

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



**LA RETRACTABILIDAD DE LAS NIÑAS
EN DELITOS DE VIOLACIÓN; ASPECTOS
QUE DEBIERA TOMARSE EN CUENTA EN LA
MOTIVACIÓN DE ESTA CLASE DE SENTENCIAS**

LICENCIADA

TRINIDAD PAULA CEBALLOS SALGUERO

GUATEMALA, MAYO DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**LA RETRACTABILIDAD DE LAS NIÑAS EN DELITOS DE VIOLACIÓN; ASPECTOS
QUE DEBIERA TOMARSE EN CUENTA EN LA MOTIVACIÓN DE ESTA CLASE
DE SENTENCIAS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

TRINIDAD PAULA CEBALLOS SALGUERO

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

**MAESTRA EN DERECHO PENAL
(Magíster Scientiae)**

Guatemala, mayo de 2016



**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. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
DIRECTOR: Mtro. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: Mtro. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTA: Dra. Juana Solis Rosales
VOCAL: MSc. Sonia Doradea Guerra
SECRETARIA: MSc. Vitalina Orellana y Orellana

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 4 de mayo de 2016

Mtro. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

**LA RETRACTABILIDAD DE LAS NIÑAS EN DELITOS DE VIOLACION;
ASPECTOS QUE DEBIERA TOMARSE EN CUENTA EN LA MOTIVACION
DE ESTA CLASE DE SENTENCIAS**

Esta tesis fue presentada por la Licda. Trinidad Paula Ceballos Salguero, de la Maestría en Derecho Penal de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar Aguilar ~~Gladys Tobar Aguilar~~
Revisora Colegiada 1,450
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, dieciséis de mayo del dos mil dieciséis.-----

En vista de que la Licda. Trinidad Paula Ceballos Salguero, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal**, lo cual consta en el acta número 22-2014 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA RETRACTABILIDAD DE LAS NIÑAS EN DELITOS DE VIOLACION; ASPECTOS QUE DEBIERA TOMARSE EN CUENTA EN LA MOTIVACIÓN DE ESTA CLASE DE SENTENCIAS”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





Acto que dedico:

A Dios, Maestro y
Espíritu Santo:

Por ser mi guía para el éxito hoy
alcanzado.

A mi Virgen María:

Quien siempre estuvo en cada momento
del proceso de este trabajo.

A mis padres:

A mi madre, Floridalma Salguero y a mi
Padre Mario Ceballos Boror,
por la vida y el amor que he recibido de
ambos en todo momento.

A mi hijo y a mi esposo:
(QEPD)

Juan Pablo Sánchez Ceballos y
mi querido Armando Sánchez Betancour
quienes en todo momento me brindaron
su amor, comprensión y paciencia.

Al amor de mi vida:

El hombre que me hizo culminar el
presente trabajo con su amor y
entusiasmo muy a su manera
doctor Carlos Ernesto Domínguez
Garavito.

A mis amigos:

Maestro Otto Cecilio Mayen Morales,
doctor César Crisostomo Barrientos
Pellecer (QEPD),
Josephy Teresa Lissette Cacoj Solval
y Antonio Rodrigo Pérez Soto,
por su apoyo.

ÍNDICE



INTRODUCCIÓN:.....	I
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. De los delitos, la victimización de la persona humana y el resarcimiento: .1	
1.1 El renacimiento de la víctima en el proceso penal:.....	1
1.2 Breve enfoque histórico de la víctima:.....	5
1.2.1 El derecho a un recurso efectivo:.....	13
1.2.2 El derecho a ser tratada con respeto y dignidad:.....	14
1.2.3 El derecho a la protección y a la asistencia:.....	14
1.2.4 El derecho a la reparación:.....	15
1.3 La víctima en el sistema penal:.....	17
1.4 La reparación del daño en el marco del Derecho penal:.....	30
1.5 El Derecho victimal:.....	40
1.6 La posición de la víctima en el derecho penal y el proceso. Diferencias sustanciales entre la victimodogmática y la victimología:.....	45
1.6.1 La victimodogmática y la victimología:.....	45
1.6.2 La víctima desde la perspectiva psicológica:.....	51



CAPÍTULO II

2. El abuso sexual con acceso carnal (violación) y las consecuencias victimales. Enfoque dogmático-doctrinario general:	57
2.1 Antecedentes históricos:.....	58
2.2 El bien jurídico protegido:.....	59
2.3 El tipo penal de violación:.....	61
2.3.1 Tipo objetivo:.....	62
2.3.2 Tipo subjetivo:.....	70
2.4 Problemas referidos al error:.....	72
2.5 Consumación y tentativa:.....	75
2.6 Concurso con otros delitos:.....	79
2.7 Acción penal:.....	82
2.8 De las características de la indemnidad de las víctimas vulnerables al abuso y a la violación:.....	83
2.8.1 Víctima sin consentimiento libre:.....	83
2.8.2 Víctima privada de razón:.....	84
2.8.3 Víctima privada de sentido:.....	86
2.8.4 Víctima imposibilitada de resistir el acto:.....	88
2.9 Consentimiento y exclusión de tipicidad:.....	89
2.10 Víctima menor de 13 años abusada sexualmente:.....	90
2.10.1 La resistencia:.....	93



CAPÍTULO III

3. La victimización de la niñez por el delito de violación y las consecuencias criminológicas:	99
3.1 Agresores sexuales, tipos de abusos y víctimas de riesgo:.....	104
3.2 Detección del abuso sexual y las secuelas emocionales en las víctimas:.....	106
3.2.1 Detección del abuso sexual:.....	106
3.2.2 Secuelas emocionales en las víctimas de abuso sexual:.....	109
3.3 Factores mediadores del abuso sexual infantil:.....	114
3.4 Los niños y niñas victimizados sexualmente en los debates orales. Enfoque en la victimización secundaria:.....	117
3.5 Las madres de hijos e hijas abusados sexualmente:.....	122
3.6 Cuestiones a considerar para el trabajo de ayuda a las madres de niños o niñas abusados sexualmente:.....	128



CAPÍTULO IV

4. La responsabilidad del Estado ante la niñez y adolescencia víctimas de abuso sexual: Las situaciones de alto riesgo que favorecen la victimización de menores y que el Estado debe tomar en cuenta:	133
4.1 Situaciones de alto riesgo que favorecen la victimización de la niñez y la adolescencias:.....	133
4.2 Legislación nacional para la protección de la niñez y la adolescencia:.....	145
4.2.1 La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia –LEYPINA- de Guatemala. La doctrina que la inspira:.....	145
4.3 Instrumentos internacionales de protección a la niñez y adolescencia:.....	150
4.3.1 Declaración Internacional de los Derechos Humanos:.....	150
4.3.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:.....	151
4.3.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:.....	152
4.3.4 Convención Americana De Los Derechos Humanos: Pacto De San José, Costa Rica:.....	152
4.4 Instrumentos Internacionales específicos:.....	153
4.4.1 Convenio sobre los Derechos del Niño:.....	153
4.4.2 Instrumentos Internacionales de Derecho Blando:.....	155
4.4.3 Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (Asamblea General De Naciones Unidas –Resolución 48/96) 20 de Diciembre 1993:.....	155
4.4.4 Programa Mundial de Acción para la Juventud para el Año 2000 y más allá del año 2000 (Resolución 1995/64 Del Consejo Económico y Social):.....	155
4.5 Conferencias:.....	156



4.5.1 Conferencia Mundial Sobre Derechos Humanos:.....	157
4.5.2 Conferencia del Cairo sobre la Población y Desarrollo:.....	157
4.5.3 La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social:.....	160
4.6 Principio exclusivo que rige a la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia:.....	161
4.6.1 Interés superior del niño:.....	161
4.7 Situación de las víctimas menores que las hace más vulnerables y de alto riesgo para sufrir de abuso sexual:.....	162
4.8 La resiliencia en niños y niñas víctimas de abuso sexual y la importancia del entorno familiar:.....	167



CAPÍTULO V

5. La retractabilidad de las niñas menores de 14 años que han sido víctimas del delito de violación: Aspectos y factores a tomar en cuenta en la motivación de la sentencia:	173
5.1 La retractabilidad de la víctima y la incidencia en los resultados procesales:.....	173
5.2 Variables que influyen en la retractación o retractabilidad de las niñas víctimas de abuso sexual:.....	179
5.3 Factores de incidencia en las motivaciones de las sentencias penales cuando se da la retractabilidad por parte de la niña víctima del delito de violación:.....	183
5.3.1 Factor I: Definición de prueba, comprensión de elemento, objeto, medio y órgano de prueba y prueba mínimamente suficiente:.....	185
5.3.2 Factor II: Indicio. Medios de prueba indiciaria:.....	205
5.3.3 Factor III. La valoración de la declaración de la niña agraviada que se retracta durante el proceso: análisis de Síndrome del Acomodo y de las razones de tipo económico:.....	210
5.3.4 Factor IV. Posibles soluciones para ser implementadas a partir de la legislación vigente en materia de protección a víctimas de delitos sexuales en función de evitar la retractabilidad en su declaración:.....	220
5.4 De los logros positivos para el proceso penal en la implementación de una red institucional de protección, atención y fortalecimiento dirigida a la recuperación integral de las niñas víctimas de abuso sexual:.....	249



CONCLUSIONES:	253
RECOMENDACIONES:	255
BIBLIOGRAFÍA:	257



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación surge de la experiencia acumulada por parte de quien lo presenta, por haber encontrado muchos casos en los cuales las niñas que han sido víctimas de violación, después de haber revelado y denunciado su victimización se han retractado de la misma.

Este fenómeno de retractabilidad llama mucho la atención, pues el éxito o fracaso legal en un caso de esta índole dependen en gran parte de la eficiencia en el acompañamiento que la Procuraduría General de la Nación proporciona a las víctimas. Asimismo, es de tomar en cuenta que otras instituciones a las cuales se les ha delegado la tarea del tratamiento para estas pequeñas víctimas así como un presupuesto específico, no les den el soporte necesario para que se sientan seguras de sostener su acusación contra el agresor, durante el proceso penal.

Este trabajo responde a la prioridad de que el Estado sea parte activa en la provisión de la certeza jurídica-social que necesitan estas víctimas para no tener que renunciar a su derecho de denunciar su sufrimiento, por temor a perder el sustento económico familiar, si su agresor ha sido el padre o, si por vergüenza de la propia familia la obligan a ocultar que ha sido abusada sexualmente, en el mismo seno familiar.

El planteamiento del problema que mecaniza la presente investigación deviene de la pregunta: ¿Qué factores inciden en que se produzca la retractabilidad en la denuncia por violación presentada por una niña menor que ha sido víctima de este delito?



Derivado de este cuestionamiento, se planteó la siguiente hipótesis: La retractabilidad en la denuncia hecha por una niña menor que ha sido víctima de abuso sexual y violación es producto de la concatenación de una serie de factores económicos y familiares que obligan a la niña víctima a hacerse responsable del bienestar del grupo familiar, a pesar de su victimización, relevando de su responsabilidad tanto a los adultos como al propio Estado, haciendo que la labor de los juzgadores sea más dificultosa para emitir una sentencia condenatoria.

De los objetivos trazados para completar los pilares metodológicos de toda investigación se enuncia, en primera instancia, el objetivo general: Determinar los factores que inciden en que se produzca la retractabilidad en niñas menores que han sido víctimas de abuso sexual y violación y buscar los mecanismos más viables para disminuir este fenómeno.

De los objetivos específicos, se enumeran los siguientes:

Fundamentar doctrinariamente la relación que surge entre los delitos, la victimización de la persona humana y el resarcimiento.

Desarrollar un enfoque dogmático-doctrinario en torno al delito de abuso sexual con acceso carnal y las consecuencias victimales.

Plantear las consecuencias criminológicas que se producen en la victimización de la niñez víctima del delito de abuso sexual y violación.



Establecer la responsabilidad del Estado ante la Niñez y Adolescencia víctimas de abuso sexual, haciendo énfasis en los factores de alto riesgo que inciden en la victimización de menores.

Enfatizar en los aspectos y factores que deben ser tomados en cuenta en la motivación de la sentencia cuando se produce la retractabilidad en su denuncia, por parte de las niñas víctimas de abuso sexual y violación.

Por último, se plantea la metodología utilizada para darle una relación coherente a la presente investigación.

El Método Científico se aplicará en sus tres fases:

- a. Indagadora: A través de los procesos de recolección de información directamente de las fuentes primarias y secundarias.
- b. Demostrativa: Por medio de la comprobación de las variables expuestas, confrontadas con la realidad a través de los procesos de análisis, síntesis, abstracción, comparación, concordancias y diferencias de los elementos teóricos con los empíricos.
- c. Expositiva: Utilizando los procesos de conceptualización y generalización que será expuesto a través del informe final.

El Método Analítico, que consiste en separar el todo en sus partes, para estudiar cada una de ellas por separado, con el fin de descubrir la esencia del fenómeno que se investiga.



Método Sintético: una vez aplicado el método analítico, es necesario aplicar el método sintético, debido a que este enlaza las relaciones abstractas, esenciales, con las relaciones concretas, es decir, construye el tejido teórico uniendo la información obtenida, cuyos vínculos son: la ley, las mediaciones y el fenómeno concreto. El análisis y la síntesis forman una unidad dialéctica, se complementan, son incluyentes el uno con el otro; no se puede pensar en utilizar el uno sin el otro.

El Método Inductivo por medio del cual se asciende lógicamente al entendimiento desde el conocimiento de los fenómenos, hechos o cosas, a la ley o principio que los contiene, es decir, se procede de lo particular a lo general, de lo individual a lo universal, de lo simple a lo complejo. Por medio de este método resulta posible generalizar, partiendo de la observación y la experiencia, de los enlaces observados entre los hechos particulares, hasta llegar a encontrar las relaciones universales, y estas, una vez descubiertas, sirven para explicar los hechos de los cuales se desentrañaron.

Método Deductivo: partiendo de lo universal hacia lo particular, de lo general a lo individual, de lo complejo a lo simple, es decir, empieza el análisis en los campos más amplios dentro de los cuales se encuentra comprendido el problema a investigar, describiendo el mismo y haciendo cada vez más delimitado su campo de acción hasta llegar a lo más específico. Se procede deductivamente cuando se percibe que es necesaria una relación entre los hechos que integran el conjunto de ellos, y de ahí se infiere que dicha relación es general. Este método es el proceso discursivo que, partiendo de generalizaciones de carácter universal, permite obtener inferencias menos generales, más particulares.



Método Jurídico: Es la suma de procedimientos lógicos para la investigación de causas y de los fines del Derecho, para el conocimiento e integración de sus fuentes, para la estructura de sus textos positivos y técnicos y para la enseñanza y difusión del mismo. Las características de la investigación, el conocimiento, interpretación, enseñanza y discusión del Derecho constituyen los pilares fundamentales sobre los cuales se basa este método, para tener una amplia visión sobre el mismo y poder aplicarlo correctamente.



CAPÍTULO I

1. De los delitos, la victimización de la persona humana y el resarcimiento

1.1 El renacimiento de la víctima en el proceso penal

En la actualidad, la víctima de cualquier delito y, sobre todo, de delitos de alto impacto tiene una gran prevalencia dentro del proceso penal. Su relato de los hechos es una de las pruebas más significativas en la valoración, por parte del juez, del conjunto probatorio que apoyará una sentencia condenatoria. En tiempos anteriores, a diferencia del imputado, la víctima era, en el fondo, solamente una figura marginal. Y, como acota Eser: “En contraste con el procedimiento civil, donde ésta juega un papel decisivo como “demandante”, en el procedimiento penal ella ha sido en gran parte desplazada por el Ministerio Público. Por ello, actúa, por regla general, sólo como *testigo* del hecho o sus consecuencias.”¹

¹ A. Eser, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales*. Trad. Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba, en J. Maier (com Pág.) et al, *De los Delitos y De las Víctimas*. AD HOC, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1992, Pág. 16



En la reparación de daños a la víctima, previamente se ha tratado en forma exclusiva la participación de ella en, y para, el ejercicio de la persecución penal. Esta, sin embargo, no es con frecuencia el interés real de la víctima del delito: lo que ella quiere, más bien, es una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito. El imponer tales pretensiones resarcitoria es, sin embargo, tradicionalmente misión de un procedimiento civil de reparación; pero éste es, frecuentemente, una vía larga y penosa, e incluso tal vez, en última instancia, hasta infructuosa de acuerdo con el mismo autor: “Ello no sólo porque la víctima se ve constreñida de este modo a un procedimiento civil adicional, junto con el procedimiento penal; también puede no recibir nada si el autor, por su parte, carece de medios, o se ha sustraído por completo a una ejecución.”²

Sin embargo, más allá de las formas participativas de la víctima en el proceso penal, aún quedan pendientes, algunas facultades generales por señalar que también son derecho de esta en todo procedimiento penal, cuando renuncia a asumir el rol de actor privado o querellante adhesivo.

En este ámbito de facultades, pertenecen un particular grupo, conformado por:

- El derecho del ofendido a *examinar las actuaciones* en tanto no se opongan a ello intereses preponderantes dignos de atención del imputado o de un tercero.

²*Idem*, Pág. 28



- El derecho del ofendido a *contar con asistencia jurídica*.
- El derecho del ofendido a *ser informado acerca del resultado del procedimiento*, y,
- Una mayor protección *frente a una exposición pública*, mediante la posibilidad de excluir al público durante la declaración testimonial del ofendido (una mejora considerable, sobre todo para los casos de delitos sexuales).³

Toda esta serie de innovaciones originadas desde instrumentos internacionales⁴ y traspuestas a las legislaciones nacionales, han diseñado no solo los lazos tendientes a la protección de la víctima, sino también a vislumbrar más allá de las fronteras, situaciones que muestran el fortalecimiento de su protección como una coyuntura generalizada, dando la impresión de que se está produciendo un *renacimiento de la víctima*. Está visto pues, que a nivel internacional: “la protección a la víctima en el proceso penal se encuentra frecuentemente vinculada al intento de otorgarle un mayor espacio al resarcimiento del daño ocasionado por el delito.”⁵

³ Weigend (nota 7), Pág. 1172 y ss., citado por Eser, *Ob. Cit.*, Pág. 31

⁴ • La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. • Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Los “Principios de Van Boven/Bassiouni”) • El Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad de las Naciones Unidas (Los “Principios de Joinet/Orentlicher”)

⁵ ESER, *Ob. Cit.*, Pág. 33



La protección de la víctima y la compensación autor-víctima están actualmente en el centro de la discusión político-criminal, en todo el mundo. Durante la euforia de la resocialización, en los años 60s y comienzos de los 70s del siglo pasado: “la atención estaba fijada, exclusivamente, en el autor, mientras que ahora se dirige la mirada a la persona dañada de un modo no menos comprometido. Se anuncia desde entonces, el *redescubrimiento de la víctima del delito*.”⁶ La corriente orientada hacia la víctima habla de la necesidad de mejorar los intereses de protección de esta así lo asevera H. Hirsch: “El punto de partida estaba conformado por la aspiración de que nuevamente se tome en cuenta la necesidad de justicia de la víctima, que había sido desatendida por la política criminal, solamente dirigida a la resocialización del autor.”⁷ Es decir, que se trata del reclamo de que se mejoren las posibilidades de la víctima de obligarla a la realización del proceso penal y, también, de su participación activa en él.

Valga recordar que la agresión de los seres humanos contra integrantes de su misma especie es una constante que ha acompañado a la humanidad, aun desde antes de que la historia comenzara formalmente a registrarse. Con el paso del tiempo, estas agresiones se han incrementado en número y han revestido formas y objetivos adicionales; También, han ido ganando terreno los argumentos que cada parte utiliza para tratar de legitimar sus acciones.

⁶ Ver KAISER, *Kriminologie*. 2ª. ed. Lehrbuch, 1988, pPág. 465 y ss., citado por HIRSCH, Hans Joachim, *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*. Trad. Elena Carranza, en MAIER, Julio (coord.) *et al*, *Ob. Cit.*, Pág. 55

⁷ H. Hirsch, H. Joachim. *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*. Trad. Elena Carranza, en J. Maier (coord.) *et al*, *De los delitos y de las víctimas*. S.R.L. Buenos Aires, 1992, Pág. 56



Independientemente de las justificaciones ideológicas, políticas, históricas y jurídicas que puedan hacerse de los conflictos, se puede identificar, según E. Orduña.

“que siempre ha habido individuos que se han aprovechado de los que de alguna manera –temporal o permanentemente- son más débiles, ocasionándoles menoscabo o aniquilación en algunos o varios bienes.”⁸

El significado etimológico de la palabra “víctima”, denota precisamente el sacrificio de los bienes de un ser (como su patrimonio, su estabilidad emocional, su seguridad jurídica o su integridad física) por causa de un agente externo, ya sea un individuo o un fenómeno de la naturaleza, por eso Orduña agrega: “Este término, sin embargo, también ha sido utilizado en una acepción más amplia, por designar a los individuos que se causan un daño a sí mismos, como los suicidas. La similitud con que diversos idiomas denotan el contenido del término, habla del consenso que hay en torno al elemento “sacrificio”.⁹

1.2 Breve enfoque histórico de la víctima

Las víctimas por delitos han sido tratadas de diferentes formas a través del tiempo; en la prehistoria, cuando la magia era el eje motor de la organización humana,

⁸ E. L. Orduña Trujillo. *Los derechos humanos de las víctimas*. *Revista de Estudios Latinoamérica*, núm. 40, 2005, Pág. 169-172. Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, México.

⁹ *Idem*, Pág. 170



correspondía a la divinidad aplicar las penas, puesto que el daño causado a la víctima era la violación a un tabú impuesto por los dioses, para Eva Orduña: “la afrenta era contra éstos, quienes tenían la autoridad y la responsabilidad de actuar contra el agresor. Así, el papel de la víctima (como de cualquier ser humano) se encontraba supeditado a las decisiones y acciones de la deidad.”¹⁰

Posteriormente, en las etapas más tempranas de la historia, añade la misma fuente: “se recurrió a la venganza privada como medio por el cual las víctimas reaccionaban frente a su agresor de la forma en la que consideraran más conveniente”¹¹ y, por lo tanto, tenían también el poder de brindar perdón. Al no existir parámetros de la forma en que debía responder una persona por un delito, sigue diciendo: “los afectados podían reaccionar según su criterio, su sentido particular de la justicia y, sobre todo, de acuerdo con la capacidad física que tuvieran.”¹²

Esto, por supuesto, propiciaba que la reacción de la víctima pudiera ser desproporcionada para el daño; es decir; “la respuesta se tornaba tanto o más dañina que el delito mismo. La equidad, entonces, fue un elemento generalmente ausente durante la etapa de la venganza privada.”¹³

¹⁰*Loc. Cit.*

¹¹*Idem*, Pág. 171

¹²*Idem*, Pág. 172

¹³*Idem*



Hace referencia Brucet, en torno a la forma en que la equidad fue ganando terreno al afirmar que esto se dio al aparecer en la escena histórica la Ley del Tali3n:

“A trav3s de ella se limitaba el poder de la v3ctima, quien ya no pod3a actuar tan libremente como deseara o pudiera. El esp3ritu de esta ley alud3a b3sicamente a la necesidad de que la pena fuera proporcional al da3o. As3, en el C3digo de Hammurabi, en vigor aproximadamente entre 1728 y 1628 a.C. se establec3a que si un hombre destruye un ojo a otro hombre, se le destruir3 el ojo. Si un hombre rompe un hueso a otro hombre, se le romper3 un hueso a 3l. Si un hombre hace saltar un diente a otro hombre, se le har3 saltar un diente a 3l.”¹⁴

Sin embargo, este conocido precepto no fue tan simple y “proporcional”, ya que para llevarlo a cabo en estricto sentido, se requer3a que el agresor y la v3ctima pertenecieran a la misma clase social. As3, si ambos eran nobles, la medida entre el da3o y la venganza deb3a concordar con exactitud, pero esto ya no se aplicaba igual si la v3ctima pertenec3a a la nobleza. Debe tomarse en cuenta que cada civilizaci3n tuvo disposiciones espec3ficas en la forma de tratar a los delincuentes y de aplicar las penas; aqu3 tan solo se hace alusi3n de caracter3sticas generales con el objetivo de tener una idea global de las distintas etapas.

¹⁴ L. A. Brucet, *El crimen organizado*. Porr3a, M3xico, 2001, P3g. 94



Independientemente de la justicia o injusticia que pueda reconocérsele a la venganza privada, en el aspecto procedimental fue un avance muy importante, debido a que por primera vez se atendía a la necesidad de contar con normas mínimas que permitieran establecer una relación entre daños y castigos, quitando a la víctima el poder ilimitado y discrecional que en el pasado tenía. Además como afirma Drapin:

“En los albores de la civilización humana, la víctima del delito fue siempre el protagonista máximo del drama penal. Las leyes taliónicas y la compensación y la compensación, sea mediante dinero (“wergeld”) u otra clase de bienes, fueron los mecanismos gracias a los cuales el hombre fue progresando lentamente desde el sistema de la venganza privada al de la justicia pública. Progresivamente, a medida que el Estado fue haciéndose cargo de la administración de justicia, el delincuente fue transformándose en el personaje principal de los estrados judiciales, relegando a la víctima un rol subalterno, primero, hasta llegar a ser casi totalmente olvidada después.”¹⁵

“La compensación monetaria para la víctima fue una forma posterior de respuesta ante las agresiones”.¹⁶ La aceptación que tuvo –al grado de ser la base de la reparación del daño que se práctica hasta la presente fecha- se debió principalmente a que le daba al ofendido la oportunidad de obtener un beneficio económico por parte del agresor, a

¹⁵ I. Drapin “*El derecho de las víctimas*”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1964, Pág. 145 y ss. (edición del autor)

¹⁶ E. Neuman. *Victimología, El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Cárdenas editor, México, 1989, Pág. 259.



cambio del perjuicio que en el pasado hubiera tenido que soportar por su conducta delictuosa.

Esta forma de reacción fue compatible con el principio taliónico. En la Ley de las XII Tablas Romanas, se preveía que: “el agresor debía recibir una pena igual al daño que había inferido, pero se daba a la víctima la posibilidad de pactar con éste una forma alternativa de respuesta, que podía consistir en la entrega de una cantidad monetaria.”¹⁷

De esta forma, quedaba regulado que el delincuente debía entregar la cantidad monetaria que la víctima establecía y se evitaba sufrir el mismo tipo de daño que había causado. La discrecionalidad completa que tuvo al principio la víctima para fijar la cantidad que debía recibir del agresor a cambio del perdón, se fue limitando con el paso del tiempo, dando lugar a tablas o guías, y a la intervención posterior de un juez con el poder para decidir los montos por entregar, al respecto Orduña opina: “La situación particular de la víctima fue muy importante en este sentido, ya que para fijar la compensación se tenían que atender aspectos como posición social, edad, relación de parentesco, sexo, etc. Por ello, el monto que debía entregarse por una muerte era mucho mayor si el agredido era un hombre y no una mujer.”¹⁸

¹⁷ *Idem*, Pág. 260.

¹⁸ Orduña T. *Ob. Cit.*, Pág. 172



El poder de la víctima frente a su agresor disminuyó paulatinamente conforme los estados, como figuras políticas, se formaron y consolidaron y, sobre todo, al convertirse en su monopolio la administración de justicia. Igual en la etapa mágica, la afrenta que cometía un individuo contra otro dejaba de ser de su exclusiva incumbencia, Elías Neuman pensaba que: “Lo diferente en este caso era que la agresión no se dirigía contra los dioses, sino contra los intereses de la sociedad, cuya protección era responsabilidad del Estado.”¹⁹ Es así, como el poder de las víctimas se fue diluyendo para fortalecer el del Estado, por medio de las instituciones oficiales encargadas de la persecución de los delitos.

Con el hecho de que la víctima fuera relegada del plano principal, su papel se volvió ambigua, debido a ello, y también a los esfuerzos para humanizar las cruentas penas a los que se veían sometidos los delincuentes, el papel protagónico en la historia del delito pasó a ser de estos últimos.

La filosofía del castigo dejó su lugar a la de la readaptación social, se reflexionó en torno a la calidad de seres humanos de los delincuentes y se exigió el derecho a que se les tratara como tales. El fracaso que se ha tenido en la consecución de este fin no ha sido proporcional a los esfuerzos que se han realizado; a pesar de que actualmente las prisiones y los sistemas de readaptación social en todo el mundo no cumplen con los

¹⁹ Neuman, *Ob. Cit.*, Pág. 260



objetivos para los cuales fueron creados, es necesario reconocer el trabajo efectuado en los diferentes niveles y por los distintos actores.

En el terreno científico, uno de los esfuerzos más fructíferos ha sido el nacimiento y el desarrollo de la “Criminología”, sobre todo por el acierto que ha tenido al ver la necesidad de utilizar distintas ciencias y disciplinas para entender al delincuente integralmente. La “Criminología” también tiene una importancia relevante, porque atiende la situación de las víctimas, a través de la “victimología”.

La falta de atención de que ha sido objeto la víctima, la define Neuman en los siguientes términos:

“No hay más que observar el cuidado y trato que merece el victimario tanto en las obras de dogmática penal como en las de criminología y sus múltiples disciplinas que le convergen. Nada más que abordar la temática de los últimos setenta años en jornadas, congresos, cursos y simposios nacionales e internacionales para advertir que la víctima no interesa.”²⁰

Lo que puntualiza Neuman, no es más que la historia de la propia víctima en la historia humana; en tanto que durante un tiempo su protección contra el agresor se la proporcionaba la ley (la Ley del Talión), posteriormente se le minimiza este poder de

²⁰*Idem*, Pág. 183



acción contra el victimario para evitar la desproporcionalidad del castigo que debería imponerle la víctima. No se buscó un equilibrio entre los hechos del agresor en contra de su víctima y el castigo que debería ser impuesto por ésta; por el contrario, se reguló minimizar lo más posible los derechos de la víctima en favor de los derechos del victimario.

Hay que mantener presente que el delito es producto del orden social porque este ha sido su creador y avanzan conjuntamente. El fenómeno delictivo está constituido por diversos factores tales como la pobreza, el analfabetismo y la migración entre otros; en la génesis de la conducta delictiva existe un sujeto activo y un sujeto pasivo, el último denominado por la legislación y la doctrina, víctima u ofendido. En cuanto al primer sujeto, autores y tratadistas, en general, han realizado innumerables estudios dedicados a este, pero en lo referente a la víctima como tal, ella ha quedado en el olvido dentro de la historia del derecho penal, sobre todo en el procesal penal, creando una desventaja con respecto al presunto responsable.

Respecto a la evolución del acceso de las víctimas a la justicia, uno de los aspectos más relevantes es la serie de derechos que se han ido diseñando con el propósito de darle mayor énfasis a las consecuencias severas que el infractor deja en su víctima.



1.2.1 El derecho a un recurso efectivo

Según el Artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”²¹

En el Artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice: Todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos contienen disposiciones que establecen el derecho a un “recurso efectivo” para víctimas de violaciones a los derechos humanos.²² “El derecho a un recurso efectivo también es reconocido en varios instrumentos sobre derechos específicos”.²³ “Esto incluye el derecho a que se investigue, enjuicie y castigue a los responsables por violaciones a los Derechos Humanos, así como el derecho a la reparación”.²⁴

²¹ Artículo 8 de la Declaración Universal de los DD HH de 1948.

²² Ver artículo 2(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, artículo 7(1) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

²³ Ver por ejemplo el artículo 1 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 9 de diciembre de 1948; los artículos 4 y 12 al 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones; el artículo 6 de la convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965; el artículo 8 y 12 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006;.

²⁴ El Artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ha sido interpretado por la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos, y que el artículo 8 requiere que el juicio sea llevado a cabo de manera que se garantice el derecho procesal de las víctimas.



1.2.2 El derecho a ser tratada con respeto y dignidad

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas, en su principio 4 dispone que “las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad”.²⁵ Los principios de Van Boven/Bassiouni también requieren que “la víctima sea tratada con humanidad y respeto por su dignidad y sus derechos humanos.”²⁶

Según el manual de la ONU sobre justicia para tratar a las víctimas con respeto incluye “mantenerlas informadas respecto a los desarrollos relacionados a la causa que les concierne durante todas las fases de los procedimientos.”²⁷

1.2.3 El derecho a la protección y a la asistencia

“La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas, en sus principios 14 al 17 requiere que los Estados tomen medidas para asegurar la seguridad de las víctimas, sus familias y los testigos que participan en

²⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas, principio 4.

²⁶ Tratamiento de las Víctimas, Principio 10.

²⁷ Ver Manual de la ONU sobre Justicia para las Víctimas, en 35, y Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, Principio 6(a).



su nombre, respecto a actos de intimidación y posibles represalias”. La declaración también contiene disposiciones detalladas sobre la asistencia y apoyo que deben ser brindados a las víctimas antes, durante y después de los procedimientos legales. Entre las medidas de asistencia se incluyen la asistencia material, médica, psicológica y social.²⁸

Los Principios de Van Boven/Bassiouni establecen que han de adoptarse “las medidas apropiadas para garantizar la seguridad, el bienestar físico y psicológico y la intimidad de las víctimas, así como los de sus familias.” Los Estados “deben adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento.” Los Estados también deben “facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia.”

1.2.4 El derecho a la reparación

Tradicionalmente, el otorgar reparaciones a las víctimas no fue tratado como una prioridad en el enjuiciamiento de crímenes, sin embargo, la evolución en los sistemas legales nacionales ha estado acompañada por una evolución paralela en el Derecho



Penal Internacional, que en gran medida se ha visto influenciado por los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁹

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas introdujo la noción del derecho individual a la reparación en el derecho internacional según sus principios 4, 8, al 31. El derecho a la reparación de las víctimas de violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y graves infracciones del derecho humanitario constituye el enfoque principal de los principios de Van Boven/Bassiouni. De acuerdo a estos principios las víctimas tienen el derecho a “una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido” la cual debe ser “proporcional a la gravedad de las violaciones al daño sufrido en el principio 11 de los derechos de las víctimas a la reparación”.

Los principios de Joinet/Orentlicher disponen que “toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor según el principio 31 de Derechos de las víctimas a la reparación.”³⁰

²⁹ C. Bassiouni, “Reconocimiento internacional de los derechos de las víctimas”, en *Terrorismo, víctimas y responsabilidad penal internacional*, SOS Atentados. Calmann-Levy, 2003, Pág. 166 y ss.

³⁰ Principio 31, Derechos y deberes dimanantes de la obligación de reparar.



1.3 La víctima en el sistema penal

Cuando hoy se habla de la *víctima*, en el Derecho Penal, o del *ofendido/a*, en el Derecho Procesal Penal, no solo se tiene la impresión de ser impulsado por una “*nueva ola*” político criminal, sino, además, en palabras de Hirsch: “de que esa corriente de opinión se ha formado en el mundo moderno, recientemente (de allí: “*nueva ola*”), y, más aún, de que se [asiste] a un debate que está comenzando, que de manera alguna se ha agotado.”³¹

Sin embargo, a pesar de que la impresión es correcta, porque se trata del tema de moda de la política criminal, no se puede decir, sin un estudio del desarrollo evolutivo del sistema penal, que la víctima esté por vez primera en un plano sobresaliente de la reflexión penal para Maier quien piensa que: “Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaba la *composición*, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal.”³²

La víctima fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que *expropió* todas sus facultades, en el pensamiento de Maier: “al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento

³¹ Hirsch, Zur Stellung des Verletztenim Straf- und Strafverfahrensrecht, Ed. Carl Heymanns, Berlín-Bonn-Munich, 1989, Pág. 699, citado por MAIER, Julio. “La víctima y el sistema penal”, De los Delitos y De las Víctimas.AD-HOC, Buenos Aires, 1992, Pág. 185

³² J. Maier, *Derecho Procesal Penal argentino*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Pág. 23 y ss.



penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos³³”; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al *statu quo ante*, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido para el mismo autor:

“...aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción –el más intenso- en manos del Estado, que lo utilizaba de oficio, sin necesidad de una queja externa a él; el conflicto se había “estatalizado”: de allí que se hable, pleonásticamente, de una “criminalización del Derecho penal, tal como hoy [se conoce] culturalmente, o mejor aún, del “nacimiento” de la pena.”³⁴

Afirma Maier que: *Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado/a de piedra del sistema penal.*³⁵ Así, la reparación desapareció de ese sistema y quedó solo como objeto de la disputa entre intereses privados, sigue Maier: “el Derecho penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al *statu quo ante* – o a la reparación del daño- entre sus fines y tareas, y el derecho procesal penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad.”³⁶

³³ RIEB, Peter, citado por MAIER, *Derecho Procesal... Ob. Cit.*, Pág. 186

³⁴ J. Maier. *La víctima y el sistema penal*, en Maier, J. (ComPág.) *et al. De los delitos y de las víctimas*. AD-HOC. Buenos Aires, 1992, Pág. 186

³⁵ Se debe advertir –aclara MAIER- que también el imputado fue empujado desde su papel de protagonista al de simple objeto de la investigación penal.

³⁶ Maier, *La víctima y ...Ob. Cit.*, Pág. 187



Se habla por ello, de una “expropiación” de los derechos del ofendido/a, que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar, junto a la forma política del Estado-nación, al erigir a ese Estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza y, con ello, en garante de las condiciones de vida pacífica elementales (paternalismo estatal).

Ni siquiera –afirma Maier: “la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el Derecho Penal, sobre todo la de bienes jurídicos individuales y, aún más, disponibles, con un portador físico, por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima.”³⁷

Y es que, el concepto “bien jurídico”, establecido por la doctrina analítica del Derecho penal, servía a la consecución de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba, y así el Derecho Penal se podía dedicar a su *protección*, “a la protección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia, al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social.” El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado.

³⁷ *Idem*, Pág. 188



Asimismo, manifiesta Maier que,

“Fue el positivismo criminológico el que rescató la cuestión de una manera impropia, cuando, por intermedio de Ferri, incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del Derecho penal; más allá aún, la pena integral comprendía la reparación de los daños y ésta era, como aquélla, perseguida oficialmente, sin consideración al interés de la víctima”.

Esta idea se frustró, al parecer, por ese empecinamiento del positivismo criminológico en socializar al extremo las instituciones, de transformarla en funciones estatales, sin advertir –otra vez- los intereses privados en juego y la justicia de su defensa personal. Añadió Maier: “Sin embargo, como en otras áreas, no fue poco lo que quedó tras de sí, al abandonar el positivismo criminológico la escena del Derecho Penal.”³⁸

Respecto a lo anterior, Maier nuevamente plantea el panorama derivado de la participación del positivismo criminológico en el ordenamiento jurídico argentino. Expresa el autor:

“En nuestro Derecho positivo, no sólo quedó la determinación abstracta de la pena por escalas cuyos mínimos y máximos distan bastante entre sí y las medidas de seguridad, sino también su vocación por ingresar la cuestión civil al procedimiento penal (CP, 29 y ss.) que, aun con malos argumentos, provocó una regulación masiva de la acción civil reparatoria, ejercida en el procedimiento penal, por las leyes procesales locales, o la tolerancia de su ejercicio en esa sede. Pero, además, es claro que el problema del daño

³⁸ Maier, La víctima y... *Ob. Cit.*, Pág. 189



causado y de su reparación, más el conocimiento de la víctima, juega un papel importante para la determinación de la pena concreta (CP, 41), y para la rehabilitación (CP, 20 ter), y, en materia estrictamente procesal, para la admisión del ofendido como querellante (acusador conjunto) en los delitos de acción pública (CPP nacional, 170; ver, también, CP, 72, II).³⁹

Visto desde la perspectiva planteada por el autor, no se trata, entonces, de un problema nuevo, aunque sí de un problema actual; y hasta la escena del debate penal actual, la víctima ha sido traída de la mano de varios factores positivos y de alguno negativo.

Entre los primeros se cuenta la victimología, cuyos cultores han logrado, con o sin razón, constituir una rama científica independiente, y diferentes escuelas que procuran cierta *despenalización*; la solución de casos penales por medio de instrumentos culturalmente no penales (*diversión*) y hasta los mismos *abolicionistas*, autores estos últimos para quienes, sin embargo, no se trata de ingresar la reparación al Derecho penal, sino, antes bien, de desplazarlo completamente, reemplazando a la pena por otras soluciones –entre ellas, la reparación- para el conflicto, mecanismos culturalmente distantes del Derecho Penal, razón por la cual distinguen estrictamente pena de reparación y no desean edificar Derecho Penal alguno sobre esta última opción.” Entre

³⁹*Idem*



los factores negativos todos cuentan el fracaso –en gran medida- de la política resocializadora y la frustración del tratamiento social-terapéutico.⁴⁰

Para Maier

“Conviene advertir, también, acerca de que el papel de la víctima no es un problema específico del Derecho procesal penal, tampoco del Derecho penal material, únicamente. Se trata, antes bien, de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca el Derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el Derecho procesal penal”.⁴¹

Así, la discusión, aunque se encare en algunos casos, principalmente, desde el ángulo de observación del Derecho Penal⁴², y, en otros, bajo el punto de vista del Derecho Procesal Penal⁴³, preferentemente, no puede prescindir de los elementos que aporta la otra rama jurídica.

Es conveniente señalar aquí las diversas formas que adquiere la discusión, según se desarrolle, preferentemente en uno u otro ámbito, e indicar, asimismo, cómo los

⁴⁰ Hirsch, *Ob. Cit.*, Pág. 699 y ss. Aquí el autor observa repetidamente a este movimiento político criminal también unilateral: la *ideología del tratamiento*.

⁴¹ Maier, *La víctima y...* *Ob. Cit.*, Pág. 191

⁴² Roxin, *Ob. Cit.*, pPág. 37 y ss.

