una caución económica que le ha fijado el juez que controla la investigación".¹⁵

Realmente en este delito, el ofensor, si puede obstaculizar la averiguación de la verdad, es por ello que no debe de gozar de medida sustitutiva, toda vez que la misma norma no está regulando así.

Los delitos en los cuales no puede otorgarse ninguna medida sustitutiva son:

- a) Homicidio doloso.
- b) Asesinato.
- c) Parricidio.
- d) Violación agravada.
- e) Violación calificada.
- f) Violación de menor de doce años de edad.
- g) Plagio o secuestro en todas sus formas.

¹⁵ Trejo Duque, Julio Aníbal. **Aproximación al derecho penal**. Pág. 154.



- h) Sabotaje.
- i) Robo agravado.
- j) Hurto agravado.

La Ley contra la Narcoactividad señala que se concederá la medida sustitutiva en los siguientes delitos:

- a) Tránsito internacional de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
- b) Siembra y cultivo de plantas de las cuales se puedan obtener drogas, fabricación o transformación de drogas.
- c) Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito de drogas.
- d) Posesión de drogas para el consumo.
- e) Promoción y fomento del cultivo y tráfico de drogas.
- f) Facilitación de medios para las actividades anteriores.
- g) Alteración de recetas médicas.

- h) Expendio ilícito de drogas.
- i) Transacciones e inversiones ilícitas.
- j) Asociaciones delictivas.
- k) Procuración de impunidad o evasión.
- l) Promoción o estímulo a la drogadicción.
- m) Encubrimiento real.
- n) Encubrimiento personal.

Como puede apreciarse, la Ley contra la Narcoactividad es bastante severa en cuanto a los delitos contemplados para que sean beneficiados los sindicados con las medidas sustitutivas.

4.4. La inconveniencia de conceder medidas sustitutivas en el delito de abusos deshonestos violentos en Guatemala

Son múltiples las razones por las cuales la violencia contra las mujeres es socialmente aceptada y además, promovida por la sociedad misma. La mayoría de estas razones



son compartidas por casi todas las sociedades contemporáneas; otras son explicadas por acontecimientos históricos específicos de cada sociedad o país.

Para entender la violencia contra las mujeres en Guatemala es necesario tener presente que ésta existe porque la estructura de poder, lideradas por las iglesias y la elite económica han definido las acciones por las cuales debe realizarse y cómo, y han permitido su ejercicio.

Luego, las diferentes expresiones de esa violencia han venido reproduciéndose e innovándose a través de los diferentes tiempos, gobiernos y sociedades y muchas de ellas han sido recogidas y reforzadas por el propio Estado a través de leyes, políticas y prácticas.

En el caso de Guatemala, ha habido momentos de políticas específicas de represión hacia las mujeres, que con el tiempo, se han venido transformando en valores, normas y actitudes de la gente.

Así, mecanismos de represión y subordinación externa, empleados en momentos históricos concretos por el Estado, hoy también son parte de la acusación cotidiana en cualquier situación desigual se ejerce poder o violencia para mantener el status quo.

Eso se vuelve aun más importante cuando, en ciertos períodos, este poder o esta violencia se exagera, como pasó en los procesos de colonización y cristianización y durante el conflicto armado interno en Guatemala.



Al igual que todos los procesos colonizadores conocidos, las mujeres de los vencidos, las mujeres indígenas, sufrieron en Guatemala ultrajes sexuales de parte de los conquistadores y fueron sometidas a esclavitud sexual.

El rapto y la violación de mujeres indígenas de parte de los españoles fue un fenómeno tan recuente y común como el robo de alimentos u otros bienes, y las fuentes históricas presentan un cuadro de suma crueldad por parte de los conquistadores.

Los españoles no se unieron con las mujeres indígenas, no se asociaron maritalmente con ellas, sino que únicamente usaron de ellas, y ello lo ilustra claramente el hecho de que, al ser abolida la esclavitud a través de las leyes nuevas, hubo que legislar prohibiendo claramente el darle muerte a los indígenas y al violar a sus mujeres e hijas.

Posteriormente, se desarrolló lo que ese mismo autor denominó el mestizaje feudal, es decir que bajo el feudalismo colonial se dieron las condiciones generales de presión económica y social, para que el grupo terrateniente pudiera servirse sexualmente de la mujeres indígenas.

Con la independencia de 1821, inicia un historia de casi ciento cincuenta años de regímenes autoritarios o dictatoriales.