⁴³ Albin, *Ob. Cit.*, Pág. 30



problemas que se presentan en uno de estos ámbitos de justicia son reflejados en otro. La discusión principal en el Derecho Penal se vincula con la *reparación integral* del daño sufrido por la víctima, su posibilidad de ser integrada como uno de los fines de la pena, junto a los otros fines reconocidos o dentro de ellos.

Según Maier:

“El tema en el Derecho Procesal penal, es conocido a través de la participación acordada al ofendido/a en el procedimiento penal, o de su posición en él. Se trata, como mínimo, de mejorar su posición cuando informa como testigo del hecho punible que, presuntamente, le tiene como protagonista (víctima), para crearle cierta coraza de protección frente al abuso de los derechos defensivos por parte del imputado y su defensa, “más allá de reconocerle la posibilidad de perseguir en el procedimiento penal oficial, juntamente con el ministerio público o adhiriéndose a su persecución, de admitir la necesidad de conocer y controlar la clausura del procedimiento y el correcto ejercicio de los deberes de persecución penal por parte del ministerio público.”⁴⁴

La víctima ha sido, tal y como se puede apreciar, la gran ausente al momento de la elaboración de las normas penales de fondo y de forma; generalmente todo se hace en función del delincuente o en principio de aquel individuo que es sospechoso de cometer

⁴⁴ Maier, La víctima y... *Ob. Cit.*, Pág. 192



un delito. Ha habido esfuerzos –es innegable- por darle a la víctima la relevancia adecuada en un proceso penal, pero ha sido hasta en la década de los albores del siglo XXI, en que ha ido convirtiéndose en actor activo dentro del proceso penal derivado de la serie de Convenciones y Tratados firmados y ratificados por los Estados parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Es por ello que se insiste tanto en la denominada “segunda victimización de la víctima”, pues en el proceso, la víctima revive el sufrimiento por el delito cometido sobre su persona o sus bienes; se suma a esa cadena engorrosa de procedimientos que conforman el proceso penal, que suele transformarse en una especie de calvario para ella, donde pasa a ser simple una espectadora que se limita a ver pasar las sucesivas etapas de un procedimiento que le es ajeno pero que dio inicio desde su dolor.

Son muy limitadas las facultades con las que cuenta la víctima para poder intervenir en un proceso –si es que le dan espacio a su pedido de participación-, debe limitarse, en la mayoría de los casos, al impulso, la acusación, pruebas y recursos que plantee el Ministerio Público; no tiene una total independencia como parte en el proceso para poder darle el impulso que la víctima pretendiera.

Como se puede advertir, desde el punto de vista procesal penal, existe un vacío normativo para un verdadero reconocimiento de la víctima como parte en el proceso penal y para ampliar sus derechos y facultades en el mismo.



En Guatemala, el Artículo 10 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación de Personas, referido a **Víctima**, plantea la siguiente definición:

“Para los efectos de esta Ley, se entenderá por víctima a la persona que, individual o colectivamente, haya sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal. También se considera víctima a los familiares o a las personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.”

Seguidamente, en el Artículo 11, que regula los Derechos de la víctima, se plantea que son derechos de la persona víctima, por lo menos, los siguientes:

- a. Privacidad de identidad de la víctima y de su familia,
- b. La recuperación física, psicológica y social,
- c. La convivencia familiar,
- d. Asesoría legal y técnica y a un intérprete durante la atención y protección, para tener acceso a la información en el idioma que efectivamente comprenda.



e. Asesoría legal y técnica y a un intérprete para el adecuado tratamiento de la víctima dentro del hogar de protección o abrigo. Para las personas menores de edad, la Procuraduría General de la Nación asignará los abogados procuradores correspondientes,

f. Permanencia en el país de acogida durante el proceso de atención para la persona víctima de trata,

g. Reparación integral del agravio,

h. La protección y restitución de los derechos que han sido amenazados, restringidos o violados, e,

i. Otros que tengan por objeto salvaguardar el adecuado desarrollo de su personalidad, integridad y sus derechos humanos.

Los derechos enunciados en este artículo son integrales, irrenunciables e indivisibles.

En el Artículo 26 de la ley en mención, se informa que se ha reformado la denominación del Título III del Libro II del Código Penal, Decreto 17-73 de la República, el cual quedó así: **TÍTULO III. De los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas.** El cual anterior a la reforma, llevaba la denominación: **De los delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y contra el pudor.**



Asimismo, en el Artículo 27, reforma la denominación del Capítulo I del Título III del Libro II del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, el cual queda así: “**Capítulo I. De la violencia sexual**”, el cual antes de la reforma llevaba la denominación: **De la violación**.

Posteriormente, en el **Artículo 28**, se indica que se reforma el Artículo 173 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, el cual queda así:

“**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 introducirselos a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años. Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aun cuando no medie violencia física o psicológica. La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos.”

Y, por último, en el **Artículo 29**, se adiciona el artículo 173 Bis al Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, el cual queda así:

“**Agresión sexual**. Quién con violencia física o psicológica, realice actos con fines sexuales o eróticos a otra persona, al agresor o a sí misma, siempre que no constituya delito de violación será sancionado con prisión de cinco a ocho años. Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad o



cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva aun 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.”

Como se puede observar, en lo que se refiere al delito de **violación**, también hay que contemplar que se provocan otro tipo de agresiones en la víctima tales como la **agresión sexual** y **abuso sexual**, y es por ello, que al victimario se le deberá de imputar un **concurso ideal**, tal como lo especifica el Artículo 70 del CP, el cual prescribe que,

En caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte.

El tribunal impondrá todas las penas que correspondan a cada una de las infracciones si a su juicio esto fuera más favorable al reo, que la aplicación de la regla anterior.

Cuando se trate de concurso ideal de delitos sancionados con prisión, de delitos sancionados con prisión y multa o de delitos sancionados sólo con multa, el juez, a su prudente arbitrio y bajo su responsabilidad, aplicará las sanciones respectivas en la forma que resulte más favorable al reo.

En el **Capítulo VII, De las disposiciones comunes**, del CP, referido a **De la acción penal**, el Artículo 197 prescribe que,



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

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

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

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

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

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

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

*Reformado por el Artículo 45, del Decreto Del Congreso Número 9-2009 el 03-04-2009.”

Queda claramente establecido, por tanto, que los delitos de violación, agresión sexual, abuso sexual, son delitos que deben ser tomados dentro del conjunto de delitos que invocan la acción penal.



1.4 La reparación del daño en el marco del Derecho Penal

En palabras de Hirsch:

“La protección de la víctima y la compensación autor-víctima están actualmente en el centro de la discusión político-criminal, en todo el mundo. Durante la euforia de la resocialización en los años sesenta y comienzos de los setenta, del siglo pasado, la atención estaba fijada, exclusivamente, en el autor, mientras que ahora se dirige la mirada al ofendido de un modo no menos comprometido.”⁴⁵

Es, al respecto, cuando cabe recordar a Pietro Nuvolone, acerca de que: “se vive el desarrollo de la política criminal como un cierto movimiento pendular pasante, en una curva senoidal.”⁴⁶

La corriente orientada a la víctima habla de la necesidad de mejorar los intereses de la protección de esta; el punto de partida conformado por la aspiración de que nuevamente se tome en cuenta la necesidad de justicia de la víctima, que había sido desatendida por la política criminal, solamente dirigida a la resocialización del autor. Se trata, de este modo, de un contragolpe hacia la política criminal de aquella época.

⁴⁵ Hirsch, “La reparación del daño en el marco...”, en Maier *et al*, *De los delitos y de las víctimas...*, *Ob. Cit.*, Pág. 55

⁴⁶ Nuvolone, citado por Hirsch, *La reparación del daño en el marco...* en Maier, *De los delitos y ... Ob. Cit.*, Pág. 55



Junto a esta ha aparecido, mientras tanto y añade: “una segunda corriente, que utiliza el giro de la mirada hacia la víctima para buscar otras respuestas al delito, después del fracaso de los conceptos fundados unilateralmente en el tratamiento.”⁴⁷ La compensación autor-víctima relativa a la reparación el daño, se encuentra allí en el punto central confirma Hirsch.⁴⁸

Claramente se advierte que el enfoque en la resocialización del autor del delito va perdiendo su auge jurídico penal, para convertirse en una tendencia de compensación autor-víctima y la reparación, que ha llegado a ser, entre tanto, tema de enorme relevancia. A pesar de ello, existe la impresión de que, en ella, se entremezclan tendencias que en parte se hallan diametralmente opuestas entre sí y no pocas veces terminan en un resultado contrario a la protección de la víctima.

En el centro de la problemática se halla la pregunta, ¿en qué manera puede ser considerada la reparación frente a la víctima, en el Derecho Penal material, en especial en el sistema de las consecuencias jurídicas? Según Hirsch, “...se trata aquí de un ámbito del problema que hay que diferenciar ontológicamente, en forma rigurosa del ámbito de problemas que resulta de la unión procesal penal entre la pretensión

⁴⁷Loc. Cit

⁴⁸ Hirsch, *La reparación del daño en el marco...* en MAIER, *De los delitos y...* Ob. Cit., Pág. 57



resarcitoria civil y la pretensión penal; de esto último se trata en el procedimiento de adhesión y en la *actioncivile*".⁴⁹

Además, Hirsch suma a lo anterior que: "La diferencia entre procedimiento de adhesión y *actioncivile* consiste fundamentalmente en que la última tiene una doble naturaleza, es decir, un carácter "mixto", penal y civil."⁵⁰

En la realidad, la reparación vista desde una perspectiva sumamente amplia, tiene un efecto de prevención general y no se puede discutir que el autor generalmente la viva como un mal. Pero expresa Hirsch que:

"... este punto de vista no respalda la idea de que la reparación sea calificada como pena por su esencia, dado que la prevención general y el sufrimiento del mal se dan en todas las consecuencias jurídicas perjudiciales, que afectan al individuo como efecto legal de su comportamiento. Especialmente se pueden observar en todas las obligaciones de resarcir el daño de carácter civil y añade: "por ello es que la referencia de que la reparación se entiende como un mal con efecto de prevención general no proporciona civilmente ningún conocimiento nuevo."⁵¹

⁴⁹*Idem*, Pág. 58

⁵⁰*Idem*, Pág. 59

⁵¹ *Idem*, Pág. 61



Es por ello que por tanto, no resulta la existencia de estos dos aspectos; es la diferencia esencial entre resarcimiento del daño y pena lo decisivo; en el Derecho resarcitorio se trata de la compensación de los daños materiales y hasta inmateriales producidos por el autor y, por tanto, de la parte civil del hecho. Por el contrario, en la pena se trata de la imposición de un mal que va más allá de ello.

Aquellos que afirman el carácter penal de una reparación prevista en el Derecho Penal, aparentemente no quieren asignar ninguna importancia a esta diferencia objetiva, por ello señala el autor: “sino que se atienen al lugar en el cual el legislador la regula o la práctica se sirva de ella. Quedaría al arbitrio de ambos colocarla en el Derecho civil, como pretensión civil, o en el Derecho Penal, como pena.”⁵²

Sin embargo, existe una objeción que en la clasificación de un instituto jurídico, no se trata exclusivamente de una pregunta sobre la etiqueta y sobre la asignación procesal, sino de aquello que manifiesta antológicamente de nuevo Hirsch: “Una cosa que en el Derecho Civil es resarcimiento no se convierte en pena porque se practique en el Derecho penal, dado que el efecto para el autor y la víctima es, en ambos casos, el mismo.”⁵³

⁵²*Idem*, Pág. 63

⁵³*Loc. Cit.*



Y, siguiendo la línea de pensamiento de Hirsch: “Da más que hablar de sí, una opinión doctrinal, según la cual la reparación no sería una pena, pero sin embargo, constituiría una sanción penal independiente. Se la debe considerar como una “tercera vía” penal, junto a la pena y a las medidas de corrección y seguridad.”⁵⁴

Esta interpretación es representada particularmente por Roxin⁵⁵ quien afirma que: “resultaría de los fines de la pena que la reparación se debe incluir en el catálogo de las consecuencias jurídicas penales en forma de una sanción independiente, en tanto posible instrumento preventivo del Derecho penal.”

Aquí, Roxin niega claramente que haya que postular sin más un fin penal adicional y nuevo para posibilitar la integración, sin embargo, en opinión de Hirsch, ello puede derivarse de los fines tradicionales de la pena. De hecho, la *reparación digna* es una de las novedades en las reformas sufridas por los Códigos Procesales Penales de muchos Estados. En Guatemala, según Decreto número 7-2011 del Congreso de la República, se reformó el Artículo 124 del CPP, referido al **Derecho a la reparación digna**, lo siguiente:

⁵⁴*Idem*, Pág. 65

⁵⁵ C. Roxin, “Problemas actuales de la política criminal”, en E. Díaz Aranda (Ed.) *et al*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie “Ensayos Jurídicos”, Núm. 1, Universidad Autónoma de México –UNAM–, México, 2002, Pág. 90



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

1. La acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria. El juez o tribunal que dicte la sentencia de condena, cuando exista víctima determinada, en el relato de la sentencia se convocará a los sujetos procesales y a la víctima o agraviado a la audiencia de reparación, la que se llevará a cabo al tercer día.
2. En la audiencia de reparación se deberá acreditar el monto de la indemnización, la restitución y, en su caso, los daños y perjuicios conforme a las reglas probatorias y, pronunciarse la decisión inmediatamente en la propia audiencia.
3. Con la decisión de reparación, y la previamente relatada responsabilidad penal y pena, se integra la sentencia escrita.
4. No obstante lo anterior, en cualquier momento del proceso penal, la víctima o agraviado podrán solicitar al juez o tribunal competente, la adopción de medidas



cautelares que permitan asegurar los bienes suficientes para cubrir el monto de reparación.

5. La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme. Si la acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil."

Al continuar con el postulado de Roxin⁵⁶, vemos que para él la así llamada prevención general positiva constituye el punto de enlace; de ella se derivaría, como aspecto parcial, la prevención integrativa, que estaría orientada, al "efecto de satisfacción que aparece cuando el delincuente se ha esforzado tanto, que la conciencia jurídica general se tranquiliza en relación al quebrantamiento de la ley y considera como solucionado el conflicto con el autor."

Por eso sería posible incorporar a la reparación en el catálogo de las consecuencias jurídicas como una "tercera vía" más benigna, suplementaria o complementaria de la pena, junto a las penas y a las medidas de corrección y seguridad. Y, tal como lo plantea Hirsch; "la pregunta fundamental para la discusión en el presente contexto es aquella acerca de si el Derecho penal tiene una función de pacificación general o sólo referida a la pena misma. Hasta ahora se consideró como evidente que la función de

⁵⁶*Idem*, Pág. 97



satisfacción del Derecho penal emergente del hecho, se limita al ámbito de la pretensión penal.”⁵⁷

Por el contrario, la indemnización concierne a la función pacificadora del Derecho delictual civil, incluso cuando la demanda civil, por regla, está unida al proceso penal, como en el sistema de la *action civile*, tal y como se hiciera referencia en párrafos antecedentes.

El Derecho Penal, como ámbito parcial del ordenamiento jurídico, se ocupa de las pretensiones penales estatales de las penas y medidas relacionadas con ella; Cuando se aplica una pena, se trata de la sanción justa del hecho y de la prevención que de allí se deriva para el autor y la generalidad, de nuevo Hirsch: “La función de satisfacción de la pena concreta para la generalidad consiste en la confianza en la conservación del ordenamiento jurídico, resultante de un castigo justo.”⁵⁸

Con respecto a la víctima, se trata de la satisfacción obtenida con el justo castigo del autor. También las medidas tienen una relación inmediata con la pretensión penal o, por lo menos, con la parte injusta de ella, dado que aquellas deben impedir que surja nuevamente tal pretensión penal contra el autor, en palabras de Hirsch: “Los fines de la pena o del Derecho Penal se refieren, por lo tanto, a las consecuencias jurídicas de

⁵⁷ Hirsch, *Ob. Cit.*, Pág. 70

⁵⁸ *Loc. Cit.*



naturaleza específicamente penal: se trata de un instrumento de influencia sobre el autor, por lo contrario, que la víctima obtenga una indemnización, configura un camino ajeno a estos fines.”⁵⁹

Resulta oportuno citar la digresión que Hirsch realiza en torno a la teoría de la prevención integrativa propuesta por Roxin, en la que manifiesta:

“La concepción sostenida por Roxin, según la cual la reparación debe conformar una sanción penal independiente, se fundamenta, evidentemente, en el equívoco resultante del punto de vista de la “prevención integrativa” del Derecho penal. [...] se deja de lado que, en un ordenamiento jurídico desarrollado, la clasificación penal de un caso sólo constituye una parcela de su solución jurídica. Para la regulación jurídica completa del conflicto pueden también desempeñar un papel varios otros campos del ordenamiento jurídico, como el Derecho indemnizatorio del Derecho civil, pero también, por ejemplo, el Derecho de seguros y el Derecho administrativo. Cada uno de estos ámbitos del derecho, con diferentes funciones, se ocupa de la determinación de las consecuencias resultantes del quebrantamiento de la ley. La posición derivada de la competencia del Derecho penal para la solución general de los conflictos tendría como consecuencia que todos los efectos jurídicos del delito serían de naturaleza penal. Esto no dañaría, y

⁵⁹*Idem*, Pág. 71



no por último, al proceso penal en los fines para él propuestos, dirigidos al enjuiciamiento específicamente penal del autor.”⁶⁰

Sin embargo, a criterio personal, se considero que la propuesta de Hirsch lleva a la reparación del daño por un camino mucho más engorroso para la víctima, la que desde el inicio del proceso penal es ajena a lo que está pasando, esta solo sabe del sufrimiento que le ha causado la injusticia de la cual fuera objeto, es de imaginar la múltiple victimización a la que se vería sujeta con la intervención del Derecho administrativo, o, del Derecho civil para la reparación del daño por parte del autor del delito.

En este sentido, terminado el proceso, el autor será encarcelado bajo el gozo del derecho de resocialización y de buen tratamiento; según las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, en tanto que la víctima continuará involucrada en otro tipo de proceso administrativo o civil, que indudablemente la revictimizará por un tiempo indeterminado.

Para Hirsch: “Las funciones del Derecho penal no pueden ser ampliadas arbitrariamente, sino que están ontológicamente limitadas. Por ello conserva la reparación su carácter civil, incluso cuando se la incorpora al Derecho penal. Así, sólo

⁶⁰*Idem*, Pág. 73



se puede tratar de que el autor tenga la posibilidad de ganarse consecuencias jurídicas penales atenuadas con la reparación del daño.”⁶¹

Pero, nuevamente se afirma desde un criterio personal, que Hirsch no está viendo a la víctima desde un plano integral como merecedora de una reparación digna emanada del catálogo procesal penal, que de hecho ya fue incluida, sino que sostiene que toda reparación lleva un carácter civil, lo que provocaría una resistencia por parte del agresor, toda vez que no tiene la instrumentalización jurídico-penal coercitiva que lo obliga a dicha reparación a favor de su víctima.

1.5 El Derecho victimal

Las ciencias penales se clasifican en cuatro categorías: las ciencias penales preventivas, las ciencias penales principales, las ciencias penales auxiliares y las ciencias penales instrumentales, según Carlos Rodríguez “Dentro de las ciencias penales principales se encuentran en orden cronológico, el Derecho Penal que da origen con su escuela positiva a la Criminología y ésta da origen a la Victimología,

⁶¹*Idem*, Pág. 89



misma que como bien lo dijo Antonio Beristaín, tiene el carácter de multi, interdisciplinaria y transdisciplinaria.”⁶²

Es así como Rodríguez Campo afirma que: “La Victimología en la actualidad es una de las disciplinas más recientes dentro del ámbito de las ciencias penales y se encuentra ubicada en las ciencias penales principales y en los últimos tiempos ha tomado vital importancia, después de su surgimiento en la segunda mitad del siglo XX, después de la segunda guerra mundial.”⁶³

Resulta sorprendente, por lo tanto, la atención a las víctimas después de que estas permanecieron olvidadas tanto tiempo. Para Elena Larrauri:

“Este olvido era doble: por un lado, a un nivel teórico existía por parte de la criminología una preocupación por entender la etiología del delito y por buscar otros métodos de respuesta al delincuente; estos podían consistir en métodos de tratamiento en el seno de la cárcel, pero parece cierto que la criminología, a pesar de su declaración de que el delito es una relación social, había prestado poca atención a las víctimas.”⁶⁴

⁶² R. Campos, C. “El Derecho victimal: Una nueva rama del Derecho en el sistema jurídico mexicano”, en *Anales de Derecho*, Número 29, 2011, pPág. 161-176, ISSN: 1989-5992

⁶³ *Loc. Cit*

⁶⁴ Larrauri, Elena. *Victimología*, en Maier, *De los delitos y de... Ob. Cit.*, Pág. 283



Las razones que plantea la autora citada son que en su aspecto material, el Derecho Penal había dejado en el olvido a la víctima, pues su objetivo principal, era la “protección de bienes jurídicos” lo que presentaba un panorama basado exclusivamente en el castigo del delincuente, en lugar de la reparación al daño causado a la víctima. Derivado de ello, tampoco el derecho procesal penal había puesto suficiente énfasis en los derechos de las víctimas en el proceso penal.

Frente a todo ello, resurge, en la década de los años ochenta del siglo pasado, con especial ímpetu, la Victimología, que indudablemente traía consigo una historia. En el libro *The Criminal and his Victim (El criminal y su víctima, 1948)* von Henting abordó el rol de la víctima y su contribución al hecho delictivo. Para ello, sobre la base de variables psicológicas y sociológicas, describía la existencia de diversos tipos de víctimas. Mendelsohn, por su parte, siguió la vía iniciada por von Henting, pero realizó la clasificación sobre la base de la culpabilidad de la víctima en la producción del delito. Esta idea de la culpabilidad de la víctima llevaba una carga moral mayor que la idea de contribución, apuntada por este último.⁶⁵

Paralelamente a la Victimología originaria surge una nueva Victimología que se diferencia de la anterior, fundamentalmente, y según Elena Laurrauri: “por su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima, y su sensibilidad por no contraponer los derechos de la víctima a los derechos del delincuente.”⁶⁶

⁶⁵*Idem*, Pág. 284

⁶⁶Afirma Laurrauri que “Ello no obsta, como advierten Maguire-Pointing (1988:2) a que en Estados Unidos, a diferencia de Europa, la preocupación haya estado más dirigida a los derechos que a las necesidades



Pero, vale la pena recordar el enunciado hecho por Prins, ante el Congreso Penitenciario Francés en París, en el año de 1895, y citado por Gerardo Landrove cuando expresó que:

“el hombre culpable, alojado, alimentado, calentado, alumbrado, entretenido, a expensas del Estado en una celda modelo, salido de ella con una suma de dinero legítimamente ganada, ha pagado su deuda con la sociedad [...] pero la víctima tiene su consuelo, puede pensar que con los impuestos que paga al Estado, ha contribuido al cuidado paternal que ha tenido el criminal durante su permanencia en la prisión.”⁶⁷

El claro sarcasmo en las palabras expresadas por Prins, da cuenta de la preocupación surgida a finales del siglo XIX, en torno a la situación de la víctima, porque la del delincuente ya se tenía por sabida. No se pretende contraponer los derechos de la persona a quien se priva de su libertad por la comisión de un delito, lo que se busca es otorgarle a la víctima los mismos derechos en su tratamiento y, a partir de ello, buscar el debido resarcimiento o reparación por los daños sufridos por la victimización a que ha sido sometida.

de las víctimas, lo cual, unido con el movimiento de una pena justa (“justdesserts”), ha llevado en ocasiones a reclamar una pena más severa como un derecho de la víctima.” Larrui, pie de página en Maier, *De los delitos y ... Ob. Cit.*, Pág. 285

⁶⁷ G. Landrove Díaz. *La Moderna Victimología*. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, Pág. 105



Lo que se trata de de notar aquí, es que el Estado centra sus esfuerzos en la represión del delito y el delincuente, pero se limita mucho en su actuación para atender a la víctima y al ofendido de los delitos; es decir, asume una postura represiva o paliativa más que una postura preventiva de la victimización.

Pero, debido a la relevancia que organismos internacionales le han dado a la Victimología, en algunos países en su legislación penal –afirma Rodríguez Campos– que,

“...se ha reformado notablemente el tratamiento a la víctima, dando origen a nuevas ramas del derecho; en este caso se crean normas y disposiciones específicas para el auxilio, atención y protección a las víctimas de delitos, situación de mucha relevancia en la actualidad, pues se llega a hablar ya de una nueva rama del Derecho Público y de las ciencias penales: el Derecho victimal, considerado en su aspecto objetivo como conjunto de normas jurídicas relativa a la víctima del delito y a sus derechos en tal calidad.”⁶⁸

Por su parte, Larrauri sostiene que, “Este resurgir de las víctimas ha propiciado, pues, el asentamiento de una rama de estudio que hoy ya se denomina victimología. Tres son en mi opinión las áreas de conocimiento que hoy cobija la victimología.

⁶⁸ Rodríguez Campos, *Ob. Cit.*, Pág. 7



- *Las encuestas de victimización (información acerca de las víctimas).*
- *La posición de la víctima en el proceso penal (los derechos de las víctimas).*
- *La atención asistencial y económica a la víctima (las necesidades de las víctimas).⁶⁹*

1.6 La posición de la víctima en el Derecho Penal y en el proceso. Diferencias sustanciales entre la victimodogmática y la Victimología

1.6.1 La victimodogmática y la victimología

Durante la última década del siglo XX se hizo hincapié en el olvido de las víctimas por el Derecho Penal; ello se tradujo en una atención a las víctimas por parte de diversos penalistas, que llevó a hablar de una “victimodogmática”.⁷⁰

⁶⁹ Larrauri, en Maier, *De los delitos y...Ob. Cit.*, Pág. 287

⁷⁰*Idem*, Pág. 292



Según apunta Larrauri: “Esta victimodogmática ha pretendido poner de relieve todos los aspectos del Derecho penal en los que se toma “en consideración” a la víctima. En concreto se indica que en los Códigos Penales si se toma “en consideración” a la víctima, para lo cual se realiza un listado de la fase previa, fase de ejecución y fase posterior a la realización del delito, en las cuales la víctima tenía una “cierta incidencia”.⁷¹

Se señaló que la víctima ha sido considerada por el Derecho Penal en la:

Fase previa: el consentimiento de la víctima elimina el carácter delictivo de determinados comportamientos, o la provocación de la víctima puede conducir a una atenuación de la pena para el autor.

Fase ejecutiva: instituciones como la legítima defensa, la alevosía, o el abuso de superioridad o confianza.

Fase de consumación: la institución del perdón, el requisito de perseguibilidad de determinados delitos, e incluso el pago de indemnización a la víctima está previsto como requisito previo a la concesión de la remisión condicional, o de la rehabilitación.

⁷¹ *Idem*



A ese respecto, Larrauri plantea que, “Junto a esta declaración de “olvido pero no tanto” surge la polémica acerca de la pregunta: ¿con qué objetivo debe tomarse en consideración a la víctima? De forma implícita y explícita en algunos autores⁷², pienso que puede afirmarse que la victimodogmática se preocupa de la contribución de víctima en el delito y la repercusión que ello debe tener en la pena el autor, desde su total exención de responsabilidad, sobre la base del “principio de autorresponsabilidad” de lavíctima, hasta una atenuación de la pena.”⁷³

Aquí se puede rebatir a la victimodogmática en cuanto a que la víctima no puede ser señalada bajo el principio de autorresponsabilidad, toda vez que ninguna persona sale a la calle dispuesta a ser victimizada por algún delincuente. Y, hay que enfatizar en el caso de las niñas menores de edad que son abusadas sexualmente y violadas, no necesariamente en la calle, sino dentro del seno del hogar. ¿Quién podría acusar a una niña de 13 años de ser responsable de su victimización? A nivel personal, resulta una situación bastante distorsionada en cuanto a la situación de víctimas de esta franja etaria.

⁷² Escribe Larrauri a pie de página, “*Explícitamente Peris (1989:49) y Silva (1989, 1990), quien además de ilustrar la discusión que se produce en el seno de la victimodogmática alemana respecto al tipo de delitos en los cuales el comportamiento de la víctima debe ser tomado en consideración, añade la importancia del comportamiento de la víctima en algunas figuras dogmáticas como la omisión, los delitos imprudentes y la imputación objetiva en los delitos dolosos.*” LARRAURI, *Ob. Cit.*, Pág. 294

⁷³ *Idem*



Hay tres grandes diferencias entre lo que se ha denominado “victimodogmática” y la victimología. En primer lugar, la victimodogmática así entendida, contraponen efectivamente los derechos de la víctima con los derechos del delincuente. Será ello un acierto o una manifestación más de lo que se ha reconocido como “culpar a la víctima”; lo que sí parece quedar claro es que esta contraposición no se asemeja en nada a la propuesta promulgada por la (nueva) victimología.

La contribución de la victimología se basa fundamentalmente en la teoría de la pena, articulando un castigo al infractor que sirve *eo ipso* para satisfacer las necesidades de la víctima. Elena Laurrari opina: “Ello pretende conseguirse con la introducción de dos medidas: la compensación como castigo autónomo y el trabajo de utilidad social para reparar el mal del delito a la víctima y a la sociedad.”⁷⁴

Visto así, los derechos de la víctima no aparecen contrapuestos al ofensor ya que a estas medidas se había llegado también desde la criminología, preocupada por establecer sanciones alternativas a la cárcel.

Una segunda característica de la victimodogmática es el sentimiento de lamento implícito cuando se le otorga demasiado protagonismo a la víctima, amparándose en el temor de que ello dé lugar a una demanda de penas excesivas, haciendo surgir la figura

⁷⁴*Idem*, Pág. 295



de una “víctima punitiva” y la presunción de un derecho penal que, aparentemente limita los deseos punitivos de la víctima.

Larrauri afirma, que esta tendencia “promueve la visión y encaminamiento de un Derecho Penal y de las víctimas cuyo reto constituye uno de los pilares fundamentales de esta nueva victimología. Esta no sólo no lamenta el protagonismo de la víctima, sino que se esfuerza en promoverlo.”⁷⁵

Aquí, aparentemente, se da una contraposición implícita de los derechos de las víctimas y de los ofensores: si la víctima tiene más poder, ello redundará en perjuicio del delincuente. Pero realmente, si algo han destacado los estudios victimológicos es que la víctima es menos punitiva de lo que creen la mayoría de las personas; y que esta en raras ocasiones desea un castigo cuando considera reparado el mal infligido.

Como tercera característica diferencial, la victimodogmática enfatiza as necesidades económicas de la víctima que deben ser cubiertas por el Estado; se ha producido, tal como observara García Pablos De Molina, una cierta “mercantilización” de la víctima. Situación contraria es la propugnada por la (nueva) victimología que pone énfasis en que las necesidades que deben cubrirse no son solo de tipo económico.

⁷⁵*Idem*



Los que abogan por la participación directa de la víctima en el proceso, connotan en esta circunstancia de los derechos a la información, participación y protección para evitar una “victimización secundaria”; de nuevo Roxin: “los que defienden experimentos de “mediación y reparación” pretenden fundamentalmente combatir los estereotipos y racionalizaciones de ambos, víctimas y ofensores; superar el impacto emocional y el miedo a vivir, entender que el delincuente no es un energúmeno, rebatir la cosificación de categorías como “víctima” y “delincuentes”, destacar el valor del diálogo para que el ofensor confronte el sufrimiento de la víctima y el valor de la reparación realizada por el propio ofensor, etc.”⁷⁶

Vale aquí retomar a Roxin -cuya postura fuera muy discutida por Hirsch- en su defensa a la introducción de la compensación como medida penal junto a las penas y medidas de seguridad, pues con ello no se contradicen los fines del Derecho penal. Para este autor, “la compensación sólo sería incompatible con una teoría de la pena retributiva; sin embargo, esta teoría está descalificada en un régimen democrático, que no busca responder a un mal ocasionando otro mal, sino que está mecanizado por el interés de evitar futuros comportamientos delictivos.”⁷⁷

⁷⁶ *Idem*, Pág. 296

⁷⁷ C. Roxin. *La reparación en los fines de la pena*, en MAIER (ComPág.) *De los delitos y ...*, Ob. Cit., Pág. 132



1.6.2 La víctima desde la perspectiva psicológica

El estudio de la víctima para la psicología, resulta particularmente importante en cuanto al rol participante o desencadenante que le compete a la misma: En este campo, se debe ser conscientes de la relación causal que existe entre “la ocurrencia del delito y la contribución del agraviado en su victimización, por lo cual, resulta primordial el ejercicio técnico de poder determinar cuáles son las aportaciones tanto del agresor, como de la víctima en el hecho criminal.”⁷⁸

En Psicología, la Victimología es el estudio de las causas por las que determinadas personas son víctimas de un delito y de cómo el estilo de vida de estas personas conlleva una mayor o menor probabilidad de que cierto tipo de persona sea víctima de un crimen.

Para Tamarit Sumalla, “...la Victimología puede definirse hoy como la ciencia multidisciplinar que se ocupa del conocimiento de los procesos de victimación y desvictimación, es decir, del estudio del modo en que una persona deviene víctima, de las diversas dimensiones de la victimación (primaria, secundaria y terciaria) y de las estrategias de prevención y reducción de la misma, así como del conjunto de

⁷⁸ Díaz Colorado, F. *Psicología y Le. Psicom* Editores, Bogotá, 2009, Pág. 123 y ss.



respuestas sociales, jurídicas y asistenciales tendientes a la reparación y reintegración social de la víctima.”⁷⁹

En relación con la predisposición a sufrir victimización, hay clasificaciones sobre los factores victimógenos o de riesgo victimal y, en algunos casos, la relación de estos factores con determinados tipos de delitos, Guglielmo Gullotta, distingue varios grupos de factores predisponentes específicos.⁸⁰

Distingue Gullotta,

a) Factores de origen

-Factores innatos (enfermedades congénitas, sexo, etc.).

-Factores adquiridos (enfermedades que ha padecido el sujeto y que dejan secuelas físicas y psíquicas).

b) Factores temporales

-Factores permanentes.

-Factores temporales.

-Factores ocasionales o pasajeros.

⁷⁹ S. Tamarit, “*La victimología: cuestiones conceptuales o metodológicas*”, en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E. y Tamarit Sumalla, J.M. *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pPág. 109 y ss.

⁸⁰ Gullotta, Guglielmo. *La víctima*. Giuffrè Editorial. Varesa, Italia, 1976, Pág. 23 y ss., en Nuñez de Arco J. *El Informe pericial en Psiquiatría Forense*.



En el proceso de victimización, desde el punto de vista psicológico, existen diferentes formas, las que pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

Victimización conocida/desconocida, en tanto que la victimización trascienda a la sociedad, a los medios de comunicación y, a la policía, o se quede en la cifra negra (u oculta).

Victimización directa/indirecta. La primera se refiere a la agresión sufrida de inmediato por la víctima, mientras que la segunda, hace referencia a la que sufren las personas que tienen una estrecha relación con el agredido.

Victimización primaria/secundaria/terciaria: la primaria está dirigida a una persona en particular, la secundaria a grupos específicos de población y la terciaria a la comunidad en general.⁸¹

Para Zaffaroni, por victimización primaria se tiende a comprender: “la derivada de haber padecido un delito, que cuando va acompañado de violencia o experiencia personal con el autor suele ir aparejado de efectos que se mantienen en el tiempo y pueden ser físicos, psíquicos, económicos o de rechazo social.”⁸²

⁸¹ H. Marchiori *La víctima desde una perspectiva criminológica. Asistencia victimológica*. Edit. Universitaria Integral, Córdoba, Argentina, 2004

⁸² E. R. Zaffaroni. *Criminología: aproximación desde un margen*. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998



La primariedad y secundariedad de la victimización dependen de la fuente victimizadora.
La ofensa desencadenada por el propio hecho delictivo conduce a una victimización primaria.⁸³ La victimización primaria se centra en las consecuencias iniciales del delito, tanto en las de índole física como psicológica, social y económica (consecuencias objetivas); en la experiencia individual de la víctima (tanto a nivel preventivo como en el resarcimiento de daños).

La victimización secundaria, es un término acuñado por Khune:

“...para referirse a todas las agresiones psíquicas que la víctima recibe en su relación con los profesionales de los servicios de salud, policiales y judiciales (interrogatorios, reconstrucción de los hechos, asistencia a juicios, identificaciones de acusados, lentitud y demora de los procesos, etc.), así como los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación.”⁸⁴

La víctima secundaria nace fundamentalmente de la necesaria intersección entre un sujeto y el complejo aparato jurídico-penal del Estado. Consecuentemente, la victimización secundaria se considera aún más negativa que la primaria porque es el

⁸³ P. M. de la Cuesta Aguado, P.M. *Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema*, en P. M. de la Cuesta Aguado (coord.), *Victimología femenina: asignaturas pendientes para una nueva ciencia*. Editorial Universidad de Cádiz, España, 1994, Pág. 75

⁸⁴ Kuhne, H.H. *Kriminologie: Victimologie der Notzucht*. JuristischeSchulung. Alemania, 1986, Págs. 88-94, citado por Giner Alegría, César Augusto. *Aproximación psicológica a la victimología*.



propio sistema el que victimiza a quien se dirige a él pidiendo justicia y porque afecta el prestigio del propio sistema.⁸⁵

Se entiende, pues, que la victimización secundaria abarca las relaciones de la víctima con el sistema jurídico-penal, estudia en qué medida la relación de la víctima con el sistema de justicia ha aumentado la victimización.

Por último, queda referirse a la victimización terciaria, la cual procede, principalmente, de la conducta posterior de la misma víctima, que a veces, emerge como resultado de las vivencias y de los procesos de adscripción y etiquetamiento, como consecuencias de las victimizaciones primaria y secundaria precedentes. También se denomina así a los efectos que sufren los familiares y amigos de las víctimas.

En síntesis, se puede afirmar que el conjunto de circunstancias en que se produce la relación delictiva de autor-víctima, debe ser visto desde una perspectiva integral adoptando las diferentes posturas disciplinarias y científicas que permitan enfocarse en la composición biopsicosocial tanto de la víctima como de su ofensor.

⁸⁵ Ladrove Díaz, *Ob. Cit.*, Pág. 44



Este ejercicio científico es necesario, tal y como se ha realizado en este capítulo, para poder enfocar la doctrinaria y teóricamente. En el siguiente capítulo, la victimización de la niñez y la ausencia de estrategias eficaces que permita al proceso penal llegar a que prevalezca la justicia en sus diferentes matices, para que se proteja a la niñez victimizada por diferentes delitos para que no exista el temor por parte de este sector tan vulnerable, de volver a ser víctima de su victimario.



CAPÍTULO II

2. El abuso sexual con acceso carnal (violación) y sus consecuencias victimales.

Enfoque dogmático-doctrinario general

Se define a la violación: “como el acceso carnal de un varón con otra persona, abusando de la inmadurez o estado mental de ésta, o de su indefensión o mediante violencia, y sin derecho a exigirlo.”⁸⁶ Soler por su parte afirma que: “*la violación consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta.*”⁸⁷ Y Carmona Salgado plantea que: “el delito de violación consiste en tener acceso carnal con otra persona por vía vaginal, anal o bucal.”⁸⁸

Para Donna, “... la violación es el acceso carnal logrado en los casos en que medie fuerza o intimidación para vencer la resistencia u oposición del sujeto pasivo, o con persona que se encuentre físicamente imposibilitada para expresar su disenso o resistirse, o con quien, por ser menor de 13 años o carecer de discernimiento para ello, no posee la capacidad jurídica necesaria para consentir la relación sexual.”⁸⁹

⁸⁶ Nuñez, R. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Lerner. Córdoba, 1990, t. III, Pág. 247.

⁸⁷ Soler, S. *Derecho Penal Argentino*. Tomo III.1ª. reimpresión total. Tipográfica Editora Argentina.

⁸⁸ Carmona S, Concepción, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Sinopsis del Derecho Penal*.

⁸⁹ DONNA, Edgar Alberto. *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos.



2.1 Antecedentes históricos

El Código de Baviera de 1813⁹⁰ es un referente histórico de suma importancia en lo referente al delito de violación, al regular en su Artículo 186 que, “La violación, envuelve contra la persona un doble ataque en su físico, y en su integridad moral. Estas dos especies de ataques pueden causar a la víctima el más grande daño, y comprometer la felicidad de toda existencia. El legislador tiene pues razón en dictar contra este delito penas severas. Los elementos de este crimen son primero el empleo de la violencia, ya resulte de vías de hecho directas, o de amenazar contra el cuerpo o la vida, *vis velmetus*, segundo, la unión corporal o conjunción de los órganos sexuales, tercero, falta de consentimiento de parte de la mujer atacada. Por lo demás, poco importa que el crimen se dirija contra un hombre o contra una mujer, contra una mujer honrada u otra que no lo sea, porque esta misma no ha perdido la disposición de su cuerpo”.

Donna se pronuncia en cuanto a que hubiera bastado que los legisladores leyeran este artículo y su nota, para poder legislar de una manera más inteligente entendiendo cuál es el bien jurídico en la cuestión, por una parte, y por otra no haciendo afirmaciones que no son ciertas, ni siquiera en los antecedentes más lejanos. Es tan claro que lo que se protege es la libre disposición del cuerpo, que en la nota se sostiene: “*Así, el que escala*

⁹⁰ Von Feuerbach, Anselm, fue el redactor de este código que sirvió de modelo para otros códigos penales tanto europeos como latinoamericanos.



*o rompe las puertas de una casa para penetrar donde se encuentra la mujer que espera, y se entrega voluntariamente, no es culpable de violación.*⁹¹

2.2 El bien jurídico protegido

Doctrinariamente, existen posturas diversas respecto de cuál es el bien jurídico que se pretende tutelar. Si bien, la doctrina ha tratado de enfocar el bien jurídico con distintas palabras, por ejemplo, Carrara habla de la violación como una ofensa a la “pudicia individual”⁹², o Soler, al afirmar que el bien lesionado por tal conducta es la “libertad sexual”, y agrega que: “[...] se vulnera invadiendo ilícitamente la esfera de reserva propia de ese ámbito de la persona, en la que ella, consciente y libremente, puede permitir penetrar a quien desee o impedir que otros lo hagan”⁹³; o el propio Fontán Balestra⁹⁴, al hablar de libertad individual en cuanto cada cual tiene el objeto de su actividad sexual, y al sostener que se trata de un delito contra la “voluntad sexual” parece existir cierta coincidencia con el antecedente enunciado del Código de Baviera, en cuanto a que lo que se protegía –en dicha época- era el libre consentimiento de la víctima a la relación sexual.

⁹¹ Donna, *Ob. Cit.*, Pág. 55, donde cita y crítica el Proyecto Tejedor, el cual preveía la figura de violación en el Libro II, Sección 1ª, Título III, Capítulo 2º, artículos 252 y 253 –*De la violación*-, que decía: “Se comete el delito de violación cuando empleando violencia física o amenazas de un peligro inminente y actual para el cuerpo o la vida, se obliga a una mujer a sufrir la aproximación sexual contra su voluntad”. Como antecedente de esta figura, dicho Proyecto cita el propio Código de Baviera.

⁹² Carrara, F. *Derecho Criminal. Parte Especial*, t. IV. Editorial Temis. Bogotá, 1988.

⁹³ Soler, *Ob. Cit*, Pág. 292

⁹⁴ Fontán B., Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte general*.



Derivado de lo anterior, en muchas legislaciones se regula el tipo penal en cuestión por un lado, enfocándose en la libertad individual, en cuanto hace a la integridad sexual de las personas. Esta libertad puede ser entendida desde un doble aspecto según explica Carmona: “*positivo-dinámica*, por un lado, como la capacidad de libre disposición del propio cuerpo a los efectos sexuales, es decir, el consentimiento de la víctima de mantener trato sexual con terceros con arreglo a su querer libre y consciente. Por otro, *negativo-pasiva*, esto es, la capacidad del sujeto para no ejecutar actos de naturaleza sexual que no desee.”⁹⁵

Esta noción de libertad sexual se puede utilizar para Sebastian Soler como: “la violación se comete mediante el empleo de fuerza o intimidación, habida cuenta de que no es necesario ningún requisito esencial en la víctima, de la cual se presume su capacidad de conocer y de valorar el alcance del acto que se pretende ejecutar.”⁹⁶

En cambio no puede aceptarse tan fácilmente que el bien jurídico, para Concepcion Carmona: “es la libertad sexual en los casos de la menor de 13 años y de la persona privada de sentido, ya que no existe tal libertad. De allí la protección de estas personas, con lo cual se habla de intangibilidad sexual o de indemnidad sexual.”⁹⁷

⁹⁵ Carmona S, *Ob. Cit.*, Pág. 242

⁹⁶ Soler, *Ob. Cit.*, Pág. 293

⁹⁷ Carmona S, *Ob. Cit.*, Pág. 243



Es por ello que la doctrina afirma que se trata de una invasión o ataque de tal derecho mediante acciones violentas o abusivas que avasallan la libre e íntima decisión por parte del autor del hecho. Ello significa que el violador abusa o aprovecha las circunstancias o calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente su consentimiento, o bien que con violencia lo elimina, reemplazando así la voluntad de la víctima –efectiva o presumida por la ley- por la suya.⁹⁸ En palabras de Nuñez: “es el *abuso de situación o de un estado de una persona.*”⁹⁹

Pero en el fondo, sigue siendo la falta de libertad real de la víctima de poder aceptar un acto entendiendo su significación, no solo intelectual, sino afectivamente. Es de esto, de lo que se aprovecha el autor, en el caso de la persona menor de 13 años.

2.3 El tipo penal de la violación

El tipo básico de la violación ha sido establecido en la generalidad de las legislaciones penales “*cuando hubiere acceso carnal por cualquier vía.*”

⁹⁸ Donna, *Ob. Cit.*, Pág. 59

⁹⁹ Nuñez de Arco, J. *La víctima*. Capítulo III. Editorial Proyecto Sucre Ciudad Universitaria. Sucre, Bolivia, Pág. 35



2.3.1 Tipo objetivo

El núcleo del tipo es el acceso carnal. Por “acceso carnal” se entiende la introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona, no siendo necesario para su consumación que la penetración sea total o que se produzca la eyaculación. Dice Frías Caballero¹⁰⁰ que: “el elemento material de la violación se halla constituido por la conjunción carnal como fin, contra o sin la voluntad del sujeto pasivo o empleando la violencia como medio o aprovechando de la especial condición del mismo señalada por la ley.”

A los efectos de dar concepto de acceso carnal, se pueden encontrar, tal como se verá en las definiciones *infra* los criterios que han intentado poner algo de claridad en el tema aunque sin mucho resultado.

El llamado criterio biólogo busca dar una solución al problema desde un punto de vista puramente natural; para ello acude a un concepto de acceso carnal visto desde un punto de vista meramente fisiológico, citando de nuevo a Donna: “Acceso carnal, se dice desde esta postura, es sólo la penetración del órgano sexual masculino por vías normales o anormales, en el cuerpo de la víctima.”¹⁰¹

¹⁰⁰ Frías C. *El proceso ejecutivo del delito*. Biblioteca Argentina, Buenos Aires, 1995, Pág. 266

¹⁰¹ Donna, *Ob. Cit.*, Pág. 62



En cambio, el llamado criterio jurídico según Jorge Buompadre afirma que: “Es toda actividad directa de la libido, natural o no, en la que existe penetración del órgano genital del actor que puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente de este.”¹⁰²

Como se puede apreciar, ninguno de los dos postulados acierta con la precisión que concuerde con el principio de legalidad, que no es lo mismo que el positivismo jurídico.¹⁰³

El acceso carnal es sin duda un concepto normativo del tipo que vulnera el bien jurídico tutelado de la libertad e indemnidad sexual, cuyo contenido debe ser buscado en lo que culturalmente se entiende por tal, en relación al bien jurídico protegido. “En algunas épocas jurídico-penales, algunos autores han sostenido que el término yacer incluía solamente los accesos heterosexuales vaginales, lo que implicaba que quedaran fuera los accesos homosexuales y los accesos heterosexuales no vaginales.”¹⁰⁴

Un ejemplo de ello se da claramente en la doctrina española en la cual se discutió ampliamente este problema antes de la última reforma; otro sector doctrinario ha

¹⁰² Buompadre, J. *Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer)*. Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal, en *Revista de Ciencias Penales*, 1999, pPág. 49 y ss.

¹⁰³ Nauke, W. *La progresiva pérdida del contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado, en la insostenible situación del Derecho Penal*, en *Estudios de Derecho Penal*, dirigida por Carlos María Romeo Casabona. Comares, Granada, 1999, Pág. 531

¹⁰⁴ Díez R, José Luis. *La protección de la libertad sexual*. Bosch. Barcelona, 1995, Pág. 40



sostenido que se incluían los accesos heterosexuales no vaginales, especialmente el coito anal heterosexual. Ferrer, Cobo del Rosal y González Rus basaron su posición en que tal conducta: “ha sido valorada por la sociedad como grave, y que existe una equivalencia funcional entre ellas, ya que en el coito anal se sustituye a la vagina, cumpliendo la misma función. Además, el término yacer, como tener trato carnal con alguna persona, no obsta a esta interpretación.”¹⁰⁵

El argumento básico era que yacer y acceso carnal eran la misma acosa, de manera que no había inconveniente en esta extensión de la palabra. Así, Díez Ripollés sostuvo en esta controversia que: “*si bien era de justicia material la equiparación del coito heterosexual vaginal con el coito heterosexual anal, esto no era posible.*” Sin embargo, concluye afirmando que,

“Es preciso, por otra parte, interrumpir en este punto la ampliación de las conductas sexuales incluíbles en el tipo de violación, tanto por sus progresivas diferencias materiales y valorativas respecto a las dos conductas hasta ahora propuestas, como el mayor riesgo de que una mayor ampliación haga ya prácticamente imposible una correcta delimitación entre las conductas de violación y las de abuso sexual.”¹⁰⁶

¹⁰⁵Ferrer, C, citados por DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección... Ob. Cit.*, Pág. 41

¹⁰⁶*Idem*, Pág. 43



Desde una perspectiva amplia, la cuestión del acceso carnal, por cualquier vía, viene a solucionar esta discusión, de manera que abarca tanto el coito heterosexual vaginal, como el coito heterosexual anal. La explicación que la ley plantea en la construcción gramatical “por cualquier vía”, tiene este sentido y no habilitar analógicamente y con una interpretación absolutamente ilógica otras aberturas del cuerpo, y no solo la boca. Porque en este punto la doctrina que avala esta posición, no explica el motivo por el cual la expresión “cualquier vía” no habilita otras partes del cuerpo, como podría ser la oreja.

De esta manera, queda claro que el acceso carnal solo abarca lo antes expresado, por absoluto respeto al principio de legalidad, que en este tipo de delitos se respeta poco.

Cuando Soler define el acceso carnal como la penetración del órgano sexual en el cuerpo de la víctima, siendo indistinto que la misma se haga por vía normal o anormal, resulta esta la nota aclarativa que distingue el delito de violación de los demás abusos. Por su parte Manzini proporciona una definición que no deja en claro con qué se produce la penetración: *“acceso carnal es el acto por el cual el órgano genital de una de las personas, que puede ser sujeto activo o pasivo, es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo.”*



Para Ure¹⁰⁷ la expresión “acceso carnal” debe entenderse: “en el sentido de penetración del órgano sexual masculino en orificio natural de la víctima, de modo de posibilitar la cópula o un equivalente de la misma, sea por vía normal o anormal.” Nuñez De Arco por su parte, afirma que: “acceso carnal significa introducción, aunque imperfecta, del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima.”¹⁰⁸

Sobre la base de lo expuesto, se puede definir al “acceso carnal” como la penetración del órgano masculino en el cuerpo de la víctima, con el propósito de practicar coito, independientemente que la penetración sea total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la eyaculación.

Para que exista acceso carnal es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, sin importar si esta introducción es completa o solo a medias, basta con que ella haya existido real y efectivamente. A este respecto, valga entrar al desarrollo de la temática en torno al problema de la *fellatio in ore* o introducción del miembro viril por la vía bucal, ya que su consideración como un acto de violación cuando este se produce por la fuerza, ha despertado debates doctrinarios muy severos por no considerar la boca un órgano específicamente *erógeno*.

¹⁰⁷ E. Ure, *Los delitos de violación y estupro*. Ideas. Buenos Aires, 1952, Pág. 15

¹⁰⁸ Nuñez. *Ob. Cit.*, Pág. 39



Recurre Donna a *Las Partidas* que en su definición del acto por la vía anal plantea que: “*Sodomítico dizen al pecado en que caen los omes yaciendo unos con otros, contra natura, e costumbre natural*”¹⁰⁹. Para ir abriendo el camino a las diferentes concepciones de lo que resulta normal o anormal en la sexualidad por violación por su parte, Nuñez de A. afirma que

“estos antecedentes [Las Partidas] se basan en razones científicas, ya que si bien el ano no es el órgano destinado por la naturaleza para ser el vaso receptor de la penetración copular natural, por poseer, lo mismo que la vagina, glándulas de evolución y proyección erógenas, en su contacto con el órgano masculino cumple, aunque antinaturalmente, una función semejante a la que realiza la vagina. Esto no ocurre con la boca [...] la cual careciendo de este tipo de glándulas no resulta apta como elemento constitutivo del concúbiteo, aunque por resortes psicológicos y mecánicos sirva para el desfogue libidinoso del actor y del paciente. La boca como los senos o cualquier otra parte del cuerpo humano que no sea la vagina o el año, resulta así incapaz de generar coito, aunque sea anormal.”¹¹⁰

En España, Carmona Salgado pone su grano de arena en esta discusión doctrinaria al afirmar que

¹⁰⁹ Donna, *Ob. Cit.*, Pág. 65

¹¹⁰ Nuñez de A., *Ob. Cit.*, pPág. 40-41



“la fellatio no debía integrar el delito de violación, ya que no cabría hablar en un sentido estricto de acceso carnal y sólo impropia de penetración, ya que la boca no es un órgano de dicha naturaleza, aunque pueda operar como sustitutivo para ello. Se trata más bien de una forma de masturbación; al igual que el denominado coito inter femora, está en concordancia con la doctrina italiana.”¹¹¹

La posición doctrinaria contraria, es decir, la que admitía la violación consumada por la *fellatio in ore*, no encontraba diferencia entre el coito oral de cualquier otra penetración *contra natura*, al respecto Fontan Balestra menciona: “debido a que el criterio jurídico del acceso carnal era entendido como actividad directa de la libido, natural o no, en la que existe una penetración del órgano genital del autor, que puede representar el coito o cualquier forma degenerada de esta.”¹¹²

Sintetiza Donna que el concepto de acceso carnal no abarca la *fellatio* y así mismo aduce que, “A los argumentos que ya se han enunciado, se deben agregar las consideraciones del Derecho alemán, que directamente habla de coito, con lo cual se excluye directamente tal concepto. [...] Mientras en los códigos se mantenga la expresión “acceso carnal”, que como se ha visto tiene una larga tradición en nuestros proyectos, y en el sentido de lo que significa la expresión, no hay otra alternativa que sostener que es la introducción del órgano masculino en vía vaginal o anal, no entrando, en consecuencia, la vía bucal, o la llamada fellatio, por más que el legislador

¹¹¹ Carmona S, *Ob. Cit.*, Pág. 246

¹¹² Fontan B. *Ob. Cit.*, Pág. 67



haya inventado esta reforma para solucionar este problema, al agregar “por cualquier vía”, ya que, de tomarse literalmente la expresión se ampliaría el tipo de manera descomunal. De manera que si hubieran querido arreglar o solucionar la disputa doctrinal que se analiza ut supra, se debería agregar a las codificaciones, en lugar de “cualquier vía”, una enumeración taxativa de sus intenciones.”¹¹³

Felizmente, esta discusión doctrinaria vio su término derivado de una serie de instrumentos internacionales y Convenios que han reconocido como violación la introducción del miembro viril, por medio de la fuerza, en la boca de la víctima. A pesar de ello, no hay que negarle el valor que tiene la postura de Donna, quien en ningún momento niega *per se* la existencia del delito de violación por *fellatio in ore*, sino que plantea la ausencia de taxatividad que existía en las codificaciones penales en varios países, de describir con claridad que sí existe violación cuando se introduce el miembro viril, por medio de la fuerza, en la boca de la víctima, lo que estaría siguiendo el principio de legalidad. Pero en tanto no exista dicha taxatividad, el principio de legalidad se encuentra contenido en el término *coito*, legislado por dichas codificaciones.

¹¹³ Donna, *Ob. Cit.*, Pág. 70



2.3.2 Tipo subjetivo

El elemento primordial que conforma el tipo subjetivo es el dolo, entendiéndose por tal el querer dominado por la voluntad de realización del tipo objetivo. En términos más sencillos, “es la voluntad de actuar referida al resultado que sustenta la acción.”¹¹⁴ De esta manera, el autor actúa dolosamente cuando conoce el tipo objetivo y entonces se dispone a realizar la acción allí descrita, lo que exige una concordancia entre lo que se conoce y lo que se pretende llevar a cabo, lo que lleva a que en casos de error, dicha congruencia desaparezca, debido a que el componente intelectual del dolo quedará excluido.

El delito de violación, es en todas sus formas doloso; se exige el dolo directo, ya que, sea por el abuso de la situación, sea por la violencia o las amenazas, es incompatible cualquier otra clase de dolo, como el indirecto o el eventual.

En este sentido es interesante la posición de Díez Ripollés, respecto a esta discusión, ya que es su criterio que: “exige un elemento subjetivo de lo injusto, que no se identifica con el dolo. Tal elemento subjetivo existe en todos los supuestos de abuso sexual y

¹¹⁴ Donna. *Teoría del delito y de la pena*, t. 2. Astrea, Buenos Aires, 1995, pPág. 224 y ss.



estupro, y consiste en involucrar sexualmente a la víctima. Este elemento consiste en poder excitarse, satisfacerse sexualmente, e incluso causar algún tipo de displacer.”¹¹⁵

Ciertamente es distinta la conciencia y la voluntad de realizar el tipo objetivo de la tendencia de involucrar sexualmente a la víctima; hay actos, especialmente en la tentativa, que son equívocos, y no se podrían distinguir estas acciones de las meramente terapéuticas, de nuevo Díaz Ripolles: “Por tal motivo, una vez constatado el elemento subjetivo de la finalidad de involucrar, es preciso que exista el dolo respecto a la realización de los elementos objetivos del tipo. Ambos unidos configuran el tipo de violación. Por estas razones, sólo se admite el dolo directo.”¹¹⁶ La posibilidad del dolo eventual, según Nuñez, “se admite sólo en lo que atañe al conocimiento de la situación de la que el autor abusa o de la resistencia que se le opone.”¹¹⁷

En el supuesto de personas privadas de razón o de sentido, y en los demás supuestos de personas que no hayan podido consentir libremente la acción, es necesario también que el autor tenga conocimiento de esa situación y se aproveche de ella.

¹¹⁵ Díez R., *Ob. Cit.*, Pág. 498

¹¹⁶ *Idem*, Pág. 499

¹¹⁷ Nuñez, R, *Ob. Cit.*, Pág. 265



Lo mismo ocurre cuando la víctima resulta ser menor de 13 años. Como lo afirma Molinario¹¹⁸, “no es cuestión de revisar documentos de identidad, sino de lo que razonablemente puede apreciarse por el aspecto personal. Sin embargo, se han dado casos en los que la edad que representa la víctima es bien diferente de la real. Estos errores de tipo pueden producir dificultades, que se han reflejado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.”

2.4 Problemas referidos al error

Cuando Roxin trata el tema del error de prohibición “da como ejemplo clásico el del sujeto que mantiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental y no sabe en absoluto de esa prohibición.”¹¹⁹ Luego, plantea el caso del Tribunal Federal alemán que sostuvo que había error de prohibición invencible en el caso en el cual dos labradores habían tenido relaciones sexuales con una mujer enferma mental y esterilizada, sin tener absoluta conciencia de la prohibición de dichas relaciones.

Además, afirma Roxin que, “Si los sujetos no tuvieron en modo alguno dudas, si además creían moverse en un ámbito privado no regulado jurídicamente y, en vista del

¹¹⁸ Molinario, A. *Los delitos, t. 1.* . TEA. Buenos Aires, 1996, Pág. 435

¹¹⁹ Roxin, C. *Derecho Penal. Parte general, t. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.* Traducción de la 2ª edición alemana y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Civitas.Madrid, 1997, § 21, Pág. 871



asentimiento de la mujer, tampoco tenían conciencia de perjudicar, no existió para ellos ningún motivo para reflexionar sobre una posible antijuridicidad de su conducta.”¹²⁰

Siempre en esta tónica del error de prohibición, es preciso analizar la posibilidad de que un sujeto mantenga acceso carnal con una mujer menor de 13 años inmadura sexualmente, en la creencia de que se trata de una mujer mayor de esa edad y no de una menor de 16 años. En este caso, respecto del tipo penal de violación falta el dolo, pues el autor cree que la mujer es mayor de 13 años y con relación al delito de estupro, no concurre un elemento objetivo ya que la víctima es menor de esa edad. Aunque hay que considerar que en el delito de violación prepondera la acción “con violencia”.

Afirma Donna que, “La atipicidad de la conducta se fundó en que el error del sujeto sobre la edad de la víctima impide la calificación de la conducta como delito de violación, en tanto que la edad de la mujer –objetivamente menor de 13 años- obsta al encuadre del hecho como delito de estupro y es por tanto un supuesto de atipicidad.”¹²¹

Chiappini por su parte opina “ha sostenido la impunidad porque faltan los conocimientos necesarios para el dolo de violación y también faltaría el sujeto pasivo del estupro.”¹²²

Sin embargo, la opinión que encuadra la conducta en el delito de estupro afirma que el

¹²⁰ *Idem*, Pág. 888

¹²¹ Donna, *Delitos contra la ...*, *Ob. Cit.*, Pág. 76

¹²² Chiapini citado por Donna, *Ob. Cit*, Pág. 77.



error del autor acerca de la edad de la mujer excluye su dolo respecto del delito de violación, pero la conducta encuadra en la figura de estupro y, por tanto, es aplicable la pena prevista para este delito.

El error del autor descartaría la realización típica de la figura de violación, tanto en su forma consumada como en la tentativa, en virtud de la inexistencia del dolo para llevar a cabo aquel tipo penal por parte del autor. Asimismo, la falta de uno de los elementos del tipo objetivo, determinado por la insuficiente edad de la víctima, impide admitir la eventual impunidad como delito en grado de tentativa, así como también, que el hecho configure estupro consumado de nuevo Donna “En efecto, el sujeto activo que cree tener acceso carnal con mujer mayor de 13 años y menor de 16, y lo tiene con una niña menor de esa edad, lleva a cabo una acción con el fin de cometer un delito determinado (estupro), cuya consumación es imposible como tal por la falta de idoneidad del sujeto sobre el que recae la acción.”¹²³

Dentro de este espectro dogmático penal y a pesar de él, no hay motivos para dejar de penar a quien ha dirigido su voluntad de realización a concretar un hecho que no pudo consumar, ya sea porque la imposibilidad provino del sujeto, del objeto atacado, o del medio empleado. Respecto a ello, Welzel critica a la teoría de la ausencia del tipo al afirmar que: “[...] la transformación de la voluntad de cometer un delito en un hecho exterior es, sin embargo, una tentativa, y aun en estos casos el autor cumple con ello

¹²³ Donna, *Ob. Cit.*, Pág. 77



[...].”¹²⁴ Consecuentemente, no se excluye la punibilidad de la tentativa por inidónea; es decir, porque no pueda alcanzarse la consumación por la acción realizada por el autor.

La tentativa inidónea –hay que tenerla presente- es aquella que bajo ninguna circunstancia puede conducir a la consumación del delito, sobre la base de que los elementos típicos representados por el autor en su dolo no se encuentran presentes, ya sea que el objeto sea inidóneo o lo sea el medio, o en definitiva el propio sujeto. Sin embargo aclara Donna: “existen tanto el aspecto volitivo como el cognitivo, por lo que la tentativa inidónea es punible, con lo cual, no hay duda de que se está en presencia de una tentativa inidónea de estupro, ya que manda, en todo caso, el dolo del autor.”¹²⁵

2.5 Consumación y tentativa

Tal como se ha venido afirmando opina Ricardo Nuñez “el delito de abuso sexual con acceso carnal (violación) se consuma precisamente con el “acceso carnal”, cualquiera sea el grado de penetración, de modo que no se requiere penetración completa ni el perfeccionamiento fisiológico del acto sexual.”¹²⁶

¹²⁴ Welzel, H. *Derecho Penal, Parte general*.

¹²⁵ Donna, *Ob. Cit.*, Pág. 80

¹²⁶ Nuñez, R. *Ob. Cit.*, t. IV, Pág. 281



Aquí vale acotar el primer párrafo del Artículo 173 del CP guatemalteco, sobre que se considera **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 los a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años.”

La violación admite la tentativa, al ser un delito de resultado, por tal motivo, antes de la penetración serán admisibles actos de ejecución que, guiados por el dolo de violación, se conduzcan hacia el fin propuesto, y que no se consume por razones ajenas a la voluntad del autor.

La tentativa es Carmona: “una manifestación delictiva con un déficit en el tipo objetivo o, dicho en otros términos, en la tentativa se da que, junto a un tipo penal subjetivo cumplido plenamente, existe un tipo penal objetivo incompleto.”¹²⁷ Al respecto Donna cita sintéticamente la resolución del Tribunal Supremo de España que siguiendo la tesis del delito frustrado dice: “ha sostenido que existe frustración en los casos de tentativa cuando existe una desproporción entre los órganos genitales del varón y de la mujer como sujeto pasivo.”¹²⁸ Habrá tentativa de violación cuando la acción del autor tenga, desde un punto de vista objetivo, un déficit, que en este caso consiste en la falta de penetración, por razones ajenas al autor, acción que debe encuadrar en el comienzo de ejecución del acto.

¹²⁷ Carmona S. *Ob. Cit.*, Pág. 265

¹²⁸ STJ de España, 21-10-69 en DONNA, *Ob. Cit.*, Pág. 80



En el tan discutido problema de cuándo hay comienzo de ejecución, en el planteo del delito de violación fue el que llevó a demostrar el error de la teoría formal objetiva, ya que si existía tentativa al realizar una parte del núcleo del tipo, la consecuencia era que en el delito de violación no se podrían dar actos de tentativa. Es por ello que se tomó en cuenta en la tentativa –de acuerdo con Frank-: “las acciones que por su vinculación necesaria con la acción típica eran parte integrante de ella, pero ahora teniendo en cuenta la directa puesta en peligro del bien jurídico, de acuerdo a un juicio *ex ante* basado en la experiencia *ex post*.”¹²⁹

Se ha tenido a bien manejar un circuito que va desde la teoría intermedia, basada en la teoría subjetiva, teniendo en cuenta la voluntad criminal revelada, pero complementada por la teoría de la impresión teniendo en cuenta el peligro corrido por el bien jurídico para ir estableciendo estas modalidades de tentativa.

Es decir, serán actos preparatorios aquellos que requieren otros actos, incluso de terceros, para que se comience a lesionar el bien jurídico, en este caso la libertad sexual, para Maurach y Gössel es: “El estadio de la tentativa es alcanzado por una acción que, si bien no es propiamente la acción típica, no está separada de ella por actos parciales (teoría de los actos parciales).”¹³⁰ Consecuentemente, habrá tentativa

¹²⁹ Frank citado por Donna, Edgardo Alberto. *Derecho penal, parte general. La Tentativa-omisión*. Rubinzal-Culzoni. Argentina, 1999, pPág. 30 y ss.

¹³⁰ Maurach, R. y Gössel *Derecho Penal. Parte general. T. II*. Astrea. Buenos Aires, 1995, § 40, No. marginal 48



cuando el sujeto comience con los tocamientos impúdicos, pero no cuando el autor a su víctima al lugar de los hechos.

Para Frías Caballero: “habrá tentativa de violación cuando el autor sobrepase el mero principio de ejecución y que no haya alcanzado el su realización práctica el momento consumativo así determinado.”¹³¹ Sin embargo, para Frías Caballero: “si el propósito del autor no era acceder carnalmente a la víctima y lo limitó a factores de naturaleza sexual pero que excluían el coito, se está entonces, ante un abuso sexual simple o gravemente ultrajante.”¹³² Según el CP guatemalteco, Artículo 173 Bis, esta acción se denomina **Agresión sexual**, tomando en cuenta que quien cometa este acto lo haga con violencia física o psicológica, con fines sexuales o eróticos a otra persona... siempre que no constituya delito de violación.

Vale la pena, a criterio de Donna, transcribir lo que la jurisprudencia argentina ha expedido sobre el punto en cuestión. “[...]Para calificar un hecho como tentativa de violación debe poderse establecer que el propósito del agente era el acceso carnal en el que la violación consiste y no simplemente un torpe desahogo, cosa no infrecuente y que hace encuadrar el hecho como abuso deshonesto consumado [...] El valor exculpante del desistimiento de una tentativa de violación, no excluye que el autor pueda ser responsabilizado por los actos cometidos durante el proceso ejecutivo del

¹³¹ Frías Caballeros, *Ob. Cit.* 106, Pág. 308

¹³² Donna, *Derecho Penal... Ob. Cit.*, Pág. 83



delito incompleto y que a su turno sean constitutivos de abuso deshonesto sexual”, tras la reforma de la ley 25.087), que es la figura subsidiaria anterior [...].”¹³³

Como toda tentativa, la de violación pudo ser desistida en palabras de Creus: “el autor puede pero no quiere.”¹³⁴ En tal caso –afirma Creus- que “la tentativa será impune, pero deja vigente la pena aplicable por otras figuras penales que no se hubieran consumado en el transcurso del procedimiento encaminado al acceso carnal (lesiones graves, privación de la libertad, etc.).”¹³⁵

Los requisitos del desistimiento serán diversos según el desarrollo alcanzado por la acción del autor; el desistimiento no es posible si el hecho ha sido detenido por un tercero, ya que a partir de ese momento ya no puede ser voluntario.

2.6 Concurso con otros delitos

Las lesiones leves producidas por la violencia ejercida para lograr el acceso carnal, y las propias originadas del mismo (rotura del himen) para Carmona: “quedan absorbidas por la figura de violación, en virtud del principio de consunción de acuerdo a Carmona

¹³³ Cámara Nacional Criminal, sala I, 29-6-88, causa 33.544, “Verón, Luis”, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1988, No. 2, abril-mayo-junio, Pág. 200; sala V, 3-4-81, causa 13.296 “Garnica, B.”, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1981, Pág. 100 en DONNA, *Derecho Penal... Ob. Cit.*, Pág. 83

¹³⁴ Laje A., Juan. *Comentarios al Código Penal. Vol. II.* Depalma, Buenos Aires, 1979, Pág. 343

¹³⁵ Creus, *Ob. Cit.*, Pág. 195



Salgado.”¹³⁶ Las lesiones inferidas a la víctima, antes o durante el acceso carnal puro sadismo, constituye un delito independiente que concurre con el de la violación, al igual que las inferidas con posterioridad al acto, cualquiera fuera el motivo.

Núñez ha sostenido que:

“...las lesiones y la muerte de la persona resultantes del acceso, no concurren ni ideal ni materialmente con ella, afirmando que, de ser así, cuando el resultado ha sido buscado, es decir intencional, el mínimo de la pena que corresponda sería más benigno que cuando el resultado ha sido preterintencional.”¹³⁷

Respecto de las amenazas, la coacción y la privación de libertad, son tipos delictivos siempre que estas se empleen con el único fin de reducir a la víctima para consumar el acto violatorio, en virtud de que no se concibe la violación de la libertad sexual sin vulnerar al mismo tiempo la libertad personal. Sin embargo, esa privación de la libertad que queda absorbida por la conducta de abuso sexual con acceso carnal es la estrictamente necesaria para la violación.

¹³⁶Carmona S., *Ob. Cit.*, Pág. 267

¹³⁷ Nuñez, R, *Ob. Cit.*, Pág. 268 y ss.



La postura dominante sostiene que cuando la privación de libertad se prolonga en el tiempo se computará como un hecho independiente que concurrirá real o materialmente con el delito de violación. En lo referente al abuso sexual, todo tocamiento impúdico y concomitante al acceso carnal es, en principio, absorbido por la figura de la violación.

Es necesario aclarar en cuanto a que el delito de violación concurre idealmente con el de corrupción de menores, pues si bien parte de la doctrina y jurisprudencia opinan que “la figura más grave por la consunción absorbe a la de menor gravedad, ello no ocurre necesariamente dado que, aunque pueda haber violación o tentativa de ella sin corrupción, ello no ocurre cuando se tiene acceso carnal violento.”¹³⁸

Por otra parte, también se ha dicho que configura únicamente el delito de violación la conducta de un procesado que en un lugar oculto accedió carnalmente a una menor de 9 años de edad, no debiendo calificarse el mencionado ilícito en concurso ideal con el delito de corrupción para E. Donna: “La cuestión constituye un aparente concurso de leyes, toda vez que no cabe una doble calificación legal de la conducta, ya que ésta queda atrapada por la figura de violación, resolviéndose así el caso por la relación de consunción que entre ambas figuras penales se opera.”¹³⁹

¹³⁸ E. Acosta, Sala IV, 19-12-91, causa 40.474, en *Boletín de Jurisprudencia*, año 1991, No. 5 citado por Donna, *Ob. Cit.*, Pág. 85

¹³⁹ *Boletín de Jurisprudencia*, año 1981, No. 3, mayo-junio, Pág. 134 citado por DONNA, *Ob. Cit.*, Pág. 85



2.7 Acción penal

La violación es un delito perseguible por acción pública, dependiente de instancia privada de la persona ofendida, de su tutor, guardador o representante legal, salvo que existiera un resultado de muerte de la víctima o que fuera cometido contra un/una menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuera por uno de sus ascendientes, tutor o guardador. Inclusive, se prevé que de existir intereses gravemente contrapuestos entre aquéllos y el/la menor, el fiscal podrá actuar de oficio, si así resultara más conveniente para el interés superior del/la menor.

Existen legislaciones que admiten en su articulado, que la víctima, aunque sea menor de edad, pueda efectuar denuncia asesorada y/o representada por “instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro, para la protección o ayuda a las víctimas”. Es criticable, por cierto, que al existir el abuso sexual, tengan que entrar al panorama de la denuncia instituciones oficiales o privadas que nada tienen que hacer en la decisión, cuidado y protección que los padres tienen para con sus hijos.

Como se citara con anterioridad, la acción penal para este tipo de delito se encuentra regulada en el Artículo 197 del CP guatemalteco, en el cual se hace énfasis en una serie de circunstancias, pero vale la pena hacer ver que el ejercicio de la acción penal no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar. Asimismo, que el hecho de que



exista el perdón por parte de la persona ofendida o de su representante legal, no extingue la acción penal, responsabilidad penal o la pena impuesta.

El énfasis en estos dos aspectos conformantes de la **acción pública** son sumamente importantes para el desarrollo del presente trabajo de tesis, toda vez que trata sobre la retractabilidad de niñas menores de 13 años que han sido abusadas sexualmente y violadas, quienes al momento de ratificar su relato de victimización durante el proceso deciden no hacerlo por temor a las represalias familiares, cuando el victimario es alguien perteneciente a su núcleo familiar.

2.8 De las características de la indemnidad de las víctimas vulnerables al abuso sexual y a la violación

2.8.1 Víctima sin consentimiento libre

Aquí, la fórmula vendría a ser análoga a la empleada por el legislador en el delito de estafa, en el sentido de que se enumera una serie de situaciones en las cuales la víctima no ha tenido la libertad de decidir, las que no hay que confundir con la motivación de la persona, rematando con la expresión “*que la víctima por cualquier causa no ha podido consentir libremente.*” Con lo que se demuestra que el legislador no tiene memoria histórica ni conocimiento científico, porque hubiera bastado estudiar



lo que ha sucedido con otros tipos penales así redactados para no incurrir en el mismo error.

En esta fórmula se englobarían todas las situaciones que han sido tratadas por la doctrina, la jurisprudencia y que los propios Códigos han receptado. Entre ellas resultan de relevancia cierto tipo de categorías.

2.8.2 Víctima privada de razón

Entre las categorías incluidas se encuentra la de la persona “privada de razón” que es quien no posee la capacidad de comprender, en este caso, el significado del acto sexual para R. Nuñez es: “Dicha situación, se diferencia del supuesto de la menor de 13 años, porque en ésta, a los efectos de apreciar la capacidad de la víctima, deberá determinarse su edad sin examen de su capacidad real de comprensión, en tanto que la falta de razón exige que ello se averigüe.”¹⁴⁰

¹⁴⁰ R. Nuñez, *Ob. Cit.*, t. III, Pág. 255



Así, Núñez¹⁴¹sostiene que,

“... es necesario que se trate de un trastorno de las facultades semejante a los que produce la inimputabilidad delictiva. Dentro de este contexto se podrían incluir todas las anomalías o deficiencias idóneas para perturbar las capacidades cognoscitivas, valorativas y ejecutivas del sujeto afectado, tales como las psicosis y oligofrenias graves”.

Distinto trato deberá darse a esta hipótesis respecto al “consentimiento” del caso de una menor de 13 años, toda vez que esta última nunca estuvo en condiciones de consentir válidamente tal acto; en cambio, en los casos en que se compruebe que durante un intervalo lúcido el sujeto pasivo prestó consentimiento para que se consumara la conducta típica y luego perdió la razón, se considera que la incapaz consintió en plena capacidad. No obstante, para que dichos actos se entiendan consentidos, deben concordar sustancialmente con el asentimiento otorgado.

La justificación de la punición reside en el abuso de la situación de la persona privada de razón; por ello, no alcanza que el sujeto pasivo esté privado de razón, sino, además, que el autor abuse de la situación así lo dice E. Donna: “Por ende, el autor debe saber el estado de la víctima y querer realizar el acto sexual aprovechándose de tal

¹⁴¹ Núñez de Arco, *Ob. Cit.*, t. II., pPág.36 y ss.



situación.”¹⁴² Si esto es así, no habría dificultad en aceptar que estas personas tienen relaciones sexuales, ya que de lo contrario se las estaría condenando a una especie de abstención sexual perpetua.

2.8.3 Víctima privada de sentido

En este caso específico, el autor se aprovecha del estado de la víctima, la que se encuentra privada de sentido para comprender el acto; esto supone la carencia o grave perturbación de las facultades cognitivas y volitivas de la víctima, por razones no patológicas.

Son casos que la doctrina y la jurisprudencia han conceptualizado como formas de pérdida o trastorno de la conciencia, que le impiden a la víctima comprender la significación de su acto. Se puede ejemplificar como: sueño, ebriedad total, desmayo, sonambulismo, entre otros. También este estado debe ser aprovechado por el autor, habida cuenta que rigen las mismas razones que se han descrito para las personas privadas de razón.

Como dato de interés se puede tomar la opinión de Carrara¹⁴³ al referirse a la mujer ebria o dormida:

¹⁴² Donna, *Derecho Penal...* t. 2, pPág. 224 y ss.



“[...] El sueño o la ebriedad de la mujer no agotan por sí solos la materialidad de la violencia, que exige siempre una voluntad contraria; constituye una mera presunción de violencia que debe ser completada con la prueba directa de esa voluntad contraria. Es decir, cuando se comprueba que la mujer, de quien se abusó mientras se encontraba en ese estado, habría consentido al encontrarse en el libre ejercicio de su entendimiento o voluntad, no hay delito punible [...]”

Está claro que el tipo penal no requiere que el autor haya puesto a la víctima en estado de inconsciencia, por el uso de medios hipnóticos o narcóticos, ya que lo aludido hace al empleo de violencia, se está, entonces, ante la primera hipótesis analizada en este estudio.

En consecuencia, en los casos en que el abuso sexual y la violación se efectúan sin el consentimiento de la víctima mientras ella se encuentra sumida en el sueño, se configura el delito, porque la víctima no pudo consentir libremente la acción, situación de la que el autor se aprovechó.

¹⁴³ Carrra, *Ob. Cit.*, t. IV, §1516



2.8.4 Víctima imposibilitada de resistir el acto

Este supuesto es aquel caso en el cual la víctima puede comprender el sentido del acto, pero no puede oponerse materialmente a su ejecución en virtud de un impedimento material que la imposibilita, cuya base se encuentra en una ineptitud física.

Tal imposibilidad física para repeler el acto sexual debe ser total, toda vez que ante la mínima fuerza que practique la víctima para resistir la acción del autor, que incite al sujeto activo a la utilización de fuerza para vencer tal resistencia, se estará frente a la hipótesis de violencia.

El estado de vulnerabilidad debe provenir de un estado físico o de salud, entendido tal como cualquier proceso patológico orgánico-funcional que le impida al sujeto pasivo oponer resistencia al acto sexual de acuerdo a su voluntad (parálisis, hemiplejía, estado febril, entre otros.)

Un impedimento psíquico que excluya la reacción física adecuada de la víctima por incomprensión del acto, cae en la hipótesis de falta de razón o de sentido. Basta solamente con que la víctima carezca del poder de resistencia al acto, aun cuando dicha imposibilidad haya sido causada por personas ajenas al autor y que este se



aproveche de ella, para incluir su conducta en el supuesto en análisis. Se exige, tanto, el dolo del autor, y el aprovechamiento de la situación de la víctima.

2.9 Consentimiento y exclusión de tipicidad

La existencia del consentimiento puede traer aparejadas diferentes consecuencias según las diferentes hipótesis contempladas en el tipo penal. De esta manera, en los casos en que las víctimas fueran menores de 13 años, se incurre siempre en abuso sexual y violación, sea que la víctima preste o no su consentimiento.

La razón es, como se ha dicho oportunamente, que la ley considera que dicho consentimiento, en caso de existir, es inoperante por la falta de madurez necesaria de la víctima para discernir el significado y alcance del acto. En virtud de ello, exista o no consentimiento de la víctima, siempre la conducta será típica.

Respecto de la víctima privada de razón, que presta su consentimiento, este, en principio, deviene irrelevante, pues el sujeto pasivo carecía de las facultades mentales – o aquellas se encontraban alteradas-, circunstancia que le impedía elegir con total libertad y lucidez. Pero, si no ha existido el aprovechamiento de este estado, la conducta es atípica. Sin embargo, si el autor comienza a realizar los actos impúdicos a



la mujer que se encuentra profundamente dormida y ésta despierta inmediatamente consiente el acto, no habrá abuso sexual ni violación.

En cuanto a la violencia y a las amenazas, para que se configure la conducta típica, la víctima deberá oponer resistencia a la acción del autor, lo que será demostrativo de su falta de consentimiento. Sin embargo, dice Creus: “si luego de ofrecer resistencia la víctima desiste por agotamiento o por miedo no debe entenderse como consentimiento.”¹⁴⁴

2.10 Víctima menor de 13 años abusada sexualmente y violada

Habrà abuso sexual y violación si la víctima es menor de 13 años, aun con su consentimiento. La criminalidad reside en la falta de madurez mental del o la menor para entender el significado fisiológico del acto sexual, en el sentido cultural, situación de la que el sujeto activo se aprovecha y abusa para lograrlo.