Durante toda esa época, hubo once constituciones y en cada una de ellas la posición y los derechos de las mujeres quedaron completamente invisibilizados. En ninguna se definió ni derechos políticos ni derechos civiles para las mujeres.



Fue hasta la proclamación de la Constitución Política de 1945, que, por primera vez, se definió la calidad de ciudadana a la mujer y ésta accedió al derecho de sufragio. Sin embargo, fue hasta la Constitución Política de 1965, que se reconoció ese derecho a la mujer analfabeta.

En esa misma Constitución Política se establece el derecho a la no discriminación y se menciona en forma expresa a los hombres a las mujeres.

En la Constitución Política actual, vigente a partir de 1986, el Artículo 4 establece claramente el derecho a la libertad e igualdad de hombres y mujeres, sin importar su estado civil.

En lo concerniente a la violencia, éste mismo Artículo expresa que ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad.

Este Artículo ha sido fundamental para promover cambios legislativos que reivindiquen los derechos humanos de las mujeres a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la dignidad, a la integridad a la igualdad y a su desarrollo integral.

Los patrones de represión sexual hacia las mujeres llegaron a su máxima expresión durante el conflicto armado interno, cuando violaciones, esclavitud sexual, trabajo sexual forzado, uniones forzadas con miembros del ejército y amputaciones y mutilaciones de órganos sexuales fueron parte de la política contrainsurgente de guerra. A través de esa política, se agredió a las mujeres porque



se opusieron al poder, es decir, cuando fueron guerrilleras, cuando el Estado consideró que apoyaron a la guerrilla, cuando podrían pertenecer a comunidades vistas por el Estado como enemigas, o simplemente porque sus vientres podrían ocultar un posible guerrillero.

Así se justificaba el uso de la violencia externa. Hoy la señala con la que se viola y mata a mujeres demuestra que, para muchos, siguen siendo enemigas a eliminar.

Miles de mujeres víctimas de la violencia sexual en su gran mayoría indígena han afrontado en soledad y en silencio las consecuencias físicas y psicológicas de esta violencia o han sufrido estigmatización social por ser consideradas mujeres violadas, e incluso han sido culpabilizadas por las atrocidades cometidas en su contra.

Posiblemente son algunos autores de la violencia de hoy los mismos que los de la guerra. Las características de los asesinatos, de los victimarios, sus sentimientos de poder y de que la justicia no los va a alcanzar, une a los asesinatos cometidos durante el conflicto interno que se cometen hoy día.

Lógicamente, ello contribuye a crear un clima de impunidad, ya que el mensaje es que este tipo de crímenes no son de importancia para la sociedad ni para el Estado.

Es de importancia el estudio de la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado en Guatemala, la relación entre el pasado y el presente. La saña y crueldad con la que se viola, tortura y asesina a las mujeres en Guatemala

demuestra que perviven las causas estructurales que han permitido que se dieran estas entre hombres y mujeres, que se manifiestan en la idea solidariamente establecida en la sociedad que las mujeres son seres humanos inferiores a quienes se puede acosar sexualmente, violar y hasta matar. Los contextos de guerra o bien de creciente violencia e inseguridad como el que se vive actualmente en Guatemala, exacerbaban estas condiciones.

La aceptación de parte de muchos sectores ante la creciente violencia se podría explicar por la importancia tan grave problemática pero debe considerarse también que ese contexto histórico hace que gran parte de la sociedad ya tenga inherente en sus valores y su cultura el abuso contra la mujer que ni la cuestiona, ni se extraña por su persistente y presencia.

Hoy en este contexto histórico, prevenir y sancionar la violencia contra la mujer significa luchar contra un proceso de normalización de la violencia contra la mujer que ha sido construido durante más de cinco siglos.

Luchar contra todas las expresiones de esta violencia significa empezar por una revisión crítica de todos los procesos de socialización: desde la designación de papeles en los hogares hasta la división del trabajo tanto en el ámbito público como en el doméstico, estructuras formales e informales de poder, y actuaciones y actitudes.

Es una tarea de todos los ámbitos de una sociedad: desde la familia y las relaciones interpersonales hasta instituciones formales como la escuela, el trabajo, la iglesia y el

sector privado y el público. Es implícito que los gobiernos de estados democráticos tienen la responsabilidad de promover políticas públicas para prevenir prácticas discriminatorias hacia la mujer incluyendo delitos, para defender la equidad de género y para garantizar una efectiva protección contra actos violentos cometidos contra las mujeres por razones de género. Esas políticas públicas deben de dirigir todas las actuaciones de las instituciones del Estado, incluyendo el sector justicia.