La ley presume *iuris et de iure* la falta de conocimiento por la edad y voluntad de la víctima y, por ende, la imposibilidad de prestar consentimiento para el acto. No es que la ley presuma la falta de capacidad de consentimiento de la menor, sino que la

¹⁴⁴ Creus, *Ob. Cit.*, Pág. 194



presunción es sobre la validez del consentimiento jurídico. Es, como afirma Nuñez “Una presunción basada en razones de cultura y no de aptitud sexual propiamente dicha.”¹⁴⁵

En cuanto al uso de la violencia debe entenderse como tal el empleo de violencia material, esto es energía física aplicada por el autor sobre la víctima o en su contra con el fin de anular o vencer su resistencia, y con ello abusar sexualmente.

El abuso sexual y la violación se logran violentamente cuando su realización supone la resistencia física consciente de la víctima y el vencimiento por el autor del hecho. Así lo señala Nuñez: “Entre la violencia y resistencia debe mediar una relación de oposición respecto del objetivo sexual del autor.”¹⁴⁶ La violencia material consiste en una energía física, animal, mecánica o de otra naturaleza, ejercida por el autor o por un partícipe sobre la víctima, con el propósito de lograr la ejecución de los actos libidinosos.

La resistencia constituye un elemento fundamental para estimar la existencia de violencia física. Deberá entonces, analizarse en cada caso si la voluntad contraria de la víctima, exteriorizada mediante actos, fue vencida por el empleo de la fuerza física; esta deberá ser bastante como para vencer una resistencia seria y constante. No se

¹⁴⁵ Nuñez, *Ob. Cit.*, t. III, Pág.254

¹⁴⁶ Nuñez, *Ob. Cit.*, t. IV, Pág. 259



requiere el empleo brutal de ella, ni una resistencia heroica de la víctima, bastando sea capaz de sujetar e inutilizar la resistencia de una persona común.

Puede darse la situación en que el autor hace ingerir a la víctima estupefacientes con el fin de disminuir o anular la resistencia que esta pudiera oponer. El ofrecimiento y aceptación de la droga no quita el carácter delictivo pues el autor se valió de la debilidad de la víctima, o sabía que la oposición a los actos del autor iría desapareciendo suministrando estupefacientes. Esa fue, entonces, la finalidad buscada por el autor para abusar sexualmente de su sujeto pasivo –un niña menor de 13 años- haciéndole perder su capacidad de poder oponerse a tales actos, lo cual le permitió obtener ventajas que, de otro modo, le hubiera sido difícil de lograr, pues la víctima hubiera podido pedir ayuda gritando.

Se vuelve a insistir aquí, que el bien jurídico sigue siendo la libertad de la persona, de modo que el consentimiento logrado por la aceptación de la víctima podría no ser válido, pero la legislación actual devenida de los Convenios Internacionales, ha regulado fehacientemente, que una menor de 13 años no tiene la capacidad de aceptar consensuadamente una relación sexual.



2.10.1 La resistencia

Existe efectivamente resistencia cuando la víctima se opone y la exterioriza tal oposición, sin que sea necesario que tal oposición sea desesperada y que haya vencido todos los esfuerzos, obviamente que dicha resistencia es inconcebible sin la violencia del autor o viceversa.

La resistencia deberá ser seria, esto es, verdadera, no fingida, que es en última instancia la expresión de una voluntad manifiestamente contraria al acto. Debe ser, además, constante, que se refiere al tiempo de dicha resistencia, con igual grado e intensidad opuesta, no adoptada al principio y luego abandonada. Es de destacar que la constancia en el grado e intensidad debe surgir de la voluntad y no de la fuerza física de la víctima que, lógicamente, irá disminuyendo por el cansancio a medida que se la ejerce; el cesar de la víctima en su accionar, ya sea por agotamiento o temor que el acto inspira, no deberá, en ningún caso, entenderse como consentimiento.¹⁴⁷

En cambio, no es resistencia la vergüenza o el pudor que constituye la coquetería, ya que si bien para vencerla hay que usar cierto grado de fuerza, la intención del sujeto pasivo es consentir al acto libidinoso, lo cual, por no haber voluntad opuesta, descarta

¹⁴⁷ Nuñez, *Ob. Cit.*, t. IV, Pág. 260



cualquier tipo de abuso sexual. Estos conceptos siguen vigentes aun cuando pareciera deducirse la falta de importancia del consentimiento de la víctima.

Suele suceder, cuando el legislador no maneja técnicamente el tema y cuando quiere proteger con mayor vigor un bien jurídico, que termina desprotegiéndolo, por suerte, el intérprete puede, con ley en mano, argumentar de acuerdo a los principios legales correctos.

Por otro lado, el uso de amenazas equivale a la intimidación; es este todo acto de violencia moral, idónea para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que este se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente le propone. Se trata de la violencia moral o vis compulsiva, que consiste en la amenaza de un mal futuro que el autor profiere a la víctima, el temor debe ser razonable y tener fundamento, ya que eso es requisito básico de la amenaza.

Representa la amenaza de sufrir un mal grave, injusto, determinado, posible, futuro y dependiente de la voluntad del autor, el cual podrá recaer sobre cualquier bien, persona, o interés del sujeto pasivo. El anuncio del mal debe ser de tal magnitud que intimide a la víctima y que le infunda un miedo que doblegue su resistencia.



La amenaza según un grupo de autores, debe ser inmediata o inminente con relación a la situación de peligro para la víctima, de modo que no se dará el delito si dicha circunstancia temporal no ocurre.¹⁴⁸ Otro grupo de autores admite que el mal amenazado sea futuro, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.¹⁴⁹ Nuñez, si bien no se pronuncia de una manera tajante, afirma que: “el mal a producir sea de inmediato o luego, bastando que haya producido efecto en la víctima.”¹⁵⁰

No es un problema menor el que está relacionado con la gravedad de las amenazas; el criterio objetivo, sustentado por Gimbenart, sostiene el sentido de que el mal que se obliga a la víctima a soportar debe ser también muy grave. Muñoz Conde ha respondido a esta tesis que ella olvida la posición concreta de la víctima. Núñez de Arco es bastante claro al afirmar que la amenaza de un mal para algunas personas puede ser grave, en cambio para otras no, Y esto tiene que ver con la psiquis de cada persona, sus miedos, su condición cultural, entre otros.

La amenaza de un mal también puede dirigirse contra terceros, como a la propia víctima, solo se podrá discutir si el tercero tiene un vínculo ya familiar o de otro tipo. La doctrina alemana limitó el caso a la existencia del vínculo, pero según Núñez: “no es impensable el caso que ponga a una niña menor de 13 años en la alternativa de aceptar la relación sexual, caso contrario se mata a otra persona. No hay duda que en

¹⁴⁸ Gimbenart O. *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español*, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990

¹⁴⁹ Carmona S, *Ob. Cit.*, Pág. 252

¹⁵⁰ Nuñez, *Ob. Cit.*, t. IV, Pág. 263



estos supuestos, la aceptación de la relación no sido hecho con la libertad que exige la ley.”¹⁵¹

A través del recorrido dogmático-doctrinario realizado en el presente camino, se ha ido aclarando el panorama para enfocar en la realidad de las niñas menores de 13 años que por circunstancias ajenas a su voluntad han sido abusadas sexualmente y violadas brutalmente, y que, aun así, muchas veces el mismo miedo a su victimario las hace guardar silencio o, retractarse de la denuncia presentada en contra de su agresor.

En el siguiente capítulo, se desarrollará la temática en torno a la niñez y la adolescencia, su vulnerabilidad y la enorme responsabilidad que el Estado ha dejado de lado para el soporte jurídico-institucional y terapéutico necesario para la reincorporación de estas víctimas a una vida social saludable e integral. Sumado a ello, también se enfocará en un último capítulo, la responsabilidad que adquiere un juzgador ante la retractabilidad presentada por una niña que ha sido abusada sexualmente y violada por un familiar cercano, y que por el temor al rechazo de la familia prefiere no ratificar su relato victimal ante el juez durante el proceso.

Ante estas circunstancias, el juez, quien de oficio deberá juzgar y resolver ante este delito, deberá tomar en consideración una serie de factores que no necesariamente

¹⁵¹Nuñez de A, La Víctima... *Ob. Cit.*, Pág. 42



serán expresados por la víctima, pero que son notorios ante el juzgador quien al considerar la existencia de responsabilidad en el denunciado-agresor deberá sentenciar no solo apegado a la ley sino a partir de su propia experiencia surgida de casos similares.





CAPÍTULO III

3. La victimización de la niñez por el delito de violación y las consecuencias criminológicas

Los primeros estudios sobre abuso sexual a niños/niñas comenta Benjamin Karpman: “no estaban dirigidos directamente a la comprensión de la víctima sino que, como todos los trabajos criminológicos, miraban a la descripción del autor del delito.”¹⁵² De esta manera, Hilda Marchiuri advierte que “las víctimas niños/niñas estaban mencionadas en esos estudios, en forma breve; interesaba el criminal sexual y las motivaciones que lo conducían al delito.”¹⁵³

Los estudios e investigaciones¹⁵⁴ sobre abuso sexual y violación a niños/niñas han advertido el creciente número, en las últimas décadas, de victimización en este grupo tan vulnerable. Las investigaciones victimológicas señalaban en un principio que los niños/niñas víctimas de los delincuentes sexuales eran atacados por personas desconocidas, siempre delincuentes de esta categoría.

¹⁵² B. Karpman, *El delito y los delincuentes sexuales*. Horme. Buenos Aires, Argentina, 1973.

¹⁵³ H. Marchiuri, *Víctimas vulnerables: niños víctimas de abuso sexual*. ILANUD. Costa Rica.

¹⁵⁴ Martin, H. *El niño abusado y la negligencia*. Cambridge. Ballinger, 1976



Posteriores trabajos han puesto de manifiesto el grado de conocimiento entre autor y la víctima, que según Donna: “encontrándose en un alto porcentaje de casos una relación familiar entre el sujeto activo y el pasivo; esto significa una victimización del niño o la niña por parte de un familiar.”¹⁵⁵

La edad de las víctimas, revela la patología psíquica del autor, pero también la absoluta vulnerabilidad de la víctima. Niñas de 3, 5, 6, 8 y 10 años víctimas de delitos, con un promedio de edad, según algunos victimólogos de 7 a 9 años, Marchiori señala: “La diferencia de edad entre el agresor sexual y la víctima señalan la vulnerabilidad, indefensión y miedo que siente la víctima. En estos delitos sexuales son víctimas tanto niñas como niños.”¹⁵⁶ Se considera que una de cada cuatro niñas y uno de cada diez niños han sido víctimas de algún tipo de abuso o intento de abuso sexual.

El tipo de abuso sexual más frecuente es el contacto sexual con adultos. Otros niños/niñas son obligados a presenciar actos sexuales de adultos o a participar en filmaciones pornográficas, nuevamente Marchiori: “La víctima en otros casos es tomada como objeto de venganza dirigida a la madre o padre de la niña.”¹⁵⁷

¹⁵⁵ Donna, *Delitos contra la integridad...* Ob. Cit., Pág. 95

¹⁵⁶ Marchiori, H. *Criminología. Víctimas Vulnerables*, en *Revista Victimología* No. 7. Córdoba, 1994

¹⁵⁷ Marchiori, Ob. Cit., Pág. 283



Las características de la víctima, generalmente una niña, muestran a una víctima que no comprende, por su edad, desarrollo físico, psicológico y social, la conducta del agresor, sus engaños y sus comportamientos sexuales, Luis Rodríguez expone “Es, como se ha venido afirmando, una víctima inocente y vulnerable. Asimismo, las consecuencias del abuso sexual son, en todos los casos, de extrema gravedad”¹⁵⁸, tales como daño físico, psicológico y socio-cultural.

El daño físico se manifiesta claramente en la zona genital; el daño emocional, por la situación traumática y de *stress* que pone en peligro la vida de la víctima; y, la fractura existencial que provoca consecuencias y que se extenderá para toda la vida del niño/niña, manifestada en desconfianza en la interacción social y cultural; en numerosas ocasiones sufren un daño irreversible en la identidad social.

Las situaciones postraumáticas producidas por este tipo de victimización provocan en el niño/niña trastornos de diversa índole, que van desde problemas en la alimentación, sueño, aprendizaje, psicomotricidad y lenguaje, hasta alteraciones en el comportamiento y graves perturbaciones emocionales, Marchiori amplía: “Otras consecuencias que deben ser contempladas, especialmente en víctimas niñas o adolescentes son embarazos, enfermedades venéreas y, en otros casos son objeto de una alta marginalidad social.”¹⁵⁹

¹⁵⁸ Rodríguez M, Luis. *Victimología*. Porrúa. México DF, México, 2010, Pág. 250

¹⁵⁹ Marchiori, *Ob. Cit.*, Pág. 284



Desde la perspectiva criminológica y victimológica, este tipo de delito quiebra, fractura la vida de una persona que padece la violencia del abuso sexual. Se produce un cambio existencial en la vida de la víctima relacionada con costumbres, hábitos, forma de visualizar a las otras personas y afecta sus relaciones en la edad adulta: su confianza, seguridad familiar, social y cultural.

El delito de violación o el delito de abuso sexual es una situación de alto *stress* que conmueve profundamente a la niña o niño que sufre de esta conducta destructora. Estas situaciones se agravan en los casos de vulnerabilidad de la víctima, por el grado de conocimiento autor-víctima (familiar) y las circunstancias de impunidad en que muchas veces queda el abusador.

Las consecuencias de esta forma delictiva para la víctima están lejos de ser comprendida en su verdadera dimensión, especialmente las consecuencias emocionales y sociales. Freedman se refiere a: “un cambio total en el rol de las personas que está provocado por el delito y las consecuencias traumatizantes que produce la comisión del mismo.”¹⁶⁰

La gravísima situación de victimización sufrida por la víctima, especialmente en niñas, conduce a silenciar el hecho delictivo. La agresividad, la impunidad, las amenazas pre-

¹⁶⁰ Freedman, M. *El papel del abuso sexual en la infancia en la formación de síntomas psicossomáticos en el adulto*, en *Revista Victimología* No. 11, 1994



delictivas y post-delictivas hechas por el agresor provocan un rotundo silencio en la víctima, especialmente por el temor causado por la grave victimización, le produce miedo a hablar por las amenazas del autor del delito. Sumado a ello, están las dificultades en poder relatar el abuso por la edad de la menor y por el tipo específico de delito y, la falta de credibilidad por parte de la familia sobre el relato de haber sido violada presentado por la niña.

El relato de su violación es silenciado por la niña porque el autor del mismo y la víctima pertenecen al mismo grupo familiar o el agresor es conocido por la víctima, dice Michael Freedman: “En el caso de una relación familiar, la niña siente temor por la conmoción sufrida y, fundamentalmente, porque el delincuente es conocido o familiar lo que agrava la victimización, lo que hace surgir el miedo a la repetición de la situación traumática y también porque la víctima se siente vigilada y controlada en su comportamiento por su agresor.”¹⁶¹

Valga acotar que la credibilidad del relato de victimización que expresa la víctima, especialmente en niñas, significa una ayuda esencial en su recuperación emocional y social desde una perspectiva asistencial. La credibilidad del relato significa respeto a su dignidad como persona, la comprensión de su sufrimiento y un buen aliciente para su tratamiento como sobreviviente de un hecho traumático.

¹⁶¹ Marchioril, *Ob. Cit.*, Pág. 291



En los delitos sexuales existe un peligro para la vida de la víctima que presenta mayor vulnerabilidad e indefensión; la víctima requiere que su familia comprenda la situación de extrema peligrosidad, la familia debe creerle a la víctima, desculpabilizarla porque ello constituye uno de los objetivos para la recuperación y protección de la víctima, Marchiori menciona que: “Para lograr esta comprensión es necesario que la familia reciba toda la información sobre las consecuencias victimológicas, sobre la gravedad de las lesiones físicas, emocionales y sociales, así como la extensión de ese daño que afectará la vida de la niña, sus relaciones, su confianza.”¹⁶²

3.1 Agresores sexuales, tipos de abusos y víctimas de riesgo

En la mayor parte de los casos el abuso sexual infantil suele ser cometido por *familiares* (padres, hermanos mayores, entre otros.) –es el incesto propiamente dicho- o por *personas relacionadas* con la víctima (profesores, entrenadores, entre otros.). Esto lo evidencian los investigadores Finkelhor y Lopez “En uno y otro caso que abarcan del 65% al 85% del total y que son las situaciones más duraderas, no suelen darse conductas violentas asociadas.”

Los abusadores sexuales, que frecuentemente muestran un problema de insatisfacción sexual, se ven tentados a buscar esporádicas satisfacciones sexuales en los menores

¹⁶² *Idem*, Pág. 293



que tienen más a mano y quienes menos se pueden resistir. En estos casos, agresores pueden mostrar distorsiones cognitivas para justificarse ante ellos mismos, por su conducta aludiendo que *“mi niña está entera”*, *“la falta de resistencia supone un deseo del contacto”*, *“en realidad, es una forma de cariño”*, entre otros.

La situación habitual incestuosa suele tener características específicas para su iniciación tales como un comienzo con caricias, un paso posterior a la masturbación y al contacto orogenital, y, solo en algunos casos, una evolución al cito vaginal, que puede ser más tardío (cuando la niña alcanza la pubertad). En otros casos, los agresores son *desconocidos*, Echevarria comenta: “Este tipo de abuso se limita a ocasiones aisladas, pero, sin embargo, puede estar ligado a conductas violentas o a amenazas de ellas. No obstante, la violencia es menos frecuente que en el caso de las relaciones no consentidas entre adultos porque los niños no ofrecen resistencia habitualmente.”¹⁶³

Por otra parte, las niñas con mayor riesgo de victimización son aquellas con una capacidad reducida para resistirse o revelarlo; como son las que todavía no hablan y las que muestran retraso del desarrollo y discapacidades físicas y psíquicas. Asimismo, dice Madansky: “son también sujetos de alto riesgo las niñas que se encuentran carentes de afecto en la familia, que pueden inicialmente sentirse halagados por la

¹⁶³ E. Echevarria, y P. de Corral, *Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia*, en *Cuadernos Medicina Forense*, 12(43-44), Enero-Abril 2006, Pág. 76



atención de la que son objeto, al margen de que este placer con el tiempo acaba produciendo en ellas un profundo sentimiento de culpa.”¹⁶⁴

3.2 Detección del abuso sexual y las secuelas emocionales en la víctimas

3.2.1 Detección del abuso sexual

Las conductas incestuosas tienden a mantenerse en secreto. Existen diferentes factores que pueden explicar los motivos de esta ocultación, para los autores Horno, Santos y Molino opinan: “por parte de la *víctima*, el hecho de obtener ciertas ventajas adicionales, como regalos o el temor a no ser creída, junto con el miedo a destrozarse la familia o a las represalias del agresor; y, por parte del *abusador*, la posible ruptura de la pareja y de la familia y el rechazo social acompañado de posibles sanciones legales.”¹⁶⁵

En una gran mayoría de casos de abuso sexual en las niñas, la madre tiene conocimiento de lo sucedido, situación que le puede llevar al silencio por temor a la pareja o el miedo a desestructurar la familia, Milner y Crouch opinan: “en otros, el estigma social negativo generado por el abuso sexual o el temor de no ser capaz de

¹⁶⁴ Madansky, D. *Abusos sexuales*. En Parker, S. y Zuckerman, B. (Eds.). *Pediatría del comportamiento y del desarrollo*. Masson. Barcelona, 1996, pPág. 355-362

¹⁶⁵ Horno, PÁG., Santos, A. y Molino, C. *Abuso sexual infantil: manual de formación para profesionales*. SavetheChildren. Madrid, España. 2001



sacar adelante por sí sola la familia.”¹⁶⁶ De ahí que el abuso sexual llegue a ser conocido de una forma accidental cuando la víctima decide revelar lo ocurrido –a veces a una amiguita o a una profesora- o cuando se descubre una conducta sexual casualmente por un familiar, vecino o amigo. El descubrimiento del abuso suele tener lugar bastante tiempo después (meses o años) de los primeros incidentes.

Entre los indicadores físicos, comportamentales y de tipo sexual en los menores víctimas de abuso sexual o violación se pueden observar diferentes señales, síntomas, signos.

a. Indicadores físicos	b. Indicadores comportamentales	c. Indicadores en la esfera sexual
<ul style="list-style-type: none"> - Dolor, golpes, quemaduras o herida en la zona genital o anal. -Cérvix o vulva hinchadas o rojas. -Semen en la boca, en los genitales o en la ropa. -Ropa interior rasgada, manchada y ensangrentada. -Enfermedades de transmisión sexual en genitales, ano, boca u ojos. -Dificultad para andar y sentarse. 	<ul style="list-style-type: none"> - Pérdida de apetito. - Llantos frecuentes, sobre todo en referencia a situaciones afectivas o eróticas. - Miedo a estar sola, a los hombres o a un determinado miembro de la familia. - Rechazo al padre o a la madre en forma repentina. - Cambios bruscos de conducta. - Resistencia a desnudarse y 	<ul style="list-style-type: none"> -Rechazo de las caricias, besos y del contacto físico. - Conductas seductoras, especialmente en niñas. -Conductas precoces o conocimientos sexuales inadecuados para su edad. - Interés exagerado por los comportamientos sexuales de los adultos. - Agresión sexual de un

¹⁶⁶ Milner J.S. y Crouch, J.L.. *El perfil del niño víctima de violencia*. En Sanmartín, J. (Ed.). *El laberinto de la violencia. Causas, tipos y efectos*. Ariel. Barcelona, 2004, pPág. 195-203



<p>-Enuresis o encopresis.</p>	<p>bañarse.</p> <ul style="list-style-type: none">- Aislamiento y rechazo de las relaciones sociales.- Problemas escolares o rechazo a la escuela.- Fantasías o conductas regresivas (chuparse el dedo, orinarse en la cama).- Tendencia al secretismo.- Agresividad, fugas o acciones delictivas.- Autolesiones o intentos de suicidio.	<p>menor hacia otros menores</p> <ul style="list-style-type: none">- Confusión sobre orientación sexual.
--------------------------------	---	--

Fuente: Echevarria y de Coral

En realidad; “solo en el 50% de los casos los niños y las niñas revelan el abuso; únicamente el 15% se denuncia a las autoridades y tan sólo el 5% se encuentran envueltos en procesos judiciales.”¹⁶⁷ Al tener los menores tantas limitaciones para denunciar los abusos sexuales y no presentar habitualmente manifestaciones físicas inequívocas (debido al tipo de conductas sexuales realizadas: caricias, masturbaciones, entre otros.), los indicadores más habituales figuran en la tabla anterior.

¹⁶⁷Echevarria y de Coral, *Ob. Cit.*, p . 79



Son probablemente los indicadores sexuales los que más están relacionados con la experiencia traumática; en todo caso, los indicadores deben valorarse de forma global y conjunta, ya que no se puede establecer una relación directa entre un solo síntoma y el abuso. De hecho, lo más útil puede ser estar pendientes de los cambios bruscos que tienen lugar en la vida de la niña.^{168/169}

3.2.2 Secuelas emocionales en las víctimas de abuso sexual

En cuanto a las secuelas emocionales en las víctimas de abuso sexual, hay que comprender, primeramente, que los menores muy pequeños pueden no ser conscientes del alcance del abuso sexual en las primeras fases, lo que puede explicar la compatibilidad de estas conductas con el cariño mostrado al adulto por el o la menor. Así, por ejemplo, hay niños y niñas que verbalizan el abuso sexual con frases como “*mi papá hace un pipí blanco*”, “*yo no me enteraba porque estaba dormido*”, “*me dice que no se lo diga a nadie*”, entre otros.

Dentro de este panorama de secuelas emocionales se encuentran las consecuencias a corto plazo,” para Finkelhor: las que presentan al menos un 80% de las víctimas y que

¹⁶⁸Echevarri, E y Guerrica Echevarria, C. *Abuso sexual en la infancia: concepto, factores de riesgo y efectos psicopatológicos*. En SAN MARTÍN, J. (Ed.). *Violencia contra niños*. Ariel. Barcelona, 199, Pág. 81-106

¹⁶⁹ D. Finkelhor. *Victimología infantil*. En Sanmartín, J. (Ed.). *Violencia contra niños*. Ariel. Barcelona, 1999, Pág. 149-218



son calificadas como consecuencias psicológicas negativas.”¹⁷⁰ El alcance del impacto psicológico va a depender del grado de culpabilización del niño o niña por parte de los padres, así como de las estrategias de afrontamiento de que disponga la víctima. “En general, las niñas tienden a presentar reacciones ansioso-depresivas; los niños, fracaso escolar y dificultades inespecíficas de socialización, así como comportamientos sexuales agresivos, agregan los autores Canton y Cortés”¹⁷¹

Respecto a la edad, los niños y niñas muy pequeños (en la etapa preescolar), al contar con un repertorio limitado de recursos psicológicos, pueden mostrar actitudes de negación de lo ocurrido, mencionan los visitados autores: “En los niños y niñas un poco mayores (en la etapa escolar) son más frecuentes los sentimientos de culpa y de vergüenza ante el suceso.”¹⁷² El abuso sexual presenta una especial gravedad en la adolescencia porque el padre puede intentar el coito, existe un riesgo real de embarazo y la adolescente toma conciencia del alcance de la relación incestuosa. No son por ello infrecuentes en la víctima conductas como huir de casa, consumo abusivo de alcohol y drogas, promiscuidad sexual e incluso intentos de suicidio.

¹⁷⁰ *Idem*, Pág. 155

¹⁷¹ Canton, J. y Cortés, M.R. *Malos tratos y abuso sexual infantil*. Siglo XXI. Madrid, 1996

¹⁷² J. Canton, y M.R Cortés, *Sintomatología, evaluación y tratamiento del abuso sexual infantil*, en Caballo, V.E. y Simón, M.A. (Eds.). *Manual de psicología clínica infantil y del adolescente*. Pirámide. Madrid, 2001, Pág.293-321.



Se pueden graficar las principales consecuencias a corto plazo del abuso sexual en niños, niñas y adolescentes bajo tres categorías: tipos de efectos, síntomas y período evolutivo.

Consecuencias a corto plazo del abuso sexual en menores y adolescentes

Tipos de efectos	Síntomas	Período evolutivo
Físicos	<ul style="list-style-type: none"> -Problemas de sueño (pesadillas) -Cambios en los hábitos de comida -Pérdida del control de esínteres 	<p>infancia y adolescencia</p> <p>infancia y adolescencia</p> <p>infancia</p>
Conductuales	<ul style="list-style-type: none"> - Consumo de drogas o alcohol - Hidas del hogar - Conductas autolesivas o suicidas - Hiperactividad - Bajo rendimiento académico 	<p>adolescencia</p> <p>adolescencia</p> <p>adolescencia</p> <p>infancia</p> <p>infancia y adolescencia</p>
Emocionales	<ul style="list-style-type: none"> - Miedo generalizado - Hostilidad y agresividad - Culpa y vergüenza - Depresión - Ansiedad - Baja autoestima y sentimientos de estigmatización - Rechazo del propio cuerpo - Desconfianza y rencor hacia los adultos -Trastorno de estrés postraumático 	<p>infancia</p> <p>infancia y adolescencia</p> <p>infancia y adolescencia</p> <p>infancia y adolescencia</p> <p>infancia y adolescencia</p> <p>infancia y adolescencia</p> <p>infancia y adolescencia</p> <p>infancia y adolescencia</p> <p>infancia y adolescencia</p>
Sexuales	<ul style="list-style-type: none"> - Conocimiento sexual precoz o inapropiado para su edad - Masturbación compulsiva - Excesiva curiosidad sexual - Conductas exhibicionistas - Problemas de identidad sexual 	<p>infancia y adolescencia</p> <p>infancia y adolescencia</p> <p>infancia y adolescencia</p> <p>infancia</p> <p>adolescencia</p>
Sociales	<ul style="list-style-type: none"> - Déficit en habilidades sociales - Retraimiento social - Conductas antisociales 	<p>Infancia</p> <p>Infancia y adolescencia</p> <p>Adolescencia</p>

Fuente: Echeburúa y de Corral



Las consecuencias a largo plazo en opinión de los referidos autores: “son más frecuentes y más difusas que las secuelas iniciales, pero pueden afectar, al menos, al 30% de las víctimas.”¹⁷³ Los problemas más habituales son, señalan Mas y Carrasco “las alteraciones en la esfera sexual –disfunciones sexuales y menor capacidad de disfrute, especialmente-, la depresión y el trastorno de estrés postraumático, así como un control inadecuado de la ira (en el caso de los varones, volcada al exterior en forma de violencia; en el de las mujeres, canalizada en forma de conductas autodestructivas.”¹⁷⁴

Se dan casos, sin embargo, en que el impacto psicológico a largo plazo del abuso sexual puede ser pequeño (a menos que se trate de un abuso sexual grave con penetración) si la víctima no cuenta con otras adversidades adicionales, como el abandono emocional, el maltrato físico, el divorcio de los padres, una patología familiar grave, entre otros.

Desde el punto de vista del trauma en sí mismo, lo que predice una peor evolución a largo plazo es la presencia de sucesos traumáticos diversos en la víctima, de nuevo Finkelhor: “la frecuencia y la duración de los abusos, la posible existencia de una violación y la vinculación familiar con el agresor, así como las consecuencias negativas

¹⁷³ Echeburua y de Coral, *Ob. Cit.*,, Pág. 80

¹⁷⁴ Mas, B. y Carrasco, M.A. *Abuso sexual y maltrato infantil*, en COMECHE, M.I. y VALLEJO, M.A. (Eds.). *Manual de terapia de conducta en la infancia*. Pirámide. Madrid, 2005, pPág. 231-266.



derivadas de la revelación del abuso (por ejemplo, rompimiento de los lazos familiares, poner en duda el relato del o la menor, etc.).”¹⁷⁵

Las secuelas a largo plazo están referidas a una sintomatología que se presenta en la vida adulta de las víctimas de abuso sexual durante la infancia. Estas pueden ser físicas, conductuales, emocionales sexuales y sociales.

Tipo de secuelas	Síntomas
Físicas	<ul style="list-style-type: none"> - Dolores crónicos generales -Hipocondría y trastornos de somatización - Alteraciones del sueño (pesadillas) - Problemas gastrointestinales - Desórdenes alimenticios, especialmente bulimia
Conductuales	<ul style="list-style-type: none"> - Intentos de suicidio - Consumo de drogas y/o alcohol -Trastorno disociativo de identidad (personalidad múltiple)
Emocionales	<ul style="list-style-type: none"> - Depresión - Ansiedad - Baja autoestima - Estrés postraumático - Trastornos de personalidad - Desconfianza y miedo de los hombres -Dificultad para expresar o recibir sentimientos de ternura y de intimidad
Sexuales	<ul style="list-style-type: none"> - Fobias o aversiones sexuales - Falta de satisfacción sexual - Alteraciones en la motivación sexual - Trastornos de la activación sexual y del orgasmo - Creencia de ser valorada por los demás únicamente por el sexo
	<ul style="list-style-type: none"> -Problemas en las relaciones interpersonales - Aislamiento

¹⁷⁵ Finkelhor,. Ob. Cit.,, Pág. 195



Sociales	- Dificultades en la educación de los hijos
-----------------	---

Fuente: Echeburúa y de Corral

3.3 Factores mediadores del abuso sexual infantil

No todas las personas reaccionan de la misma manera frente a la experiencia de victimización, ni todas las experiencias comparten las mismas características. El impacto emocional de una agresión sexual está modulado por cuatro variables, en opinión de Echeburúa y De Corral: “*el perfil individual* de la víctima (estabilidad psicológica, edad, sexo y contexto familiar); las *características del acto abusivo* (frecuencia, severidad, existencia de violencia o de amenazas, cronicidad, etc.); la *relación existente con el abusador*; y, por último, las *consecuencias asociadas al descubrimiento del abuso*.”¹⁷⁶

En general, la gravedad de las secuelas está en función de la *frecuencia y duración* de la experiencia, así como del *empleo de fuerza y de amenazas* o de la existencia de una *violación* propiamente dicha (penetración vaginal, anal o bucal). De este modo, agrega Noguero: “cuanto más crónico e intenso es el abuso, mayor es el desarrollo de un

¹⁷⁶Echeburúa y de Coral, *Ob. Cit.*, Pág. 85



sentimiento de indefensión y de vulnerabilidad y más probable resulta la aparición de síntomas.”¹⁷⁷

Respecto a la *relación de la víctima con el agresor*, lo que importa no es tanto el grado de parentesco entre ambos, sino el nivel de intimidad emocional existente. De esta forma, a mayor grado de intimidad, mayor será el impacto psicológico, que se puede agravar si la víctima no recibe apoyo de la familia o se ve obligada a abandonar el hogar. Por otro lado, en lo que se refiere a la edad del agresor, mencional Noguero: “los abusos sexuales cometidos por adolescentes resultan, en general, menos traumatizantes para las víctimas que los efectuados por adultos.”¹⁷⁸

Por último, no se puede dejar de lado la importancia de las *consecuencias derivadas de la revelación del abuso* en el tipo e intensidad de los síntomas experimentados. La reacción del entorno desempeña un papel fundamental. El apoyo parental –dar crédito al testimonio del o de la menor y protegerlo/a-, especialmente de la madre, es un elemento clave para que las víctimas mantengan o recuperen su nivel de adaptación general después de la revelación. Probablemente la sensación de ser creídos es uno de los mejores mecanismos para predecir la evolución a la normalidad de los niños y niñas víctimas del abuso sexual.

¹⁷⁷ Noguero, V. *Aspectos psicológicos del abuso sexual infantil*, en Casado, J., DÍAZ, J.A. y MARTÍNEZ, C. (Eds.) *Niños maltratados*. Díaz de Santos. Madrid, 1997, pPág. 177-182

¹⁷⁸ *Idem*, Pág. 185



En ocasiones, la respuesta de los padres ante la revelación del abuso puede ser más intensa que la del propio niño, sobre todo en los casos en que la madre se percata del abuso sexual sufrido por su hijo o hija por parte de su propia pareja, a esto agregan Echeburrua y de Corral: “Los sentimientos de vergüenza y culpa, de cólera y pena, de miedo y ansiedad, pueden afectar a los padres de tal manera que se muestran incapaces de proteger al niño o a la niña adecuadamente y, en los casos más graves, pueden llegar incluso a culpar a la víctima de lo sucedido.”¹⁷⁹

No deja de ser significativa la influencia de situaciones de estrés adicionales, como consecuencia de la revelación del abuso, sobre la estabilidad emocional de la víctima. En concreto, la posible ruptura (legal o de hecho) de la pareja, el encarcelamiento del padre o padrastro, la salida de la víctima del hogar (única vía a veces para garantizar la seguridad, pero que supone un coste emocional y de adaptación importante) o la implicación en un proceso judicial (con las posibles consecuencias penales para el abusador) son algunas de estas situaciones. Respecto al último punto señalado, los juicios largos, las testificaciones reiteradas y los testimonios puestos en entredicho suponen una victimización secundaria y ofrecen un pero pronóstico.

¹⁷⁹ Echeburrua y De Corral, *Ob. Cit.*, Pág. 81



3.4 Los niños y niñas victimizados sexualmente en los debates orales. Enfoque en la victimización secundaria

Cuando un niño o niña declara haber sido víctima de abuso sexual o violación, y esto se formaliza en una denuncia ante la fiscalía, se inicia un proceso judicial tendiente a esclarecer la situación. Este proceso judicial incorpora una serie de etapas, entre las que se cuentan varias declaraciones que tiene que realizar la víctima en la fase de investigación (ante la policía, el fiscal, el perito médico, entre otros.) y agrega Guerra Vio: “de encontrarse antecedentes suficientes, debe repetir la declaración ante el tribunal oral y los respectivos abogados (fiscal, defensor y eventualmente un abogado querellante). Para muchos autores este proceso judicial deviene en un fenómeno altamente ansiógeno denominado *victimización secundaria*.”¹⁸⁰

La victimización primaria, afirman Echeburúa, De Corral y Amor: “se relaciona directamente con los hechos delictivos y sus consecuencias a corto plazo”¹⁸¹, en cambio, señalan que la secundaria: “se establece en función de la relación entre la víctima y el sistema jurídico-penal.”¹⁸²

¹⁸⁰ Guerra V, Cristóbal *et al.* Niveles de ansiedad en niños victimizados sexualmente que deben declarar en juicios orales: aportes de un programa de preparación, en *Revista de Psicología*, Vol. 20, No. 2, 2011, Pág. 8

¹⁸¹ Echeburúa, E., de Corral, PÁG. y A, PÁG. J. *Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos*, en *Psicothema*, 14 (suplemento), 2002, Pág. 139-146

¹⁸² *Idem*, Pág. 140



Por su parte, Gutiérrez, Coronel y Pérez apuntan a que:

“la victimización secundaria genera una serie de consecuencias negativas a nivel psicológico, social, jurídico y económico producto de las diferencias entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional jurídica.”¹⁸³

Asimismo, Rubio y Monteros agregan que: “las consecuencias de la victimización secundaria pueden ser tan graves como las de la victimización primaria.”¹⁸⁴ Específicamente, se ha descrito que: “la victimización secundaria producida por las continuas declaraciones en el sistema penal se asocia a altos niveles de ansiedad en la víctima, mencionan Gutiérrez y compañía.”¹⁸⁵

La conflictividad procesal que recae sobre la vulnerabilidad de las víctimas, innegablemente es una carga difícil de sostener en la soledad del sufrimiento de niños y niñas y están en un constante recuerdo de cada momento en el que fueron víctimas de abuso sexual; mucho más severo resulta si ha sido un abuso sexual continuado, los recuerdos son un cúmulo de dolor, vergüenza, culpa y hasta negación. Este panorama al que deben enfrentarse niños y niñas es una constante victimización secundaria o,

¹⁸³ Gutiérrez, C., Coronel, E. y Pérez, C. *Revisión teórica del concepto de victimización secundaria*, en *Liberabit*, 15(1), 2009, Pág. 49-58

¹⁸⁴ Rubio, M. y Monteros, S. *Las víctimas de agresiones sexuales ante el sistema jurídico-legal*, en *Anuario de Psicología Jurídica*, 11, 2001, pp-59-77

¹⁸⁵ Gutiérrez *et al*, *Ob. Cit.*, Pág. 52



dicho de otra manera, una revictimización cometida por las diferentes instituciones donde debe de repetir su relato de abuso.

En la actualidad, hay un interés creciente por el enfoque jurídico del abuso sexual y la violación a menores, especialmente por lo que se refiere a la validación de las denuncias. Esta preocupación actual obedece a dos circunstancias, según Echeburua y demás autores:

“...por un lado, a la gravedad de las consecuencias derivadas de la existencia de este tipo de delitos, tanto desde la perspectiva legal como desde la psicológica y social; y, por otro, al aumento de las alegaciones falsas en los últimos años, reflejo probablemente del crecimiento del número de denuncias en el marco de separaciones y divorcios conflictivos.”¹⁸⁶

La victimización secundaria, dice Ferreiro está referida específicamente: “a las consecuencias emocionales negativas derivadas del contacto de las víctimas (en este caso, los y las menores que han sufrido abuso sexual) con el sistema judicial.”¹⁸⁷ Es de considerar, asimismo, que el espacio judicial puede aumentar el nivel de estrés del niño y disminuir incluso su capacidad para aportar un testimonio exacto.

¹⁸⁶ Echeburua, E. y Subinaja, I. *Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente*, en *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Vol. 5, No. 3, 2008, Pág. 734

¹⁸⁷ Ferreiro, X. *La víctima en el proceso penal*. La Ley. Madrid, 2005



La denuncia y la consiguiente actuación judicial (en concreto, la repetición de interrogatorios, las exploraciones reiteradas y la demora del proceso) pueden suponer un suplicio añadido al de los propios abusos y agravar las secuelas psicológicas y hasta físicas que los menores padecen. El temor más importante del niño o la niña es a no ser creído, menciona Gimeno: “Si bien la intervención judicial está regulada a través de los textos legales, no por ello debe aplicarse de forma mecánica, sin la consideración específica e individual de la víctima, mayormente cuando se trata de un menor o una menor.”¹⁸⁸

Según expresan Guerra Vio y *demás autores*:

“En esta línea, diversos autores han señalado los principales factores que inciden en el desarrollo del fenómeno de victimización secundaria. Destacan entre ellos la escasez de información entregada a la víctima sobre las características del proceso penal, la sobrestimación de la investigación pericial (en desmedro de la atención integral de la víctima), la excesiva lentitud de los juicios (que interfiere directamente con los procesos de readaptación de las personas violentadas) y los elementos propios del juicio oral (narración del delito en presencia del victimario, cuestionamiento directa acerca de la credibilidad de la víctima, generación de sentimientos de culpabilidad, vergüenza y altos

¹⁸⁸ M.A. Gimeno, *El testimonio de niños*, en *Manual de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial*, 12, 2000 pPág. 143-177



niveles de ansiedad, entre otros) (Álvarez y Smith, 2007); Arce y Batres, Gutiérrez et al, 2009; Lewis, 2003; Reno et al, 1999).”¹⁸⁹

Esta característica del sistema legal da cuenta de una falta de consideración por el profundo impacto psicosocial que los abusos sexuales producen en las personas en general, y más aún, en la población infantil.

La Convención de los Derechos de los Niños¹⁹⁰, propone directrices para velar por los intereses de los niños y niñas en los procesos judiciales. Entre estas directrices destacan las referidas a la necesidad de crear conciencia acerca del impacto de la participación de los niños y niñas víctimas y testigos en los mecanismos de justicia, a la necesidad de reconocer los factores vinculados al proceso legal que influyen en el bienestar de la niñez, además de potenciar un testimonio de calidad.

Por otro lado, se plantea la necesidad de considerar los derechos de los niños y niñas testigos y víctimas, para de ese modo, y citando a UNICEF gracias a la investigación de Guerra Vio: “brindarles el apoyo necesario para enfrentar de mejor manera los

¹⁸⁹ Guerra Vio *et al*, *Ob. Cit.*, Pág. 9

¹⁹⁰ UNICEF, 1989, citado por GUERRA V, *Ob. Cit.*, Pág. 11



procedimientos propios del sistema penal (por ejemplo, el uso de videoconferencia, uso de pseudónimos, mantenimiento del anonimato de los niños, etc.)¹⁹¹

Hay que tener en cuenta que la estigmatización y las connotaciones negativas asociadas a determinados sucesos traumáticos así como, en algunos casos, su generalización a las víctimas de abuso sexual, puede explicar la reducción del apoyo social disponible para las víctimas ante la experiencia de este tipo de abuso. Esta estigmatización puede generar una conducta de marginación social, debido a los sentimientos negativos (ansiedad, impotencia) que pueden provocar al estar cerca y apoyarlas. Así pues, la disponibilidad de apoyo social que perciben las víctimas de abuso sexual y violación, muy probablemente, se encuentra influida por las actitudes que existen en la sociedad ante esta experiencia.

3.5 Las madres de hijos e hijas abusados sexualmente

Tradicionalmente, las madres de niños y niñas abusados sexualmente han sido descritas en la literatura profesional de diversas maneras, que van desde ser consideradas *responsables, cómplices, descreídas, no protectoras*, hasta caracterizaciones más benignas, como las de ser víctimas secundarias. Resultado de investigaciones bastante recientes las visualizan como personas que pueden tener su

¹⁹¹ UNICEF, 2007, citado por Guerra V, *Ob. Cit.*, Pág. 12



capacidad protectora disminuida o, lo que es similar, que pueden contribuir a la vulnerabilidad del niño o la niña, antes de considerarlas como responsables. Esto, por supuesto, no implica desconocer la existencia de madres no protectoras o, en otros casos, abusadoras sexuales ellas mismas, como tampoco negar la presencia de padres protectores.

Así como las cifras muestran que el abuso sexual es predominantemente perpetrado por hombres, para Mary Ann Hooper: “se sabe también que la protección de los niños y niñas con posterioridad recae en las mujeres.”¹⁹² De ahí que la respuesta protectora de la madre ante el abuso sea un determinante mayor en cuanto a los efectos de recuperación positiva en el corto y mediano plazo del niño o niña víctima.

La revelación del abuso sexual por parte de un niño o una niña a su madre implica para muchas mujeres el enfrentamiento a una situación crítica, difícil de afrontar y dirigir, que puede llegar a ser altamente traumática en la medida en que implica casi siempre una alteración de la configuración de su mundo, su autoimagen como “buena madre” y su identidad como mujer. Asimismo, conlleva un cambio radical en los “supuestos” que rigen la vida familiar y cotidiana.

¹⁹² Hooper, M.A. *Madres sobrevivientes del abuso sexual de niños*. Nueva Visión. Buenos Aires, 1992, Pág. 120



Frecuentemente, conlleva a un severo daño en los vínculos con la familia extensa, tanto la propia como la política. Respecto de su hija o hijo abusado, debe afrontar diversos sentimientos de culpa, horror, depresión, ira, entre otros. En palabras de Ruth Teubal: “Situaciones de entrapamiento determinadas en muchos casos por su dependencia económica y emocional hacia su pareja o marido, o por compartir un mismo ámbito laboral, la ubican en una posición dilemática para la toma de decisiones.”¹⁹³

Toda esta serie de factores permiten considerar a la madre como víctima. Ganduglia¹⁹⁴, tomando como conceptos de la victimología, menciona los desarrollos de ElbaPluis¹⁹⁵, diferenciando por un lado a las víctimas directas de las víctimas indirectas y, por el otro, diferencia la victimización primaria de la victimización secundaria.

La víctima directa es la que sufre en sentido estricto la ofensa del hecho tipificado como delito y la víctima indirecta, o víctima en sentido más amplio, es la persona que sin participar expresamente en los hechos que se enjuician es victimizada debido al sufrimiento al menoscabo, o incluso a la muerte de la primera y, en su caso, por la propia contemplación de la victimización directa.

¹⁹³ Teubal, R. *Las madres frente al abuso sexual infantil intrafamiliar de sus hijos ¿son víctimas?*

¹⁹⁴ Ganduglia, A. *Niñas y niños. Padres y madres. De víctimas primarias y secundarias.* 2006-2007, citada por Teubal, *Ob. Cit.*, Pág. 16

¹⁹⁵ P, E. *Víctimas: transeúntes de incógnito en la escena penal*, en Lamberti, Silvio, VIAR, Juan Pablo y Sánchez, Aurora (Comps.). *Violencia familiar y abuso sexual.* Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999



Es fácil considerar a las madres en cuestión como víctimas indirectas, al haber padecido el daño severo causado a su hijo o hija. “No obstante, en la medida en que ellas mismas han sido dañadas en su identidad como mujeres y madres, también se las podría o debería considerar como víctimas directas, así lo expresa Ruth Teubal.”¹⁹⁶

Siempre, en el desarrollo del ámbito legal, Pluis manifiesta que: “Las personas que rodean al ofendido no son simples espectadores del delito. Muchas veces son ellas las que van sufriendo con mayor intensidad las consecuencias del delito”¹⁹⁷. Asimismo sostiene que:

“En otro aspecto, la primariedad o secundariedad de la victimización dependen de la fuente victimizante. La ofensa desencadenada por el propio hecho delictivo conduce a una victimización primaria. La víctima secundaria nace fundamentalmente de la necesaria intersección entre un sujeto y el complejo aparato jurídico-penal del Estado, pero también por el mal funcionamiento de otros servicios sociales.”¹⁹⁸

Es de entender, entonces, que la victimización secundaria sería a lo que comúnmente se le denomina: el maltrato institucional. Este puede coadyuvar a agravar el daño psicológico de la víctima o afianzar mucho más las secuelas psicológicas, tanto en corto

¹⁹⁶ Teubal, *Ob. Cit.*, Pág. 11

¹⁹⁷ Pluis, *Ob. Cit.*, Pág. 270

¹⁹⁸ *Idem*, Pág. 271



como a largo plazo. En este sentido, la madre frecuentemente es victimizada por las instituciones, o sea, padece una victimización secundaria. Hay que hacer notar en este aspecto que: “La víctima indirecta sufre intensamente la victimización secundaria, desde la investigación policial hasta la psicosocial, así lo menciona Elba Pluis.”¹⁹⁹ Es decir, que las trayectorias judiciales y asistenciales que deben afrontar las madres (junto a su hijo o hija víctima) son con frecuencia intensamente traumáticas.

Cabe citar en este rubro las digresiones, muy enriquecedoras de distintos autores que debaten en torno a este tipo de victimización y que Teubal ha podido sintetizar con mucha acuciosidad: “Ganduglia aporta otras concepciones sobre victimización, desde Reynaldo Perrone, y desde Fernando Ulloa. Reynaldo Perrone describe a la víctima como el sujeto sometido a una situación de la que desconoce sus condiciones y que resulta en una alteración de su estado de conciencia. Esta característica es, según Ganduglia, la que la lleva en la mayoría de los casos a permanecer en la situación de victimización o bien que le impide sustraerse a la misma. Según menciona Sanz sobre Perrone, las víctimas no tienen conocimiento o clara conciencia de la trama victimizadora en que se encuentran. Han perdido sus puntos de referencia (si es que lo han tenido, en el caso de un niño muy pequeño) y han quedado apropiados por la acción y colonizados por el discurso del agresor.”²⁰⁰

¹⁹⁹ *Loc. Cit.*

²⁰⁰ Teubal, R, *Ob. Cit.*, Pág. 12



Además, Perrone, al referirse al abuso sexual infantil, menciona que:

“...hay un proceso de “hechizo” en el abuso sexual infantil. El padre hace que la hija pierda el sentido crítico, para que ella no se pueda rebelar. Hechizo es una forma extrema e relación no igualitaria: es la influencia que una persona ejerce sobre otra sin que ésta lo sepa. Es la colonización del espíritu de uno hacia el otro, negación del deseo y la alteridad de la víctima”.²⁰¹

Por ello es tan fácil que la víctima crea que ella es la culpable, especialmente cuando el victimario se lo dice. Hay autores que mencionan que es frecuente que las sociedades también victimicen a las víctimas.

En la cultura latinoamericana, en ciertos países, la visibilidad del abuso sexual infantil ha ido en aumento en la última década y se ha transformado en una problemática fuertemente debatida como cuestión social, generando profundas controversias en los ámbitos profesionales y también judiciales, referidas a la comprensión teórica.

La sociedad en general, se enfrenta a discursos referidos a las “familias disfuncionales”, que fácilmente pueden identificar a la madre como colaboradora del proceso de abuso

²⁰¹ Perrone, R. y Nannini, M. *Violencia y abusos sexuales en la familia. Un abordaje sistémico y comunicacional*. Paidós. Buenos Aires, 1997, Pág. 181



o, en todo caso, sostenedora del mismo. Otras posiciones teóricas interpretan su rol de complicidad ligado a conceptualizaciones psicoanalíticas. “Ambas orientaciones tienen como efecto “invisibilizar” al ofensor como responsable y simetrizarlo con ella, así lo hace notar Ganduglia.”²⁰²

3.6 Cuestiones a considerar para el trabajo de ayuda a las madres de niños o niñas abusados sexualmente

Se ha dicho que la revelación de un incesto genera una crisis en los equipos profesionales, los cuales frecuentemente se sienten impotentes para intervenir. La reacción inicial del que recibe la revelación orientará a la víctima respecto de la disponibilidad del profesional para seguir escuchando sobre el abuso del que fuera objeto.

Algunas respuestas positivas a impartir ante una revelación de un niño, niña o adolescente pueden incluir, según Ruth Teubal: “...reconocerle la dificultad para revelar el abuso, ofrecer apoyo inmediato, mostrarse en lo posible calmo, sin reacciones de shock, disgusto o ansiedad e informar a la víctima que el abuso sexual nunca es su

²⁰² Ganduglia, A. *El niño como víctima secundaria*, en *Boletín informativo CPGSS del Consejo profesional de graduados en servicio social o trabajo*. Vol. 9, No. 29, 2000, pPág. 32-34



culpa y que casi nunca es culpa de la figura protectora, generalmente la madre, ya por diversos motivos, puede haber sido manipulada por el victimario.”²⁰³

Es necesario, asimismo, tener en cuenta la crisis que experimenta la madre por el abuso sufrido por su hijo. Ella experimenta una crisis personal además de la crisis por el daño a su hijo o hija. Es importante no juzgarlas, no opinar sobre sus reacciones ante la revelación del abuso o emitir evaluaciones sobre su rol de madre, ya que esto la aislará de los recursos que le corresponden para su ayuda.

Algunas madres, posterior a la revelación hecha por sus hijos o hijas, están tan traumatizadas que no consiguen cumplir con sus tareas cotidianas; el conocimiento de quién es el perpetrador puede generar conflictos de lealtades, multiplicando el peso del trauma. Durante esta etapa post-revelación, la madre puede sentir que la información es intolerable y que no está aún en condiciones de dar testimonio judicial.

La expectativa profesional puede ser que ella sí esté en condiciones de generar una mejor situación para su hijo o hija, cuando aún está impactada, Teubal opina al respecto: “La tarea profesional del equipo es considera cómo avanzar para ayudar y

²⁰³ Teubal, *Ob. Cit.*, Pág. 14



acompañar a la madre y a la víctima, para que tanto la una como la otra atraviesen esta etapa con el acompañamiento apropiado para iniciar la sanación del daño recibido.”²⁰⁴

Superar un trauma semejante requiere de la participación tanto de la madre, como de la víctima y el recurso institucional capacitado para llevar a buen término el tratamiento terapéutico por la victimización secundaria que se produce posterior al abuso sexual. Indudablemente, que para un niño o una niña que han sido abusados sexualmente y/ violados, ya sea por un familiar cercano o por un extraño, ya sea una sola vez o en forma continuada, relatar paso a paso cada uno de esos momentos dolorosos es sentir vivir nuevamente esa victimización.

Es por ello, que las autoridades encargadas de llevar a cabo el proceso judicial deben ser sumamente cuidadosa en la forma de dirigirse a estas víctimas vulneradas en su inocencia, para no producir daños más graves por el uso de un lenguaje que los haga sentir culpables. Asimismo, en el trato a la madre evitar la acusación por su supuesta falta de protección hacia su hijo, porque los resultados pueden ser lamentables derivados de un mal manejo del discurso jurídico.

No se está exculpando, para nada, a aquellas madres negligentes que aun sabiendo que sus hijos o hijas están siendo abusados sexualmente o han sido violados por su

²⁰⁴ *Idem*, Pág. 15



pareja, prefieren ignorar la dolorosa situación de las víctimas que perder la compañía del cónyuge, novio, amante, entre otros, porque lamentablemente, de este tipo de madres se nutre, muchas veces, el abuso sexual de menores. Lo que se plantea en estos últimos párrafos es la necesaria atención tanto de la víctima como de la madre, porque ambas llegan a sentirse culpables.

Hay que recordar también, que culturalmente, es a las madres a quienes les “corresponde” mediar entre la familia y los organismos de asistencia y judiciales, quienes tomarán medidas en función de las aptitudes y conductas que ellas muestren o que ellos perciban.

Para Teubal: “En términos generales, se evaluará la aptitud para proteger al hijo o a la hija de la presencia del abusador y su capacidad para establecer relaciones de cooperación y confianza con los servicios asistenciales. Estos factores afectarán las decisiones que se tomen respecto del hijo o la hija maltratados, que pueden incluir, por ejemplo, el mantenimiento o cambio de tenencia, la derivación a un hogar, la ubicación en una familia, etc.”²⁰⁵

Los conocimientos desarrollados hasta el presente, muestran que el abuso sexual infantil intrafamiliar es predominantemente perpetrado por el padre, raramente por la

²⁰⁵ *Idem*, Pág. 16



madre y que los casos de niñas abusadas supera al de niños. Un número significativo de personas que lo han sufrido nunca llegan a la consulta y su ocurrencia es generalmente secreta. Es un fenómeno apoyado en el secreto y la vergüenza y, con frecuencia, no deja marcas físicas.

Esta y muchas, pero muchas razones, deben promover en el operador judicial una mentalidad más allá de la propia normativa específica, que le permita vislumbrar el amplio panorama de dolor, desgracia, traumas, culpa y vergüenza que se produce en un niño o una niña que han sido abusados sexualmente y/o violados, y que al momento de presidir un tribunal tenga la suficiente valentía de ver a través del dolor de la víctima una realidad que ya se está convirtiendo en una cotidianidad en la dinámica intrafamiliar.



CAPÍTULO IV

4. La responsabilidad del Estado ante la niñez y adolescencia víctimas de abuso sexual: Las situaciones de alto riesgo que favorecen la victimización de menores y que el Estado debe tomar en cuenta

4.1 Situaciones de alto riesgo que favorecen la victimización de la niñez y la adolescencia

Para poder ejercitar de manera efectiva las leyes, es necesario conocer cuáles son los deberes y fines del Estado que las diseña y pone en vigencia. En Guatemala existe un orden jerárquico y en la cúspide del mismo se ubica la Constitución Política de la República, la cual no puede ser contravenida por ninguna ley, ya que es la Carta Magna que regula y ordena las políticas generales del Estado, la estructura del mismo para su funcionamiento y las garantías mínimas de las que goza todo ciudadano y toda ciudadana.

La Constitución Política, en su Título I, Artículo 1º regula lo referido a la **Protección a la Persona**, bajo los indicadores que: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.” Se



entiende, por lo tanto, que el Estado tiene como fin los intereses y bienestar de la colectividad y no la de particulares específicamente.

En el Artículo 2º, referido a **Deberes del Estado**, plantea el imperativo que: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República de Guatemala la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.” El contenido de este artículo ha sido diseñado para reflejar la seguridad jurídica que el Estado debe garantizar a los habitantes, y se mencionan las garantías mínimas que otorga la Constitución; consecuentemente, el Estado está obligado a adoptar medidas convenientes para la satisfacción de las necesidades jurídicas, políticas, sociales y económicas de la colectividad.

En cuanto a la niñez y adolescencia, la responsabilidad del Estado adopta matices muy específicos, tomando en cuenta que este sector poblacional es sumamente vulnerable por lo que la plataforma jurídica de protección a este sector debe de ser más extensiva, que para la generalidad adulta.

En este sentido, los Tratados y Convenios en materia de niñez y adolescencia firmados y ratificados por Guatemala, tienen preminencia porque involucran directamente los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescente –NNA-, de los cuales el Estado se compromete a ser garante en su respeto y protección.



En su resolución 205/20 de julio de 2005, el Consejo Económico y Social aprobó Directrices sobre la justicia, en asuntos concernientes a la niñez, víctima y testigo de delitos. “Las Directrices forman parte del conjunto de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal, principios normativos en la materia reconocidos internacionalmente y que la comunidad internacional ha venido elaborando desde 1950, así lo señala el documento abajo citado”²⁰⁶

Estas Directrices representan prácticas adecuadas, basadas en el consenso, que reflejan los conocimientos actuales y las reglas, normas y principios regionales e internacionales pertinentes y que tienen por objeto establecer un marco útil para alcanzar los objetivos de protección integral a la niñez víctima y testigo de delitos.

En el Capítulo I. Definiciones, de la Ley Modelo que se cita en párrafo *Supra*, establece una serie de definiciones que se citan textualmente, para efectos de mayor comprensión en torno al tema de la niñez víctima o testigo de delitos.

a) Por “niños víctimas o testigos” se entenderá los menores de 18 años que sean víctimas o testigos de un delito, independientemente de su papel en el delito o en el enjuiciamiento del presunto delincuente o grupo de delincuentes. A menos que se indique otra cosa, por “niño” se entenderá el niño víctima y el niño testigo;

²⁰⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito –UNODC–; UNICEF. Prefacio. *La justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos. Ley modelo y comentario*. Naciones Unidas. Nueva York, 2009, Pág. iii



b) Por “profesionales” se entenderá las personas que, en el contexto de su trabajo, estén en contacto con niños víctimas o testigos de delitos o tengan la responsabilidad de atender a las necesidades de los menores en el sistema de justicia y para quienes sea aplicable la presente Ley. Este término incluye, entre otros, a defensores de niños y víctimas y personal de apoyo; especialistas de servicios de protección de menores; personal de organismos de asistencia pública infantil; fiscales y abogados defensores; personal diplomático y consular; personal de los programas contra la violencia doméstica; magistrados y jueces; personal judicial; funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; agentes de libertad vigilada; profesionales médicos y de la salud mental; y, trabajadores sociales;

c) Por “proceso de justicia” se entenderá los aspectos de detección del delito, presentación de la denuncia, instrucción de la causa, enjuiciamiento y actuaciones posteriores al juicio, independientemente de que la causa se haya visto ante un tribunal nacional, internacional o regional para delincuentes adultos o menores o por alguna vía consuetudinaria o informal;

d) Por “adaptado a los niños” se entenderá un enfoque en que el derecho del niño a ser protegido sea una consideración primordial y se tengan en cuentas sus propias necesidades y opiniones;

e) Por “persona de apoyo” se entenderá una persona especialmente capacitada que haya sido designada para prestar asistencia a un menor a lo largo del proceso de justicia con objeto de evitar el riesgo de coacción, victimización repetida o victimización secundaria;



f) Por “tutor del menor” se entenderá una persona reconocida oficialmente en arreglo a la legislación nacional como responsable de velar por los intereses del menor cuando los padres de éste no tengan la patria potestad o hayan fallecido;

g) Por “curador ad ítem” se entenderá una persona nombrada por el tribunal para proteger los intereses del menor en un procedimiento que afecte a sus intereses;

h) Por “victimización secundaria” se entenderá la victimización producida no como resultado directo del acto delictivo, sino por la respuesta de las instituciones y personas individuales en relación con la víctima;

i) Por “victimización repetida” se entenderá una situación en que una persona sea víctima de más de un incidente delictivo a lo largo de un período determinado.”²⁰⁷

De cada uno de los ítems se puede extraer una serie de indicadores que dan la pauta de las motivaciones generales que le dan soporte al diseño de la ley en cuestión: niños víctimas o testigos(se debe entender que en el concepto niños se incluye a todos y todas personas menores de 18 años), profesionales, proceso de justicia, adaptado a los niños, persona de apoyo, tutor del menor, curador ad ítem, victimización secundaria y victimización repetida.

²⁰⁷ *Idem*, Pág. 5



La síntesis de lo implícito en cada uno de estos indicadores da la pauta de la serie de eventos que se involucran en el tratamiento de menores víctimas o testigos de delitos, así como las necesidades que se presentan posterior al hecho en el cual el o la menor fue sujeto pasivo, en el caso de ser víctima de un delito y, en el caso de que hubiera sido testigo.

Este reconocimiento es un paso más, de última generación, en torno a la niñez y la conflictividad surgida de la prematura experiencia dentro del entorno delictivo derivado de la vulnerabilidad por su corta edad y desarrollo cognitivo. En cada uno de estos indicadores se puede observar la tendencia recurrente en el interés superior del niño; es así como en el Artículo 1 de esta Ley Modelo, se regula que: “Todo niño [NNA], en especial los niños víctimas y testigos, tendrá derecho, en el contexto de la presente Ley, a que su interés superior sea la consideración primordial, si bien al mismo tiempo deberán protegerse los derechos del acusado o el delincuente condenado.”²⁰⁸

La Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada en 1989, reafirma la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los niños y niñas del mundo y conmina a los Estados a garantizarlos. En su Artículo 19 establece, de manera explícita, la obligatoriedad de proteger a cualquier niño o niña del maltrato, abuso y explotación. Todos los Estados que se acojan a ella deben tomar medidas integrales en beneficio y protección de los derechos de la niñez, tales como:

²⁰⁸ *Idem*, Pág. 7



- Bienestar social.
- Protección y cuidados necesarios.
- Instituciones especializadas para el cuidado del niño o de la niña.
- Obligaciones de los padres y/o representantes legales en la crianza y desarrollo del niño o la niña.
- Asistencia apropiada a los padres y/ representantes legales para el desempeño frente a la crianza del niño o la niña.
- Protección de los niños y niñas contra todas las formas de explotación y abuso sexual (incitación o coacción a la actividad sexual ilegal, explotación en la prostitución, otras prácticas ilegales, explotación en espectáculos o materiales pornográficos).
- Medidas para la recuperación del menor, tanto físicas y psicológicas como de reintegración social.

Todas las instituciones signadas por el Estado para garantizar el bienestar de la niñez y la adolescencia deben tener en consideración que los abusadores sexuales, incluyendo a los de las redes sociales de internet, son muy hábiles para detectar si los menores tienen problemas afectivos, de relación social o de autoestima. Comienzan a llenar todos esos vacíos con promesas y palabras alentadoras, van obteniendo



paulatinamente datos personales de sus víctimas e información de sus rutinas y costumbres. Luego desatan un supuesto juego que comienza con el envío de imágenes o fotos seductoras y pornográficas; luego trasciende a la invitación a realizar actos de naturaleza sexual frente a las cámaras y también a que envíen fotos o imágenes.

Además, es importante tener en cuenta que las personas pedófilas tienen grupos y comparten en red la información de sus bancos de datos, utilizándola además para efecto de comercio sexual. Todo esto se lleva a cabo, primero induciendo a la víctima menor y luego, amenazándola si habla de este *juego* con alguien de su familia o una persona allegada, porque como el abusador *sabe dónde encontrarla* le hará daño a su familia o, hasta puede llegar la amenaza de dar muerte. En todo caso, el menor o la menor vive en estado de total ansiedad, angustia, miedo, culpa, sentimientos que en conjunto pueden llevarlos a tomar decisiones desesperadas como el suicidio.

Esta serie de circunstancias son necesarias tenerlas presentes ya sea en programas de tratamiento a menores abusados sexualmente y/o violados, o en programas de prevención de abuso sexual a menores que debe emanar de instituciones estatales respondiendo a la obligación que tiene el Estado de darle protección integral a la niñez y a la adolescencia.



Asimismo, es de considerar que el abuso infantil ocurre usualmente en una interacción donde los niños, niñas o adolescentes quedan atrapados en una relación de desigualdad, pues la persona abusadora ha establecido una práctica relacional que les lleva al sometimiento y por lo tanto no se funda en un trato digno.

Algunos nombres que recibe este estilo de interacción son *fase de seducción*²⁰⁹ o etapa de conquista,²¹⁰ la cual se da cuando la persona abusadora ofrece dulces o juguetes y participa en actividades donde la víctima empieza a sentirla cercana, de esta manera se gana su confianza, haciéndola sentir amada, especial y preferida.

Posteriormente, les aísla de sus referentes adultos, ya sea de manera física, buscando ambientes alejados donde no puedan ser interrumpidos o en tiempos donde las personas adultas cuidadoras no estén, o por medio de discursos de sometimiento, miedo o engaño que hacen que el niño, niña o adolescente se sienta atrapado en un conflicto de lealtades y confusiones, optando por quedar encarcelado en el silencio.

²⁰⁹ Barudy, J. *El dolor invisible de la infancia. Lectura ecosistémica del maltrato infantil*. Paidós. Barcelona, 1998

²¹⁰ Escartin, M. *Abuso sexual a niños y niñas: preguntas y respuestas, una guía para acercarse al tema*. 2ª. ed. D.C.: Asociación Afecto contra el maltrato infantil. Bogotá, 2004



Es necesario resaltar que casi siempre las interacciones en este tipo de prácticas relacionales son continuas y la aproximación a las diferentes formas de contacto sexual es lenta pero progresiva. Las víctimas, aunque son vulneradas en su intimidad y privacidad, no lo perciben así solo hasta que los contactos causan dolor físico o es tan grande el malestar subjetivo que sienten la necesidad de contarlo de manera accidental o creando situaciones donde puedan hablar con alguien para evitar que se siga repitiendo.

Al respecto Barudy²¹¹ plantea que la divulgación se da de dos maneras: accidental o premeditada. Ante la revelación del secreto, el niño, niña o adolescente espera que se haga algo, pero esto puede despertar confusión en la familia o en las figuras cuidadoras encargadas de brindar la protección.

Estos sentimientos se generan porque el adulto se ve enfrentado a tomar medidas definitivas para proteger a la víctima, pero cuando los adultos cuidadores han vivido en dinámicas interactivas donde la representación social de la infancia es que son objetos de los adultos, o donde se piensa que lo ocurrido en los primeros años de vida no es importante o se olvida, se suscitan acciones que no van a estar dirigidas a cuidar al niño, niña o adolescente.

²¹¹ Barudy, *Ob. Cit.*, Pág. 50



Resultado de ello, es que cuando la víctima debe enfrentar a su victimario en el proceso penal, la poca atención que los adultos le han brindado a la revelación de su secreto, le hace sentir la soledad en que se encuentra y que, si persiste en relatar los hechos las probabilidades de ser rechazado o rechazada por la familia le hace retroceder con su denuncia, al punto de que muchas veces prefieren manifestar que lo han inventado y que la persona imputada es inocente, antes que enfrentar el rechazo familiar y social.

Hay que tener presente que el abuso sexual se considera una práctica relacional que no se funda en un trato digno y que por lo tanto altera la salud mental, afectando la calidad de vida, el bienestar y el desarrollo humanos de quienes lo padecen.

Es necesario que el Estado, como garante del bienestar común de la población, más aún de la Niñez y la Adolescencia, adopte un modelo de atención a estas víctimas para su relativo tratamiento y reinserción social paulatina, que se sustente en la perspectiva psicosocial que reconoce que los sujetos se constituyen en un entramado relacional donde las fronteras de lo individual y lo colectivo se permean, para adentrarse en realidades complejas, contextuales y colaborativas. Por esto es posible pensar que el campo de la salud mental, es una construcción que reconoce las problemáticas, pero también las soluciones a partir de saberes personales, comunitarios e institucionales.



Si desde que se tiene la noticia de la existencia de abuso sexual y violación en un niño o en una niña, se le da la confianza que existe un sistema que lo/la protege, esta víctima perderá el miedo y podrá estar apta para participar del proceso penal de su victimario; de lo contrario, si a estas víctimas con tan poco desarrollo físico, emocional, cognitivo e intelectual, se les toma únicamente como sujetos que pueden servir para llevar a cabo un proceso en el cual se busca una condena, y no se les toma en cuenta dentro del contexto doloroso en que se encuentran, siempre sentirán la amenaza de su victimario lo que puede conducirles a una retractabilidad dentro del proceso, que lastimosamente dejará impune un hecho que ha causado una fractura incurable en la vida de un niño o una niña.

Asimismo, el Estado debe vincular en el tratamiento de estas víctimas a personas adultas que posean conocimiento sobre el tema y cualidades personales que les permitan abordarlos, así como capacidad para brindar seguridad a quienes han vivido este tipo de situaciones y a sus familias.



4.2 Legislación nacional para la protección de la niñez y la adolescencia

4.2.1 La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia –LEY PINA de Guatemala. La doctrina que la inspira

En términos generales, existe en el país un ambiente político positivo y dinámico, encontrándose evidencias que orientan políticas y leyes dentro de una concepción integral, multidisciplinaria, multi-institucional y sectorial, involucrando la salud de los adolescentes y su desarrollo humano. A pesar de ello, en este momento el contexto no ha cambiado sustancialmente de lo que se plantea en el Informe sobre la Situación de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en Guatemala, Comisión Pro-Convención sobre los Derechos del Niño.²¹²

Se puede decir que, en materia de política social la inversión en la infancia y adolescencia por parte del gobierno y de otras entidades no ha sido prioritaria. En los últimos años el Estado ha intentado paliar los severos efectos provocados por la crisis y el ajuste estructural, mediante una serie de Fondos de Inversión Social. Sin embargo, la inversión realizada por el gobierno es mínima.

²¹² PRODEN, Guatemala, 1995



La legislación sobre infancia y adolescencia vigente en Guatemala adolece de serios vacíos y contradicciones que dificultan brindar a los niños y niñas la protección que merecen. Las normas legales relativas a este grupo poblacional se encuentran dispersas en diferentes cuerpos legales.

El marco conceptual que predomina está inspirado en la base fundamental de la Doctrina de la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; sin embargo, aún prevalece en ciertos aspectos operativos administrativos, la doctrina de la situación irregular, la cual hace énfasis en la emisión de normas aplicables a niños, niñas y adolescentes que se encuentran en segmentos sociales considerados *marginales*, y que entra en contradicción con el espíritu y lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así, para hacer un análisis de aspectos legales y de políticas sociales, ya que son fundamentales para el consenso y la puesta en marcha de leyes y acuerdos internacionales y nacionales, ya que a menudo los países ratifican acuerdos pero no se encargan de implantar los mecanismos necesarios.

El Derecho Internacional es una construcción de normas, principios, instituciones y procedimientos, su propósito, como en el caso del Derecho Interno (el que rige dentro del territorio de un país) es el de mantener el orden.



Internacionalmente, se han conformado comités que ejercen control sobre cumplimiento, por parte de los países de las obligaciones contraídas, en la mayoría de las convenciones internacionales: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, decreta en su segundo Considerando:

“Que el Decreto Número 78-79 del Congreso de la República, Código de Menores, ha dejado de responder a las necesidades de regulación jurídica en materia de la niñez y la adolescencia, y que es necesaria una transformación profunda de la ley para proveer a los distintos órganos del Estado y a la sociedad en su conjunto de un cuerpo jurídico que oriente adecuadamente el comportamiento y acciones en favor de tan importante sector social, conforme lo establece la Constitución Política de la República y los tratados, convenios, pactos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala.”

Es en este considerando donde se encuentra la transición entre la Doctrina Irregular hacia la Doctrina de la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. En tercer Considerando, se logra concretar la búsqueda por una niñez y adolescencia con un desarrollo integral:



“Que es necesario promover el desarrollo integral de la niñez y adolescencia guatemalteca, especialmente de aquellos con sus necesidades parciales o totalmente insatisfechas, así como adecuar nuestra realidad jurídica al desarrollo de la doctrina y normativa internacional sobre la materia.”

En el **Artículo 1**, de la Ley en Análisis queda plasmado el **Objeto de la ley**, el prescribir que,

“La presente Ley es un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos.”

En su siguiente articulado, esta Ley va enumerando la definición de niñez y adolescencia, así como el reconocimiento que son *Sujetos de derecho y deberes*. En el **Artículo 4**, se establecen los **Deberes del Estado** haciendo alusión de su papel de garante porque el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia involucra a otros actores necesarios que coadyuven con las funciones del Estado:

“**Deberes del Estado**. Es deber del Estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y



tutores, el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad, paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deporte, recreación y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños, niñas y adolescentes.”

Asimismo, es deber del Estado que la aplicación de esta Ley esté a cargo de órganos especializados, cuyo personal deberá tener la formación profesional y moral que exige el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, según la función que desempeñe y conforme a las disposiciones generales de esta Ley.

En el *Título II, Derechos Humanos, Capítulo I, Derechos Individuales*, se regula el goce de derechos que le son inherentes a la niñez y adolescencia, tales como la vida, igualdad, la integridad personal, a la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición. Asimismo regula, el derecho a la familia y a la adopción.

En el *Capítulo II, Derechos Sociales*, se regula el derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud, lo que a criterio personal, obliga al Estado a proveer a este grupo etario de las necesidades contenidas en los mencionados derechos. En este mismo Capítulo, en la **Sección III, Derecho a la protección de la niñez y adolescencia con discapacidad**, se está regulando la defensa de la indemnidad que puedan presentar niños, niñas y adolescentes.



Para ampliar más en torno a la doctrina de la protección integral de la NNyA, se cita a García Méndez por considerar que en su acepción logra concretar todo lo relativo a esta doctrina:

“La Doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, involucra al universo total de la población infantil-juvenil. Esta doctrina incluye todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia.”²¹³

4.3 Instrumentos internacionales de protección a la niñez y adolescencia

4.3.1 Declaración Internacional de los Derechos Humanos

Este puede considerarse como uno de los instrumentos internacionales más importantes desde el siglo pasado. En él se declaran, entre otros, los derechos a la vida, a la libertad, a un proceso criminal justo, a la libertad de conciencia, de expresión,

²¹³ E. García. *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral. Forum Pacis*. Santa Fe de Bogotá, 1994, Pág. 11



de pensamiento, de asociación, a la privacidad, a la familia, al matrimonio, al trabajo, al cuidado de la salud, a la educación y a la propiedad.

4.3.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El contenido de este Pacto implica que los Estados tienen la obligación de organizarse de tal modo que le aseguren al ciudadano, por medio de las leyes e instituciones, el ejercicio efectivo de sus derechos. Entre los derechos que enumera podemos destacar:

Derecho a la vida (Art.7), a no recibir torturas o trato degradante (Art. 7), a que los jóvenes acusados por un delito deben ser separados de los adultos y que las cárceles deben tener como objetivo esencial la rehabilitación social, asegurándose que van a ser tratados apropiadamente y conforme a su edad (Art. 10, 2b, y 3), a la especial protección para los niños y la no discriminación (Art. 24), derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas (Art. 27).



4.3.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En su Artículo 2, establece que cada Estado parte se obliga al máximo de sus recursos disponibles a responder de cada uno de los preceptos incluidos. Entre algunos derechos que se mencionan tenemos: igualdad entre el hombre y la mujer en el disfrute de sus derechos (Art. 9), a la máxima protección a la familia, a la madre y especialmente a niños y niñas y a los y las jóvenes quienes deben ser protegidos contra la explotación social y económica (Art. 10), al más alto nivel posible de salud física y mental (Art. 12).

4.3.4 Convención Americana De Los Derechos Humanos: Pacto De San José, Costa Rica

Esta entró en vigencia en 1978 y en los Artículos 17 y 19 se enumeran los derechos a una protección especial a la familia.



4.4 Instrumentos Internacionales específicos

4.4.1 Convenio sobre los Derechos del Niño

Fue adoptado el 20 de noviembre de 1969, por la Asamblea de las Naciones Unidas y entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990; es el instrumento jurídico de mayor aceptación del mundo, con una cantidad de 191 ratificaciones. Lo dispuesto en esta Convención es aplicable tanto a niños pequeños como a adolescentes; constituyéndose en el principal instrumento de protección de los niños, que toma la forma de un listado completo de las obligaciones de los Estados en relación a la niñez y la juventud.

Reafirma la aplicación de aquellos derechos ya reconocidos a los seres humanos en general en otro instrumento de derecho internacional a niños y adolescentes, establece requisitos específicos en cuanto a algunos derechos ya reconocidos por otros tratados tomando en cuenta las necesidades específicas de niños y adolescentes.

Dentro de lo más relevante podemos señalar el Artículo 3, que establece el “*mejor interés del niño*”, como criterio obligatorio para toda medida a adoptar relativa al niño y al adolescente; la no-discriminación en la aplicación de los derechos (Art. 2); la obligación por parte del Estado de adoptar las medidas necesarias para dar efectividad



a todos los Derechos reconocidos en la Convención (Art. 4), la obligación del Estado en garantizar la supervivencia y desarrollo (Art. 6), el derecho al más alto nivel de salud y a tener acceso a los servicios médicos y de rehabilitación, haciendo énfasis en aquellos relacionados con la atención primaria de salud y los cuidados preventivos (Art. 24) a beneficiarse de un nivel de vida adecuado para su desarrollo (Art. 27); y a la educación, garantizándose mínimamente la educación primaria (Art. 28).

La Convención es el dispositivo central de la llamada Doctrina de la Protección Integral, que involucra a la totalidad de la niñez y la adolescencia y convierte a cada niño, niña y adolescente en sujetos de pleno derecho, abandonando el concepto de la población infanto-juvenil como objeto pasivo de intervención por parte de la familia, el estado y la sociedad.

De acuerdo con el Artículo 44 de dicha Convención, los Estados Parte aceptan el deber de presentar informes al Comité acerca de las acciones que se han tomado para poner la Convención en efecto y acerca del progreso en el goce de los Derechos de los niños en sus territorios.



4.4.2 Instrumentos Internacionales de Derecho Blando

Estos instrumentos de derechos humanos, emanados en forma de resolución de las Naciones Unidas no son de carácter obligatorio; a pesar de ello pueden ejercer una influencia extraordinaria en la legislación y políticas en general.

4.4.3 Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (Asamblea General De Naciones Unidas –Resolución 48/96) 20 de Diciembre 1993

Esta garantiza que los niños y niñas, mujeres y hombres con discapacidad puedan tener los mismos derechos y obligaciones que los demás.

4.4.4 Programa Mundial de Acción para la Juventud para el Año 2000 y más allá del año 2000 (Resolución 1995/64 Del Consejo Económico y Social)

Este Programa se adoptó el 2 de noviembre de 1995. Su objetivo principal es el de proveer un marco para las políticas y una guía práctica para la acción nacional y el apoyo internacional, con el fin de mejorar la situación de la juventud. Esto implica un compromiso para garantizar a todos los jóvenes el total disfrute de los derechos



humanos y las libertades fundamentales, de acuerdo a lo prescrito por la carta de Naciones Unidas y los instrumentos de Derechos Humanos.

Se identificaron diez áreas prioritarias de acción: educación, empleo, hambre y pobreza, salud, medio ambiente, abuso de drogas, delincuencia juvenil, actividades de tiempo libre, mujeres y mujeres adolescentes y participación total y efectiva de la juventud. Se destaca que la juventud debe de tener acceso a los servicios básicos de salud y se deben lograr los objetivos de salud para todos, basados en la equidad y la justicia social, de acuerdo a lo establecido en la Declaración de Alma-Ata.

4.5 Conferencias

En realidad, no constituyen un instrumento internacional propiamente dicho, los documentos finales de las conferencias o cumbres, son importantes para la interpretación de tratados, pueden constituir evidencia del Derecho Internacional Consuetudinario y facilitan el conocimiento de las posturas individuales de cada país respecto a temas particulares.



4.5.1 Conferencia Mundial Sobre Derechos Humanos

Celebrada en Viena en junio de 1993 tuvo como resultado la adopción de la llamada “Declaración de Viena y Programa de Acción”, cuyas consideraciones más importantes en lo referente a adolescencia y juventud son:

- Los derechos humanos de la mujer y de la mujer adolescente son una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales.
- Reafirma la importancia que debe dársele a la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que pertenecen a grupos vulnerables.
- Apoyo a todas las medidas que tiendan a la promoción y protección efectiva de los derechos humanos de la mujer adolescente y requerimiento de los Estados de que repelan las leyes y regulaciones como las existentes así como, las costumbres y prácticas que discriminan o causan daño a la mujer adolescentes.



4.5.2 Conferencia del Cairo sobre la Población y Desarrollo

Celebrada en el Cairo en Septiembre de 1994, reafirma que los derechos humanos de la mujer y de la mujer adolescente son una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales. (Principio 4.)

Todos los Estados y todas las familias deberían dar la máxima prioridad posible a la infancia. El niño tiene derechos a un nivel de la vida adecuado para su bienestar y al más alto nivel posible de salud y educación (Principio 11)

Es indispensable hacer inversiones en la salud, la nutrición y la educación de las niñas, desde la infancia hasta la adolescencia. Los objetivos son entre otros mejorar el bienestar de las niñas, especialmente en lo que respecta la salud, la nutrición y la educación (párrafo 4 .15; 4.16 c).