En otras palabras, una tipificación penal adecuada de estos hechos de violencia es una correcta persecución penal para investigarlos y sancionarlos, y son acciones indispensables.

Sin embargo, estudios anteriores han demostrado que el sistema de justicia representa más un obstáculo para enfrentar la violencia de género. Sus malas prácticas no son actos negligentes separados, sino debe entenderse que son actuaciones sistemáticas y conscientes, aunque casi siempre informales dirigidas a impedir el acceso a la justicia y a revictimizar.

Como se ha dicho, el sistema de justicia no se aísla ni es ajeno del ordenamiento político y sociocultural cuyos mecanismos están orientados a garantizar la subordinación de la mujer.

Suprimir estas prácticas e ideas es abatir la permisividad y la acepción de los hechos de la violencia contra las mujeres, lo que a su vez significa lograr un cambio de mentalidad que implica una revaloración de la mujer como persona. Este cambio debe traspasar a



las políticas públicas y convertirse en una respuesta efectiva del Estado ante este flagelo.

Las herramientas analíticas, como conceptos, categorías y teorías, son útiles porque permiten ver, o entender, una realidad que anteriormente pasaba inadvertida.

En este sentido, la teoría de género o perspectiva de género se tiene que analizar, ya que hay discusión sobre si se puede hablar ya de una teoría que nació como campo epistemológico como consecuencia de los esfuerzos de movimientos feministas en los años 60 para comprender y explicar la condición de subordinación de las mujeres en las sociedades.

Las diferentes disciplinas científicas tradicionales hasta esos momentos habían sostenido la superioridad del hombre por su supuesta superioridad física; es más, los estudios de cuerpo y género eran reservados a la biología.

Ellas definieron la categoría de género social y en este proceso de búsqueda nació el concepto género que, como categoría, corresponde en lo social al sexo, anatómicamente hablando.

En otras palabras, el género es el sexo socialmente construido. Igualmente, la masculinidad y la feminidad son expectativas sociales y no categorías biológicas de las personas.

La perspectiva de género implica entonces estudiar las desigualdades entre las personas femeninas y masculinas y no la diferencia entre lo femenino y masculino. Esas desigualdades son social, histórica y culturalmente condicionantes, no son biológicas.

Los procesos para subordinar a las mujeres inician desde el nacimiento de cada ser humano a través del proceso de diferenciación entre mujeres y hombres basado en una serie de supuestos, valores, creencias, estereotipos y prácticas impuestas por la ideología dominante y que se concretan en los ideales culturales denominados lo femenino y lo masculino.

Por supuesto, el ideal varían según tiempo y cultura, pero todas las sociedades tienen en común que enseñan conductas, actitudes y expectativas apropiadas para cada sexo.

Este proceso de aprendizaje se ha llamado socialización de género. Y es precisamente este proceso el que, en la mayoría de las sociedades, cumple la función de control social y dominación de la mujer.

La categoría de género no es binaria, ya que se trata de seres sexuados construidos socialmente; atributos como tiempo, edad, situación económica, diferencias culturales, crean una gran diversidad en cuanto a las relaciones entre lo masculino y femenino, y en el caso específico de Guatemala como sociedad integrada por múltiples etnias y con una de las brechas entre ricos y pobres de las más grandes del mundo, los géneros se construyen de manera distinta en cada uno de estos subgrupos.



Así, la perspectiva de género es una herramienta académica, y política, para hacer visible como actúan los modelos sexuales y como se producen, instalan y renuevan las jerarquías de género.

Es una lente que permite ver en diferentes fenómenos sociales, mediante que acciones, conocimientos, simbolizaciones y valores, un grupo determinado de personas e instituciones realiza prácticas de subordinación, discriminación y exclusión.

Si el proceso de socialización de género significa aprender a vivir subordinados o en la opresión, ese ya es un proceso represivo. Asimismo lo es aprender a vivir en una sociedad que se basa en la desigualdad, apoyado por diferentes soportes ideológicos, religiosos, sociales, políticos, económicos y legales.

El concepto de violencia de género tiene su origen en este análisis sobre la sistemática dominación que los hombres han ejercido históricamente hacia las mujeres y que ha sido sostenido hasta las culturas contemporáneas. La violencia de género puede ser un instrumento de control social para mantener y reforzar la dominación sobre las mujeres.

Si el proceso de socialización de género significa aprender a vivir subordinados o en la opresión, ese ya es un proceso represivo.