Es preciso potenciar el valor de las niñas para sus propias familias y para la sociedad, más allá de su definición de futuras madres y encargada de los cuidados de los niños, y reforzar esa imagen con la adopción y aplicación de políticas educacionales y sociales que fomente su plena participación en el desarrollo de las sociedades en que viven (párrafo 4.17).

Los países deben elaborar un enfoque integrado de las necesidades especiales de las niñas y jóvenes en materia de nutrición salud general y reproductiva, educación y



necesidades especiales, ya que muchas veces con estas inversiones adicionales en beneficios de las adolescentes, se pueden compensar los insuficientes cuidados de salud y nutrición a que han estado expuestas (párrafo 4.20).

Proveer en su máxima medida posible salud y el potencial de todos los niños adolescentes y jóvenes en su calidad de futuros recursos del mundo [...] (párrafo 6.7 a).

Satisfacer las necesidades especiales de los adolescentes y jóvenes – especialmente las jóvenes, el acceso a la salud, la orientación y servicios de salud reproductiva de alta calidad, teniendo presente la propia capacidad creativa de los jóvenes (párrafo 6.7 b).

Los países deberán asignar alta prioridad a la protección, la supervivencia de los niños y jóvenes, en particular a los niños y jóvenes de la calle.

Se debe asegurar el acceso a la información amplia y fáctica y a una gama de servicios de salud reproductiva incluida la planificación de la familia, que sean accesibles, asequibles y aceptables a todos los usuarios y en particular, debieran facilitarse a los adolescentes la información y los servicios que les ayudara a comprender su sexualidad y a protegerse contra los embarazos no deseados y el riesgo subsiguiente de infertilidad (párrafo 5.7; 7.41).

Debe de asegurarse que los programas y las actitudes de los proveedores de los servicios de salud no limiten en acceso de los adolescentes. Los países deberían eliminar, cuando correspondiera, los obstáculos jurídicos normativos y sociales que



impiden el suministro de información y servicios de salud reproductiva a adolescentes (párrafo 7.45).

4.5.3 La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social

Celebrada en Copenhague en marzo de 1995 enfatiza sobre:

- Crear un marco de acción que promueva el respeto universal por los derechos humanos, incluyendo el derecho al desarrollo, promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y la protección de la niñez y la juventud (Declaración, anexo I, 25 y 26 J).

- Comprometer a Estados que den el mayor estándar posible de salud física y mental y al acceso para todos a un servicio primario del cuidado de la salud, haciendo los esfuerzos para rectificar aquellas desigualdades relacionadas con las condiciones sociales. Asegurar que los niños y especialmente las niñas y adolescentes tengan acceso a una adecuada nutrición y servicios de salud (compromiso 6).

- Establecer o fortalecer programas de educación de la salud con base en la escuela o la comunidad para los niños, adolescentes y adultos, con especial atención en las niñas y las mujeres (compromiso 6).

- Proteger la juventud y la niñez adoptando las medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para la promoción de los derechos del niño con principal atención de los de las niñas [...] (programa de acción anexo II 39).



- Desarrollar y fortalecer programas dirigidos a la juventud que viven en la pobreza para mejorar sus oportunidades y conectarlos fuera de sus comunidades con el fin de quebrar el círculo intergeneracional de pobreza. Incentivar a los jóvenes a participar en discusiones que los afecten y en la implementación de políticas y programas (programa de acción, anexo II 39,75 i)

4.6 Principio exclusivo que rige a la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

4.6.1 Interés superior del niño

El Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece:

“Es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opción en función de su edad y madurez.” [...] “En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta ley.”²¹⁴

²¹⁴ *Idem*



Se puede mencionar otro principio exclusivo, como lo es el derecho de ser escuchado, tomando siempre en cuenta su opinión, ya que estas acciones están encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la familia, y así adoptar las medidas necesarias para el eficaz cumplimiento de los intereses efectivos de los niños, niñas, adolescentes y de la familia.

Para poder interpretar y aplicar correctamente lo establecido en la ley deberá hacerse tomando en cuenta los principios rectores, así como los principios generales del Derecho, junto con la doctrina y muy especialmente la normativa internacional relacionada en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos en materia de derechos humanos que Guatemala haya aceptado y ratificado.

4.7 Situación de las víctimas menores que las hace más vulnerables y de alto riesgo para sufrir de abuso sexual y la violación

Existen factores específicos que inciden grandemente en la victimización por abuso sexual en menores. En este sentido, la vulnerabilidad de los menores en una relación de desigualdad –ya sea en cuanto madurez, edad o poder- entre el agresor y la víctima es una gran dificultad con la que siempre se van a encontrar los diferentes



profesionales involucrados. Es precisamente la fragilidad de las víctimas la que permite a los agresores ejercer el control, y en ocasiones hacer creer al o la menor que se trata de algo normal.

Entre los factores de riesgo que favorecen el abuso sexual y la violación, se pueden considerar el hecho de ser una niña que es una circunstancia que tradicionalmente se ha considerado como de alto riesgo. “Los estudios señalan una mayor incidencia de agresiones sexuales en niñas, especialmente en los caso de abuso sexual intrafamiliar, asegura Irene Barrasa.”²¹⁵

Por otro lado, añade Madansky: “las edades de mayor riesgo son las comprendidas entre los 6 y 7 años, por un lado, y los 10 y 12, por otro.”²¹⁶ Respecto a las características del propio menor, argumenta el mismo autor: “los niños con mayor riesgo de victimización son aquellos que cuentan con una capacidad reducida para resistirse o revelarlo, como son los que todavía no hablan y los que muestran retraso del desarrollo y minusvalías físicas y psíquicas.”²¹⁷

²¹⁵ Barrasa, I. *et al. Abusos sexuales en la infancia.*

²¹⁶ Madansky, D. “Abusos sexuales”, en Parker, S. y Zuckerman, B. (ed.). *Pediatría del comportamiento y del desarrollo.* Massón. Barcelona, 1996, Pág. 145

²¹⁷ *Idem*, Pág. 147



Según lo plantean Pérez y Borrás²¹⁸, “... son también sujetos de alto riesgo los niños y niñas que se encuentran carentes de afecto en la familia, que pueden inicialmente sentirse halagados por la atención de la que son objeto, al margen de que este placer con el tiempo acabe produciendo en ellos profundos sentimientos de culpa, de vergüenza, de ira, de frustración.”

El abandono, rechazo físico y emocional por parte de sus cuidadores agrega Vazquez Mezquita “les hacen vulnerables a la manipulación de los mayores, con ofrecimientos interesados de afecto, atención y recompensas a cambio de sexo y secreto.”²¹⁹Vale afirmar que, por lo que se refiere a determinadas situaciones familiares, los niños y niñas víctimas de malos tratos (en cualquiera de sus formas) son más fácilmente susceptibles de convertirse también en objeto de abusos sexuales.

Por otro lado, niños y niñas institucionalizados que por su problema social, familiar y afectivo pueden tener una serie de carencias en su desarrollo que, unidas a la falta de un medio protector, hacen que el riesgo de sufrir agresiones o daños en su desarrollo sea importante. Asimismo, las instituciones, aunque tienen un objetivo protector, funcionan de modo que el niño y la niña deben pasar por varios cuidadores al día y ello hace más difícil su vinculación. En el caso de que el abusador sea un educador, la

²¹⁸ Pérez, M y Borrás, J. J. *La evaluación del abuso sexual infantil: comparación entre informes periciales en función del diagnóstico de abuso. Intervención Psicosocial* [online]. 2006, vol.15, n.3, Pág. 317-330. ISSN 1132-0559.

²¹⁹ Vazquez M, B. *Agresión sexual: Evaluación y tratamientos en menores*. Editorial S.A. Madrid,1995



revelación de lo que ocurre es muy complicada, además de verse obligados a comunicarse diariamente con él.

La ausencia de los padres biológicos, la enfermedad o incapacidad de la pareja (peleas, malos tratos, separaciones) menciona Francisco Lopez, “sobre todo cuando vienen acompañados de interrupción de la relación sexual, constituyen factores de riesgo que aumentan las posibilidades de victimización.”²²⁰ Son asimismo, familias de alto riesgo las constituidas por madres maltratadas.

Los niños y niñas, además de sufrir el mal infinito de la agresión sufren, posteriormente, el calvario del proceso judicial. Esto se debe a que el ordenamiento jurídico punitivo no tiene como finalidad primera la protección de la víctima menor de edad, sino que esta aparece en un plano muy secundario, supeditada al objetivo principal: la imposición de una pena al autor del delito.

La generalidad de los procedimientos penales, independientemente de las garantías obligatorias en cuanto a la privacidad en que se debe llevar un debate donde la víctima es menor de edad, no existen mayores diferencias respecto a los de los adultos porque no tienen en cuenta las necesidades y los derechos de los niños y niñas.

²²⁰ Lopez, F. *Estudio sobre los abusos sexuales a niños y niñas en España*. Universidad de Salamanca, 1996



El menor o la menor serán obligados a declarar no una vez sino varias, instándolos a recordar nuevamente los hechos, a rememorar cada uno de los detalles en un ambiente muy formalista y distante. “Esto va a producir un efecto *boomerang*, es decir, el propio proceso penal se vuelve contra la víctima. El menor víctima de un delito sexual, se va a volver víctima de otro maltrato, el institucional, así lo señala Barrasa.”²²¹

Estos factores se producen porque el niño/niña-víctima del delito suele ser sometido a interrogatorios múltiples no continuados, primero en la comisaría, luego en el juzgado de instrucción y finalmente en el juicio oral; entre la comisión del delito y la denuncia y, entre esta y el testimonio del menor ante el Juez de Instrucción, normalmente transcurre un mes, sin embargo, entre la denuncia y la celebración del juicio oral pueden llegar a transcurrir aproximadamente dos años. “Las demoras, además, dan la oportunidad de que surjan en el niño sentimientos de culpa y, por supuesto, producen efectos negativos sobre la memoria. El transcurso del tiempo produce un deterioro global en la exactitud del relato de los hechos, añade Barrasa.”²²²

Por una parte, la propia declaración del menor en el juicio puede ser una experiencia dolorosa y estresante por varios motivos: el menor desconoce el procedimiento legal, es posible que se encuentre con el acusado en los pasillos de los juzgados, la posición física elevada de los jueces o la existencia de personas que no conoce en la sala de debate puede intimidar al menor, y es forzado a hablar en voz alta cuando además no

²²¹ Barrasa, *Ob. Cit.*, Pág. 8

²²² *Idem*, Pág. 9



entiende el vocabulario legal empleado (especialmente cuando es examinado por el abogado de la defensa).

4.7 La resiliencia en niños y niñas víctimas de abuso sexual y/o violación y la importancia del entorno familiar

Se entiende por *resiliencia* la capacidad de las personas de sobreponerse a las dificultades, aprender de sus errores y adaptarse positivamente, eligiendo crecer en lugar de hundirse y capitalizando sus experiencias en positivo. En el caso de los/las menores de edad víctimas de abuso sexual, este procedimiento es mucho más sutil y probablemente se lleve un poco más de tiempo que en un adulto, pues se debe de permitir que, conjuntamente con su desarrollo cognitivo vayan asimilando su *no culpabilidad* en los hechos delictivos de que fueron objeto. Es por ello, que durante el proceso penal, a la víctima menor se le debe de dar un acompañamiento certero, para que a futuro su *resiliencia* le permita llegar a tener una vida física y mental saludable.

Se debe evitar por ello, que las víctimas menores lleguen al punto de angustia y decidan por la retractabilidad como vía de escape a la revictimización a que están siendo sometidas por el sistema judicial, al producirse la retractabilidad, el victimario quedará en la impunidad y la víctima, escasamente podrá recuperarse.



Actualmente, se habla mucho de *resiliencia*, pero pocas revisiones se han hecho sobre qué significa exactamente este término y, lo que es más importante, cuáles son sus componentes y qué se puede hacer para ayudar a los/las menores víctimas de abuso sexual a superar las repercusiones que puede tener crecer en una situación no solo de violencia en el propio hogar, sino además haber sido víctima de abuso sexual.

Los profesionales que trabajan con niños y niñas que han crecido en contextos de violencia familiar y han sido abusados sexualmente, reconocen este contexto como de *riesgo*, es por ello necesario determinar las variables que se han asociado con la presencia o ausencia de problemas psicológicos y sociales en estos niños para poder intervenir sobre ellas, evitando o disminuyendo, las dificultades y consecuencias adversas derivadas de estas experiencias de violencia, al respecto Noemi Pereda opina: “Los estudios sobre variables moderadoras y mediadora en caso de abuso sexual infantil han mostrado que a pesar de haber variables estáticas, que no se pueden modificar, muchas circunstancias que presentan estos niños pueden ser objeto de intervención profesional.”²²³

En este sentido, las variables suelen agruparse en aquellas relacionadas con características de la víctima (como la autoestima, el sentimiento de culpa, o determinados rasgos de personalidad del niño), con características del abuso y del abusador (si ha habido uso de fuerza o amenazas por parte del agresor, la frecuencia

²²³ Pereda, N. *Resiliencia en niños víctimas de abuso sexual: el papel del entorno familiar y social*, en *Educación Social*, no. 49, pPág. 103-114



del abuso, la existencia de una relación íntima y de confianza ente el abusador (víctima), así como con las consecuencias asociadas al descubrimiento del abuso respecto a la familia y al entorno de la víctima (la existencia de apoyo social, la disponibilidad de recursos profesionales o la victimización secundaria, entre otros).

En este sentido Spaccarelli y Kim²²⁴ defienden que:

“aquellas víctimas de abuso sexual infantil resilientes son las que presentan un mayor nivel de apoyo parental, así como un menor nivel de variables de riesgo relacionadas con el abuso (más de un agresor, coerción durante el abuso) y con los hechos posteriores al abuso (conflictos parentales, múltiples entrevistas con profesionales diferentes, entre otros).”

Así pues, la percepción de apoyo por parte de las figuras parentales aparece como una variable importante a tener en cuenta, por ello agregan: “considerándose indispensable para un correcto ajuste tanto a corto como a largo plazo en la vida adulta del niño o la niña víctima.”²²⁵

²²⁴ Spaccarelli, S. y Kim, S. *Criterios de Resiliencia y los factores asociados con la resiliencia en niñas abusadas sexualmente*, en *Niños Abusados y la Negligencia*, 19 (9). 1171-1182, 1995

²²⁵ *Idem*, pPág. 1174-1176



Este apoyo supone un componente fundamental de la resiliencia del niño o niña convirtiéndose el adulto que lo ofrece en *tutor de resiliencia*. En este sentido, es necesario que las figuras parentales asuman su responsabilidad de cuidado y protección hacia el niño o niña y le ayuden a superar la experiencia vivida, mostrándose empáticos y poniéndose en el lugar del niño o niña, entendiendo su sufrimiento y su silencio, sin culpabilizarlo, teniendo la fortaleza necesaria para tomar todas las medidas de protección que se requieran, lo que en ocasiones supondrá tener que implicarse en un procedimiento judicial.

Ello implica, que los padres y familiares deben asumir una postura de serenidad y seguridad, evitando expresiones de alarma y miedo, venganza u odio, que han demostrado dificultar la superación de estas experiencias, siendo capaces de escuchar de forma activa, fomentando la expresión de emociones en el niño o niña e introduciendo reflexiones e ideas que le permitan corregir todas las creencias distorsionadas que pueda presentar con respecto de sí mismo/a y las relaciones afectivas, así lo recomiendan autores como Vanistendael y compañía: “haciendo que el niño/a se sienta siempre acompañado y fomentando sus relaciones sociales, reduciendo sus sentimientos de estigmatización, soledad y aislamiento; preparándolo ante posibles dificultades futuras, ofreciéndole un espacio de confianza donde no se le cuestione y donde puede acudir siempre que lo necesite.”²²⁶

²²⁶ Ver Vanistendael, S., Lecomte, J. y Manciaux, M. *La felicidad es posible: despertar en niños maltratados la confianza en sí mismos: construir la resiliencia*. GEDISA. España, 2002



Sobre la base de la posibilidad otorgada por la resiliencia que plantea un futuro tranquilo y feliz en niños y niñas que han sido víctimas de abuso sexual, es necesario mantenerse alerta en cuanto al tratamiento dado a estas víctimas durante todo proceso judicial, a efecto de que, por miedo o por temor a la venganza por parte de su agresor o por la falta de apoyo parental, no recurran a la retractabilidad como vía de escape a la angustia que les produce sentirse en soledad, sin protección y amenazadas.





CAPÍTULO V

5. La retractabilidad de las niñas menores de 14 años que han sido víctimas del delito de violación: Aspectos y factores a tomar en cuenta en la motivación de la sentencia

5.1 La retractabilidad de la víctima y la incidencia en los resultados procesales

Es importante enfatizar que el propio relato de la víctima es la herramienta más fuerte del proceso penal, máxime cuando no existen evidencias físicas del abuso sexual, como sucede en la mayoría de los casos.

Al respecto expresa Monteleone que: “Los jueces son llamados a reflexionar previo a emitir una opinión de mérito, para lo cual deben tener en cuenta el relato de la niña abusada, los indicadores físicos que ésta presenta, el relato de las personas allegadas a la menor y los estudios médicos, psicológicos y psiquiátricos que – por la experiencia en la materia- se puede concluir que rara vez emiten una opinión contundente y concluyente respecto de la existencia del abuso sexual.”²²⁷

²²⁷ Monteleone, R. *Abuso sexual infantil: La retractación de la víctima y sus consecuencias procesales*.



También, el juez debe tener presente que junto a la rabia y el desprecio que motivó la confesión subyacen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar o a una persona con quien se tiene ataduras sentimentales y por no cumplir con el mandato de mantener unida a la familia. También puede ser que la menor sienta que todas las amenazas efectuadas por el abusador se cumplan.

Es en esta etapa donde la niña necesita mayor protección de la Justicia – jueces, fiscales, asesores de menores, abogados, organismos institucionales, médicos, psicólogos, entre otros – de sus padres y demás familiares y de un ambiente contenedor para no flaquear y sostener lo que han relatado. Por ello, a menos que la niña reciba un apoyo sustancial ante su denuncia, normalmente se retracta.

La presión ejercida sobre la víctima por la familia, por el abusador y aún por los profesionales puede abrumar a la menor abusada y obligarla a retractarse. Esto no es indicador de que la víctima haya mentido acerca del hecho, sino que generalmente es una consecuencia lógica de la intensa presión ejercida sobre ella; así, la retractación o retractabilidad le permite volver al seno de la familia y eludir la victimización que de ella hace el sistema legal.



Es de tomar en cuenta un fenómeno muy peculiar que surge de la retractabilidad para la práctica tribunalicia, y es el hecho que muchas veces esta mentira – la de negar lo que antes denunciaron, el retractarse – suele despertar mayor credibilidad que la más explícita denuncia de abuso sexual familiar.

Al respecto, corresponde señalar que la incidencia de las niñas víctimas que mienten respecto a un hecho de abuso sexual es muy pequeña. Investigaciones recientes indican que es prácticamente imposible que una niña de corta edad logre mentir respecto a un hecho de estas características y mantenga su relato en el tiempo, así lo afirma Monteleone: “Nótese que las niñas abusadas deben declarar en reiteradas instancias judiciales previo a arribarse a una sentencia condenatoria, por lo que no resulta sencillo que esta menor se encuentre en condiciones de sostener con precisión situaciones de tiempo, modo y lugar en idéntica forma en todas las ocasiones en que debe declarar.”²²⁸

Se sabe que la retractación de un hecho de abuso sexual durante la tramitación de un proceso judicial: “es uno de los momentos más complejos de las intervenciones judiciales, como lo aclara De Gregorio.”²²⁹ Frente a las presiones judiciales, las niñas descubren que la retractación o retractabilidad es el camino para retroceder respecto de aquello que añade tanto dolor; a su vez, puede suceder que otras personas allegadas a

²²⁸ *Idem*, Pág. 8

²²⁹ De Gregorio Bustamante, A. *Abuso sexual infantil. Denuncias falsas y erróneas*. Editorial Omar Favale. Buenos Aires, 2004, Pág. 85



la víctima comiencen a influir sobre sus decisiones con el objeto que se culmine el proceso judicial o que se evite el encarcelamiento del abusador, en los casos de ser éstos sus padres o padrastros o algún miembro de la familia.

Más allá de la dificultad probatoria que implica determinar cuándo la niña dijo la verdad, lo cierto es que dicha circunstancia se torna más compleja según la etapa del proceso en la cual se encuentre la relación de los sujetos procesales: es decir, no resulta lo mismo que la retractación opere durante la instrucción que durante el debate del juicio oral, donde los jueces son llamados a resolver la situación procesal en forma inmediata.

De esta forma se sostiene la importancia de acotar las etapas procesales con el objeto de evitar que sucedan este tipo de situaciones. Esta inmediatez y acotamiento de etapas procesales evitaría el olvido consciente o inconsciente sobre los hechos que tenga que re-relatar la menor e impediría una sobreexposición revictimizante para este.

A tal fin, resultaría de gran importancia la plena participación del acusado desde la génesis de la instrucción y el control directo de las partes en todas las diligencias probatorias que se lleven a cabo. “De este modo la prueba –es decir, el testimonio de



la menor víctima- se produce una sola vez con control directo y evitándose reiteradas exploraciones sobre su psiques y su intimidad física, afirma Monteleone.”²³⁰

La retractación o retractabilidad de la víctima aparece como una problemática que dificulta muchas veces, la intervención judicial, ya que los procesos suelen estancarse debido a la retractación de la niña víctima, es por ello recomendable buscar las respuestas a estas preguntas: ¿existen factores externos e internos o variables, que incidan en la persona de la víctima y lleven a que la misma se retracte del hecho denunciado originalmente?, ¿la retractación de la víctima impactaría negativamente en la credibilidad de su relato?, ¿los operadores judiciales y profesionales especializados (peritos oficiales) poseen la formación necesaria e idónea a fin de valorar los relatos y testimonios de las niñas cuando se desdicen de lo develado previamente?

Tal como se ha venido acotando, los casos de abuso sexual infantil presentan características que la mayoría de las veces connotan el conflicto emocional de la víctima cuando el agresor es alguien en quien ella confiaba, es decir, un familiar muy cercano. En estos casos, para que exista retractación la niña víctima, debió haber prestado testimonio donde señaló haber sido víctima de una agresión sexual, y durante el transcurso del proceso penal negar su ocurrencia, modificando de esta manera su relato original.

²³⁰ Monteleone, *Ob. Cit.*, Pág. 8



Es por ello que en los casos que se produzca la retractación o retractabilidad el juzgador deberá recurrir al testimonio especializado del perito psicólogo para así evaluar los motivos o causas de dicha retractación y la reacción de la niña que ha sufrido el abuso sexual. Asimismo, podrá valerse de la prueba pericial como instrumento de refutación, y así explicar o refutar la alegación o inferencia de que una niña que se retracta, por este solo hecho no es víctima de abuso sexual.

Como se puede apreciar, el informe pericial puede ayudar al juzgador a estar en una posición cognitiva para poder evaluar y decidir sobre la credibilidad de la víctima-testigo y/o determinar en qué momento dice la verdad. También ayuda a entender que “no necesariamente porque exista un retracto se debe descalificar la versión anterior, o considerar que no ha habido victimización, por el contrario, ayuda a comprender la reacción de la niña que ha sufrido de este tipo de agresión, así lo afirma Monteleone.”²³¹

Por otro lado y atentos a que el juzgador carece de los conocimientos especializados (de la psicología forense), necesariamente requiere de la explicación experta de un perito, para así poder expedirse sobre la fiabilidad del relato de la niña víctima de abuso sexual.

²³¹ *Idem*, Pág. 9



5.2 Variables que influyen en la retractación o retractabilidad de las niñas víctimas de abuso sexual

Existen una serie de variables que influyen en que el niño víctima de abuso sexual busque la vía de la retractabilidad como escape a la angustia que le produce enfrentar su propio dolor y la revictimización de la que es objeto desde que relató los hechos sufridos, sobre ello comentan los actores Escaff Sivla y Salvatierra: “Estas variables van desde el vínculo de la víctima con el agresor, dependencia económica de la madre o familia de la menor, respecto a los ingresos del agresor, actitud de incredulidad de la figura principal de apoyo frente a la develación hasta la existencia de victimización secundaria.”²³²

Del análisis detallado de las variables que han resultado significativas, se ha logrado establecer que con relación al tipo de vínculo con el agresor, la mayor parte de los abusadores fueron familiares o constituían un modelo masculino para la menor.

La significación de esta variable puede ser explicada debido a que, si la agresión fue cometida por un desconocido, las consecuencias a nivel familiar son menos devastadoras para su dinámica interrelacional, debido fundamentalmente a que no existe una relación del agresor ni con la víctima ni con la familia de esta. En cambio, si

²³² Ecaff Silva, E; Rivera Leiva, M y Salvatierra Duarte, M. *Estudio de variables asociadas a la retractación en menores víctimas de abusos sexuales*. ILANUD, 27.



el abuso fue perpetuado por un conocido o familiar, las consecuencias son mayores incrementándose en el último caso, puesto que la develación pone en riesgo la estructura familiar y su funcionamiento.

Si se considera la importancia del rol de esta figura paterna en la percepción del pequeño mundo de la víctima, acusarlo de un hecho abusivo genera en la menor un sentimiento de ambivalencia, ya que por una parte siente que esta figura le brinda protección pero, por otra, la agrede, de nuevo Escaff y compañía dice: “La ausencia de violencia manifiesta y la forma de seducción del agresor hacia la niña contribuye a que ésta no se atreva a denunciarlo directamente, por ello son terceros los que generalmente lo hacen (trabajador/a social, profesores/as y vecinos, principalmente. Esta medida tomada por otros facilita, en muchas ocasiones que la menor modifique sus relatos.”²³³

Lo concerniente a la variable *dependencia económica* tiene un nivel de significancia bastante considerable ya que se ha establecido que de la mayor parte de las menores que se han retractado, sus madres y familia dependen económicamente del agresor, por lo que, inculparlo como autor del delito constituye la pérdida del soporte económico para su subsistencia. Ante esta situación, opinan los mencionados autores: “las menores víctimas al percibir que con denunciar el abuso de que fuera objeto afecta la

²³³ *Idem*



situación económica de la familia, optan por negar su versión original respecto de haber sido víctima de agresión sexual.”²³⁴

La tercera variable referida a la *actitud de la madre* es un elemento que incide significativamente en la ocurrencia de la retractación, de esta manera, cuando la niña percibe una actitud de incredulidad por parte de esta, las posibilidades de modificar la declaración aumentan. Para comprender la importancia de esta variable se hace necesario recordar que el vínculo que la menor ha establecido con su madre es fundamental.

Muchos estudios respecto al tema de la relación madre/hija, han demostrado que la sensibilidad materna es la principal determinante de la calidad del vínculo; es decir, su habilidad para percibir las demandas de la niña, interpretarlas adecuadamente y seleccionar la respuesta adecuada, al ocurrir lo contrario obviamente se presenta una relación desarmónica entre ambas. Indudablemente, existen casos en que la develación de la niña produce en su madre actitudes de negación de los hechos, siendo negligentes o culpabilizando a la menor de lo sucedido.

Como resultado, se tiene una actitud por parte de la madre de desprotección y falta de resguardo ante una nueva agresión, sobre esto opinan los mismo autores: “la

²³⁴ *Idem*, Pág. 124



responsabilizan de las consecuencias que la develación produce, ante lo cual la menor como único recurso adaptativo opta por la retractación o retractabilidad en sus declaraciones.”²³⁵

Por último, hay que acotar en torno a la variable *victimización secundaria*, la cual resulta altamente significativa en la ocurrencia de la retractabilidad, puesto que todas las niñas que se retractan y sus familias sufren una nueva victimización en paso por las instancias legales. Esta situación facilita la deserción en las gestiones pertinentes o bien negar la ocurrencia del delito.

Sin embargo, con las nuevas tendencias de los instrumentos internacionales que inciden en las legislaciones domésticas de los Estados, pueden contribuir a facilitar la realización de las denuncias, en cuanto sean conocidas por las personas. Esta labor resulta muy provechosa pues permite difundir la información por medio de los medios masivos de comunicación, tal como ha quedado establecido en la Convención sobre los Derechos de los Niños, que les reconoce su calidad de sujetos afectos a los mismos derechos que un adulto.

²³⁵ *Idem*



5.3 Factores de incidencia en las motivaciones de las sentencias penales cuando se da la retractabilidad por parte de la niña víctima del delito de violación

La fase de juicio es trascendental dentro del proceso y, sobre todo, destacar las reformas llevadas a cabo, ya que con anterioridad a estas²³⁶ era durante esta fase, cuando se ofrecían los elementos recabados en la fase preparatoria; en la actualidad, estos medios de prueba se aportan ante el juez de primera instancia penal, los que se ofrecen de forma oral, pública y contradictoria para su consideración como medios de prueba pertinentes.

Enfocar la etapa de juicio propiamente dicha, es de gran importancia para esta investigación porque permite apegar sea toda una serie de instrumentos internacionales de defensa y protección de los derechos de la niñez, así como la protección de este grupo tan vulnerable en contra de todo tipo de violencia; instrumentos que, de una u otra forma, han sido transpuestos en la legislación guatemalteca, ya que constituye un ideal para la aplicación de justicia que, en dicho ámbito se deben propugnar para los sujetos procesales que intervienen en el proceso. Derechos que ayuden a la niña víctima de violación y abuso sexual, basados en la doctrina de la protección integral de la niñez y la adolescencia, que parte del principio del “*interés superior del niño*”.

²³⁶ Las específicas del ofrecimiento se evidencian en el Artículo 343 del Código Procesal Penal, con las reformas del Decreto número 18-2010, donde se faculta al juez de garantía para conocer la audiencia de ofrecimiento de medios de prueba.



Apegarse a estos principios ya legislados en una ley específica como lo es la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia –Ley PINA-, Decreto número 27-2003, es seguir un camino que permite que la niña víctima no se vea inmersa en ese mundo de responsabilidad y culpa que le haga sentir ir en contra de la persona que generalmente es la figura de protección moral y económica de la familia, y que generalmente es el punto focal que la obliga a retractarse de la denuncia original.

El análisis de la serie de factores preexistentes a la motivación de la sentencia, le permite al juez no incurrir en los vicios que generalmente surgen de la retractación en un juicio, sobre todo cuando se trata de una niña que ha sido violada, pero que al cambiar su declaración inicial llama la atención la existencia de la contradicción que puede llevar al propio juzgador a perder la credibilidad en la develación inicial de la niña.

Dentro de la fase de juicio, por ende se deben tomar en cuenta factores especiales para estos tipos penales en donde la víctima también es especial, para poder emitir un fallo justo, legal y sabio y, sobre todo, ampliamente razonado y argumentado jurídicamente, que no permita duda alguna a todas las partes involucradas



5.3.1 Factor I: Definición de prueba, comprensión de elemento, objeto, medio, órgano de prueba y prueba mínimamente suficiente

5.3.1.1 Definición de prueba

La palabra prueba deriva del término latino *probatioo probationis*, que a su vez procede del vocablo *probus* que significa “bueno”; por lo tanto, lo que resulta probado es bueno y se ajusta a la realidad, de lo que se infiere que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa.

La prueba es un término importante dentro del proceso penal por cuanto es a través de esta que se busca establecer la verdad procesal sobre los hechos que se investigan. Según Florián, “en su acepción más genérica y puramente lógica, prueba quiere decir, a un mismo tiempo, todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa, y en sentido más amplio, y haciendo abstracción de las fuentes, significa el conjunto de motivos que nos suministran ese conocimiento. La primera es una concepción subjetiva y la segunda es objetiva.”²³⁷

²³⁷ Florián, E. *De las pruebas penales*. Tomo I. Temis, Bogotá 1982, Pág. 43



Asimismo, se puede conceptualizar la prueba como todo lo que puede servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en él se investigan. La prueba es la que proporciona al proceso penal la idea de certeza sobre la realidad de una cosa. La posibilidad que tiene el juez de alcanzar la verdad del hecho ocurrido, depende profundamente de que la prueba le dé cabida a este para acercarse al conocimiento del hecho investigado. Tan importante es la prueba, que se constituye en el recurso del juez para fundamentar que su valoración estuvo amparada en la objetividad aportada por la prueba que tuvo a su disposición.

Michele Taruffo define la prueba como:

“el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre.”²³⁸

Según esta definición, son prueba tanto los instrumentos para adquirir información que están expresamente regulados por la ley (las denominadas pruebas *típicas*) como aquellos que la ley no regula expresamente (las denominadas pruebas *atípicas*).

²³⁸ Taruffo, M. *La prueba, Artículos y Conferencias*, Pág. 59



Según Nicola Framarino dei Malatesta, las pruebas son: “El medio objetivo a través del cual el espíritu humano se apodera de la verdad”,²³⁹ pero hay una facultad del espíritu humano cuya función es indispensable para la percepción de la verdad: la inteligencia, pero esta no siempre llega por sí sola sino que necesita el auxilio del sentido.

La verdad, dice Taruffo: “[...] es en general la conformidad de la noción ideológica con la realidad; la admitida percepción de esa conformidad, es la certeza. La certeza, según esto, es un estado subjetivo del alma, que puede muy bien no corresponder con la verdad objetiva. La certeza y la verdad, no siempre coinciden [...]”²⁴⁰ El autor admite la naturaleza subjetiva de la certeza, al decir que esta no es la verdad, es un estado del alma, el cual puede no responder a la verdad objetiva.

Para Francesco Carnelutti, probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Por su parte, para Giandominico Romagnosi, la prueba es: “Todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa”. Asimismo, en doctrina se hace la distinción entre la llamada prueba social y prueba jurídica. Lo propio de esta última es que todos los mecanismos y procedimientos por medio de los cuales se lleva a cabo la actividad probatoria están determinados y regulados por la ley.

²³⁹ Framarino Dei M., *Ob. cit.*, Pág. 20

²⁴⁰ Taruffo, *Ob. cit.*, Pág. 45



En el conocimiento ordinario, en el cual se formulan juicios no científicos, se aplican pruebas ordinarias, las cuales carecen de metodología y de rigurosidad en su demostración. Por el contrario, en el conocimiento científico también se producen juicios pero de carácter científico, que exigen las pruebas adecuadas, las que demandan de la utilización de metodologías científicas.

Las pruebas científicas exigen la realización de unos actos que están sometidos a unas reglas y procedimientos específicos, tanto constitucionales como legales, encaminados a la verificación de la veracidad de los juicios jurídicos, propios del conocimiento científico, social y reconstructivo.

Gustavo Cuello Iriarte afirma que: “la importancia de la prueba radica en que un derecho sin pruebas no es derecho, que las pruebas son elementos indispensables para acreditar los hechos en que se fundan los derechos. Sobre este punto resultan contundentes Planiol y Ripert cuando expresan que un derecho no es nada sin la prueba del acto jurídico o del hecho material de que se deriva. Solamente la prueba vivifica el derecho y lo hace útil. Idemest non ese aut non probari [...]”²⁴¹

En cuanto a la finalidad de la prueba, esta tiene una importancia fundamental, pues permite conocer el pasado, y esto es vital para saber quién tiene la razón.

²⁴¹ Cuello Iriarte, G. *Derecho probatorio y pruebas penales*. LEGIS, Bogotá, Colombia, 2008, Pág. 90



Existen dos elementos medulares que se deben tomar en consideración para arribar a una definición del término “prueba”: Un aspecto objetivo y uno subjetivo. El aspecto objetivo, es desde el cual la prueba es el medio por el que se intenta alcanzar la seguridad judicial, y el aspecto subjetivo se refiere al nivel de convencimiento que se produce en la mente del juez por medio de la prueba.

Si se parte de una posición de la prueba como actividad de verificación, entendiéndose esta como la actividad cuyo objeto consiste en verificar la exactitud de los datos que las partes han incorporado al proceso, entonces se puede entender que la prueba es la que lleva a cabo el juzgador al comparar las afirmaciones de las partes del proceso; sin embargo, existe otra corriente que considera que la prueba está constituida por todas las acciones que llevan a cabo tanto las partes como el juez.

Desde una perspectiva finalista, se puede definir la prueba como toda actividad dirigida a lograr la convicción del juez, respecto a la existencia o no de los hechos investigados. Con la prueba se logra establecer la verdad formal de un hecho investigado, al mismo tiempo que garantiza que las decisiones judiciales no sean arbitrarias. En esto radica la mayor importancia de la prueba.

La prueba debe cumplir con los siguientes requisitos: objetividad, admisibilidad o legalidad, relevancia o utilidad, y pertinencia. Por objetividad, debemos entender que la



información debe provenir del mundo externo y no del conocimiento del juez, es decir, se debe basar en objetividad y no en subjetividad. La obtención de la prueba debe ser legal, es decir, que para obtenerla deben cumplirse una serie de garantías que resguarden su integridad; en principio, la prueba debe ser obtenida sin violentar los derechos fundamentales, por ende no se pueden utilizar medios probatorios que afecten la moral o dignidad humanas.

Asimismo, la prueba debe ser relevante, es decir, que el elemento de prueba que se incorpora al proceso no solo debe tener relación con el hecho que se investiga sino que además, debe permitirle al juez que la valora, obtener un grado de certeza y probabilidad sobre la verdad formal de los hechos. De igual manera, debe haber relación entre la existencia del hecho y la participación del imputado, es decir, la prueba debe ser pertinente.

5.3.1.2 Elementos y objeto de la prueba

Como bien se sabe, es precisamente por medio de la prueba que se puede comprobar que un hecho ha ocurrido; pero para poder llegar a establecer esta realidad, hay que determinar en primer lugar, el objeto de la prueba. Esto se logra a través de un medio probatorio.



Para Framarino Dei Malatesta: “las pruebas son el modo de manifestación de la fuente objetiva que es la verdad, y en este respecto, el medio objetivo por el cual la verdad llega al espíritu.”²⁴² Por su parte Dall’Anese y Salas son del criterio que:

“El objeto de prueba responde a la pregunta ¿Qué es lo que ha de probarse?, o sea, el tema sobre el cual ha de desarrollarse la actividad probatoria; asimismo, surgen otras interrogantes complementarias que ayudarán a determinar y esclarecer las circunstancias, tales como ¿qué ocurrió?, ¿dónde ocurrió?, ¿cómo ocurrió?, ¿quién lo hizo?, ¿por qué lo hizo), etc.”²⁴³

Hay un objeto de prueba principal, que es el hecho del delito y existe un objeto de prueba accesorio y secundario, que son los hechos distintos del delito, pero conexos, de los cuales puede deducirse el delito. En principio, existen ciertos hechos que no deben probarse, tales como las presunciones jurídicas y las naturales, los hechos evidentes, y los hechos notorios. Es importante mencionar que los avances científicos han permitido considerar al imputado en sí mismo como objeto de prueba, utilizando sus fluidos corporales para esclarecer los hechos que se investigan.

El objeto de la actividad probatoria son todos aquellos hechos relevantes para establecer la realización o imposibilidad de realización de un hecho delictivo; la importancia del objeto de prueba se encuentra en el hecho de que pueda ser

²⁴² Framarino Dei Malatesta. N. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Temis. Bogotá, Colombia, 1995, Pág. 20

²⁴³Dall’anese. A. y Salas. M. *Alcoholemia*. Jurídica Continental. San José, Costa Rica, 2002, Pág. 35



efectivamente demostrado, y son los sujetos procesales quienes deben asumir la tarea.

Para que sea admitida una prueba en concreto en un proceso penal, la misma debe cumplir los requisitos de pertinencia y relevancia. Florián aclara que: "...atendiendo al fin práctico de buscar y establecer la verdad jurídica respecto a la imputación de un delito, se deduce que los elementos de prueba que pueden aceptarse en el proceso en función del objeto de prueba, son solo los que sirven para los fines inmediatos y específicos del proceso del cual trata."²⁴⁴

La investigación judicial no debe divagar, y es por ello que se infiere que los hechos deben referirse a la materia de que se trata el proceso, en otras palabras, que deben ser pertinentes y relevantes. Tomando en cuenta que los hechos son históricos, por cuanto suceden en determinado momento y circunstancia y son capaces de repetirse, todas las afirmaciones que sobre ellos se hagan en un proceso son juicios valorativos.

²⁴⁴ Floroan. E. De las pruebas penales. Tomo I. Temis. Bogotá 1982, Pág. 98



5.3.1.3 Medios de prueba

Una vez estudiado el objeto de la prueba, es importante señalar la forma en que puede ser introducido este objeto dentro del proceso; esta actividad es la que se realiza a través de los denominados medios de prueba. Florián define el medio de prueba como “el acto mediante el cual el objeto de prueba se revela y se consigna en el proceso por obra del juez o de los órganos de prueba [...]”²⁴⁵

Es necesario señalar que el órgano de prueba es la persona por medio de la cual se adquiere en el proceso el objeto de prueba, es el medio por el cual dicho objeto llega al conocimiento del juez y de los demás sujetos procesales. “[...] El medio de prueba [...] sirve para producir el conocimiento, al paso que del conocimiento se deriva la convicción de la prueba, la convicción de que la prueba se ha establecido o no, así lo afirma el autor.”²⁴⁶

Hay quienes señalan la importancia de que los medios probatorios estén taxativamente señalados por ley, mientras hay quienes creen que en aras de la búsqueda de la verdad real se hace necesaria la total libertad en los medios de prueba. La primera corriente es la que siguen la mayoría de los autores, pues basan su criterio en el valor jurídico, seguridad y certeza para las personas hacia quienes la ley se dirige. El segundo

²⁴⁵ *Idem*, Pág. 175

²⁴⁶ *Idem*, Pág. 44



sistema está basado en el interés público, pues es importante para la sociedad que un hecho quede realmente esclarecido, lo cual justifica la utilización de todos los medios de prueba lógicos. Deben utilizarse en el proceso todos los instrumentos idóneos con el fin de que la investigación pueda utilizarse íntegramente.

El medio de prueba le produce un conocimiento al juez, en cuanto al hecho a investigar, en algunos casos se lo produce en forma directa, donde el juez por su propia percepción adquiere el conocimiento (por ejemplo en una inspección), y en otros casos el conocimiento se produce en forma indirecta, ya no por sus propios medios sino por terceras personas, como lo sería el caso de los testigos, peritos, entre otros.

Cabe deducir que una de las diferencias fundamentales entre la prueba directa y la indirecta es que de la primera se deriva la certeza, mientras que de la indirecta la probabilidad. Pese a esto, es importante tomar en cuenta que la prueba indirecta es de mucha utilidad para el juez cuando es aplicada con cuidado y prudencia, máxime cuando resulte casi imposible que el juez pueda percibir, como en la mayoría de los casos, los hechos directamente.



Entre los medios de prueba se pueden citar:

- La prueba testimonial
- La prueba confesional
- La prueba documental
- La inspección judicial
- La prueba pericial

Entre los medios auxiliares de prueba se pueden citar:

- Inspección corporal
- Requisa
- Registro de vehículo
- Levantamiento e identificación de cadáveres
- Allanamiento y registro de morada
- Secuestro
- Clausura de locales
- Reconstrucción de los hechos
- Reconocimiento de personas
- Reconocimiento de objeto



- Careo
- Indicios

5.3.1.4 Órganos de prueba

Órgano de prueba es la persona por medio de la cual el objeto de prueba llega al conocimiento del juez y eventualmente de los demás sujetos procesales, son personas físicas que se desempeñan como intermediarios entre el objeto y el ente juzgador; son todas aquellas personas que intervienen en el proceso penal aportando conocimientos o información al juez acerca del objeto de prueba.

El órgano de prueba puede ser directo o indirecto, según que, la fuente aportada constituya el hecho mismo que se pretende probar o por un hecho diferente. Ejemplo del primero lo constituye el reconocimiento judicial, pues el dato que percibe el juez coincide con el hecho a probar. Ejemplo del segundo son las declaraciones de testigos y el dictamen pericial, por cuando, de la información que estos aporten, el juez debe deducir la verdad o la falsedad del hecho investigado.

A criterio personal, me parece que, el órgano de prueba se resume en que existe un intermediario, con o sin interés en el proceso, entre la prueba y el juez cuya función es



portar un elemento probatorio que haya conocido incidentalmente (testigo) personalmente (agraviado), o, por encargo judicial (perito).

Es de suma relevancia y cuidado, la valoración que se hace de la declaración de la víctima o agraviados, ya que en la actualidad a nivel nacional con las nuevas corrientes doctrinarias, así como las reformas al proceso penal, se ha dado el papel preponderante que necesitaba y era exigible para la víctima, desde la primera etapa del proceso hasta la fase del juicio; por ende, existe la necesidad procesal de tomar en cuenta cada una de sus argumentaciones al valorar la misma.

5.3.1.5 Sujetos de la prueba

Los sujetos de prueba son todas aquellas personas que intervienen en el desarrollo de la actividad probatoria: quien solicita la prueba, el destinatario de la misma, terceros intervinientes como peritos y testigos.

Es importante hacer la distinción de los mismos sujetos según se desenvuelven en las diferentes etapas del proceso penal. Durante el período de instrucción, el fiscal es quien será el sujeto activo y promotor de la prueba, esto como poder-deber por ser el titular de la “etapa de investigación probatoria”, ello no implica que las partes privadas no



puedan, como derecho, cumplir con una actividad probatoria durante el proceso, ya que las mismas pueden proponer algunas diligencias que serán o no aprobadas por el juez.

Respecto a las partes del proceso denominadas “privadas”, cumplen dos funciones, tanto de sujetos activos de prueba como se mencionara supra, así como de órganos de prueba, ya que con sus declaraciones, testimonios y/o confesión (siendo esta última espontánea y bajo ningún medio de coacción o intimidación) aportarán datos pertinentes o no para llegar a la convicción judicial.

Por último, se tiene la figura del juez en lo que respecta a los sujetos de prueba, quien podrá ser sujeto activo, pero nunca podrá ser considerado órgano de la misma.

5.3.1.6 Consideraciones para la valoración de los medios y órganos de prueba en casos de retractación por parte de la víctima

La valoración de los mismos, debe realizarse desde una perspectiva muy concreta del juez con relación a su rol y su función, pues él debe de formar su convencimiento sobre una culpabilidad o inocencia del acusado utilizando su capacidad intelectual, sobre el análisis de los órganos y medios de prueba, que es por ende el medio más confiable para descubrir la verdad real, y evitar con ello decisiones judiciales arbitrarias.



Deviene de lo anterior que el análisis para la valoración por el juez, debe partir de es el elemento aportado por cada medio de prueba, pues solo así se tendrá como resultado un fallo justo, sobre todo, si existe retractabilidad de la víctima dentro del proceso.

Cuando la víctima se retracta, cada elemento de prueba debe ser significativo para la valoración del juez, ya que incluye rastros, huellas, lesiones (psíquicas o físicas), y demás, que claro está, vienen de la recolección del conjunto probatorio levantado por el equipo investigativo designado para ello; además y principalmente, de la conducta ilícita del agresor en contradicción dentro de cada proceso, y no debe interferir el mero conocimiento privado del juez, ya que sería carente de acreditación objetiva.

En esa secuencia de ideas, cuando el juez inicia con el análisis de cada elemento de prueba, deberá tomar en cuenta la idoneidad condicional de cada elemento, es decir su relevancia o utilidad, haciendo una relación de objetiva y subjetiva, de la base fáctica del ente fiscal e incluso de cualquier acto o circunstancia jurídicamente relevante.

Es también importante tener en consideración, el conjunto de principios que ayudan a la valoración idónea y pertinente de las pruebas en esta clase de casos. Uno de ellos que a criterio personal es de gran relevancia y que ayuda a dicha valoración, es el *principio de la prueba mínimamente suficiente*.



5.3.1.7 Principio de la prueba mínimamente suficiente

Este principio determina que la prueba que se tome en cuenta para su valoración debe llenar todas las determinaciones legales de nuestra legislación, e incluye la suficiencia probatoria de la misma, o sea que, debe ser suficiente para poder condenar a un individuo al margen de toda duda razonable, “de ahí deviene que debe existir una prueba suficiente aunque sea mínima. Ante este principio deben respetarse todos los principios que sustentan la garantía de presunción de inocencia, menciona Guillermo Ramírez.”²⁴⁷

El juez para dictar su fallo debe motivar su resolución, bajo el presupuesto de una mínima actividad probatoria promovida por el Ministerio Público, con respeto de cada uno de los principios informadores del proceso penal; de nuevo Ramírez: “la anterior actividad probatoria ha de ser suficiente, aunque sea mínima, para poder condenar a un imputado, por el delito de violación de una niña menor de 12 años.”²⁴⁸

Uno de los aspectos más importantes de este principio, son las interrogantes: ¿La simple declaración del sujeto pasivo puede ser considerada prueba mínimamente

²⁴⁷ Ramírez Villalta Magno, G. *Principios, Derechos y Garantías Estructurales en el Proceso Penal*. 2ª.ed. NG. Impresiones. Guatemala, 2007. Pág.

²⁴⁸ *Idem* Pág.



suficiente para declarar la culpabilidad de un procesado?, ¿Qué ocurre entonces cuando existen dos declaraciones, la del acusado que conlleva su inocencia, y la de la parte agraviada que conlleva culpabilidad?

En la realidad procesal guatemalteca, se evidencian innumerables casos de violaciones a niñas menores, principalmente en el seno familiar, que atentan contra el bien jurídico tutelado libertad sexual; más aún, que siendo las víctimas personas tan vulnerables, tan frágiles emotiva y cognitivamente, “se ven en la necesidad de retractarse por situaciones que afectan directamente el núcleo familiar o económico, cuestiones que ya se han demarcado en capítulos anteriores, agrega la misma fuente.”²⁴⁹

Lo difícil es que en estas muy penosas situaciones, únicamente se cuenta con el relato de la víctima, el del propio victimario y el juez tiene que darle credibilidad a una y negarle credibilidad al segundo.

Se puede afirmar entonces, que desde el punto de vista de la jurisprudencia europea considerar que la declaración de la víctima en los delitos sexuales, es mínimamente suficiente para que destruya la presunción de inocencia que protege al procesado.²⁵⁰ A nivel general, se toma en cuenta este principio, aunque no se comparte en su totalidad

²⁴⁹ *Idem* Pág.

²⁵⁰ Esta doctrina es reconocida en muchos países europeos y en especial en los Estados Unidos de Norteamérica.



lo expuesto por la jurisprudencia europea, toda vez que, mínimamente suficiente para un juzgador debe incluir por lo menos la declaración de la víctima y el conjunto de indicios que conforman la prueba indiciaria que respalde dicha declaración.

Debe tomarse en cuenta por los juzgadores, el análisis que se realiza en cuanto a la valoración de la declaración de la víctima, cuyo aspecto es de mucha importancia para el sustento de los argumentos que debe esgrimirse en la sentencia.

A este respecto afirma Soto Nieto²⁵¹ que: “La prueba mínimamente suficiente debe ser fecundada por un hálito de verosimilitud con puntuales corroboraciones que la avalen, o que permitan darle fundamento a la manifestación de la víctima.”

Los aspectos positivos de valoración que deben tomarse en cuenta según el principio en mención, respecto a la declaración de la víctima, serían los siguientes:

- a) Nadie se va a someter a una doble victimización sin razón aparente;
- b) Nadie va a poner en evidencia un hecho execrable para su dignidad sin razón aparente; y,

²⁵¹ Soto Nieto. Ponente en Sentencia del Tribunal Supremo de España, 22 de febrero de 1991



c) Nadie va a perder parte de su tiempo en la averiguación de la verdad, *sin razón aparente*.

También existen los aspectos negativos de valoración –según el principio citado- que se deben tener presentes al momento de escuchar la declaración de la víctima: Primero, es necesario hacer énfasis en un aspecto que siempre se ha delimitado en los aspectos de positivos de valoración: “*sin razón aparente*”.

Es requisito inalienable el verificar o constatar, por medio de cualquier indicio en juicio, para Joaquín Gonzáles: “si la declarante lo hace con el objetivo de lograr un beneficio económico o moral por parte de su victimario, o bien, por motivos espurios, de móviles extraños, de venganza, despecho u otros, que en ocasiones pueden aparecer en ciertos delitos violentos en los que existió una previa relación agresor y víctima.”²⁵²

También se debe considerar la existencia de aspectos neutros, tales como:

a) Todas las posibles contradicciones existentes entre agresor y víctima;

²⁵² J. Gonzáles Casso. “Comunicación, enervación o destrucción de la presunción de inocencia mediante declaración de la víctima”, en *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, Pág. 404



- b) Firmeza y convicción de las declaraciones contrapuestas;
- c) Expresiones de cada uno de los sujetos; e,
- d) Inclusive, el silencio de cada cual, el llanto y expresiones de todo tipo que ayuden a determinar de acuerdo a la experiencia, lógica y las aristas y especialidades de cada caso.

Según González Casso: “La declaración de la víctima es una prueba mínimamente suficiente que puede destruir la presunción de inocencia; que no son indispensables las pruebas complementarias aunque es recomendable corroborarlas con otros datos, para establecer su verosimilitud y objetividad; debe ser practica dentro del proceso mediante los mecanismos legalmente establecidos; no deben existir motivos espurios que hagan dudar de su plena validez. El juez debe motivar razonadamente su juicio al darle credibilidad a tal declaración.”²⁵³

²⁵³ *Idem*, Pág. 405



5.3.2 Factor II: Indicio. Medios de prueba indiciaria

5.3.2.1 Definición de Indicio

El indicio es un hecho que está en relación íntima con otro hecho, para Karl Mittermaier: “que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural.”²⁵⁴ El indicio deviene del término castellanizado *index*, que tiene la connotación “de señalamiento de un objeto, contiene en sí mismo un hecho diferente, si es aislado, pero que al momento adquiere gran importancia cuando el juez ve que tiene conexión con otro.”²⁵⁵

El hecho que atrae la atención del juez sobre la persona imputada sirve de base –punto de partida al indicio-, pero para que de este resulte un estado de sospecha real es preciso descubrir toda una serie de circunstancias accesorias, cuyas coincidencias vienen a fijar las convicciones del juez y esto es lo que la ley misma reconoce como indicios.

Es decir, que el indicio es un eslabón de una cadena que indica algo de importancia en un proceso y, específicamente, debe de tomarse en cuenta en dónde se retracta la víctima y más aún cuando es menor de edad; es una opción determinante para el juez o

²⁵⁴ Mitter Maier, K. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1979, Pág. 447

²⁵⁵ *Idem*, Pág. 473



jueza, pues sopesado con el principio mínimamente suficiente en el momento de valorar la prueba ayuda a emitir un fallo justo, ya que debe determinar el grado de relevancia, de todos y cada uno de ellos e, indudablemente, el nexo de ellos con el principio aludido.

5.3.2.2 La construcción de la teoría de la prueba indiciaria

Para entender los criterios jurisprudenciales en torno a la construcción de la prueba indiciaria, se debe de precisar el procedimiento lógico-formal de la construcción de esta, en cuanto al razonamiento inferencial o deductivo, en el marco de la teoría de la prueba.

Pero, a esta primera aproximación a los presupuestos materiales de la prueba indiciaria hay que sumarle la apreciación en todo el proceso de construcción de la misma de la observancia y respeto de los derechos fundamentales del imputado a la presunción de inocencia, al derecho a probar y al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

El imputado debe poder controlar el ingreso al proceso de los indicios incriminatorios, debe poder ofrecer conraindicios (o contraprueba) que se opongan a “las pruebas de



cargo”. Así en la valoración conjunta de los indicios y contraindicios el juzgador llegará a una sentencia condenatoria si los mismos ofrecen una convicción absoluta de la responsabilidad penal del imputado; en esa medida se establece la ligazón entre la construcción de la inferencia lógica que se constituye en prueba indiciaria y el derecho del imputado a la presunción de inocencia.

Más aún, la construcción de la prueba indiciaria que será el soporte de una sentencia condenatoria debe estar explicada en la resolución del juzgador, construcción que se expresa en la confluencia de todos los indicios a una única y posible conclusión o reconstrucción de los hechos, donde el imputado es el responsable penal del delito denunciado.

Para Desimoni: “[...] la prueba indiciaria consiste en la reunión e interpretación de una serie de hechos y circunstancias relativos a un injusto determinado que se investiga, a efectos de intentar acceder a la verdad de lo acontecido por vía indirecta.”²⁵⁶ Por su parte Mittermaier sostiene que “[...] por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es probar directamente hechos mediatos para deducir de éstos aquellos que tienen una significación inmediata para la causa.”²⁵⁷

²⁵⁶ Desimoni, L. M. *La evidencia en materia criminal*. Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 1998, Pág. 93

²⁵⁷ Mitte Maier, *Ob. cit.*, Pág. 441



En esa misma línea Belloch Julbe²⁵⁸ anota que:

“la prueba indiciaria presupone tres elementos esenciales: a) una serie de hechos-base o uno “especialmente significativo o necesario”, que constituirán los indicios en sentido propio; b) un proceso deductivo, que puede ser explícito o implícito (esto último, cuando el valor significativo del o de los indicios se impone por sí mismo); y c) una conclusión o deducción, en cuya virtud uno o varios hechos periféricos han pretendido tener por acreditado un hecho central a la dinámica comitiva, conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico.

La conclusión a la que se arriba a partir de una prueba indiciaria debe someterse a ciertos requisitos para su validez. así la afirmación o enlace entre el hecho-base y el hecho-consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia. Debe prevalecer la racionalidad y coherencia del proceso mental asumido en cada caso por el órgano jurisdiccional, siendo de rechazar por tanto la irrazonabilidad, la arbitrariedad, la incoherencia y el capricho del juzgador, que en todo caso constituyen un límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba.

Dos datos son, pues, imprescindibles, para Ángel Calderón y compañía: “a) racionalidad de la inducción o inferencia, es decir, que no solamente no sea arbitraria,

²⁵⁸ Belloch Julbe, J. A. *La Prueba Indiciaria*. En: AA.VV. *La Sentencia Penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, Pág. 38



absurda o infundada; y, b) que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia, todo ello, en aras de afirmar un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.”²⁵⁹

Por ello, Miranda Estrampes anota que la eficacia probatoria de la prueba indiciaria:

“[...] dependerá de la existencia de un enlace preciso y directo entre la afirmación base y la afirmación consecuencia, de tal forma que de no existir el mismo su valor probatorio sería nulo, no por el simple hecho de concatenación de las presunciones, sino porque faltaría uno de los elementos fundamentales integrantes de su estructura.”²⁶⁰

En consecuencia, la sentencia penal habrá de contener no solo la expresión clara y terminante de los hechos que han conducido a su afirmación, por un lado, y los fundamentos de derecho por otro lado, sino que ha de referir los elementos, probatorios que han llevado al juzgador a concluir su fallo, así como las reglas de la experiencia, la lógica o la razón en función de las de las cuales las pruebas practicadas se han podido afirmar la existencia del hecho por el que se condena.

²⁵⁹ Calderón Cerezo, Á. y Choclan Montalvo, J. A. *Derecho Procesal Penal*. Dykinson, Madrid, 2002, Pág. 385

²⁶⁰ Miranda Estrampes, M. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Bosch. Barcelona, 1997, Pág. 242



Se trata, pues, de expresar los elementos objetivos de la prueba que permitan constatar si la misma llena la exigencia de la mínima prueba suficiente producida con todas las garantías por una parte y, por otra, de indicar el *inter* formativo de la convicción; esto es, el aspecto subjetivo o valorativo cuyo análisis ha de posibilitar, en especial en la prueba indiciaria, revisar si el razonamiento fue lógico o, si por el contrario, lo fue irracional o absurdo.

5.3.3 Factor III. La valoración de la declaración de la niña agraviada que se retracta durante el proceso: análisis de Síndrome del Acomodo y de las razones de tipo económico.

5.3.3.1 Análisis del Síndrome del Acomodo

El **síndrome de acomodación** comprende las reacciones más frecuentes de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente, que es la base medular que interesa a la presente tesis. Este síndrome consta de cinco categorías específicas: el **secreto**, la **desprotección**, la **acomodación propiamente dicha**, la **denuncia tardía** y la **retractación**.



Las dos primeras son consecuencia directa de la vulnerabilidad de la niña; las últimas se desprenden del abuso sexual. De estas últimas es vital e importante su análisis, toda vez que son medulares en los procesos penales y principalmente para que un juez emita su fallo. Por ello, los jueces deben conocer y hacer mención de este síndrome en las sentencias en donde existe retractación de las víctimas de abusos sexuales; más aún cuando son menores de edad ya que en cada una de las categorías se evidencia la causa de sus actuaciones.

En base a la experiencia personal, uno de los factores que argumenta siempre la defensa de los sindicatos, es por qué esperaron tanto tiempo las víctimas para denunciar su victimización por parte del agresor y este es el punto focal de donde se derivan una serie de interrogantes en dichos procesos penales.

En cuanto al **secreto** no cabe duda que ninguna niña está preparada para enfrentar la posibilidad de ser abusada por un adulto en quien ella confía; lo que menos imagina es que pueda ser abusada incluso por su propio padre, de quien espera protección y cariño. Entonces, la víctima queda a merced del abusador para tratar de comprender qué sucede, de todas las "explicaciones" ilógicas y egoístas que recibe de su abusador, la niña solo entiende que algo malo está sucediendo, que es peligroso y que debe guardar silencio al respecto.



Las "explicaciones" que utiliza el abusador incluyen amenazas, como por ejemplo, "si dices algo, voy a matar a tu madre", "si dices algo, haré lo mismo con tus hermanos", "si hablas, destruirás a la familia y terminarás en un orfanato"; la forma de seducción se traduce en expresiones convincentes, tales como: "este es nuestro secreto", "si te callas, te regalaré lo que quieras"; y la violencia psicológica por medio de la amenaza, frecuente manifestaciones como: "si hablas, nadie te va a creer", "si le cuentas a mamá, se morirá de pena", "si dices algo, diré que tú tienes la culpa", de las cuales en la mayoría de casos penales un 95% devienen de las causales del porque se guarda silencio por parte de las víctimas.

El miedo a no ser creíble, a ser culpada de mentirosa e imaginativa, a perder el amor de los padres, es una amenaza terrible para la niña. Una menor que es abusada por su padre y no creída por su madre ha quedado huérfana, psicológicamente hablando; todos estos tópicos y el aspecto económico de nuestra realidad social son factores incidentes por los cuales la víctima se subsume a su agresor de que si permanece callada entonces "protege" a su familia y a ella misma.

En lo referente a la **desprotección**, generalmente en los procesos penales de esta índole, tanto los jueces como las partes plantean sus argumentos con expectativas de que la niña actúe como una adulta frente al abuso sexual. Si no lo hacen, llegan a presumir que la niña probablemente es cómplice de su propio abuso, o que le gustó y, en último caso, que lo inventó. Ante estas circunstancias difícilmente la víctima podrá



sentirse amparada cuando el abusador es alguien superior a ella, alguien a quien debe respetar y obedecer.

En ciertos casos, en el relato de la víctima se deja ver la planificación por parte del agresor, pues este esperaba a que la madre de la niña no estuviera o durante la noche mientras esta dormía, para acercarse a la cama de la niña; otras veces, el abuso se produjo a pleno día tocando el cuerpo de la menor con las manos, la boca o el pene.

Ante este relato, la sociedad espera una sola reacción por parte de la víctima, resistirse, pedir ayuda o intentar escaparse. La realidad es que la mayoría de las víctimas menores de abuso sexual no pueden reaccionar y quedan paralizadas; es ésta una reacción normal en estas víctimas ante lo desconocido que les está sucediendo en ese momento.

Respecto a la **acomodación propiamente dicha**, esta se produce derivada de las reiteradas ocasiones en que el abusador victimiza a la niña pues sabe que puede acceder a ella fácilmente, porque vive en la misma casa y la ve todos los días o porque tiene fácil acceso a la casa donde vive la niña por lo que solo debe llegar y abusar de ella.



Al vivir esta continuada relación de abuso sexual lo único que le queda a la niña es aprender a sobrevivir, a “acomodarse” a esta situación de dolor y humillación constante.

Es de esta manera que se produce una especie de conducta adictiva y repetitiva que solo el descubrirla puede ponerle fin. No hay salida, no hay a dónde refugiarse ni a quién recurrir.

En la niña abusada sexualmente y violada por el padre, se va produciendo un razonamiento confuso: o el papá es malo o ella es mala y merece castigo. No puede formarse la idea de un padre cruel y tirano, entonces, comienza a verse ella misma como la culpable de lo que está sucediendo. Este razonamiento explica por qué muchas niñas que fueron abusadas se perciben a sí mismas como prostitutas o luego desarrollan conductas sexualmente seductoras frente a los demás.

La obligación impuesta de guardar silencio para proteger a su familia, genera una inversión de roles, la niña debe proteger la supervivencia de la familia y la seguridad de los demás. Si calla, se siente cómplice y culpable, si lo dice, puede destruir la familia y a los padres. Entonces queda encerrada en un círculo sin poder salir, esto es lo que sucede en los procesos penales, en los pocos que se denuncian y llegan a juicio.

Según mi experiencia personal, como presumiblemente podrían haber experimentado jueces y juezas del ramo penal, sucede que la víctima ha internalizado tan



profundamente que todos la odian por atreverse a denunciar su victimización, incluye madres, abuelas y familiares del sindicato así como de la víctima, lo que provoca una presión psicológica, sobre todo si recibe mandatos de condicionamiento tales como “si dices la verdad, (que según los familiares no pasó nada que lo inventaste, te vamos a querer de nuevo”; ante esta presión y desamparo a la niña no le queda otra opción que retractarse y en su inocencia e ingenuidad llega al convencimiento de que debe mentir para que la quieran.

Esta contradicción interna, que se va construyendo día a día al interior de la víctima, pues ella sabe que lo que declaró sí sucedió, pero tiene que perdonar, y declarar nuevamente que todo fue un invento, aunque sabe que al dejar en libertad a su agresor sus hermanos tendrán el sustento diario, el cual perderían si ella insiste en la acusación.

Se produce en ella una serie de contradicciones que no deberían darse, pues es obligación del Estado protegerla, ubicándola en un hogar sustituto, así como proveer de apoyo psicológico no solo a la víctima sino también a los familiares para que la apoyen y que no se vea obligada a adoptar el rol de responsabilidad hacia los adultos. Sin embargo, la realidad es otra, el Estado no actúa, nadie actúa o ayuda y por ello el aporte de las actuaciones conjuntas interinstitucionales es determinante tal y como se ha manifestado en el capítulo anterior. Es aquí en donde la experiencia del juez o jueza



al tomar en cuenta este síndrome y las razones y circunstancias del mismo, los lleva a tomar decisiones ecuanímes y justas.

La **denuncia tardía**, es un hecho del cual se valen los operadores de justicia como un indicio de la existencia de una mentira o de la imaginación activa de la víctima, pues, desde su criterio, esa es la actitud normal de una menor y, aún de una persona adulta que solo quiere afectar al imputado porque el hecho relatado realmente no ha sucedido. Es por ello que la mayoría de los casos de abuso sexual nunca llegan a denunciarse y se quedan únicamente dentro del conocimiento de la familia.

Si el conflicto familiar es un detonante para la denuncia, lamentablemente esto sucede mucho tiempo después del abuso continuo, generalmente es durante la adolescencia donde se da este tipo de detonante, pues la víctima empieza en esta etapa de su vida a tomar conciencia de lo bueno y sobre todo, de lo malo que le ha sucedido, lo que promueve el enfrentamiento con su agresor que, cuando ha sido el padre se convierte en un grave conflicto entre padre e hija. Finalmente, el enojo llevará a la revelación del secreto.

Ella tratará de conseguir comprensión e intervención en el momento menos indicado, su enojo por la actitud controladora de su padre abusador que se convierte en castigo parece mayor que por las atrocidades sexuales que relata. Es en este momento de



revelación en que los diferentes grupos que conforman el entorno de la víctima en la sociedad supondrán que ella está fantaseando, sobre todo porque nunca antes había dicho una palabra acerca del abuso sexual por parte de su padre. La conclusión será que ella inventó la historia como venganza por la disciplina impuesta por su padre. Cabe aclarar que no todos los/las adolescentes que fueron abusados sexualmente en su edad infante reaccionan de esta manera.

Otro mecanismo de acomodación es ocultar todo indicio de conflicto, entonces, el/la adolescente es exitoso en lo que hace y trata de complacer a sus profesores y a sus padres, cuando revela su condición de víctima de abuso sexual, entonces la actitud de los adultos es aún más incrédula, llegan a concluir que no ocurrió nada o, si ocurrió, no tuvo consecuencias graves para la víctima; pero, el hecho de que se haya refugiado en el éxito no implica que el trauma haya desaparecido, se produjo un “emballamiento” psíquico por parte de la víctima como un mecanismo de defensa para no caer en la depresión, frustración, fracaso, baja autoestima, instintos suicidas, entre otros.

Cuando se da la **retractación** la niña que inicialmente confiesa el abuso y luego se retracta, es porque existen causas externas a ella que la presionan a retirar la denuncia. Hay que tener presente que subyacen en el enojo y la denuncia impulsiva, sentimientos de culpa y la responsabilidad de preservar la familia.



Asimismo, descubre que tanto el miedo resultante del abuso sexual como las amenazas proferidas por su agresor de mantener todo en secreto resultan ciertos. Su padre la abandona y la llama mentirosa; su madre no le cree y se han dado casos en que la madre bajo el influjo de los celos, la llega a despreciar. En síntesis, la familia queda fragmentada y sus hermanos quedan a la deriva.

Una vez más, la víctima carga con la responsabilidad de preservar o destruir la familia. La inversión de roles se prolonga en la mala elección de decir la verdad y la buena elección de retractarse y mentir para salvar la familia. Esta mentira tendrá más credibilidad que la acusación de incesto y restablecerá el precario equilibrio familiar.

5.3.3.2 Motivaciones de carácter económico

A pesar de que la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus Artículos del 1 al 28 enuncian como imperativa la importancia de la salud, educación, vivienda y alimentos para los niños, así como la obligación del Estado y de los padres de pugnar por evitar la pobreza en la niñez bajo el principio *de interés superior del niño*, en América Latina no se le da el debido cumplimiento a este mandato, sobre todo en Guatemala, donde la institucionalidad que adquiere esta responsabilidad es escasa e ineficiente.



Si bien es cierto, esta responsabilidad, en primer plano, la tienen los progenitores en muchas ocasiones son estos mismos los agresores; el Estado por su parte, evade también la responsabilidad constitucional de garantizar el bienestar común. Ciertamente, la Procuraduría General de la Nación –PGN- tiene el mandato de velar por los niños, niñas y adolescentes que sufren diferentes formas de maltrato y de abuso sexual, no les provee de la debida representación y protección, que sustancialmente es su trabajo y finalidad.

El trabajo realizado por la PGN, ya ha quedado demostrado por su total deficiencia en cuanto a la tarea que se le ha asignado. En mi experiencia personal puedo afirmar que en muchos procesos conocidos en la judicatura que se dirige, nunca se ha velado por el resguardo de las víctimas y mucho menos de sus necesidades básicas.

Según estudios de UNICEF, la pobreza puede ser leve, moderada y grave; es decir, que según el grado de pobreza que permea en la familia de la víctima, así será la incidencia en la retractabilidad de las declaraciones de las víctimas, ya que por lo general cuando son los progenitores los agresores, también son estos los proveedores del sustento familiar.

Todas las personas del conjunto familiar que se ven afectadas por la denuncia contra el proveedor-agresor culpan a la víctima de ya no tener disponibilidad de los medios de



subsistencia por culpa de su denuncia. Más aún cuando la madre no trabaja y cuando dentro del grupo familiar también hay adultos mayores imposibilitados de proveer su propia subsistencia, verán en la niña a la enemiga que los ha dejado a la deriva.

Consecuentemente, la niña que no quiere sentirse odiada, rechazada y despreciada recurrirá indefectiblemente, a la retractabilidad de su declaración para tratar de volver a la normalidad familiar, aunque realmente no haya habido nada normal en la existencia del abuso sexual por parte del padre.

5.3.4 Factor IV. Posibles soluciones para ser implementadas a partir de la legislación vigente en materia de protección a víctimas de delitos sexuales en función de evitar la retractabilidad en su declaración

5.3.4.1 De la legislación vigente

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 1º establece que: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y la familia; su fin supremo es la realización es la realización del bien común.” Luego, en el Artículo 2º: regula como Deberes del Estado, garantizarle a los habitantes de la Republica la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.” Como



se puede observar, desde los artículos de apertura, la Constitución es el conjunto supremo de contenidos sobre los derechos fundamentales de la persona, a los que el Estado se obliga a proteger.

Asimismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, Decreto 6-78, en su Artículo 1 estipula la **Obligación de Respetar los Derechos:**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Es importante acotar en el segundo punto del artículo en mención, en cuanto a que aclara ampliamente que “persona” es “todo ser humano”, es decir, se le otorga la calidad de persona plena de derechos a las personas menores de edad, por lo que el



Estado tiene la obligación de garantizarle toda la serie de derechos estipulados en el Artículo 1º de la Convención.

Asimismo, en el Artículo 5 de este instrumento, se establece el **Derecho a la Integridad Personal**, que reconoce en el numeral 1) que: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”* Más adelante, en el Artículo 17, referido a **Protección de la Familia**, establece que: **“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”**, por lo que se puede afirmar a partir de esta regulación, que si la retractabilidad en su declaración por parte de una niña que ha sido víctima de abuso sexual se da en el proceso penal, es sencillamente porque las autoridades se desligan de este mandato de protección a la familia por parte del Estado y la sociedad, y le dejan dicha carga a la víctima, a quien le corresponde por tanto, mantener la unidad familiar a pesar de su propia victimización.

Por su parte, la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto número 97-96, regula en su Artículo 1, **Violencia intrafamiliar**, como aquella que:

“constituye una violación a los derechos humanos y para los efectos de la presente ley debe entenderse como cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta



cause daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o convivientes o exconvivientes, cónyuge o excónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas.”

Se entiende por tanto, que es delito de violencia intrafamiliar toda acción u omisión que de manera directa cause daño o sufrimiento físico, sexual y psicológico, circunstancias que se encuentran presentes en todo acto de abuso sexual hacia una niña. En el aspecto físico ha de entenderse que no necesariamente deben de habersele infligido golpes para que este daño exista. El daño radica en que su cuerpo ha sido vulnerado en su inocencia, en su desconocimiento de lo que le está sucediendo, del cambio que se está produciendo desde lo físico a toda su integralidad biopsicosocial.

Luego, en la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, en el Artículo 2, que establece los **Principios rectores**, el inciso b) regula la **protección especial**, estatuyendo que: “A todas las personas víctimas se les debe proveer protección individual y diferenciada a fin de garantizar su seguridad y el restablecimiento de sus derechos.” El inciso c) **no revictimización**, establece que: “En los procesos que regula esta Ley, debe evitarse toda acción u omisión que lesione el estado físico, mental o psíquico de la persona víctima.”



El inciso d), sumamente importante, se refiere al **Interés superior del niño o la niña** estableciendo que:

“En todas las acciones que se adopten en relación con personas menores de edad, el interés superior del niño o la niña debe ser la principal consideración, garantizando su correcta reintegración en la sociedad, a través del ejercicio, disfrute y restitución de los derechos lesionados, reconociendo a la persona menor de edad como titular de derechos y favoreciéndola en las decisiones que se tomen para ella.”

Por último, se cita el inciso i) por considerar que hacia esa dirección debían de encaminarse todos los esfuerzos estatales para garantizar el futuro desarrollo integral de la víctima. Se trata de **Proyecto de vida**, en donde se establece que: “A las personas víctimas se les brindará medios de forma proporcional a su necesidades para poder sustentar su proyecto de vida buscando la erradicación de las causas de su victimización y el desarrollo de sus expectativas.”

Habiendo transcrito estos principios rectores contenidos en la ley en mención, se procede a citar el Artículo 8 de la misma, enfocada a la **Protección**, que:



“Es la pronta, integral y efectiva intervención de la autoridad competente para garantizar a la víctima el acceso a medidas administrativas o judiciales que eviten la continuación de la amenaza, restricción o violación de sus derechos, así como la restitución y reparación de los mismos.”

En el Artículo 9, párrafo primero del mismo instrumento normativo, se hace alusión a la

Atención, regulando que:

“Es la pronta, integral y efectiva intervención de la autoridad competente que garantiza a la víctima su recuperación física y psicológica, así como la reinserción social y familiar con particular cuidado a su edad, género e identidad cultural.”

Por último, se cita la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia –Ley PINA-, Decreto número 27-2003, que en su Artículo 15 regula el **Respeto**, caracterizándolo como: “El derecho al respeto consiste en la inviolabilidad de la integridad física, psíquica, moral y espiritual del niño, niña y adolescente.”

Y luego, en el Artículo 16, referido a **Dignidad**, queda estipulado que:

“Es obligación del Estado y de la sociedad en su conjunto, velar por la dignidad de los niños, niñas y adolescentes, como individuos y miembros de una familia, poniéndolos a



salvo de cualquier tratamiento inhumano, violento, aterrador, humillante constrictivo.”

Como es sabido, a excepción de la Constitución, todas las leyes citadas vienen derivadas de Convenios sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por Guatemala, por medio de los cuales adquiere el compromiso no solo de diseñar y poner en vigencia dichas leyes, sino de crear la red institucional e intrainstitucional para el debido cumplimiento del compromiso adquirido en los Convenios.

Ahora bien, si existe todo este conjunto normativo positivo y vigente, que como se puede observar regula toda una serie de medidas protectivas y de desarrollo integral para la niñez víctima de delitos, más aún para las niñas víctimas de abuso sexual, surge entonces la pregunta ¿por qué la retractabilidad en la declaración de una niña víctima de abuso sexual?

Por supuesto, en párrafos anteriores se han descrito una serie de factores incidentes e intervinientes para que se produzca dicha retractabilidad, pero la misma existencia de esos factores contradice lo estipulado en las leyes citadas. Ello implica entonces, que en gran medida tanto las leyes como los juzgadores y las juzgadas no promueven la aplicación restrictiva de la norma en lo que se refiere a este tipo de delitos.



De ser así, el acompañamiento a la víctima por parte de la institución responsable le proveería de la atención y protección necesarias para que esta no se sienta en la obligación de mantener la unidad familiar a pesar de su propia victimización y por ello mismo se produzca la retractabilidad en su declaración, sino que se le dejaría la responsabilidad al Estado de que esa familia responda y apoye en conjunto a la niña que se encuentra en esta etapa tan dura como lo es el abuso sexual a que fue sometida.

5.3.4.2 De la creación de un fondo estatal para ayuda económica a víctimas

En el Artículo 68 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto número 9-2009, ha quedado establecido desde su entrada en vigor, la instrucción al Ministerio de Finanzas Públicas para crear una partida presupuestaria específica para el inicio de operaciones de la Secretaría contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, partida que no deberá ser menor de cinco millones de quetzales, para que esta nueva institución vele por el cumplimiento de los fines de la ley implementada. Además, ha quedado regulado que dentro de esta partida presupuestaria se contempla el resarcimiento a la víctima de los delitos establecidos en la ley en mención.



De las leyes citadas en el epígrafe anterior, esta es la única que contempla el aspecto económico para el resarcimiento, por parte del Estado, para las víctimas de los delitos contemplados en la misma. Es decir, que en el ámbito de la violencia sexual a donde habría que ubicar el abuso sexual en contra de las niñas, está cubierto el resarcimiento económico por parte del Estado para la víctima y, si esto es así, no tendrían que existir causas ni razones para que se produzca una retractabilidad en la declaración de la niña abusada sexualmente basándose en el aspecto económico que afectaría a su entorno familiar, en caso de que el abusador fuera el padre y éste tenga que cumplir una pena privativa de libertad.

Por otra parte, es lamentable que siendo esta la única ley que contempla el resarcimiento económico a las víctimas de delitos, no obedezca el principio de taxatividad por medio del cual tendría que quedar muy bien establecida la forma en que dicho resarcimiento tendría que ser entregado o distribuido en beneficio de la víctima. Tampoco establece el trámite o mecanismo para reclamarlo, ni qué rubros incluye. En sí, no existe una relación concreta y taxativa en cuanto a este tipo de ayuda.

Asimismo, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece una serie de lineamientos de protección y atención a la víctima menor de edad para evitar la victimización secundaria y terciaria, por supuesto, dirigidos a los órganos judiciales, fiscales, a la sociedad y a la propia familia que, inevitablemente, inciden en que se



produzcan estas otras categorías de victimización. Lamentablemente, no se cumplen con los indicadores establecidos en esta ley tutelar de la niñez.

Si la vigencia de estas leyes tutelares, que propugnan por la protección, atención, resarcimiento y reinserción social de este tipo de víctimas, no resulta eficaz para laminar la constante retractabilidad de la declaración de la niña abusada sexualmente; entonces, implica que quienes son los encargados de la aplicación de las mismas están enfrentando un serio problema que no les permite dicha aplicación estricta.

Esto tiene una razón de ser, tal y como se mencionara en párrafo *supra*, el conjunto normativo en toda su dimensión no es suficiente para proporcionar la certeza jurídica a una niña menor que ha sido abusada sexualmente, simplemente porque la política criminal que las ha inspirado también adolece de ausencia de taxatividad, lo que se refleja claramente en cada una de las leyes,

Los jueces y las juezas pueden basar una sentencia condenatoria en el **principio de la prueba mínimamente suficiente**, y la propia prueba indiciaria proporcionará los elementos suficientes para la motivación de la argumentación jurídica de su resolución. Pero, ¿qué le espera a esa niña que no tendrá en su futuro una institución responsable de su **proyecto de vida** cuando su propia familia la rechace por haberse atrevido a denunciar al padre abusador? ¿Quién le dará la protección y la orientación sobre sus



derechos a ser resarcida por el daño recibido? El temor de sentirse abandonada por el grupo familiar y la ausencia de representación por parte del Estado que le de la protección que necesita para seguir adelante, es el serio problema que incide en la retractabilidad de la niña abusada sexualmente.

La Secretaría amparada por el Artículo 68 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, poco ha demostrado sobre su eficiencia en la atención integral de este grupo de niñas vulneradas, en primera instancia por el abuso sexual, y vulnerables posterior al mismo, por lo que la retractabilidad en la declaración de la niña abusada sexualmente, es un fenómeno frecuente dentro de los procesos penales por la ausencia de un proceso efectivo de acompañamiento y atención a las víctimas de violación y abuso sexual.

Por lo que se puede afirmar, que la existencia de una partida presupuestaria para la atención de estos casos y para el resarcimiento de la víctima, no es un obstáculo que contenga el fenómeno de la retractabilidad en la declaración de niñas abusadas sexualmente.

En cuanto a la Procuraduría General de la Nación, solo incluye a niños, niñas y adolescentes, al describir como sus **funciones**, explicita que le corresponde: “Representar a niños, niñas, adolescentes, personas de la tercera edad y personas con



capacidades diferentes, ante cualquier tribunal de justicia, cuando no tiene representación.”

Como **objetivos** plantea:

1. Defensa y representación del Estado de Guatemala.
2. Defensa, protección y representación de niña, niño o/y adolescente vulnerados en sus derechos.
3. Defensa, protección y representación de personas de la tercera edad y personas con capacidades diferentes que carezcan de representación.
4. Proteger el Patrimonio Nacional e intereses del Estado, así como auxiliar a la administración de justicia, para lograr la modernización y transparencia del Estado.
5. Garantizar el bienestar de la familia y contribuir a la aplicación de la justicia.