Asimismo lo es aprender a vivir en una sociedad que se basa en la desigualdad, apoyado por diferentes soportes ideológicos, religiosos, sociales, políticos, económicos y legales. El concepto de violencia de género tiene su origen en este análisis sobre la



sistemática dominación que los hombres han ejercido históricamente hacia las mujeres y que han sido sostenidos hasta las culturas contemporáneas. La violencia de género puede ser un instrumento de control social para mantener y reforzar la dominación sobre las mujeres.

Gracias a muchos años de lucha e insistencia de que esta violencia no es un asunto de dominio privado se logró, en los años 90, la incorporación de mecanismos de protección contra esta problemática a instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Una violencia estructural que se dirige hacia las mujeres con el objeto de mantener o incrementar su subordinación al género masculino hegemónica, es una violencia que se expresa a través de conductas y actitudes basadas en un sistema de creencias sexista y heterocentrista, que tienden a acentuar las diferencias apoyadas en los estereotipos de género, conservando las estructuras de dominio que se derivan de ellos.

La violencia de género adopta formas muy variadas, tanto en el ámbito de lo público, como en los contextos privados.

La ley adjetiva penal en Guatemala, contenida específicamente en el Artículo 264 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa: "Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra

medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes:

- 1) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o la que el tribunal disponga.
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
- 4) La prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante deposito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación.



En casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado.

También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República, Ley contra la Narcoactividad.

Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. en caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado.

En procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero, no podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas a las que se refiere este artículo, excepto la de prestación de caución económica, siempre y cuando la misma no sea inferior al cien por ciento (100%) de los tributos referidos o defraudados, así como los recargos, multas e intereses resarcitorios, que a petición del Juez determine la administración tributaria".

"Las medidas sustitutivas o medidas alternativas, son los medios jurídicos procesales, de los que dispone el órgano jurisdiccional para la aplicación del principio de excepcionalidad en el proceso penal, limitando para el efecto todo tipo de medida



coercitiva que restrinja la libertad del sindicato, haciendo patente los derechos y garantías constitucionales del imputado".¹⁶

Consisten en alternativas que ofrece el Código Procesal Penal a la prisión preventiva, en aquellos casos en los que los fines de la misma pueden lograrse mediante otras vías menos gravosas para el sindicato.

Es una forma de aplicación de una medida alternativa a la prisión preventiva, para que los imputados de ilícitos penales no se encuentren en prisión antes de que se les dicte sentencia condenatoria o absolutoria en su contra.

Consecuentemente, las medidas sustitutivas son alternativas que ofrece la legislación procesal penal a la prisión preventiva en aquellos casos en los que los fines de la misma se pueden alcanzar por otros medios gravosos para el sindicato.

Las condiciones para la aplicación de una medida sustitutiva son la existencia del hecho punible y los indicios de responsabilidad penal del imputado por una parte y el peligro de fuga o de obstaculización a la investigación.

Se ha tomado en cuenta por parte del legislador la gravedad de estos delitos y la posible obstaculización de la averiguación de la verdad.

Las medidas de seguridad en derecho penal, son aquellas sanciones complementarias



o sustitutivas de las penas, que el juez puede imponer con efectos preventivos a aquél sujeto que comete un injusto hecho típico; pero, que de conformidad con la teoría del delito, al ser inimputable no puede ser culpado por un defecto en su culpabilidad.

Esta persona es susceptible de recibir una medida de seguridad para evitar nuevos injustos. Sin embargo, existen sistemas penales en los que también se aplican medidas de seguridad a personas imputables.

Las medidas de seguridad atienden a la peligrosidad del sujeto, exteriorizada la misma mediante un ilícito penal, y son medidas de prevención especial que tienen que ser determinadas por peritos, tomando como fundamento los antecedentes que tenga el inculpado, y su finalidad consiste en prevenir las futuras afectaciones.

El delito de abusos deshonestos violentos contiene en su tipificación todas las características similares a estos delitos, se debe anotar que en dicho delito debe encontrarse la violación agravada, la violación calificada y la violación de menores de doce años de edad.

El hecho de decretar la prisión preventiva en contra de alguien no es violentar la presunción de inocencia, pues su eventual condena sólo podrá derivarse de una sentencia.



Con ello no se viola el derecho al debido proceso, ni se emite un juicio de condena previa, teniendo el imputado en todas las etapas, potestad de probanza y recursos dentro del mismo.