En cuanto a sus **principios** enfatiza en los siguientes:

Igualdad:

Todas las personas son atendidas sin ningún tipo de distinción preferente. Todos los expedientes y gestiones, son tratados y resueltos acorde a los procedimientos establecidos sin diferencia alguna.

Legalidad:

Todas sus actuaciones se encuentran apegadas al ordenamiento jurídico vigente.

Defensa:

En todas sus actuaciones respeta el ejercicio del derecho de defensa de las personas.



Debido proceso:

Es garante y respetuosa de los procesos y procedimientos establecidos para el tratamiento de cada caso en particular.

Equidad:

Sus intervenciones y resoluciones atienden al ordenamiento jurídico, al humanismo, la solidaridad y la protección de los intereses del Estado y de las personas afectadas por ilegalidades.

Transparencia:

Destina todos sus recursos a la obtención de sus objetivos y comunica abiertamente a la ciudadanía la ejecución de sus acciones sustantivas, administrativas y financieras.

En cuanto a los **valores** que rigen su funcionamiento, enfatizan en:



Confidencialidad:

Garante del uso adecuado de la información y casos que conozca, tramite y resuelva.

Identidad:

Conserva, mantiene y aplica en todos los asuntos que conoce la misión, visión, principios y valores constitucionales.

Integridad:

Hacer lo correcto.

Ética:

En su actuación observa todas las normas de conducta, respeto y decoro.

Profesionalismo: En el conocimiento de los asuntos sometidos a su consideración,



aplica en forma acertada la ciencia que corresponda a los mismos, presentando resultados con calidad extraordinaria.

Responsabilidad:

Cumple con sus funciones y atribuciones en la forma, modo y tiempo establecidos para cada proceso y procedimiento.

Tolerancia:

Reconoce la existencia de la diversidad de criterios, educación, formación y expresión de todas las personas con las que tiene relación.

La pregunta aquí es, si estos **objetivos, principios y valores** que funcionan como los pilares fundamentales del funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, han resultado suficientes para evitar la retractabilidad en la declaración de la niña víctima de abuso sexual, durante el proceso penal.



La respuesta es no, porque desde la experiencia personal como jueza, llegar a una sentencia condenatoria en estos casos ha sido una labor sumamente obstaculizada por la defensa que siempre tendrá los argumentos de contrataque, donde siempre saldrá a relucir el *por qué* no existe el acompañamiento debido a la niña, lo que incide en que pueda darse la idea de falta de credibilidad en la denuncia presentada por ella, por parte de las instituciones delegadas para el acompañamiento.

Consecuentemente, no es cuestión de partida presupuestaria lo que ayudará a evitar la retractabilidad en las niñas abusadas; lo que necesita es el diseño de un andamiaje interinstitucional que funcionen como engranaje para la investigación criminal de los hechos denunciados y, sobre todo, mantener en primera línea, el interés superior de la niñez.

5.3.4.3 De la implementación estructural de casas de acogida, desarrollo, reinserción y seguimiento para las niñas víctimas de abuso sexual²⁶¹

La existencia de un rubro presupuestario destinado al funcionamiento de la Secretaría contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, necesariamente debe justificar su creación. Lamentablemente, son muy escasos los resultados reales

²⁶¹Tomado de la experiencia peruana



obtenidos por parte de esta institución, a pesar de que en sus estadísticas aparece información diferente.

Es por ello que se considera necesario plantear en este espacio ciertos aspectos que deben ser considerados de gran necesidad, aparte de la construcción de casas de acogida, para que se incluyan en los programas de rehabilitación de estas niñas víctimas para que, con una visión futurista por parte del Estado, se les pueda rescatar de la serie de consecuencias derivadas de su victimización y se les fortalezca para que puedan ser una parte integrante activa y productiva de la sociedad, por medio de reconstruir su ser fracturado por el abuso.

5.3.4.3.a Acogida

Esta fase da inicio desde el momento en que el juez o jueza envía a la niña a la casa de ayuda para recibir protección integral. En esta etapa se realizará el trabajo de abordaje, evaluación y diagnóstico; se definen estrategias de intervención de acuerdo a las características que presenta la menor, y se debe de elaborar el Plan de Intervención dirigido a la niña así como a su familia. En esta primera fase se debe de asignar un ambiente propicio que permita crear un vínculo entre la niña y el personal de la casa de ayuda.



En esta fase interviene en primera instancia, el profesional de Psicología quien tiene a su cargo el proceso de evaluación y diagnóstico de cada niña, la evaluación psicológica enmarca una serie de técnicas e instrumentos que en un primer momento, brindan un diagnóstico presuntivo para culminar obteniendo el diagnóstico definitivo, por medio del cual se propondrá el tipo de intervención necesaria para la niña albergada. En cuanto al diagnóstico, este debe estar sustentado por medio del informe inicial en que se deben de incluir: datos generales, motivo de ingreso, observación conductual, pruebas psicológicas utilizadas, interpretación de resultados, conclusiones del diagnóstico y recomendaciones.

Luego, participa el profesional de Educación, quien trabajará en torno a la **evaluación y adaptación** de la niña en acogida, siguiendo estas etapas: a) el proceso de adaptación de la niña en acogida a las actividades del rol de vida diaria; b) identificación de sus potencialidades y limitaciones (diagnóstico personal, social y educativo); c) identificación de sus expectativas de vida; y, d) conocimiento de las necesidades de la niña con discapacidad y adiestramiento básico para su atención.

La intervención a este nivel, consiste en ofrecer un clima de acogida y calidez para la menor que ingresa a la casa de ayuda, involucrándola paulatinamente en actividades del rol de vida que demanden su participación individual y colectiva. Es necesario que el acompañamiento del educador sea permanente en esta etapa. Posteriormente, viene la etapa de **diagnóstico**, la cual se debe dar en tres aspectos básicos: a) diagnóstico



de hábitos y valores personales con los que llega la niña; b) diagnóstico de valores sociales de convivencia desarrollados; y c) apoyo para el diagnóstico educativo de madurez escolar y trastornos del aprendizaje.

5.3.4.3.b Desarrollo

Se inicia el trabajo e intervención propiamente dicho, en el cual el Equipo Técnico inicia su trabajo con la niña y la familia orientado a la recuperación emocional y social de la menor.

En esta fase, ya interviene un profesional de Trabajo Social para determinar la serie de actividades necesarias para la niña en conjunto con su familia, que permitirá establecer variables e indicadores precisos para la recuperación integral del equilibrio interno y externo de la niña en cooperación con la familia.

Al psicólogo le corresponde en esta etapa, el diseño de las actividades más propicias para la futura interrelación social de la niña con su entorno, para ello elaborará **planes de intervención** que busquen potenciar los aspectos sanos y creativos de las personas, así como resolver aquellos aspectos más conflictivos que muchas veces limitan los aspectos intelectuales, emocionales, entre otros. A través de la intervención



psicológica se busca que las niñas adquieran herramientas que les permitan conocerse mejor a sí mismas, resolver las problemáticas presentes y desarrollar estrategias para desenvolverse en el futuro. En este sentido, se busca un abordaje sobre aspectos funcionales de los procesos psicológicos y su incidencia en el estado de salud de la población en acogida y de sus familiares, con una doble función, diagnóstica y terapéutica.

En conclusión, esta área debe propender a que los profesionales cumplan con un plan de trabajo de manera grupal e individual con la población acogida, contando con planes de trabajo y registros de las acciones que se realizan.

Luego vienen los **talleres de habilidades para la vida**, cuyo objetivo se centra en promover la discusión de temas críticos a través de diversos ejes temáticos elaborados por el servicio de psicología.

Los talleres están diseñados para responder a las necesidades específicas de los participantes así como, el desarrollo de habilidades que contribuyan a ejercer un modo de vida saludable. Para ello, los talleres se conforman por un número determinado de sesiones, que pueden agruparse por módulos, estos deben estar dirigidos a desarrollar temas como la autoestima, asertividad, toma de decisiones, liderazgo, creatividad, valores, entre otros.



Es importante tener en cuenta las etapas del desarrollo de las niñas en acogida, para considerar la elaboración de talleres permanentes sobre educación sexual dirigidos a los diferentes grupos etarios. Además, los talleres deberán contar con un plan de trabajo en el que converjan fundamentación, objetivo general y específicos, actividades, metas (número de beneficiados, número de sesiones), metodología, cronograma de ejecución, requerimientos. Culminado cada taller se elaborará el informe de resultados donde se especifiquen los logros y dificultades que se tuvieron durante el desarrollo de las sesiones de cada taller.

Deberán de planificarse **actividades promocionales o animación socio cultural**. Para el desarrollo de estas actividades se utilizan elementos de participación, creatividad, entretenimiento y actitud crítica frente a la cultura, buscando propiciar cambios sociales que potencien diversas formas de expresión (oral, escrita, plástica, dramática, musical), así como el fomento de las interacciones con otras culturas; prestando una especial atención al aprendizaje de procedimientos y actitudes (paz, salud, conservación medio ambiental).

Además, se busca que se aprendan conceptos y procedimientos relacionados con las características psicológicas de la infancia y la adolescencia, los recursos de ocio y tiempo libre, y gestión de ludotecas. Igualmente, plantea prácticas específicas como la construcción de juguetes y títeres con material de desecho, organización y sesiones de juegos y grandes juegos, así como, actividades al aire libre: campismo, educación



ambiental y deportiva, entre otras acciones que contribuyan al desarrollo integral de cada una de las niñas.

Estas acciones tienen que ser coordinadas con los educadores integrales a fin de que sean ejecutadas por ellos y monitoreadas por el servicio de psicología.

5.3.4.3.c Reinserción

Una vez que la niña ha superado el problema motivo de su ingreso, se realiza un trabajo de fortalecimiento de las relaciones interpersonales dentro de la familia, en esta fase se dará el afianzamiento del proceso de reinserción familiar y social.

En esta fase es importante la participación de los profesionales de Trabajo Social y Psicología para darle continuidad a lo realizado en las dos fases anteriores. Sin embargo, el profesional educador tiene a su cargo una tarea más importante en cuanto a preparar a la niña para el desarrollo de sus competencia y habilidades en el mundo exterior a la Casa de Ayuda. Se inicia la preparación de la menor con **actividades de desarrollo de liderazgo**, que tienen como objetivo constituir espacios de participación para la futura etapa de adolescencia que contribuyan a la reflexión y recreación, así



como orientación y consejería, buscando su desarrollo integral, tanto personal como comunitario.

La promoción del liderazgo en los adolescentes se realizará con la asignación progresiva de responsabilidades en el Hogar, que generen grados de confianza y responsabilidad, los mismos que deberán ser acompañados y estimulados por el educador integral.

5.3.4.3.d Seguimiento

El Equipo Técnico de la Casa de Ayuda será el encargado de realizar el seguimiento al proceso de reinserción y al soporte de redes sociales, que van a permitir a la familia mantenerse en los logros alcanzados para evitar la situación de crisis en la que se vio involucrada anteriormente. Durante esta fase se tiene como objetivo principal determinar que la niña y su familia logren consolidar sus lazos socio-familiares. Para ello se mantendrán en constante contacto el equipo técnico con el grupo familiar para poder tener una información exacta sobre los avances de cada uno de los miembros de la familia en su proceso de reinserción.



5.3.4.4 Lo que se deberá dinamizar en los centros y programas de tratamiento que coadyuven a la superación del trauma sufrido por las víctimas de abuso sexual

Antes de comenzar a explicar este apartado, es esencial destacar que ciertamente todas las víctimas necesitan ayuda y apoyo incondicional, tanto del entorno de la víctima como de los profesionales. En cambio, no todas las menores necesitarán tratamiento psicológico, para diferenciar ambos casos será necesaria una buena evaluación previa.

A la hora de realizar un asesoramiento para intentar paliar las secuelas del abuso se debe incluir una fase educativa para prevenir nuevos sucesos, el objetivo de dicha fase será tratar de hacer comprender a la niña su propia sexualidad y la del adulto. “Además será fundamental enseñar a la menor a diferenciar cuando el acercamiento de un adulto posee la intención sexual o es una muestra de cariño. En definitiva, se trata de que comprendan qué es el abuso, quiénes lo cometen y cómo tienen que actuar, así lo describe Irene Barrasa.”²⁶²

Sin embargo, aunque el tratamiento tiene que permitir a la niña describir y aceptar sus sentimientos, no se debe limitar a sus reacciones emocionales y la expresión de estas.

Será necesario utilizar técnicas que permitan cambiar alteraciones sufridas a nivel

²⁶² I. Barrasa, Z. García, A. González y A. Jiménez, *Abusos sexuales en la infancia. Asesoramiento psicológico*. Universidad del País Vasco. España. Págs. 8-9



cognitivo, afectivo, sexual y conductual, además debe tratarse de proporcionar a la víctima menor estrategias de afrontamiento específicas orientadas a aminorar, en la medida de lo posible, los efectos de la agresión.

La clave del proceso terapéutico con una víctima de abuso sexual reside en conseguir establecer con ella una buena relación que garantice la reconstrucción de los vínculos afectivos, en un primer momento con el terapeuta y, posteriormente, con otras figuras de apego para el niño. No se puede iniciar una intervención terapéutica sin que previamente se haya creado una relación cálida y de confianza que le proporcione a la niña la seguridad que le ha sido arrebatada.

Es necesario tener en cuenta que no todas las niñas que sufren abusos sexuales tienen la misma capacidad para afrontar la situación y ni reciben el mismo apoyo de su entorno. Por lo tanto, será imprescindible que el asesoramiento vaya precedido de una evaluación que determine los recursos cognitivos y las estrategias de afrontamiento de la víctima y del agresor.



5.3.4.4.a Reconocimiento del hecho

Uno de los objetivos que el terapeuta se tiene que plantear es que la niña describa su experiencia del abuso y los sentimientos derivados de esta, para evitar que la menor desarrolle estrategias de afrontamiento inadecuadas. Pero hay que tener en cuenta que aunque en muchos casos exista un reconocimiento cognitivo del hecho, no lo hay a nivel emocional, para facilitar este reconocimiento se deben trabajar y analizar los mecanismos de defensa y las manifestaciones de rabia que puedan presentarse.

Crear un entorno protector y cálido será el primer objetivo del tratamiento para que la víctima sea capaz de expresar el abuso, ya sea de forma verbal o por medio de dibujos, juegos simbólicos, entre otros. Es habitual que las niñas desarrollen diferentes mecanismos de defensa, mediante la disociación, la niña no niega la agresión, pero se siente incapaz de sentir malestar, o lo atribuye a otra causa. A través de la negación, la menor niega la existencia de lo sucedido (negación total) o rebaja su importancia (negación parcial), la puesta en marcha de este mecanismo en gran parte se ve influida por las reacciones de los familiares que ante la revelación, en muchos casos, intenta negar el suceso especialmente si el agresor se encuentra en su círculo de confianza.²⁶³

²⁶³ *Idem*, Pág. 11



El reconocimiento y la verbalización de la agresión por parte de la niña deberá manejarse desde el respeto y al ritmo que ella estipule, de tal manera que no se fuerce el proceso, de lo contrario, se cometerá una segunda victimización.

5.3.4.4.b Análisis del impacto emocional

El episodio de abuso irrumpe en la vida de la niña como algo inexplicable para ella, ante tal situación la mayoría de las víctimas reaccionan con miedo, ansiedad, ira y/o tristeza; aunque ciertamente estos sentimientos podrían considerarse como una función adaptativa, podrían ser también la base de futuros comportamientos inadecuados. La autoexposición gradual y en vivo a los estímulos evocadores de ansiedad es la técnica que habitualmente se utiliza para reducir los miedos, en el caso de la ansiedad, se utilizan técnicas de relajación que además de reducir la ansiedad, facilita el sueño y el sentimiento de control.

Otro aspecto importante a destacar, es la ambivalencia afectiva hacia el agresor que pueden llegar a sentir las niñas, especialmente si el adulto es una persona emocionalmente significativa. Estos casos implican alejamiento y pérdida del agresor y es habitual que surjan sentimientos de pena. El terapeuta debe tratar de entrenar a la menor en la identificación y modificación de pensamientos automáticos disfuncionales,



así como elaborar un programa de actividades lúdicas con el fin de distraer a la menor y evitar la apatía característica de los estados depresivos.²⁶⁴

Respecto a las alteraciones sexuales, es necesario intervenir a varios niveles: por un lado, proporcionando una educación sexual adecuada a la edad de la niña y, por otro, modificando actitudes negativas e ideas distorsionadas sobre la sexualidad. Además resulta necesario explicar a las niñas que hayan sufrido abusos por parte de una persona de su mismo sexo, especialmente las que admiten haber experimentado placer, que lo ocurrido no denota una orientación homosexual ni supone un determinismo sobre su orientación sexual futura.

En definitiva, a la hora de desarrollar el asesoramiento, el objetivo fundamental es garantizar la seguridad de la menor y evitar la ocurrencia de nuevos sucesos. Al respecto opina Irene Barrasa: “Además de tener como objetivo la construcción de nuevos vínculos afectivos y del trabajo con la familia, se debe intentar reconstruir esa función protectora de aquéllas figuras cercanas a la niña.”²⁶⁵

Una vez finalizada la terapia, la técnica a utilizar es la terapia narrativa. En ella se solicita a la víctima que escriba cuáles son sus recuerdos del abuso y cuál es su historia personal tras el abuso, esta permitirá a la niña resituarse distanciándose del problema e

²⁶⁴ *Idem*, Pág. 14

²⁶⁵ *Idem*, Pág. 15



identificando qué fue lo que ocurrió, asimismo, permite también, identificar habilidades de afrontamiento que ha puesto en práctica.

5.4 De los logros positivos para el proceso penal en la implementación de una red interinstitucional de protección, atención y fortalecimiento dirigida a la recuperación integral de las niñas víctimas de abuso sexual

Habiéndose enfocado en toda esta serie de factores incidentes de una forma positiva para el proceso penal en delitos de abuso sexual en niñas menores de 12 años, con la finalidad de construir por medio de la legislación vigente una red interinstitucional de protección y atención a estas víctimas y, aunado a ello una amplia publicidad sobre este tipo de programas de apoyo y fortalecimiento familiar por parte del Estado, la recurrencia a la retractabilidad en su declaración por parte de las niñas víctimas de abuso sexual, o debería quedar inocuizada por la propia normativa que contempla el acompañamiento a las víctimas en todas las fases del proceso contra su agresor.

El aspecto económico ya no tendría que ser una preocupación de la que se le responsabiliza a la niña víctima por parte de la familia, pues el Estado tendrá que cumplir con ese rol; en cuanto al temor de la víctima de que se produzca la desintegración del núcleo familiar, ya no será un obstáculo para que ella ratifique su denuncia, porque al comprometerse el Estado en proveerles del tratamiento necesario para mantener la unidad, la víctima ya no sentirá culpa por la desintegración familiar.



Es necesario, por supuesto, tomar en consideración que la prevención es sumamente importante para evitar que este tipo de delitos se manifiesten con mayor frecuencia en la sociedad guatemalteca y, ante todo, que la secretividad en que los mantienen los diferentes grupos familiares, sea eliminada por medio de la educación formal dirigida a adultos, a la niñez y la adolescencia.

Dar a conocer a nivel de centros educativos tanto privados como públicos, que existe todo un conjunto legislativo que tutela los derechos de la niñez a no ser abusada física, psíquica y emocionalmente, así como la constante divulgación de las instituciones que ayudan a prevenir este tipo de abuso en las niñas, llevará al proceso penal guatemalteco en lo que se refiere a delitos sexuales, hacia un camino de mayor aplicación de justicia y a imponer el castigo correspondiente a los agresores, sobre todo si se trata de los propios padres de las niñas.

De ser así, recurrir a la retractabilidad en su declaración ya no será el recurso primero al que acudirá la niña abusada; probablemente, la institución que le dé el acompañamiento tendrá la preocupación de capacitar a los profesionales encargados de esta tarea a que toda denuncia hecha por una niña menor tiene que ser creíble desde el primer indicio que se tenga a mano.



Este conjunto de acciones, indudablemente, le permitirá al juez o a la jueza tener suficientes elementos para la motivación de su argumentación en cualquier sentencia condenatoria en los delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad.

Así, es de considerar que la retractabilidad producida durante el proceso por parte de la niña víctima de abuso sexual y violación, tiene un alto contenido de responsabilidad ante la familia, tomando en cuenta que el agresor siempre será un familiar cercano o alguien muy allegado a la misma.

En cada capítulo del presente trabajo de tesis se ha ido enfocando una serie de componentes jurídicos y circunstancias de la vida real que se concatenan en la comisión de un delito y el surgimiento de una víctima del mismo. Considerar que la víctima puede estar presionada por la familia derivado de cuestiones económicas, es una circunstancia que debe tomar en cuenta el juzgador al momento de valorar las pruebas y que exista retractación por parte de la víctima en cuanto a su relato de victimización.

Es innegable que al producirse la retractación, resulte más difícil para el juzgador poder valorar el conjunto probatorio; sin embargo, existen signos y señales en una niña abusada sexualmente y violada que no se pueden ignorar, independientemente que ella se retracte de la denuncia presentada inicialmente. Derivado de mi experiencia



personal como jueza, quien presenta este trabajo de tesis puede confirmar que la retractabilidad en niñas menores de 13 años que han sido abusadas sexualmente y violadas, es un hecho que se produce continuamente en los procesos llevados en judicaturas al interior del país.



CONCLUSIONES

1. La historia del ser humano también marca la historia de las víctimas de delitos, quienes hasta a principios del Siglo XXI tomaron relevancia dentro del proceso penal. Ser víctima de un delito es llevar una enorme carga durante toda la vida, sino se busca la ayuda respectiva que permita saldar el daño recibido.

2. Cuando se trata de víctimas menores de edad que han sido abusadas sexualmente y violadas, la consideración hacia ellas dentro de un proceso penal debe de estar conformado por el entendimiento de que es una persona sin la madurez necesaria para entender por qué su victimario le infligió tanto daño. No solamente la consideración debe venir del juzgador sino de la propia familia, aunque el agresor haya sido el padre, el tío, el hermano o el vecino.

3. El Estado en sus cuerpos normativos es el garante del bienestar de la niñez y la adolescencia, por lo que cuando existe victimización por abuso sexual y violación, es necesario que se recolecten todas las pruebas necesarias para que la víctima sea resarcida de dicha agresión.



4. Todo juzgador que se enfrente a este tipo de delitos está en la obligación de ver allá de las pruebas presentadas, los factores que inciden en que la menor agredida recurra a la retractación del relato criminal denunciado inicialmente, es decir, antes del proceso.

5. Existen una serie de factores coadyuvantes del proceso por el delito de abuso sexual y violación de una menor de trece años, que permiten que, a pesar de que se produzca la retractabilidad por parte de la víctima, el juzgador tome en consideración los intervinientes en dicha retractabilidad.



RECOMENDACIONES

1. Si la historia del ser humano es concomitante a ser víctima de un delito, es por ello recomendable que si la víctima es una niña menor de 13 años que fue abusada sexualmente y violada, se considere que su vida ha quedado marcada produciéndole una carga que difícilmente será superada.

2. En el proceso penal que inicia contra el agresor sexual de una menor, el juzgador deberá considerar circunstancias más allá del conjunto probatorio, que están inmersas en el interior de la víctima por temor al rechazo familiar y social.

3. Es necesario que a las niñas víctimas de abuso sexual y violación no se les tome dentro del proceso penal como personas que pueden superar dicha agresión. Les corresponde a jueces y juezas buscar los mecanismos que eviten la retractabilidad por miedo o por amenazas, de ignorar algunas circunstancias, el juzgador estará revictimizando a las niñas víctimas de estos delitos.

4. Los jueces y juezas a quienes les corresponda conocer de este tipo de proceso deberán insistir en que estas niñas víctimas sean orientadas hacia el proceso de



resilencia con el objetivo de que se produzca una reincorporación social efectiva para ellas y sus familias.

5. En la motivación de la sentencia, el juzgador deberá de buscar aspectos y factores que lo conduzcan más allá de toda duda razonable para que su argumentación al momento de emitir una sentencia condenatoria sean de suficiente peso en el proceso.



BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Azaña Manrique, G. *et al. Manual de atención integral a niños, niñas y adolescentes en los hogares del INABIF*. Perú, 2006

Barudy, J. *El dolor invisible de la infancia: Lectura ecosistémica del maltrato infantil*. Paidós. Barcelona, 1998

Bassiouni, C. “Reconocimiento internacional de los derechos de las víctimas”, en Terrorismo, víctimas y responsabilidad penal internacional, SOS Atentados. Calmann-Levy, 2003

Belloch Julbe, J. A.. *La Prueba Indiciaria*. En: AA.VV. *La Sentencia Penal*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992

Brucet, L. A. *El crimen organizado*. Porrúa. México, 2001

Calderón Cerezo, A. y Choclan Montalvo, J. A. *Derecho Procesal Penal*. Dykinson, Madrid, 2002

Cantón, J. y Cortes, M. R. *Malos tratos y abuso sexual infantil*. Siglo XXI. Madrid, 1996

Cantón, J. y Cortes, M. R. *Sintomatología, evaluación y tratamiento del abuso sexual infantil*. En Caballo, V.E. y Simón, M.A. (Eds.). *Manual de psicología clínica infantil y del adolescente*. Pirámide. Madrid, 2001

Carmona Salgado. Concepción, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Sinopsis del Derecho Penal, Parte General. Libro de Estudio. Vol. 1*. Dykinson. Madrid, 2011

Carrara, F. *Derecho Criminal. Parte Especial, t. IV*. (Traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero). Temis. Bogotá, 1988.



Creus, C. *Derecho Penal, Parte especial*, 1. 6^a. ed. Buenos Aires, 1998

Cuello Iriarte, G. *Derecho probatorio y pruebas penales*. LEGIS. Bogotá, 2008

Dall'anese, A. y Salas, M. *Alcoholemia*. Jurídica Continental. San José, Costa Rica, 2002

De Gregorio Bustamante, A. *Abuso sexual infantil: Denuncias falsas y erróneas*. Omar Favale. Buenos Aires, 2004

De la Cuesta Aguado, P. M. *Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema*, en De la Cuesta Aguado, P. M. (coord.), *Victimología femenina: asignaturas pendientes para una nueva ciencia*. Editorial Universidad de Cádiz, España, 1994

Desimoni, L. M. *La evidencia en materia criminal*. Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 1998

Diaz Colorado, F.. *Psicología y Ley*. Psicom Editores. Bogotá, 2009

Diez Ripolles, J. L. *La protección de la libertad sexual*. Bosch. Barcelona, 1995

Donna, E. A. *Delitos contra la integridad sexual*. 2^a. ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2002

Donna, E. A. *Derecho penal, parte general: La Tentativa-omisión*. Rubinzal-Culzoni. Argentina, 1999

Donna, E. A. *Teoría del delito y de la pena*. 2. Astrea. Buenos Aires, 1995

Echeburrua, E. y Guerrica Echevarria, C. *Abuso sexual en la infancia: concepto, factores de riesgo y efectos psicopatológicos*. En SANMARTÍN, J. (Ed.). *Violencia contra niños*. Ariel. Barcelona, 1999

Echeburrua, E. y Guerrica Echevarria, C. *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores*. Ariel. Barcelona, 2000



- Escartin, M. *Abuso sexual a niños y niñas: preguntas y respuestas, una guía para acercarse al tema*. 2ª. ed. D.C.: Asociación Afecto contra el maltrato infantil. Bogotá, 2004
- Eser, A. *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal: Tendencias nacionales e internacionales*. Trad. Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba, en Maier, J. (comp.) *et al, De los Delitos y De las Víctimas*. AD HOC, S.R.L. Buenos Aires, 1992
- Ferreiro, X. *La víctima en el proceso penal*. La Ley. Madrid, 2005
- Ferri, E. *Sociología Criminal*. Ed. Centro Editor de Góngora, Madrid, (s.f.) T. 2, No. 88, II
- Finkelhord, D. *Victimología infantil*. En SANMARTÍN, J. (Ed.). *Violencia contra niños*. Ariel. Barcelona, 1999
- Florián, E. *De las pruebas penales. Tomo I*. Temis. Bogotá, 1982
- Fontan Balestra, C.. *Derecho Penal. Introducción y Parte general*. Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998
- Framarino Dei Malatesta, N. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Temis. Bogotá, 1995
- Frias Caballero, J. *El proceso ejecutivo del delito*. 2ª ed. Biblioteca Argentina. Buenos Aires, 1995
- Ganduglia, A. *Niñas y niños. Padres y madres: De víctimas primarias y secundarias*. 2006-2007.
- Garofalo, R. *Indemnización a las víctimas del delito*. Ed. La España Moderna. Madrid, 1929



González Casso, J. “Comunicación, enervación o destrucción de la presunción de inocencia mediante declaración de la víctima”, en *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992

Gullotta, G. *La Víctima*. GiuffrèEditore. Varesa, Italia, 1976.

Hirsch, H. J. *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*. Trad. Elena Carranza, en MAIER, Julio (coord.) MAIER, Julio (coord.) et al, *De los Delitos y De las Víctimas*.AD-HOC, Buenos Aires, 1992

Hirsch. *ZurStellung des VerletztenimStraf- und Strafverfahrensrecht*, Ed. Carl Heymanns, Berlín-Bonn-Munich, 1989, p. 699, citado por MAIER, Julio. “La víctima y el sistema penal”, en MAIER, Julio (coord.) et al, *De los Delitos y De las Víctimas*.AD-HOC, Buenos Aires, 1992

Hooper, M. A. *Madres sobrevivientes del abuso sexual de niños*. Nueva Visión. Buenos Aires, 1992

Horno, P. Santos, A. y Molino, C. *Abuso sexual infantil: manual de formación para profesionales*. Save the Children. Madrid. 2001

Hulsman, L. y Bernat De Celis, J. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (trad. de Peines Perdues. *Le Systèmepénal en question*, de POLITOFF, Sergio) (*Sistema penal*), Ed. Ariel, Barcelona, 1984.

Kaiser, *Kriminologie*. 2^a. ed. Lehrbuch, 1988 en Hirsch, H. J, *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*. Trad. Elena Carranza, en Maier, Julio (coord.) et al, *De los Delitos y De las Víctimas*. AD-HOC, Buenos Aires, 1992

Karpman, B. *El delito y los delincuentes sexuales*. Horne. Buenos Aires, 1973.

Laje Anaya, J. *Comentarios al Código Penal*. vol. II. Depalma. Buenos Aires, 1979

Landrove Diaz, G. *La Moderna Victimología*. Tirant lo blanch. Valencia, 1996

Landrove Diaz, G. *Victimología*. Tirant lo blanch. Valencia, 1990



- Lopez, F.. *Estudio sobre los abusos sexuales a niños y niñas en España*. Universidad de Salamanca, 1996
- Madansky, D. "Abusos sexuales", en PARKER, S. y ZUCKERMAN, B. (ed.). *Pediatría del comportamiento y del desarrollo*. Massón. Barcelona, 1996
- Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal argentino*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, 5, B.
- Manzini, V. *Tratado de Derecho Penal*. vol. VII. Turín, 1997.
- Marchiori, H. *La víctima desde una perspectiva criminológica: Asistencia victimológica*. Edit. Universitaria Integral. Córdoba, Argentina, 2004
- Martin, H. *El niño abusado y la negligencia*. Cambridge. Ballinger, 1976
- Mas, B. y Carrasco, M. A. *Abuso sexual y maltrato infantil*. En Comeche, M.I. y Vallejo, M.A. (Eds.). *Manual de terapia de conducta en la infancia*. Pirámide. Madrid, 2005
- Maurach, R. y Gössel, K. H. *Derecho Penal. Parte general. T. II*. Astrea. Buenos Aires, 1995, § 40, No. marginal 48
- Milner, J. S. & Crouch, J. L. *El perfil del niño víctima de violencia*. En SANMARTÍN, J. (Ed.). *El laberinto de la violencia. Causas, tipos y efectos*. Ariel. Barcelona, 2004
- Miranda Estrampes, M. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Bosch. Barcelona, 1997
- Mittemaier, K. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Hammurabi. Buenos Aires, 1979
- Molinario, A. *Los delitos, T. 1*. Actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio. Tea, Buenos Aires, 1996
- Naucke, W. "La progresiva pérdida del contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado, en la insostenible situación del



Derecho Penal”, en *Estudios de Derecho Penal*, Carlos María Romeo Casabona (Comares, Granada, 1999

Neuman, E. *Victimología: El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Cárdenas editor. México, 1989.

Noguerol, V. *Aspectos psicológicos del abuso sexual infantil*. En Casado, J., DÍAZ, J. A. y MARTÍNEZ, C. (Eds.) *Niños maltratados*. Díaz de Santos. Madrid, 1997

Nuñez, R. *Tratado de Derecho Penal: Parte Especial*. T. III. Lerner. Córdoba, 1990

Perrone, R. y Nannini, M. *Violencia y abusos sexuales en la familia: Un abordaje sistémico y comunicacional*. Paidós. Buenos Aires, 1997

Pluis, E. *Víctimas: transeúntes de incógnito en la escena penal*. En Lamberti, Silvio, Viar, Juan Pablo y Sánchez, Aurora (Comps.). *Violencia familiar y abuso sexual*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999

Ramirez Villalta Magno, G. L. *Principios, Derechos y Garantías Estructurales en el Proceso Penal*. 2ª. Edición. NG. Impresiones. Guatemala, 2007

Rodriguez Manzanera, L. *Victimología*. Porrúa. México DF, 2010

Roxin, C. “Problemas actuales de la política criminal”, en Díaz Aranda, Enrique (Ed.) *et al*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie ENSAYOS JURÍDICO, Núm. 1, Universidad Autónoma de México –UNAM-, México, 2002, p. 90

Roxin, C. *Derecho Penal. Parte general, T. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997, 21

Soler, S. *Derecho Penal Argentino*. Tomo III. Tipográfica Editora Argentina –TEA-. Buenos Aires, 1992, p. 291



Tamarit Sumalla J.M. "La victimología: cuestiones conceptuales o metodológicas"

Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E. y Tamarit Sumalla, J.M. *Manual de*

Victimología. Tirant lo blanch, Valencia, 2006. p. 157

Ure, Eo. *Los delitos de violación y estupro*. Ideas. Buenos Aires, 1952

Vanistendael, S. Lecomte, J. y Manciaux, M. *La felicidad es posible: despertar en niños maltratados la confianza en sí mismos: construir la resiliencia*. GEDISA. España, 2002

Vásquez Mezquita, B. *Agresión sexual: evaluación y tratamientos en menores*. Editorial S.A. Madrid, 1995

Welzel, H. *Derecho Penal, Parte general*. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1956

Zaffaroni, E. R. *Criminología: aproximación desde un margen*. Temis. Santa Fe de Bogotá, 1998



LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Constituyente de 1985

Código Penal, Decreto número 17-73

Código Procesal Penal, Decreto número 51-92

Convención Americana Sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica,
Decreto número 6-78

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto número 97-96

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto número 27-2003

Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto número
9-2009

REVISTAS ESPECIALIZADAS

Bassiouni, C. “En busca de la paz a través de lograr la Justicia: La necesidad de la transparencia”, en *Nouvelles Etudes Penales*, vol. 14 (1998)

Buompadre, J. “Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer). Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal”, en *Revista de Ciencias Penales*, 1999.

Drapin, “El derecho de las víctimas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1964



Echeburúa, E. y De Corral, P. "Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia", en *CuadMed Forense*, 12(43-44), Enero-Abril 2006

Echeburúa, E., De Corral, P. y Amor, P. J. "Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos", en *Psicothema*, 14 (suplemento), 2002, pp. 139-146

Echeburúa, E. y Subinaja, I. J. "Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente", en *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Vol. 5, No. 3, 2008, pp. 734

Freedman, M. "El papel del abuso sexual en la infancia en la formación de síntomas psicosomáticos en el adulto", en *Revista Victimología* No. 11, 1994

Ganduglia, A. "El niño como víctima secundaria", en *Boletín informativo CPGSS del Consejo profesional de graduados en servicio social o trabajo*. vol. 9, No. 29, 2000

Gimbernat, O. "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español", en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990

Gimeno, M. A. "El testimonio de niños", en *Manual de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial*, 12, 2000

Guerra Vio, C. *et al.* "Niveles de ansiedad en niños victimizados sexualmente que deben declarar en juicios orales: aportes de un programa de preparación", en *Revista de Psicología*, Vol. 20, No. 2, 2011, p. 8

Gutierrez, C. Coronel, E. y Pérez, C. "Revisión teórica del concepto de victimización secundaria", en *Liberabit*, 15 (1), 2009, pp. 49-58

Marchiori, H. "Criminología. Víctimas Vulnerables", en *Revista Victimología* No. 7. Córdoba, 1994

Orduña Trujillo, E. L. Los derechos humanos de las víctimas. *Revista de Estudios Latinoamérica*, núm. 40, 2005, pp. 169-172, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, México. Sitio: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=64004007>



Pereda, N. "Resiliencia en niños víctimas de abuso sexual: el papel del entorno familiar y social", en *Educación Social*, no. 49, pp. 103-114

Pérez, M. y Borrás, J. J. La evaluación del abuso sexual infantil: comparación entre informes periciales en función del diagnóstico de abuso. *Intervención Psicosocial* [online]. 2006, vol.15, n.3, pp. 317-330.

Rodríguez Campos, C. "El Derecho victimal: Una nueva rama del Derecho en el sistema jurídico mexicano", en *Anales de Derecho*, Número 29, 2011, pp. 161-176.

Rubio, M. y Monteros, S. "Las víctimas de agresiones sexuales ante el sistema jurídico-legal", en *Anuario de Psicología Jurídica*, 11, 2001, pp-59-77

Spacarelli, S. y Kim, S. "Criterios de resiliencia y factores asociados con la resiliencia en niñas abusadas sexualmente.", en *Abuso infantil y la negligencia* (9). 1171-1182, 1995

SITIOS WEB

Barrasa, I. et al. Abusos sexuales en la infancia. Sitio: http://www.sc.ehu.es/ptwpefej/docencia/asesoramiento%20psicologico/trabajos/2_abusos_sexuales_infancia.pdf (Consultado el 18/02/2014)

Barrasa, I. Garcia, Z. Gonzalez, A. y Jiménez, Á. Abusos sexuales en la infancia. Asesoramiento psicológico. Universidad del País Vasco. Sitio: http://www.sc.ehu.es/ptwpefej/docencia/asesoramiento%20psicologico/trabajos/2_abusos_sexuales_infancia.pdf (Consultado el 01/04/2014)

Escaff Silva, E. Rivera Leiva, M. y Salvatierra Duarte, M. Estudio de variables asociadas a la retractación en menores víctimas de abusos sexuales. ILANUD, 27. Sitio: <http://www.ilanud.or.cr/A111.pdf> (Consultado 10/02/2014)



Kühne, H.H. Kriminologie: Victimologie der Notzucht. Juristische Schulung. Alemania, 1986, pp. 88-94, citado por GINER ALEGRÍA, César Augusto. Aproximación psicológica a la victimología.

Sitio Web:

<http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/573/1/Aproximaci%C3%B3n%20psicol%C3%B3gica%20a%20la%20victimolog%C3%ADa.%20C%C3%A9sar%20Augusto%20G%C3%ADner%20Alegr%C3%ADa%20.pdf> (Consultado 09/10/2013)

Marchiori, H. Víctimas vulnerables: niños víctimas de abuso sexual. ILANUD. Costa Rica. Sitio: <http://www.ilanud.or.cr/A119.pdf> (Consultado el 10/02/2014)

Monteleone, R. Abuso Sexual Infantil: La retractación de la víctima y sus consecuencias procesales. Sitio: revistaprocesopenal.com.ar/articulos-pdf/octubre.../abuso-sexual.pdf (Consultado el 24/04/2013)

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO –UNODC–; UNICEF. Prefacio. La justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos. Ley modelo y comentario. Naciones Unidas. Nueva York, 2009, p. iii

Sitio Web:

http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Justice_in_matters_ES.pdf (Consultado el 1/05/2013)

Teubal, R. *Las madres frente al abuso sexual infantil intrafamiliar de sus hijos ¿son víctimas?*

Sitio Web:

<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/revistraso/article/viewFile/5280/4641> (Consultado el 14/02/2014 p. 10)



INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
Sitio:<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 9 de diciembre de 1948, Sitio:http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/p_genoci_sp.htm. (Consultado el 20/06/2013)

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, la cual entró en vigor el 26 de junio de 1987
Sitio:http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm (Consultado el 25/6/2013)

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, la cual entró en vigor el 4 de enero de 1969
Sitio:http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/d_icerd-sp.htm; (Consultado el 29/06/2013)

Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006 (Consultado el 01/07/2013)



Sitio: [www.unhchr.ch/huridocda/huridocda.nsf/\(Symbol\)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridocda.nsf/(Symbol)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument) (Consultado el 01/07/2013)

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. • Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Los “Principios de Van Boven/Bassiouni”) • El Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad de las Naciones Unidas (Los “Principios de Joinet/Orentlicher”)

SENTENCIAS

Acosta, E. Sala IV, 19-12-91, causa 40.474, en *Boletín de Jurisprudencia*, año 1991, No. 5

Cámara Nacional Criminal, sala I, 29-6-88, causa 33.544, “Verón, Luis”, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1988, No. 2, abril-mayo-junio, p. 200; sala V, 3-4-81, causa 13.296 “Garnica, B.”, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1981

Soto Nieto, Ponente en Sentencia del Tribunal Supremo de España, 22 de febrero de 1991