Doctrinariamente, ha quedado establecido que este delito tiene mucho en su comisión que lo asemeja al delito de violación, la específica diferencia que los separa, es el ánimo de yacer, cosa que no se presenta en el delito de abusos deshonestos violentos, pero, las secuelas físicas y psicológicas sobre todo de ambos delitos son incalculables e insuperables por las víctimas de estos delitos.

Provocando el rechazo social, por lo que habiéndose analizado la forma en que se comete, y los daños físicos y psicológicos que genera, este debe incluirse dentro de las prohibiciones para conceder las medidas sustitutivas contempladas en el Artículo 264 del Código Procesal Penal.

Legalmente, la propia norma contenida en el citado Artículo, sobre la sustitución de la prisión preventiva por medidas más beneficiosas para el sindicado, indica claramente, que se concederán las mismas, cuando no exista obstaculización para la averiguación de la verdad.

Y siendo que es obvio que si el sindicado de este delito goza de una medida sustitutiva es lógico deducir que estará constantemente vigilando a su víctima y si es posible obstaculizando la averiguación de la verdad real e histórica del hecho por el que es juzgado, en tal sentido, puede resumirse este sentir, al considerar que tanto doctrinaria



como legalmente debe ser incluido como un delito por el cual no se debe conceder medidas sustitutiva lográndose con ello el alejamiento del ofensor de su víctima para tranquilidad del menor ofendido y de su familia y para lograr que se haga justicia, no obstante que resulta nociva e inevitable para el menor su participación como testigo dentro del juicio penal.

El derecho penal es constitutivo de la máxima expresión del poder sancionatorio del Estado, que se dirige a la protección de los bienes jurídicos y a la preservación de un orden social justo, cuya aplicación, que atiende al carácter de ultima ratio, en atención a la necesidad de privilegiar la libertad personal, la dignidad humana y demás derechos e intereses fundamentales reconocidos por el derecho internacional como inherentes a todas las personas.

De esa forma, no obstante que las sociedades acuden como medio de control social a la imposición de penas, previa definición legal con observancia de las garantías procesales pertinentes.

Siendo la doctrina un conjunto de opiniones de diversos autores sobre una materia determinada o la enseñanza que se da para la instrucción de algo, es necesario advertir que el ánimo es dar a conocer los propósitos esenciales que proporcionan la formulación de la concepción que de los delitos contra la libertad y seguridad sexual se han expuesto, basta con revisar las exposiciones doctrinarias respecto a esta clase de delitos para comprender la magnitud del daño que causan a la víctima, es por ello que se encuentra en las doctrinas expuestas base fundamental de consideraciones y



elementos propios para determinar que al penarlos con prisión, viene a ser un pequeño paliativo para castigar el daño causado, toda vez que las secuelas del daño tanto moral como físico perduran a lo largo de la existencia de la víctima, cuando es sometida a tratamiento psicológico y más aún psiquiátrico.

El Código Procesal Penal debe incluir dentro de los delitos a los cuales existe prohibición para concederles el beneficio de la medida sustitutiva el delito de abusos deshonestos violentos.

Por las razones expuestas, se reafirma que sí existe obstaculización en la averiguación de la verdad, pues el sindicado si goza de libertad, tiene acceso a la víctima que siempre es menor de edad y susceptible de que se le infunda miedo a enfrentarse al ofensor.

Por lo que al prohibirse este beneficio se estará coadyuvando a que en una forma legal, la víctima se sienta segura de convivir con su familia, sin el temor a ser asechada nuevamente, pudiendo así colaborar en mejor forma en la aplicación de la justicia.

Es de importancia la reforma al Artículo 264 citado, al considerar lo dañino que resulta para la víctima de estos delitos la cercanía de su ofensor, siendo prudente alejarlo mientras se ventila el juicio a través de la prisión preventiva, toda vez que no se le está impidiendo al sindicado, el debido proceso ni mucho menos de su presunción de inocencia, simplemente se está asegurando la tranquilidad del menor de edad víctima, quién se hace merecedor de toda la protección posible este tipo de procesos.



Es innegable la importancia de reformar el Artículo 264 del Código Procesal Penal, para incluir dentro de los delitos en los cuales no procede otorgar dicha medida sustitutiva por la magnitud del daño que ha causado a su víctima.

Es fundamental el presente trabajo de tesis, debido a que con el mismo se muestra a estudiantes, profesionales del derecho y ciudadanía en general la inconveniencia de conceder el beneficio de la medida sustitutiva en el delito de abusos deshonestos violentos.



CONCLUSIONES

1. Existe desconocimiento en relación a que los delitos contra la libertad y seguridad sexual merecen dentro del catálogo de las acriminaciones penales incorporadas al Código Penal, una excepcional consideración en cuanto a que no sólo son castigados por los actos carnales en sí; sino que también por su ejecución extra-consensual de la víctima en la legislación penal guatemalteca.
2. La existencia de una perfecta coincidencia formal del delito de violación con el de abusos deshonestos violentos presenta una tipificación negativa por ausencia de ánimo de yacimiento, siendo el delito de abusos deshonestos el que reviste los mismos caracteres externos que la tentativa de violación por lo cual ambos hechos pueden ser objeto de confusión.
3. El sistema procesal guatemalteco privilegia la efectiva defensa del imputado y se ha olvidado de la víctima y de las consecuencias secundarias que aparecen del proceso penal guatemalteco y la inconveniencia que se conceda el beneficio de la medida sustitutiva en el delito de abusos deshonestos violentos.



4. La falta de procesos penales que garanticen al procesado un juicio justo que permita la legitimación al Estado en cuanto a la imposición de la pena en caso que se le halle culpable, relega a un segundo plano la protección de las víctimas, para que así se permita el aseguramiento de sanciones a los responsables de la comisión del delito de abusos deshonestos.



RECOMENDACIONES



1. Que el gobierno de Guatemala, se encargue de desarrollar políticas de formación y capacitación adecuada, en las que se puedan compartir experiencias de la Fiscalía de la Mujer de delitos cometidos contra menores de edad, de tal manera que los agentes fiscales sean capacitados sobre técnicas, métodos y forma de trabajo para brindar una atención adecuada al niño víctima.
2. Por medio del Ministerio Público, se tiene que implementar un mecanismo objetivo por parte de la Fiscalía de la Mujer con las Fiscalías Distritales, con la finalidad de que la primera pueda retroalimentar el desempeño de las segundas en cuanto a la persecución penal de los delitos cuya competencia le corresponden, en el departamento de Guatemala, a la Fiscalía de la Mujer.
3. Los jueces deben tomar en cuenta el grado de peligrosidad social del inculpado por el delito de abusos deshonestos, para limitar la concesión de medidas sustitutivas a estos acusados y atender psicológicamente a las víctimas de abusos deshonestos y violentos por las secuelas que se pueden producir en el delito que amerita tratamiento específico.



4. Los fiscales del Ministerio Público, tienen que señalar que dentro del proceso penal no se olvide a la víctima del delito de abusos deshonestos violentos porque ésta se encuentra propensa a nuevos ataques por parte del acusado, por lo que no debe concedérsele el beneficio de las medidas sustitutivas y sancionar a los responsables de la comisión de hechos delictivos en Guatemala.



BIBLIOGRAFÍA

ALBEÑO OVANDO, Gladis Yolanda. **Derecho penal**. Guatemala: Ed. Textos y Letras, 1994.

BARRIENTOS PELLECCER, César. **Derecho procesal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Magna terra editores, 1995.

BOVINO, Alberto. **Problemas del derecho penal contemporáneo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. del puerto, 1998.

BOVINO, Alberto. **Temas de derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Impresión fotograbado, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1976.

CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 2007.

ELIAS, Neuman. **Prisión abierta**. Buenos Aires, Argentina: Ed. De palma, 2003.

FLORIÁN, Eugenio. **Elementos del derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Casa editorial, 1927.

GIMENO SENDRA, Vicente. **Derecho penal**. Madrid, España: Ed. Colex, 1999.

HERRARTE, Alberto. **Derecho penal**. Guatemala: Ed. Centro editorial Vile, 1989.



HURTADO Aguilar, Hernán. **Derecho penal práctico**. Guatemala: Ed. Landívar, 1973.

MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Educacional, 1980.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Nauta, 1959.

REYES CALDERÓN, José Adolfo. **Victimología**, Guatemala: Ed. Educacional, 1997.

RIGHI, Esteban. **Derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi, 1996.

SHLUCHTER, Ellen. **Manual de derecho penal**. Valencia, España: Ed. Valencia, 1999.

SILVA, SILVA, Jorge Alberto. **Historia del derecho penal**. México, D.F.: Ed. Meld, 1990.

TREJO DUQUE, Julio Aníbal. **Aproximación al derecho penal**. Guatemala: Ed. Educacional, 1988.

Legislación:

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

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

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

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



**Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer. Decreto
9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, 2009.**